

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT CIVIL

DU NANTISSEMENT
DES PRIVILÈGES & HYPOTHÈQUES
ET DE L'EXPROPRIATION FORCÉE

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE

DOYEN ET PROFESSEUR DE DROIT CIVIL
A LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

P. de LOYNES

PROFESSEUR DE DROIT CIVIL A LA FACULTÉ
DE DROIT DE BORDEAUX

TOME DEUXIÈME

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL ^{Gal} DES LOIS ET DES ARRÊTS
ET DU JOURNAL DU PALAIS

ANCIENNE M^{on} L. LAROSE & FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, 22

L. LAROSE, DIRECTEUR DE LA LIBRAIRIE

1896

TRAITÉ
THÉORIQUE ET PRATIQUE
DE
DROIT CIVIL

DU NANTISSEMENT
DES PRIVILÈGES & HYPOTHÈQUES
ET DE L'EXPROPRIATION FORCÉE

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE	P. de LOYNES
DOYEN ET PROFESSEUR DE DROIT CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX	PROFESSEUR DE DROIT CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

TOME DEUXIÈME

PARIS
LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL G^{al} DES LOIS ET DES ARRÊTS
ET DU JOURNAL DU PALAIS
ANCIENNE M^o L. LAROSE & FORCEL
22, RUE SOUFFLOT, 22
L. LAROSE, DIRECTEUR DE LA LIBRAIRIE
1896

DEUXIÈME PARTIE (CHAP. III DU CODE)

DES HYPOTHÈQUES

CHAPITRE I

CARACTÈRES DE L'HYPOTHÈQUE

892. L'hypothèque est une sûreté réelle. La loi nous en donne une notion assez incomplète dans l'art. 2114, ainsi conçu : « L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles » affectés à l'acquittement d'une obligation. — Elle est, de sa

» nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeu-

» bles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeu-

» bles. — Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent ».

Ce texte omet de signaler un des traits caractéristiques de l'hypothèque : le droit qui appartient au créancier hypothécaire de se faire payer par préférence aux autres créanciers sur le prix de l'immeuble hypothéqué, qu'il peut d'ailleurs saisir et faire vendre comme tout autre créancier. Cependant ce qui distingue surtout l'hypothèque, c'est que les immeubles hypothéqués sont affectés à l'acquittement d'une obligation. Cette affectation spéciale confère au créancier hypothécaire le droit de saisir et de faire vendre ces biens, non seulement quand ils sont entre les mains du débiteur suivant le droit commun des art. 2092 et 2093, mais encore quand ils sont devenus, par une aliénation, la propriété d'un tiers. C'est pourquoi, le législateur a mis ce caractère en relief dans l'art. 2114, sans parler du droit de préférence.

En comblant la lacune que nous avons signalée on peut dire que l'hypothèque présente les caractères suivants : 1°

elle est un droit réel sur un immeuble ; 2° elle engendre au profit du créancier un droit de préférence ; 3° et, en outre, un droit de suite ; 4° elle est, de sa nature, indivisible ; 5° elle constitue un droit accessoire.

Examinons successivement ces divers caractères.

893. 1° L'hypothèque est un droit réel sur un immeuble. C'est un droit dans la chose, comme dit Pothier, un jus in re ¹ : c'est ce qui explique que la loi accorde au créancier hypothécaire le droit de suite, qui est l'apanage du droit réel. C'est aussi par cette idée que s'explique le droit de préférence. Droit réel, l'hypothèque peut être opposée à tous, également tenus de la respecter, d'en souffrir l'exercice ; aux tiers détenteurs sous la forme du droit de suite, aux autres créanciers du même débiteur sous la forme du droit de préférence.

894. De ce principe que l'hypothèque est un droit réel, on tire généralement cette conséquence qu'elle est un démembrement de la propriété ². En effet la propriété est, comme on l'a fort bien dit, le faisceau de tous les droits réels ; donc, quand un droit réel existe sur une chose au profit d'un tiers, le faisceau se disloque, la propriété est démembrée, tous les droits réels n'étant plus concentrés sur la tête du propriétaire. D'ailleurs, l'hypothèque porte une atteinte grave aux pouvoirs du propriétaire, qui ne pourra plus exercer son droit d'abusus qu'avec d'importantes restrictions. C'est ainsi que, d'une part, il n'a plus le droit de détruire l'immeuble hypothéqué ni même d'exercer des actes de jouissance abusive, par exemple de couper une futaie non aménagée, au préjudice du créancier hypothécaire ; celui-ci peut s'y opposer par toutes les voies de droit, et, s'il n'y réussit pas, demander son paiement immédiat, à moins qu'il ne préfère se contenter d'autres sûretés que le débiteur lui offre pour remplacer celles qu'il a détruites. D'autre part, le droit d'aliénation du propriétaire se trouve gêné par suite de la faculté de

surenchérir qui appartient au créancier hypothécaire. En outre, la vente en détail de l'immeuble hypothéqué constitue une diminution des sûretés données par le contrat ; elle entraîne contre le débiteur qui l'a consentie la déchéance du bénéfice du terme (art. 1188). Comment dire que la propriété n'est pas démembreée, quand elle est chargée de pareilles entraves ?

On objecte que l'idée de démembrement du droit de propriété implique un rapport direct entre la chose et le titulaire du droit, l'exercice de ce droit sur le fonds grevé. On fait remarquer que telle n'est pas la situation du créancier hypothécaire et on conclut que l'hypothèque n'est pas un démembrement du droit de propriété.

Le point de départ de ce raisonnement ne nous paraît pas exact. Un exemple suffira pour le prouver. Il est incontestable et incontesté que les servitudes, toutes les servitudes, sont des démembrements du droit de propriété. Or si, en règle générale, le propriétaire du fonds dominant exerce son droit sur le fonds grevé, il est cependant des cas dans lesquels il en est autrement et qui présentent la plus grande analogie avec l'hypothèque. Supposons que la servitude soit une servitude négative, v. g. une servitude non ædificandi ou non altius tollendi. Le propriétaire du fonds dominant n'exerce aucun droit direct sur le fonds servant ; l'existence de la servitude ne se révèle par aucun fait matériel accompli sur cet héritage ; le seul droit que confère la servitude consiste à empêcher toute construction ou une construction qui s'élève au delà de la hauteur fixée. Il en est de même pour le créancier hypothécaire ; son droit ne se révèle par aucun acte de jouissance ou d'usage sur le fonds hypothéqué ; il lui permet seulement de s'opposer à tout acte par lequel le propriétaire de l'héritage anéantirait ou compromettrait l'effet de l'hypothèque. Il y a donc identité entre les deux situations et si, de l'avis unanime, la servitude négative est un démembrement de la propriété, il doit en être de même de l'hypothèque.

895. 2° L'hypothèque engendre un droit de préférence. Ce droit de préférence porte sur le prix de l'immeuble hypothéqué. Pour parvenir à l'exercer, le créancier hypothécaire est autorisé, comme d'ailleurs tout autre créancier, lorsque l'immeuble hypothéqué fait encore partie du patrimoine du débiteur, à le saisir et à le faire vendre. Puis, dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix, il fera valoir son hypothèque. L'exercice du droit de préférence est subordonné à l'inscription de l'hypothèque (art. 2134), sauf les exceptions admises par la loi. L'inscription détermine en principe le rang du créancier hypothécaire, prior tempore, potior jure ; il prime les créanciers hypothécaires inscrits après lui et les créanciers chirographaires ; mais il est primé par les créanciers hypothécaires dont l'inscription est antérieure à la sienne, et aussi par les créanciers ayant privilège sur l'immeuble du chef du même débiteur³. Cette règle toutefois n'a rien d'absolu en ce qui concerne les privilèges. Si elle est vraie pour le privilège du vendeur, si elle s'applique suivant nous au privilège du copartageant inscrit dans les soixante jours, il n'en est pas de même pour le privilège du constructeur qui ne grève l'immeuble que jusqu'à concurrence de la plus-value. Dans cette mesure, mais dans cette mesure seulement, le créancier hypothécaire sera primé par le constructeur⁴. Le droit de préférence résultant du privilège n'est donc pas absolu.

896. 3° L'hypothèque engendre un droit de suite. Le droit de suite est un auxiliaire du droit de préférence : il permet au créancier hypothécaire de suivre son gage entre les mains du détenteur quel qu'il soit (art. 2166) et d'exiger de lui le paiement intégral de la dette (art. 2168) ; faute de quoi, le créancier est autorisé à faire vendre l'immeuble aux enchères pour exercer son droit de préférence sur le prix (art. 2169). L'exercice du droit de suite, comme celui du droit de préférence, est subordonné à la condition que l'hypothèque soit inscrite en temps utile.

897. 4° L'hypothèque est de sa nature indivisible. « Hypothèque ne se divise point », dit Loysel. A son tour, Dumoulin a donné au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque une formule qui est demeurée célèbre et dont il est facile de reconnaître la traduction dans l'art. 2114 : Est tota in toto et tota in qualibet parte. Cela signifie que l'immeuble, dans sa totalité et dans chacune de ses parties, est affecté au paiement de l'intégralité et de chaque fraction de la dette ⁵.

898. A. L'hypothèque est indivisible quant aux immeubles grevés. De là les deux conséquences suivantes :

a. Si plusieurs immeubles sont hypothéqués à une même dette, chacun répond de la dette pour le tout. Le créancier peut donc s'attaquer à celui de ces immeubles qu'il lui plaît de choisir, et, si le détenteur ne lui offre pas un paiement intégral, faire vendre cet immeuble aux enchères pour se payer sur le prix, par préférence aux autres créanciers, de la totalité de ce qui lui est dû. « Creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit distractis, ad suum commodum pervenire » ⁶.

Cette question présente surtout de l'intérêt, lorsqu'il s'élève un conflit entre un créancier pourvu d'une hypothèque générale et un créancier investi d'une hypothèque spéciale. Nous retrouverons cette difficulté en étudiant les effets généraux de l'hypothèque.

b. Si, l'immeuble hypothéqué a été divisé par un partage entre plusieurs ayants droit, ou si une portion de cet immeuble a été vendue ou transmise à tout autre titre à un tiers, chaque portion de l'immeuble répond de la dette entière ; le créancier peut donc demander à chaque détenteur de l'une de ces fractions ce qu'il pourrait demander au détenteur de l'immeuble tout entier, c'est-à-dire le paiement intégral de la dette, si mieux n'aime ce dernier délaissier la portion d'immeuble qu'il détient ou en subir l'expropriation (tota in qualibet parte) ⁷.

899. B. L'indivisibilité de l'hypothèque doit aussi être envisagée au point de vue de la créance dont elle est la garantie. De ce principe découlent les deux conséquences suivantes :

a. L'extinction partielle de la créance garantie par l'hypothèque n'a pas pour résultat de rendre libre une portion correspondante de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués. Ainsi le paiement de la moitié de la dette hypothécaire n'affranchira pas de l'hypothèque une moitié de l'immeuble hypothéqué : cet immeuble restera affecté en totalité au paiement de la portion de la dette qui reste due ⁸. Nous avons déjà fait de cette règle, qui régit les privilèges aussi bien que les hypothèques, une application importante relative au privilège du constructeur ⁹.

b. Enfin, si le débiteur d'une dette hypothécaire meurt laissant plusieurs héritiers, la division de la dette, qui s'opèrera entre ces héritiers aux termes de l'art. 1220, n'empêchera pas celui dans le lot duquel tombera l'immeuble hypothéqué d'être tenu hypothécairement de la dette pour le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers (art. 873, 1221).

900. L'hypothèque est, de sa nature, indivisible, dit l'art. 2114 al. 2. De cette formule il ne faudrait pas conclure que cette indivisibilité est une indivisibilité *natura* ou *obligatione*, dans le sens que les art. 1217 et 1218 donnent à ces expressions. La cour de cassation paraît cependant avoir consacré l'opinion contraire ¹⁰. Si telle est la portée de cet arrêt, il reproduit la doctrine que certains jurisconsultes avaient enseignée dans notre ancienne jurisprudence et dont Dumoulin avait démontré l'inexactitude ¹¹. La théorie de cet auteur peut se résumer en quelques mots. A ses yeux l'hypothèque est indivisible non pas par sa nature mais par la volonté des parties. Il rapproche l'indivisibilité de l'hypothèque de l'indivisibilité des conditions, qui ne peuvent être scindées, divisées, ou

s'accomplir partiellement. L'hypothèque est en effet la condition de l'obligation dont elle est la sûreté, et, comme la condition, elle ne peut être divisée. L'indivisibilité de l'hypothèque n'a pas pour fondement la nature du droit ; l'esprit en conçoit parfaitement la division ; rien ne s'oppose à ce que l'hypothèque s'éteigne graduellement et à ce que les immeubles grevés soient successivement libérés au fur et à mesure des paiements effectués ¹². L'indivisibilité de l'hypothèque trouve sa justification dans l'intérêt du créancier ; elle a pour fondement la volonté des parties. Elle est de la nature de l'hypothèque, comme la garantie est de la nature de la vente, c'est-à-dire que l'indivisibilité existe en vertu des seules dispositions de la loi, qui l'établit dans l'intérêt du créancier, supposant qu'il n'aurait pas manqué de la stipuler s'il eût été appelé à s'expliquer sur ce point, tacite venit, tacite inest. Cette intention est tellement conforme à la nature des choses, elle est tellement habituelle, que le législateur, comme le dit M. Rodière ¹³, a érigé l'indivisibilité en règle générale.

Mais l'indivisibilité n'est pas de l'essence de l'hypothèque, en ce sens que le créancier pourrait y renoncer par une déclaration formelle ; car c'est un bénéfice que la loi établit en sa faveur. Ainsi, deux immeubles étant hypothéqués au paiement d'une créance, on peut convenir que l'un de ces immeubles sera affranchi de l'hypothèque, quand une moitié de la dette aura été payée.

901. L'indivisibilité de l'hypothèque est, comme nous venons de le voir, sans influence sur la nature de l'obligation dont elle est la garantie. Malgré l'existence de cette sûreté, la dette ne se divisera pas moins entre les créanciers et les débiteurs conjoints ou entre les héritiers du créancier ou du débiteur, si l'objet de l'obligation est divisible. L'art. 2249 al. 2 le prouve à l'évidence.

Ainsi l'exercice de l'action hypothécaire contre un seul des héritiers, détenteur de l'immeuble hypothéqué, interrompra bien la prescription même de l'action personnelle contre cet héritier ; mais il sera sans influence sur la prescription de l'action personnelle, qui court au profit des autres héritiers ¹⁴.

De même celui des héritiers du débiteur, au lot duquel a été placé l'immeuble hypothéqué, a le droit d'offrir au créancier sa part et portion dans la dette, et le créancier ne peut pas refuser cette offre en argumentant de l'indivisibilité de l'hypothèque.

En sens inverse, chaque héritier du créancier a, pendant l'indivision, le droit de poursuivre le débiteur en paiement de la part et portion qui lui revient dans la créance. Celui-ci ne peut se défendre ni en arguant des éventualités du règlement héréditaire ¹⁵, ni en exigeant que les héritiers s'entendent pour recevoir en même temps la totalité de la créance et lui donner une mainlevée complète et définitive de l'hypothèque. Edictée en faveur du créancier, l'indivisibilité de l'hypothèque ne saurait être retournée contre lui ¹⁶.

902. 5° L'hypothèque, de même que le privilège, est un droit accessoire. Elle se rattache nécessairement, en effet, à une créance dont elle a pour but d'assurer le paiement (arg. art. 2114).

De là il suit tout d'abord que l'hypothèque ne peut accéder qu'à une obligation valable. L'inexistence ou l'annulation de l'obligation entraînerait l'anéantissement de l'hypothèque.

L'application de cette règle est sans difficulté lorsque la nullité est fondée sur un vice du consentement. Dans ce cas, l'exception opposée au créancier est une exception réelle ; elle profite à la caution (art. 2036) ; elle doit également profiter non seulement au débiteur qui a consenti une hypothèque, mais aussi, en principe du moins,

au tiers qui a constitué une hypothèque pour sûreté de la dette d'autrui. Mais la nullité peut être fondée sur un vice inhérent à la personne du débiteur, sur son état de minorité. L'art. 2012 décide alors que le cautionnement n'en est pas moins valable, quoique l'obligation principale soit annulée pour ce motif. Faut-il appliquer la même règle à l'hypothèque ? Si elle a été établie par le débiteur sur des immeubles à lui appartenant, il est évident que l'acte constitutif de l'hypothèque est, indépendamment de toute autre considération, entaché du même vice que l'obligation et qu'il doit avoir le même sort que celle-ci. L'hypothèque consentie par un tiers devra-t-elle au contraire être validée comme le cautionnement ? Nous serions assez portés à admettre l'affirmative. Malgré les dangers de ces assimilations de langage que nous redoutons, ne peut-on pas dire que le constituant est alors une caution réelle et lui appliquer les règles du cautionnement ? C'est l'opinion qui triomphe dans la doctrine ¹⁷ ; nous serions assez disposés à en accepter la conclusion.

Faut-il généraliser cette solution et la suivre dans tous les cas où l'annulation de l'obligation principale laisse subsister une obligation naturelle ?

Pour répondre à cette question, il faudrait tout d'abord définir ce qu'on doit entendre par obligation naturelle. Nous ne pouvons le faire ici sans sortir de notre sujet. Nous nous contentons de renvoyer au Traité des obligations, où la matière est exposée d'une manière complète.

903. De ce que l'hypothèque est un droit accessoire, il suit encore :

1° Que l'extinction de la créance hypothécaire entraîne, en principe tout au moins, l'extinction de l'hypothèque (art. 2180). *Sublato principali, tollitur accessorium* ;

2° Que l'hypothèque suit naturellement la créance partout où elle va. Ainsi l'hypothèque, qui garantit une créance mobilière appartenant à l'un des époux lors du

mariage, tombera dans la communauté avec cette créance. L'hypothèque, il est vrai, constitue, comme nous le dirons tout à l'heure, un droit immobilier et l'art. 1404 exclut les immeubles de la communauté. Mais peu importe. La créance entraîne l'hypothèque à sa suite : l'accessoire suit le principal. De même l'hypothèque qui garantit une créance mobilière appartiendra au légataire de tous les meubles, avec la créance dont elle est l'accessoire, et non au légataire de tous les immeubles.

904. De ce que l'hypothèque est un droit accessoire, il ne s'ensuit pas qu'elle soit mobilière, quand la créance garantie est mobilière. La jurisprudence a fait justice de l'opinion contraire dans les cas, assez rares d'ailleurs, où elle a eu à statuer sur la question ¹⁸. Il faut dire avec elle que l'hypothèque est toujours un droit immobilier, même quand la créance garantie est mobilière. Cette solution est pour nous une conséquence du caractère que nous lui avons reconnu de démembrement du droit de propriété ¹⁹. Elle est alors un immeuble par l'objet auquel elle s'applique, au même titre que l'usufruit des immeubles et les servitudes ou services fonciers (art. 526). Cette solution nous paraît également vraie, si l'on refuse de voir dans l'hypothèque un démembrement du droit de propriété ; car elle est un droit dans un immeuble et comment un droit dans un immeuble pourrait-il être mobilier ?

On objecte que la nature d'un droit se détermine par la nature des avantages qu'il procure, que la créance étant mobilière l'hypothèque a pour but et pour résultat de mettre des meubles dans le patrimoine du créancier.

L'objection pourrait être fondée, si l'hypothèque n'était qu'une action dont la nature serait déterminée par les conséquences de son exercice, si on voulait la faire rentrer dans la dernière catégorie des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent : les actions qui tendent à revendiquer un immeuble. Considérée sous ce rapport,

l'hypothèque serait, dans notre hypothèse, un droit mobilier, parce qu'elle aurait pour objet d'assurer le paiement d'une somme d'argent, chose essentiellement mobilière. C'est l'une des considérations qui ont déterminé de nombreux auteurs à adopter l'opinion contraire ²⁰.

Mais l'art. 526 admet d'autres catégories d'immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. Pour ceux-ci, c'est la nature de la chose sur laquelle le droit s'exerce qui en détermine le caractère ; on ne tient aucun compte de la nature des avantages qu'il procure. L'usufruit d'un immeuble confère à l'usufruitier le droit d'en percevoir les fruits ; les fruits sont meubles ; le droit n'en est pas moins un droit immobilier. Certaines servitudes présentent le même caractère ; il en est ainsi notamment de la servitude de puisage, de la servitude qui consisterait dans le droit d'extraire d'un fonds du sable, de la terre. Cependant les servitudes sont des droits immobiliers. Pourquoi ? Parce que l'objet sur lequel s'exercent l'usufruit, les servitudes, est un immeuble. De même l'hypothèque s'exerce sur un immeuble ; elle doit, pour le même motif, être rangée dans cette classe de biens.

On objecte encore que l'hypothèque est un droit accessoire, qu'elle doit prendre la nature de la chose principale à laquelle elle accède, *accessorium sequitur principale*.

Du caractère accessoire de l'hypothèque, il résulte bien qu'elle ne saurait subsister sans le principal. Elle naît et elle meurt avec lui. Mais pour qu'elle en prit la nature et qu'elle ne pût en être distinguée, il faudrait qu'elle se confondit avec lui. Or il n'en est pas ainsi. Dira-t-on par exemple, comme paraît cependant l'admettre M. Demante ²¹, que le gage sera un droit immobilier si la créance garantie est immobilière ? Nous ne saurions le croire et l'idée qu'une créance mobilière est garantie par une sûreté immobilière ne répugne pas à notre raison. Par conséquent,

la nature de la créance garantie est sans influence sur la nature de l'hypothèque.

Tel est bien le point de vue de la loi. Elle décide que pour s'obliger il suffit d'être capable de contracter (art. 1108) ; mais pour hypothéquer, il faut être capable d'aliéner les immeubles grevés (art. 2124). Cette distinction ne prouve-t-elle pas que les deux droits ont une nature propre et sont, en conséquence, soumis à des règles différentes ? La loi a encore décidé que l'hypothèque pouvait s'éteindre, lorsque l'immeuble grevé passe entre les mains d'un tiers détenteur, par la purge ou par la prescription, quoique la créance continue de subsister. C'est une nouvelle application du principe ; car l'hypothèque se prescrit comme un droit immobilier et non comme un droit mobilier 22.

La question que nous venons de discuter n'est pas purement théorique ; elle présente un intérêt pratique certain, lorsqu'il s'agit de déterminer la capacité requise pour renoncer à l'hypothèque et peut-être pour la céder.

905. De ce que l'hypothèque est un droit accessoire, on a voulu conclure qu'elle ne peut pas être détachée de la créance qu'elle garantit pour devenir la garantie d'une autre créance. Sans doute un créancier peut céder sa créance et avec elle l'hypothèque qui en dépend ; la cession de la créance entraînera même de plein droit la cession de l'hypothèque. Accessorium sequitur principale (art. 1692 et 2112). « Mais la

» relation qui unit les privilèges et hypothèques aux créances

» pour sûreté desquelles ils sont établis est tellement intime,

» qu'il est juridiquement impossible de les en détacher pour

» les adjoindre à une autre créance, ou, en d'autres termes,

» d'en faire l'objet d'une véritable cession séparée, ou indé-

» pendante de la transmission de ces créances mêmes » 23.

Cette conception du droit hypothécaire ne paraît pas avoir été celle du législateur ; car elle est en opposition avec un texte formel, l'art. 1278. La novation est une cause d'extinction des obligations ; avec l'obligation éteinte disparaissent les privilèges et les hypothèques, qui en étaient l'accessoire, Ce principe rationnel est consacré par l'art. 1278. Mais la loi permet aux parties d'y déroger ; elle les autorise à transférer ces sûretés à l'obligation nouvelle. Ce n'est pas l'ancienne créance qu'on exercera ; elle est éteinte ; seuls les privilèges et hypothèques survivent à la dette dont ils dépendaient ; ils sont transportés à la nouvelle créance dont ils deviennent les accessoires, et ce résultat est obtenu par la volonté des parties. Ce que les parties peuvent faire dans une novation, pourquoi ne pourraient-elles pas le faire par toute autre convention, sous l'empire d'une législation où la liberté des contractants ne connaît pas d'autre limite que l'ordre public, les bonnes mœurs ou les prohibitions de la loi ? C'est par ce moyen que plusieurs jurisconsultes expliquent la théorie du paiement avec subrogation. Par le paiement la créance est éteinte ; par la subrogation les sûretés, qui en étaient l'accessoire, sont transférées aux obligations nées du mandat, de la gestion d'affaires ou de la société existant entre les différents débiteurs. Mais cette théorie est vivement controversée ; c'est pourquoi il nous paraît préférable de nous en tenir à l'argument déduit de l'art. 1278.

Cette solution basée sur le texte de la loi est en harmonie avec les principes. L'art. 2114 nous dit que l'hypothèque est un droit ; elle a donc une existence propre ; il ajoute qu'elle est un droit réel ; elle est donc distincte de la créance qui n'engendre qu'un droit personnel. Par conséquent, elle

peut être envisagée en elle-même, être isolée de la créance dont elle garantit le paiement et rien ne s'oppose à ce que sa transmission soit l'objet principal et direct d'une convention.

Pour qu'il en fût autrement il faudrait un texte prohibitif. Il n'en existe pas. On a cependant essayé de le trouver dans l'art. 775 Pr. civ. Mais cet article interdit les sous-ordres : il n'a aucun rapport avec notre question.

Enfin on a invoqué aussi, en faveur de notre opinion, l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 qui permet à la femme mariée de céder son hypothèque légale. On a dit : si la femme mariée peut céder son hypothèque légale sans transmettre en même temps sa créance contre son mari, il doit en être de même de tout autre créancier hypothécaire. Nous n'insistons pas sur cet argument, malgré la très grande importance que paraît y attacher M. Pont. Le caractère des cessions de l'hypothèque légale est l'objet d'une très vive controverse et il n'est pas certain qu'elles opèrent une véritable transmission de l'hypothèque, comme celle que nous avons ici en vue.

Cette transmission de l'hypothèque ne saurait aggraver la charge qui pèse sur l'immeuble hypothéqué ; elle ne peut nuire aux tiers, notamment aux autres créanciers hypothécaires inscrits sur le même immeuble ; elle n'ajoute pas une nouvelle hypothèque à l'ancienne. Elle ne peut davantage préjudicier au propriétaire de l'immeuble hypothéqué et accroître le montant de ses obligations. Ainsi, si elle est consentie au profit d'un créancier du cédant, elle ne peut avoir pour résultat d'obliger le propriétaire à payer : 1° au cédant le montant de sa créance ; 2° au cessionnaire le montant de la somme pour laquelle l'hypothèque a été constituée. On déduit de ce principe cette conséquence : l'extinction de la créance du cédant entraîne l'extinction de l'hypothèque et le cessionnaire ne peut plus s'en prévaloir.

Sous cette réserve, nous disons : sous l'empire de notre droit, à la différence de ce qui se passe à Brême pour les Handfesten et en Prusse pour les Grundschuldbriefe, l'hypothèque est nécessairement l'accessoire d'une créance ; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle soit transférée d'une créance à une autre ²⁴.

Les dangers que présentent ces conventions, l'incertitude de la garantie qu'elles offrent en expliquent la rareté. Le créancier prudent aura recours à une cession de créance ou exigera que la créance lui soit donnée en nantissement avec tous ses accessoires. En observant les formalités prescrites par les art. 1690 et 2075, il se mettra à l'abri des causes d'extinction pouvant provenir du chef du créancier cédant ou du chef de celui qui a constitué le gage.

Ces conventions sont, au contraire, fréquentes quand il s'agit de l'hypothèque légale de la femme mariée. Les circonstances expliquent facilement cette différence. La créance de la femme mariée contre son mari est indéterminée quant à son chiffre et incertaine quant à la date de son exigibilité. Elle dépend de la liquidation à faire lors de la dissolution du mariage ou de la communauté. Il est difficile, dans ces conditions, de recourir à une cession de créance ; la cession de l'hypothèque a été le moyen employé pour atteindre le but. Nous aurons plus loin à en déterminer le caractère.

906. Dans tous les cas, le créancier hypothécaire peut céder à un autre créancier hypothécaire ou même simplement chirographaire le droit d'exercer son hypothèque jusqu'à concurrence de sa créance ²⁵. Cette convention, connue sous le nom de subrogation, avait donné lieu à une sérieuse controverse. Pratiquée surtout à l'occasion de l'hypothèque légale de la femme mariée, elle avait été validée par la jurisprudence. Son efficacité ne peut plus être mise en doute depuis les art. 8 et 20 du décret du 28 février 1852 portant organisation des sociétés

de crédit foncier et l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, qui ont implicitement confirmé dans l'une de ses applications la doctrine admise par la jurisprudence.

Laissant de côté les subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée, sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir, nous exposerons sommairement les règles de notre matière. Ces subrogations à une hypothèque ont pour objet la transmission d'un droit réel. Or, sous l'empire du code, les droits réels se transféraient soit inter partes, soit à l'égard des tiers par le seul consentement et sans aucune publicité, sauf l'exception relative aux donations. La loi du 23 mars 1855 a réformé cet état de choses ; mais excepté pour les cessions ou subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée, elle n'a édicté aucune règle nouvelle. Nous en concluons que la subrogation à une hypothèque ordinaire n'est soumise à aucune condition de publicité ; elle produit ses effets à l'égard des tiers du jour où elle est intervenue, pourvu que l'acte qui la constate fasse foi de sa date ou ait acquis date certaine. Nous n'insisterons pas sur les effets de cette subrogation ; ils sont les mêmes que ceux de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée. Nous les exposerons en étudiant cette dernière.

907. De même, le créancier hypothécaire peut consentir une cession de priorité ou faire une promesse d'abstention. Les effets de ces conventions sont moins étendus que ceux des stipulations dont nous venons de parler. A plus forte raison sont-elles valables. Qui peut le plus, peut le moins.

La cession de priorité est une convention par laquelle un créancier hypothécaire cède à un autre créancier ayant hypothèque sur le même immeuble, le rang qui lui appartient et par l'effet duquel il est préférable à celui-ci. Les deux parties sont également créancières hypothécaires sur le même immeuble, l'une d'elles est préférable à l'autre ; elle lui cède son rang et lui transmet son droit de préférence ²⁶.

La cession de priorité n'opère pas une cession ou une transmission de l'hypothèque ; elle ne produit qu'une simple interversion de rang ; elle diffère donc profondément des cessions d'hypothèque.

D'un autre côté, le bénéficiaire de cette convention ne peut en profiter que s'il a conservé son propre droit hypothécaire. C'est la conséquence même de la nature de l'opération, telle que nous l'avons définie. Elle se distingue ainsi de la subrogation à l'hypothèque.

La subrogation peut intervenir au profit d'un créancier chirographaire aussi bien que d'un créancier hypothécaire. La cession de priorité suppose deux créanciers hypothécaires sur le même immeuble dont l'un prime l'autre.

Enfin la cession de priorité ne peut produire d'effet que si la créance du cédant existe encore et si l'hypothèque a été régulièrement conservée ²⁷. Le cessionnaire exerce alors le droit de son cédant en son nom personnel et il peut l'invoquer de son chef, alors même que son cédant ne produit pas à l'ordre (²⁸). Mais il n'exerce le droit du cédant que dans la limite de sa créance et des intérêts garantis par l'art. 2151 ²⁹. Rien ne s'opposerait, il nous semble, à ce que les parties donnassent à leur convention une portée plus étendue ; mais alors elle ne constituerait pas une simple cession d'antériorité ; elle revêtirait un autre caractère. Dans tous les cas, elle ne pourrait nuire aux tiers, notamment aux créanciers hypothécaires inscrits après le cédant mais avant le cessionnaire. Elle ne peut pas davantage être invoquée par eux pour prétendre qu'elle a produit à leur égard l'extinction de l'hypothèque ³⁰.

908. La promesse d'abstention produit des effets plus limités que la cession d'antériorité. Elle consiste dans la convention par laquelle un créancier hypothécaire renonce au profit d'un autre créancier, soit hypothécaire, soit même chirographaire du même débiteur, à se prévaloir de son

droit de préférence. Elle ne confère pas au bénéficiaire le droit d'être colloqué au rang du promettant ; elle oblige seulement ce dernier à ne pas produire, si sa collocation doit nuire au bénéficiaire de l'opération. Par là, elle se distingue de toutes les stipulations dont nous avons parlé : cession, subrogation, cession d'antériorité. Elle peut intervenir au profit d'un créancier chirographaire aussi bien qu'au profit d'un créancier hypothécaire. Elle diffère ainsi de la cession d'antériorité. Le stipulant est donc primé par les créanciers hypothécaires postérieurs au promettant. Celui-ci aura, en conséquence, le droit de produire à l'ordre, si l'importance de ces créances enlève au stipulant tout intérêt à se prévaloir de la promesse d'abstention. Il en sera notamment ainsi si le montant de ces créances absorbe le prix de l'immeuble.

Supposons, par exemple, que trois créanciers hypothécaires soient inscrits sur un immeuble dans l'ordre suivant : Primus pour 10,000 fr., Secundus pour 20,000 fr., Tertius pour 10,000 fr. Tertius est en outre bénéficiaire d'une promesse d'abstention à lui faite par Primus.

Si l'immeuble est vendu 30,000 fr., Tertius aura intérêt à se prévaloir de la promesse d'abstention ; il en aura le droit. Secundus sera colloqué pour 20,000 fr., Tertius recevra les 10,000 fr. qui auraient été attribués à Primus, s'il n'avait pas promis de s'abstenir d'user de son droit.

Si, au contraire, l'immeuble est vendu 20,000 fr., Primus pourra invoquer son hypothèque et sera colloqué pour les 10,000 fr. qui lui sont dus. Son abstention ne profiterait pas à Tertius ; Secundus absorberait la totalité du prix de l'immeuble.

Ces principes conduisent à une autre application que nous signalons en passant sans insister. Si le bénéficiaire de la promesse d'abstention est un créancier chirographaire et si l'immeuble hypothéqué a été aliéné, la convention ne produira aucun effet. L'exercice de son hypothèque par le promettant ne peut pas nuire au

stipulant ; celui-ci n'a aucun droit sur le bien qui, par l'aliénation, est sorti du patrimoine du débiteur et a cessé d'être son gage.

CHAPITRE II

DES BIENS SUSCEPTIBLES D'HYPOTHÈQUES

909. « Sont seuls susceptibles d'hypothèques, — 1° Les biens

» immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires

» réputés immeubles ; — 2° L'usufruit des mêmes biens et
» accessoires pendant le temps de sa durée ». Ainsi s'exprime l'art. 2118.

Il résulte de ce texte que les meubles ne peuvent pas servir d'assiette à l'hypothèque, mais seulement les immeubles. L'art. 2114 avait déjà indiqué cette règle dans la définition qu'il donne de l'hypothèque. Encore faut-il, pour qu'un immeuble soit susceptible d'hypothèque, qu'il se trouve compris dans l'énumération légale qui est limitative : Sont seuls susceptibles d'hypothèques.

910. Avant d'étudier les différents termes de cette énumération, il convient de dégager le principe auquel elle se rattache. Or, si on compare l'art. 2118, qui énumère les immeubles susceptibles d'hypothèques, avec l'art. 2204, qui donne l'énumération des immeubles susceptibles d'expropriation forcée, on est frappé de la similitude de ces deux textes qui paraissent calqués l'un sur l'autre. Cette similitude serait-elle le résultat du hasard ? C'est bien peu probable. Vraisemblablement, elle vient de ce que le législateur a considéré comme ne pouvant servir d'assiette à l'hypothèque que les immeubles susceptibles d'expropriation forcée, c'est-à-dire ceux qui peuvent être saisis et vendus aux enchères. C'est, du reste, la conséquence logique et nécessaire de la nature de

l'hypothèque ; elle est une cause de préférence ; elle a pour but, en général, d'assurer le paiement d'une somme d'argent ; elle s'exerce sur le prix de l'immeuble grevé ; il faut donc que ce bien soit susceptible d'être vendu et, pour sauvegarder les intérêts du débiteur, la loi exige qu'il soit vendu aux enchères.

Ainsi se trouvent exclus tout d'abord les immeubles placés hors du commerce, tels que les immeubles faisant partie du domaine public de l'Etat, du département ou de la commune. Sont également exclus certains immeubles qui, tout en étant, dans le commerce, ne sont pas cependant susceptibles d'être saisis et vendus aux enchères, comme les servitudes actives considérées abstraction faite du fonds auquel elles sont attachées. Cette double exclusion est d'ailleurs fort rationnelle ; car l'hypothèque, assise sur des biens placés hors du commerce, qui ne peuvent être aucunement vendus, serait illusoire : Quo mihi pignus, si id vendere non liceat ? dit Cujas, et celle qui porterait sur des immeubles susceptibles d'être vendus à l'amiable, mais non aux enchères, pourrait bien servir à quelque chose ; mais la loi n'a pas voulu l'autoriser, parce que la faculté accordée à un créancier hypothécaire de vendre à l'amiable le bien hypothéqué aurait pu être la source de graves abus, rien ne garantissant que la vente ne sera pas faite à vil prix, au grand préjudice du débiteur.

On peut donc établir comme principe que les seuls immeubles susceptibles d'hypothèques sont ceux qui peuvent être saisis et vendus aux enchères.

On admet cependant, en général, que les immeubles dépendant du domaine privé d'une commune, quoiqu'ils ne soient pas en principe susceptibles d'être saisis, peuvent néanmoins être frappés d'une hypothèque conventionnelle, parce que l'aliénation en est permise. Sont-ils également atteints par l'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement de condamnation ? Nous étudierons cette question en traitant de l'hypothèque judiciaire.

911. Abordons maintenant l'énumération faite par la loi des immeubles susceptibles d'hypothèques.

On sait qu'il existe quatre catégories d'immeubles, savoir : les immeubles par leur nature, les immeubles par destination, les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent et les immeubles par la détermination de la loi. Nous allons passer en revue ces quatre catégories et voir quels sont, parmi les immeubles qu'elles contiennent, ceux que la loi déclare susceptibles d'hypothèques.

I. Immeubles par leur nature.

912. Cette catégorie comprend d'abord les fonds de terre et les bâtiments, puis les moulins à vent ou à eau fixes sur piliers ou faisant partie du bâtiment (art. 518 et 519). Il est incontestable que ces divers immeubles sont susceptibles d'être hypothéqués, quand ils sont dans le commerce.

C'est à eux très certainement que le législateur songeait. lorsqu'il a déclaré susceptibles d'hypothèques « les biens immobiliers qui sont dans le commerce ». La preuve que cette formule ne comprend pas d'une manière générale, comme on pourrait le croire au premier abord, tous les biens que le code civil déclare immeubles dans le chap. I^{er} du livre II, c'est que la loi parle immédiatement après des accessoires réputés immeubles, c'est-à-dire des immeubles par destination et de l'usufruit des immeubles qui est un immeuble par l'objet auquel il s'applique.

913. L'hypothèque peut être établie soit sur la pleine propriété, soit sur la nue propriété de ces biens. La loi n'a, dans aucune de ses dispositions, distingué la nue propriété de la pleine propriété pour les soumettre à des règles différentes. La nue propriété n'est en réalité qu'une pleine propriété en expectative. Fatalement, dans un délai plus ou moins long, la jouissance fera retour au nu propriétaire et

rétablira son droit dans sa plénitude. Par conséquent, la nue propriété, comme la propriété, est un immeuble par nature, lorsqu'elle a pour objet une chose immobilière. Comme la pleine propriété, elle est susceptible d'hypothèques. Si l'usufruit vient à se réunir à la nue propriété avant l'extinction de l'hypothèque, cette amélioration profite au créancier hypothécaire qui désormais exercera son droit sur la pleine propriété (arg. art. 2133) ³¹.

914. Quant aux fruits pendants par branches ou par racines, que l'art. 520 range aussi dans la catégorie des immeubles par leur nature, une distinction est nécessaire. Ces fruits ne peuvent pas être hypothéqués principaliter, c'est-à-dire abstraction faite du fonds auquel ils sont attachés. Ce n'est pas, comme on le dit, parce que les fruits pendants sont un accessoire de l'immeuble et que l'accessoire ne peut pas être hypothéqué sans le principal : leur qualité d'accessoire n'empêche pas qu'on puisse les vendre ou les saisir (saisie-brandon) séparément du fonds ; comment pourrait-elle empêcher qu'ils fussent hypothéqués ? Mais les fruits pendants sont considérés comme meubles, quand on les envisage abstraction faite du fonds qui leur donne la vie, et c'est pour cela qu'ils ne peuvent pas être hypothéqués séparément de ce fonds, les meubles n'étant pas, dans notre droit, susceptibles d'hypothèques. Au contraire les fruits, envisagés comme une dépendance du fonds auquel ils adhèrent, sont immeubles : fructus pendentes pars fundi esse videntur (art. 520). Rien ne s'oppose donc à ce qu'ils soient hypothéqués avec le fonds ; ils sont même atteints de plein droit, en qualité d'accessoires, par l'hypothèque qui grève le fonds.

Ne concluez pas de là que le propriétaire d'un fonds grevé d'hypothèques soit privé du droit d'en percevoir les fruits au préjudice des créanciers hypothécaires. Nous

l'avons déjà, dit, l'hypothèque n'enlève pas au propriétaire le droit de jouir de son bien ; il pourra donc recueillir les fruits et en disposer, même les vendre sur pied, sans que les acquéreurs puissent être inquiétés par le créancier hypothécaire. La raison en est que les fruits sont mobilisés par leur séparation du sol ou par la vente qui en est faite sur pied ; devenus meubles, ils échappent nécessairement à l'hypothèque. Le tout sauf le cas de fraude ³².

Il y a cependant un événement qui enlève au propriétaire le droit de disposer des fruits au préjudice des créanciers hypothécaires : c'est la transcription de la saisie de l'immeuble, faite à la requête d'un ou de plusieurs créanciers (art. 682 Pr. civ.). La transcription de la saisie immobilise en effet les fruits ; elle les immobilise, en ce sens que le prix en sera distribué, comme celui de l'immeuble, par ordre d'hypothèques. Ce résultat se produit, non seulement quant aux fruits naturels et industriels, mais aussi quant aux fruits civils (art. 685 Pr. civ.). La transcription de la saisie immobilise donc tous les fruits sans distinction.

Nous nous bornons pour le moment à ces indications sommaires. Nous nous réservons de revenir en détail sur tous ces points en étudiant dans un chapitre spécial les effets généraux de l'hypothèque.

915. Pour terminer ce qui concerne l'hypothèque des immeubles par leur nature, disons un mot des mines.

Il résulte de la loi du 21 avril 1810 qu'une mine, quand elle est concédée, constitue une propriété distincte du sol qui la recèle, propriété immobilière, bien entendu, et immobilière par sa nature (art. 8). Il existe donc alors deux immeubles distincts : le sol ou surface, et le sous-sol ou mine, susceptibles l'un et l'autre d'hypothèques distinctes (art. 19). L'hypothèque qui grève la surface affecte en même temps la valeur de la redevance (art. 18). Ce texte nous paraît signifier que, le droit à la redevance étant

attaché à la propriété de la surface, dont elle forme un accessoire, l'hypothèque établie sur la surface s'étend au droit à la redevance ; de sorte que le créancier hypothécaire pourra saisir et faire vendre aux enchères la surface avec le droit à la redevance, et le prix total payé par l'adjudicataire sera distribué par ordre d'hypothèques. D'où il faut conclure, d'une part, que le droit à la redevance ne pourrait pas être hypothéqué séparément de la surface, et d'autre part que, si le droit à la redevance avait été cédé par le propriétaire de la surface, ce droit, perdant son caractère d'accessoire, cesserait en même temps d'être immobilier, et par suite ne serait plus susceptible d'hypothèques.

Le concessionnaire de la mine peut céder à un tiers le droit de l'exploiter. Celui-ci ne bénéficie que des produits de l'extraction, qui constituent des meubles. L'objet de la cession est donc mobilier. Le droit du cessionnaire n'est pas susceptible d'hypothèque.

II. Immeubles par destination.

916. C'est aux immeubles par destination que l'art 2118 fait allusion, lorsque, après avoir déclaré susceptibles d'hypothèques les immeubles par leur nature, il ajoute : et leurs accessoires réputés immeubles. Les immeubles par destination sont des objets mobiliers, auxquels la loi attribue fictivement la qualité d'immeubles, parce que, à raison du lien matériel ou intellectuel qui les attache à un fonds, ils deviennent des accessoires de ce fonds. Delà il suit que les immeubles par destination ne peuvent pas être hypothéqués séparément ; car, lorsqu'on les isole du fonds dont ils sont une dépendance, ils perdent leur caractère d'immeubles. Mais ils peuvent être hypothéqués avec ce fonds, ils sont même atteints de plein droit par l'hypothèque qui grève le fonds. Nous retrouverons

d'ailleurs cette règle dans l'art. 2133 qui l'applique à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué, sans distinguer entre celles qui constituent des immeubles par nature et celles qui créent des immeubles par destination. Le législateur aurait exprimé ces vérités en termes beaucoup plus nets, s'il avait dit, comme l'a fait la loi belge du 16 décembre 1851 : L'hypothèque acquise s'étend aux accessoires réputés immeubles. Cette formule aurait eu, en outre, l'avantage de montrer que l'hypothèque constituée sur un fonds atteint, non seulement les objets qui avaient la qualité d'immeubles par destination lors de la constitution de l'hypothèque, mais aussi ceux qui l'acquièrent postérieurement. Telle a certainement été la pensée du législateur ³³, mais il eût été bon de l'exprimer.

917. L'immobilisation par destination cesse avec la cause qui l'a produite. Si donc le propriétaire sépare définitivement de son fonds les objets immobilisés, ces objets redeviennent meubles et le créancier ayant hypothèque sur le fonds ne peut pas inquiéter les tiers acquéreurs de bonne foi auxquels ils auraient été livrés, car les meubles n'ont pas de suite par hypothèque ³⁴ (art. 2119).

Que si le propriétaire de l'immeuble avait seulement vendu lesdits objets sans les livrer, le créancier hypothécaire pourrait s'opposer à la livraison, l'acquéreur fût-il de bonne foi. On objecte que la vente a suffi pour mobiliser les immeubles par destination ; donc, dit-on, ces objets sont soustraits à l'hypothèque, puisque l'hypothèque ne peut porter que sur des immeubles. La réponse est que, la vente étant *res inter alios acta* par rapport au créancier hypothécaire, la mobilisation qui en résulte ne lui est pas opposable ; cette mobilisation n'existe que dans les rapports du vendeur et de l'acheteur.

Nous aurons d'ailleurs l'occasion de développer ces règles en présentant le commentaire de l'art. 2133.

III. Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.

918. Cette troisième catégorie comprend les immeubles incorporels, c'est-à-dire des droits qui ont des immeubles pour l'objet (art. 526). Les principaux sont : l'usufruit des choses immobilières, le droit d'usage sur ces mêmes choses, le droit d'habitation, les servitudes, les actions immobilières et l'hypothèque.

Ces divers droits sont-ils susceptibles d'hypothèques ?

919. L'affirmative n'est pas douteuse en ce qui concerne l'usufruit des choses immobilières : l'art. 2118 le dit formellement.

C'est le droit d'usufruit qui peut être hypothéqué, et non les fruits qui en sont le produit. Les fruits se distinguent de l'usufruit, comme les intérêts se distinguent du capital, ou les arrérages de la rente qui les produit : l'usufruit, la rente sont la cause productive : les fruits, les intérêts ou arrérages sont le produit. Si donc un usufruitier a hypothéqué son usufruit, le créancier hypothécaire ne pourra pas demander que les fruits produits par la chose grevée d'usufruit lui soient attribués, au fur et à mesure des perceptions, par préférence aux autres créanciers de l'usufruitier. L'usufruitier conserve le droit de percevoir ces fruits ; et, une fois entrés dans son patrimoine, ils servent de gage à tous ses créanciers indistinctement. Quel est donc le droit du créancier qui a hypothèque sur un usufruit ? Il peut, faute de paiement à l'échéance, saisir l'usufruit et le faire vendre aux enchères pour se payer par préférence sur le prix.

920. Celui qui a la pleine propriété d'un immeuble pourrait-il en hypothéquer seulement l'usufruit ? Pourquoi non ? Un propriétaire peut bien aliéner seulement la nue propriété de son bien ; comment n'aurait-il pas le droit de l'hypothéquer ? Le débiteur aura quelquefois intérêt à

adopter cette combinaison, qui lui permettra de conserver l'usufruit, au cas où le créancier hypothécaire serait obligé d'en venir à l'extrémité de l'expropriation. On décide même, mais cela est douteux, que celui qui a la pleine propriété pourrait hypothéquer seulement l'usufruit ³⁵ ; mais on n'aura guère à compter, dans la pratique, avec une convention de ce genre, dont la bizarrerie saute aux yeux.

Cette dernière solution, bien qu'elle ne soit qu'une application de la règle Qui peut le plus peut le moins, est en effet l'objet des plus vives critiques et de sérieuses objections. D'une part, le législateur redoute les inconvénients de la séparation de la nue propriété et de l'usufruit et prend de nombreuses précautions pour les prévenir. Ainsi s'explique notamment la disposition en vertu de laquelle le non-usage est une cause d'extinction de l'usufruit. Le législateur ne voit donc pas d'un œil favorable les conventions, qui enlèvent à la propriété la plupart de ses avantages et en détachent en quelque sorte le domaine utile. Pour se conformer à sa volonté, il ne faut admettre la division de ces attributs de la propriété que sous les conditions déterminées par les textes. L'hypothèque soit de la nue-propriété, soit de l'usufruit consentie par celui qui est maître absolu de la chose est précisément une de ces conventions. Le créancier hypothécaire, s'il n'est pas désintéressé, pourra saisir le démembrement de la propriété affecté à sa garantie et en poursuivre l'expropriation. La nue propriété et l'usufruit reposeront alors sur deux têtes différentes. Or, dans aucun texte la loi n'a dit que le propriétaire eût sur la chose qui lui appartient : 1° un droit de nue propriété ; 2° un droit de jouissance. Il est investi d'un droit unique, qui lui confère la faculté de jouir et de disposer de la chose de la manière la plus absolue. (art. 544). N'est-ce pas se mettre en contradiction avec la loi que de diviser entre les mains du propriétaire un droit dont elle proclame l'unité ? Sans

doute ce droit n'est pas indivisible ; ses attributs peuvent être séparés. Mais à quelles conditions ? La loi nous l'indique en donnant la définition de l'usufruit. Il consiste dans le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété (art. 578). L'usufruit susceptible d'hypothèques (art. 2118), c'est l'usufruit défini par l'art. 579. Le propriétaire qui a la jouissance de sa chose n'en a pas l'usufruit ; il ne peut pas hypothéquer sa jouissance. On peut en outre faire ressortir les dangers de cette convention qui démembrement la propriété d'une manière relative seulement. L'usufruit est un droit réel ; à ce titre, c'est un droit absolu, opposable à tous. Or, ici l'usufruit ne serait séparé de la nue propriété qu'à l'égard et au profit du créancier hypothécaire. Il ne serait pas rendu public dans les conditions exigées par la loi du 23 mars 1855, pour que les actes constitutifs soient opposables aux tiers. Nulle transcription ne pourrait avoir lieu ; une inscription de l'hypothèque suffirait. Enfin des difficultés pratiques ne manqueraient pas de surgir. L'usufruit, continuant d'appartenir au propriétaire, demeurerait le gage de tous ses créanciers, spécialement de ses créanciers chirographaires. Ceux-ci auraient le droit de saisir et ne pourraient saisir que l'immeuble, dont l'usufruit aurait seul été hypothéqué. La pleine propriété fera l'objet de l'adjudication. Il faudra, au moment de l'ordre, procéder à une ventilation du prix, déterminer la part afférente à la nue propriété, sur laquelle tous les créanciers seront colloqués, et la part afférente à l'usufruit sur laquelle le créancier hypothécaire sera colloqué par préférence. Cette opération sera très incertaine. N'est-il pas probable que le législateur a voulu couper court à toutes ces difficultés, en donnant au mot usufruit dans l'art. 2118 le sens qu'il a déterminé dans l'art. 578 ³⁶ ? Il nous paraît inutile d'insister plus longuement. La pratique ignore ces discussions. Il n'est pas un créancier qui, pouvant obtenir

une hypothèque sur la pleine propriété d'un immeuble, se contente d'une garantie aussi aléatoire qu'une hypothèque sur l'usufruit.

921. La règle de l'art. 2118 ne s'applique qu'à l'usufruit proprement dit. Elle ne saurait être étendue au droit de jouissance que l'art. 384 accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans. On objecte cependant que la loi donne à cette jouissance la qualification d'usufruit (art. 601) et que l'usufruitier peut vendre ou céder son droit (art. 595). On en conclut que les père et mère doivent avoir, comme l'usufruitier ordinaire, la faculté d'hypothéquer leur droit (art. 2118). L'argument est en forme ; il ne nous paraît pas toutefois déterminant. Car il existe entre les deux cas une immense différence. Le droit de jouissance conféré par la loi aux père et mère ne saurait en effet être assimilé à un droit d'usufruit ordinaire. Il n'est pas un droit principal, mais un droit accessoire ; il est une des conséquences de la puissance paternelle ; il leur a été attribué pour leur permettre de remplir les devoirs que la nature et la loi leur imposent, spécialement le devoir d'éducation. D'après l'art. 385 notamment, ils sont tenus d'entretenir et d'élever leurs enfants selon la fortune de ceux-ci. Or comment pourraient-ils remplir ce devoir, si, à la suite d'une poursuite hypothécaire, les revenus étaient immobilisés au profit de créanciers hypothécaires ou le droit lui-même exproprié ? Cette jouissance est attribuée comme une compensation du droit et du devoir d'administrer. Elle s'explique par la volonté du législateur de dispenser les père et mère de l'obligation de rendre compte et par sa conviction que les parents agiront plutôt dans l'intérêt de l'avenir de leurs enfants que dans leur intérêt personnel. Admettre que ce droit peut, à la suite d'une cession amiable ou d'une expropriation forcée, être exercé par un tiers, n'est-ce pas créer une situation contraire aux intentions des rédacteurs de la loi ?

Il importe donc à l'intérêt public que cette jouissance ne soit pas séparée de la puissance paternelle. Leur réunion fournit au père le moyen de remplir son devoir d'éducation ; elle est une garantie de bonne administration. Leur séparation enlèverait au père la gestion d'un patrimoine que la loi lui confie ; elle donnerait naissance à des difficultés pour fixer la part des revenus nécessaire à l'éducation des enfants et celle qui serait attribuée à l'adjudicataire. Enfin elle compromettrait l'exercice même de la puissance paternelle. Que deviendrait pour le père la faculté d'émanciper son enfant, si la cession par lui consentie, l'hypothèque par lui constituée faisaient obstacle à l'exercice de son pouvoir, parce qu'il devrait respecter les droits concédés ? Ne serait-ce pas priver l'enfant d'avantages, que doit légalement lui conférer son émancipation ? Ne serait-il pas dangereux de donner ainsi à un père un intérêt pécuniaire à refuser son consentement à un mariage ? La loi, dans sa sagesse, a toujours fait en sorte de prévenir de semblables conflits. Il doit en être de même dans notre matière. La loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle met en évidence le lien très étroit qui existe entre cette puissance et le droit de jouissance. N'est-il pas logique d'en conclure qu'ils sont inséparables ? Le législateur lui-même paraît s'être placé à ce point de vue ; car la loi du 22 frimaire an VII ne soumet pas à un droit proportionnel la jouissance légale des père et mère (³⁷). Ces considérations nous conduisent à cette conclusion. Le droit de jouissance légale n'est susceptible ni d'être cédé, ni d'être saisi et vendu aux enchères publiques ; il ne peut pas être hypothéqué ³⁸.

922. Des motifs analogues nous conduisent à décider également que le mari ne peut hypothéquer ni le droit de jouissance qui appartient à la communauté sur les biens propres des époux, ni le droit de jouissance dont il est personnellement investi sur les biens de sa femme sous le

régime dotal. Ces attributions des revenus ne sont que le règlement de la contribution des époux aux charges du ménage ; on ne saurait les envisager comme constituant un véritable usufruit, c'est-à-dire un démembrement du droit de propriété.

923. Il en est de même, pour le même motif, du droit de jouissance attribué aux envoyés en possession provisoire des biens d'un absent (art. 127) ³⁹.

924. Rien n'est plus fragile que l'hypothèque assise sur un droit d'usufruit ; elle l'est autant que le droit d'usufruit lui-même, toujours menacé dans son existence par les nombreux précipices que la loi creuse autour de lui (art. 617). Toute cause qui produira l'extinction de l'usufruit entraînera par voie de conséquence l'extinction de l'hypothèque ; car l'hypothèque doit nécessairement avoir une base ; elle s'évanouit donc quand sa base est détruite. C'est l'idée qu'a voulu exprimer l'art. 2118 par ces mots pendant le temps de sa durée.

Ce principe appelle cependant quelques réserves ; il est des cas dans lesquels l'extinction de l'usufruit n'entraîne pas ou n'entraîne pas nécessairement l'extinction de l'hypothèque qui le grève.

Ainsi la consolidation, qui se réalise lorsque l'usufruitier acquiert la nue propriété de l'immeuble sur lequel porte son droit, ou encore lorsque le nu propriétaire en acquiert l'usufruit, n'est pas une cause d'extinction de l'hypothèque de l'usufruit. La consolidation n'atteint pas en effet l'usufruit en lui-même, elle opère seulement confusion ; la confusion n'est pas véritablement une cause d'extinction des droits ; elle n'est en réalité qu'un fait rendant impossible l'exercice d'un droit spécial de jouissance sur une chose dont on est propriétaire. Elle ne produit donc que des effets purement relatifs. Cette impossibilité existe à l'égard de l'usufruitier ; elle n'existe pas à l'égard du créancier hypothécaire. Celui-ci conservera tous ses droits.

Ajoutons que l'usufruitier ne peut pas, par son fait, porter atteinte aux droits de son créancier hypothécaire. Il est donc juste que l'acquisition par lui faite de la nue propriété ne préjudicie pas à ce dernier ⁴⁰.

A plus forte raison en doit-il être de même, lorsque le droit de l'usufruitier est, par l'effet d'un acte quelconque et sans qu'il y ait extinction, transmis au nu propriétaire entre les mains duquel il vient se réunir à la nue propriété.

Ces considérations expliquent la différence que nous établissons entre cette hypothèse et celle où un propriétaire n'hypothèque que l'usufruit de l'immeuble qui lui appartient en pleine propriété. Dans la première, l'hypothèque continue de subsister et de produire ses effets, parce qu'elle a été valablement constituée et que nulle atteinte ne peut lui être portée par le fait du constituant ou de son chef. Dans la seconde, au contraire, l'hypothèque ne peut pas naître pour les motifs que nous avons indiqués ⁴¹.

925. L'usufruit s'éteint aussi par la renonciation de l'usufruitier. Les créanciers peuvent la faire annuler lorsqu'elle a eu lieu à leur préjudice (art. 622). On connaît la difficulté que soulève l'interprétation de ce texte. On se demande si l'action paulienne est alors soumise au droit commun ou si le préjudice suffit pour en autoriser l'admission. Sans entrer dans ce débat ⁴², nous nous contenterons de présenter une observation. Il est difficile de penser que la renonciation de l'usufruitier ne soit pas faite en fraude de ses créanciers hypothécaires. Elle aurait pour résultat de les priver de leur hypothèque ; elle leur enlèverait la garantie spéciale, en vue de laquelle ils avaient consenti à traiter. Cela suffit, à nos yeux, pour établir le *consilium fraudis*. Si, en outre, ces créanciers éprouvent un préjudice, ils pourront invoquer l'art. 1167.

Mais c'est là une ressource de droit commun, dont tous les créanciers, même les créanciers chirographaires,

peuvent se prévaloir. Les créanciers hypothécaires n'ont-ils pas une situation meilleure ? Nous serions portés à le croire. En vertu de l'art. 1-2° de la loi du 23 mars 1855, la renonciation à un usufruit immobilier doit être transcrite. Par l'accomplissement de cette formalité seulement, elle devient opposable aux tiers et spécialement aux créanciers ayant hypothèque sur cet usufruit. Ne résulte-t-il pas de là qu'elle ne peut porter aucune atteinte à leurs droits, pourvu qu'ils aient été régulièrement conservés par une inscription antérieurement prise ? ⁴³.

926. Enfin l'usufruit s'éteint par l'abus de jouissance. Cette déchéance nuira-t-elle aux créanciers hypothécaires ? On a proposé de répondre négativement et on a enseigné qu'encourue par l'usufruitier, elle ne pouvait pas priver les créanciers de la sûreté spéciale par eux stipulée ⁴⁴.

Cette solution se concilie difficilement avec le pouvoir conféré aux tribunaux par l'art. 618 et la faculté d'intervention reconnue aux créanciers. Les juges statuent ex bono et æquo. Les créanciers sont admis à défendre leurs droits. Si le tribunal prononce la déchéance de l'usufruitier, cette déchéance est absolue d'après l'art. 618. C'est dire par cela même qu'elle est opposable à tous, même aux créanciers hypothécaires. Le texte de la loi est formel. Les travaux préparatoires confirment cette interprétation. Dans la séance du 27 vendémiaire an XII (20 octobre 1803), Portalis fit observer que le projet ne statuait « pas sur le sort des créanciers de l'usu-

» fruitier..., que, lorsqu'il y a déchéance, il faut ou les éca-
» rter, ou faire continuer l'usufruit à leur profit ». Treilhard répondit « que les créanciers ne peuvent exercer que les
» droits de leur débiteur. Il leur est permis d'intervenir et
» de discuter la demande en extinction de l'usufruit formée
» par le propriétaire, d'offrir des garanties, de demander que

» la privation de l'usufruit ne soit que partielle ; mais

quand

» la contestation est jugée soit avec eux, soit sans eux (le
» propriétaire n'étant pas obligé de les appeler), il ne leur
» reste plus de recours » ⁴⁵. Dans son rapport au corps
législatif, le tribun Perreau a exposé cette théorie dans les
termes suivants : « Il n'y a non plus aucun doute que
l'usufruitier ne

» doive perdre son droit par l'abus qu'il en fait, soit en dé-
» gradant le fonds, soit en négligeant de l'entretenir ; mais
il

» pourrait y en avoir sur le sort des créanciers. On les a
dis-

» sipés en permettant aux créanciers d'intervenir pour la
» conservation de leurs droits, d'offrir la réparation des
dom-

» mages et de donner une garantie pour l'avenir. Ainsi, on
a

» laissé aux juges, selon les circonstances, la faculté de
pro-

» noncer la cessation absolue de l'usufruit ou de ne rendre
» au propriétaire la jouissance qu'à la charge de payer, soit
» à l'usufruitier, soit à ses ayant cause, une somme
détermi-

» née jusqu'au terme de l'usufruit ». La loi et ses auteurs
mettent sur la même ligne tous les créanciers de
l'usufruitier, ses créanciers hypothécaires aussi bien que
ses créanciers chirographaires. Ils ont tous les mêmes
droits ; aucun d'eux ne peut. en réclamer de plus étendus.
La solution de la loi est d'ailleurs sans inconvénient
sérieux. L'intervention des magistrats, les pouvoirs très
étendus et discrétionnaires dont-ils sont investis sont une
garantie suffisante. Les juges y trouveront les moyens de
sauvegarder tous les intérêts, spécialement ceux des
créanciers hypothécaires. Ils pourront même décider,
comme le propose M. Demolombe, que le propriétaire ne

recouvrera la jouissance de son bien que sous la réserve des hypothèques ⁴⁶.

Entre ces deux opinions, le choix est difficile. Que les tribunaux aient le droit de prononcer contre l'usufruitier une déchéance absolue et que cette déchéance puisse être opposée aux créanciers hypothécaires sur l'usufruit, c'est ce qui nous semble résulter du texte de la loi et des travaux préparatoires. Mais que le jugement de déchéance produise ses effets contre les créanciers hypothécaires, alors même qu'ils n'auraient pas été appelés dans l'instance, c'est ce que nous hésitons beaucoup à admettre. La question n'est donc pas une question d'hypothèque ; elle se rattache à la théorie de l'autorité de la chose jugée. Nous n'avons pas à la discuter.

927. Bien qu'ils aient une certaine analogie avec l'usufruit, le droit d'usage, quand il a des immeubles pour objet, et le droit d'habitation ne peuvent pas être hypothéqués. L'art. 2118 garde à leur égard un silence calculé. Il y avait d'ailleurs une raison péremptoire pour les déclarer non susceptibles d'hypothèques : l'étendue des avantages qu'ils confèrent se mesure aux besoins essentiellement variables de celui auquel ils appartiennent. Ces droits ne peuvent être transmis à des tiers ; ils sont incessibles et insaisissables (art. 631 et 634) ⁴⁷.

928. Les servitudes ou services fonciers, dont l'art. 2118 ne parle pas, ne sont pas non plus susceptibles d'être hypothéquées. Du moins, elles ne peuvent pas être hypothéquées principaliter et per se. Car elles sont une qualité du fonds dominant ; elles ne peuvent en être détachées. Leur nature même s'oppose à une adjudication aux enchères publiques. Mais elles seraient, en qualité d'accessoires, atteintes par l'hypothèque établie sur l'héritage auquel elles sont inhérentes ⁴⁸.

929. La nature du droit du preneur dans un contrat de bail ordinaire est, on le sait, l'objet d'une controverse. La

généralité des auteurs et la jurisprudence le considèrent, conformément à la tradition historique ⁴⁹, comme un droit de créance et comme un droit mobilier ⁵⁰. En conséquence il n'est pas susceptible d'hypothèque.

930. Mais il arrive assez souvent que le preneur, en vertu soit d'une obligation imposée par le contrat, soit d'une autorisation expresse ou tacite, élève des constructions nouvelles — sur le terrain loué. Ces bâtiments sont certainement des immeubles par nature en vertu de l'art. 518. Les matériaux, meubles de leur nature, deviennent immeubles par le fait seul de leur incorporation au sol (art. 532). La loi n'exige pas que cette incorporation ait été faite dans un esprit de perpétuité ⁵¹, elle n'exige pas qu'elle soit l'œuvre du propriétaire ⁵². Par conséquent, les bâtiments sont immeubles par nature, quel que soit le constructeur, qu'ils aient été élevés par le propriétaire, par un tiers investi d'un droit réel immobilier sur le sol, comme l'usufruitier, ou même par un simple fermier ou un locataire. Ils sont donc susceptibles d'hypothèques en vertu de l'art. 2118-1°. Nous rechercherons plus loin par qui l'hypothèque peut être consentie et nous aurons l'occasion d'en préciser les effets.

931. Notre ancienne jurisprudence connaissait de nombreux contrats, par l'effet desquels la propriété était divisée, le domaine utile attribué à l'un et le domaine direct retenu par l'autre. La législation intermédiaire a fait disparaître presque tous ces droits : elle a aboli les uns parce qu'ils étaient entachés de féodalité ; elle a déclaré les redevances imposées par les autres essentiellement rachetables ; elle a ainsi consolidé la propriété sur la tête des preneurs et effacé de nos lois le domaine direct retenu par le bailleur. Il nous paraît inutile de parler ici de ces locations perpétuelles ou à longue durée. Elles ne présentent plus qu'un intérêt purement historique.

Il est cependant certaines conventions qui se sont perpétuées et se retrouvent encore dans la pratique contemporaine. De celles-là il importe de déterminer le caractère ; il est nécessaire de préciser le droit qu'elles confèrent et de rechercher s'il est susceptible d'hypothèques. Nous le ferons très rapidement.

932. Nous mentionnerons seulement l'ancien bail à rente foncière. Il n'est, en réalité, qu'une vente, dont la rente forme le prix. Le preneur est un acheteur et peut hypothéquer l'immeuble par lui acquis. Le bailleur est un vendeur ; il ne conserve aucun droit de copropriété ; il est seulement créancier de la rente, qui est mobilière (art. 530). Il ne peut donc pas consentir d'hypothèque.

933. La plus importante de ces conventions est le contrat d'emphytéose. Le droit de l'emphytéote est-il susceptible d'hypothèques ? La réponse à cette question dépend de la nature qu'on lui reconnaît. Si l'on décide que l'emphytéote n'est investi d'aucun droit réel, si on l'assimile, à moins de convention contraire, à un preneur ordinaire, il est évident que son droit n'est pas susceptible d'hypothèque ⁽⁵³⁾. Mais si l'on admet, avec un grand nombre d'auteurs et la jurisprudence, soit que l'emphytéose opère encore aujourd'hui, comme dans notre ancienne jurisprudence, décomposition de la propriété et translation du domaine utile au profit de l'emphytéote ⁵⁴, soit qu'elle constitue tout au moins un droit réel immobilier spécial ⁵⁵, la question se pose sur un tout autre terrain.

Dans la première alternative, il est évident que l'emphytéose aura conservé les caractères qu'elle avait avant 1789 et que, sauf quant à sa durée limitée à un maximum de quatre-vingt-dix-neuf ans par la loi des 18-29 décembre 1790, elle continue d'être régie par les règles de notre ancien droit. Elle sera, en conséquence, susceptible d'hypothèques. Dans la seconde alternative, si l'emphytéose, sans diviser la propriété en domaine utile et

en ce qu'on peut appeler hoc sensu un domaine direct, confère néanmoins à l'emphytéote un droit réel immobilier, il y a lieu de rechercher si ce droit est susceptible d'hypothèques. En faveur de la négative, on rappelle que l'énumération de l'art. 2118 est limitative et que l'emphytéose n'y a pas trouvé place. Le silence du code sur ce point est d'autant plus significatif que la loi du 9 messidor an III déclarait susceptible d'hypothèques (art. 5) « l'usufruit des mêmes biens (biens territoriaux), ré-

» sultant seulement des baux emphytéotiques, lorsqu'il reste

» encore vingt-cinq années de jouissance » et que la loi du 11 brumaire an VII appliquait la même règle à « l'usufruit, » ainsi qu'à la jouissance à titre d'emphytéose des mêmes » biens, pour le temps de leur durée ». Bien plus, dans la discussion du titre des privilèges et hypothèques (séance du 5 ventôse an XII), Jollivet remarqua que l'emphytéose n'avait jamais été susceptible d'hypothèque et que ce principe n'était pas rappelé. Tronchet répondit « qu'on n'employait autrefois

» l'emphytéose que pour éviter les droits seigneuriaux : main-

» tenant elle n'aurait plus d'objet. Il était donc inutile d'en » parler » ⁵⁶. Si le code avait voulu confirmer les règles du droit intermédiaire, il aurait, à l'exemple du législateur de cette époque, fait figurer l'emphytéose dans l'énumération de l'art. 2118. Il ne l'a pas fait. Donc ce droit n'est pas susceptible d'hypothèque ⁵⁷.

En faveur de l'opinion contraire, on peut faire observer que les auteurs de la loi de messidor avaient confondu l'emphytéose et l'usufruit ; ils ne déclaraient susceptible d'hypothèque que l'usufruit résultant des baux emphytéotiques. Les rédacteurs de la loi du 11 brumaire distinguèrent ces deux droits, mais pour les soumettre à la même règle et ils donnaient au droit de l'emphytéote la

qualification de jouissance. Ne faut-il pas en conclure que l'art. 2118 comprend l'emphytéose sous la dénomination d'usufruit entendue lato sensu ⁵⁸ ? On ajoute, à l'appui de cette solution, que les dispositions de notre ancien droit relatives à l'emphytéose n'ont pas été expressément abrogées par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII ; il ne s'agit pas d'une matière faisant l'objet des lois composant le code civil. On fait enfin remarquer que les lois édictées sur ce point pendant la période révolutionnaire, n'ont pas non plus été tacitement abrogées. Le code ne renferme aucune disposition sur l'emphytéose. Les articles, dans lesquels il indique les principaux droits réels, ne sont pas limitatifs. Par conséquent, l'emphytéose existe ; elle a conservé son ancien caractère de droit réel immobilier et elle est comprise dans l'énumération de l'art. 2118, sous la dénomination étendue d'usufruit.

934. Le contrat de superficie ne donne pas naissance à de semblables controverses. En permettant d'acquérir un souterrain sous le bâtiment d'autrui, l'art. 553 admet que la propriété du tréfonds peut être séparée de celle du sol ; rien ne s'oppose dès lors à ce que la propriété de ce qui s'élève au dessus du sol reste distincte de celle du sol lui-même. Nous avons ainsi deux droits de propriété superposés : l'un est propriétaire du dessous et l'autre de la superficie et de tout ce qui s'élève au dessus du sol. Ces deux droits constituent une propriété corporelle immobilière ⁵⁹. En conséquence, le superficiaire a le droit d'hypothéquer la superficie ⁶⁰, de la même manière que le propriétaire du tréfonds peut hypothéquer sa propriété. Cette hypothèque toutefois ne survivra pas au droit du superficiaire ; si ce droit n'était concédé que d'une manière révocable ou pour un temps limité, il est évident que l'hypothèque s'éteindrait avec lui ⁶¹.

935. Le bail à domaine congéable ou bail à convenant, usité dans certaines parties de l'ancienne province de

Bretagne formant aujourd'hui les départements du Finistère, des Côtes du Nord et du Morbihan, présente une incontestable analogie avec le contrat de superficie. Il s'en distingue facilement parce qu'il est mélangé de vente et de louage. Le preneur a droit aux fruits du sol, comme dans le louage ordinaire : il devient en outre propriétaire des édifices et superficies, sauf résolution en cas de congément ⁶². Maintenu par le décret du 7 juin 1791, dont les dispositions, abrogées par le décret des 27 août-7 septembre 1792, furent remises en vigueur par la loi du 9 brumaire an VI, ce contrat n'est prohibé par aucune disposition de notre code. Il a même été expressément reconnu par l'art. 9 de la loi du 23 avril 1831 sur les élections à la Chambre des députés. Il produit aujourd'hui les mêmes effets que dans notre ancienne jurisprudence. Nous les avons indiqués. Nous dirons, en conséquence, que le preneur à domaine congéable a, comme le superficiaire, le droit d'hypothéquer les édifices et superficies dont il est propriétaire (art. 7, décret 7 juin 1791) ⁶³.

936. Le champart était un contrat par lequel on transférait la jouissance ou la propriété d'un fonds, moyennant une redevance en nature prélevée sur les produits de la terre. Sous quelque dénomination qu'il se présentât, orage, terrage, agrier, percière baillette, tasque ou tâche, ses effets variaient suivant la volonté des parties et les usages locaux. S'il était temporaire, il était et doit encore être assimilé à un bail ; si la concession était faite à perpétuité, le contrat était généralement considéré comme translatif de propriété ⁶⁴. La loi des 18-29 décembre 1790 en a fait de véritables ventes.

En conséquence, le champartier est devenu propriétaire de l'immeuble concédé : il a seul le droit de l'hypothéquer. Le concédant n'est qu'un simple créancier et son droit, meuble par la détermination de la loi, n'est pas susceptible d'hypothèque.

La cour de cassation a fait l'application de ces principes au droit de terrage usité notamment en Flandre. Elle a décidé ⁶⁵, en conséquence, que la redevance due par le champartier n'est plus qu'une créance mobilière non susceptible d'être hypothéquée (L. 18 décembre 1790 : art. 6 et 7, L. 11 brumaire, an VII ; art. 530).

Il en est de même pour le droit de perrière usité en Auvergne. La cour suprême a également jugé que le créancier de cette redevance n'est pas investi d'un droit dans l'immeuble, que sa créance est purement mobilière et qu'il, ne peut pas consentir d'hypothèque ⁶⁶.

937. Le bail à comptant, usité autrefois dans l'Ouest et le Midi principalement (Anjou, Maine, Bretagne, surtout Saintonge, La Rochelle. ; Poitou, Dauphiné, Nivernais, etc.), n'était rien autre chose que le champart appliqué aux terres plantées ou à planter en vignes. Ses effets variaient avec les coutumes. Le bail à comptant était tantôt perpétuel et irrévocable, tantôt temporaire ou révocable. Dans ce dernier cas, il ne constituait qu'un bail et en produisait les effets ; le bailleur conservait la propriété de l'immeuble qu'il avait le droit d'hypothéquer ; le preneur n'était investi que d'un droit mobilier ⁶⁷ non susceptible d'hypothèque. Dans le premier cas, au contraire, il est difficile, au milieu de la variété des usages, de déterminer la nature du droit des parties. Dans certaines régions, notamment dans les pays composant le département de la Loire-Inférieure, le contrat n'était pas translatif de propriété ⁶⁸. Au contraire, dans les pays régis par la coutume de La Rochelle, le preneur devenait propriétaire de l'immeuble concédé. Il avait en conséquence le droit de l'hypothéquer ⁶⁹. Le bailleur n'est qu'un simple créancier de la redevance ; il n'a plus de droit dans la chose ; il ne peut pas consentir d'hypothèque. Dans les autres provinces, notamment dans l'Anjou et le Poitou, on ne peut pas préciser avec certitude les effets de la convention. Consulté sur ce point, le Conseil

d'Etat a évité de se prononcer ⁷⁰. La question est controversée. Si l'on décide que le bail à complant est translatif de propriété ⁷¹, c'est au preneur qu'appartiendra le droit d'hypothéquer l'immeuble. Si, au contraire, on admet que le bailleur a retenu la propriété⁷², lui seul pourra hypothéquer.

En résumé, les effets du bail à complant sont déterminés par les usages et la volonté des parties. Cette question résolue, on applique la règle écrite dans l'art. 2118.

938. Le bail à colonage perpétuel ou à métairie perpétuelle, encore usité surtout dans la Marche et le Limousin, n'opérait pas autrefois division de la propriété en domaine direct et domaine utile, et ne transférait pas au preneur la propriété du domaine qui en était l'objet ⁷³. C'est pourquoi, les redevances dues par le preneur ne furent déclarées rachetables ni par la loi des 18-29 décembre 1790, ni par le décret du 2 prairial an II ⁷⁴ ; elles ne le sont pas devenues en vertu de l'art. 530. La convention n'opère pas mutation de la propriété ; elle ne confère pas plus de droits qu'un bail temporaire. Le preneur est dans la même situation qu'un colon ou un métayer. Il ne peut pas consentir d'hypothèque.

939. Bien différent est le bail à locatairie perpétuelle. Dans notre ancienne jurisprudence, cependant, les effets de cette convention variaient avec les coutumes et les usages. Tantôt comme dans le ressort du Parlement de Toulouse ⁷⁵, les bailleurs conservaient la pleine propriété des immeubles objet du contrat ; tantôt, comme en Provence ⁷⁶, il en était autrement. L'art. 2 de la loi des 18-29 décembre 1790 a généralisé cette dernière solution en décidant que les redevances dues par les preneurs seraient rachetables. Elle a, par conséquent, admis que ces conventions étaient translatives de propriété ⁷⁷. Les preneurs, devenus propriétaires, ont seuls le droit d'établir des hypothèques.

940. Il en est de même pour les baux à culture perpétuelle. Le décret du 2 prairial an II édicté, en ce qui les concerne, une disposition semblable à celle que nous venons d'analyser.

941. Le bail héréditaire, spécialement pratiqué en Alsace et dans l'ancienne province française du Luxembourg, présente la plus grande analogie avec le bail à colonage perpétuel. C'est un contrat par lequel une personne afferme un bien rural au preneur et à ses descendants mâles en ligne directe.

La nature de ce contrat est difficile à déterminer. La jurisprudence a décidé que le bail héréditaire de Belgique ⁷⁸, et le bail héréditaire du Luxembourg ⁷⁹, n'étaient pas translatifs de propriété et que la redevance n'était pas rachetable. Elle a varié, au contraire, sur la nature du bail héréditaire d'Alsace. Un arrêt des chambres réunies de la cour de cassation ⁸⁰ a décidé que la propriété des biens affermés n'était ni transmise ni décomposée en domaine utile et domaine direct, que le preneur n'était qu'un fermier et n'acquerrait qu'un droit de jouissance mobilier.

D'un autre côté, un avis du conseil d'Etat du 6 fructidor an XIII déclare le preneur propriétaire des biens donnés à bail héréditaire ; mais il n'a pas été inséré au Bulletin des Lois ⁸¹. En outre, un arrêt de la chambre des requêtes ⁸² décide qu'on peut y voir une transmission du domaine utile et une emphytéose.

Si l'on accepte la première opinion, le preneur n'aura pas le droit d'hypothéquer sa jouissance ; le bailleur seul pourra hypothéquer les immeubles affermés.

Si l'on se prononce en faveur de la seconde solution, le bailleur aura le droit de consentir des hypothèques. Quant aux droits du preneur, ils dépendent de la nature que l'on reconnaît à l'emphytéose ⁸³.

942. Le bail à vie, dont la nature est fort incertaine dans notre ancienne jurisprudence ⁸⁴, semble aujourd'hui tombé

en désuétude. La convention peut être, suivant la volonté des parties, soit un bail, soit une constitution d'usufruit. On lui appliquera, suivant les cas, les principes que nous avons exposés. Le bailleur aura donc toujours la faculté d'hypothéquer l'immeuble. Au contraire, c'est seulement lorsqu'il y aura établissement d'un droit d'usufruit immobilier que le preneur pourra hypothéquer sa jouissance.

943. La création et le développement des chemins de fer ont donné naissance à des questions nouvelles. Il est difficile d'appliquer à ces conventions les principes du droit commun.

Il nous paraît tout d'abord certain que la voie ferrée et ses dépendances, gares, ateliers, etc., ne peuvent pas être hypothéquées. Ces choses font partie du domaine public ; pour ce motif, elles ne sont pas susceptibles d'hypothèques ⁸⁵.

Mais on se demande si la compagnie concessionnaire ne peut pas tout au moins hypothéquer le droit dont elle est investie. Pour admettre l'affirmative, il faudrait que ce droit fût un droit réel immobilier et qu'il fût compris sous la dénomination générale d'usufruit dans l'énumération limitative de l'art. 2118, c'est-à-dire qu'il constituât soit un droit d'usufruit, soit un droit d'emphytéose. En faveur de cette solution on fait remarquer que par sa durée la concession se rapproche de l'emphytéose, qui ne peut pas excéder aujourd'hui 99 ans. On ajoute que la perception des taxes ressemble beaucoup à la perception des fruits produits par la chose et que le concessionnaire jouit ainsi d'avantages analogues à ceux qui appartiennent à un emphytéote et à un usufruitier. On conclut que le droit du concessionnaire est un droit réel immobilier ⁸⁶ et on est porté à autoriser la constitution d'une hypothèque.

On pourrait répondre que la loi du 11 juin 1842, dans ses art. 6 et 7, a qualifié la concession du nom de bail, que les

art. 12, 13 et 15 de la loi du 15 juillet 1845 parlent aussi du concessionnaire ou fermier. On tirerait de ces appellations la conclusion que le concessionnaire n'est qu'un fermier. Son droit serait un droit de créance et un droit mobilier ; à ce titre, il ne serait pas susceptible d'hypothèque.

Nous ne pouvons accepter une pareille interprétation. D'une part, il n'est pas certain que ces expressions aient été employées par la loi dans un sens aussi restreint. Le mot bail notamment comporte, en effet, une acception beaucoup plus générale. Il peut servir à désigner tout contrat par l'effet duquel le droit de propriété se trouve divisé et décomposé. Telle était sa signification dans notre ancienne jurisprudence. Nous n'attachons pas non plus grande importance aux termes employés dans la loi de 1845. Le rapprochement des mots concessionnaire et fermier prouve que le législateur n'était pas bien fixé sur la nature du droit nouveau qu'il allait instituer.

D'autre part, il est impossible d'admettre que par ces expressions, bail, fermier, le législateur ait entendu assimiler la concession à un contrat de louage dans le sens du code civil. Le rapprochement des règles du louage et des clauses des cahiers des charges montre les différences profondes qui existent entre un preneur ordinaire et une compagnie concessionnaire d'un chemin de fer.

Nous ne pouvons pas davantage trouver dans la concession un droit d'emphytéose ou d'usufruit, c'est-à-dire un droit réel immobilier. L'emphytéose et l'usufruit démembrement la propriété. Or les dépendances du domaine public ne sont pas plus susceptibles d'un démembrement de la propriété que d'une appropriation privée. Leur affectation les place hors du commerce.

L'acte de concession nous apparaît dès lors comme un acte d'une nature spéciale ⁸⁷ régi par des règles particulières, complètement distinctes de celles du droit civil. Les concessionnaires contractent des engagements et

acquièrent des droits. Ils sont, suivant les périodes, des entrepreneurs de travaux publics et des entrepreneurs d'un service public. Pour se rembourser de leurs dépenses, ils sont investis du droit d'exploiter une portion du domaine public et de percevoir à cette occasion des redevances consistant en droits de péage et prix de transport. Ils n'ont pas un droit dans la chose. La nature de leur droit d'exploitation se détermine par la nature des avantages qu'ils en retirent. C'est pourquoi leur droit est mobilier ⁸⁸. Par suite il n'est pas susceptible d'hypothèque ⁸⁹.

944. Que décider quant aux actions qui tendent à revendiquer un immeuble, plus généralement quant aux actions immobilières ? Elle ne sont pas comprises dans l'énumération de l'art. 2118 ; par conséquent elles ne sont pas susceptibles d'hypothèques, car le texte est limitatif. Au surplus, il faut bien s'entendre sur le sens de cette proposition. Elle signifie, dit Valette, qu'on ne peut pas hypothéquer les actions immobilières considérées comme droit sui generis, distinct du droit de propriété reconnu et vérifié. En d'autres termes, on ne peut pas hypothéquer le droit litigieux que l'on a sur un immeuble : ce qui permettrait au créancier hypothécaire, non payé à l'échéance, de faire vendre ce droit litigieux aux enchères. La loi suppose sans doute qu'il y aurait peu d'enchérisseurs, et que le droit serait vendu à vil prix, au grand préjudice du débiteur qui a constitué l'hypothèque ⁹⁰. Mais on peut hypothéquer l'immeuble sur lequel on a un droit litigieux ; et si, plus tard, une décision judiciaire, obtenue par le constituant ou par ses créanciers agissant de son chef à son défaut, consacre définitivement le droit de propriété qu'il prétendait avoir sur l'immeuble, l'hypothèque sera valable et produira ses effets (arg. art. 2125).

945. Le dernier immeuble par l'objet auquel il s'applique, dont il nous reste à parler, est l'hypothèque. Peut-on

hypothéquer une hypothèque ?

La question semble étrange. Elle demande à être éclairée par l'histoire.

A Rome, les créances pouvaient être hypothéquées comme tous les autres biens. En acquérant une sûreté sur la créance qui lui était affectée, le créancier acquérait un droit sur l'hypothèque qui en était l'accessoire. Il était tenu de dénoncer cette convention au débiteur de la créance donnée en garantie ⁹¹. A partir de ce moment, celui-ci ne pouvait se libérer qu'en payant entre les mains du créancier ayant hypothèque sur la créance.

Mais ce n'est pas de l'hypothèque de la créance que nous avons à parler. Il est évident qu'aujourd'hui les créances ne peuvent pas être hypothéquées ; elles ne sont pas des immeubles déclarés susceptibles d'hypothèques par l'art. 2118.

A côté de l'hypothèque de la créance, le droit romain avait admis l'hypothèque de l'hypothèque ⁹², *pignus pignori dari potest*. A l'origine et avant l'introduction de l'hypothèque, cette formule traduisait le fait plutôt qu'elle n'exprimait le droit. Le créancier gagiste possesseur de l'objet donné en gage pouvait l'engager lui-même à un de ses créanciers. Mais le droit de celui-ci n'était qu'un droit subordonné ; les causes qui éteignaient la première créance, notamment le paiement fait par le premier débiteur au créancier originaire, libéraient le gage et mettaient celui qui détenait la chose dans la nécessité de la restituer (⁹³). Pour que le second gagiste eût une sûreté pleine et entière, il aurait fallu que le débiteur originaire ne pût payer valablement qu'entre ses mains. Lorsque l'hypothèque fut introduite dans la législation romaine, on lui appliqua les règles suivies jusqu'alors pour le *pignus pignoris*.

Ce n'était donc qu'une hypothèque en sous-ordre ; son existence était intimement liée à l'existence de la première

hypothèque ; si celle-ci était éteinte par le paiement, l'hypothèque de l'hypothèque subissait le même sort. Si le paiement était effectué entre les mains du second créancier et si, comme la seconde créance, il avait pour objet une somme d'argent, elle demeurerait jusqu'à due concurrence entre les mains de celui qui l'avait reçue ; seul l'excédent devait être versé entre les mains du premier créancier. Si, au contraire, la créance hypothéquée avait pour objet autre chose qu'une somme d'argent et si la créance garantie était d'une somme d'argent, le second créancier auquel avait été fait le paiement conservait la chose à titre de pignus ⁹⁴. Pour le mettre à l'abri de tout danger, il aurait fallu, comme pour le créancier gagiste, qu'aucun paiement ne pût être valablement effectué entre les mains du premier créancier, il aurait fallu que l'hypothèque de l'hypothèque entraînant l'hypothèque de la créance, Les jurisconsultes romains admirent-ils cette solution ? La question est controversée ; nous croyons inutile de la résoudre ⁹⁵ ; il nous suffit d'avoir précisé ce qu'on entendait à Rome par l'hypothèque de l'hypothèque.

946. Notre droit coutumier admit le principe du droit romain. Pothier notamment considérait l'hypothèque comme un droit dans les héritages, comme un droit immobilier susceptible d'hypothèques. Il disait que le montant de la collocation d'un créancier hypothécaire représentait non seulement sa créance personnelle, mais encore le prix de son droit d'hypothèque. Il ajoutait :
« C'est en tant qu'elle est le prix

» de mon hypothèque que je suis colloqué dans l'ordre.
Mais

» ce droit d'hypothèque que j'ai dans les biens saisis réelle-

» ment, étant un droit dans les héritages et, par conséquent,

» immobilier, et suivant la règle Pignus pignori dari potest

» (L. 1, Cod. si pign. pign.), est lui-même hypothéqué à mes

» créanciers hypothécaires ». Il en conclut que le montant de la collocation obtenue sera réparti entre les créanciers hypothécaires du créancier colloqué, suivant le rang de leurs hypothèques ⁹⁶. Cette pratique diffère profondément de la théorie romaine ; l'hypothèque porte véritablement sur la première hypothèque ; mais on aboutit à un résultat analogue à celui du droit romain. Le second créancier se présentera à l'ordre ; il sera colloqué sur le montant de la collocation attribuée au premier, suivant son rang d'hypothèque.

947. Aujourd'hui, il faut décider qu'on ne peut pas hypothéquer une hypothèque ⁹⁷. En effet, l'hypothèque ne figure pas sur la liste limitative de l'art. 2118. En outre, l'art. 778 Pr. civ., devenu l'art. 775 Pr. civ., est exclusif des sous-ordres. Ce texte, supposant qu'il se présente à l'ordre plusieurs créanciers de l'un des créanciers colloqués, dit que tous, sans distinction, pourvu qu'ils soient inscrits ou opposants avant la clôture de l'ordre, viennent à contribution sur le montant de la collocation attribuée à leur débiteur, qui est considérée comme chose mobilière.

Comment fera donc le créancier qui, ayant besoin de crédit, veut offrir en garantie son droit de préférence immobilier ?

Il peut donner sa créance en gage en se conformant aux prescriptions des art. 2074 et 2075 ; c'est le *pignus nominis* du droit romain. Le créancier gagiste pourra alors se prévaloir de tous les avantages attachés à la créance, notamment exercer l'action personnelle contre le débiteur et ses cautions et se prévaloir de l'hypothèque sur les immeubles affectés.

Si ce résultat dépasse les intentions des parties, elles auront recours aux cessions d'hypothèque, aux subrogations dont nous avons déjà parlé en traitant du

caractère accessoire de l'hypothèque ⁹⁸ et sur lesquelles nous reviendrons à propos de l'hypothèque légale de la femme mariée.

Cette cession de l'hypothèque diffère sensiblement de l'hypothèque de l'hypothèque. La cession de l'hypothèque ne peut s'opérer que par la volonté des parties ; elle résulte nécessairement d'une convention. L'hypothèque de l'hypothèque au contraire, si elle était admise, pourrait avoir l'une des causes indiquées dans l'art. 2116 et serait, suivant les cas, légale, judiciaire ou conventionnelle. En outre, les cessions de l'hypothèque ne sont en principe soumises à aucune condition de publicité ⁹⁹ ; elles produisent leur effet à leur date, pourvu que cette date soit certaine ; il en serait autrement de l'hypothèque de l'hypothèque, elle devrait, si elle [existait dans la loi, être rendue publique de la même manière que toutes les autres hypothèques.

948. On sait que les actions de la Banque de France peuvent être immobilisées ; elles sont alors assimilées aux propriétés foncières (art. 7, décret du 16 janvier 1808). En conséquence, elles sont spécialement susceptibles d'hypothèques.

Il en est de même des actions du canal du Midi, que l'art. 13 du décret du 10 mars 1810 a complètement assimilées, à cet égard, aux actions de la Banque de France.

Il en était de même des actions des canaux d'Orléans et du Loing, en vertu de l'art. 13 d'un décret du 16 mars 1810. Mais il n'y a plus lieu d'en parler. Le rachat en a été autorisé par la loi du 1^{er} août 1860 et il a été définitivement opéré par la loi du 20 mai 1863.

949. Il n'y a pas lieu de mentionner ici les rentes sur l'Etat. Elles sont meubles et ne peuvent pas être immobilisées. Il est vrai que des valeurs de cette nature ont pu être immobilisées pour la constitution d'un majorat, en vertu du décret du 1^{er} mars 1808. Mais en admettant même

que ces majorais, dont la loi du 12 mai 1835 a interdit l'institution pour l'avenir, ne soient pas éteints en vertu de l'art. 2 de cette loi du 12 mai 1835 et des art. 1 et 2 de la loi du 7 mai 1849, il est certain que ces rentes ne peuvent pas être hypothéquées. Les biens composant un majorat ne peuvent être ni aliénés, ni hypothéqués.

950. Tels sont, d'après le code, les seuls biens susceptibles d'hypothèques. Les meubles ne peuvent donc pas être hypothéqués ; car l'énumération de l'art. 2118, énumération dont les termes mêmes prouvent qu'elle est essentiellement limitative, ne comprend que des immeubles.

Sur ce point, le droit romain avait d'autres principes. *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest*, dit la loi 9, § 1, D., De pign. et hyp. (XX. 1). D'ailleurs, dans cette législation, l'hypothèque des meubles conférait au créancier le droit de préférence et le droit de suite, comme celle des immeubles.

Notre ancien droit s'écarta de ces traditions. Dans les pays de droit écrit et dans quelques autres provinces, il est vrai, comme celles d'Anjou, du Maine, de Bretagne et de Normandie, les meubles étaient susceptibles d'hypothèque ; mais c'était une hypothèque imparfaite, qui ne conférait au créancier qu'un droit de préférence sans droit de suite. Partout ailleurs l'hypothèque des meubles n'était aucunement admise.

Ce qu'il y a de singulier, c'est que les coutumes qui n'admettaient pas l'hypothèque des meubles et celles qui admettaient l'hypothèque imparfaite dont il vient d'être parlé, formulaient leur principe dans les mêmes termes : Meubles n'ont point de suite par hypothèque. Cette maxime célèbre était donc à double sens : dans la plupart des coutumes, notamment celle d'Orléans (art. 447), et celle de Paris (art. 170), elle signifiait que les meubles ne pouvaient pas être hypothéqués ; dans quelques autres, comme la coutume de Normandie (art. 593), elle voulait dire que les

meubles pouvaient être hypothéqués, mais d'une hypothèque imparfaite, ne conférant pas le droit de suite.

951. La règle Meubles n'ont pas de suite par hypothèque a été reproduite littéralement par l'art. 2119. On y retrouve l'incorrection de langage qui n'avait pas échappé à Pothier et que cet auteur rectifie dans ses notes sur l'art. 447 de la Cout. d'Orléans.

Quel sens faut-il lui donner ? A coup sûr ce n'est pas celui qui vient d'être indiqué en dernier lieu ; car cette interprétation aboutirait à mettre le législateur en contradiction avec lui-même. Il dit dans l'art. 2114 que l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles. Il dit dans l'art. 2118 que les immeubles sont seuls susceptibles d'hypothèques, ce qui exclut évidemment les meubles ; comment croire qu'il vienne immédiatement après se donner un démenti dans l'art. 2119, en déclarant les meubles susceptibles d'une hypothèque, même imparfaite ? Alors notre texte signifie-t-il, comme l'art. 447 de la coutume d'Orléans, que les meubles ne peuvent pas être hypothéqués ? C'est bien probable, quoique la formule, on n'en peut disconvenir, soit assez impropre pour exprimer cette idée. L'art. 2119 complète ainsi l'art. 2279. Il étend à l'action hypothécaire le principe édicté par l'art. 2279 pour l'action en revendication. Il soumet les meubles incorporels à la même règle que les meubles corporels en ce qui concerne l'hypothèque, tandis que l'art. 2279 est spécial à ces derniers.

On objectera peut-être que cette interprétation aboutit à faire de l'art. 2119 un texte inutile ; car la prohibition d'hypothéquer les meubles résultait suffisamment de l'art. 2118. Nous répondrons qu'il y a dans le code civil bien d'autres articles inutiles. Mieux vaut, après tout, prêter au législateur une inutilité que l'accuser d'une contradiction.

Il est curieux que cette inutilité législative se rencontre également dans la loi du 9 messidor an III (art. 5 et 6). On peut même dire qu'elle s'y présente sous une forme encore

plus surprenante : car la solution y est affirmée en quelque sorte brutalement et n'y revêt pas l'apparence plus délicate qui la couvre dans l'art. 2119.

952. On a cependant essayé de justifier le législateur et de donner un sens utile à la loi.

On a dit que l'art. 2119 comprenait, sous la dénomination d'hypothèque, même les privilèges. Le sens en serait alors facile à déterminer. C'est celui qu'on donnait à la règle suivie dans les pays de droit écrit et dans quelques coutumes. Les meubles sont bien susceptibles d'être affectés par privilège d'un droit de préférence ; mais ils ne peuvent pas être l'objet d'un droit de suite ¹⁰⁰.

Les termes de la loi qui parle d'hypothèque et non de privilège, la place de notre article inséré dans le chapitre consacré aux hypothèques suffisent pour réfuter cette interprétation.

Suivant d'autres auteurs ¹⁰¹, l'art. 2119 aurait été écrit en vue de l'hypothèque qui atteint, en qualité d'accessoires de l'immeuble sur lequel elle porte, les objets mobiliers fictivement immobilisés par destination, et l'article signifierait que si ces objets ont été transmis à un tiers qui les a reçus de bonne foi, si par exemple des animaux attachés à la culture du fonds hypothéqué ont été vendus et livrés à un acheteur qui ignorait leur affectation, le créancier hypothécaire ne pourra pas les suivre entre ses mains ; car ils ont été mobilisés par leur séparation du fonds, et le détenteur peut opposer au créancier qui le poursuit la maxime En fait de meubles, la possession vaut titre.

Il est certain que le créancier hypothécaire n'aurait pas le droit de suite sur les objets dont il vient d'être parlé. Mais que ce soit là ce qu'a voulu dire l'art. 2119, c'est beaucoup plus douteux. Ce serait un sens tout à fait nouveau de la maxime Meubles n'ont pas de suite par hypothèque ; or comment admettre que le législateur, qui a

reproduit littéralement cet adage plusieurs fois séculaire, ait entendu lui donner un sens ignoré jusque là, alors que rien, ni dans la loi, ni dans les travaux préparatoires, ne révèle cette pensée ?

On peut en outre remarquer que la formule adoptée par le législateur serait bien malheureuse. Elle porterait à croire que dans ce cas le droit de suite est seul éteint et que le droit de préférence peut être exercé sur le prix, s'il est encore dû. Nous apprécierons plus tard le mérite de cette critique en étudiant les effets généraux des hypothèques.

Au surplus, cette controverse a peu d'importance ; car, quel que soit le sens que l'on doive donner à l'art. 2119, on est d'accord sur les principes.

953. Il reste à savoir pourquoi notre législateur n'admet pas l'hypothèque des meubles.

Loyseau disait autrefois que « la raison n'est pas celle qu'on

» allègue vulgairement, que *mobilium vilis est possessio*, pour

» ce que le plus ou le moins ne sont point de différence au droit » ¹⁰². Il justifiait la prohibition des coutumes par des considérations qui sont aussi vraies aujourd'hui que de son temps.

L'hypothèque des meubles, telle que l'admettait le droit romain, c'est-à-dire armée du droit de suite, aurait jeté dans le commerce et dans les relations civiles les perturbations les plus graves ; elle aurait porté une atteinte funeste à une règle fondamentale de notre droit, la règle En fait de meubles la possession vaut titre (art. 2279). Quant à l'hypothèque imparfaite, c'est-à-dire dépouillée du droit de suite, qui avait été admise dans quelques-unes de nos anciennes provinces, elle ne procurerait à vrai dire au créancier qu'une garantie à peu près illusoire, tant il serait facile au débiteur de la faire disparaître. Dans une

législation qui admet la règle En fait de meubles la possession vaut titre, les meubles ne peuvent guère offrir à un créancier une garantie sérieuse qu'autant qu'ils lui sont affectés dans leur généralité, comme cela a lieu pour plusieurs privilèges, ou, s'ils sont affectés à titre particulier qu'autant que la possession en est remise au créancier, et alors on tombe dans le cas du gage. D'ailleurs, l'une des bases du régime hypothécaire admis par le code civil est la publicité ; or comment organiser d'une manière efficace la publicité des hypothèques sur les meubles, qui, à la différence des immeubles, n'ont pas d'assiette fixe et dont il est souvent difficile d'établir l'individualité ? C'est plus qu'il n'en faut pour justifier la prohibition d'hypothéquer les meubles.

954. Notre chapitre se termine par un article de renvoi, l'art. 2120, ainsi conçu : « Il n'est rien innové par le présent » Code aux dispositions des lois maritimes concernant les » navires et bâtiments de mer ».

Le droit maritime présente en effet, sous les divers points de vue qui viennent de nous occuper, des règles spéciales. L'art. 190 C. co. dit que les navires sont meubles ; il ajoute qu'ils sont affectés à certaines créances ; mais il les qualifie de privilégiées et non d'hypothécaires. Il n'y a donc pas, dans cette disposition, de dérogation à l'art. 2119.

Mais les privilèges, que la loi a établis sur les navires au profit de certains créanciers (art. 191 et 192, C. co.), entraînent le droit de suite, malgré la nature mobilière du navire (art. 190, C. co.) ¹⁰³. Ce droit de suite appartient même aux créanciers simplement chirographaires du propriétaire du navire (art. 190 al. 2 C. co.). Le code de commerce apporte donc à cet égard d'importantes exceptions aux principes généraux du code civil. Cependant il ne déclarait pas les navires susceptibles d'hypothèques.

955. La dérogation, que nous ne rencontrons pas dans les textes du C. co., se trouve dans une loi postérieure, la loi du

10 décembre 1874, qui a été complètement refondue dans la loi du 10 juillet 1885. Cette loi organise l'hypothèque maritime, qui serait plus exactement appelée l'hypothèque navale. Elle décide que les navires peuvent être hypothéqués. C'est une exception remarquable à la règle que les immeubles seuls sont susceptibles d'hypothèques.

Empruntée principalement à la loi anglaise de 1854 qui avait organisé le mort-gage sur les navires, l'hypothèque maritime a pour but de mettre à la portée des armateurs un nouveau moyen de crédit réel. Sans doute les navires pouvaient théoriquement être donnés en nantissement. Mais il était difficile, même impossible de remplir les conditions requises par la loi pour la validité du gage. On était obligé de recourir à une vente simulée. Pleine de dangers pour le débiteur, elle laissait le créancier acheteur exposé aux plus graves inconvénients ¹⁰⁴.

C'est pour remédier à cet état de choses qu'une réforme de la législation fut demandée dans les enquêtes maritimes de 1865 et de 1870, poursuivie par les travaux d'une commission instituée en 1865 pour la révision du livre 2 du C. de co., préparée par les avis des chambres de commerce, étudiée par le conseil d'Etat dont le travail fut interrompu par les événements de 1870 et enfin réalisée par l'Assemblée nationale dans la loi du 10 décembre 1874 sur la proposition de MM. Savoye, Grivard et Mathieu Bodet.

L'exception apportée par la loi nouvelle à l'art. 2119 se justifie d'ailleurs facilement. Les navires peuvent être individualisés aussi sûrement que les immeubles ; l'acte de francisation, qui partout et toujours les accompagne, leur donne à la fois un état civil et une situation ; les mutations de propriété en sont constatées avec certitude. La publicité, qui est la base de notre régime hypothécaire, peut être assurée sans peine. Il n'y a pas dès lors de motifs pour ne pas permettre de les hypothéquer. Admise dans notre ancien droit par la jurisprudence de certains

parlements, l'hypothèque des navires n'avait été abolie que par l'édit de 1666. L'ordonnance de 1681 avait organisé, en ce qui les concerne, un droit de suite, que notre code de commerce a conservé. La réforme proposée était donc relativement modeste. Il s'agissait seulement de compléter ces règles, en autorisant à ajouter au droit de suite déjà existant un droit de préférence conventionnel. Telle est l'œuvre accomplie par la loi du 10 décembre 1874, remplacée aujourd'hui par la loi du 10 juillet 1885.

956. Les navires que la loi nouvelle déclare susceptibles d'hypothèques, ce sont les bâtiments de mer. Le législateur aurait bien voulu, pour répondre aux vœux des intéressés, étendre le bienfait de cette législation à la batellerie fluviale. Mais il s'est heurté à de véritables impossibilités. D'une part, il n'existe pas pour celle-ci d'administration chargée, comme l'administration des douanes pour les bâtiments de mer, de constater les mutations de propriété. D'autre part, la publicité des hypothèques a rencontré des difficultés considérables, qu'il n'a pas été possible de vaincre jusqu'ici.

957. Tous les navires ne sont pas susceptibles d'hypothèque. L'art. 36 de la loi de 1885, reproduisant l'art. 29 de la loi de 1874, ne l'autorise que pour les navires de vingt tonneaux et au-dessus. Le législateur a pensé, comme le dit M. Grivart dans son rapport sur la loi de 1874, que l'organisation du crédit hypothécaire ne présente pas une véritable utilité pour des bâtiments qui ne sont que de simples barques. Les navires d'un tonnage inférieur n'ont pas assez de valeur pour offrir une sérieuse garantie. Leur armement n'exige que des sommes relativement peu élevées. L'appel au crédit n'a pas ici le même caractère de nécessité.

958. Comme en matière d'hypothèque foncière, l'hypothèque maritime s'étend au corps du navire, aux agrès, apparaux, machines et autres accessoires (art. 4). Cette règle est identique à celle que nous avons rencontrée

dans l'art. 2118 pour les immeubles par destination. Cependant les parties peuvent y déroger et limiter l'hypothèque au corps du navire. Remarquons que les accessoires, envisagés seuls et séparés du navire, ne peuvent être hypothéqués.

Mais l'hypothèque ne s'étendrait pas aux frets non encaissés par l'armateur ou encaissés postérieurement à la saisie. Sans doute on aurait pu les considérer comme des fruits civils et décider qu'ils seraient immobilisés à partir de cette époque. En l'absence d'une disposition formelle qui consacre cette solution, nous ne saurions l'accepter. Les accessoires dont parle l'art. 4 sont des choses analogues aux agrès, apparaux, c'est-à-dire des choses corporelles faisant corps avec le navire ¹⁰⁵. Nous n'autoriserions même pas une convention contraire. La créance du fret n'est pas un accessoire du navire. C'est un meuble incorporel, il n'est pas susceptible d'hypothèque ¹⁰⁶.

959. L'hypothèque peut être établie sur un navire en construction aussi bien que sur un navire achevé (art. 5 L. de 1874, art. 5 initio L. de 1885). Elle présente une incontestable utilité tant pour le constructeur que pour l'armateur qui fait construire le bâtiment ; elle ne peut nuire à personne. Tels sont les motifs qui l'ont fait admettre.

960. L'art. 36 de la loi de 1874 avait permis l'hypothèque du navire en cours de voyage, appelée aussi hypothèque éventuelle. 11 souleva les plus vives critiques. On fit ressortir les inconvénients de la mention au dos de l'acte de francisation de toutes les hypothèques constituées avant le départ. On insista sur les difficultés que présentait l'exécution des prescriptions légales relatives à la publicité. C'est pourquoi la loi nouvelle n'a pas reproduit cet art. 26. Aujourd'hui l'hypothèque d'un navire en cours de voyage n'est plus possible.

961. L'hypothèque maritime ne peut être établie que par convention (art. 1 L. de 1874 et L. de 1885). L'hypothèque légale et l'hypothèque judiciaire sont donc proscrites en cette matière. Le législateur a voulu mettre un nouvel instrument de crédit à la portée des propriétaires de navires. Son but n'aurait pas été atteint, si ces biens étaient affectés aux créances garanties par une hypothèque légale ou par l'hypothèque judiciaire. Ni l'une ni l'autre ne sont des instruments de crédit. Admettre qu'elles s'étendent aux navires appartenant au débiteur aurait été porter atteinte à son crédit. On aurait soustrait ainsi à l'action de ses créanciers des biens qui jusqu'alors avaient été leur sûreté. Ces considérations suffisent pour justifier la loi, sans qu'il soit besoin d'invoquer la dispense d'inscription qui serait accordée aux hypothèques légales ou la généralité de l'hypothèque judiciaire.

CHAPITRE III

DES DIVERSES ESPÈCES D'HYPOTHÈQUES

962. A un certain point de vue, toutes les hypothèques sont légales. En effet, toutes ont la loi pour source, au moins médiate. C'est ce qui résulte de l'art. 2115 :

« L'hypothèque

» n'a lieu que DANS LES CAS, et suivant les formes autorisées

» par la loi ».

La disposition de cet art. n'a qu'un sens facile à déterminer : l'hypothèque donne naissance à un droit de préférence (art. 2094). Or un droit de préférence est exceptionnel (art. 2093). Donc il ne peut exister que dans les cas précisés par la loi et il ne peut être établi que sous les conditions de forme et de fond qu'elle a fixées. Il résulte notamment de là qu'il est interdit aux parties de se soustraire à l'observation des formalités imposées par la loi pour la constitution des hypothèques conventionnelles.

Mais si, allant plus loin, nous envisageons la cause directe et immédiate qui donne naissance à l'hypothèque, nous sommes conduits à distinguer avec l'art. 2116 trois sortes d'hypothèques : l'hypothèque légale, l'hypothèque judiciaire et l'hypothèque conventionnelle.

L'art. 2117 nous donne la définition de chacune de ces hypothèques.

L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi. La faveur dont certains créanciers sont entourés a paru au législateur une raison suffisante pour leur accorder, indépendamment de toute stipulation, le bénéfice d'une hypothèque.

L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires. Cette définition est loin d'être absolument satisfaisante. L'hypothèque judiciaire ; dont il est ici question, n'est pas établie par le jugement ; elle est attachée de plein droit par la loi à certains jugements ou actes judiciaires pour assurer l'exécution de l'obligation qu'ils constatent. Mais il existe aussi des cas dans lesquels la justice est autorisée par le législateur à établir sur les biens d'une personne une hypothèque, qui est plus exactement une hypothèque judiciaire. Telle est par exemple l'hypothèque que le tribunal civil peut constituer sur les biens de l'administrateur provisoire nommé, en vertu de l'art. 32, à la personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés (L. 30 juin 1838, art. 34 al. 2). Telle est encore l'hypothèque dont le tribunal peut ordonner la constitution sur les biens du tuteur nommé, lorsque le jugement, en prononçant la déchéance de la puissance paternelle, décide que la tutelle sera organisée dans les termes du droit commun (L. 24 juillet 1889, art. 10 al. 3).

L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des actes et des contrats. L'hypothèque conventionnelle ne peut donc pas être établie par le seul consentement des parties. Il faut encore observer certaines formes, auxquelles l'art. 2115 a déjà fait allusion. Comme la donation, la constitution d'hypothèque est un contrat solennel.

SECTION PREMIÈRE

DES HYPOTHÈQUES LÉGALES

963. L'hypothèque légale est celle qui est établie de plein droit par la loi et qui naît sans aucune manifestation de volonté soit du créancier soit du débiteur.

Elle a donc la même source que le privilège. Mais elle s'en distingue sans peine (¹⁰⁷). Car, malgré la formule incorrecte de l'art. 2121, elle n'est pas attachée à certaines créances à raison de leur nature ou de leur qualité ; elle est attribuée à certaines personnes en considération de leur condition juridique ou de la nature de leurs rapports avec ceux sur les biens desquels porte l'hypothèque. Ainsi la loi privilégie les frais faits pour la conservation d'une chose mobilière (art. 2102-3°), parce que sans ces frais la chose n'existerait plus dans le patrimoine du débiteur, et qu'à ce titre la créance de ces frais lui paraît favorable ; peu importe la personne du créancier, on ne s'en préoccupe pas. Au contraire, la loi accorde une hypothèque légale au mineur sur les biens de son tuteur, parce que le créancier lui paraît mériter faveur, à raison de son incapacité et de son état de dépendance à l'égard du débiteur, le tuteur. Aussi cette hypothèque est-elle accordée au mineur pour toutes ses créances contre son tuteur : la qualité de la créance ne préoccupe plus ici le législateur, mais seulement la qualité du créancier.

964. L'art. 2121 nous donne l'énumération des hypothèques légales : « Les droits et créances auxquels l'hypothèque

» légale est attribuée, sont, — Ceux des femmes mariées sur

» les biens de leur mari ; — Ceux des mineurs et interdits,

» sur les biens de leur tuteur ; — Ceux de l'Etat, des commu-

» nes et des établissements publics sur les biens des receveurs

» et administrateurs comptables ».

Ainsi donc, trois hypothèques légales : 1° hypothèque légale de la femme mariée ; 2° hypothèque légale des mineurs et des interdits ; 3° hypothèque légale de l'Etat, des communes et des établissements publics.

965. Cette énumération n'est pas complète, on peut y ajouter : 4° les privilèges dégénérés en hypothèques (art. 2113). Ce sont évidemment des hypothèques légales. Dans ce cas, l'hypothèque est spéciale comme le privilège qu'elle remplace ; elle atteint seulement les immeubles que frappait le privilège.

966. 5° L'hypothèque légale des légataires à titre particulier, si l'existence de cette sûreté résulte, comme nous le pensons avec la majorité des auteurs ¹⁰⁸ et la jurisprudence ¹⁰⁹, de l'art. 1017. Cette hypothèque est spéciale ; elle grève bien tous les immeubles héréditaires, mais elle ne frappe pas les immeubles appartenant personnellement à l'héritier débiteur du legs.

967. 6° L'hypothèque de la masse des créanciers d'une faillite (art. 490 et 517 C. co.) ou du commerçant admis au bénéfice de la liquidation judiciaire (art. 4, L. 4 mars 1889).

L'existence de cette hypothèque était révoquée en doute sous le C. co. de 1807. On soutenait que l'inscription prescrite par l'art. 500 avait pour but unique de rendre plus notoire l'état de faillite, de prévenir les ventes d'immeubles consenties par le failli à l'insu et au détriment de la masse de ses créanciers. On prétendait que le dessaisissement suffisait pour protéger leurs intérêts et que le législateur n'avait pas créé un droit hypothécaire les rendant préférables aux créanciers postérieurs à la faillite. En faveur de cette opinion, on faisait remarquer que les créanciers de la masse étaient des créanciers chirographaires, que, si la faillite égalise leurs droits, elle n'en modifie pas la nature ; que par suite, chirographaires dans leur origine, les créances restaient chirographaires. On faisait en outre observer que l'hypothèque, garantie de l'exécution du concordat, ne remontait pas à la date de l'inscription prise à la suite du jugement déclaratif, qu'elle prenait rang par l'inscription requise en vertu du jugement d'homologation du concordat (art. 524 C. co.). Cette

opinion triomphait dans la doctrine ¹¹⁰ et dans la jurisprudence ¹¹¹.

La loi du 25 mai 1838 a modifié cet état de choses. Le dernier al. de l'art. 490 nouveau reproduit bien, il est vrai, l'ancien art. 500. Mais l'art. 517 a une tout autre portée que l'art. 524 du code de 1807. Il décide que « l'homologation

» conservera à chacun des créanciers, sur les immeubles du

» failli, l'hypothèque inscrite en vertu du 3^{me} § de l'art. 490 ». L'inscription prise en vertu de ce texte n'est donc pas une simple mesure de publicité de la faillite ; elle conserve une hypothèque, dont la loi proclame ainsi l'existence. La loi protège les créanciers de la masse. Elle leur assure, par ce moyen, une cause de préférence à l'encontre des tiers.

La nouvelle inscription que l'art. 517 ordonne de prendre en vertu du jugement d'homologation du concordat n'a pour but que de limiter l'étendue du droit hypothécaire et de faire connaître aux tiers le montant des créances garanties ¹¹².

Si la masse des créanciers de la faillite a une hypothèque sur les immeubles du failli, cette hypothèque n'est pas une hypothèque conventionnelle, c'est évident. Elle n'est pas une hypothèque judiciaire ; le jugement déclaratif de faillite n'est pas un jugement de condamnation dans le sens que les art. 2117 et 2123 donnent à ces expressions. On aurait pu, sous le code de commerce, prétendre que l'hypothèque attribuée en vertu du jugement d'homologation du concordat était une hypothèque judiciaire. Mais cette opinion nous paraît devoir être écartée, aujourd'hui que l'hypothèque résulte du jugement déclaratif de faillite. C'est donc une hypothèque légale, elle est directement établie par la loi. Nous dirons avec MM. Lyon-Caen et

Renault : « la déclaration de faillite est
» le fait d'où la loi fait résulter l'hypothèque » ¹¹³.

Le seul point véritablement délicat est de savoir si cette hypothèque est générale et frappe tous les immeubles présents et à venir du failli ou si elle est spéciale et doit être limitée à certains de ses immeubles. Nous étudierons plus loin cette question.

968. 7° L'hypothèque légale de la Régie des douanes sur les immeubles des redevables.

Cette hypothèque a été établie par l'art. 23 du tit. XIII de la L. des 6-22 août 1791. qui frappait également d'une hypothèque les immeubles des comptables. En ce qui concerne ces derniers, cette disposition a été remplacée par la loi du 5 septembre 1807. Il ne faut pas en conclure que cette loi n'est plus en vigueur en ce qui concerne les redevables. Aucun article du code ou de lois spéciales n'a modifié à cet égard la loi de 1791. Sans doute, si l'hypothèque que nous y rencontrons était la conséquence du caractère authentique des actes de soumission signés par les redevables, elle aurait disparu, en vertu des règles du code, avec les hypothèques attachées par notre ancienne jurisprudence aux obligations constatées par acte authentique. Mais la disposition même de la loi de 1791 qui met sur la même ligne les comptables et les redevables, alors que pour les premiers il ne peut être question d'engagements constatés par acte authentique, suffit pour démontrer que telle n'est pas la raison d'être de la loi ¹¹⁴. Le législateur a voulu assurer le recouvrement des droits ; dans ce but, il attribue au Trésor public un privilège ¹¹⁵ et une hypothèque. Cette hypothèque ne résulte ni d'une stipulation entre parties, ni d'un jugement de condamnation ; elle est directement établie par la loi. C'est donc une hypothèque légale.

Elle est générale et frappe tous les immeubles du redevable.

§ 1. De l'hypothèque légale de la femme mariée.

I. Origine. — Mariages desquels résulte l'hypothèque légale.

969. L'ancien droit romain accordait à la femme mariée non pas une hypothèque légale, mais un *privilegium inter personales actiones* ou *privilegium exigendi* ¹¹⁶, qui lui assurait, pour le paiement de ses reprises dotales, la préférence sur les créanciers chirographaires du mari, mais non sur ses créanciers hypothécaires. Jugeant cette garantie insuffisante, Justinien accorda à la femme, pour ses reprises dotales, une hypothèque tacite sur tous les biens de son mari ¹¹⁷ ; et, par la loi *Assiduis* ¹¹⁸, il l'autorisa, mais seulement pour la restitution de sa dot, à se faire payer, au moyen de cette hypothèque par préférence même aux créanciers de son mari ayant une hypothèque antérieure au mariage. La femme avait donc, pour la restitution de sa dot, une hypothèque privilégiée.

970. Notre ancienne jurisprudence, à l'imitation du droit romain, accorda une hypothèque légale à la femme mariée. Mais, sauf dans quelques pays de droit écrit, cette hypothèque n'était pas privilégiée, même pour la restitution de la dot. Notons d'ailleurs que l'hypothèque légale ne prenait à proprement parler naissance qu'au profit des femmes qui n'avaient pas fait un contrat de mariage par acte notarié. Les autres n'avaient pas besoin d'une hypothèque légale ; car elles bénéficiaient de l'hypothèque générale que notre ancien droit attachait à toutes les créances résultant d'un acte notarié : ce qui était même plus avantageux pour elles, leur hypothèque datant ainsi du jour du contrat, nécessairement antérieur au mariage, tandis que l'hypothèque des femmes qui n'avaient pas fait de contrat notarié ne datait que du jour du mariage.

971. Supprimée par l'art. 17 de la loi du 9 messidor de l'an III, l'hypothèque légale de la femme mariée fut rétablie par la loi du 11 brumaire de l'an VII, qui la soumit, comme les autres hypothèques, au principe de la publicité et décida, en conséquence, qu'elle ne prendrait rang qu'à dater de son inscription. Par cette disposition, cette loi abroge nécessairement le privilège de la loi Assiduis.

972. L'hypothèque légale de la femme mariée a trouvé place dans notre code civil, qui la dispense d'inscription et lui assigne un rang variable suivant la nature des différentes créances garanties, sans qu'elle puisse en aucun cas remonter à une époque antérieure à la célébration du mariage (art. 1372). C'est un moyen terme entre le système de la loi Assiduis et celui de la loi de brumaire.

973. L'hypothèque légale accordée à la femme mariée a pour fondement l'impossibilité morale où elle se trouve de stipuler des garanties pour les diverses créances qu'elle peut acquérir contre son mari. Cette impossibilité existe soit avant, soit pendant le mariage : la stipulation de garanties avant le mariage aurait le plus souvent blessé la susceptibilité du futur époux, peut-être entraîné la rupture du mariage projeté ; et comment la femme aurait-elle pu stipuler des garanties pendant le mariage, alors qu'elle est soumise à l'autorité de son mari et dominée par lui ? La femme ne pouvant ainsi pourvoir par elle-même à sa propre sûreté, la loi vient à son secours en lui attribuant une hypothèque, quel que soit d'ailleurs le régime matrimonial adopté ¹¹⁹.

Elle continue d'exister après la séparation de biens et même après la séparation de corps ¹²⁰ ; car le mariage n'est pas dissous et le mari n'échappe pas à toute responsabilité (V. art. 1450). D'ailleurs, la femme, au profit de laquelle la séparation de corps a été prononcée, conserve son droit aux gains de survie stipulés dans le

contrat de mariage. Ce droit est garanti par l'hypothèque légale.

974. Le mariage est la source de l'hypothèque légale. Il faut, bien entendu, que le mariage soit valable. Et toutefois si un mariage nul avait été contracté de bonne foi par les époux ou par la femme seulement, l'hypothèque légale existerait au profit de la femme pour toutes les créances qui naîtraient à son profit contre son mari jusqu'au jour de la déclaration judiciaire de nullité du mariage. En effet, l'hypothèque légale est un des effets civils du mariage et à ce titre elle peut-résulter d'un mariage putatif (art. 201-202).

975. Le bénéfice de l'hypothèque légale peut être invoqué par la femme française ou étrangère qui épouse un Français, soit en France, soit à l'étranger. Cette garantie est attachée à la qualité de femme mariée ; elle est donc un effet civil du mariage ; la femme française par naissance ou par mariage a le droit de s'en prévaloir.

On se demande cependant si cette solution ne doit pas, dans le cas de mariage célébré à l'étranger, être subordonnée à l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 171, c'est-à-dire à la transcription de l'acte de célébration du mariage sur le registre public des mariages du lieu du domicile du Français dans les trois mois de son retour en France. La question a été vivement controversée. Nous n'aborderons pas ce débat qui se rattache intimement au commentaire, du titre du mariage. Nous dirons seulement qu'on considère généralement aujourd'hui l'art. 171 comme dépourvu de toute sanction. L'inobservation de cette disposition n'entraîne pas la nullité du mariage ; elle ne le prive d'aucun de ses effets civils ; elle n'enlève pas à la femme le droit de se prévaloir de son hypothèque légale ¹²¹. Cette transcription n'a aucun rapport avec la publicité du mariage.

Cependant la jurisprudence accorde aux tiers lésés par le défaut de transcription une action en dommages-intérêts, fondée sur l'art. 1382 ¹²².

976. La femme étrangère jouit-elle du bénéfice de l'hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France ?

La question divise profondément les auteurs. Nous ne pouvons la discuter ici avec les développements qu'elle comporte ; car elle se rattache à la théorie générale de la condition des étrangers en France. C'est pourquoi nous nous bornerons à exposer les diverses opinions qui se sont produites.

La jurisprudence décide que l'hypothèque légale de la femme mariée est une création du droit civil, qu'elle n'appartient en France qu'aux femmes à qui elle a été conférée par la loi française, aux conditions déterminées par cette loi. En conséquence, la femme française ou étrangère, mariée hors de France à un étranger, ne peut pas invoquer l'art. 2121 et réclamer le bénéfice de cette disposition ¹²³.

La cour de cassation a appliqué cette solution à la femme qui, Française au moment de son mariage, devient étrangère en épousant un étranger, alors même que le contrat de mariage aurait été passé en France et que les futurs époux y auraient stipulé l'adoption du régime dotal, tel qu'il est réglé par la loi française ¹²⁴.

La cour d'Aix a cependant décidé que l'hypothèque légale appartient à la femme qui, Française au moment de la célébration du mariage, s'est mariée avec un étranger en France devant un officier de l'état civil français et qui a déclaré, dans son contrat de mariage, vouloir se soumettre à la loi française ¹²⁵. L'arrêt rattache ainsi l'application de l'art. 2121 à une manifestation de volonté des époux. Il est difficile d'accepter cette théorie. La femme serait investie d'une hypothèque légale, parce qu'elle l'aurait ou serait

présumée l'avoir ainsi stipulé dans son contrat de mariage. Or, l'hypothèque légale résulte de la loi (art. 2117), et non de la volonté des parties. Celles-ci ne peuvent pas en modifier les règles, à moins que la loi ne les y autorise formellement. Elles ne peuvent pas convenir que les immeubles du mari n'en seront pas grevés (art. 2140). Il est donc impossible que leur volonté ait le pouvoir de faire naître une sûreté que la loi a seule le droit de créer et que les parties n'ont pas la faculté de supprimer ; elles ne peuvent constituer qu'une hypothèque conventionnelle ¹²⁶.

977. Dans la doctrine, la généralité des auteurs considère l'hypothèque légale de la femme mariée comme une dépendance du statut personnel ¹²⁷. En faveur de cette opinion on fait remarquer que l'art. 2121 n'a pas pour objet direct et immédiat de déterminer la condition juridique des immeubles. Sa disposition n'appartient donc pas au statut réel. On y voit une mesure de protection édictée par la loi dans l'intérêt de certains incapables. Il a donc son fondement dans des considérations tirées de la condition des personnes. L'hypothèque légale rentre, pour ce motif et à titre d'accessoire, dans les règles de statut personnel. MM. Aubry et Rau, qui ne classent dans le statut personnel que les dispositions relatives à l'état et à la capacité des personnes, pensent que l'art. 2121 est en dehors de la distinction des statuts réel et personnel ¹²⁸.

Après avoir posé ce principe, la plupart de ces auteurs en déduisent cette conséquence : la femme mariée étrangère ne pourra être admise à réclamer en France le bénéfice de l'hypothèque légale que si la loi régissant son état, c'est-à-dire sa loi nationale, lui accorde cette garantie ¹²⁹. Quelques-uns de ces auteurs, exigent cependant que l'hypothèque légale soit admise à la fois par la loi nationale de la femme étrangère et par la loi de la situation des biens ¹³⁰.

978. La jurisprudence, faisant à l'hypothèque légale de la femme mariée l'application de l'art. 11, est logiquement conduite à apporter deux exceptions au principe par elle consacré. Si la femme étrangère n'a pas une hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France, c'est parce que l'hypothèque légale est un de ces droits civils dont, en règle générale, les étrangers n'ont pas la jouissance en France. Par conséquent, la femme étrangère bénéficiera de cette sûreté toutes les fois qu'elle aura en France la jouissance des droits civils ¹³¹.

1° Il en sera ainsi dans le cas de réciprocité diplomatique (art. 11). La femme étrangère sera admise à se prévaloir de l'hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France, lorsqu'un traité intervenu entre la France et le pays auquel elle appartient aura accordé à la femme française une hypothèque légale sur les biens de son mari situés dans ce pays. Ainsi en est-il pour les femmes mariées italiennes en vertu du traité du 24 mars 1760 (art. 22), dont les dispositions s'appliquent aujourd'hui à tous les pays compris dans le royaume d'Italie, notamment à la Toscane ¹³². Il en est de même pour la Suisse en vertu des conventions du 30 juin 1864, du 15 juin 1869 (art. 6) et du 23 février 1882 (art. 1) ¹³³.

La jurisprudence est allée plus loin dans cette voie. Elle n'exige pas l'identité des droits ; elle se contente d'une simple équivalence. En conséquence la femme ottomane, qui jouit en Turquie d'un droit d'antériorité, peut exercer l'hypothèque légale de l'art. 2121 sur les immeubles de son mari situés en France, bien que la loi musulmane ne reconnaisse aucune hypothèque légale, et réciproquement la femme française pourrait réclamer en Turquie le privilège d'antériorité consacré par la loi turque. Le protocole du 9 juin 1868 a transformé en réciprocité diplomatique l'assimilation des femmes françaises et

turques établie par la loi turque du 16 juin 1867 au point de vue des droits réels immobiliers ¹³⁴.

La même règle semble devoir s'appliquer avec l'Espagne en vertu des traités du 7 janvier 1862 et du 6 février 1882, qui accordent aux Espagnols en France les mêmes droits qu'à nos nationaux en Espagne, avec la Serbie en vertu du traité du 18 juin 1883, qui renferme une stipulation semblable. Il semble même que l'insertion, dans un traité, de la clause générale de la nation la plus favorisée entraînerait cette réciprocité.

2° Pour le même motif, la femme étrangère, autorisée à fixer son domicile en France en vertu de l'art. 13, et admise ainsi à la jouissance des droits civils, pourrait, pendant la durée de cette jouissance, exercer l'hypothèque légale de l'art. 2121. Cette solution, universellement admise sous l'empire du code ¹³⁵, lorsque les effets de l'autorisation étaient indéfinis quant au temps, paraît devoir être encore accueillie en principe depuis la modification apportée à l'art. 13 par la loi du 26 juin 1889. Cependant le caractère temporaire de cette autorisation soulève, à notre avis, une très grave difficulté. que ce n'est pas le lieu d'examiner.

979. Il importerait peu que la femme eût épousé un commerçant, que son mari eût été déclaré en faillite ou en état de liquidation judiciaire et que la célébration du mariage eût eu lieu depuis l'époque fixée comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui ont précédé.

En effet, d'une manière générale, les hypothèques légales échappent à la nullité édictée par l'art. 446. C. co. pour les hypothèques conventionnelles et judiciaires. Ce texte ne les mentionne pas. Son silence suffit pour écarter la nullité, parce que les nullités sont de droit étroit et doivent résulter expressément ou virtuellement d'un texte. C'est à juste titre d'ailleurs que la loi n'a pas compris les hypothèques légales dans sa disposition. En effet, l'hypothèque légale

est attachée à la qualité du créancier ; elle naît donc au moment même où la personne que la loi veut protéger acquiert le droit de créance prévu par le législateur. Sa naissance est ainsi contemporaine de l'obligation. Par suite, il n'y a pas à redouter les fraudes que la disposition de l'art. 446 C. co. a pour but de prévenir. C'est pourquoi la nullité n'est pas encourue.

Vraie pour toutes les hypothèques légales, aussi bien pour celle de l'Etat, des communes et des établissements publics que pour celle des incapables, cette solution s'applique en particulier à l'hypothèque légale de la femme mariée. En conséquence, la femme peut se prévaloir de son hypothèque même dans le cas où son mariage aurait été célébré depuis l'époque fixée comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui ont précédé ¹³⁶. Elle peut également invoquer cette garantie, lorsque sa créance a pris naissance dans la période suspecte ¹³⁷. Mais cette dernière solution soulève une très grave difficulté, lorsque la femme s'est obligée solidairement avec son mari ou se porte caution solidaire de celui-ci envers un créancier antérieur et subroge ce dernier dans son hypothèque légale. Nous la retrouverons plus loin ¹³⁸. Disons aussi que la faillite du mari pourra, sous les conditions que nous déterminerons, entraîner la restriction de l'hypothèque légale.

II. Créances garanties par cette hypothèque.

980. La loi dit : « Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée, sont, — Ceux des femmes mariées sur les biens de leur mari ». Toute créance, qu'une femme mariée acquiert en cette qualité contre son mari, est donc garantie par l'hypothèque légale.

Nous disons en cette qualité ; autrement ce ne serait plus, comme la loi l'exige, la créance d'une femme mariée

contre son mari. Ainsi l'hypothèque légale ne s'attacherait pas aux créances que la femme avait contre son mari antérieurement au mariage, à moins qu'elles n'eussent été comprises dans l'apport confié à l'administration du mari, cas d'ailleurs assez fréquent. Elle ne garantirait pas non plus les créances résultant d'un délit commis par le mari au préjudice de sa femme et qui ne se rattacherait pas à l'administration des biens de la femme.

Peu importe d'ailleurs la source de la créance (contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit ou loi), encore moins son chiffre. Les principales créances auxquelles l'hypothèque légale est attachée sont énumérées par l'art. 2135 ; mais ce ne sont pas les seules. Cet article, écrit uniquement en vue de fixer le rang de l'hypothèque pour les diverses créances qu'elle garantit, n'a rien de limitatif. Son silence relativement à telle créance de la femme ne peut donc faire naître aucun doute sur le point de savoir si cette créance est garantie par l'hypothèque légale, mais tout au plus seulement sur le point de savoir quel est le rang de l'hypothèque ¹³⁹.

981. La plupart des auteurs cherchent cependant à limiter l'étendue de la disposition de l'art. 2121. MM. Aubryet Rau ¹⁴⁰ la restreignent aux droits « qu'à raison de faits ou d'actes

» relatifs à son patrimoine, la femme peut avoir à exercer
» contre son mari, en cette qualité, à un titre ou pour une
» cause quelconque ». M. Thézard ¹⁴¹, n'accorde la garantie de l'hypothèque légale qu'aux « droits et créances de la

» femme qui se rattachent à l'état de mariage et naissent de

» sa dépendance par rapport au mari ». M. Colmet de Santerre ¹⁴² est moins affirmatif. Il nous paraît cependant accepter le principe de cette théorie quand il dit : « Quelle que soit

» la cause de la créance, l'hypothèque a sa raison d'être, car

» cette créance est toujours née d'un acte de confiance de la

» femme envers son mari, et cette confiance est la conséquence

» de l'influence inévitable que le mariage a donnée au mari

» sur sa femme. C'est en vue de cette influence et des mau-

» vais résultats qu'elle peut produire que l'hypothèque légale

» existe ». Seul M. Laurent ¹⁴³ répudie toute distinction et accorde une hypothèque légale pour tous les droits qu'une femme mariée acquiert en cette qualité contre son mari.

La question est particulièrement intéressante pour les aliments que la femme séparée de corps demanderait à son mari en vertu de l'art. 212. Elle se présente dans les mêmes termes pour les dépens de l'instance en séparation de corps introduite par la femme qui a triomphé, quoiqu'on essaie d'y voir, à raison de la séparation de biens qui en est l'accessoire, un moyen de sauvegarder les intérêts pécuniaires de la femme, et pour les dépens de l'instance en divorce lorsque le divorce est prononcé contre le mari.

L'intérêt du débat étant ainsi précisé, nous abordons l'examen de la question. La généralité des termes de l'art. 2121 ne permet, à notre avis, aucune distinction. Ce n'est pas seulement le patrimoine de la femme que la loi a voulu sauvegarder ; ce sont toutes les créances qui naissent au profit d'une femme mariée contre son mari, qu'elle a entendu garantir ; l'art. 2121 embrasse donc toutes les créances qui ont leur origine dans la qualité de femme mariée. La loi n'a pas seulement en vue les créances nées d'un acte de confiance de la femme envers son mari, confiance qui serait la conséquence de l'influence de celui-ci ; elle a entendu la protéger contre tous les abus de la

puissance maritale. L'hypothèque est une sûreté ; en l'accordant, la loi vient au secours de la femme, qu'elle considère comme incapable de stipuler les garanties qui lui seraient nécessaires. Or cette incapacité est la même, toutes les fois que la créance naît au profit d'une femme mariée. C'est pourquoi l'hypothèque existera dans toutes ces hypothèses. De là les conséquences suivantes :

1° L'hypothèque garantira l'obligation alimentaire dont le mari est tenu pendant le mariage (art. 212) et qui peut motiver une condamnation contre lui soit pendant l'instance en séparation de corps ou en divorce, soit après la séparation de corps, soit après le divorce (art. 301) ¹⁴⁴. On objecte en vain que cette créance n'est pas une créance de la femme contre son mari, mais une créance réciproque de l'un des époux contre l'autre, qu'elle résulte du mariage et non du contrat de mariage. Nous répondrons : la loi attribue une hypothèque non seulement aux créances résultant du contrat de mariage, mais à toutes les créances de la femme mariée contre son mari ; tel est bien notre cas. Qu'importe que cette créance soit réciproque ? Lorsqu'elle appartient à la femme, elle est pourvue d'une garantie qui n'existe pas lorsqu'elle est exercée par le mari. La différence établie par la loi entre les deux époux se justifie sans peine ; le mari trouve soit ordinairement dans les pouvoirs dont il est investi sur le patrimoine de la femme, soit dans tous les cas dans l'hypothèque judiciaire conséquence de la condamnation, des sûretés largement suffisantes. M. Troplong ¹⁴⁵ objecte que l'hypothèque légale ne peut résulter que d'un texte et qu'aucun art. n'établit alors une hypothèque. Le texte que l'on exige, nous le trouvons dans l'art. 2121.

2° L'hypothèque légale garantit le paiement des dépens auxquels le mari aurait été condamné par le jugement prononçant la séparation de corps ou le divorce sur la demande de la femme. Il nous est impossible d'admettre

que les frais de la demande en séparation de corps aient été exposés pour la conservation de la dot. Sans doute la séparation de corps entraîne la séparation de biens ; mais c'est une conséquence indirecte du jugement ; elle n'est pas le but de l'instance ¹⁴⁶. Toutefois c'est une créance qui existe au profit d'une femme mariée, en cette qualité, contre son mari ; elle sera garantie par l'hypothèque légale. Ces considérations s'appliquent également à l'instance en divorce. Les frais auxquels le mari a été condamné sont aussi une créance de la femme mariée. C'est pourquoi le recouvrement en sera assuré de la même manière ¹⁴⁷.

982. Cela posé, nous allons indiquer les principales créances auxquelles l'hypothèque légale de la femme mariée est attachée. Ce sont :

1° La dot. Toutefois pour que l'hypothèque prenne naissance, il faut que la constitution ait été faite dans des conditions telles qu'elle ait donné naissance au profit de la femme à une créance contre son mari pour la restitution de la dot. Or c'est ce qui n'arrive pas toujours. Ainsi, sous le régime de la communauté légale, la dot mobilière apportée par la femme se perd dans la communauté, dont elle devient la propriété ; la femme n'est donc pas créancière de sa dot, elle n'a en aucun cas d'action pour en obtenir la restitution ; n'ayant pas de créance, comment aurait-elle une hypothèque ? Sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, au contraire, la femme a une action contre son mari pour la restitution de sa dot mobilière, donc une hypothèque. D'une manière générale, on peut dire que la femme ne jouit de l'hypothèque légale à raison de ses apports que lorsqu'elle s'en est expressément ou tacitement réservé la reprise ¹⁴⁸.

Nous n'avons pas à rechercher ici la manière dont la femme justifiera de l'existence de ses droits et créances.

Ces règles trouvent naturellement leur place dans le traité du contrat de mariage.

983. Le code de commerce renferme à cet égard des règles spéciales au cas où le mari est déclaré en faillite ou en état de liquidation judiciaire. Cependant elles ne s'appliquent pas dans toutes les hypothèses indistinctement. Pour qu'elles puissent être invoquées, il faut que le mari soit commerçant au moment de la célébration du mariage ou que, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, il soit devenu commerçant dans l'année. Il n'y a pas à tenir compte de la qualité prise par le mari soit dans le contrat de mariage soit dans l'acte de mariage. C'est à la réalité des choses, à la profession effective réellement exercée par lui qu'il faut s'attacher (¹⁴⁹).

L'art. 563 C. co. exige alors que la femme prouve, par acte ayant date certaine avant la déclaration de faillite, la délivrance ou le paiement fait au mari des deniers ou effets mobiliers qu'elle a apportés en dot ou qui lui sont advenus depuis le mariage par succession, donation ou legs et à raison desquels elle réclame une collocation par préférence. Sous le code de 1807 (art. 551) la preuve ne pouvait être faite que par acte authentique ; la loi de 1838 se contente d'un acte ayant date certaine. Elle est moins rigoureuse pour la femme qui se présente comme créancière que pour la femme qui revendique en qualité de propriétaire (art. 560 C. co.) ; la revendication atteint plus gravement la masse des créanciers d'une faillite qu'une simple collocation en qualité de créancière.

Il résulte de là que la preuve du droit de la femme ne pourrait résulter d'une présomption, notamment de la présomption de l'art. 1569 ¹⁵⁰.

De même, la mention portée sur les livres du mari commerçant n'a pas date certaine, ne satisfait pas aux exigences de l'art. 563 C. co. et ne suffit pas pour justifier

la demande par la femme d'une collocation par préférence 151.

On admettait généralement que l'impossibilité, où se trouvait la femme d'établir ses droits conformément à l'art. 563 C. co., lui enlevait la faculté d'invoquer son hypothèque, mais ne l'empêchait pas de produire au passif de la faillite en qualité de créancière chirographaire 152. Mais la jurisprudence inaugurée par l'arrêt de cassation de la chambre civile du 22 novembre 1886 153, si elle est maintenue par la cour suprême, modifiera cette solution.

984. 2° Les conventions matrimoniales, que la loi place à côté de la dot dans l'art. 2135.

Cette expression n'a pas toujours le même sens dans les dispositions du code civil. Dans son acception la plus étendue, elle comprend tous les droits et créances que la femme peut avoir contre son mari. A ce titre, il faudrait y faire rentrer les indemnités à elle dues pour le prix de ses propres aliénés sans emploi ou pour dettes par elle contractées avec son mari. C'est en vertu des conventions matrimoniales qu'elle est devenue créancière de son mari. Il suffit de lire l'art. 2135 pour être convaincu que les mots : Conventions matrimoniales n'y ont pas une portée aussi large. Car la loi distingue ces créances et les conventions matrimoniales.

Nous sommes ainsi amenés à reconnaître que sous cette dénomination il faut comprendre deux classes de créances :

A. Celles que la femme a pu acquérir contre son mari considéré comme administrateur des biens personnels de celle-ci, soit en vertu d'un mandat conféré par le contrat de mariage, soit en vertu des pouvoirs résultant de l'adoption de tel ou tel régime, par exemple les dommages-intérêts auxquels le mari serait condamné pour avoir laissé dépérir les biens de sa femme faute de réparations d'entretien, ou pour n'avoir pas fait transcrire une donation à elle faite, ou

pour avoir laissé s'accomplir contre elle la prescription de ses biens dotaux (art. 1561) ;

B. Les avantages stipulés par la femme dans le contrat de mariage et d'où résulte pour elle une créance contre son mari ou la succession de celui-ci. Il est donc indispensable que la femme soit devenue créancière de son mari. L'hypothèque légale ne peut être que l'accessoire d'une créance. Par conséquent, si le droit de la femme était subordonné à la condition de l'acceptation de la communauté et s'il ne pouvait s'exercer que par voie de prélèvement sur la masse commune, la femme ne pourrait pas, de ce chef, se prévaloir de son hypothèque. Tel serait le cas du préciput (art. 1515). La femme n'est alors qu'une copropriétaire qui prélève avant partage ; elle n'est pas créancière de son mari ; elle n'a pas d'hypothèque légale. Il en serait autrement si le préciput avait été stipulé même pour le cas de renonciation, si le paiement en pouvait être poursuivi sur les biens du mari. La femme renonçante aurait alors une créance contre son mari ; elle pourrait invoquer l'hypothèque légale de l'art. 2121. Pour le même motif, la femme n'a pas d'hypothèque légale pour lui garantir sa part de communauté ¹⁵⁴. Elle agit alors en qualité de copropriétaire et ne peut bénéficier que du privilège de copartageante.

985. Ainsi donc l'hypothèque légale n'existe que si la stipulation insérée dans le contrat de mariage fait naître un droit de créance au profit de la femme contre son mari. Mais tous les avantages créés par la volonté des parties sont garantis par l'hypothèque légale. Il en est ainsi des donations de biens présents, qu'elles soient pures et simples ou qu'elles soient subordonnées à la condition de survie de la donataire.

Par exemple, la donation d'une rente viagère faite par contrat de mariage nous paraît être une donation de biens présents et non une donation de biens à venir ; à ce titre

elle est incontestablement garantie par l'hypothèque légale ¹⁵⁵.

La même solution devrait être admise par identité de motifs, si le mari avait fait par contrat de mariage donation à sa femme de l'usufruit d'une somme d'argent à partir de son décès ¹⁵⁶.

Il en serait de même des libéralités simplement éventuelles, par exemple, d'une donation de biens à venir faite dans le contrat de mariage par le mari à sa femme, et de la donation d'une somme d'argent à prendre sur les plus clairs deniers de la succession du mari.

Cette solution est cependant très sérieusement contestée. Nous ne l'examinerons qu'en ce qui concerne la donation de biens à venir, les mêmes considérations s'appliquant à l'autre hypothèse. On objecte que le donateur de biens à venir conserve la faculté de disposer à titre onéreux des biens compris dans cette libéralité et d'hypothéquer les immeubles. Il a également le droit d'affecter ces biens à l'exécution de ses engagements, pourvu que ces obligations n'aient pas été contractées à titre gratuit. Les actes par lui consentis dans la limite de ses droits sont certainement opposables au donataire de biens à venir. La femme ne peut donc pas exercer son hypothèque légale au préjudice des acquéreurs à titre onéreux, au préjudice des créanciers hypothécaires du mari ¹⁵⁷, peut-être même au préjudice de ses créanciers chirographaires. Il semble dès lors que l'hypothèque n'a pas de raison d'être, puisqu'elle n'offrirait à la femme aucun avantage ; il sera préférable pour elle d'agir en nullité. Mais il peut arriver que le donateur excède la limite de ses droits, qu'il ait, au mépris de la donation de biens à venir disposé à titre gratuit. Cet acte illicite peut donner naissance à une action en dommages-intérêts ¹⁵⁸. Si cette action appartient à une femme mariée contre son mari, elle sera sanctionnée par l'hypothèque légale. Même en dehors

de cette hypothèse la femme peut avoir intérêt à se prévaloir de son hypothèque légale à l'encontre des créanciers des héritiers de son mari. Il semble juste, dès lors, de lui accorder la garantie de l'hypothèque légale ¹⁵⁹.

986. On considère aussi généralement comme rentrant dans le conventions matrimoniales dont parle l'art. 2135, et comme garantis à ce titre par l'hypothèque légale, les divers avantages matrimoniaux qu'un texte de loi confère à la femme sur les biens de son mari, c'est-à-dire la créance de la femme pour son deuil, quel que soit le régime (art. 1481 et 1570), et sous le régime dotal la créance de la femme pour ses aliments et pour l'habitation pendant l'année de deuil ⁽¹⁾, créances qui ne sont pas garanties par le privilège des frais funéraires ¹⁶⁰. Ces avantages sont accordés à la femme sur le fondement de l'intention présumée des parties contractantes ; les dispositions de la loi sur ce point sont par suite creuses faire partie du contrat de mariage des époux, et constituent des conventions matrimoniales tacites, dont l'exécution doit être garantie de la même manière que celle des convention matrimoniales expresses.

987. La faillite du mari vient ici encore modifier les droits, de la femme. L'art. 564 C. co. lui refuse a facilité d'exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage. Mais il faut le mari soit commerçant à l'époque de la célébration du mariage ou que, n'exerçant alors aucune autre profession déterminée, il soit devenu commerçant dans l'année ¹⁶¹.

Cette disposition est générale ; elle s'applique à tous les avantages quelle qu'en soit la ture aussi bien à la donation de biens à venir qu'à la donation d's présents.

Cependant on a décidé, avec raison ce vons nous, qu'elle ne pouvait pas être opposée aux héritiers de la femme prédécédée si, au moment du décès, le mari n'était pas en

état de cessation de paiements et si sa faillite n'était déclarée que longtemps après (¹⁶²).

Les auteurs sont généralement d'accord pour soumettre à la même règle les donations faites pendant le mariage, alors même qu'elles n'auraient pas été consenties pendant la période suspecte. Il est à craindre en effet qu'elles n'aient eu lieu au détriment de la masse. M. Démangeât n'exige même pas, dans ce cas, que le mari soit commerçant au jour du mariage ou le soit devenu dans l'année ¹⁶³.

988. 3° Les créances résultant, au profit de la femme, des successions qui lui sont échues ou des donations qui lui ont été faites pendant le mariage lorsque les biens provenant de ces successions ou donations ne tombent pas en communauté ¹⁶⁴.

Ces créances font en réalité partie de la dot ; elles sont en — conséquence soumises aux mêmes règles ; s'il est nécessaire de les distinguer des valeurs apportées au moment de la célébration du mariage, c'est seulement quand il s'agit de déterminer le rang de l'hypothèque.

989. 4° Les récompenses dues à la femme par la communauté, notamment du chef de l'aliénation de ses propres ou des dettes par elle contractées conjointement ou solidairement avec son mari (art. 1431). La femme est en effet créancière de son mari à raison de ces récompenses, puisque le mari est responsable de leur paiement sur ses biens personnels (art. 1472).

Pour que l'hypothèque légale naisse de ce chef, il n'est pas indispensable que la femme soit obligée, il suffit qu'elle ait payé volontairement la dette de son mari ¹⁶⁵. Mais lorsqu'elle s'est obligée, il n'est pas nécessaire qu'elle ait exécuté son obligation. La simple éventualité d'un recours contre son mari suffit pour en justifier l'existence. Ainsi sous le régime de la communauté, la femme qui s'oblige conjointement ou solidairement avec son mari pour les

affaires de la communauté ou du mari est réputée, à l'égard de celui-ci, ne s'être obligée que comme caution (art. 1431). Elle pourra en conséquence se prévaloir de tous les droits accordés par la loi à la caution ; elle aura la faculté d'exercer son recours même avant d'avoir payé dans les hypothèses prévues par l'art. 2032, et d'invoquer à l'appui de son action son hypothèque légale ¹⁶⁶ et d'obtenir une collocation éventuelle.

990. L'application de ces principes donne lieu à une grave difficulté dans les circonstances suivantes. Le mari est commerçant ; il a été déclaré en faillite. Depuis l'époque fixée par le tribunal comme étant celle de la cessation de paiements ou dans les dix jours qui ont précédé, la femme s'est engagée envers un créancier antérieur de son mari ; elle s'est portée, par exemple, caution solidaire d'une obligation préexistante. Pourra-t-elle, de ce chef, invoquer son hypothèque légale à la date de son engagement ?

On sait que l'art. 446 C. co. prononce la nullité de toute hypothèque conventionnelle constituée sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées, si cette sûreté a été établie pendant la période suspecte. Or ici le droit de la femme naît par un acte de sa volonté. Quoique son hypothèque soit une hypothèque légale, n'y a-t-il pas lieu de la soumettre à la même règle qu'une hypothèque conventionnelle ? Cette solution semble s'imposer d'une manière d'autant plus impérieuse, que seule elle permet d'assurer le respect de la loi. En effet si le créancier du mari avait, dans ces conditions, stipulé à son profit une hypothèque conventionnelle, cette garantie serait nulle et de nul effet à l'égard de la masse (art. 446 C. co.). Or si le cautionnement de la femme est valable, et si son recours contre son mari est garanti par l'hypothèque légale, on atteindra le but que la loi défend d'atteindre, on causera à la masse le préjudice que le législateur a voulu prévenir. Le créancier poursuivra la femme ; celle-ci se retournera

contre son mari et la faillite en invoquant le bénéfice de son hypothèque légale et obtiendra une collocation par préférence ; elle prélèvera ainsi sur l'actif immobilier une somme égale au montant de la dette par elle acquittée. La masse se trouvera dans la même situation que si le créancier avait pu obtenir une constitution d'hypothèque conventionnelle. Ce résultat blesse la justice et renferme une violation indirecte de la loi. Il est d'autant plus choquant que ce créancier pourra lui-même invoquer l'hypothèque légale soit du chef de sa débitrice en vertu de l'art. 1166, soit en son nom personnel en vertu d'une subrogation qu'il se serait fait consentir à l'hypothèque légale.

Voulant le prévenir et ne pouvant admettre qu'une créance puisse naître au profit de la femme mariée contre son mari sans être assortie de l'hypothèque légale, on a proposé d'annuler l'engagement de la femme. Mais quand il s'est agi de déterminer la cause de cette nullité, les partisans de cette opinion se sont divisés.

991. Les uns ont essayé de la justifier par l'incapacité où se trouverait le mari failli d'autoriser sa femme à s'obliger envers un de ses créanciers personnels et sur la nullité de l'autorisation qu'en fait il aurait donnée. Le cautionnement de la femme serait nul pour incapacité, et elle serait incapable, parce qu'elle n'aurait pas été valablement autorisée ¹⁶⁷.

Cette argumentation nous paraît reposer sur une erreur certaine. La faillite, même déclarée, ne frappe pas le mari d'une incapacité générale ; notamment elle ne lui enlève pas la puissance maritale, ni le droit d'autoriser sa femme ¹⁶⁸. A plus forte raison, en doit-il être de même lorsque, comme dans l'espèce, l'acte est antérieur au jugement déclaratif de faillite. Pour admettre la nullité, il faudrait, d'une part supposer que l'engagement de la femme a été contracté dans l'intérêt du mari et d'autre part décider que

l'autorisation maritale est inopérante toutes les fois que le mari est personnellement intéressé à l'acte accompli par sa femme. Or on sait que cette théorie est généralement repoussée. L'intérêt que le mari peut avoir à une convention passée par sa femme ne lui enlève pas le droit de l'autoriser ¹⁶⁹. Par conséquent l'acte, par lequel une femme cautionne pendant la période suspecte avec l'autorisation de son mari une dette antérieure de celui-ci, n'est pas nul pour incapacité.

992. Les autres auteurs, qui proclament la nullité du cautionnement de la femme, invoquent l'art. 598 C. co. Cet article prononce la nullité de « tout traité » duquel résulterait en faveur « d'un créancier » un avantage à la charge de l'actif du « failli ». Cette nullité est une nullité absolue et peut être invoquée par toute personne, même par le failli. Or le cautionnement donné par la femme assure au créancier le paiement de tout ce qui lui est dû ; la convention lui procure un avantage, puisque les créanciers de la masse ne recevront qu'un dividende, et cet avantage est à la charge de l'actif du failli ; la femme ou le créancier exercera l'hypothèque légale, prélèvera sur le prix des immeubles du failli une somme égale au montant de la dette ; l'actif à répartir entre les créanciers de la masse sera diminué d'autant. Donc la nullité du cautionnement est encourue en vertu, de l'art. 598 C. co. ¹⁷⁰.

Pour échapper à cet argument très sérieux, on répond que rien ne s'oppose à ce que, tout en validant le cautionnement de la femme, on refuse à celle-ci le droit d'exercer son hypothèque légale. M. Beudant ¹⁷¹ justifie dans les termes suivants cette manière de procéder : « Ce n'est pas du cautionnement

» même que résulte un avantage à la charge de l'actif, ce
» serait de l'acquisition de l'hypothèque légale... Or le cau-
» tionnement est absolument indépendant du recours plus

ou

» moins efficace qu'il ouvre à la femme, il n'est nullement
» subordonné à l'efficacité de l'hypothèque légale. La femme

» mariée, pourvu qu'elle ait l'autorisation de son mari, est
» pleinement capable de s'engager ; aucune raison appréciable

» n'autorise à l'affranchir de l'obligation qu'elle a contractée,

» à moins toutefois que son consentement n'ait été obtenu

» par violence ou surpris par dol (art. 1109) ; peu importe

» que l'hypothèque qu'elle a cru acquérir lui échappe. Ce

» résultat d'ailleurs n'a rien d'injuste : si la femme t au

» secours de son mari menacé par la faillite, connaissant la

» situation de celui-ci, elle le fait à ses risques et périls ; si

» elle ne la connaît pas elle ne doit s'en prendre qu'à son

» imprudence ; n'est-il pas bien plus naturel, dans tous les

» cas, de laisser à sa charge les conséquences de son acte que

» de les faire supporter à la masse M. Reudant s'efforce de démontrer que la femme ne peut pas lors invoquer son hypothèque légale. Pour que l'hypothèque légale échappe à l'application de l'art 446 C. co., il faut qu'elle conserve son caractère et ne naisse pas en réalité par la volonté des personnes. Or ici c'est le consentement de la femme qui lui donne naissance. L'art. 446 doit donc recevoir son application, et le savant auteur conclut que l'art. 598 ne peut être invoqué. L'avantage que reçu créancier est à la charge du patrimoine personnel de la femme ; il n'est pas à la charge de l'actif du failli.

Il y a dans cette ision des ter de la convention quelque chose qui ne satisfait pas absolument raison. l'engagement gement de la femme recours résultent du même contrat. L'existence de recours est fait qui doinne lieu à l'exercice de l'hypothèque légae ; celle-ci en est a consé- quence nécessaire, édiante, instantanné. Comment séparer

l'accessoire du prince alors que l'accessoire est né en vertu de la loi et que la femme ne peut pas abdiquer par sa volonté cette garantie si l'hypothèque légale peut être invoquée de ce chef, la femme n'éprouvera aucun préjudice ; c'est à l'aide d'une valeur dépendant de l'actif de la faillite que le créancier aura été en réalité désintéressé. Ne faut-il pas en conclure que le cautionnement est nul en vertu de l'art. 598 ? Nous ne le pensons pas cependant. Écartons tout d'abord le cas où le cautionnement aurait été donné dans les dix jours qui ont précédé l'époque fixée comme étant celle de la cessation des paiements. L'art. 598 C. co. n'atteint certainement pas les actes passés dans cette période.

C'est seulement lorsque l'engagement de la femme s'est produit depuis la date de la cessation des paiements et avant le jugement déclaratif que la question s'agite. Mais si les art. 597 et 598 C. co. ont cette portée générale, s'ils atteignent tous les avantages à la charge de l'actif du failli, lorsqu'ils résultent des traités passés soit avec le débiteur, soit avec des tiers depuis la cessation de paiements et avant le jugement déclaratif on ne comprend plus l'utilité des art. 446 et 447 C. co. On la comprend d'autant moins que la nullité des art. 446 et 447 est une nullité relative, ne peut être invoquée que par la masse, tandis que la nullité de l'art. 598 est une nullité absolue peut être demandée par la masse comme par toute autre personne même par le failli. Il faut donc que ces dispositions diverses aient une sphère d'application différente. Nous ne pouvons pas entrer dans ce débat sans sortir de notre sujet, il nous faut cependant indiquer comment ces textes peuvent se concilier. On pourrait dire simplement que les arts. 446 et 447 C. co. se réfèrent aux actes antérieurs au jugement déclaratif de faillite, et les art. 597 et 598 aux actes ou conventions postérieurs à ce jugement, invoquer en ce sens le texte même de la loi et la place des art. 597 et 598 dans un chapitre relatif aux crimes et délits commis dans les

faillites. On justifierait sans peine cette distinction par des considérations juridiques et morales. Si cette interprétation était exacte, le cautionnement donné par la femme dans les conditions indiquées ci-dessus ne serait pas soumis à ces dispositions parce qu'il est antérieur au jugement déclaratif. Mais cette théorie ne paraît admise ni par la doctrine ¹⁷², ni par la jurisprudence ¹⁷³. Pour limiter le champ respectif d'application de ces articles, on a proposé de réserver les art. 597 et 598 pour les cas où on pourrait « alléguer une

» fraude caractérisée, par exemple s'il y a eu dissimulation
» de ces actes, ou s'ils ont été faits contrairement aux clauses

» du concordat, qui exige toujours l'égalité entre les créanciers » ¹⁷⁴ Même en se plaçant à ce point de vue, il semble bien difficile, en principe du moins, de voir dans le cautionnement donné par la femme le délit réprimé au point de vue pénal par l'art. 597 et au point de vue civil par l'art. 598.

Nous croyons pouvoir conclure de cette discussion que la femme est valablement engagée.

993. Est-ce à dire que l'efficacité de son recours sera assurée par l'hypothèque légale, et que la femme pourra se faire colloquer sur le prix des immeubles de son mari par préférence aux créanciers de la masse et au préjudice de ceux-ci ? Est-ce à dire que le créancier garanti par le cautionnement de la femme jouira du même droit soit en vertu de l'art. 1166, soit en vertu de la subrogation qui lui aurait été consentie ?

Si au moment du cautionnement la femme avait d'autres créances contre son mari, l'efficacité de la subrogation ne peut être révoquée en doute ; le créancier subrogé sera colloqué à raison de ces créances au rang de l'hypothèque légale ¹⁷⁵. La femme seule sera intéressée à la question de

savoir si elle a une hypothèque légale à la date du cautionnement pour la sûreté de son recours.

Pour nous placer directement en face de la difficulté, supposons que la femme n'a pas de créance contre son mari, si ce n'est celle à laquelle a donné naissance le cautionnement et qu'elle a subrogé le créancier dans son hypothèque légale. Celui-ci peut-il bénéficier de la subrogation et la femme de l'hypothèque légale ?

La convention est valable ; la femme est devenue éventuellement créancière de son mari cette créance est née pendant le mariage ; c'est incontestablement une créance de femme mariée. Donc elle est garantie par l'hypothèque légale. Cette solution résulte nécessairement des principes ; elle est consacrée, en thèse du moins, par la jurisprudence.

Cette règle toutefois ne comporte-t-elle pas exception lorsque la convention a eu lieu en fraude des droits de la masse des créanciers du débiteur depuis tombé en faillite ? La femme avait connaissance de l'état de cessation de paiements de son mari. Par son cautionnement elle a fait au créancier subrogé une situation exceptionnelle ; elle a été d'autant plus portée à consentir qu'elle ne court aucun risque, si l'hypothèque légale suffit pour assurer l'efficacité de son recours. Mais alors la masse éprouvera un préjudice et verra soustraire à son action une partie de l'actif immobilier du failli.

Par ce moyen, les parties auront échappé aux dispositions prohibitives de la loi. L'art. 446 C. co. annule toute constitution d'hypothèque conventionnelle faite pendant la période suspecte pour sûreté de dettes antérieurement contractées. Le créancier tourne la loi. Il obtient l'engagement de la femme. Celle-ci a un recours contre son mari. Ce recours est garanti par l'hypothèque légale. Le créancier aura le droit d'invoquer cette sûreté soit eu vertu de l'art. 1166, soit en vertu de la subrogation. S'il en est ainsi, les droits de la masse seront compromis et le principe

d'égalité violé. Il est nécessaire d'en assurer le respect. Comment atteindre ce résultat ? Il faudrait décider que l'hypothèque légale ne peut pas être exercée du chef de ce recours. La solution serait à la fois conforme aux intentions du législateur, honnête et morale. La loi l'autorise-t-elle ?

Il ne faut pas essayer de l'appuyer sur l'art. 446 C. co. Car ce texte n'annule que les hypothèques conventionnelles et judiciaires ; il doit être interprété restrictivement et ne saurait être étendu aux hypothèques légales. Or dans l'espèce, la femme ou son créancier invoque une hypothèque légale.

C'est à l'aide de l'art. 447 C. co. que la doctrine ¹⁷⁶ et la jurisprudence ¹⁷⁷ repoussent la prétention de la femme et du créancier. Cet art. permet aux tribunaux d'annuler tous actes à titre onéreux passés par le débiteur après la cessation de ses paiements et avant le jugement déclaratif de faillite si, de la part de ceux qui ont traité avec le débiteur, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses paiements. Ce que la loi veut réprimer, c'est la fraude. Or, elle apparaît manifeste lorsque la femme du débiteur cautionne en connaissance de cause envers un tiers de mauvaise foi une dette antérieure. Par conséquent la nullité peut être prononcée, mais il faut pour cela que la femme et le créancier soient également de mauvaise foi. Si l'un ou l'autre était de bonne foi, l'art. 447 ne s'appliquerait pas. Bien plus, alors même que les parties ont eu connaissance de la cessation des paiements, il peut se faire que la femme n'ait pas eu l'intention de frauder la masse, qu'elle ait été guidée par l'espoir de fournir à son mari le moyen de relever ses affaires. Les magistrats tiendront compte des circonstances ; suivant les cas ils reconnaîtront ou ils refuseront à la femme ou au créancier subrogé le droit d'exercer l'hypothèque légale. La nullité n'atteint la convention que parce qu'elle a pour but de substituer une créance hypothécaire à une créance

chirographaire ; elle l'atteint seulement dans cette mesure ; seule, l'inefficacité de l'hypothèque sera déclarée ; le cautionnement continuera de produire tous ses effets.

994. Cette justification nous laisse cependant quelques doutes. En effet, ce que l'art. 447 C. co. permet d'annuler, c'est l'acte passé par le débiteur lui-même. Le texte est aussi formel que possible. Par deux fois il affirme la volonté du législateur. Il nous parle des actes passés par le débiteur, il nous parle de la connaissance de la cessation des paiements par ceux qui ont traité avec le débiteur. Par conséquent il est nécessaire que l'acte ait été consenti par le débiteur lui-même, par le failli. Ainsi interprété (et il ne comporte qu'une interprétation restrictive), l'art. 447 C. co. se trouve en rapport parfait avec l'art. 446, qui prévoit exactement le même cas, et dont il est le complément. Les mêmes expressions ont dans les deux textes la même portée. Cette interprétation est d'autant plus satisfaisante que ces deux articles réglementent l'exercice de l'action paulienne en matière de faillite et que l'action paulienne ne s'attaque qu'aux actes accomplis par le débiteur et non aux actes consentis par un tiers sans que le débiteur y ait été partie ¹⁷⁸. Or, si cette observation est exacte, il est impossible d'appliquer l'art. 447 C. co. à l'acte par l'effet duquel une femme, en cautionnant une dette antérieure de son mari, acquiert le droit d'exercer de ce chef son hypothèque légale et subroge le créancier dans ce droit. Le débiteur n'y est pas partie ; s'il y figure, c'est seulement pour autoriser sa femme.

Ajoutons enfin une dernière considération. L'exercice du pouvoir que l'art. 447 C. co. accorde aux tribunaux n'est subordonné par la loi qu'à une seule condition : la connaissance par le tiers qui traite avec le débiteur de l'état de cessation de paiements de celui-ci. Pour étendre cette disposition à notre hypothèse, on est obligé d'en

exiger une autre dont la loi ne parle pas et que l'équité oblige d'admettre ; il faut en outre que la femme ait été de mauvaise foi. N'est-ce pas la preuve que cette théorie a été créée en dehors des dispositions de la loi, pour une hypothèse d'ailleurs qu'elle n'avait certainement pas prévue ?

C'est pourquoi il semble bien que l'art. 447 C. co. ne peut pas recevoir son application. Il paraît impossible d'annuler, en vertu de ce texte, le cautionnement qui, considéré en lui-même et isolément, ne cause aucun préjudice à la masse ; il paraît également impossible de refuser, en vertu du même texte, à la femme et au créancier le droit d'exercer l'hypothèque légale, conséquence légale et non conventionnelle de l'engagement contracté. Cette solution se fortifie enfin par cette considération déjà présentée qu'on ne peut pas séparer le recours de la femme et la sûreté qui en est l'accessoire nécessaire.

995. Si la femme et le créancier subrogé sont admis à exercer l'hypothèque légale, nous ne croyons pas cependant qu'ils puissent conserver, dans tous les cas, le bénéfice de cet exercice. Il est des hypothèses où ils seront obligés de laisser dans la masse ou d'y rapporter les sommes à eux attribuées ou par eux touchées. C'est lorsque l'acte sera frauduleux et aura été consenti dans le but d'avantager l'un des créanciers au détriment des autres. Nous arrivons ainsi à la même solution que la jurisprudence ; mais dans l'impossibilité, où nous sommes tentés de nous croire, d'invoquer l'art. 447 C. co., nous cherchons une autre justification. Voici celle que nous proposons, après bien des hésitations. Le cautionnement a été autorisé par un mari qui connaissait l'état de ses affaires, il a été consenti par la femme en faveur d'un créancier et ni l'un ni l'autre n'ignorait la situation. L'acte a pour but d'assurer à un créancier son paiement intégral au préjudice de la masse et sans que la femme subisse aucune diminution de son propre patrimoine. Il tend à atteindre

indirectement un résultat, que la loi défend de poursuivre directement par une convention passée entre le débiteur et son créancier. Il est frauduleux et, partant, illicite. En conséquence, ceux qui y ont coopéré sont tenus de réparer le préjudice par eux causé. Ce préjudice souffert par la masse est la conséquence de la collocation obtenue en vertu de l'hypothèque légale. Ni la femme, ni le créancier ne pourront en conserver le bénéfice ; ils devront le laisser ou le rétablir dans l'actif de la faillite.

Cette justification a l'avantage de donner sans peine la solution d'une difficulté, qui, dans l'autre système, est extrêmement délicate. On peut supposer que la femme ignorait, au moment où elle s'est engagée, l'état de cessation de paiements de son mari, que le créancier envers lequel elle s'est portée caution en avait connaissance et qu'il a cherché dans la convention le moyen d'obtenir un paiement intégral. Dans la théorie de la jurisprudence, la femme valablement engagée pourra être poursuivie ; elle aura le droit d'exercer son hypothèque légale ; on ne pourra pas invoquer contre elle l'art. 447 C. co. ; elle sera colloquée au rang de son hypothèque légale, l'actif de la faillite sera diminué d'autant ¹⁷⁹, la mauvaise foi du créancier restera triomphante. C'est injuste ; il faut, à tout prix, prévenir un pareil résultat. Dans la théorie de la jurisprudence, nous n'apercevons qu'un seul moyen de déjouer cette fraude ; mais il ne nous satisfait pas. Ce serait de reconnaître à la femme le droit d'attaquer le cautionnement pour cause d'erreur. Ce ne serait qu'un expédient ; nous le croyons mauvais. L'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'elle porte sur la substance de la chose. Peut-on soutenir, avec quelque apparence de raison, que l'ignorance de la cessation de paiements est une erreur sur la substance ? Nous ne le pensons pas. Dira-t-on que l'erreur sur la personne est aussi une cause de nullité, lorsque la considération de cette personne a été la cause

principale de la convention ? Nous n'apercevons aucune erreur sur l'identité des personnes. Prétendrait-on que la solvabilité du mari a été pour la femme la considération déterminante de son engagement ? Rien n'implique un pareil motif. S'il est ainsi impossible de faire annuler l'engagement de la femme, le créancier recevra et conservera le prix de sa mauvaise foi. Nous nous refusons à l'admettre et la théorie que nous présentons empêche qu'il en soit ainsi. Le créancier a commis une fraude ; il s'est rendu coupable d'un acte illicite ; il doit la réparation du préjudice causé, il sera donc contraint à remettre dans la masse une somme égale à celle que la femme y aura prise en vertu de son hypothèque légale, déduction faite peut-être du dividende auquel il aurait pu prétendre dans la faillite.

996. L'hypothèque légale garantit, comme l'avons déjà dit, toutes les créances que la femme mariée acquiert, en cette qualité, contre son mari, quoiqu'elles ne figurent pas dans l'énumération de l'art. 2135 Au premier rang, on cite les dépenses nécessaires pour assurer la conservation et la liquidation des reprises de la femme, par exemple les frais avancés pour obtenir l'autorisation de justice, si le mari refuse d'autoriser sa femme ¹⁸⁰ pour une demande en séparation de biens. Nous avons décidé qu'il en était de même pour les frais d'une demande en séparation de corps ou en divorce.

En vertu de ce principe, la femme mariée sous le régime dotal a hypothèque pour les créances relatives à ses biens paraphernaux ¹⁸¹, aussi bien que pour les créances relatives à ses biens dotaux. Le paiement du solde du compte à elle du par le mari chargé par un mandat exprès ou tacite de l'administration de ses biens paraphernaux est assuré par cette garantie ¹⁸².

997. La faveur de l'hypothèque légale n'est pas exclusivement attachée à la personne de la femme ; elle

passé à ses héritiers avec les créances qu'elle garantit.

Toutefois, les héritiers de la femme pourraient perdre le bénéfice de son hypothèque légale par suite d'une novation survenue dans la créance qui leur a été transmise. C'est ce qui arriverait dans l'espèce suivante. Une femme, qui a légué à son mari l'usufruit de tous ses biens, vient à décéder sans laisser d'héritier réservataire ; une liquidation a lieu entre le mari survivant et les héritiers de la femme prédécédée, et cette liquidation fixe le chiffre des reprises de la femme à la somme de 100,000 fr. L'hypothèque légale est incontestablement attachée à cette créance. Mais voilà que les parties conviennent que le mari conservera ces 100,000 fr. à titre d'usufruitier, en exécution du testament de la femme. Il y a novation dans la créance des héritiers de la femme : ce n'est plus comme mari que l'époux survivant doit les 100,000 fr., c'est comme usufruitier. La situation est la même que si les héritiers avaient reçu le paiement des reprises de la femme, et avaient immédiatement restitué au mari la somme par lui payée, pour qu'il pût en jouir comme usufruitier. Nous sommes en présence d'une novation par changement de cause dans la dette ; or la novation éteint les privilèges et hypothèques attachés à la créance (art. 1278). L'hypothèque légale qui garantissait la dette du mari ne garantira donc plus celle de l'usufruitier, à moins que les parties n'aient fait la réserve expresse de l'hypothèque, comme le leur permet l'art. 1278 ¹⁸³.

Il n'y aurait plus novation, et par suite l'hypothèque légale de la femme ne serait pas éteinte, si le mari, légataire en usufruit des biens de sa femme avec dispense de demander la délivrance et de fournir caution, demeurerait en possession des biens de sa femme après le décès de celle-ci, sans qu'aucune liquidation eût déterminé le montant des droits de celle-ci.

III. Biens grevés de l'hypothèque légale.

998. « Le créancier qui a une hypothèque légale peut exer-

» cer son droit sur tous les immeubles appartenant à son débi-

» teur, et sur ceux qui pourront lui appartenir dans la suite,

» sous les modifications qui seront ci-après exprimées (art. 2122).

Les hypothèques légales auxquelles se réfère cette disposition sont les hypothèques légales de l'art. 2121, c'est-à-dire celles des mineurs, des interdits ; des femmes mariées, des communes et établissements publics. L'hypothèque légale de l'Etat a été spécialisée par la loi du 5 septembre 1807 et ne porte que sur les immeubles des comptables qui ne sont pas grevés du privilège ¹⁸⁴. Remarquons cependant que ces hypothèques n'atteignent pas malgré leur généralité, les navires appartenant au débiteur (Le 10 juillet 1885, art. 1.)

L'art. 2122 établit une antithèse entre les hypothèques légales, qui sont générales et les hypothèque conventionnelles, qui sont spéciales.

Pourquoi cette différence ? Elle tient à ce que le montant des créances garanties par l'hypothèque conventionnelle est presque toujours déterminé dans les cas assez rares où il ne l'est pas, les parties peuvent facilement évaluer la créance ; il devient ainsi facile de proportionner exactement l'importance du gage hypothécaire au chiffre de la créance : une convention librement discutée entre le créancier et le débiteur déterminera les immeubles affectés à l'hypothèque. Au contraire le montant des créances garanties par l'hypothèque légale est presque toujours plus ou moins indéterminé. Comment connaître, à l'ouverture d'une tutelle le chiffre des sommes doit le tuteur se trouvera débiteur envers le mineur plus que compte de

tutelle ? Comment connaître lors de l'entrée en fonctions d'un comptable, l'étendue des créances qu'il y aura lieu d'exercer contre ce comptable à raison des faits relatifs à sa gestion ? Enfin en ce qui concerne l'hypothèque de la femme mariée, s'il y a certaines créances garanties par cette hypothèque dont le montant est connu lors de la célébration du mariage, comme la dot par exemple, n'en existe-t-il pas d'autres qui sont éventuelles et indéterminées, par exemple les créances résultant des successions ou des donations qui pourront échoir à la femme pendant le cours du mariage, ou des fautes commises par le mari dans la gestion des biens personnels de la femme ? Il est donc impossible de déterminer avec précision, lors de la naissance d'une hypothèque légale, l'étendue des créances qu'elle garantira, et c'est pour cela que l'hypothèque grève l'entier patrimoine immobilier du débiteur.

999. La généralité des hypothèques légales apporte de graves entraves à la libre circulation des biens, elle atteint dans leur crédit ceux dont ces garanties frappent les biens. Les tiers hésiteront avant d'acquérir des immeubles ainsi affectés du droit de suite. C'est en se plaçant à ce point de vue qu'on a vivement critiqué sinon l'existence, du moins l'organisation de ces hypothèques. Le législateur belge a tenu compte de ces critiques. Par les art. 49, 64 et 65 de la loi du 16 décembre 1851 il ordonne de spécialiser l'hypothèque légale des mineurs, des interdits et des femmes mariées et de déterminer les immeubles grevés. La loi a prévu le cas où l'hypothèque légale de la femme mariée n'aurait pas été spécialisée par le contrat de mariage. Elle confie alors au président du tribunal le soin de déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle l'inscription pourra être requise (art. 66). Malgré le silence de la loi sur ce point, il semble naturel de lui conférer le droit de désigner les immeubles grevés ¹⁸⁵. Nous ne

pouvons pas entrer ici dans des développements plus étendus sur la législation belge.

Du reste les inconvénients que présente la généralité de l'hypothèque légale de la femme mariée sont atténués par la pratique des cessions et subrogations à l'hypothèque légale. Ils le sont aussi par les restrictions ou les réductions que peut subir cette garantie et enfin par les règles particulières édictées en matière de faillite.

1000. L'hypothèque légale atteint, non seulement les immeubles présents du débiteur, c'est-à-dire ceux qui lui appartiennent à l'époque où l'hypothèque légale prend naissance, mais aussi ses immeubles à venir, c'est-à-dire ceux qui lui adviendront ultérieurement, à quelque titre que ce soit ; car la loi ne distingue pas.

Elle atteint les immeubles présents du mari, ceux qui lui appartiennent au jour de la célébration du mariage. Si, à cette époque, le mari est appelé à recueillir une succession comprenant des immeubles, ces biens seront frappés de l'hypothèque légale sous la réserve toutefois de l'application de l'art. 883 ¹⁸⁶. Si le mari fait partie d'une société donc l'actif comprend des immeubles, et si cette société constitue une personne morale, le mari n'est pas actuellement copropriétaire des biens sociaux ; l'hypothèque légale ne pourra les frapper ¹⁸⁷.

Elle frappe les immeubles que le mari peut acquérir pendant la durée du mariage soit à titre onéreux notamment par voie d'échange ¹⁸⁸, soit à titre gratuit.

L'hypothèque légale atteint même, suivant l'opinion générale ¹⁸⁹, les immeubles qui adviennent au débiteur à une époque où il a perdu la qualité à raison de laquelle il était grevé de l'hypothèque légale, c'est-à-dire les immeubles advenus au mari après la dissolution du mariage, au tuteur après la cessation de la tutelle et au comptable quand il n'est plus investi de sa fonction. La loi dit en effet, dans les termes les plus généraux, que

l'hypothèque porte sur tous les immeubles qui pourront appartenir au débiteur dans la suite (art. 2122).

On objecte que l'art. 2121 établit l'hypothèque légale sur les biens du mari, du tuteur, du comptable ; or, dit-on, les immeubles, qui adviennent au mari après la dissolution du mariage, au tuteur après la cessation de la tutelle, au comptable après qu'il a été relevé de ses fonctions, ne sont pas les immeubles d'un mari, d'un tuteur ou d'un comptable ; donc, conclut-on, ils ne sont pas grevés de l'hypothèque légale.

On a fort bien répondu que, dans le langage de la loi comme dans celui du monde, les expressions le mari, le tuteur, le comptable, sont fréquemment employées pour désigner l'ex-mari, l'ex-tuteur, l'ex-comptable. V. art. 471 s., art. 1571.

1001. Si l'acquisition faite par le mari était subordonnée à une condition suspensive ou résolutoire, l'hypothèque de la femme serait affectée de la même modalité (arg. art. 2125) ¹⁹⁰.

Le principe que nous venons de poser comporte cependant deux exceptions en ce qui concerne la condition résolutoire.

1° La première est écrite dans l'art. 952. La loi prévoit le cas où le donateur a stipulé que l'immeuble donné lui fera retour en cas de prédécès du donataire seul ou du donataire et de sa postérité. Cette clause constitue une condition résolutoire ; lorsqu'elle s'accomplit, l'immeuble devrait revenir au donateur franc et quitte de toute hypothèque du chef du donataire. Après avoir consacré ce principe, l'art. 952 y apporte une dérogation. C'est lorsque la donation a été faite au mari par contrat de mariage. La loi présume qu'elle a eu pour but de favoriser le mariage ; elle en conclut que le donateur a eu l'intention d'ajouter la garantie de l'immeuble donné aux autres garanties offertes à la femme, qu'il a entendu renoncer à se prévaloir de la

clause de retour au préjudice de celle-ci. Il n'y a là qu'une interprétation de volonté, elle cèderait devant une manifestation de volonté contraire. Poursuivant son œuvre, la loi décide que l'immeuble donné sera affecté seulement à la garantie de la dot et des conventions matrimoniales et non des autres créances de la femme contre le mari. Les renonciations s'interprètent de la manière la plus restrictive. Enfin l'immeuble donné n'est affecté que subsidiairement. La femme ne pourrait en poursuivre l'expropriation qu'après avoir discuté les autres biens du mari ¹⁹¹.

2° La seconde exception résulte de l'art. 1054. Des biens ont été donnés ou légués à un mari sous la charge d'une substitution, dans une des hypothèses où la loi autorise une pareille libéralité. Lorsque la condition à laquelle est subordonnée la restitution s'accomplit, l'immeuble devrait parvenir à l'appelé franc et quitte de toute charge ou hypothèque du chef du grevé. L'hypothèque légale de la femme de celui-ci ne devrait donc pas l'atteindre. La loi permet au donateur ou au testateur d'ordonner qu'il en soit autrement ; mais elle exige une manifestation certaine de volonté. Même dans ce cas, l'immeuble ne garantira que la restitution du capital des deniers dotaux, et comme dans l'hypothèse précédente, il ne sera affecté que subsidiairement et en cas d'insuffisance des autres biens du grevé.

1002. Mais si l'hypothèque légale grève tous les immeubles du débiteur sans distinction, elle ne grève pas les immeubles de ses héritiers ; car ils ne succèdent pas à la qualité qui est la cause de l'hypothèque légale ¹⁹². Il est donc encore vrai de dire avec Loysel : « Générale hypothèque de tous biens comprend les biens présents et à venir et non ceux des hoirs » La solution contraire aurait eu pour résultat une extension effrayante des hypothèques légales.

Ainsi les héritiers du mari qui ont accepté la succession de celui-ci purement et simplement sont tenus personnellement sur tous leurs biens du paiement des créances de la femme ; ils en sont tenus hypothécairement sur les immeubles héréditaires, mais ils n'en sont pas tenus hypothécairement sur leurs immeubles personnels.

1003. D'ailleurs, après la mort de la femme mariée, du mineur ou de l'interdit, le bénéfice de l'hypothèque légale qui leur appartenait passe à leurs héritiers, avec les créances dont cette hypothèque était un accessoire.

1004. Tout immeuble qui entre dans le patrimoine du mari est immédiatement atteint par l'hypothèque légale ; mais tout immeuble qui sort de ce même patrimoine par une aliénation, n'est pas pour cela affranchi de l'hypothèque ; car l'hypothèque légale, comme les autres, est armée du droit de suite, qui permet au créancier de suivre son gage entre les mains du détenteur quel qu'il soit. Cette simple observation fournit la solution d'une question qu'on s'étonne de ne pas voir résolue d'une manière uniforme par tous les auteurs. Un mari échange un immeuble qui lui appartient contre un autre ; l'immeuble qu'il acquiert en contre-échange est atteint par l'hypothèque légale (art. 2122), et celui qu'il a donné en échange n'en est pas affranchi entre les mains de l'acquéreur, à moins cependant que celui-ci n'ait rempli les formalités de la purge. Un résultat analogue se produirait si un mari, après avoir vendu un immeuble, en achetait un autre avec le prix provenant de la vente ¹⁹³.

On admet cependant que l'immeuble aliéné ne saurait être affecté au paiement des créances de la femme qui n'existaient pas encore à l'époque de l'aliénation.

Il faut aussi réserver dans ce cas à l'échangiste évincé le droit d'agir en résolution du contrat ¹⁹⁴.

1005. Reste une question fort grave. L'hypothèque légale de la femme mariée porte-t-elle sur les conquêts de la

communauté ?

Quelques auteurs ont soutenu que les conquêts de la communauté sont, quoi qu'il arrive, affranchis de l'hypothèque légale de la femme. On dit en ce sens que l'art. 2121, dont la disposition comporte évidemment l'interprétation restrictive, ne fait porter l'hypothèque légale de la femme que sur les biens du mari, non sur ceux de la communauté. On fait observer que la loi n'a jamais confondu les biens du mari et les biens de la communauté ; même dans le cas de renonciation elle les distingue, l'art. 1495 al. 1 le prouve d'une façon péremptoire. On ajoute enfin que la renonciation de la femme ne peut pas rétroactivement anéantir le fait de l'existence de la communauté. L'aliénation, l'hypothèque des biens communs sont des actes consentis par le mari au nom de la communauté existant entre lui et sa femme ; celle-ci a donc été légalement représentée dans tous les actes relatifs aux biens communs ; si sa renonciation la libère de toute obligation personnelle, elle n'empêche pas que le mari ait eu en fait le pouvoir de disposer des biens communs à titre onéreux. L'exercice de l'hypothèque légale sur les biens de communauté au préjudice des tiers acquéreurs ou des créanciers hypothécaires serait incompatible avec un pareil pouvoir. C'est pourquoi on dénie ce droit à la femme.

Celte théorie n'a pas triomphé et ne devait pas triompher. Elle ne satisfait pas la raison. D'une part, on ne comprend pas comment la femme est à la fois libérée de toute obligation commune, et privée du droit d'exercer son hypothèque légale au préjudice des tiers acquéreurs de biens communs et des créanciers hypothécaires de la communauté. Si elle a été représentée par son mari dans ces derniers actes, comment et pourquoi ne l'aurait-elle pas été dans les obligations contractées par son mari à la charge de la communauté ? Comment serait-elle admise à opposer son hypothèque légale aux créanciers chirographaires de la communauté, alors qu'elle ne le

pourrait ni aux acquéreurs d'immeubles de la communauté, ni aux créanciers ayant hypothèque sur les mêmes biens ? Ne voit-on pas qu'on crée une situation déplorable à la femme que le législateur a voulu protéger ? Les créanciers du mari peuvent acquérir une hypothèque conventionnelle sur les acquêts. La femme, que la loi entoure de ses faveurs, à laquelle elle accorde une hypothèque légale, serait dans une situation moins bonne, n'aurait pas d'hypothèque sur ces biens. Il est vrai que dans l'art. 1495 la loi parle distinctement des biens de la communauté et des biens personnels du mari. Mais c'est pour les soumettre à la même règle, c'est pour dire que la femme renonçante exercera ses actions et reprises sur les uns et sur les autres. N'est-il pas logique d'en conclure qu'elle a sur tous les mêmes droits et qu'elle jouit sur les biens de la communauté de la même cause de préférence que sur les biens personnels de son mari ?

Les conquêts sont donc, en principe, grevés de l'hypothèque légale de la femme ¹⁹⁵.

1006. Maintenant le parti que la femme prendra à la dissolution de la communauté peut-il exercer quelque influence sur l'efficacité de cette hypothèque ?

Si la femme renonce à la communauté, il n'y a guère de doute. La femme renonçante est censée n'avoir jamais été commune en biens ; par conséquent les conquêts doivent être considérés comme ayant toujours été la propriété du mari depuis le jour de leur acquisition par la communauté ¹⁹⁶. La femme peut donc exercer sur eux son hypothèque légale dans toute sa plénitude.

Elle peut l'exercer à l'encontre des créanciers chirographaires et hypothécaires du mari, sur les immeubles qui étaient communs au jour de la dissolution de la communauté et qui, par l'effet de sa renonciation, sont demeurés la propriété exclusive de son mari ; elle peut l'exercer sur les conquêts aliénés valablement par le mari

pendant la communauté et se prévaloir à l'égard des tiers acquéreurs du droit de suite attaché à son hypothèque légale ¹⁹⁷. Toutefois, deux conditions sont nécessaires.

Il faut d'abord qu'à raison du rang de son hypothèque la femme soit préférable au créancier hypothécaire ou à l'acquéreur qu'elle veut évincer. Il faut ensuite qu'elle n'ait pas concouru à la constitution d'hypothèque ou à l'aliénation ; autrement elle pourrait, sous des conditions que nous déterminerons, être considérée comme ayant tacitement renoncé à son hypothèque légale au profit du créancier hypothécaire ou de l'acquéreur ¹⁹⁸.

On objecte contre cette solution que la fiction, d'après laquelle la femme renonçante est censée n'avoir jamais été commune en biens, n'est écrite dans aucun texte ; donc, dit-on, cette fiction et les conséquences qu'elle entraîne ne doivent pas être admises, car au législateur seul il appartient de créer des fictions. — Il est vrai qu'il n'existe pas de texte disant, au sujet de la femme qui renonce à la communauté, ce que l'art. 785 dit de l'héritier renonçant. Mais, outre qu'il y a la plus grande analogie entre la renonciation à la communauté et la renonciation à succession, et que dans notre ancien droit la femme renonçante a toujours été considérée comme n'ayant jamais été commune en biens, nous avons des textes qui, s'ils ne formulent pas la fiction en toutes lettres, en supposent cependant l'existence. C'est ainsi que, d'après l'art. 1494, la femme renonçante n'est aucunement tenue des obligations contractées par le mari comme chef, lorsqu'elle n'y a pas personnellement concouru. Si elle n'est pas engagée, c'est parce qu'elle n'a pas été représentée par son mari ; et, si elle n'a pas été représentée, ce ne peut être que parce qu'elle est censée n'avoir jamais été commune.

On objecte encore que notre solution est destructive du crédit du mari : qui voudra lui acheter un immeuble de la

communauté, s'il se voit menacé par l'hypothèque légale de la femme ? Il faut renvoyer cette objection au législateur. D'ailleurs le législateur, à notre avis, a eu raison de n'en pas tenir compte. Car, d'une part, la situation du mari relativement aux immeubles de la communauté est exactement semblable à celle qui lui est faite relativement aux immeubles faisant partie de son patrimoine propre ; et d'autre part, quoi de plus facile pour l'acquéreur, s'il a des craintes, que d'exiger la renonciation de la femme à son hypothèque légale.

1007. Si la femme accepte la communauté, la question devient très délicate, car la position de la femme est absolument différente. Elle a toujours été commune en biens ; elle est engagée par les actes accomplis par le mari dans la limite de ses pouvoirs. Son hypothèque va subir le contre-coup de cette situation ¹⁹⁹.

La jurisprudence et la plupart des auteurs en déduisent cette première conséquence. La femme ne peut pas exercer son hypothèque sur les conquêts aliénés à titre onéreux par le mari durant la communauté, alors même qu'elle n'aurait pas concouru à la vente²⁰⁰. De cette solution on a proposé deux justifications.

D'une part, en acceptant la communauté, la femme se soumet à l'obligation de garantie résultant de la vente consentie par le mari ; si donc elle veut user de son hypothèque légale, elle se verra repoussée par la maxime *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* ²⁰¹.

D'autre part, en acceptant la communauté la femme confirme ou ratifie les actes émanés de son mari. La formule demande une explication. Il est manifeste qu'il n'est pas question d'une confirmation ou d'une ratification dans le sens de l'art. 1338. Dans ce texte il s'agit de réparer le vice dont est entaché un contrat. Dans notre hypothèse, il n'y a rien de pareil ; l'acte accompli par le

mari est régulier, il n'est entaché d'aucun vice. Il est évident aussi qu'il ne s'agit pas d'une ratification dans le sens de l'art. 1998. La loi y parle de ce qui a pu être fait par le mandataire au delà de son mandat. L'acte n'est pas opposable au mandant ; celui-ci n'est pas lié, il conserve tous ses droits. Pour qu'il puisse être obligé, il faut qu'il consente. Telle n'est pas notre hypothèse ; le mari n'a pas excédé les limites de ses pouvoirs, tels qu'ils sont déterminés par la loi.

De quoi s'agit-il donc et quelle peut être la portée de l'acceptation de la femme ? Il semble qu'elle a simplement pour résultat de fixer définitivement sur sa tête la qualité de commune en biens. Par conséquent, les actes émanés du mari dans la limite de ses pouvoirs seront censés émanés de la femme elle-même ; elle y aura été représentée par un mandataire ; elle sera dans la même situation que si elle y avait personnellement figuré.

L'aliénation d'immeubles communs faite par le mari sera considérée comme ayant été faite par le mari et par la femme. Le concours de celle-ci à l'acte emporte de sa part renonciation à son hypothèque légale, dont elle ne peut plus se prévaloir au préjudice de l'acquéreur. Cependant cette renonciation ne résulte pas directement de l'acte d'aliénation ; autrement elle serait régie par la loi du 17 février 1889 ; elle est la conséquence de l'acceptation de la communauté par la femme ; elle est postérieure à la dissolution de la société conjugale ; elle échappe à toutes les dispositions restrictives de la capacité de la femme.

Ce raisonnement provoque cependant certaines réflexions de la part des partisans de l'opinion contraire.

Le sort des actes accomplis par le mari seul comme chef de la communauté, dans la limite des pouvoirs très étendus que lui confère l'art. 1421, est tout à fait indépendant de la volonté de la femme. Elle ne les ratifie pas plus en acceptant la communauté qu'elle ne les invalide par sa renonciation. La femme acceptante, qui veut faire valoir

son hypothèque légale sur un conquêt aliéné ou hypothéqué par le mari, ne conteste nullement la validité de la vente ou de la constitution d'hypothèque. Elle vient dire seulement : J'ai sur ce même conquêt une hypothèque légale qui est valable elle aussi, et je demande à exercer les droits résultant de cette hypothèque, comme pourrait le faire tout autre créancier hypothécaire. Elle aurait certainement ce droit sur un propre de son mari aliéné ou hypothéqué par celui-ci ; comment ne l'aurait-elle pas sur un conquêt ? Est-ce donc que le mari, en hypothéquant un conquêt ou en l'aliénant, confère des droits plus solides qu'en hypothéquant ou en aliénant un de ses propres ?

Ce qu'il faudrait démontrer, c'est que la femme, en acceptant la communauté, s'oblige personnellement envers ceux au profit desquels le mari seul a aliéné ou hypothéqué les conquêts de la communauté, et que par suite elle renonce tacitement à leur profit à son hypothèque légale, comme si elle avait personnellement concouru à l'aliénation ou à la constitution d'hypothèque. Mais d'abord, si ce raisonnement est exact, il s'appliquera aussi bien aux obligations simples contractées par le mari qu'aux obligations hypothécaires. Il faudra donc dire que, par son acceptation, la femme épouse les unes comme les autres, qu'elle s'oblige personnellement, aussi bien envers les créanciers chirographaires qu'envers les créanciers hypothécaires et envers les acquéreurs, et alors comment soutenir qu'elle a le droit d'opposer son hypothèque légale aux créanciers chirographaires ? Ensuite il résulte très nettement des art. 1483 et 1487 combinés que, par son acceptation, la femme ne s'oblige pas personnellement envers les créanciers ou autres ayants cause tenant leurs droits du mari seul. Autrement elle ne pourrait opposer son bénéfice d'émolument à personne, puisque ce bénéfice ne lui est accordé que par rapport aux créanciers de la communauté envers lesquels elle n'est pas personnellement obligée.

Ne peut-on pas répondre, dans la théorie de la jurisprudence, que la femme acceptante est tenue en cette qualité de respecter les droits réels régulièrement consentis par le mari, qu'en ce qui concerne les droits personnels au contraire, elle est simplement obligée et que l'étendue de son obligation est déterminée par la loi ?

1008. Lorsque les immeubles n'ont pas été aliénés, ils se trouvent au jour de la dissolution de la communauté compris dans la masse. Ils feront donc l'objet du partage que l'acceptation de la femme rend nécessaire. De deux choses l'une alors : ou ils tombent au lot du mari ou ils tombent au lot de la femme.

S'ils tombent au lot du mari, elle ne pourra pas exercer son hypothèque au préjudice des créanciers hypothécaires sur les immeubles affectés à ceux-ci ²⁰². Cette solution se justifie par les mêmes considérations que lorsqu'il s'agit de tiers acquéreurs.

Elle pourra, au contraire, s'en prévaloir à l'égard des créanciers chirographaires de son mari et de la communauté. Mais elle resterait tenue envers eux du paiement de ce qui leur est dû, dans les termes du droit commun.

Si au contraire ces biens tombent au lot de la femme, aucune difficulté ne peut se présenter ; ils ne sont pas atteints par l'hypothèque légale ²⁰³. Car ils sont censés avoir toujours été sa propriété ; ils n'ont jamais appartenu au mari ; or l'hypothèque légale ne frappe que les immeubles du mari.

Mais la femme reçoit ces immeubles grevés des charges établies par le mari pendant la communauté ; elle est obligée de les respecter ; si par l'exercice de ces droits elle était évincée, elle recouvrerait son hypothèque et aurait la faculté de l'invoquer sous les conditions indiquées ci-dessus ²⁰⁴.

1009. Il peut se faire que le mari aliène ou hypothèque les conquêts après la dissolution de la communauté. Cette hypothèse ne soulève aucune difficulté sérieuse. Si la femme renonce à la communauté, elle exercera son hypothèque comme nous l'avons dit. Si au contraire elle accepte, les actes émanés du mari depuis la dissolution de la société conjugale ne peuvent lui nuire, ils ne lui sont pas opposables ; ils ont été consentis à une époque où le mari n'avait plus le droit de traiter au nom de la communauté. La femme pourra exiger que ces biens soient compris dans la masse partageable. S'ils tombent dans son lot elle aura contre les tiers acquéreurs une action en revendication, et contre les créanciers hypothécaires une action en radiation de leurs inscriptions, le mari ayant hypothéqué la chose d'autrui. Si au contraire ces immeubles sont compris dans le lot du mari, les actes par lui consentis sont parfaitement valables, mais la femme conserve le droit d'exercer son hypothèque soit contre les tiers détenteurs, soit à l'encontre de ces créanciers hypothécaires.

1010. L'application des règles ci-dessus donne naissance à certaines difficultés.

— Un ordre est ouvert pour la distribution du prix d'un immeuble de communauté à la suite soit d'une aliénation volontaire suivie de purge, soit d'une expropriation forcée. La femme se présente et demande à être colloquée sur le prix par préférence aux autres créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble. Sa prétention est-elle fondée ?

Qu'elle ne puisse pas obtenir une collocation actuelle et définitive, c'est ce qui ne saurait être contesté. La communauté n'est pas dissoute : la femme n'a pas le droit d'exiger le paiement de ses reprises. On ne sait même pas si son hypothèque frappe l'immeuble dont le prix est en distribution. Son droit dépend du parti qu'elle prendra sur l'acceptation ou la répudiation de la communauté et des éventualités du partage. Elle ne peut exercer son option qu'à la dissolution (art. 1453). Mais si elle n'a pas de droit

actuel, elle a tout au moins un droit éventuel. Elle doit pouvoir prendre des mesures conservatoires. Si on ne tenait pas compte de son hypothèque légale, les créanciers postérieurs seraient colloqués ; la femme qui plus tard renoncerait n'aurait contre eux qu'un recours peut-être illusoire ; elle verrait compromettre ses reprises. Dans ces conditions, il semble naturel de procéder comme en matière de purge. La femme sera colloquée éventuellement ou conditionnellement, mais elle ne touchera pas, et les fonds qui devraient lui être attribués, seront consignés. Si la femme renonce plus tard à la communauté, ils lui seront délivrés ; dans le cas contraire, ils seront, s'il y a lieu et suivant les cas, remis aux créanciers colloqués après elle dans l'ordre de leurs collocations ²⁰⁵.

1011. Il est à peine besoin d'ajouter que les créanciers de la femme et les subrogés à son hypothèque légale ont les mêmes droits que leur débitrice et peuvent comme celle-ci demander une collocation éventuelle.

Il existe même un cas où ces personnes jouissent de droits plus étendus que la femme et peuvent réclamer une collocation définitive. C'est lorsque le mari est en état de faillite, de liquidation judiciaire ou de déconfiture. Il faudra, bien entendu, tenir compte des dispositions du C. co., qui limitent l'étendue de l'hypothèque légale de la femme. Tout en leur refusant même dans ces hypothèses le droit de demander la séparation des biens, l'art. 1446 autorise les créanciers de la femme à exercer jusqu'à concurrence du montant de leurs créances les droits de leur débitrice, c'est-à-dire les droits qu'elle aurait eus si la séparation des biens était prononcée. Sont-ils subrogés à l'hypothèque légale, ils pourront demander à être colloqués en leur nom personnel pour le montant de ce qui leur est dû. Sont-ils seulement créanciers de la femme, ils exerceront le même droit non en leur nom personnel, mais au nom de leur débitrice ²⁰⁶.

Une remarque en terminant sur ce point. L'ouverture d'un ordre ne prouve pas par elle seule l'état de déconfiture du mari, la distribution peut avoir lieu à la suite d'une vente volontaire suivie de l'accomplissement des formalités de la purge. L'emploi de cette procédure ne démontre donc pas l'insolvabilité du mari. Il en sera autrement si l'ordre est ouvert à la suite d'une expropriation forcé. Mais la preuve de l'insolvabilité résultera ici de la saisie et de l'expropriation et non de l'ordre, qui n'est que le dernier acte de la procédure.

1012. La règle que l'hypothèque légale de la femme mariée frappe tous les immeubles présents et à venir du mari reçoit une importante exception en matière de faillite. Nous savons que si le mari était commerçant au moment de la célébration du mariage ou si, n'ayant pas, alors d'autre profession déterminée, il est devenu commerçant dans l'année, l'hypothèque ne garantit pas notamment les avantages stipulés dans le contrat de mariage, et que la femme n'a, de ce chef, aucune action contre la faillite (art. 564 C. co.).

Dans les cas où l'hypothèque de la femme subit ainsi une restriction au point de vue des créances garanties, elle ne peut pas s'exercer sur tous les immeubles appartenant au failli indistinctement. L'art. 563 C. co. n'y soumet que les immeubles qui étaient sa propriété au jour de la célébration du mariage et ceux qui lui sont advenus depuis soit par succession, soit par donation entre vifs ou testamentaire. Par conséquent, les immeubles acquis à titre onéreux par le mari pendant le mariage ne sont pas affectés à la garantie des créances de la femme. La loi a voulu sauvegarder les intérêts des créanciers et prévenir une fraude. Elle a craint que le mari n'employât les valeurs, gage de ses créanciers, à l'acquisition d'immeubles sur lesquels la femme exercerait son hypothèque légale à leur préjudice.

Le caractère exceptionnel de la disposition de l'art. 563 C. co. démontre qu'elle s'applique exclusivement dans le cas prévu par le texte. Il faut donc 1° que le mari soit en état de faillite, c'est-à-dire en état de cessation de paiements, les tribunaux civils ayant, d'après la jurisprudence, le droit de constater cette situation même en l'absence de tout jugement déclaratif ; 2° qu'il fût commerçant lors de la célébration du mariage ou que n'ayant pas à cette époque d'autre profession déterminée il le soit devenu dans l'année.

1013. L'hypothèque légale de la femme ne frappe donc pas dans ce cas les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage. C'est à la date de l'acquisition et non à la date du titre qui la constate qu'il faut s'attacher pour admettre ou écarter l'exercice de l'hypothèque légale. La femme aurait donc le droit de prouver qu'une acquisition, dont le titre a été rédigé depuis la célébration du mariage, est en réalité antérieure à cette époque ²⁰⁷. Mais si l'art. 563 C. co. ne s'applique qu'aux immeubles acquis pendant le mariage, il s'applique à tous en principe, qu'ils fassent ou qu'ils ne fassent pas partie de l'actif de la faillite. L'hypothèque légale de la femme ne les atteint pas ; elle ne peut pas être invoquée sous la forme de droit de préférence à l'encontre des créanciers de la masse ; elle ne peut pas être exercée sous la forme de droit de suite contre les tiers détenteurs ²⁰⁸. L'art. 563 C. co. est général et absolu.

On fait cependant exception à cette règle dans le cas l'échange d'un immeuble grevé de l'hypothèque légale.

Quoique acquis à titre onéreux, l'immeuble sera affecté à la garantie de la femme ²⁰⁹. Cette solution est sans difficulté, lorsque l'échange a lieu but à but ou moyennant une soulte payée au mari. On ne peut pas dire que cet immeuble a été acquis des deniers des créanciers ; il n'y a pas de motif pour le soustraire à l'exercice de l'hypothèque légale. La question est plus délicate lorsque l'immeuble

acquis par le mari ayant une valeur supérieure à celle de l'immeuble échangé, le mari s'engage à payer une soulte à son coéchangiste. Généralement on distingue. Si la soulte est de minime importance, l'opération est véritablement un échange, et on suit la même règle que dans le cas d'échange but à but ²¹⁰. Si au contraire la soulte dépasse de beaucoup la valeur de l'immeuble échangé, l'opération n'est pas un échange, c'est en réalité une vente et l'hypothèque légale ne frappera pas l'immeuble. Il resterait le cas où les deux valeurs seraient à peu près équivalentes. La difficulté devient ici très sérieuse.

Quant à nous, en l'absence d'un texte et quelque solution que cette question doive recevoir en matière de communauté (art. 1407) ²¹¹, ou que comporte une question analogue en matière de remploi ²¹², nous croyons qu'il faut avant tout se guider par le texte et les principes de l'art. 563 C. co. Or il ne soumet à l'hypothèque légale les immeubles acquis pendant le mariage que s'ils adviennent par succession, donation ou testament et il soustrait à son exercice ceux qui sont acquis à titre onéreux pendant le mariage. Or dans le cas d'échange avec soulte l'immeuble n'advient pas au mari par succession, donation ou testament, il est en réalité acquis à titre onéreux pendant le mariage pour la partie correspondante à la soulte. Donc, pour cette fraction et dans cette mesure tout au moins, l'hypothèque légale ne saurait l'atteindre.

Il est vrai que cette théorie aura pour résultat d'accroître les garanties de la femme ; mais comme elle ne nuit pas à la masse, il nous semble que l'art. 563 C. co. doit être écarté. La femme en effet conserve son hypothèque sur l'immeuble cédé en échange par son mari, à moins qu'elle n'y ait renoncé ; elle a en outre, dans la mesure que nous avons déterminée, une hypothèque sur l'immeuble acquis par le mari. Sa situation est donc améliorée, mais elle ne l'est pas au détriment de la masse. Celle-ci est exposée à

voir absorber par la créance de la femme le prix de l'immeuble acquis en échange. S'il n'y avait pas eu d'échange, la situation de la masse serait la même. Si, au contraire, la femme est colloquée en tout ou en partie sur le prix de l'immeuble échangé, l'échangiste aura une action en résolution ou en dommages-intérêts. Au premier cas, les choses seront remises au même et semblable état que s'il n'y avait pas eu d'échange, la masse n'a pas à se plaindre. Au second cas, l'échangiste pourra demander soit sa collocation par préférence sur le prix de l'immeuble acquis en échange par subrogation aux droits de la femme soit son admission au passif de la faillite comme la femme l'aurait pu. La masse n'éprouve aucun préjudice, l'application de l'art. 563 C. co. n'aurait pas de raison d'être.

1014. On s'est demandé si l'art. 563 C. co. faisait obstacle à l'application de l'art. 2133, si l'hypothèque légale de la femme atteignait les améliorations apportées aux immeubles grevés, les constructions nouvelles qui y seraient ajoutées pendant le mariage. On s'est tout d'abord prononcé en faveur de la femme ²¹³. Mais cette opinion n'a pas trouvé faveur dans la doctrine. Tous les auteurs la repoussent en ce qui concerne les constructions ²¹⁴. En effet, la pensée dominante de l'art. 563 C. co., c'est d'écarter l'hypothèque légale toutes les fois qu'on veut l'exercer sur une valeur produite à titre onéreux pendant le mariage. La loi craint qu'elle ne soit le résultat de l'emploi fait par le mari de l'argent de ses créanciers ; elle ne veut pas que celui-ci puisse augmenter, à leur détriment, les biens affectés à l'hypothèque légale. Or tel serait le résultat si, dans notre hypothèse, l'hypothèque frappait les constructions nouvelles. Par conséquent, l'art. 2133 ne recevra pas son application, il faudra, dans le prix de l'immeuble, faire une distinction, déterminer par ventilation la part affectée à l'hypothèque légale et la part qui tombe dans l'actif de la faillite. Mais pour procéder

ainsi, il est nécessaire qu'on puisse séparer en quelque sorte les deux fractions de l'immeuble. C'est facile pour les constructions nouvelles ; elles peuvent être envisagées en elles-mêmes, on peut déterminer leur valeur intrinsèque sans tenir compte de la valeur du sol qui les porte ; l'hypothèque légale ne sera pas exercée sur la part du prix correspondant à cette valeur. Mais si cette ventilation était impossible, il faudrait, respectant le droit de la femme, appliquer l'art. 2133. Telle est la solution admise par les arrêts les plus récents ²¹⁵.

1015. L'hypothèque légale frappe, avons-nous dit, les immeubles acquis à titre gratuit pendant le mariage. Mais une difficulté surgit. Un commerçant est appelé pendant son mariage à recueillir avec d'autres héritiers une succession comprenant un immeuble et des valeurs mobilières. Dans le partage, l'immeuble lui est attribué en totalité, ou bien il est procédé à sa vente par licitation et le commerçant se porte adjudicataire. L'hypothèque légale de la femme s'exercera-t-elle sur la totalité de l'immeuble ? La jurisprudence a longtemps hésité ; elle semble aujourd'hui définitivement fixée depuis les deux arrêts de la chambre civile du 10 novembre 1869. Depuis cette date du moins, nous n'avons plus rencontré de décision dans les recueils.

Il est incontestable, suivant nous, que l'hypothèque légale de la femme frapperait la totalité de l'immeuble attribué au mari dans un partage en nature des biens héréditaires. A cette hypothèse s'applique à la lettre la disposition de l'art. 883 ²¹⁶.

C'est seulement dans le cas où l'immeuble est attribué au mari moyennant une soulte qu'il doit payer de ses deniers personnels, ou lui est adjugé sur licitation moyennant une somme d'argent qu'il doit acquitter dans les mêmes conditions, que la difficulté devient sérieuse.

Si elle devait être résolue exclusivement par les principes du droit civil, aucune hésitation ne serait possible ; le mari

est devenu, en qualité d'héritier, propriétaire de la totalité de l'immeuble, l'hypothèque légale de la femme le frappe tout entier. Mais le mari est commerçant, il est en faillite ; aux termes de l'art. 563 C. co. l'hypothèque légale de la femme n'atteint que les immeubles présents au jour de la célébration du mariage ou ceux qui adviennent au mari par succession, donation ou legs, c'est-à-dire à titre gratuit ; elle n'atteint pas ceux qu'il acquiert à titre onéreux. Or, dans notre hypothèse l'acquisition a eu lieu à titre onéreux ; la soulte, le prix d'adjudication ont été acquittés non en valeurs héréditaires mais en deniers personnels du mari. Donc, en vertu de l'art. 563 C. co., l'hypothèque légale frappera la part indivise qui appartenait au mari, elle ne frappera pas les parts qu'il a acquises de ses copropriétaires soit par le partage, soit par l'adjudication. Si l'on objecte contre cette théorie la règle du partage déclaratif de l'art. 883, ses défenseurs répondent que l'art. 563 C. co. y déroge ²¹⁷.

La seule question est donc celle de savoir quelle est la portée de l'art. 563 C. co., s'il exclut l'application de l'art. 883. Or, à ce point de vue, la négative nous paraît certaine. Les adversaires affirment qu'en vertu de ce texte l'hypothèque légale ne peut pas s'exercer sur des immeubles acquis à titre onéreux. Ce n'est pas la formule de la loi ; elle ne dit pas sur quels immeubles ne portera pas l'hypothèque de la femme ; elle précise ceux sur lesquels elle pourra s'exercer. Elle dit : seront seuls soumis à l'hypothèque légale les immeubles advenus au failli depuis le mariage soit par succession... Il faut donc rechercher si l'immeuble attribué au mari dans un partage de succession avec soulte ou à la suite d'une adjudication sur licitation, lui est advenu à titre de succession. La réponse est écrite et écrite deux fois dans l'art. 883. Le mari est censé, en vertu de ce texte, avoir succédé au défunt pour tous les effets mis dans son lot ou à lui échus

sur licitation. Donc, c'est par succession qu'il a acquis l'immeuble. La loi nous dit encore qu'il est censé avoir succédé seul et immédiatement au défunt. Entre le mari héritier et le défunt, il n'y a pas d'intermédiaire. Or, en l'absence d'un testament, il n'y a qu'une seule manière d'acquérir la propriété des biens d'une personne qui n'est plus, c'est la succession. Donc, c'est bien à ce titre que le mari a acquis l'immeuble ; donc en vertu du texte même de l'art. 563 C. co., il est atteint par l'hypothèque légale. En parlant de succession, cet article a renvoyé aux règles du code civil ; s'il a modifié les dispositions relatives à l'hypothèque légale, il n'a rien fait de pareil pour les textes relatifs aux successions, il s'est purement et simplement référé à leurs principes. Cette intention du législateur s'est clairement manifestée dans les travaux préparatoires ²¹⁸.

Cette solution est du reste conforme à l'équité ; l'opinion contraire écarte l'application de l'art. 883 quand elle peut être favorable à la femme ; elle le suit quand il peut lui nuire. N'est-ce pas souverainement injuste ? Qu'un cohéritier du mari se porte adjudicataire, il opposera victorieusement à la femme l'art. 883. Que le mari se porte adjudicataire, la femme ne pourrait pas s'en prévaloir. Ce résultat blesse la justice. Cette considération toute subsidiaire corrobore l'argumentation que nous avons appuyée sur les textes de la loi ²¹⁹.

1016. Ces règles reçoivent leur application tant que dure la faillite, c'est-à-dire même après le concordat jusqu'au moment où les créanciers auront reçu les dividendes promis, après le contrat d'union jusqu'à ce que les créanciers aient été complètement désintéressés ²²⁰. On objecte cependant que la réhabilitation fait seule cesser les effets de la faillite et on en conclut que la femme doit continuer de subir la restriction de son hypothèque légale ²²¹. Ne serait-il pas plus exact de dire que la réhabilitation efface seule les conséquences d'ordre public produites par

la faillite, mais qu'après exécution du concordat, les créanciers, ayant reçu la satisfaction à laquelle ils ont droit, ne peuvent plus se prévaloir des dispositions uniquement édictées dans leur intérêt, notamment de l'art. 563 C. co. et que les créanciers nouveaux ne sont investis d'aucun droit.

IV. De la restriction et de la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée.

1017. L'hypothèque légale de la femme mariée est générale.. Elle frappe tous les immeubles du mari. Par cela même il peut se faire qu'il existe une grande disproportion entre l'importance du gage hypothécaire et celle de la créance à la sûreté de laquelle ce gage est affecté. Ainsi une femme, qui apporte une dot de 20,000 fr., épouse un homme dont la fortune immobilière a une valeur de 500,000 fr. Faut-il absolument que la totalité d'un patrimoine de cette importance reste affectée à des créances aussi minimes, au grand détriment du crédit du mari ? Le législateur ne l'a pas pensé. Aussi permet-il de soustraire à l'hypothèque légale une partie du patrimoine du mari, de manière à proportionner l'étendue du gage hypothécaire à l'importance de la créance qu'il s'agit de garantir. Tel est l'objet de la restriction et de la réduction de l'hypothèque légale.

C'est à cet ordre d'idées que la loi fait allusion par les mots qui terminent l'art. 2122. « Sous les modifications qui seront

» ci-après exprimées ». Les art. 2140, 2142, 2144 et 2145 nous indiquent les conditions dans lesquelles cette limitation du gage hypothécaire peut être opérée.

Précisons d'abord la différence qui existe entre la restriction et la réduction. Quand le gage hypothécaire est diminué au moment même où l'hypothèque légale prend naissance, c'est-à-dire à l'époque de la célébration du

mariage, c'est le cas de la restriction, prévu et réglé par les art. 2140 et 2142. L'hypothèque légale est cantonnée dès l'origine, elle naît diminuée. Si, au contraire, on suppose que l'hypothèque légale n'a pas été restreinte à l'origine, auquel cas elle a affecté ab initio tous les immeubles du mari, et que, pendant le cours du mariage, on dégrève de l'hypothèque une partie des biens sur lesquels elle porte, ce sera le cas de la réduction, prévu par les art. 2144 et 2145. En deux mots, la restriction est un cantonnement de l'hypothèque opéré dès l'origine, la réduction est un dégrèvement fait après coup. On remarquera que la loi emploie l'expression restriction pour désigner l'une et l'autre opération ; cependant le mot réduction figure dans l'art. 2145. Il est plus facile de s'entendre en employant des expressions distinctes pour chaque hypothèse ; c'est ce que nous allons faire.

A. Restriction.

1018. « Lorsque, dans le contrat de mariage, les parties
» majeures seront convenues qu'il ne sera pris
d'inscription
» que sur un ou certains immeubles du mari, les
immeubles
» qui ne seraient pas indiqués pour l'inscription resteront
» libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la
femme
» et pour ses reprises et conventions matrimoniales. Il ne
» pourra pas être convenu qu'il ne sera pris aucune
inscrip-
» tion » (art. 2140).

On le voit, la restriction de l'hypothèque légale de la femme mariée s'effectue à l'aide d'une convention, qui ne peut être contenue que dans le contrat de mariage ou dans un acte modificatif passé dans la forme prescrite par l'art. 1396. Elle ne pourrait pas être contenue dans un autre

acte, même authentique et antérieur au mariage ²²². Cette convention précède ainsi nécessairement le mariage et reçoit, comme toutes les conventions matrimoniales, sa perfection par la célébration du mariage, de sorte que l'hypothèque légale naît restreinte.

La loi exige, pour la validité de cette restriction contractuelle, que les parties soient majeures. Comme il est impossible d'expliquer rationnellement pourquoi la majorité du futur époux serait nécessaire, puisqu'il s'agit d'une convention qui ne peut qu'améliorer sa situation, on admet que la restriction de l'hypothèque est possible quand le mari est mineur, pourvu que la femme soit elle-même majeure ²²³, et on explique ces mots du texte parties majeures en disant que le législateur a supposé que le mari sera toujours majeur quand la femme le sera elle-même : ce qui arrive en effet le plus ordinairement, la différence d'âge dans le mariage existant généralement au profit de la femme. — La restriction consentie par la femme mineure dans son contrat de mariage serait nulle, alors même qu'elle serait assistée conformément à la loi. L'art. 2140 apporte ainsi une exception au principe général de l'art. 1398 ²²⁴.

Cette solution, que le texte de la loi commande d'admettre, ne satisfait guère la raison. La femme mineure peut consentir dans son contrat de mariage toutes les conventions que pourrait consentir un majeur, sous la seule condition d'être assistée des personnes que désigne l'art. 1398. Avec cette assistance elle peut même donner tous ses biens à son futur époux dans les limites de la quotité disponible. Pourquoi ne peut-elle pas, dans les mêmes conditions, consentir à la restriction de son hypothèque légale ?

On peut cependant dire pour expliquer la loi : Les effets de la restriction de l'hypothèque légale ne sont pas immédiats comme ceux d'une donation. Ils peuvent

facilement échapper à la perspicacité de la femme, même de ses parents. La loi la protège d'autant plus énergiquement qu'elle la croit plus exposée.

1019. Mais cette disposition, étant exceptionnelle, doit être interprétée limitativement. Par conséquent, toutes les fois qu'il ne s'agira pas de restreindre l'hypothèque légale de la femme, l'art. 2140 sera écarté, l'art. 1398 reprendra son empire et la femme, même mineure, jouira d'une pleine et entière capacité, pourvu qu'elle soit assistée des personnes dont le consentement est requis pour la validité du mariage. La cour de cassation a fait l'application de ce principe à la clause par laquelle les père et mère, en constituant une dot à leur fille, lui avaient imposé comme condition de cette libéralité l'obligation de n'en exiger le montant sur les biens du mari qu'après le paiement d'un créancier de ce dernier ; la cour suprême a reconnu la validité de cette convention ²²⁵. Ce qui la différencie de la restriction de l'hypothèque légale, c'est d'abord qu'elle intervient dans l'intérêt d'un tiers comme les renonciations ou subrogations à l'hypothèque légale, tandis que la restriction a lieu dans l'intérêt du mari ; c'est ensuite qu'elle n'en imite pas l'étendue, ne la cantonne pas sur certains immeubles et la laisse frapper tout le patrimoine immobilier du mari, à la différence de la restriction.

1020. Sous les conditions que nous avons déterminées, les parties jouissent de la faculté de restreindre par le contrat de mariage l'hypothèque légale de la femme. Il n'y a pas à se préoccuper du régime matrimonial par elles adopté. Elles peuvent faire une semblable stipulation, alors même qu'elles étaient soumises au régime dotal. On ne peut tirer aucune objection de l'impossibilité pour la femme dotale de renoncer à son hypothèque légale. La restriction diffère complètement de la renonciation ; elle intervient, nous l'avons déjà dit, dans l'intérêt exclusif du mari. D'un autre côté, cette convention précède le mariage, comme le

contrat de mariage, dont elle forme une partie intégrante ; elle a donc lieu à une époque où l'inaliénabilité de la dot n'est pas encore entrée en vigueur ²²⁶.

1021. Divers procédés peuvent être employés pour restreindre par le contrat de mariage l'hypothèque légale de la femme.

Les parties peuvent recourir au moyen de la spécialisation. Ce procédé consiste à désigner les immeubles qui demeurent grevés de l'hypothèque légale, tous ceux qui ne sont pas mentionnés dans la convention en étant par cela même affranchis.

Elles peuvent aussi procéder par voie d'exclusion ²²⁷. On désigne les immeubles qui seront affranchis de l'hypothèque légale ; tous les autres y demeurent par cela même soumis.

Ces deux procédés ne conduisent pas aux mêmes résultats. En effet, quand on a eu recours à la voie de la spécialisation, tous les immeubles non désignés dans la convention demeurent affranchis de l'hypothèque légale, même les immeubles à venir ; tandis que, si l'on a procédé par la voie de l'exclusion, les immeubles présents non désignés et les immeubles à venir restent soumis à l'hypothèque (²²⁸).

Les parties pourraient aussi, au lieu de restreindre l'hypothèque légale pour tous les droits et créances de la femme, limiter l'effet de la convention à certaines créances par elle déterminées, par exemple à la dot et aux conventions matrimoniales ²²⁹. Dans ce cas l'hypothèque conserve son caractère de généralité pour toutes les créances qui ne sont pas comprises dans la convention ²³⁰.

Il appartient d'ailleurs aux tribunaux de fixer, par interprétation de la volonté des parties, l'étendue de la clause par laquelle la femme consent à la restriction de son hypothèque légale ²³¹.

1022. L'hypothèque légale, restreinte par l'un des deux moyens qui viennent d'être indiqués, ne cesse pas d'être

dispensée d'inscription, en ce sens qu'elle produira ses effets alors même qu'elle ne serait pas inscrite. Mais le mari est obligé, sous la sanction de l'art. 2136, d'en faire opérer l'inscription, sauf bien entendu à la requérir seulement sur les immeubles qui restent soumis à l'hypothèque (art. 2142).

1023. Les parties, même majeures, ne pourraient pas, comme le proposait le projet, convenir que la femme n'aura d'hypothèque sur aucun des immeubles du mari. On a craint sans doute que cette clause ne devînt de style dans les contrats de mariage. !

C'est surtout dans un intérêt d'ordre public que cette garantie a été organisée par la loi. Dès lors on ne comprendrait pas que les parties pussent ainsi se soustraire à ses prescriptions. La disposition finale de l'art. 2140, aux termes de laquelle

» il ne pourra pas être convenu qu'il ne sera pris aucune
» inscription », s'explique par cette considération. La doctrine et la jurisprudence se montrent justement sées en cette matière. Ce que les parties ne peuvent pas faire une clause expresse, elles ne peuvent pas davantage le e indirectement. Or la femme atteindrait ce résultat si, dans but d'éluder la loi, elle consentait à cantonner son hypoque sur des immeubles d'une valeur insignifiante ²³² ou nifestement inférieure au montant de ses reprises ²³³. Une eille convention serait frappée de nullité comme contraire art. 2140. Serait également entachée de nullité la clause laquelle l'hypothèque légale de la femme serait cantonnée les immeubles du mari qu'elle désignerait pendant le riage ²³⁴. Il en serait de même, pour le même motif, si le tonnement était stipulé sur la part indivise du mari dans immeuble. L'éventualité d'un partage ou d'une licitation, l'effet duquel la femme serait exposée à voir évanouir son hypothèque lorsque l'immeuble serait attribué ou adjudgé ²³⁵ un des copropriétaires du mari, suffit pour démontrer

que la convention peut équivaloir à une véritable abdication de la hypothèque et pour justifier la solution. Un arrêt a cependant validé cette convention ²³⁶. Cette doctrine nous paraît ne présenter de dangers. Si, par l'effet du partage ou de la licite, l'immeuble est attribué à l'un des copropriétaires du i, la femme ne pourra pas invoquer son hypothèque sur le bien qui sera censé n'avoir jamais été la propriété de son i. Si la convention était valable, le cantonnement équivalait à une véritable renonciation prohibée par l'art. 2140. Il faut donc, dans ce cas, prononcer la nullité de la restriction ²³⁷. La femme exercera son hypothèque sur les autres immeubles du mari au préjudice des tiers qui ont traité avec celui-ci sur la foi d'un cantonnement frappé d'inefficacité. C'est donc seulement dans le cas où l'immeuble sera adjugé au mari ou à un étranger, que la validité du cantonnement pourra être admise. C'est dans cette éventualité qu'est, au surplus, intervenu l'arrêt que nous citons. L'efficacité de la convention est donc fort incertaine. N'est-il pas à craindre ou que les tiers ne soient trompés ou que le crédit du mari ne subisse une grave atteinte ? N'est-il pas plus sage de se prononcer en faveur de la nullité de la clause ainsi insérée dans le contrat de mariage ?

1024. Nous serions même portés à admettre la nullité de la clause par laquelle la femme, en cantonnant son hypothèque légale, se réserverait la faculté, au cours du mariage, d'en affranchir les immeubles grevés pour la transférer sur d'autres biens jugés par elle suffisants. Notre démonstration est facile. L'hypothèque légale est établie par des considérations d'ordre public. Les époux ne peuvent pas, en l'absence d'un texte, déroger aux règles qui la régissent. Or, pendant le mariage, la réduction de l'hypothèque légale ne saurait avoir lieu par la seule volonté des époux et sans l'accomplissement des conditions imposées par les art. 2144 et 2145. Il leur est donc interdit

de s'attribuer, par le contrat de mariage, une faculté que le législateur leur refuse. La stipulation insérée dans ce but est nulle, parce qu'elle est contraire à la loi ²³⁸.

Le seul point véritablement litigieux est de savoir quelle est alors l'étendue de la nullité encourue. Frappe-t-elle toute la convention ou n'atteint-elle que la clause accessoire, par laquelle les parties se sont attribué le droit de transférer l'hypothèque légale sur d'autres immeubles ? En faveur de la première opinion, M. Pont invoque l'indivisibilité de la convention ²³⁹. A ses yeux la clause portant restriction de l'hypothèque légale et la clause autorisant le transfert forment les éléments inséparables d'un seul et même tout.

Nous inclinons en faveur de l'opinion contraire. Nous voyons bien deux conventions juxtaposées par la volonté des époux, mais il nous est impossible de voir le lien qui, en les rapprochant, en fonderait l'indivisibilité. Les parties ont voulu deux choses : restreindre l'hypothèque légale de la femme, autoriser son transfert des immeubles désignés sur d'autres immeubles. La première de ces clauses envisagée en elle-même est certainement valable, la seconde est sans aucun doute frappée de nullité. Pour que la nullité de cette dernière réagît sur la première, il faudrait qu'elles fussent la condition l'une de l'autre. Or rien ne démontre qu'il en soit ainsi. L'intérêt de la femme, qui, en cette matière, doit nous servir de guide, ne nous impose pas cette solution. C'est pourquoi nous croyons préférable de valider l'une des clauses et d'annuler l'autre ²⁴⁰, à moins que les parties n'en aient elles-mêmes établi l'indivisibilité ²⁴¹.

Il faut cependant reconnaître que cette solution expose la femme à certains dangers. Elle a usé de la réserve faite par son contrat de mariage ; elle a affranchi les immeubles sur lesquels son hypothèque légale avait été cantonnée et elle l'a transférée sur d'autres immeubles nouvellement acquis par le mari. Celui-ci en a profité pour aliéner les immeubles

affranchis. Le tiers acquéreur a procédé à la purge des hypothèques non inscrites. Confiant dans la sûreté que lui offrait sa nouvelle garantie, la femme n'a pas fait inscrire son hypothèque ; elle n'a pas fait valoir ses droits. Ils sont perdus. La femme est privée de toute sûreté. Elle a perdu son hypothèque sur les immeubles aliénés ; elle n'a pas acquis de cause de préférence sur les nouveaux immeubles du mari. N'est-il pas plus juste d'annuler la convention pour le tout et de rétablir la femme dans tous ses droits, c'est-à-dire dans la généralité de son hypothèque ? L'objection est pressante. Il nous semble cependant qu'elle ne doit pas nous arrêter. Le danger que court la femme résulte non de la convention, mais du silence qu'elle a gardé dans la procédure de purge. Reconnaître la nécessité de cette procédure, c'est reconnaître que les immeubles ne sont pas affranchis par le seul effet de la translation de l'hypothèque, c'est reconnaître la nullité partielle de la convention. C'est la solution vers laquelle nous penchons après bien des hésitations.

1025. M. Thézard prévoit ²⁴² le cas où les époux, en réduisant actuellement l'hypothèque légale, se réserveraient le droit de l'étendre à nouveau pendant le mariage, si cela semblait nécessaire. Il prononce la nullité de cette réserve comme contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, et il décide que la convention est nulle pour le tout. La réduction a été en effet subordonnée à une condition irréalisable.

Malgré la puissance de ces arguments, cette solution nous inspire les doutes les plus sérieux. En effet, le droit pour un créancier d'obtenir un supplément d'hypothèque, lorsque le gage est devenu insuffisant, est consacré en matière d'hypothèque conventionnelle par l'art. 2131. Il nous semble juste d'appliquer la même règle aux hypothèques légales, lorsqu'elle s'ont été spécialisées. Si le législateur ne s'en est pas expliqué, c'est que, l'hypothèque

légale de la femme étant générale, tout supplément d'hypothèque est impossible. Mais du moment où, par l'effet du cantonnement, l'hypothèque légale se trouve spécialisée comme l'hypothèque conventionnelle ou même simplement restreinte par voie d'exclusion, il n'y a pas de motif pour ne pas la soumettre à la même règle. Aussi est-ce la solution généralement admise ²⁴³. Or la clause qui nous occupe n'est rien autre chose que la répétition et une répétition inutile d'une règle consacrée par la loi. Il nous paraît dès lors bien difficile d'en admettre la nullité. Qu'importe que la règle soit ou ne soit pas exprimée ? Dans tous les cas, elle recevra son application. Dès lors cette clause doit être sans influence sur la stipulation relative à la restriction de l'hypothèque légale. Utile per inutile non vitiatur. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne nous paraît pas de nature à recevoir ici son application. C'est non seulement en vertu de la volonté des parties mais en vertu de la loi qu'a lieu cette extension de l'hypothèque légale, l'art. 1395 ne saurait y faire obstacle.

B. Réduction.

1026. La réduction de l'hypothèque légale qui n'a pas été cantonnée dès son origine ne peut résulter que d'une décision judiciaire, pour l'obtention de laquelle la loi exige l'accomplissement de formalités qui nous sont indiquées par les art. 2144 et 2145 :

« Pourra pareillement le mari, du consentement de sa femme

» et après avoir pris l'avis des quatre plus proches parents
» d'icelle, réunis en assemblée de famille, demander que l'hy-

» pothèque générale sur tous ses immeubles, pour raison de la

» dot, des reprises et conventions matrimoniales, soit restreinte

» aux immeubles suffisants pour la conservation entière des

» droits de la femme » (art. 2144).

« Les jugements sur les demandes des maris et des tuteurs

» ne seront rendus qu'après avoir entendu le procureur du Roi,

» et contradictoirement avec lui. — Dans le cas où le tribunal

» prononcera la réduction de l'hypothèque à certains immeu-

» bles, les inscriptions prises sur tous les autres seront rayées » (art. 2145).

Les conditions déterminées par ces textes sont de rigueur. Les parties ne pourraient pas, même par contrat de mariage, se réserver la faculté de réduire ou de cantonner l'hypothèque légale sans observer les formalités prescrites ²⁴⁴.

1027. Les conditions exigées par la loi sont au nombre de cinq. Il faut :

1° Que l'hypothèque n'ait pas été restreinte par le contrat de mariage. Cette première condition résulte de l'emploi du mot pareillement. La loi met sur la même ligne la réduction de l'hypothèque légale de la femme et la réduction de l'hypothèque légale du mineur. L'une et l'autre ne peuvent avoir lieu que dans des circonstances identiques. Or, aux termes de l'art. 2144, l'hypothèque légale du mineur ne peut être réduite pendant la tutelle que si elle n'a pas été restreinte par l'acte de nomination du tuteur : donc il en est de même pour l'hypothèque légale de la femme ; la justice n'en peut autoriser la réduction que si elle n'a pas été restreinte avant sa naissance, c'est-à-dire avant le mariage et par le contrat de mariage (art. 2140).

Mais la loi n'a pas prévu le cas où l'hypothèque légale aurait déjà été l'objet d'une première réduction pendant le mariage. Le texte ne s'oppose donc pas à ce que la justice en ordonne une seconde après accomplissement des formalités prescrites par l'art. 2144. Il serait contraire à la raison de la proscrire. Des circonstances nouvelles peuvent justifier une seconde demande. Cela peut se présenter moins lorsqu'on a procédé par voie de spécialisation que lorsqu'on a déterminé par exclusion les immeubles affranchis de l'hypothèque. Les biens à venir restent alors frappés et l'acquisition par le mari d'une fortune immobilière importante pourrait donner au gage une importance excessive. Il nous semblerait juste d'autoriser alors une nouvelle demande en réduction ²⁴⁵ ;

2° Que les immeubles du mari aient une valeur notoirement supérieure à ce qui est nécessaire pour la sûreté des droits de la femme. Le rapprochement des art. 2144 et 2143 justifie cette condition comme la première ;

3° Que la femme consente ;

4° Que la demande soit précédée de l'avis d'une assemblée de famille composée exceptionnellement des quatre plus proches parents de la femme ;

5° Que la demande soit formée contre le procureur de la République.

1028. Ces trois dernières conditions demandent seules des explications.

La première consiste dans le consentement de la femme. Le texte de l'art. 2144 est formel. On a cependant contesté ce point ; on a prétendu que la réduction pouvait avoir lieu malgré la résistance de la femme ²⁴⁶. A l'appui de cette doctrine on invoque l'art. 2161 ; on prétend y voir une disposition générale applicable à toutes les hypothèques portant sur l'universalité du patrimoine du débiteur. On en conclut que le mari peut invoquer le bénéfice de cet art., lorsque la femme refuse de consentir à la réduction de son

hypothèque. La situation de celui-ci ne saurait être inférieure à celle de tout autre débiteur atteint par une hypothèque générale. Pour admettre la solution contraire, il faudrait un texte plus formel que l'art. 2144.

C'est précisément sur le texte de cet art. combiné avec l'art. 2140 que nous nous appuyons pour exiger le consentement de la femme. Il en résulte en effet que la restriction et la réduction de l'hypothèque légale de celle-ci ne peuvent jamais être que conventionnelles, et par suite sont subordonnées à son consentement. La loi a en effet prévu toutes les hypothèses susceptibles de se présenter : la restriction qui précède le mariage, la réduction opérée pendant sa durée. Il n'y a pas d'autre cas possible. Il est par là même démontré que l'art. 2161 est étranger à l'hypothèque légale de la femme mariée. Or, dans toutes les hypothèses, la loi exige le consentement de la femme. Par conséquent la spécialisation de l'hypothèque légale ne peut être que conventionnelle. Cette solution est parfaitement logique dans le système de notre code. La loi veut protéger la femme. Elle lui permet, dans certaines conditions, de renoncer au bénéfice de la faveur qu'elle lui accorde, pourvu toutefois qu'elle ne compromette pas ses droits ; mais il n'y a pas de motifs pour lui imposer une réduction de son hypothèque, si elle croit insuffisante la sûreté ainsi diminuée ²⁴⁷.

1029. Malgré le silence de la loi, nous n'hésitons pas à penser que la femme doit être majeure. Deux motifs justifient cette solution : d'une part, les mineurs ne peuvent pas consentir aux actes qui rendent leur condition pire ; la femme renonce aux avantages attachés à la généralité de son hypothèque ; d'autre part, la majorité de la femme est exigée pour la validité de la restriction de l'hypothèque (art. 2140) ; à plus forte raison doit-il en être de même pour la réduction, qui a lieu pendant le mariage à une époque où la femme n'est plus entourée des conseils de ses parents,

où elle ne jouit plus de la même indépendance. On objecte cependant que la réduction de l'hypothèque ne s'opère pas par le seul consentement de la femme, que l'intervention de la justice est une garantie suffisante contre la faiblesse et l'inexpérience. On se méprend, nous semble-t-il, sur le rôle du tribunal. La décision qu'il rend n'a pour but que de constater l'accomplissement des formalités prescrites par la loi ; elle ne modifie pas le caractère de la réduction, qui reste conventionnelle et ne devient pas judiciaire ²⁴⁸. Nous ne comprendrions pas enfin comment le mariage suffirait pour donner à la femme mineure une capacité qu'elle n'avait pas la veille. Mineure, elle ne pouvait pas par son contrat de mariage, même avec l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour la validité du mariage, consentir à la restriction de son hypothèque et une fois le mariage célébré elle deviendrait capable de consentir à la réduction ²⁴⁹. Le soin qu'a pris la loi d'exiger en outre l'avis d'un conseil de famille exceptionnellement composé nous prouve que le législateur n'a pas eu en vue la femme mineure.

Mais dès qu'elle est majeure, elle peut valablement consentir. Il n'y a pas à tenir compte du régime matrimonial adopté par les époux. Même sous le régime dotal, la réduction de l'hypothèque légale est possible ²⁵⁰. Sans doute la femme n'a pas alors la faculté de disposer de l'hypothèque, garantie de la restitution de sa dot. Mais l'art. 2144 est général ; il ne distingue pas ; il autorise la femme à consentir, dans tous les cas, à la réduction de son hypothèque ; il déroge donc sur ce point spécial aux règles ordinaires du régime dotal. La femme trouve du reste une protection suffisante dans les autres garanties écrites dans la loi.

1030. L'incapacité de la femme peut être plus complète ; elle est interdite et se trouve dans l'impossibilité d'avoir une volonté réfléchie et de donner un consentement

éclairé. Cette situation fera-t-elle obstacle à la réduction de l'hypothèque demandée par le mari ?

Il n'y a pas de difficulté si la femme a. pour tuteur un étranger ; mais si elle a pour tuteur son mari (il est même tuteur de droit, art. 506), l'opposition d'intérêts qui existe entre la femme et le mari nous conduit à exiger le consentement du subrogé tuteur. Nous établissons ainsi une grande différence entre le cas où la femme est mineure et celui où elle est interdite. Dans la première hypothèse, la réduction de l'hypothèque est impossible ; dans la seconde, elle peut avoir lieu. Mais cette différence s'explique par la situation des personnes. La femme mineure a été émancipée par son mariage : elle n'a plus de représentant légal ; elle reste incapable, en vertu des principes généraux et de la disposition spéciale de l'art. 2144 ; au contraire, la femme interdite a un représentant légal ; celui-ci peut accomplir, sous les conditions déterminées par la loi, tous les actes intéressant la femme interdite. Il peut donc, comme celle-ci en avait le droit, consentir à la réduction de l'hypothèque. Cette solution est d'ailleurs commandée par l'intérêt du mari. Lorsque sa femme est mineure, il lui suffira d'attendre quelques années pour obtenir son consentement. Au contraire, la durée de l'interdiction est indéfinie ; elle n'a pas de terme certain connu d'avance et, à moins de refuser au mari l'exercice du droit écrit dans l'art. 2144, il faut se contenter du consentement du subrogé tuteur.

La cour de Caen se contente même d'un avis conforme de l'assemblée de famille dont nous allons parler et n'exige pas le consentement du subrogé tuteur ²⁵¹. Nous croyons qu'il y a là une méconnaissance des conditions exigées par l'art. 2144. Il en formule deux : 1° le consentement de la femme ; 2° l'avis de la famille. Or, en réclamant un avis conforme des parents, on exige plus que la loi ; mais on fait complètement abstraction du consentement de la femme,

qui est cependant une condition essentielle puisqu'elle caractérise, comme nous le verrons, la réduction ²⁵².

Si, sans être interdite, la femme était placée dans un établissement d'aliénés, le consentement devrait être donné par un mandataire spécial nommé par le tribunal ²⁵³.

1031. La loi exige, en outre, l'avis des quatre plus proches parents de la femme réunis en assemblée de famille. Il n'est pas indispensable que cet avis soit conforme à la demande du mari. C'est un élément d'information ; il éclairera le tribunal, il ne lie pas le juge, pas plus en notre matière que lorsqu'il s'agit de la réduction de l'hypothèque légale du mineur ²⁵⁴.

L'assemblée de famille, dont parle notre article, présente la plus grande analogie avec un conseil de famille. Elle en diffère cependant par le nombre des membres qui la composent ; elle en diffère aussi parce que cet avis, n'étant pas exécutoire, n'est pas susceptible d'un recours devant la justice ²⁵⁵. C'est au moment où le tribunal sera appelé à statuer qu'on pourra critiquer la composition de l'assemblée et les circonstances dans lesquelles l'avis a été émis ²⁵⁶.

Sous ces réserves, il faut appliquer à l'assemblée de famille les règles édictées pour les conseils de famille (art. 407 s.). Ainsi les quatre plus proches parents, dont parle la loi, sont les parents qui se trouvent dans la zone déterminée par l'art. 407 ²⁵⁷. Bien que l'opinion contraire ait été émise lors de la discussion par le consul Cambacérès, nous nous refusons à donner de la loi une interprétation qui en rendrait l'application très difficile, peut-être même impossible, et apporterait des entraves à l'exercice du droit accordé au mari. Pour le même motif, l'assemblée pourrait, à défaut de parents, être composée d'alliés ou d'amis de la femme.

1032. Enfin il semble que la demande du mari doive être portée devant le tribunal du domicile des époux ou plutôt

du domicile du mari et non devant le tribunal de la situation des biens ²⁵⁸. Car il ne s'agit pas seulement de comparer la valeur des immeubles au montant de la créance garantie ; il faut aussi apprécier, au moins d'une manière approximative, le chiffre auquel s'élèvent les droits de la femme contre son mari.

1033. Contre qui et en quelle forme la demande en réduction doit-elle être introduite ? 11 est évident qu'elle ne peut pas l'être contre la femme. En effet la réduction ne peut pas être prononcée sans le consentement de celle-ci. Elle ne saurait donc être le contradicteur de son mari ²⁵⁹. Il y a dans la cause un autre contradicteur ; c'est le procureur de la République, aux termes de l'art. 2145. C'est contre lui que la demande sera formée.

Mais faut-il procéder par voie d'assignation, comme en matière contentieuse ? M. Pont ²⁶⁰ résout cette question par l'affirmative. Nous ne croyons pas devoir nous rallier à cette opinion. La cour de cassation a décidé que l'intervention de la justice n'enlevait pas à la réduction de l'hypothèque son caractère conventionnel ²⁶¹. Du moment où il ne s'agit pas d'un véritable litige, il n'y a pas de motif pour procéder comme en matière contentieuse ; il n'y a pas de défendeur qu'on puisse ajourner ; le tribunal sera saisi par voie de requête communiquée au ministère public ²⁶².

1034. La mission du tribunal est de s'assurer que toutes les conditions requises ont été remplies, que la femme a consenti, que la famille a été consultée ²⁶³ et que la réduction laisse des garanties suffisantes pour l'exercice des droits de la femme. S'il en est ainsi, si toutes les prescriptions de la loi ont été observées, le tribunal ordonnera la réduction ; dans le cas contraire, il refusera de la prononcer.

Là s'arrête sa mission ; il n'aurait pas qualité pour modifier les accords des époux, il ne jouit pas en notre matière de la plénitude de juridiction qui lui appartient

d'ordinaire ; la question dont il est saisi n'est pas une question contentieuse. Ce jugement ressemble donc beaucoup à un jugement d'homologation, suivant les termes d'un arrêt ²⁶⁴.

Les auteurs admettent tous qu'il est susceptible d'appel ²⁶⁵ sans même discuter la question, mais cette solution nous paraît extrêmement douteuse ; l'appel est une voie de recours contre les jugements susceptibles d'acquérir l'autorité de la chose jugée ²⁶⁶ ; il ne peut pas être dirigé contre les jugements qui ne statuent pas sur un véritable procès ; or, d'après la dernière jurisprudence de la cour de cassation, le jugement qui statue sur une demande en réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée n'est pas susceptible d'acquérir l'autorité de la chose jugée ²⁶⁷. Ne faut-il pas en conclure qu'il ne peut être attaqué par la voie de l'appel ?

En admettant que ce jugement soit susceptible d'appel, on se demande si le procureur de la République a qualité pour exercer cette voie de recours. Les auteurs et la jurisprudence semblent d'accord pour lui reconnaître ce droit ²⁶⁸. Ils se fondent sur ce qu'aux termes de l'art. 2145, le jugement est rendu contradictoirement avec le procureur de la République. Ils en concluent qu'il est partie et même partie principale dans l'instance et justifient ainsi leur solution.

1035. Nous venons de dire que le jugement statuant sur la demande en réduction ne peut pas acquérir l'autorité de la chose jugée. Cette autorité ne s'attache qu'aux décisions rendues en matière contentieuse. Ici il n'y a pas de litige, de procès, puisque les deux époux consentent ²⁶⁹. De là cette conséquence : La maxime : Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements, ne s'applique pas au jugement de réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée. C'est pourquoi la femme conserve le droit d'agir en nullité de la réduction soit à raison de l'inobservation des formalités

prescrites par la loi ²⁷⁰, soit pour défaut de consentement valable ²⁷¹.

L'annulation de la réduction ne pourrait cependant pas nuire aux tiers qui, sur la foi du jugement, auraient acquis des droits réels sur les immeubles affranchis. La question n'est pas du reste sans difficulté ; elle se rattache aux effets d'une radiation d'inscription opérée en vertu d'un acte ultérieurement annulé. Nous la retrouverons plus loin.

1036. Comme la restriction opérée par le contrat de mariage, la réduction consentie par la femme et ordonnée par justice, affranchit de l'hypothèque légale les immeubles qu'elle a pour objet d'y soustraire. Mais comme les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes (art. 1165), elle ne saurait préjudicier aux tiers. Elle ne portera donc aucune atteinte aux droits que des tiers auraient acquis par suite d'une subrogation à l'hypothèque légale de la femme ²⁷². Les subrogés conserveront le droit d'invoquer cette hypothèque sur les immeubles affranchis non seulement à l'égard des créanciers auxquels le mari les aurait ultérieurement affectés par hypothèque, mais encore à l'égard des tiers acquéreurs qui les auraient acquis dans les mêmes conditions. Mais il faudrait qu'ils eussent rempli les conditions de publicité que nous ne tarderons pas à déterminer.

Les tiers, qui traitent avec le mari après le jugement ordonnant la réduction, n'ont pas à craindre qu'on leur oppose l'hypothèque légale sur les immeubles affranchis. Il importerait peu que la sûreté fût devenue insuffisante, ou même qu'elle le fût dès le moment auquel interviennent le consentement de la femme et le jugement de réduction, pourvu toutefois que le consentement de la femme ne fût pas infecté d'un vice de nature à faire prononcer la nullité de la convention. Les immeubles sur lesquels l'hypothèque légale a été cantonnée périssent, le mari en est évincé ; les droits de la femme s'accroissent de reprises nouvelles. Ces

diverses circonstances ne seront pas prises en considération. L'hypothèque légale a été réduite ; elle ne peut plus recouvrer de plein droit son ancienne généralité ; elle ne peut plus être exercée sur des immeubles qui en ont été affranchis ²⁷³.

La jurisprudence a même appliqué cette règle au cas où le gage est devenu insuffisant par suite de la découverte d'une reprise, qui n'avait pas été indiquée et que la femme ne connaissait pas ²⁷⁴. Cette solution nous paraît extrêmement douteuse, car elle semble être une conséquence de la théorie qui reconnaît au jugement de réduction l'autorité de la chose jugée et le soumet à la maxime voies de nullité n'ont lieu contre les jugements. L'arrêt de la chambre des requêtes affirme formellement cette doctrine. Or nous avons démontré que la réduction, quoique ordonnée par justice, conserve son caractère conventionnel. Ne peut-on pas soutenir que le consentement de la femme a été alors vicié par une erreur substantielle et que par suite il y a lieu de prononcer la nullité de la réduction ? Cette annulation produirait les effets que nous avons déjà indiqués d'un mot.

En dehors de ce dernier cas, il n'y aurait pas lieu de distinguer entre les acquéreurs ou les créanciers hypothécaires postérieurs et les acquéreurs ou créanciers antérieurs au jugement. La réduction n'est pas annulée ; elle a produit ses effets à l'égard des uns aussi bien qu'à l'égard des autres ; ces effets sont définitivement acquis ; et tous, quelle que soit la date de la naissance de leurs droits, peuvent s'en prévaloir ²⁷⁵.

1037. Ce n'est pas à dire cependant que les effets de la réduction soient irrévocables. Tout au contraire, les dispositions peuvent en être modifiées, si les circonstances viennent à changer. Si, par exemple, la sûreté se trouve insuffisante, soit par la diminution de valeur des immeubles du mari, soit par l'augmentation des reprises de la femme,

ou bien si, à l'inverse, on avait procédé par voie d'exclusion et que le mari fût appelé à recueillir une fortune immobilière importante, il y aurait lieu, dans le premier cas, à un supplément d'hypothèque (arg. art. 2131), qui pourrait aller jusqu'au rétablissement de l'hypothèque générale ²⁷⁶, et, dans le second, à une nouvelle réduction de l'hypothèque comme nous l'avons déjà dit.

Il est seulement bien entendu que cette hypothèque supplémentaire ne produira d'effets que pour l'avenir et ne pourra être opposée ni aux tiers acquéreurs ni aux créanciers hypothécaires antérieurs du mari.

Si la réduction de l'hypothèque légale a eu lieu par voie de spécialisation et a été publiée au moyen d'une inscription, il nous semblerait juste de soumettre l'efficacité du jugement à la même mesure de publicité. Autrement les tiers seraient induits en erreur ²⁷⁷. Nous hésiterions beaucoup à étendre cette solution au cas où la réduction aurait eu lieu par voie d'exclusion, et où les registres du conservateur ne porteraient pas trace de cette mesure ²⁷⁸.

Nous rappellerons, en terminant, que l'hypothèque de la femme, lorsqu'elle est réduite pendant le mariage comme lorsqu'elle est restreinte par le contrat de mariage, conserve son caractère et continue de jouir des avantages que la loi y a attachés ; elle produit donc ses effets indépendamment de toute publicité ²⁷⁹.

V. De la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.

1038. Cette convention a été imaginée par les praticiens pour donner aux tiers qui traitent avec le mari toute sécurité et toute garantie. L'hypothèque légale de la femme mariée est générale : elle grève tous les biens immobiliers présents et à venir du mari (art. 2122). Le crédit du mari

peut en souffrir. Veut-il emprunter de l'argent sur hypothèque ? Le prêteur ne manquera pas d'objecter que l'hypothèque qu'on lui offre constitue une garantie insuffisante, primée qu'elle est par l'hypothèque légale de la femme, qui, pour la plupart des créances auxquelles elle est attachée, prend rang à compter de la célébration du mariage (art. 2135). Le mari veut-il vendre un de ses immeubles ? Il réalisera difficilement cette opération : ici encore l'hypothèque légale de la femme apparaît menaçante ; l'acquéreur y voit, non sans raison, une cause possible d'éviction.

Ce qu'il y a de remarquable, c'est que l'entrave apportée par l'hypothèque légale au crédit du mari est d'autant plus lourde que la femme est plus riche ; car ses reprises, et par suite l'étendue de son hypothèque, croîtront ordinairement en raison directe de sa fortune.

Existe-t-il un moyen légal pour la femme qui veut fortifier le crédit de son mari de rassurer les tiers avec lesquels celui-ci veut traiter ? La femme peut-elle à cet effet renoncer à son hypothèque légale au profit des acquéreurs ou des prêteurs, ou leur en transmettre le bénéfice par voie de subrogation ?

Sur ce point, le législateur du code civil était muet, et son silence avait fait naître des doutes.

1039. Quelques-uns considéraient ce silence comme décisif. Un texte, disaient-ils, serait nécessaire pour autoriser la femme à se dépouiller de garanties qui lui ont été accordées par des considérations d'ordre public (arg. art. 6).

Cette solution trouvait un autre point d'appui dans le rapprochement de l'art. 2144. L'acte, par lequel la femme subroge un tiers dans le bénéfice de son hypothèque légale, présente une incontestable analogie avec la réduction de cette hypothèque. N'est-il pas juste et conforme à la volonté du législateur de soumettre ces deux actes aux mêmes règles et d'exiger, dans tous les cas, l'intervention

de la justice ? C'est du reste le seul moyen de protéger efficacement la femme contre sa faiblesse, son inexpérience ou son incapacité. La nécessité d'une autorisation maritale n'est pas pour elle une garantie suffisante. L'intervention de la justice sauvegardera seule ses intérêts.

D'autres soutenaient que ce qui est interdit à la femme, même par contrat de mariage et à plus forte raison pendant le mariage, c'est la renonciation pure et simple à son hypothèque légale, c'est la restriction ou la réduction de cette hypothèque sans l'observation des formalités prescrites par la loi. C'est, en un mot, la convention qui éteint pour le tout ou pour partie au profit du mari une garantie que la loi a jugée indispensable. Mais la subrogation à l'hypothèque légale n'intervient pas en faveur du mari. Elle n'éteint pas l'hypothèque. Elle en transmet le bénéfice à un tiers. Pourquoi interdire cette convention ?

La femme dûment autorisée est pleinement capable de s'engager envers des tiers, et en s'obligeant elle oblige tous ses biens ; elle est pleinement capable aussi pour aliéner ses biens, même à titre gratuit. Par quelle secrète raison ne pourrait-elle pas aliéner au profit d'un tiers le bénéfice de son hypothèque légale ?

Cette dernière opinion paraissait triompher en doctrine et en jurisprudence.

1040. Quoi qu'il en soit de cette controverse qui n'a plus qu'un intérêt historique, la légalité de la convention par laquelle la femme renonce à son hypothèque légale, soit au profit d'acquéreurs d'immeubles de son mari ou de créancier de celui-ci, soit au profit de ses créanciers personnels et leur en transmet le bénéfice par voie de subrogation, a été législativement consacrée par les art. 8 et 20 du décret du 28 février 1852 sur les sociétés de crédit foncier, qui la mentionnent expressément et par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, qui porte : « Dans le cas où les

femmes peuvent céder

- » leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette

- » renonciation doit être faite par acte authentique, et les ces-

- » sionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'ins-

- » cription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la

- » mention de la subrogation en marge de l'inscription préexis-

- » tante. — Les dates des inscriptions ou mentions déterminent

- » l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renon-

- » ciations exercent les droits hypothécaires de la femme ».

A ce texte, la loi du 13 février 1889, intitulée : Loi portant modification de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, a ajouté une disposition ainsi conçue :

- « La renonciation par la femme à son hypothèque légale

- » au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypo-

- » thèque en emporte l'extinction et vaut purge à partir, soit

- » de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation

- » y est contenue, soit de la mention faite en marge de la

- » transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation a été

- » consentie par acte authentique distinct.

- » Dans tous les cas, cette renonciation n'est valable et ne

- » produit les effets ci-dessus que si elle est contenue dans un

- » acte authentique.

- » En l'absence de stipulation expresse, la renonciation par

- » la femme à son hypothèque légale ne pourra résulter de

son

» concours à l'acte d'aliénation que si elle stipule, soit comme

» covenderesse, soit comme garante ou caution de son mari.

» Toutefois, la femme conserve son droit de préférence sur

» le prix, mais sans pouvoir répéter contre l'acquéreur le prix

» ou la partie du prix par lui payé de son consentement et

» sans préjudice du droit des autres créanciers hypothécaires.

» Le concours ou le consentement donné par la femme, soit

» à un acte d'aliénation contenant quittance totale ou partielle

» du prix, soit à l'acte ultérieur de quittance totale ou par-

» tielle, emporte même, à due concurrence, subrogation à

» l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, au profit de l'ac-

» quéreur, vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs

» en rang ; mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux

» tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale

» de la femme sur d'autres immeubles du mari, à moins que

» l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du para-

» graphe 1^{er} du présent article.

» Les dispositions qui précèdent sont applicables à la Gua-

» deloupe, à la Martinique et à la Réunion » 280.

1041. Ces textes ont résolu la plupart des difficultés qu'avait fait naître le silence ou l'obscurité de la législation précédente. Le but principal qu'on s'est proposé paraît avoir été : 1° de régulariser le mode de constatation des cessions de l'hypothèque légale de la femme ou des renonciations à cette hypothèque ; 2° d'organiser un mode de publicité pour porter ces cessions ou renonciations à la connaissance des tiers ; 3° de déterminer l'étendue des droits que ces cessions ou renonciations font naître au profit de ceux qui les ont obtenues.

Nous aurons à rechercher successivement dans quels cas la femme est autorisée à céder son hypothèque légale ou à y renoncer, quelles sont les diverses variantes de la convention par laquelle la femme transmet à un tiers le bénéfice de son hypothèque légale, en quelle forme cette convention doit être faite, comment elle doit être rendue publique et quels en sont les effets.

A. Dans quel cas la femme est autorisée à céder son hypothèque légale ou à y renoncer.

1042. L'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 donne à entendre que la femme ne peut pas toujours céder son hypothèque légale ou y renoncer. La loi dit : « Dans le cas où les femmes

» peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer... » Il y a donc des cas où elles ne le peuvent pas. Quels sont ces cas ? L'article ne les indique pas, et il a été positivement expliqué, lors de la confection de la loi, que l'on entendait ne pas innover sur ce point. C'est donc aux règles du droit commun qu'il faut se référer ; or voici où elles conduisent.

En premier lieu la femme doit être majeure. La subrogation à l'hypothèque légale est un acte grave ; elle peut compromettre pour partie ou même en totalité le recouvrement des reprises ; c'est donc un acte qui excède

la capacité de la femme mineure émancipée par le mariage 281.

Il est à peine utile d'ajouter que la cession ou la renonciation ne sera valable que moyennant l'autorisation du mari ou de la justice, conformément au droit commun 282.

1043. Cela ne suffit pas, il faut en outre que la femme ait, d'après son contrat de mariage, le droit de disposer de sa dot et de l'hypothèque qui en est l'accessoire et la garantie.

Si la dot est aliénable d'après les conventions matrimoniales, la femme peut consentir au profit d'un tiers, avec pleine efficacité, une cession de son hypothèque légale ou une renonciation à cette même hypothèque, en un mot une subrogation dans son hypothèque légale : cette expression, que nous emploierons désormais, comprend à la fois le cas de cession et celui de renonciation. En effet, la femme pourrait, dans cette hypothèse, aliéner valablement sa dot et ses autres créances contre son mari ; elle doit donc pouvoir aussi se dépouiller des garanties qui en assurent à son profit la restitution ou le paiement.

Ainsi la femme mariée sous un régime de communauté, ou séparée de biens 283, pourra subroger un tiers dans son hypothèque légale.

Si au contraire la dot est inaliénable pour le tout ou pour partie, la subrogation que la femme consentira dans son hypothèque légale sera inefficace, en tant qu'elle pourrait compromettre la restitution de la dot ou de la partie de la dot inaliénable, c'est-à-dire que, malgré la subrogation, la femme pourra exercer son hypothèque légale au préjudice du subrogé, mais seulement pour la restitution de la dot ou de la partie de la dot inaliénable, la subrogation demeurant efficace pour le surplus. La raison en est que la femme ne peut pas faire indirectement ce qu'il lui est défendu de faire directement : ne pouvant aliéner directement sa dot inaliénable, la femme ne peut pas l'aliéner indirectement

en se dépouillant de l'hypothèque légale qui en garantit la restitution. La loi, qui interdit à la femme l'aliénation de sa dot, lui interdit implicitement les actes qui peuvent, le cas échéant, équivaloir à une aliénation ; or il en est ainsi de la renonciation à l'hypothèque légale ou de la cession de cette même hypothèque qui peut, en certains cas, de même qu'une aliénation, entraîner la perte de la dot.

1044. Faisons l'application de cette règle. Une femme, mariée sous le régime dotal, consent au profit d'un tiers, qui prête des fonds à son mari, une subrogation dans son hypothèque légale ; cette subrogation est-elle valable ? Cela dépend.

Si les époux ont adopté purement et simplement le régime dotal, sans insérer dans leur contrat aucune clause relative à l'aliénation de la dot, la subrogation dans l'hypothèque légale sera inefficace, en tant que cette hypothèque garantit la restitution de la dot immobilière, inaliénable aux termes de l'art. 1554, et même en tant qu'elle garantit la restitution de la dot mobilière, si l'on admet avec la jurisprudence que la dot mobilière est inaliénable. La femme pourrait donc user de son hypothèque au préjudice du subrogé pour obtenir la restitution de sa dot inaliénable. Pour le surplus, la subrogation produirait ses effets : par exemple, si la femme a des créances paraphernales contre son mari, le subrogé pourra exercer par préférence à elle l'hypothèque attachée à ces créances (²⁸⁴). La séparation de biens, laissant subsister l'inaliénabilité de la dot, ne modifie pas cette règle.

Mais dans les cas exceptionnels où la femme dotale a le droit d'aliéner ou d'hypothéquer son immeuble dotal, notamment lorsqu'il s'agit de l'établissement de ses enfants, elle peut valablement subroger à son hypothèque légale et les tiers ne sont pas responsables de l'emploi des fonds ²⁸⁵.

En est-il de même, lorsque la dot de la femme a été déclarée aliénable par une clause du contrat de mariage ? Le plus grand nombre des auteurs résout cette question par l'affirmative ²⁸⁶. Capable de disposer de ses biens dotaux et de les aliéner, la femme doit avoir également le droit de disposer de son hypothèque légale, qui n'est qu'un accessoire de la dot et la garantie de sa restitution.

La jurisprudence, que MM. Aubry et Rau approuvent dans leur dernière édition, se prononce en sens contraire. Elle part de ce principe que les clauses autorisant l'aliénation de la dot doivent s'interpréter d'une manière restrictive. Elle en conclut que l'autorisation d'aliéner les biens dotaux n'implique pas pouvoir de renoncer à l'hypothèque légale, non plus que de céder les reprises dotales. En effet, l'aliénation des biens dotaux laisse subsister au profit de la femme une action en reprise garantie par l'hypothèque légale ; si elle ne peut ni renoncer à cette action ni subroger à son hypothèque, elle aura la certitude de toucher sa dot sous une autre forme. Au contraire, la faculté de céder son action en reprise et de subroger à son hypothèque compromet la restitution de la dot, va directement à l'encontre du but du régime dotal. C'est pourquoi, d'après la jurisprudence, cette faculté ne résulte pas nécessairement de la clause autorisant l'aliénation des biens dotaux ²⁸⁷. Il faut une stipulation expresse dans le contrat de mariage ²⁸⁸.

1045. La convention, par laquelle la femme commune se réserve la faculté, en cas de renonciation, de reprendre son apport franc et quitte de toute dette, encore qu'elle s'y soit obligée ou qu'elle y ait été personnellement condamnée, n'emporte pas nécessairement soumission au régime dotal ²⁸⁹. Par conséquent, la femme conserve dans ce cas le droit de subroger un tiers à son hypothèque légale.

1046. La femme peut, en adoptant un régime de communauté, stipuler que ses immeubles ne pourront être

aliénés que moyennant remploi. Cette clause, quand elle est opposable aux tiers, n'entraîne pas soumission au régime dotal et n'enlève pas, par suite, à la femme le droit de subroger dans son hypothèque légale, même en tant que cette hypothèque garantit le remploi ou la restitution du prix de ses immeubles aliénés ²⁹⁰.

1047. Remarquons enfin, en terminant, que sous tous les régimes la subrogation sera nécessairement inopérante en ce qui concerne les droits attachés à la personne de la femme, spécialement sa créance pour nourriture et habitation après le décès de son mari et pour ses habits de deuil, ou la pension alimentaire que le mari aurait été condamné à lui fournir.

1048. On décide également que la subrogation ne peut pas être opposée à l'avoué qui, ayant prêté son ministère à la femme dans une instance en séparation de bien ou de corps ou en divorce, aurait fait prononcer la distraction des dépens à son profit. Celui-ci aura toujours le droit d'être colloqué de ce chef au rang de l'hypothèque légale ²⁹¹.

1049. La femme qui a la capacité de subroger à son hypothèque légale peut user de ce droit soit au profit de tiers dont elle n'est pas la débitrice comme les créanciers de son mari, soit au profit des tiers envers lesquels elle s'est obligée conjointement ou solidairement avec son mari.

Elle peut restreindre les effets de la convention au gré de sa volonté, la limiter à quelques-uns des immeubles de son mari, à une partie de ses créances. Les difficultés que soulève l'interprétation de la clause rentrent dans le pouvoir d'interprétation des juges du fond. C'est ainsi que la renonciation tacite au profit du tiers acquéreur d'un immeuble du mari, n'aura d'effet qu'en ce qui concerne cet immeuble (L. 23 mars 1855, art. 9 complété par la loi du 13 février 1889) ²⁹². Mais il ne suffirait pas que l'acte portant subrogation expresse contint en même temps constitution d'une hypothèque conventionnelle sur un immeuble du

mari pour que l'effet de la subrogation fût restreint à cet immeuble. Si elle a été consentie en termes généraux, la subrogation comprend tous les droits et reprises de la femme sur tous les immeubles du mari ²⁹³. C'est seulement dans le cas de subrogation tacite que l'effet de la convention se trouve limité à l'immeuble ou aux immeubles sur lesquels a été établie l'hypothèque conventionnelle.

B. Diverses variantes de la convention par laquelle la femme transmet à un tiers le bénéfice de son hypothèque légale.

1050. La femme peut se dépouiller de son hypothèque légale au profit d'un tiers par voie de cession ou de renonciation. C'est ce qui résulte de ces mots de l'art. 9 précité de la loi du 23 mars 1855 : « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation... »

a. Cession.

1051. Elle peut affecter trois modes différents : cession de l'hypothèque légale détachée de la créance, cession de la créance hypothécaire elle-même, cession du droit de priorité qui appartient à la femme. Si les résultats de ces diverses variantes de la cession diffèrent quelque peu quant à la femme, ils ne diffèrent guère quant au cessionnaire, qui obtient toujours la subrogation dans les droits de la femme.

1052. 1. Cession de l'hypothèque légale détachée de la créance. La femme peut, tout en conservant sa créance contre son mari, céder à un tiers l'hypothèque légale qui en est l'accessoire et la rattacher à la créance de ce tiers ²⁹⁴. Cette cession, qui peut intervenir au profit d'un créancier de la femme, a lieu le plus souvent au profit d'un créancier

du mari et ordinairement d'un créancier chirographaire. Le prêteur aura droit, pour la restitution de ce qu'il a prêté au mari, d'exercer au lieu et place de la femme l'hypothèque légale de celle-ci.

S'il use de cette faculté, le droit hypothécaire de la femme sera diminué d'autant ; par suite, la femme ne pourra plus, dans cette mesure, invoquer son hypothèque avec le bénéfice du rang qui lui appartenait, mais elle pourra prétendre à une hypothèque prenant rang à compter du jour de la subrogation, à raison de l'indemnité dont elle est devenue créancière contre son mari pour le préjudice résultant de la subrogation.

La validité de la cession de l'hypothèque légale détachée de la créance a été contestée ²⁹⁵. La controverse sur ce point n'a pas cessé depuis la loi du 23 mars 1855, bien que les termes de l'art. 9 paraissent autoriser formellement cette cession.

1053. Le caractère de cette opération est difficile à déterminer. Remarquons tout d'abord que cette subrogation n'a de commun que le nom avec celle que le législateur organise dans les art. 1249 s. Cette dernière est consentie ou subie par un créancier qui reçoit son paiement, tandis que celle dont nous nous occupons est consentie par une femme qui transmet son droit hypothécaire à un tiers sans recevoir le paiement de sa créance et seulement en vue de fortifier le crédit de son mari.

D'après M. Gauthier ²⁹⁶, la subrogation à l'hypothèque légale se réduirait, « de la part de la femme, à un consente-
» ment d'antériorité, ou à une renonciation à son droit d'hy-

» pothèque en faveur du créancier avec lequel elle contracte

» et au préjudice duquel elle ne peut plus le faire valoir ».

Cette doctrine nous semble limiter les effets de la convention contrairement à la volonté des parties. Ce n'est pas seulement son rang que la femme a entendu transmettre et que le tiers a voulu acquérir, c'est l'hypothèque elle-même qui a été l'objet de la stipulation. Ce n'est pas seulement une promesse d'abstention qui a été faite ; la femme n'a pas seulement renoncé à exercer son hypothèque au préjudice du créancier avec lequel elle contracte ; ce n'est pas seulement sur les immeubles hypothéqués dans l'obligation à laquelle elle a concouru, comme le décide M. Gauthier, que la femme s'interdit, à moins de manifestation d'une volonté contraire, de faire valoir son hypothèque. La clause a une portée plus large et plus générale. En subrogeant le tiers dans son hypothèque, la femme n'a pas seulement abdiqué ses droits ; elle les lui a transmis, elle l'en a investi non seulement sur l'immeuble hypothéqué par le même acte, mais sur tous les immeubles du mari. Si elle avait eu l'intention qu'on lui prête, elle se serait contentée de consentir une promesse d'abstention ou une cession d'antériorité. Les termes mêmes employés dans la convention manifestent une volonté plus énergique.

1054. M. Bertauld ²⁹⁷ y voit une cession éventuelle de la créance de la femme contre son mari. Ce serait donc la nature du transport qui l'emporterait. Le cessionnaire devrait remplir l'une ou l'autre des formalités de l'art. 1690. A partir de ce moment, il serait saisi de la créance de la femme. Que deviendrait dans ce système la règle de la communauté, d'après laquelle chacun des époux n'est débiteur ou créancier que du solde des récompenses dues à ou par la communauté ? Qu'arriverait-il si remploi était ultérieurement fait du prix d'un immeuble aliéné par la femme avant la cession de son hypothèque ? Ajoutons que le transport est une vente, qu'il n'y a pas de vente sans prix et qu'ici il n'y a pas de prix. Faisons enfin remarquer qu'une pareille interprétation dépasse la volonté des

parties qui n'ont pas entendu transmettre, même éventuellement, la propriété de la créance de la femme.

1055. M. Pont ²⁹⁸ est disposé à y voir « une délégation » faite éventuellement par la femme et résultant de la promesse par laquelle elle s'oblige conditionnellement, en ce

» sens qu'elle s'engage à payer ou au moins à abandonner à

» titre de paiement les droits qu'elle peut avoir contre son

» mari, pour que le créancier auquel elle fait l'abandon

» exerce ces droits à sa place si, à l'échéance, le mari ne

» paie pas lui-même la dette qu'il a souscrite envers ce créan-

» cier ».

Cette doctrine n'est pas pleinement satisfaisante, car toute délégation implique l'existence d'une dette que le délégant charge le délégué d'acquitter pour lui. Or la subrogation à l'hypothèque légale peut être consentie par la femme sans qu'elle s'oblige personnellement. La condition essentielle de la délégation fait alors défaut. Il faut donc que l'opération ait un autre caractère.

1056. La généralité des auteurs considère cette subrogation comme « une sorte de cautionnement réel ou de nantis-

» sement sui generis, qui, sans investir le subrogé de la pro-

» priété soit de la créance du subrogeant, soit de l'hypothèque

» qui la garantit, l'autorise cependant à exercer, dans la me-

» sure de sa propre créance, les droits hypothécaires que

» celui-ci pourrait lui-même faire valoir » ²⁹⁹. Cette théorie

se fonde sur l'intention des parties. La femme a entendu donner une garantie au subrogé, qui a voulu l'acquérir ; à cet effet, les parties ont constitué une sûreté spéciale, elle

ont transformé en un instrument de crédit l'hypothèque qui pesait sur les immeubles du mari. Là s'arrêtent les effets de la convention.

Cette opinion se heurte également à une objection très grave. Le nantissement des choses corporelles ou incorporelles est subordonné à la mise en possession du créancier. Or ici il est impossible de remplir cette condition. La créance de la femme est sujette à diminuer ou à s'accroître pendant le mariage ; elle n'est constatée par aucun titre. Il est dès lors impossible de remplir les conditions prescrites par la loi pour l'efficacité du nantissement.

1057. De ces observations, nous concluons que la subrogation à l'hypothèque légale ne rentre dans aucun des contrats prévus et réglementés par le code. La convention n'en est pas moins valable en vertu de l'art. 1134 ; il est inutile, puisque nous avons brisé les entraves du rigorisme des Romains, d'essayer de la faire rentrer dans le moule d'un des contrats prévus par le code. Elle produira les effets que la volonté des parties y a attachés et que la loi n'a pas proscrits. C'est en se plaçant sur ce terrain que la jurisprudence a déterminé les droits du subrogé. Les parties ont voulu mettre celui-ci à l'abri des dangers auxquels l'expose l'hypothèque légale, elles ont voulu, quand il s'agit d'un créancier de la femme, lui donner une sûreté. Pour atteindre ce but, il faut permettre au subrogé d'exercer cette hypothèque en son nom et dans son intérêt personnel. Il en aura le droit. Les conséquences de cet exercice varieront, suivant que la subrogation aura été consentie au profit d'un créancier du mari ou d'un créancier de la femme ; nous les déterminerons plus tard. Le subrogé se trouve ainsi investi du droit de la femme ; le droit qu'il a acquis, c'est un droit réel immobilier ; il faut appliquer les règles sur la transmission des droits réels immobiliers. La convention est une convention de garantie, comme le nantissement ; mais elle n'est pas un

nantissement sui generis. C'est, si on le veut, un contrat innommé qui doit toute sa puissance à la volonté des parties et produit les effets voulus par elles. A ce point de vue, la subrogation présente quelque chose de conditionnel ; en conférant au subrogé le droit d'exercer son hypothèque légale, si ses intérêts le réclament, la femme se réserve le droit de l'invoquer elle-même à défaut du subrogé et elle réserve tous ses droits contre son mari. Telle est la théorie qui a été consacrée par la jurisprudence ; elle nous paraît répondre mieux que toute autre aux principes de la loi et à la volonté des parties ; elle a pour point de départ la distinction de la créance et de l'hypothèque dont le bénéfice peut devenir la garantie d'un autre créancier ³⁰⁰.

1058. 2. Cession de la créance hypothécaire de la femme contre son mari. Au lieu de céder son hypothèque légale détachée de sa créance, la femme cède à titre de garantie sa créance hypothécaire contre son mari. Le cessionnaire, se trouvant ainsi investi de la créance de la femme et par suite de l'hypothèque légale qui y est attachée, pourra exercer cette hypothèque dans la mesure du droit qu'il a acquis en contractant avec le mari.

Au fond, il n'y a guère qu'une différence de terminologie entre ce mode de cession et le précédent. En réalité, ce n'est pas, quoi qu'on en dise, sa créance hypothécaire que la femme cède, même quand la cession est faite dans les termes qui viennent d'être rapportés, mais seulement l'exercice de son droit hypothécaire, parce que telle est l'intention commune des parties, qu'il faut avant tout rechercher. La preuve en est que, de l'avis de tous, le cessionnaire, s'il est créancier du mari, en exerçant le droit qui lui a été transmis, entamera bien dans une certaine mesure le droit hypothécaire de la femme, mais il ne diminuera pas la créance de celle-ci. La femme conservera sa créance tout entière, malgré l'usage qu'aura fait le

subrogé du droit à lui cédé, seulement elle perdra le bénéfice de l'hypothèque ou tout au moins du rang qui lui appartenait. Ce n'est donc pas sa créance hypothécaire que la femme a cédée : car autrement elle ne pourrait plus exercer cette créance dans la mesure où le cessionnaire a usé du droit qui lui a été transmis.

Cette interprétation doit être préférée, à moins de manifestation de volonté contraire. Car, dans le doute, les renonciations ne se présument pas et comportent l'interprétation la plus étroite (³⁰¹).

Cette distinction présente un intérêt pratique considérable ; car si la cession a pour objet la créance même de la femme, le cessionnaire sera saisi à l'égard des tiers par l'accomplissement des formalités de l'art. 1690, sans avoir à observer la loi de 1855 ³⁰². En outre, il aura peut-être le droit, comme la femme, de se prévaloir de l'art. 1471. Même dans ce cas, si la cession a été consentie au profit d'un créancier du mari, la femme sera réputée n'être que la caution de celui-ci (art. 1431) ; elle aura un recours garanti par l'hypothèque légale à la date de la cession ³⁰³.

1059. 3. Cession du droit de priorité. A la différence des deux autres modes de cession qui peuvent intervenir soit au profit d'un créancier de la femme, soit au profit d'un créancier du mari, celui-ci ne peut intervenir qu'au profit d'un créancier du mari et seulement d'un créancier hypothécaire. Il a pour résultat d'opérer une interversion de rang entre la femme et le créancier hypothécaire au profit duquel la cession est faite.

La légalité de cette convention est à peu près unanimement reconnue ³⁰⁴.

La portée de la convention dépend de la volonté des parties. Elle peut opérer une véritable interversion de rang. Elle peut quelquefois se réduire à une simple promesse d'abstention ³⁰⁵.

b. Renonciation.

1060. Au lieu de céder son hypothèque légale, la femme peut y renoncer en faveur d'un tiers. Ainsi le mari veut emprunter de l'argent sur hypothèque ; pour rassurer le prêteur, la femme pourra renoncer au profit de celui-ci à son hypothèque légale. Ou bien le mari veut vendre un de ses immeubles ; mais l'acquéreur hésite, parce qu'il craint les suites de l'hypothèque légale de la femme ; celle-ci interviendra, et renoncera à son hypothèque au profit de l'acquéreur. La renonciation à l'hypothèque légale peut donc avoir lieu au profit, soit d'un créancier du mari, soit de l'acquéreur d'un immeuble du mari.

1. Renonciation au profit d'un créancier du mari.

1061. La renonciation de la femme à son hypothèque légale au profit d'un créancier du mari peut être expresse ou tacite.

La renonciation tacite ne peut s'induire que d'actes qui la font nécessairement supposer. *Renuntiatio non præsumitur*. Ainsi un mari emprunte de l'argent ; sa femme s'oblige solidairement avec lui envers le prêteur, et donne son consentement à l'acte par lequel le mari lui hypothèque un de ses immeubles pour sûreté du prêt. Il y a renonciation tacite de la femme à son hypothèque légale au profit du prêteur. On ne peut donner une autre explication du concours de la femme à la constitution d'hypothèque faite par le mari : le consentement de la femme n'était pas nécessaire pour la validité de cette constitution ; évidemment elle n'est intervenue que pour rassurer le prêteur, et elle ne peut le rassurer qu'en renonçant à son hypothèque légale ³⁰⁶.

1062. La jurisprudence a même étendu cette solution au cas où la femme ne concourt pas directement à la

constitution d'hypothèque, et se contente de s'obliger conjointement et solidairement avec son mari par l'acte même dans lequel a eu lieu la constitution d'hypothèque ³⁰⁷. Elle voit dans cet acte une renonciation tacite par la femme à son hypothèque légale au profit du créancier du mari. Car par l'obligation contractée solidairement, elle s'engage à ne rien faire de nature à porter atteinte aux droits nés pour le créancier de la convention à laquelle elle a participé. Elle ne peut donc pas, par l'exercice de son hypothèque, frapper d'inefficacité l'hypothèque constituée. *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. La sécurité, qu'elle a promise au créancier, ne peut être obtenue que par une subrogation au bénéfice de l'hypothèque légale. C'est ainsi qu'on a été conduit à voir dans ces circonstances une renonciation tacite à l'hypothèque légale en faveur du créancier ³⁰⁸. Mais il faut que le concours de la femme ne comporte pas d'autre explication ³⁰⁹.

Il importerait assez peu que l'engagement de la femme résultât d'un acte postérieur et distinct de celui qui constate l'obligation contractée par le mari, pourvu qu'elle ait eu connaissance des clauses du contrat auquel elle adhère et dont elle garantit l'exécution, et que son intervention implique une telle intention ³¹⁰.

1063. Mais il en serait autrement, si la femme s'obligeait conjointement et solidairement envers un créancier chirographaire du mari. Il n'est pas certain, dans cette hypothèse, que la femme ait entendu renoncer au profit du prêteur à son hypothèque légale : ce qui équivaut, comme on le verra, à le subroger ; elle a pu vouloir seulement s'obliger envers lui, et, dans le doute, la renonciation ne saurait être admise. *Renuntiatio est strictissimæ interpretationis*. Quel sera donc alors le droit du prêteur contre la femme ? Il pourra la poursuivre sur tous ses biens pour obtenir son paiement ; il pourra même, du chef de la

femme et en vertu de l'art. 1166, exercer l'hypothèque légale de celle-ci, mais non s'en faire attribuer le profit à l'exclusion des autres créanciers de la femme ; il devra subir leur concours (arg. art. 2093). Ce créancier est dans la situation de tous ceux qui ont suivi la foi de leur débiteur. Il est exposé à voir la femme céder son hypothèque légale à un tiers. Après quelques hésitations, la jurisprudence paraît fixée en ce sens. A plus forte raison en est-il de même lorsque la femme s'est bornée à cautionner l'obligation chirographaire de son mari ³¹¹. Si, ultérieurement poursuivie par le créancier, elle était condamnée par justice, le jugement emporterait une hypothèque judiciaire, mais il n'opérerait pas subrogation à l'hypothèque légale. Le consentement de la femme est indispensable pour cette subrogation ³¹².

Cependant le jugement qui validerait une saisie-arrêt pratiquée par un créancier de la femme sur les créances de celle-ci contre son mari, en l'appropriant de ces créances, lui conférerait le droit de se prévaloir de l'hypothèque légale qui en est la garantie ³¹³. Remarquons seulement qu'il ne s'agit pas ici d'une véritable subrogation à l'hypothèque légale. C'est plutôt la créance même de la femme qui se trouve transmise au créancier saisissant.

1064. La jurisprudence a décidé, conformément aux données de la pratique et à l'intention des parties, que la renonciation consentie au profit d'un créancier du mari impliquait une véritable subrogation à l'hypothèque légale. Elle n'est pas seulement abdicative ou désinvestitive ³¹⁴, elle est encore translatrice ou investitive. En d'autres termes, la femme qui renonce à son hypothèque légale au profit d'un prêteur de deniers ne s'interdit pas seulement le droit d'exercer son hypothèque légale au préjudice de ce prêteur, elle lui en transmet le bénéfice dans la mesure de sa créance, elle le subroge. Telle a certainement été la commune intention des parties contractantes.

En effet, la femme n'a pas fait une simple promesse d'abstention ; elle est intervenue pour fournir une garantie au prêteur ; or elle ne lui fournit une garantie efficace qu'à la condition de le subroger. Si les parties ont une volonté contraire, il faut qu'elles l'expriment.

L'art. 9 de la loi du 23 mars 1835 a confirmé cette interprétation en mettant la cession et la renonciation sur la même ligne et en les assimilant l'une à l'autre. On peut dire : la renonciation n'est qu'une cession mal qualifiée ³¹⁵.

1065. Comme la cession, cette renonciation peut être consentie au profit d'un créancier hypothécaire ou d'un créancier chirographaire du mari. Dans le premier cas, elle équivaut à une cession de l'hypothèque ou à une cession d'antériorité, suivant l'intention des parties ; dans le second, à une cession de l'hypothèque. Il importe de faire remarquer ici que la subrogation tacite résultant de l'accession de la femme à l'obligation hypothécaire contractée par le mari n'est en réalité qu'une cession de rang ou d'antériorité sur les immeubles grevés de l'hypothèque du créancier. Limitée quant aux biens, elle ne lui confère aucun droit personnel et direct sur les autres immeubles du mari grevés de l'hypothèque légale. Il ne peut alors les atteindre entre les mains de tiers détenteurs qu'en qualité de créancier de la femme, comme exerçant les droits et actions de sa débitrice ³¹⁶ (art. 1166).

2. Renonciation au profit d'un acquéreur.

1086. Comme la renonciation au profit d'un prêteur de deniers, la renonciation de la femme à son hypothèque au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté, peut être expresse ou tacite.

La renonciation expresse, qui résulte d'une déclaration formelle mais n'est pas subordonnée à l'emploi d'expressions sacramentelles, peut être consentie soit dans

l'acte même d'aliénation, soit dans un acte postérieur. Cette solution, basée sur les principes généraux, est formellement consacrée par le 1^{er} des alinéas ajoutés par la loi du 13 février 1889 à l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855.

1067. La renonciation tacite peut résulter du concours de la femme à l'acte d'aliénation. Ce concours doit s'être produit dans des conditions telles qu'il implique nécessairement la volonté de la femme de renoncer à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur. La question de savoir si le concours de la femme à l'acte d'aliénation présentait ce caractère était, sous l'empire du code civil et de la loi du 23 mars 1855, une pure question de fait, à résoudre, en cas de contestation, par le juge (³¹⁷).

1068. Le législateur de 1889 a pensé sans doute que la meilleure loi est celle qui laisse le moins de place à l'arbitraire du juge. Aussi a-t-il précisé les conditions dans lesquelles le concours de la femme à l'acte d'aliénation entraîne sa renonciation à son hypothèque légale.

Il l'a fait dans l'intérêt de la femme pour prévenir les erreurs dont elle pourrait être la victime ; il l'a fait dans l'intérêt des tiers pour qu'ils puissent s'assurer facilement par eux-mêmes de l'existence ou de l'extinction de l'hypothèque légale. Aussi l'énumération que donne la loi nouvelle doit-elle être considérée comme limitative. En dehors des cas prévus par la loi, le juge ne pourra pas admettre que le concours de la femme emporte renonciation à l'hypothèque légale, alors même qu'il ne concevrait aucun doute sur les intentions de celle-ci ³¹⁸.

Les circonstances auxquelles la loi attache cet effet sont au nombre de trois. Il faut que la femme ait stipulé soit comme covenderesse, soit comme garante ou caution de son mari (al. 3 du texte nouveau, qui devient l'al. 5 de l'art. 9 de la loi de 1855). La femme qui aurait fait toute autre stipulation ne pourrait être considérée comme ayant renoncé tacitement à son hypothèque légale. A plus forte

raison, en serait-il de même de la femme qui se serait bornée à signer l'acte d'aliénation sans rien y stipuler, ou qui se serait contentée d'approuver la vente faite par son mari. Le contraire a souvent été jugé sous l'empire de la législation antérieure, qui protégeait moins énergiquement la femme.

Bien que la loi parle seulement de la femme qui s'est portée covenderesse et que le texte doive être interprété restrictivement, il semble difficile de ne pas refuser le droit d'exercer l'hypothèque légale au préjudice de l'autre partie à la femme qui a figuré comme codonatrice à un acte contenant constitution de dot, ou coéchangiste à un acte d'échange conjointement et solidairement avec son mari. Si elle n'est pas covenderesse, elle est au moins tenue de l'obligation de garantie (art. 1440, 1547, 1706), et cela suffit pour justifier cette solution ³¹⁹. Il en serait de même si elle participait dans les mêmes conditions à un acte par lequel le mari ferait l'apport d'un immeuble dans une société. Elle serait encore garante ³²⁰.

Il semble bien qu'il devrait en être autrement dans le cas où la femme interviendrait à un acte de donation consenti par son mari comme codonatrice sans contracter aucune obligation en qualité de garante ou de caution. Cependant, il ne faut pas oublier que le donateur doit la garantie de ses faits personnels, et la femme qui figure dans l'acte comme codonatrice avec son mari n'a-t-elle pas la volonté de se porter garante de celui-ci ? Ne faut-il pas en conclure que la femme ne peut pas exercer son hypothèque légale au préjudice du donataire qu'elle a déclaré vouloir gratifier conjointement et solidairement avec son mari ?

1069. Même dans ces hypothèses, la femme ne devra pas nécessairement être réputée avoir renoncé à son hypothèque légale. La loi de 1889 n'est pas impérative. Elle décide bien que la renonciation à l'hypothèque légale ne peut résulter du concours de la femme que dans certaines

circonstances, mais elle ne porte pas que la renonciation en résultera fatalement. Elle fixe une limite aux pouvoirs du juge, mais dans ces bornes elle lui laisse sa liberté d'appréciation. Il pourra donc refuser de voir dans la participation de la femme, même dans ces circonstances, une renonciation ³²¹. A plus forte raison, la femme aurait-elle la faculté de réserver expressément son hypothèque légale. La renonciation tacite repose sur une présomption d'intention ; elle n'a plus de place, lorsque la volonté de la partie est expressément manifestée ³²².

1070. En parlant de la renonciation tacite la loi n'a prévu que le cas où elle se produit au moment même de l'aliénation. Faut-il en conclure que, à la différence de la renonciation expresse, elle ne peut pas résulter d'actes ou de faits postérieurs ? On pourrait être tenté de le croire ; mais nous cherchons en vain un fondement rationnel ou juridique à cette différence. Pourquoi la femme qui se porte après coup caution de l'aliénation consentie par le mari ou qui contracte dans les mêmes conditions une obligation de garantie, ne serait-elle pas réputée avoir renoncé à son hypothèque légale ? Elle se trouve bien dans les conditions déterminées par la loi. Les tribunaux sont autorisés à déduire de ces circonstances une renonciation à l'hypothèque légale, pourvu que les formalités prescrites aient été remplies. Le dernier alinéa de l'art. 9 de la loi de 1855 complété par loi du 13 février 1889 corrobore cette interprétation. Il porte que le concours ou le consentement donné par la femme à l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle du prix emporte, à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, au profit de l'acquéreur vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang. Ce texte prévoit un cas de subrogation tacite et, dans sa généralité, il s'applique aussi bien lorsque la femme concourt à la quittance sans avoir préalablement participé à l'acte d'aliénation, que lorsqu'elle a également

figuré à ces deux actes. Il prouve, par conséquent, que la renonciation tacite peut résulter d'un acte distinct de l'acte d'aliénation et postérieur ³²³.

Le consentement de la femme à l'acte portant quittance totale ou partielle du prix peut donc être interprété par les tribunaux comme impliquant, de la part de la femme, une obligation de garantie ou un cautionnement et emportant renonciation à son hypothèque légale. Si la quittance est totale, elle abdiquera ainsi son hypothèque c'est-à-dire le droit de suite et le droit de préférence qui y étaient attachés ; si le paiement n'est que partiel, elle perdra seulement le droit de suite et conservera son droit de préférence sur la fraction du prix qui restera due.

1071. Mais cette renonciation est intimement liée à l'acte d'aliénation, à la vente par exemple, dont elle est l'accessoire. Née par elle ou avec elle, elle serait rétroactivement anéantie, si la vente était résolue. De ce principe, la cour de cassation a fait une application qui est loin de satisfaire l'équité. Elle a décidé que la femme recouvre alors l'exercice de tous ses droits et doit être colloquée sur le prix de l'immeuble par préférence à l'acheteur créancier de la restitution du prix non seulement lorsque la résolution est prononcée contre lui, mais encore lorsqu'elle a été admise à son profit ³²⁴. Il nous est bien difficile d'accueillir cette solution. Le vendeur n'a pas exécuté ses engagements ; l'acheteur fait prononcer la résolution ; elle n'est admise par la justice que sous l'obligation par le vendeur de restituer notamment à l'acheteur le prix payé par celui-ci. Comment la femme peut-elle retirer un profit de cette résolution, sans que l'acheteur ait été complètement désintéressé ? On dit que la vente est résolue, que l'immeuble vendu est censé n'être jamais sorti du patrimoine du mari, que l'hypothèque légale de la femme n'a jamais cessé de le grever, que sa renonciation doit être tenue pour non-avenue. Est-ce bien

exact ? La résolution n'a pas été prononcée purement et simplement par la justice ; elle a été subordonnée à cette obligation, on pourrait peut-être dire à cette condition que les parties seraient remises au même et semblable état qu'avant le contrat. Tant que cette obligation n'est pas remplie, nul ne peut se prévaloir de la résolution et de ses conséquences. Sans doute la vente est résolue en droit, et l'acheteur devenu créancier jouit d'un droit de rétention. Sans doute ce droit de rétention ne peut pas être opposé aux créanciers hypothécaires antérieurs. Mais il faut pour cela que l'hypothèque ne doive pas sa naissance ou mieux sa restauration à la résolution elle-même. Sinon, elle ne peut revivre qu'après l'accomplissement des obligations nées de la résolution et à l'exécution desquelles celle-ci est subordonnée. Peu importe donc que la résolution soit prononcée au profit de l'acheteur ou contre lui ; dans l'une et l'autre hypothèse la solution doit être la même ³²⁵.

1072. En vertu des principes généraux, la renonciation par la femme à son hypothèque légale s'interprète d'une manière restrictive. Faite au profit du tiers acquéreur d'un immeuble propre du mari ou d'un conquêt de communauté, elle n'a pour but que de le mettre à l'abri de tout danger d'éviction de ce chef. Il en résulte d'abord que l'effet de la renonciation doit être limité à l'immeuble, objet de la convention, et d'autre part que, profitant seulement à l'acquéreur, elle ne peut pas être invoquée par les créanciers du mari, et que, en conséquence, elle affranchit seulement l'immeuble de l'éventualité d'une surenchère, au moins dans le cas où il n'existe pas de créanciers hypothécaires postérieurs. Par conséquent, la renonciation a des résultats analogues à ceux qu'engendre la purge ; le droit de suite ne peut plus être exercé ; mais le droit de préférence continue de subsister sur le prix dû par l'acheteur. Cette interprétation fait produire à la clause les effets que les parties avaient en vue ³²⁶. Cette règle a

d'ailleurs été formellement consacrée par la loi du 13 février 1889, qui a complété les dispositions de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1853.

C. En quelles formes doit être faite la cession ou la renonciation.

1073. Remarquons tout d'abord que la validité des subrogations ou renonciations à l'hypothèque légale n'est pas subordonnée à l'accomplissement des formalités édictées par les art. 2144 et 2145 pour la réduction de cette hypothèque. L'opinion contraire a bien été soutenue à l'origine, mais elle est maintenant à peu près abandonnée. Ces deux opérations diffèrent profondément ; et en l'absence d'une disposition prohibitive de la loi, il faut reconnaître à la femme la faculté de disposer de son hypothèque comme de tous les autres biens faisant partie de son patrimoine, sans avoir besoin de remplir des formalités prescrites seulement pour une autre hypothèse ³²⁷. Il en est ainsi non seulement lorsque la subrogation a lieu au profit d'un créancier du mari, mais encore lorsqu'elle se présente sous la forme d'une renonciation au profit d'un tiers acquéreur et qu'elle intervient soit au moment de l'aliénation soit par un acte postérieur, soit sous la forme d'une ratification de la vente émanée du mari ³²⁸ soit sous la forme d'une mainlevée donnée par la femme ³²⁹. Ces solutions ne nous paraissent plus pouvoir être contestées depuis les lois du 23 mars 1855 et du 13 février 1889.

Cependant si l'opération avait eu lieu non pas en faveur d'un tiers mais uniquement en faveur du mari seul, si elle avait pour seul but de réduire au profit de ce dernier l'hypothèque légale, elle devrait être annulée pour inobservation des formalités prescrites par les art. 2144 et 2145 ³³⁰.

Il nous faut donc étudier les formalités à l'observation desquelles sont subordonnées la validité et l'efficacité de la subrogation ou de la renonciation à l'hypothèque légale. Pour plus de clarté nous distinguerons suivant que ces conventions interviennent en faveur d'un créancier ou au profit d'un acquéreur.

1. Subrogation, cession ou renonciation en faveur d'un créancier.

1074. Comme nous l'avons dit, le code n'assujettissait la validité et l'efficacité de ces cessions ou renonciations à aucune condition de forme ou de publicité. On suivait les règles de droit commun en matière de transmission de droits réels. Ces conventions pouvaient être constatées par acte sous seing privé. L'ordre de préférence entre les subrogés successifs se déterminait par la date des subrogations ³³¹.

Cette jurisprudence, qui a continué de régir les subrogations antérieures au 1^{er} janvier 1856 ³³², présentait les plus graves inconvénients. Elle exposait la femme à perdre ses droits en vertu d'un acte dont souvent elle ne comprenait pas toute la gravité. Elle ne fournissait pas aux tiers le moyen de traiter en pleine sécurité et en parfaite connaissance de cause.

L'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 a prévenu le premier de ces dangers en exigeant que la subrogation à l'hypothèque légale fût constatée par un acte authentique.

1075. La nécessité d'un acte authentique ne s'explique pas seulement par l'intérêt des tiers, comme on l'a prétendu ³³³, mais encore par la volonté du législateur de protéger la femme contre sa propre faiblesse. Sans doute, comme l'a dit M. Suin dans l'exposé des motifs, « l'acte de subrogation doit être

» authentique, puisqu'il doit servir de première base à une

» inscription qui ne peut se fonder que sur un acte solennel ». Mais la généralité des termes de l'art. 9, qui ne parle des tiers qu'à propos de la publicité, nous prouve que l'exigence absolue d'un acte authentique se justifie par d'autres considérations, et celles-ci ne peuvent être tirées que de l'intérêt de la femme. En effet il est à craindre que le mari n'abuse de l'inexpérience de celle-ci, de la confiance qu'il lui inspire, de l'autorité dont il est investi, pour lui faire signer des actes qu'elle ne lit pas peut-être, qu'elle ne comprend pas toujours. La présence d'un officier public est une garantie contre la violence ; elle donne la certitude que l'acte sera lu aux parties avant la signature ; enfin elle place auprès de la femme un conseil désintéressé, dont les avis l'éclaireront ³³⁴.

C'est pourquoi, nous appliquerons ici la même règle que pour les constitutions d'hypothèques conventionnelles. Si la femme se fait représenter par un mandataire, celui-ci devra être porteur d'une procuration authentique ³³⁵.

1076. Pour le même motif, nous déciderons que cette condition doit être remplie dans tous les cas, sous quelque forme que se présente la subrogation à l'hypothèque légale, cession ou renonciation, cession de l'hypothèque légale, cession d'antériorité, renonciation expresse ou tacite au profit d'un créancier du mari. La loi est générale ; elle n'autorise aucune distinction ; le danger est le même ; les précautions doivent être identiques.

La rédaction d'un acte authentique serait indispensable dans le cas où la femme aurait déclaré céder ses droits et reprises. Les formes de l'art. 1690 ne suffiraient pas. Nous ne saurions nous contenter d'un acte sous seing privé accompagné d'une notification extra-judiciaire ou d'une acceptation par acte authentique. L'observation de cet article donnerait satisfaction à la loi, s'il s'agissait d'une véritable cession-transport. Mais, nous l'avons déjà vu ³³⁶, ce n'est pas en réalité sa créance hypothécaire que la

femme a l'intention de transmettre au cessionnaire. C'est une garantie qu'elle entend lui procurer ; la convention n'est en réalité, quoique sous une apparence différente, qu'une subrogation à l'hypothèque légale. Il est donc logique de la soumettre à l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855. Autrement il serait trop facile d'éluder ces dispositions protectrices ³³⁷.

1077. En serait-il de même si l'acte présentait tous les caractères d'une véritable cession de créance et si l'intention des parties était bien d'opérer un transport ? Il est difficile de lui donner cette interprétation s'il intervient pendant la durée du mariage, parce que la convention a seulement pour but de mettre le cessionnaire à l'abri de l'exercice de l'hypothèque légale et parce que l'intention des parties n'a pas été de transmettre une créance, dont il est impossible d'apprécier actuellement les éléments. Cependant la question peut se présenter, au moins dans le cas où la femme, après avoir renoncé à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari, veut disposer en faveur d'un tiers du droit de préférence qui a survécu à l'extinction du droit de suite. Nous retrouverons cette difficulté en commentant la loi du 13 février 1889. Pour le moment, nous nous plaçons après la dissolution du mariage. La créance des reprises se trouve fixée dans ses éléments ; elle n'attend plus que la liquidation, qui en déterminera le montant. La femme ou ses héritiers ont incontestablement le droit d'en disposer ; la cession, qui en serait consentie, transmettra en même temps au cessionnaire tous les accessoires qui en dépendent (art. 1692) et au nombre desquels figure l'hypothèque légale. Nous inclinons à penser que cette convention, si elle présente bien les caractères d'une cession, si notamment elle a été consentie moyennant un prix, sera régie par les règles du code civil, qu'elle pourra donc être constatée par

un acte sous seing privé et que le cessionnaire sera saisi à l'égard des tiers par les formalités de l'art. 1690.

1078. Mais il peut arriver que, même après la dissolution du mariage, la femme ou ses héritiers subrogent un tiers dans l'effet de l'hypothèque légale. La convention sera peut-être assez rare d'abord parce que, comme nous venons de le voir, les parties auront la faculté de recourir à une cession de créance régie par les principes du droit commun, ensuite parce que la femme ou ses héritiers peuvent renoncer purement et simplement à l'hypothèque légale. L'intérêt que présentait la subrogation n'existe donc plus dans les mêmes conditions. Cependant il peut se faire que la femme ou ses héritiers aient recours à ce procédé pour offrir simplement une garantie à un créancier. A quelles formalités sera soumise cette convention ? Il semble bien qu'elle s'analyse en une cession d'hypothèque. Mais alors c'est une cession d'hypothèque légale de femme mariée ; ne doit-elle pas être soumise aux formalités de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 ? La cour de

Toulouse, saisie de la question, s'est prononcée pour l'affirmative ³³⁸. En faveur de cette solution, on invoque la généralité de l'art. 9 de la loi de 1855, qui s'applique, dit-on, à toute subrogation à l'hypothèque légale d'une femme mariée, aussi bien à celle qui est consentie après la dissolution du mariage qu'à celle qui intervient pendant sa durée. On soutient que l'efficacité de cette subrogation est subordonnée à la condition de publicité ; on en conclut que la rédaction d'un acte authentique est nécessaire, sinon pour la validité de la convention inter partes, du moins pour servir de base à l'inscription ou à la mention destinée à rendre la subrogation opposable aux tiers ³³⁹.

1079. Cette argumentation nous laisse bien des doutes. Nous observons tout d'abord que si l'art. 9 de la loi de 1855 doit recevoir son application, la rédaction d'un acte authentique sera indispensable même inter partes ³⁴⁰, et il

est bien difficile d'admettre une application atténuée et limitée de l'art. 9. Mais allons plus loin et exposons les motifs de nos hésitations. La convention dont nous parlons peut se produire pour l'hypothèque légale du mineur comme pour l'hypothèque légale de la femme mariée. Le mineur devenu majeur, ou les héritiers du mineur peuvent céder aussi l'hypothèque légale qui leur appartient. Or cette cession ne serait subordonnée à aucune condition de forme et on ne voit pas pourquoi il en serait autrement après la dissolution du mariage pour la femme ou ses héritiers. Il est donc probable que le législateur a seulement réglementé les subrogations consenties pendant le mariage ; autrement il aurait édicté une disposition générale applicable à l'hypothèque légale du mineur comme à celle de la femme mariée. Le texte corrobore cette observation. Car il parle du cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, laissant ainsi entendre qu'il existe des cas où elles ne le peuvent pas. Or après la dissolution du mariage, elles le peuvent toujours, elles le peuvent au profit de leur mari ou de ses héritiers aussi bien qu'au profit des tiers, et à moins d'appliquer l'art. 9 à la renonciation dont parle l'art. 2180, à la renonciation purement extinctive, il faut reconnaître que ce texte est étranger à notre hypothèse. Il existe sans doute entre les deux cas une différence, la renonciation de l'art. 2180 est, comme nous venons de le dire, purement extinctive. Ici au contraire la convention est translatrice. Mais, si elle transfère une hypothèque, elle n'émane pas d'une femme actuellement mariée et dès lors c'est le droit commun qui doit recevoir son application. Telles sont les raisons qui nous font douter de l'exactitude de la solution de l'arrêt de la cour de Toulouse.

1080. Si l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 exige un acte authentique, il n'ordonne pas, comme le fait l'art. 2127 pour l'hypothèque conventionnelle, que cet acte soit passé devant notaires. Par conséquent la subrogation à

l'hypothèque légale peut être régulièrement constatée non seulement par un acte notarié, mais encore par tout acte dressé conformément aux dispositions de l'art. 1317. Elle pourrait résulter d'un jugement constatant que la femme a consenti devant le juge ou du procès-verbal d'une réunion de créanciers dressé par le juge commissaire d'une faillite.

1081. La sanction de la loi consiste dans la nullité de la subrogation ou de la renonciation à l'hypothèque légale. L'art. 9 ne la prononce pas expressément ; mais elle résulte virtuellement de la formule impérative de la loi de 1855. Cette argumentation trouve un appui dans la manière dont les auteurs de la loi de 1855 ont envisagé la subrogation à l'hypothèque légale. Ils en ont fait un acte solennel, comme le dit la cour de cassation ³⁴¹ ; l'inobservation des formalités prescrites par la loi en entraîne la nullité ou même l'inexistence, si on admet la distinction des actes nuls et des actes inexistantes. Du reste, cette interprétation est confirmée par la loi du 13 février 1889. Elle dit positivement que la renonciation « n'est valable que si elle est contenue dans un acte authentique ». S'il en est ainsi de la renonciation faite au profit d'un tiers acquéreur, il doit, par identité de motifs, en être de même de la renonciation expresse ou tacite en faveur d'un créancier et, d'une manière générale, de la subrogation à l'hypothèque légale.

1082. Par qui peut être invoquée la nullité résultant du défaut d'authenticité de la cession ou renonciation ?

Certainement elle peut l'être par les autres créanciers, auxquels la subrogation préjudicie et qui ont intérêt à la faire écarter. En conséquence les subrogés postérieurs, et même les créanciers chirographaires de la femme auront le droit de s'en prévaloir ³⁴².

Mais peut-elle être aussi proposée par la femme ? Si la rédaction d'un acte authentique avait été imposée exclusivement dans l'intérêt des tiers, il faudrait refuser ce

droit à la femme. C'est effectivement la théorie qu'enseignent les auteurs qui ont présenté cette thèse ³⁴³. Mais nous avons admis que l'art. 9 de la loi de 1855 avait été édicté aussi, peut-être même principalement, dans l'intérêt de la femme, et il n'est pas douteux que la prescription identique de la loi du 13 février 1889 a pour but de sauvegarder les intérêts de celle-ci. Or, il n'y a pas de motifs pour distinguer entre la renonciation au profit d'un tiers acquéreur et la subrogation à l'hypothèque légale ; nous sommes logiquement conduits à la solution contraire. On objecte cependant qu'il n'y a pas d'action sans intérêt et que la femme n'a pas intérêt à la nullité ou tout au moins qu'on doit lui refuser le droit de l'invoquer lorsqu'elle n'y a pas intérêt. L'objection n'est pas toujours fondée. En consentant la subrogation à son hypothèque, la femme a pu ne pas s'obliger personnellement. Dans ce cas, son intérêt est manifeste ; elle ne peut pas être poursuivie par action personnelle et par la nullité de la subrogation elle recouvrera l'exercice exclusif de son hypothèque. Lorsqu'elle s'est obligée personnellement par le contrat, son intérêt est moins évident ; il n'est pas moins certain. Si le subrogé ne peut plus, la nullité prononcée, demander à être colloqué en son nom personnel, il aura toujours le droit de réclamer sa part du bénéfice de la collocation attribuée à la femme ; jusqu'à concurrence de la créance, la femme ne retirera aucun avantage de l'annulation de la subrogation ; à défaut d'intérêt, elle ne doit pas pouvoir la demander. L'objection paraît pressante ; la réponse est facile ; la femme a intérêt à l'annulation de la subrogation pour se ménager un instrument de crédit et se procurer, au moyen de cette garantie qu'elle offrira à d'autres, les fonds dont elle peut avoir besoin ³⁴⁴.

2. Renonciation à l'hypothèque légale au profit d'un acquéreur.

1083. La règle que nous venons d'exposer s'applique-t-elle à la renonciation à l'hypothèque légale consentie en faveur de l'acquéreur d'un immeuble du mari ou d'un immeuble de la communauté ? Avant la loi du 23 mars 1855, aucun texte n'exigeait l'authenticité, et la renonciation expresse ou tacite au profit d'un acquéreur pouvait être constatée par un acte sous seing privé. Mais en modifiant cet état de choses, la loi de 1855 n'a-t-elle pas soumis à l'authenticité la renonciation qui intervient au profit d'un acquéreur aussi bien que celle qui est consentie en faveur d'un créancier ? La question était vivement controversée.

Les uns prétendaient que les auteurs de la loi de 1855 n'avaient en vue que les renonciations consenties en faveur d'un créancier, les actes que la pratique avait qualifiés de subrogations à l'hypothèque légale, qu'en conséquence les renonciations au profit d'un tiers acquéreur restaient régies par les principes généraux et échappaient aux prescriptions de l'art. 9, tant au point de vue de la nécessité d'un acte authentique qu'au point de vue de la publicité ³⁴⁵.

D'autres faisaient remarquer que la renonciation en faveur de l'acquéreur n'a pas toujours un caractère purement extinctif, qu'elle est souvent translatrice et qu'il en est ainsi lorsqu'il existe sur l'immeuble d'autres hypothèques postérieures à celle de la femme et que, dans ce cas au moins, la loi de 1855 devait recevoir son application. Enfin on invoquait la généralité des termes de l'art. 9, qui ne distingue pas entre la renonciation au profit de l'acquéreur et la renonciation au profit d'un créancier ; on observait que, dans l'un et dans l'autre cas, l'hypothèque légale est également perdue pour la femme et qu'il est également nécessaire de la protéger. On décidait, en conséquence, que la renonciation ne pouvait résulter que d'un acte authentique ³⁴⁶.

1084. Il nous paraît inutile d'insister sur cette controverse, qui n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt historique. La question a été tranchée dans le sens de la dernière opinion par la loi du 13 février 1889. « Dans tous les cas » [par conséquent même lorsque la renonciation résulte du concours de la femme à l'acte d'aliénation], « cette renonciation n'est valable et ne

» produit les effets ci-dessus que si elle est contenue dans un

» acte authentique » (al. 2 du nouveau texte).

Cette disposition a été vivement critiquée au sénat par M. Léon Clément, qui a fait remarquer qu'il se fait annuellement en France 800,000 ventes d'immeubles de 200 fr. et au-dessous, et que l'obligation de passer des ventes aussi minimales par acte notarié, pour obtenir la renonciation de la femme du vendeur à son hypothèque légale, grèverait l'acquisition d'une charge fort lourde, les frais d'un acte notarié ne pouvant pas être au-dessous de 20, 30 ou 40 francs. M. Léon Clément ajoutait qu'on ne fait pas de difficulté pour considérer un créancier hypothécaire ordinaire comme ayant valablement renoncé à son hypothèque, lorsqu'il a concouru à l'acte de vente sous seing privé passé par le débiteur, et qu'on ne voit pas pourquoi il en serait autrement de l'hypothèque légale de la femme. On a répondu, d'abord que l'authenticité est une mesure de protection pour la femme (le notaire sera là pour l'avertir des conséquences du consentement qu'elle donne à la vente), ensuite qu'il importait de mettre de l'harmonie dans la loi. Comprendrait-on que la renonciation de la femme à son hypothèque légale pût être valablement constatée par acte sous seing privé, lorsqu'elle est contenue dans l'acte même d'aliénation, alors qu'elle doit nécessairement être faite par acte authentique, quand elle a lieu postérieurement ?

1085. Comme l'art. 9 de la loi de 1855 ³⁴⁷, la loi du 13 février 1889 parle d'un acte authentique, elle n'exige pas un acte notarié ³⁴⁸. Si les parties ont recours à un acte notarié elles devront en principe le faire recevoir en minute ; mais nous serions portés à admettre que, comme l'acte constitutif d'une hypothèque conventionnelle, il pourra être dressé en brevet ³⁴⁹. Il en serait de même de la procuration donnée par la femme à un tiers à l'effet de renoncer à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur. Elle devrait être constatée par un acte notarié, mais cet acte pourrait être reçu en brevet.

1086. La renonciation de la femme a-t-elle besoin d'être acceptée par le tiers acquéreur ? La jurisprudence a consacré à diverses reprises la négative. Elle considère que cette renonciation, étant purement abdicative, est un acte unilatéral et qu'elle est parfaite par le seul consentement de la femme (³⁵⁰). Nous hésitons beaucoup à accepter cette théorie. La renonciation de la femme n'est pas une renonciation pure et simple ; autrement elle se rapprocherait singulièrement de la restriction de l'hypothèque légale, se confondrait peut-être même avec elle. Or la femme ne peut pas consentir une semblable convention sans observer les formalités des art. 2144 et 2145. Si la renonciation au profit de l'acquéreur échappe à l'empire de ces dispositions, c'est parce qu'elle intervient dans l'intérêt d'une personne déterminée. Elle présente ainsi tous les caractères d'un contrat ou d'une convention et ne peut recevoir sa perfection que du concours des volontés. Il est dès lors nécessaire que la renonciation de la femme soit acceptée par le tiers acquéreur ³⁵¹ ; mais cette acceptation est régie par les principes du droit commun ; elle peut être expresse ou tacite ; il n'est pas nécessaire qu'elle soit constatée par un acte authentique. L'art. 9 de la loi de 1855 a été édicté dans l'intérêt de la femme et non dans l'intérêt du tiers acquéreur. Indispensable pour la

validité de la renonciation, l'acte authentique n'est pas exigé pour la validité de son acceptation.

1087. La sanction des prescriptions de la loi du 13 fév. 1889, comme celle de l'art. 9 de la loi de 1855, consiste dans la nullité de la renonciation qui ne serait pas constatée par ou ne résulterait pas d'un acte authentique. Le doute n'est pas ici possible. L'authenticité est une condition requise pour la validité de la renonciation : cette nullité peut être invoquée par la femme aussi bien que par les tiers. Il est certain que cette formalité est une mesure de protection prise dans l'intérêt de la femme. Les travaux préparatoires indiquent très clairement la pensée du législateur à cet égard ³⁵².

Est-ce à dire que la femme aura toujours intérêt à se prévaloir de cette nullité ? Oui, s'il s'agit d'une renonciation expresse et si elle s'est contentée de renoncer à son hypothèque sans contracter aucun engagement personnel. Mais ordinairement il en sera autrement, elle n'aura pas seulement renoncé à son hypothèque légale ; elle aura figuré à l'acte comme covenderesse, garante ou caution de son mari. Le défaut d'authenticité frappe bien la renonciation d'inefficacité ; mais il est sans influence sur l'obligation personnelle de la femme ; si elle veut agir contre le tiers détenteur de l'immeuble aliéné par le mari, elle pourra bien se prévaloir de la nullité de sa renonciation ; mais elle se verra opposer l'exception de garantie et sa poursuite sera paralysée par la règle : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Elle n'aura donc aucun intérêt à opposer la nullité de la renonciation. Il en sera autrement pour les tiers qu'elle aurait subrogés dans son hypothèque légale ; la nullité de la renonciation leur procurera le moyen d'agir contre le tiers acquéreur sans avoir à redouter aucune exception ³⁵³.

1088. Une situation analogue peut se présenter lorsque le mari a aliéné un immeuble de communauté et que la

femme demeurée étrangère à cette aliénation accepte ultérieurement la communauté. Un auteur enseigne que l'acceptation de la femme, à moins qu'elle ne se produise par un acte authentique (ce qui sera bien rare), n'entraînera pas renonciation à son hypothèque légale sur les conquêts aliénés par le mari ³⁵⁴. Cependant on pourrait soutenir, avec quelque apparence de raison, que la loi de 1889 est étrangère à ce cas, prévoit exclusivement la renonciation directe et principale, ne régit pas celle qui serait la conséquence d'un acte tout différent, telle que l'acceptation de la communauté, est restreinte à la renonciation intervenue pendant le mariage et laisse sous l'empire des principes généraux les actes accomplis après la dissolution de l'union conjugale. On pourrait aussi prétendre que la femme acceptante est, en cette qualité, tenue de l'obligation de garantie qui avait pris naissance à la charge de la communauté et qu'à raison de l'indivisibilité de l'exception de garantie, sa poursuite se trouve paralysée par la règle : Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio. Mais ce sont là des questions étrangères à notre sujet. Nous ne pouvons les traiter ici ³⁵⁵.

1089. La nullité, dont se trouve infectée la renonciation consentie par un acte sous seing privé ou par un acte authentique nul comme tel, peut-elle se couvrir par une ratification ? Nous rencontrerons une difficulté identique en ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle. C'est alors que nous aurons l'occasion de l'exposer.

Il nous suffira de remarquer que la ratification équivaut alors à une renonciation faite par un acte postérieur, qu'elle ne peut résulter que d'un acte authentique et qu'elle ne devient opposable aux tiers qu'à partir de l'accomplissement des formalités de publicité sur lesquelles nous allons nous expliquer. On pourrait peut-être dire que la renonciation est, en vertu de la loi, un acte solennel et qu'elle est régie par le principe consacré en matière de

donation par l'art. 1339. Nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale.

Le moyen le plus simple d'opérer une semblable ratification est de déposer la renonciation constatée par un acte sous seing privé au rang des minutes d'un notaire. Elle se trouverait validée, de la même manière, et pour le même motif que l'hypothèque conventionnelle constituée par un acte sous seing privé.

Mais il faudrait alors que le dépôt fût effectué par la femme ou par l'acquéreur agissant en vertu d'une procuration authentique à lui donnée à cet effet par la femme. Effectué par l'acquéreur seul, il ne suffirait évidemment pas pour donner, comme le veut la loi, la preuve authentique du consentement de la femme. Mais nous n'irions pas jusqu'à exiger, comme quelques auteurs ³⁵⁶, que la femme renouvelle sa renonciation par l'acte du dépôt ; le fait seul du dépôt, effectué par la femme ou en son nom en vertu d'une procuration notariée, suffit pour imprimer l'authenticité à sa renonciation.

D. De la publicité des cessions ou des renonciations.

1090. Avant la loi du 23 mars 1855, la cession faite par une femme mariée de son hypothèque légale, ou sa renonciation à cette même hypothèque, était opposable aux tiers indépendamment de toute condition de publicité ³⁵⁷. L'hypothèque légale de la femme constituant un droit occulte, on avait pensé qu'il devait en être de même de la subrogation dans cette hypothèque. De là il résultait que, lorsque la femme avait consenti plusieurs subrogations successives dans son hypothèque légale, l'ordre de préférence entre les divers subrogés se réglait par les dates des différentes subrogations, indépendamment de toute condition de publicité. La femme pouvait ainsi facilement tromper un créancier qu'elle subrogeait dans

son hypothèque légale, en lui dissimulant l'existence d'une subrogation antérieure, qui épuisait son droit hypothécaire et que ce créancier n'avait aucun moyen de découvrir. Cet état de choses a cessé d'exister. Aujourd'hui en effet la cession de l'hypothèque légale de la femme mariée, ou sa renonciation à cette même hypothèque, ne devient efficace à l'égard des tiers qu'autant qu'elle a été rendue publique dans les formes prescrites par la loi du 23 mars 1855.

1091. Rappelons que cette loi ne régit pas les subrogations ayant acquis date certaine avant le 1^{er} janvier 1856. Le législateur aurait pu, sans porter atteinte au principe de la non rétroactivité des lois, en décider autrement et accorder aux subrogés antérieurs un délai pour effectuer l'inscription ou la mention ordonnée par l'art. 9. Il ne l'a pas fait. La situation respective des subrogés antérieurs est donc déterminée par la date de leurs subrogations. Il n'y a pas lieu de tenir compte des inscriptions ou des mentions qu'ils auraient pu opérer (art. 11 al. 1 et 2) ³⁵⁸.

Ces subrogés jouissent donc, dans les mêmes conditions que la femme, du bénéfice de la dispense d'inscription. Mais le 5^e al. de l'art. 11 a modifié la situation de la femme en lui imposant, si le mariage était alors dissous, l'obligation de faire inscrire l'hypothèque légale dans l'année à partir du jour où la loi nouvelle est devenue exécutoire. Les subrogés à l'hypothèque légale avant cette date sont-ils soumis à cette règle ? Quoique contestée, l'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Leur condition ne saurait être meilleure que celle de la femme, dont ils exercent les droits. Or celle-ci est obligée de faire inscrire son hypothèque. Donc il en est de même pour les subrogés, s'ils veulent être admis à exercer cette hypothèque. Ils ne sont pas tenus de publier leur subrogation, mais ils sont obligés, pour la conserver, de faire inscrire l'hypothèque de la femme dans tous les cas où celle-ci est obligée de le faire et en observant les mêmes formalités ³⁵⁹. Cette inscription conservera l'hypothèque de la femme et les subrogés étant antérieurs au 1^{er} janvier 1856 viendront exercer leurs droits dans l'ordre de leurs subrogations ³⁶⁰.

1. Subrogation, cession, renonciation au profit d'un créancier.

1092. Les formes de cette publicité varient, suivant que l'hypothèque légale de la femme est ou n'est pas inscrite.

Si l'hypothèque légale n'est pas inscrite, le subrogé doit en requérir directement l'inscription à son profit (art. 9 de la loi de 1855) ; par conséquent le bordereau d'inscription doit indiquer la subrogation dont l'hypothèque légale a été l'objet, et contenir toutes les énonciations prescrites par l'art. 2153 pour l'inscription des hypothèques légales en général. Disons seulement que l'indication de l'espèce et de la situation des biens grevés n'est pas requise par la loi quand la subrogation est générale et frappe, comme l'hypothèque elle-même, tous les immeubles du mari. Il a même été décidé que l'indication de quelques-uns des immeubles appartenant au mari n'est pas de nature à restreindre le droit du créancier, si la subrogation est générale et si la spécialisation faite dans l'inscription n'a pas d'ailleurs le caractère limitatif ³⁶¹.

Il en serait, bien entendu, autrement si la subrogation était limitée à certains immeubles déterminés. Ils devraient être spécialement indiqués dans l'inscription ³⁶².

On soutient aussi que la créance de la femme a toujours vis-à-vis du subrogé un caractère indéterminé et que par suite celui-ci n'est jamais tenu d'en indiquer le montant dans l'inscription. A ce point de vue sa situation différerait de celle de la femme ³⁶³.

Cette inscription doit être prise, aux termes de l'art. 9, au profit du subrogé et non au profit de la femme.

1093. Si la convention renferme à la fois constitution d'une hypothèque conventionnelle consentie par le mari sur un de ses immeubles ou sur un conquêt de la communauté et subrogation à l'hypothèque légale de la femme, celle-ci n'étant pas inscrite, le créancier bénéficiaire de cette stipulation devra requérir une double inscription : 1° inscription de l'hypothèque conventionnelle ; 2° inscription de l'hypothèque légale. Une

simple mention de la subrogation dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle ne répondrait pas aux exigences de la loi. Elle ne comprendrait pas en effet les indications exigées pour la publicité de l'hypothèque légale et ne suffirait pas pour avertir les tiers. Il n'y a qu'un cas où le législateur se contente d'une simple mention de la subrogation : c'est lorsque l'hypothèque légale a déjà été inscrite. Ici elle ne l'a pas été. Il faut donc en requérir l'inscription ³⁶⁴. Mais rien ne s'opposerait à ce que cette double réquisition fût faite cumulativement par un seul et même bordereau, pourvu qu'on y rencontrât les énonciations prescrites par la loi pour la validité de l'une et de l'autre inscription. Il ne nous est pas permis d'ajouter aux prescriptions de loi ; elle n'exige pas que l'inscription de l'hypothèque légale soit prise d'une manière distincte et isolée ³⁶⁵.

1094. Si l'hypothèque légale a déjà été inscrite au profit de la femme, le subrogé a un double moyen de satisfaire à la loi. Il peut soit requérir une inscription de l'hypothèque légale à son profit, comme dans l'hypothèse précédente ³⁶⁶, soit se contenter de faire mentionner la subrogation en marge de l'inscription préexistante.

La mention se réfère à l'inscription en marge de laquelle elle est faite ; il est donc inutile qu'elle renferme les énonciations exigées pour la validité de l'inscription ; mais il est indispensable qu'elle fournisse toutes les indications nécessaires pour faire connaître aux tiers la subrogation : nom, prénoms et domicile du créancier subrogé, élection de domicile dans l'arrondissement, date et nature de l'acte de subrogation, montant de la créance pour garantie de laquelle la subrogation a été consentie.

Cette mention en marge est ainsi l'accessoire de l'inscription à laquelle elle se réfère. Elle en suit le sort. Elle ne peut être valable que si l'inscription elle-même est régulière ; elle cessera de produire ses effets si l'inscription

est frappée de péremption. La mention n'est pas une inscription nouvelle ;. elle ne saurait équivaloir au renouvellement de l'inscription antérieure ³⁶⁷.

Enfin cette mention est elle-même sujette à péremption et doit être renouvelée avant l'expiration du délai de dix ans ³⁶⁸.

1095. L'acte dont l'efficacité est subordonnée par la loi à l'une ou à l'autre de ces formalités de publicité, c'est l'acte par lequel la femme subroge un de ses créanciers personnels ou un créancier de son mari dans son hypothèque légale revêtue de tous ses attributs. Mais il peut arriver que cette hypothèque ait été dépouillée de quelques-uns de ses avantages. Par exemple, un immeuble du mari a été exproprié ; le jugement d'adjudication a été transcrit. La transcription de ce jugement purge l'immeuble de toutes les hypothèques qui le grèvent ; sont-elles inscrites, le droit du créancier hypothécaire est transporté de la chose sur le prix ; il devient un droit de créance contre l'adjudicataire : les hypothèques n'ont-elles pas été inscrites, elles ne peuvent plus l'être ; le créancier hypothécaire est déchu de tous ses droits ; cependant le créancier à hypothèque légale dispensée d'inscription n'a définitivement perdu que son droit de suite ; il conserve son droit de préférence sous la condition de le faire valoir dans les délais indiqués par l'art. 717 Pr. civ.

Dans ces conditions, la femme cède à un tiers la collocation à laquelle elle peut avoir droit en vertu de son hypothèque légale, qu'elle a fait inscrire avant l'adjudication ou la transcription du jugement. Cette cession est acceptée par l'adjudicataire. Plus tard elle subroge des tiers dans l'effet de son hypothèque légale ; ceux-ci font mentionner la. subrogation en marge de l'inscription de l'hypothèque légale. Ces derniers seront-ils préférés au premier cessionnaire qui s'est conformé à l'art.

1690, mais qui n'a pas rempli les formalités de l'art. 9 de la loi de 1855 ?

Nous croyons qu'il faut répondre négativement. La cession n'a plus pour objet l'hypothèque légale ; le contrat transfère au cessionnaire une créance contre l'adjudicataire et non un droit réel sur l'immeuble. Le cessionnaire a été saisi en vertu de l'art. 1690 ; il conserve le bénéfice de la convention. Nous sommes en dehors des prévisions de la loi de 1855. La femme n'avait plus de droits sur l'immeuble ; le subrogé n'a pas pu en acquérir ; la mention de la subrogation se trouve destituée de toute efficacité à cet égard ³⁶⁹.

Nous serions même portés à étendre cette solution au cas où l'hypothèque légale n'a pas été inscrite. La femme, il est vrai, ne recevra pas sommation de produire à l'ordre. Mais elle a la faculté de s'y présenter dans certains délais et, si elle le fait, elle sera colloquée au rang de son hypothèque. Elle conserve donc un droit de préférence indépendant de toute publicité. Elle a contre l'adjudicataire une créance subordonnée à la condition d'une production en temps utile. Elle peut la céder. Quant aux subrogés, nous ne voyons pas comment ils pourraient requérir l'inscription de l'hypothèque légale à leur profit. La femme elle-même n'en aurait pas le droit, et ils ne pourraient faire ce qui est interdit à leur auteur ³⁷⁰.

1096. Le mari a volontairement aliéné un de ses immeubles, sans que la femme ait renoncé expressément ou tacitement au profit de l'acquéreur à son hypothèque légale. L'aliénation est transcrite. Les formalités de la purge légale n'ont pas été remplies. Avant ou après cette aliénation, la femme a subrogé ou subroge un tiers dans son hypothèque légale. Cette subrogation peut-elle avec efficacité être rendue publique après la transcription de l'aliénation ? On a soutenu que le subrogé ne pourrait plus requérir utilement inscription de l'hypothèque légale à son

profit, de même qu'un créancier investi d'une hypothèque judiciaire ou conventionnelle ne peut dans ce cas se faire inscrire. On argumente en ce sens de l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855. La transcription rend l'aliénation opposable aux tiers. A partir du moment où elle a été effectuée, nulle inscription ne peut être utilement prise s'il s'agit d'une hypothèque dont l'efficacité est subordonnée à la condition de la publicité (art. 6). Or telle est bien la condition du subrogé. Sans doute cet art. 6 ne parle formellement que des hypothèques judiciaires et conventionnelles, soustrayant ou paraissant soustraire à cette règle les hypothèques légales. Mais il n'en est ainsi pour ces dernières qu'autant qu'elles sont dispensées de l'inscription. Or le droit du subrogé ne peut être conservé que par une inscription. Il est donc régi par l'art. 6 de la L. de 1855 ³⁷¹.

Cette argumentation ne nous paraît pas décisive et nous pensons au contraire que la publicité de la subrogation peut être utilement faite après la transcription de l'aliénation. En effet, la femme, qui n'a pas renoncé à son hypothèque légale, conserve certainement le droit de l'exercer contre le tiers acquéreur malgré la transcription. Ce droit, qui lui appartient, elle a incontestablement la faculté d'en disposer. Si elle cède son hypothèque, l'art. 9 devient applicable et le cessionnaire doit pouvoir conserver la sûreté qui lui a été transmise. Autrement le droit de la femme deviendrait, dans cette mesure, indisponible entre ses mains. Or, si celui auquel l'hypothèque légale est cédée après la transcription de l'aliénation peut publier utilement sa subrogation, il doit évidemment en être de même de celui auquel une cession a été consentie avant l'aliénation ou sa transcription, sans avoir été rendue publique avant la même époque ; car il n'y a pas de motifs pour distinguer entre les deux hypothèses. Par conséquent, l'art. 3 de la loi de 1855 ne s'oppose pas à ce que l'inscription ou la

mention soit requise, pas plus qu'il ne s'oppose à la validité de la subrogation postérieure. Sans doute la transcription rend l'aliénation opposable aux tiers, mais elle ne peut préjudicier à ceux dont le droit survit avec toute sa force à l'accomplissement de cette formalité, à la femme et par suite à ses ayants cause. L'art. 6 ne fait pas obstacle à la validité de l'inscription de la subrogation ; car sa disposition ne vise que les hypothèques judiciaires et conventionnelles ou d'une manière plus générale et plus exacte les hypothèques dont l'efficacité et le rang sont subordonnés à la condition d'une inscription. Sans doute il s'applique à l'hypothèque légale de la femme, lorsqu'elle n'a pas été inscrite dans l'année à partir de la dissolution du mariage. Mais dans notre cas, l'hypothèque légale de la femme continue d'être dispensée d'inscription et la publicité de la subrogation est requise dans l'intérêt des subrogés postérieurs et non dans l'intérêt des tiers acquéreurs ³⁷². Enfin la loi du 13 février 1889, vient confirmer cette interprétation, car elle admet que les cessionnaires de l'hypothèque légale peuvent requérir inscription après la transcription, jusqu'à la mention en marge de la renonciation consentie par un acte postérieur. C'est pourquoi nous croyons que le subrogé peut prendre l'inscription de l'hypothèque légale à son profit même après la transcription de l'acte d'aliénation, si la femme n'a pas renoncé à son hypothèque en faveur du tiers acquéreur ³⁷³.

En résumé, la publicité de la subrogation peut être utilement réalisée tant que l'inscription de l'hypothèque légale peut être régulièrement requise.

1097. L'inscription de l'hypothèque légale requise par un subrogé ne profite qu'au requérant, à moins de manifestation de volonté contraire. C'est une application de cette règle de bon sens : chacun n'est censé agir que pour soi et dans son intérêt. En conséquence, la femme ne

pourra pas se prévaloir de l'inscription du subrogé et sera tenue d'en prendre une pour la conservation de ses droits, dans les délais de la loi en cas de purge ou de dissolution du mariage ³⁷⁴. Pour le même motif, cette inscription ne profite pas aux autres subrogés à l'hypothèque légale ; ceux-ci ne conserveraient pas leurs droits en faisant mentionner en marge la subrogation qui leur a été consentie ; ils seraient obligés de prendre à leur profit une nouvelle inscription de l'hypothèque légale ou de la faire inscrire au nom de la femme en mentionnant leur subrogation en marge ³⁷⁵.

Mais le subrogé peut requérir l'inscription de l'hypothèque légale au nom de la femme soit qu'il agisse en qualité de mandataire de celle-ci, soit qu'il exerce ainsi les droits et actions de sa débitrice (art. 1166) ³⁷⁶. Dans ce cas, l'inscription n'est plus faite au profit exclusif du requérant ; elle est opérée en termes généraux ; elle profite à la femme et par suite à tous ses ayants cause. C'est par l'interprétation des termes de la réquisition que se détermine la portée de l'inscription. C'est aux tribunaux que cette mission est confiée. Pour la remplir, ils doivent s'attacher exclusivement aux expressions employées dans l'inscription, ils ne pourraient tenir compte des circonstances externes. Les tiers n'ont connaissance que de l'inscription. Il faut donc rechercher si la formule employée leur révèle d'une façon suffisamment claire et sans aucun doute possible la personne au profit de laquelle l'inscription a été prise ³⁷⁷.

1098. Quelle est la sanction de ces règles ? Nous ne parlons que des subrogations. La loi de 1855 porte que les cessionnaires de l'hypothèque de la femme n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription ou la mention. Que faut-il entendre par tiers ?

Il faut certainement comprendre sous cette dénomination les subrogés postérieurs. Prévoyant le cas où il a été

consenti plusieurs subrogations successives, l'art. 9 de la loi de 1855 décide que l'ordre de préférence entre eux se règle, non par la date des subrogations, mais par celle des inscriptions ou des mentions de subrogation. Entre plusieurs subrogés, ce n'est donc pas le plus ancien qui passe le premier, mais bien celui qui le premier s'est mis en règle.

Nous avons décidé que les tiers acquéreurs d'immeubles du mari ou de la communauté n'étaient pas des tiers. Les subrogés peuvent non seulement exercer l'hypothèque légale au nom de la femme leur débitrice ³⁷⁸, mais encore requérir à leur profit inscription de l'hypothèque légale même après la transcription de l'acte d'aliénation. Il en serait autrement si la femme avait renoncé à son hypothèque légale au profit du tiers acquéreur et si celui-ci avait rempli les formalités de publicité prescrites par la loi ³⁷⁹.

1099. Quels sont les droits des créanciers chirographaires de la femme, ou même de ses créanciers hypothécaires, s'ils n'ont pas été subrogés dans son hypothèque légale ? Peuvent-ils invoquer l'inobservation de l'art. 9 de la loi de 1855, refuser tout droit de préférence au subrogé qui ne s'y est pas conformé, soutenir, s'il s'agit d'un créancier du mari, qu'ils ont le droit de le primer en exerçant l'hypothèque légale, s'il s'agit d'un créancier de la femme, que le montant de la collocation obtenue fait partie de la masse de ses biens sur lesquels tous ont également le droit de venir au marc le franc ? Leur intérêt est manifeste. Or l'art. 9 de la loi de 1855 dit que les cessionnaires de l'hypothèque légale n'en sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription ou la mention en marge. Cette expression est générale, elle comprend tous ceux qui peuvent avoir intérêt à écarter les subrogés et qui n'ont pas été parties ou représentés à la convention. La loi n'exige pas, comme dans l'hypothèse prévue par l'art. 3, que les tiers aient des

droits sur l'immeuble et les aient conservés en se conformant au lois. Nous en concluons que les créanciers chirographaires de la femme et les créanciers hypothécaires non subrogés peuvent opposer le défaut de publicité de la subrogation, de même que les créanciers du cédant ont le droit, jusqu'à l'acceptation ou la signification du transport, de frapper la créance de saisie-arrêt entre les mains du débiteur cédé (art. 1690). Ajoutons que cette solution est en harmonie avec les principes généraux de la loi hypothécaire. Tous les créanciers d'un débiteur, même ses créanciers chirographaires ont le droit de se prévaloir du défaut de publicité (art. 2134). Ils sont des tiers. Il doit en être de même pour le subrogé, tenu, comme celui au profit duquel une hypothèque a été établie, de requérir l'inscription de la subrogation ³⁸⁰. Il est donc impossible d'admettre, comme on l'a soutenu, que les créanciers chirographaires de la femme ne sont que ses ayants cause et ne peuvent opposer le défaut de publicité ³⁸¹.

2. Renonciation à l'hypothèque légale au profit d'un acquéreur.

1100. Les règles que nous venons d'exposer s'appliquent au créancier soit du mari, soit de la femme, bénéficiaire d'une subrogation ou même d'une renonciation à l'hypothèque légale.

Faut-il également les observer lorsque la femme renonce à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté et spécialement lorsque cette renonciation résulte du concours de la femme à l'acte d'aliénation de l'immeuble grevé de son hypothèque ?

Avant 1855, la renonciation était opposable aux tiers du moment où l'acte qui la constatait avait acquis date

certaine. Mais cette règle n'avait-elle pas été modifiée par la loi du 23 mars 1855 ?

La question n'était pas formellement résolue par le texte ; la loi n'avait pas prévu le cas de renonciation en faveur d'un tiers acquéreur. De là une difficulté qui divisa les meilleurs auteurs et la jurisprudence.

Les uns soutenaient que la renonciation au profit d'un tiers acquéreur était régie par la loi de 1855, même quand elle était simplement extinctive et qu'il n'existait pas sur l'immeuble de créanciers hypothécaires postérieurs en rang à la femme. En faveur de cette opinion on invoquait la généralité des termes de la loi de 1855, qui embrassent toutes les hypothèses et ne distinguent pas entre la renonciation au profit d'un créancier et la renonciation au profit d'un acquéreur, entre la renonciation translatrice et la renonciation extinctive. On ajoutait que la loi avait pour but d'avertir les tiers, qui se feraient subroger à l'hypothèque légale de la femme, des modifications apportées à ces droits par des conventions antérieures. Ces tiers ont certainement intérêt à connaître les renonciations, par l'effet desquelles l'hypothèque de la femme cesse de frapper certains immeubles du mari. Il faut qu'elles soient portées à leur connaissance par l'un des modes de publicité organisés par cet art. 9. La pensée générale de la loi est d'ailleurs de soumettre à des règles identiques les renonciations purement extinctives et les actes créatifs des droits réels. Dans l'un ou l'autre cas la publicité se réalise de la même manière. Ainsi l'acte portant renonciation à un droit réel susceptible d'hypothèque doit être transcrit comme l'acte constitutif (art. 1). Ainsi encore l'acte portant renonciation à un droit d'antichrèse, de servitude, d'usage ou d'habitation doit être transcrit comme l'acte constitutif (art. 2). N'est-il pas logique d'appliquer la même règle à la renonciation à l'hypothèque légale ? De même que les subrogations à cette hypothèque doivent être rendues publiques au moyen d'une inscription ou d'une mention en

marge, de même la renonciation doit être publiée par ce moyen, quoiqu'elle intervienne au profit de l'acheteur et soit, dans certains cas, purement extinctive ³⁸².

Dans l'opinion contraire, on écartait l'application de l'art. 9 de la loi de 1855. On disait que cette disposition est spéciale aux subrogations ou aux renonciations qui interviennent en faveur des créanciers de la femme ou des créanciers du mari, mais qu'elle est étrangère aux renonciations consenties au profit d'un acquéreur. L'art. 9 a en effet pour but de déterminer l'ordre de préférence entre les cessionnaires successifs de l'hypothèque légale. Telle n'est pas notre hypothèse. La loi, du reste, n'avait pas à s'en préoccuper spécialement ; car les tiers seront suffisamment avertis par la transcription de l'acte d'aliénation, que l'acheteur a intérêt à effectuer dans le plus bref délai. La pratique notariale résistait à la doctrine contraire, qui obligeait à prendre inscription d'une hypothèque que, dans certains cas, la renonciation avait éteinte.

En conséquence, les uns décidaient que la loi de 1855 est dans tous les cas étrangère aux renonciations faites en faveur de l'acquéreur, qui restent régies par les règles du code civil ; les autres, qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 9, mais que cette renonciation ne devient opposable aux tiers que par l'effet et à partir de la transcription de l'acte d'aliénation ; d'autres restreignaient l'application de cette théorie au cas où la renonciation de la femme résulte de l'acte d'aliénation et soumettaient à l'art. 9 les renonciations faites par un acte distinct et postérieur ; d'autres enfin limitaient cette solution au cas de renonciation simplement extinctive et appliquaient l'art. 9 à la renonciation au profit de l'acquéreur, lorsqu'elle est translatrice et que le bénéficiaire veut s'en prévaloir pour obtenir une collocation ³⁸³.

Cependant si la renonciation à l'hypothèque légale avait été consentie par un acte authentique postérieur à l'aliénation on admettait unanimement qu'elle était alors soumise aux règles de publicité prescrites par l'art. 9.

1101. L'incertitude, résultant de l'état de la doctrine et de la jurisprudence, mettait les acquéreurs d'immeubles grevés d'hypothèques légales de femmes mariées dans une situation très critique. Pour obtenir pleine sécurité, l'acquéreur devait procéder à la purge. Or cette obligation aurait été souvent ruineuse, à cause des frais qu'elle entraîne. Nous l'avons déjà dit, il se fait tous les ans en France 80,000 ventes d'immeubles de 200 fr. et au-dessous. Les frais de purge en pareil cas égalent ou dépassent le prix d'acquisition !

Cet état de choses avait suscité de vives réclamations, qui se manifestèrent dans des pétitions adressées par les notaires aux pouvoirs publics en 1862 et en 1881.

1102. Le législateur a mis fin à ces incertitudes. La loi du 13 fév. 1889 dispose d'une manière générale en vue de toute aliénation et de toute acquisition. Elle s'applique donc dans tous les cas où la femme a soit expressément, soit tacitement renoncé à son hypothèque légale au profit d'un tiers acquéreur. Il n'est pas nécessaire que cet acquéreur soit un acheteur. Par conséquent, elle régit non seulement l'hypothèse d'une vente, mais encore les hypothèses d'un échange, d'une dation en paiement, d'une constitution de dot et même d'une donation, en d'autres termes tous les cas d'aliénation entre-vifs soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, pourvu que l'acte renferme une renonciation par la femme à son hypothèque légale ³⁸⁴.

1103. Elle pose en principe que la renonciation à l'hypothèque légale, même au profit d'un acquéreur, doit être rendue publique. C'est seulement à partir de l'accomplissement de cette formalité de publicité qu'elle

deviendra opposable aux tiers et, par la purge qu'elle opère, entraînera l'extinction du droit de suite.

Mais cette publicité n'est pas celle de l'art. 9 de la loi de 1855. L'acquéreur n'a pas besoin de prendre inscription à son profit de l'hypothèque légale, ni de faire mention de la renonciation en marge de l'inscription préexistante. Les formalités à remplir varient, suivant que la renonciation a lieu par l'acte même d'aliénation ou résulte d'un acte distinct.

Dans le premier cas, il suffit à l'acquéreur de faire transcrire son titre, d'où résulte la renonciation de la femme à son hypothèque légale : peu importe que cette renonciation soit expresse ou tacite. Dans le second cas, si la renonciation à l'hypothèque légale a été consentie par un acte authentique postérieur à l'aliénation, il en devra être fait mention en marge de la transcription de l'acte d'aliénation.

Cette transcription ou mention n'est pas requise pour la validité ou la perfection de la renonciation, quoique le texte définitif puisse laisser des doutes. Malgré les modifications apportées à la formule du projet du gouvernement beaucoup plus clair et plus précis, la pensée du législateur est certaine. Il a seulement voulu établir une publicité qui mette les tiers à l'abri de toute surprise, comme le dit M. Merlin dans son rapport au Sénat. La publicité n'est donc pas une condition de validité de la renonciation inter partes. Elle est seulement requise pour rendre la renonciation opposable aux tiers en la portant à leur connaissance ³⁸⁵.

Désormais les tiers qui voudront se renseigner sur le sort de l'hypothèque légale ; dans laquelle une femme mariée offre de les subroger, devront consulter non seulement le registre des inscriptions mais encore le registre des transcriptions.

1104. La loi n'a pas fixé de délai dans lequel cette formalité doit être remplie. L'intérêt de l'acquéreur est la meilleure garantie de sa diligence (³⁸⁶). Il ne pourra opposer la renonciation aux tiers qu'à partir du jour où il se sera conformé à la loi.

1105. L'observation de ces prescriptions suffit, sans aucun doute, lorsque la renonciation de la femme est purement extinctive, c'est-à-dire, lorsqu'il n'existe pas de créanciers hypothécaires postérieurs. A cet égard, la loi de 1889 n'innove pas ³⁸⁷ ; elle consacre la pratique antérieure.

Mais lorsqu'il existe des créanciers hypothécaires postérieurs, la renonciation de la femme peut être suivie d'une véritable translation du droit de préférence. Tel est le résultat du paiement total ou partiel du prix fait du consentement de la femme. Dans ce cas, suffit-il, vis-à-vis de tous autres que les subrogés postérieurs à l'hypothèque légale sur d'autres immeubles du mari, que la renonciation ait été publiée par l'un des modes que nous venons d'indiquer ?

Sous la réserve des droits particuliers de ces subrogés postérieurs, nous sommes portés à nous prononcer pour l'affirmative. Car tel est le principe de la loi nouvelle. On a voulu mettre un terme à la controverse née de la loi de 1855 ; on a voulu réglementer d'une manière complète la publicité de la renonciation au profit de l'acquéreur. A cet effet, on a édicté une règle unique. La renonciation entraîne l'extinction de l'hypothèque légale ; elle sera publiée au moyen de la transcription ou d'une mention en marge. C'est logique ; on ne comprendrait pas qu'on fût obligé de faire inscrire une hypothèque éteinte. Tel était le système très simple de la loi nouvelle.

Il n'est pas probable que la modification apportée à l'avant dernier alinéa, sur un amendement de M. Lacombe, ait détruit ce système si logique et rétabli la distinction de la renonciation extinctive et de la renonciation translatrice.

Nous remarquons d'ailleurs que l'inscription ou la mention en marge de l'inscription préexistante est seulement requise pour la subrogation. Or la subrogation est la conséquence non de la renonciation seule, mais du concours de la femme à la quittance du prix ou de son consentement au paiement.

Par conséquent la renonciation par elle-même ne produit qu'un effet extinctif. La transcription de l'acte d'aliénation qui la contient, ou la mention en marge de la transcription antérieure suffit pour lui assurer ses effets à l'égard des tiers ; peu importe qu'il existe ou non des créanciers hypothécaires postérieurs ; peu importe que la renonciation puisse ou non être suivie d'une subrogation au droit de préférence ³⁸⁸.

1106. La sanction de la loi consiste dans l'impossibilité pour l'acheteur de se prévaloir de la renonciation dont il est le bénéficiaire. Mais à l'égard de quelles personnes encourt-il cette déchéance ? Quels sont, en d'autres termes, ceux qui peuvent se prévaloir du défaut de transcription ou de mention suivant les cas ?

Le projet du gouvernement résolvait expressément cette question et conférait ce droit aux créanciers subrogés par la femme dans ses droits hypothécaires, qui ont fait inscrire ou mentionner leur subrogation depuis la renonciation mais avant que celle-ci n'ait été rendue publique. Cette rédaction a été modifiée et le texte de la loi est muet sur la question.

On en a conclu que le défaut de publicité peut être opposé par tous les tiers intéressés, non seulement par les ayants cause de la femme, mais encore par les ayants cause du mari, notamment par ses créanciers hypothécaires inscrits avant la renonciation mais primés par l'hypothèque légale ³⁸⁹.

Nous pensons au contraire qu'ils n'en ont pas le droit, parce qu'ils n'y ont pas intérêt. Ils ne sauraient être admis

à se prévaloir cumulativement et de la renonciation pour écarter la femme, et du défaut de publicité pour écarter l'acquéreur. Ils ne peuvent pas invoquer la renonciation, parce qu'elle n'a pas été faite en leur faveur et qu'ils sont étrangers à la convention. Ils ne peuvent pas opposer le défaut de publicité, parce que cette publicité a été organisée pour sauvegarder les intérêts des ayants cause de la femme et qu'ils sont les ayants cause du mari. C'est donc seulement dans le cas où la femme renoncerait plus tard à leur profit à se prévaloir de son hypothèque légale qu'ils pourraient invoquer la loi de 1889. Mais ils agiraient alors en qualité d'ayants cause de la femme et non en qualité d'ayants cause du mari ³⁹⁰.

1107. Nous sommes ainsi conduits à cette conclusion. Ceux qui peuvent se prévaloir du défaut de publicité de la renonciation, ce ne sont pas les ayants cause du mari parce qu'ils n'y ont pas d'intérêt, ce sont les ayants cause de la femme.

Au premier rang se présentent les créanciers qu'elle aura subrogés dans son hypothèque légale, pourvu qu'ils aient fait inscrire ou mentionner leur subrogation avant la transcription de l'acte d'aliénation contenant renonciation, ou avant la mention en marge de l'acte ultérieur portant renonciation.

1108. Les créanciers chirographaires de la femme, d'une manière plus générale ceux qui n'ont pas été subrogés par elle dans son hypothèque légale peuvent-ils opposer le défaut de publicité de la renonciation ? Nous avons vu qu'ils pouvaient se prévaloir, à l'encontre des créanciers subrogés à l'hypothèque légale de la femme, du défaut de publicité de leur subrogation ³⁹¹. Jouissent-ils du même droit à l'encontre de l'acquéreur au profit duquel a été consentie une renonciation à l'hypothèque légale ?

Nous sommes convaincus qu'ils n'en sont pas investis. Les créanciers chirographaires sont les ayants cause de

leur débiteur ; ils subissent l'effet des aliénations consenties par celui-ci ; pour cela nulle publicité n'est requise et les créanciers chirographaires ne peuvent pas opposer le défaut de transcription des actes à titre onéreux. Or l'acquéreur, au profit duquel la femme a renoncé à son hypothèque légale, est seulement tenu de faire transcrire. Donc l'inaccomplissement de cette formalité ne peut pas être opposée par les créanciers chirographaires. Il est vrai qu'ils ont la faculté d'invoquer contre un créancier hypothécaire le défaut d'inscription de son hypothèque (art. 2134). Mais c'est qu'alors le conflit s'élève entre deux créanciers, dont les droits sont égaux en principe (art. 2094) ; c'est qu'il s'agit d'une question de rang. Ici au contraire le conflit s'élève entre des créanciers et un tiers détenteur ; les premiers ne peuvent agir contre le second que s'ils ont une hypothèque. Tel n'est pas notre cas. Pour poursuivre le tiers acquéreur, les créanciers chirographaires sont obligés d'invoquer le droit de la femme, leur débitrice. Or la femme a perdu son droit de suite par l'effet de sa renonciation. Par conséquent, ses créanciers chirographaires ne sauraient avoir plus de droits qu'elle et ne peuvent opposer le défaut de transcription ou de mention de l'acte contenant la renonciation ³⁹².

Nous arrivons ainsi à constater que la formule du projet du gouvernement est seule exacte et que sa suppression n'a aucune importance. C'est seulement à l'égard des créanciers subrogés par la femme à ses droits hypothécaires que la publicité de la renonciation est nécessaire.

1109. Nous avons vu que la renonciation au profit d'un tiers acquéreur n'opère l'extinction de l'hypothèque légale qu'à partir soit de la transcription de l'acte d'aliénation si la renonciation y est contenue, soit de sa mention en marge de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation

a été constatée par acte authentique distinct. Nous en avons conclu, malgré la controverse, que jusqu'à ce moment les subrogés à l'hypothèque légale avaient le droit de requérir à leur profit inscription de l'hypothèque légale. La date de l'accomplissement des formalités de publicité sert donc à fixer les droits de chacun.

Mais il peut arriver que cette date soit la même, que la transcription ait été effectuée le jour où a été prise l'inscription de l'hypothèque légale. Comment déterminer la situation respective des parties ? Si l'acquéreur était lui-même un subrogé, on pourrait appliquer l'art. 2147 et décider que tous exerceront l'hypothèque légale en concurrence. Mais, la renonciation au profit de l'acquéreur n'est pas translatrice de l'hypothèque légale, elle en opère l'extinction. Dans ces conditions, les juges devront préférer celui qui a le premier requis l'accomplissement de la formalité. Pour le déterminer, il faut tenir compte des circonstances. Le registre d'ordre devra être pris en très sérieuse considération, puisqu'il s'agit de formalités remplies sur des registres différents. Ses énonciations n'auront pas cependant une valeur absolue, car il a été institué pour régler les rapports du conservateur avec la partie qui présente l'acte à la formalité ; il n'a pas de force probante à l'égard des tiers, qui ne connaissent que le registre des transcriptions et celui des inscriptions ³⁹³.

E. Effets de la subrogation ou de la renonciation.

1110. Les effets de la subrogation ou de la renonciation à l'hypothèque légale varient suivant les cas, avec la personnalité du bénéficiaire de la stipulation.

Si la subrogation a été consentie en faveur d'un créancier de la femme ou du mari, elle est translatrice ou investitive. Le stipulant a le droit d'exercer, en son propre nom et par

conséquent à l'exclusion de tous autres, l'hypothèque légale qui lui a été transmise.

Au contraire, lorsque la clause a. été insérée dans l'acte de vente d'un propre du mari ou d'un immeuble de la communauté au profit de l'acheteur, elle se présente sous la forme d'une renonciation expresse ou tacite ; cette renonciation est tantôt abdicative ou extinctive, tantôt translatrice et investitive. Elle a le premier caractère lorsqu'il n'existe pas, sur les immeubles objet du contrat, d'hypothèques postérieures en rang à celle de la femme. Elle n'a alors qu'un but : mettre l'acheteur à l'abri du danger d'éviction auquel peut l'exposer l'hypothèque légale. Or, pour atteindre ce résultat, il suffit que l'hypothèque soit éteinte ; l'acheteur n'aura jamais besoin de la faire valoir. L'effet de la convention se trouve ainsi déterminé et limité. Dans l'autre hypothèse, au contraire, lorsqu'il existe des hypothèques postérieures en rang à celle de la femme, l'acheteur court d'autres dangers : s'il est poursuivi par les créanciers après avoir payé son prix, il est exposé à perdre la chose et le prix ou si, pour éviter ce péril, il a recours à la purge, il peut être obligé de payer deux fois. Pour sauvegarder ses intérêts, il faut alors que la renonciation produise en sa faveur des effets plus étendus ; il faut qu'elle l'autorise à exercer les droits de la femme et à réclamer dans l'ordre ouvert sa collocation par préférence aux autres créanciers de la femme. Il jouira de cette faculté ; en le décidant ainsi, on donne à la convention une interprétation conforme à la volonté des parties. La femme n'a pas seulement entendu abdiquer son hypothèque, elle a eu l'intention de donner à l'acheteur une garantie, une sûreté contre les dangers qu'il court. C'est pourquoi elle n'a pas simplement renoncé à son hypothèque ; elle y a renoncé en faveur de l'acheteur. Aussi les créanciers postérieurs ne pourront-ils pas se prévaloir de la clause de l'acte de vente 394.

Ainsi donc la renonciation à l'hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari est tantôt abdicative, tantôt translatrice ; la subrogation à l'hypothèque légale au profit d'un créancier du mari ou de la femme, qu'elle se présente sous la forme d'une cession ou d'une renonciation, est toujours translatrice.

La loi du 13 février 1889 semble avoir modifié cette conception de la renonciation par la femme à son hypothèque légale, lorsqu'elle intervient en faveur de l'acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté. Le législateur l'a envisagée comme purement extinctive ; seulement elle n'éteint que le droit de suite ; elle laisse subsister le droit de préférence dans lequel l'acquéreur pourra être ultérieurement subrogé. Il nous faut donc encore distinguer ces deux hypothèses.

1. Effets de la subrogation au profit d'un créancier.

1111. Sauf le cas d'une simple cession d'antériorité ou d'une renonciation purement abdicative, c'est-à-dire d'une promesse d'abstention, le subrogé est, en vertu de la subrogation, investi du droit hypothécaire de la femme et peut l'exercer en son nom personnel, dans son intérêt exclusif, c'est-à-dire jusqu'à concurrence du montant de sa créance. Que la subrogation ait eu lieu au profit d'un créancier personnel de la femme ou d'un créancier du mari, il n'y a pas lieu de distinguer.

Le subrogé aura le droit de s'opposer à ce que la femme soit colloquée avant lui sur le prix des immeubles du mari. Celle-ci d'ailleurs ne serait pas non plus admise à concourir avec le subrogé. Cette solution a cependant été contestée dans le cas où la femme s'est bornée à renoncer à son hypothèque légale en faveur d'un créancier de son mari. On a prétendu qu'elle conservait alors le droit de concourir avec ce créancier, au marc le franc de leurs créances respectives, sur le prix des immeubles auxquels

s'appliquait la renonciation ³⁹⁵. Mais cette doctrine, qui est en opposition avec l'intention des parties et qui a été repoussée avant 1855 par la généralité des auteurs et des arrêts, ne nous paraît plus pouvoir être reproduite aujourd'hui. L'art. 9 de la loi de 1855 met sur la même ligne les renonciations et les subrogations à l'hypothèque légale. Les unes et les autres produisent les mêmes effets. Elles sont également translatives. Elles mettent la femme dans l'impossibilité de se prévaloir de son hypothèque légale au préjudice du créancier subrogé ³⁹⁶.

1112. Investi du droit hypothécaire de la femme, le subrogé pourra se faire colloquer au lieu et place de celle-ci, non seulement sur le prix des immeubles qui lui ont été personnellement hypothéqués mais encore sur le prix de tous les immeubles du mari, même sur le prix de ceux que ce dernier aurait acquis depuis la subrogation.

Il exercera ce droit non seulement à l'encontre des créanciers hypothécaires du mari, mais à l'encontre et par préférence aux autres créanciers de la femme qui n'auraient pas été subrogés à son hypothèque légale et à ceux dont la subrogation n'aurait été consentie ou ne serait devenue opposable aux tiers que postérieurement.

Il pourra enfin se prévaloir du droit de suite inhérent à l'hypothèque légale et l'exercer contre les tiers acquéreurs d'immeubles du mari ou de la communauté, dans les mêmes conditions que la femme.

Telle est la portée naturelle de la convention. Elle est générale ; elle transfère le droit de la femme dans toute son étendue ; elle donne au subrogé le droit de l'exercer contre tous ³⁹⁷ ; cependant son intérêt est la limite de son droit.

Mais nous verrons que les parties peuvent, par leur volonté, restreindre la portée de la convention et limiter l'effet de la subrogation soit à certaines créances de la femme, soit à certains immeubles du mari. Nous aurons alors à préciser l'étendue des droits du subrogé.

1113. Une fois parfaite, la subrogation lie les parties, comme toute autre convention. Par conséquent, en vertu de l'art. 1134, elle ne peut être révoquée ou modifiée que de leur consentement mutuel. La femme n'a pas le droit de l'anéantir par l'effet de sa volonté unilatérale ; elle ne pourrait pas y porter atteinte par de nouvelles cessions ou subrogations ; le subrogé est investi d'un droit réel. Cependant, la loi exige que la subrogation ait été rendue publique pour être opposable aux tiers. Nous avons dit que les subrogés postérieurs notamment étaient des tiers et pouvaient opposer le défaut de publicité. C'est donc seulement par l'accomplissement de ces mesures préservatrices, que le droit du subrogé est à l'abri de tout danger de ce chef.

De notre principe il résulte également que la réduction de l'hypothèque légale, opérée conformément aux art. 2144 et 2145 ne peut pas nuire au subrogé, à moins qu'elle n'ait été ordonnée contradictoirement avec lui, comme dans le cas prévu par l'art. 2161 ³⁹⁸. Peut-être même faudrait-il aller plus loin. Si la réduction de l'hypothèque légale, quoique sanctionnée par la justice, n'en est pas moins conventionnelle, ne sera-t-on pas conduit à décider que le refus du subrogé est péremptoire et qu'en aucun cas la réduction ne pourra lui être imposée ? Nous nous contentons d'indiquer cette question.

1114. Bien que le créancier soit investi d'un droit que la femme ne peut pas lui enlever, l'effet de la convention est cependant subordonné à la condition que la femme aura une créance de reprises à exercer. Celle-ci ne peut pas, en effet, transmettre plus de droits qu'elle n'en a. Le subrogé ne pourra donc invoquer l'hypothèque légale que dans la mesure où la femme elle-même en aurait la faculté. Or, entre les mains de la femme, l'hypothèque légale est la garantie de ses créances contre son mari. C'est donc seulement lorsque la liquidation de la société conjugale

constituera la femme créancière et jusqu'à concurrence des créances ainsi constatées, que le subrogé pourra exercer l'hypothèque légale. Par où l'on voit que la subrogation peut, par l'événement, se réduire à rien, soit par suite de l'extinction des créances de la femme, auxquelles l'hypothèque légale était attachée, soit parce que celles de ces créances qui étaient éventuelles n'auront pas pris naissance à son profit.

On peut objecter qu'ainsi envisagée la subrogation à l'hypothèque légale n'offre pas un avantage certain au subrogé, et refuser d'admettre cette solution, au moins lorsque l'extinction des créances de la femme est le résultat d'un acte volontaire de celle-ci. Mais il nous semble que ce serait exagérer la portée de la convention et faire produire à la subrogation les mêmes effets qu'à une cession de créance ou à un nantissement véritable. Tel n'est pas, nous l'avons déjà dit, le caractère de la convention. Elle a pour but d'une part de mettre le subrogé à l'abri des dangers résultant pour lui de l'exercice par la femme de son hypothèque légale, d'autre part de l'investir du droit de l'exercer à son profit si elle existe. La convention a donc un caractère éventuel, aléatoire, et elle doit l'avoir pour que le contrat de mariage puisse continuer de produire ses effets et de régir les rapports des époux 399.

Si donc les époux sont mariés sous le régime de la communauté et si la liquidation de la société conjugale dissoute constate que la femme n'est pas créancière de son mari, l'hypothèque légale n'a pas d'existence, parce qu'elle manque du support qui lui est indispensable : une créance à garantir. Le subrogé ne pourra retirer aucun bénéfice de la subrogation qui lui a été consentie et cela alors même que la femme avait, à l'époque de la convention, une créance contre son mari éteinte depuis par compensation 400.

De même encore, si la femme a stipulé la faculté de reprendre son apport franc et quitte de toute dette en cas de renonciation à la communauté, et si elle l'accepte après sa dissolution, l'hypothèque légale n'existe plus de ce chef ; par suite, la subrogation s'évanouit faute d'objet et le subrogé ne retirera de la convention aucun avantage ⁴⁰¹..

1115. L'acceptation de la communauté exerce une influence considérable sur les droits des subrogés. Ils sont en effet soumis aux mêmes règles que la femme ⁴⁰². En conséquence, ils ne peuvent pas exercer l'hypothèque légale sur les biens attribués à celle-ci dans le partage⁴⁰³. Pour les même motifs, ils ne peuvent pas être colloqués, en vertu de cette hypothèque, sur les acquêts échus au mari avant les créanciers auxquels ils auraient été hypothéqués par le mari pendant la communauté ⁴⁰⁴. Pour empêcher ces résultats funestes, le subrogé n'a qu'un moyen : recourir à l'action paulienne et faire déclarer non avenue à son égard une acceptation faite en fraude de ses droits ⁴⁰⁵.

Si les héritiers de la femme prédécédée se trouvent appelés à recueillir la succession du mari, et s'ils acceptent purement et simplement l'une et l'autre succession, il se produit en leur personne une confusion qui, éteignant la créance, éteint en même temps l'hypothèque légale. Le subrogé ne pourrait plus dès lors l'invoquer. Il en serait de même dans l'hypothèse inverse, dans le cas où, la communauté étant dissoute par le prédécès du mari, la femme décèderait après lui, laissant les mêmes héritiers et où les deux successions seraient acceptés purement et simplement ⁴⁰⁶. On pourrait seulement se demander si les subrogés ne trouveraient pas dans la séparation des patrimoines le moyen de prévenir ce résultat. Mais l'examen de cette question nous entraînerait en dehors de notre sujet ⁴⁰⁷.

Les mêmes règles s'appliqueraient dans le cas où l'époux survivant serait appelé soit en vertu de la loi, soit en vertu

d'une disposition de dernière volonté, à recueillir la succession le son conjoint prédécédé et se trouverait, en vertu de la jurisprudence, tenu ultra vires de ses obligations ⁴⁰⁸.

Lorsque la femme a, soit par une manifestation expresse de sa volonté, soit tacitement en s'obligeant conjointement et solidairement avec son mari par l'acte même dans lequel il a constitué une hypothèque conventionnelle, limité la subrogation à l'effet de l'hypothèque légale sur un immeuble déterminé et lorsque cet immeuble se trouve compris, au jour de la dissolution de la communauté, dans la masse partageable, le sort de la subrogation, comme le sort de l'hypothèque, dépend du résultat du partage. Elles s'évanouiront en même temps, si l'immeuble tombe au lot de la femme ⁴⁰⁹.

Enfin le subrogé ne peut exercer le droit de la femme que dans la mesure où celle-ci serait admise à le faire. Si la créance du subrogé est supérieure à celle de la femme, il ne pourra se prévaloir de l'hypothèque légale que dans la limite de cette dernière. Si, par exemple, il lui est dû 20,000 fr. et si les reprises de la femme sont arrêtées à la somme de 10,000 fr, la subrogation ne pourra manifestement produire d'effets que jusqu'à concurrence de cette somme de 10,000 fr. C'est le droit de la femme que le subrogé est appelé à exercer.

1116. Nous avons supposé jusqu'ici que la femme avait subrogé un tiers dans son hypothèque légale et nous avons vu que sa volonté, impuissante à porter une atteinte directe au droit du subrogé, pouvait cependant exercer une influence indirecte sur l'hypothèque légale.

Il en serait autrement, d'après M. Thézard ⁴¹⁰, si la femme avait cédé une créance déterminée de ses reprises ou l'avait affectée à titre de nantissement en observant les formalités de l'art. 2076. Dans ce cas le paiement effectué par le mari ou tout autre mode d'extinction de la créance

de la femme ne pourrait nuire ni au cessionnaire ni au créancier gagiste.

1117. Pour exercer le droit dont il est investi le subrogé est donc obligé de justifier de l'existence et de la quotité des créances de la femme contre son mari. Il lui est même nécessaire d'en établir l'origine et la date, puisqu'elles servent à déterminer le rang de l'hypothèque. Il peut employer à cet effet les mêmes modes de preuve que la femme ⁴¹¹.

Dans un cas cependant, il est dispensé de fournir cette preuve, ou plutôt le titre de sa créance satisfait à toutes les exigences. C'est lorsque la subrogation accompagne une obligation contractée par la femme conjointement ou solidairement avec son mari dans l'intérêt de celui-ci ou de la communauté. La femme joue alors, vis-à-vis de son mari, le rôle d'une caution (art. 1431). Elle acquiert donc contre lui un recours éventuel, et elle peut l'exercer même avant d'avoir payé dans les cas prévus par l'art. 2032. Elle a droit à une indemnité et cette indemnité est garantie par l'hypothèque légale. Il suffit alors au subrogé de justifier de l'existence de sa créance contre la femme pour avoir par cela même démontré l'efficacité de la subrogation qui lui a été consentie. Mais, s'il n'existe pas d'autres reprises, l'hypothèque légale ne prendra rang qu'à la date de l'obligation ⁴¹² et ne pourra être exercée sur les immeubles antérieurement aliénés par le mari ⁴¹³.

1118. Investi du droit hypothécaire de la femme, le subrogé ne peut l'exercer qu'à l'époque où la femme elle-même aurait le droit de le faire, c'est-à-dire lorsque la créance sera devenue exigible, ce qui n'a lieu qu'à la dissolution du mariage, ou à la séparation, soit de corps, soit de biens.

Cependant, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, l'art. 1446, tout en refusant aux créanciers de la femme le droit de poursuivre la séparation de biens, leur permet

d'exercer les droits de la femme jusqu'à concurrence du montant de leurs créances. Dans ces conditions, le subrogé est autorisé à exercer l'hypothèque légale de la femme et à poursuivre les tiers détenteurs des immeubles qui en sont grevés ⁴¹⁴.

Par application de la même disposition, on reconnaît au créancier subrogé, appelé à un ordre ouvert à la suite d'une poursuite en expropriation forcée faite à la requête d'autres créanciers du mari, de produire et d'exercer les reprises de la femme telles qu'elles existent alors sans qu'on puisse lui opposer l'éventualité de l'extinction de ces créances ⁴¹⁵.

1119. Le créancier subrogé peut, comme la femme, exercer le droit de suite qui est un des attributs de l'hypothèque légale. Il peut notifier aux tiers détenteurs la sommation de payer ou de délaisser prescrite par l'art. 2169. Mais il faudra que les reprises de la femme soient certaines, liquides et exigibles au moins en partie. Cette sommation est d'ailleurs soumise aux règles du droit commun, que nous aurons l'occasion de développer.

1120. Si l'acquéreur d'un immeuble du mari remplit les formalités de la purge des hypothèques inscrites et si le subrogé a fait inscrire l'hypothèque légale à son profit ou requis mention de sa subrogation en marge de l'inscription préexistante, il se trouve dans la même situation que tout autre créancier inscrit. Les notifications prescrites par les art. 2183 et 2184 doivent lui être faites en sa qualité de créancier subrogé ⁴¹⁶. Il aura, en cette qualité, le droit de porter une surenchère du dixième, pourvu qu'il justifie de l'existence d'une créance de reprises et par suite de l'hypothèque légale dont il se prévaut.

1121. Si le tiers acquéreur d'un immeuble du mari ou de la communauté procède à la purge des hypothèques légales, le subrogé sera tenu de remplir les formalités de publicité ordonnées par la loi de 1855 avant l'expiration du

délai de deux mois fixé par l'art. 2194. Néanmoins s'il ne le fait pas, il ne sera pas privé du droit de préférence ; il pourra l'invoquer, pourvu qu'il produise à l'ordre dans les quarante jours de la sommation si l'ordre se règle judiciairement et avant la clôture s'il se termine à l'amiable (art. 717 Pr. civ.). Il exerce les droits de la femme, sa débitrice.

1122. Lorsque plusieurs personnes ont été successivement et d'une manière générale subrogées dans l'hypothèque légale d'une femme mariée, l'ordre de préférence entre elles se déterminait, sous l'empire du code, par la date des subrogations. Il se détermine aujourd'hui, en vertu du 2^e al. de l'art. 9 de la loi de 1855, par la date des inscriptions par eux requises à leur profit de l'hypothèque légale ou par la date des mentions opérées en marge de l'inscription préexistante.

Si ces formalités ont été remplies le même jour par plusieurs créanciers subrogés, ils viendront en concours en vertu de l'art. 2147, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de l'ordre des réquisitions adressées au conservateur des hypothèques. L'art. 2147 peut être une exception aux principes du droit commun et à la règle : Prior tempore, potior jure. Mais il n'en régit pas moins toutes les inscriptions en matière hypothécaire et par conséquent la publicité des subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée ⁴¹⁷.

1123. Dans tous les développements qui précèdent, nous avons supposé que la subrogation était générale, qu'elle s'appliquait à toutes les créances de la femme contre son mari et à tous les immeubles grevés de l'hypothèque légale. \ C'est l'hypothèse que l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 a certainement eue en vue. Mais il peut en être autrement. Ordinairement la subrogation expresse est générale, mais rien ne s'oppose à ce que les parties en limitent l'effet à une certaine espèce de créances ou à certains immeubles.

Le principe de la liberté des conventions autorise ces stipulations. L'hypothèse se réalise plus fréquemment, lorsque la subrogation est tacite et résulte de l'engagement conjoint et solidaire contracté par la femme dans l'acte même par lequel le mari constitue une hypothèque conventionnelle. Dans ce cas, le créancier ne peut se prévaloir de l'hypothèque légale en son nom personnel que sur l'immeuble grevé de l'hypothèque conventionnelle.

Quels seront alors les droits des divers subrogés ?

1124. Supposons d'abord que ces divers subrogés aient été subrogés à des créances différentes, l'un à la créance de la dot, l'autre à l'indemnité due à raison de l'aliénation d'un propre, par exemple. Nous considérons comme certain que chacun d'eux sera colloqué au rang déterminé par l'art. 2135, sans tenir compte de la date des subrogations. Ainsi celui qui a été subrogé à la créance de la dot sera colloqué par préférence à celui qui a été subrogé à la créance née de l'aliénation d'un propre, alors même que la convention dont il est bénéficiaire serait postérieure en date. Cette solution est conforme à la volonté formellement exprimée par les parties. Elle n'est pas en opposition avec l'al. 2 de l'art. 9 de la loi de 1855 qui n'a prévu que le cas de subrogation dans la généralité de l'hypothèque légale, c'est-à-dire le conflit entre subrogés se prévalant du même droit et des mêmes créances ⁴¹⁸.

Si plusieurs créanciers avaient été successivement subrogés dans la même créance de la femme, il serait logique d'appliquer ici la loi de 1855 et de déterminer l'ordre de préférence par la date des inscriptions ou mentions. Le conflit s'élève entre des subrogés aux mêmes droits et c'est, à notre avis, se conformer au texte de la loi et à la volonté du législateur que d'admettre cette solution.

1125. La question peut paraître plus délicate, lorsque les subrogations sont limitées à une part aliquote, mais distincte, de tous les droits de la femme, par exemple à la

moitié. Nous sommes portés à penser que les divers intéressés viendront en concours et au marc le franc, soit que le conflit s'élève entre le subrogé et la femme ⁴¹⁹, soit qu'il s'élève entre subrogés successifs ⁴²⁰. Ils exercent en effet le même droit, chacun pour des parts différentes. Chacun d'eux se prévaut de la même hypothèque légale, mais seulement pour une moitié, v. g. Ils ont donc une même cause de préférence, ils l'invoquent pour des parts distinctes ; il n'y a pas à ce point de vue de conflit entre eux. Ils seront donc colloqués au même titre et, en cas d'insuffisance, chacun recevra un dividende égal dans l'exemple que nous avons supposé.

On objecte en vain, dans le premier cas, que la femme, en consentant à la subrogation, a promis de ne rien faire qui puisse nuire à l'efficacité de la convention, et par suite de ne pas exercer son hypothèque légale tant que le subrogé ne serait pas désintéressé. L'objection exagère, suivant nous, les engagements pris par la femme, car elle n'a certainement pas entendu garantir la solvabilité du débiteur ; elle n'a même pas garanti l'existence de l'hypothèque, puisque la subrogation est destituée de toute efficacité si, liquidation faite de ses droits, elle n'est pas créancière de son mari. Du reste, elle a subrogé à une part aliquote de son hypothèque et elle ne fait rien de nature à nuire à son subrogé en exerçant la part aliquote de son hypothèque demeurée dans ses mains.

1126. Si la subrogation dans les droits de la femme n'avait eu lieu que jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, le subrogé devrait être colloqué vis-à-vis des autres subrogés au rang déterminé par la date de l'inscription ou de la mention et il aurait toujours le droit d'être préféré à la femme jusqu'à concurrence de la somme fixée. Nous prévoyons cette hypothèse pour être complets. Mais cette solution résulte des principes déjà développés. La subrogation, alors même qu'elle est générale, est

toujours, par la force même des choses, limitée au montant de la créance garantie, c'est-à-dire à une somme déterminée, si les reprises de la femme sont supérieures. Il est donc inutile d'insister sur ce point.

1127. Nous avons supposé jusqu'ici que l'effet de la subrogation s'étendait à tous les immeubles du mari. Il peut en être autrement. Les parties ont la faculté de limiter expressément ou tacitement l'effet de leur convention à certains immeubles déterminés. Chacun des subrogés successifs est subrogé à l'hypothèque légale, mais en tant seulement qu'elle frappe tel immeuble individuellement désigné et chacun d'eux a pour gage un immeuble différent. L'hypothèque se réalisera notamment, toutes les fois que la subrogation sera le résultat des engagements contractés envers des créanciers différents par la femme conjointement et solidairement avec son mari par des actes séparés, dans lesquels il est constitué des hypothèques conventionnelles, si celles-ci affectent des immeubles distincts.

Dans quel ordre ces subrogés seront-ils colloqués ?

On peut tout d'abord se demander si la question est susceptible de se présenter dans la pratique. Au premier abord on est porté vers la négative. L'ordre est la distribution du prix d'un immeuble entre les créanciers privilégiés et hypothécaires suivant leur rang. Pour qu'il s'élève un conflit entre eux, il faut donc qu'ils aient un privilège ou une hypothèque sur le même immeuble. Or, dans l'hypothèse que nous avons supposée, les créanciers sont subrogés à l'hypothèque légale sur des immeubles différents. Par conséquent, il n'y a pas de conflit entre eux et il n'y a pas lieu de chercher à fixer un ordre de préférence ⁴²¹.

L'objection ne nous paraît pas exacte ; car s'il n'y a pas conflit quant au bien sur lequel s'exerce l'hypothèque, il y a conflit quant à l'exercice du droit. L'efficacité de

l'hypothèque légale dépend du chiffre de la créance de la femme contre son mari. Les créanciers subrogés à des dates différentes ont tous acquis le droit de se prévaloir de l'hypothèque légale, jusqu'à concurrence de leur créance dans la mesure des reprises de la subrogeante ; celui d'entre eux qui exercera ce droit le premier entamera le droit de la femme et lui fera perdre, tout au moins jusqu'à concurrence du montant de sa collocation, le bénéfice du rang qui lui appartenait. Il est donc important de déterminer l'ordre dans lequel chacun sera admis à invoquer la cause de préférence qui lui a été transmise.

1128. Il nous paraît impossible d'en abandonner la fixation au hasard et de le faire dépendre soit de la réalisation plus ou moins prompte des biens grevés, soit de la date des ordres ouverts pour la distribution des prix. Ce serait injuste : il pourrait arriver que le dernier subrogé reçût le premier satisfaction. Si le prix de l'immeuble à lui affecté était distribué le premier et si sa créance absorbait la totalité des reprises de la femme, les subrogés antérieurs seraient privés de tout droit ou tout au moins ne pourraient être colloqués qu'à un rang inférieur ; ils seraient exposés à ne pas venir en ordre utile et à être privés du bénéfice de la subrogation, sur la foi de laquelle ils avaient consenti à traiter.

C'est pourquoi nous serions disposés à appliquer à notre hypothèse l'art. 9 de la loi de 1855 et à décider que le rang de ces subrogés se déterminera par la date des inscriptions prises à leur profit ou des mentions faites en marge des inscriptions préexistantes.

Le texte vient à l'appui de cette solution. Il y a conflit entre des subrogés successifs à l'hypothèque légale. Les dates des inscriptions ou des mentions déterminent l'ordre dans lequel chacun est admis à exercer les droits hypothécaires de la femme. Le législateur a peut-être prévu seulement le cas d'une subrogation générale et non celui d'une subrogation limitée à certains immeubles. Mais le

texte est absolu et il embrasse dans ses termes même notre hypothèse.

Cette solution n'est d'ailleurs qu'une application des principes. La femme qui a consenti une subrogation à son hypothèque légale ne peut pas, par un acte ultérieur de sa volonté, en faisant de nouvelles subrogations, porter atteinte aux droits qu'elle a concédés. Il importe peu que la subrogation postérieure se réfère à un immeuble différent. La femme avait subrogé le premier cessionnaire à son hypothèque légale, quoique sur un immeuble déterminé. L'effet de cette subrogation est ainsi limité, d'une part par la valeur de cet immeuble, d'autre part par le montant des reprises de la femme. Il y aurait une atteinte à ses droits, si on ne reconnaissait pas au subrogé un droit de préférence à l'encontre des subrogés postérieurs sur d'autres immeubles. Ces derniers ne sauraient être admis à exercer l'hypothèque légale que si la femme reste créancière après que le premier subrogé a fait valoir ses droits.

Pour le même motif, cette solution satisfait l'équité. La première subrogation, publiée conformément à la loi, inscrite ou mentionnée la première, produira les effets qu'elle devait avoir dans l'intention des parties.

Enfin la loi du 13 février 1889, dans son al. 5 formant l'al. 7 de l'art. 9 de la loi de 1855 fournit peut-être un nouvel argument en faveur de cette opinion. Elle suppose, d'après une théorie que nous exposerons ⁴²², un acquéreur subrogé sur l'immeuble vendu au droit de préférence, qui a survécu au profit de la femme à l'extinction du droit de suite, en conflit avec des subrogés à l'hypothèque légale sur d'autres immeubles du mari. C'est précisément notre hypothèse, sauf une légère différence. Dans la loi de 1889, l'acquéreur subrogé au droit de préférence est en conflit avec des subrogés postérieurs à l'hypothèque légale. Ici au contraire le conflit s'élève entre plusieurs subrogés successifs à l'hypothèque légale. Mais cette différence ne paraît pas

avoir d'importance. Or la loi de 1889 décide que l'acquéreur subrogé au droit de préférence est obligé de publier sa subrogation conformément à l'al. 1 de l'art. 9 de la loi de 1855, s'il veut l'opposer aux autres subrogés dans l'hypothèque légale. Ne faut-il pas en conclure que l'ordre de préférence entre ces personnes se détermine par la date à laquelle ont été remplies ces formalités de publicité ? N'est-il pas logique de voir dans cette disposition une application du principe de l'art. 9 de la loi de 1855 ? Notre solution se trouverait justifiée par ce nouvel argument ⁴²³.

Mais le subrogé ne jouit de cette cause de préférence que sur l'immeuble déterminé, sur lequel la subrogation lui a été consentie. Si le prix de cet immeuble ne suffisait pas pour le couvrir, il ne pourrait pas invoquer la subrogation sur d'autres immeubles, en supposant que les créances de la femme ne fussent pas épuisées.

1129. Il importerait peu, dans ce cas, que la femme fût personnellement obligée envers le créancier subrogé ou envers les subrogés successifs. L'obligation personnelle, par elle contractée, aurait bien pour effet d'engager l'universalité de son patrimoine. Mais elle ne saurait donner naissance à une cause de préférence ; celle-ci ne peut résulter que d'une subrogation. Nous avons supposé que la subrogation ne s'appliquait qu'à un immeuble déterminé. L'effet en est limité à cet immeuble. Pour le surplus, le subrogé se trouve dans la même situation que tous les autres créanciers de la femme. Il a les mêmes droits ; il ne saurait en prétendre de plus étendus ⁴²⁴.

1130. Notre solution se heurte cependant à une difficulté pratique considérable, lorsque le montant des créances de la femme ne suffit pas pour assurer le paiement des divers subrogés. Ceux-là seuls sont appelés à l'ordre qui sont inscrits sur l'immeuble, dont le prix est en distribution. Or les subrogés dont nous parlons sont subrogés sur des immeubles différents. Ils ne figureront pas au même ordre.

Qu'en conclure ? Que l'exercice par les subrogés postérieurs de l'hypothèque légale ne peut pas nuire au premier subrogé, que celui-ci conserve l'intégralité de ses droits, qu'il peut demander à être colloqué, comme si les reprises de la femme étaient entières ⁴²⁵.

Mais alors l'exercice de l'hypothèque légale par le subrogé postérieur aura nui aux créanciers hypothécaires, peut-être même aux créanciers chirographaires du mari.

Il faut prévenir cette éventualité. Dans ce but, on pourrait être tenté d'imposer à celui qui se présente pour exercer le droit hypothécaire de la femme non seulement d'établir l'existence de la subrogation, l'existence et la quotité des créances de la femme, mais encore de prouver que les droits de celle-ci ne sont pas épuisés par des subrogations antérieures sur d'autres immeubles. Nous n'irions pas cependant jusque là, mais nous reconnâtrions aux autres créanciers du mari le droit d'administrer cette preuve à l'effet soit d'écarter le subrogé, soit tout au moins de le réduire à une collocation simplement éventuelle.

1131. Il nous faut maintenant rechercher l'influence que l'exercice de la subrogation peut avoir sur le droit de la femme. Elle varie suivant les circonstances. Tantôt le droit hypothécaire de la femme sera éteint dans la mesure où la subrogation aura été invoquée ; tantôt, au contraire, les reprises de la femme demeureront intactes. Il est assez facile de poser une règle. La femme, qui subroge un tiers dans son hypothèque légale, lui transfère la sûreté qui lui appartenait, telle qu'elle lui appartenait. Si le subrogé exerce l'hypothèque, c'est du droit de la femme qu'il s'est prévalu. La femme doit donc se trouver, à ce point de vue, dans la même situation que si elle l'avait exercé elle-même. L'intervention et l'action du subrogé ne peuvent nuire ni au mari, ni à ses créanciers hypothécaires, ni aux tiers acquéreurs de ses biens. A l'aide de ce principe, on déterminera les conséquences de l'exercice par les

subrogés de l'hypothèque légale. Il est du reste nécessaire de distinguer.

1132. En premier lieu, si le subrogé n'était pas créancier du mari, mais de la femme seule, l'exercice qu'il fera de la subrogation entamera le droit hypothécaire de la femme et diminuera jusqu'à concurrence des sommes par lui touchées, le montant des créances de celle-ci ⁴²⁶.

La collocation, qu'il obtient par la subrogation sur le prix d'immeubles du mari, réduira d'autant le chiffre des créances de la femme. Elle profile à celle-ci qui se trouve libérée envers son créancier ; en libérant sa femme vis-à-vis de son créancier, le mari s'est en même temps libéré envers elle.

1133. Il semblerait juste que le mari ne pût pas valablement se libérer par un paiement fait entre les mains de la femme ou de ses héritiers, au préjudice du subrogé. Cette solution se justifierait par les principes généraux, lorsque la subrogation a été consentie avec l'autorisation du mari. On peut en effet soutenir que, par son autorisation, celui-ci a participé à l'acte et qu'il a promis de ne rien faire qui fût de nature à nuire aux droits que le subrogé tient de la convention.

Si au contraire la subrogation a eu lieu à l'insu du mari, si, par exemple, elle émane des héritiers de la femme prédécédée, il a été décidé qu'il en était autrement et que le paiement fait de bonne foi aux héritiers de la femme serait libératoire ⁴²⁷. On peut dire qu'il est fait au possesseur de la créance, que, si l'inscription requise par le subrogé le saisit de l'hypothèque à l'égard des tiers, le mari n'est pas un tiers dans le sens que la loi de 1855 attache à cette expression ; que cette inscription, qui peut être prise à l'insu du mari, ne le constitue pas de mauvaise foi, qu'elle ne saurait équivaloir ni à une signification ni à une saisie-arrêt, qu'il appartient aux subrogés d'avertir le mari et que, faute par eux de l'avoir prévenu, les paiements qu'il fait

leur sont opposables et que, éteignant au moins pour partie la créance de la femme, ils enlèvent dans la même mesure à ses subrogés le droit d'exercer l'hypothèque légale.

1134. Mais le plus ordinairement la subrogation a lieu au profit d'un créancier du mari. Pour déterminer les effets de l'exercice du droit à l'égard de la femme, il faut alors rechercher s'il s'agit d'un créancier chirographaire ou d'un créancier hypothécaire et, dans ce dernier cas, tenir compte de l'étendue de l'hypothèque ainsi que des circonstances de la collocation.

Si le subrogé n'est que créancier chirographaire du mari, ou s'il n'a pas d'hypothèque sur les immeubles dont le prix est en distribution, il aurait dû venir au marc le franc avec les autres créanciers chirographaires. Pour obtenir une collocation par préférence, il a besoin d'invoquer la subrogation et d'exercer le droit hypothécaire de la femme ; en l'exerçant, il l'épuise dans la même mesure ; car la subrogation ne saurait nuire ni au mari ni à ses créanciers hypothécaires ni aux tiers acquéreurs de ses biens ; elle leur nuirait cependant si, malgré cet exercice, la femme conservait l'intégralité de ses droits. Par conséquent, la femme perdra dans la mesure de la collocation obtenue par le créancier, le bénéfice de son rang originaire. Par conséquent aussi, elle perdra dans la même mesure le droit de suite contre les tiers acquéreurs 428.

Le subrogé, créancier du mari, a été payé au moyen d'une valeur que la femme aurait reçue, si elle n'avait pas consenti à la subrogation. C'est comme s'il avait été payé des deniers de la femme. Celle-ci a donc un recours contre son mari ; elle a droit à une indemnité ; cette créance est garantie par une hypothèque qui prend rang à la date de la naissance de l'obligation de la femme (art. 2135), dans l'espèce à la date de la subrogation. Par conséquent, elle sera primée par les créanciers hypothécaires inscrits

depuis la date de l'hypothèque exercée et avant la subrogation ; elle primera au contraire les créanciers hypothécaires inscrits depuis la subrogation. De même, cette hypothèque ne pourra pas être exercée contre les tiers acquéreurs dont les titres d'acquisitions auraient été transcrits avant la subrogation ; mais elle pourra l'être contre ceux dont les titres n'auraient été transcrits que depuis.

1135. Reste le cas où le subrogé est un créancier hypothécaire du mari et a été colloqué sur le prix des immeubles qui lui étaient hypothéqués, ou bien encore celui où il avait une hypothèque générale. Grâce à la subrogation, il a été colloqué à un rang que ne lui aurait pas procuré son hypothèque. Dans cette mesure, il a exercé le droit de la femme, et en l'exerçant il l'a épuisé. Par conséquent la femme perdra, jusqu'à concurrence de la somme attribuée au subrogé, le rang qui lui appartenait et son droit de préférence à l'égard des créanciers hypothécaires qui, par leur hypothèque, étaient préférables à l'hypothèque du subrogé ⁴²⁹.

Mais la femme sera subrogée de plein droit à l'hypothèque du subrogé, au moins dans le cas où elle se sera personnellement engagée avec son mari (art. 1251-3°), car elle était tenue avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, et elle l'a acquittée avec ses reprises. Le subrogé est donc payé avec une valeur qui, sans la subrogation, aurait été attribuée à la femme. Les conditions de la subrogation légale sont remplies : elle s'opérera ⁴³⁰.

La femme n'aura aucun intérêt, en principe, à invoquer le bénéfice de la subrogation, lorsque l'hypothèque a été constituée par l'acte même dans lequel la cession de l'hypothèque légale a été consentie ; car l'obligation qu'elle a contractée dans l'intérêt de son mari a donné naissance à un recours éventuel garanti par l'hypothèque légale à la date de l'engagement ; et, comme l'hypothèque légale est

dispensée d'inscription, elle conférera à la femme un rang plus avantageux que l'hypothèque conventionnelle du créancier.

Si enfin la subrogation dans l'hypothèque légale a été consentie par un acte postérieur à l'acte constitutif de l'hypothèque conventionnelle, la femme aurait intérêt à invoquer cette dernière pour être préférée aux créanciers hypothécaires inscrits dans l'intervalle de temps qui sépare ces deux actes ⁴³¹.

1136. Le droit de suite qui appartenait à la femme subira, au moins dans certains cas, le contre-coup de la subrogation, lorsque le subrogé est créancier hypothécaire du mari. Il y a en effet des distinctions à faire. Si le subrogé a été colloqué sur le prix d'immeubles demeurés en la possession du mari, il semble naturel d'admettre que la femme conserve intégralement son droit de suite contre les tiers acquéreurs. C'est la solution qu'enseignent MM. Aubry et Rau ⁴³², et qui a été consacrée par un arrêt ⁴³³. Cette solution est parfaitement exacte, si les immeubles aliénés étaient grevés de l'hypothèque du subrogé ou s'ils n'ont été aliénés qu'après la subrogation. Dans ce cas, la femme a le droit d'agir contre les tiers détenteurs soit parce qu'elle a succédé à l'hypothèque du subrogé, soit parce que son hypothèque légale grève le bien aliéné.

Mais en sera-t-il de même si la subrogation est postérieure à l'aliénation ? Nous sommes portés à répondre négativement. A quel titre la femme agirait-elle contre le tiers détenteur ? En vertu de son hypothèque légale originaire ? Mais elle a été exercée sur d'autres immeubles par le subrogé et nous supposons qu'elle a été exercée pour le tout. Elle est donc éteinte et la femme ne peut plus l'invoquer de ce chef. La femme veut-elle agir en vertu de l'hypothèque légale qui garantit la créance née de la subrogation ? Mais à ce moment l'aliénation était consommée et l'hypothèque n'a pas pu saisir l'immeuble.

S'il en était autrement, la subrogation nuirait au tiers détenteur.

La même considération nous donne également la règle à suivre, lorsque le subrogé a exercé la subrogation contre un tiers détenteur d'un immeuble sur lequel il avait lui-même une hypothèque. En supposant que le prix de l'immeuble soit complètement absorbé par le subrogé, la femme conservera le droit d'agir contre les tiers détenteurs d'autres immeubles aliénés par le mari, pourvu toutefois qu'à raison de sa date cette hypothèque les grève. Mais elle ne pourra les poursuivre que déduction faite de la somme pour laquelle ils auraient eu un recours à exercer contre le détenteur de l'immeuble sur lequel le subrogé a obtenu collocation. S'il en était autrement, la subrogation leur causerait préjudice. Il faudra donc tenir compte ici des règles relatives à la subrogation personnelle. Nous n'avons pas à les exposer ⁴³⁴.

2. Effets de la renonciation à l'hypothèque légale en faveur d'un acquéreur.

1° Avant la loi du 13 février 1889.

1137. On connaît déjà la très grave controverse qui s'agitait en cette matière. Les uns soutenaient que cette renonciation est purement extinctive, qu'elle a pour but unique de mettre l'acquéreur à l'abri de l'exercice de l'hypothèque légale et du droit de suite qui y est attaché, mais qu'en aucun cas elle n'est investitive, et que l'acquéreur ne peut jamais l'invoquer à son profit. Pour produire un pareil résultat, il aurait fallu une manifestation de volonté plus énergique, une subrogation expresse, faite et publiée dans les conditions déterminées par l'art. 9 de la loi de 1855 ⁴³⁵.

D'autres auteurs soutenaient, au contraire, que cette renonciation a pour but de sauvegarder les intérêts de

l'acquéreur, que telle a été la volonté des parties et que, par suite, les effets de la convention doivent dépendre des circonstances. S'il suffit pour la sécurité de l'acquéreur que la femme s'abstienne d'exercer son hypothèque légale, la renonciation sera simplement abdicative ; mais s'il est nécessaire, pour mettre l'acheteur à l'abri de toute perte, qu'il soit investi de l'hypothèque légale, la renonciation sera translatrice. C'est ce qui se présente, lorsque l'immeuble est grevé d'hypothèques postérieures en rang à celle de la femme. L'acquéreur, qui a payé son prix, est exposé, si les autres créanciers exercent leurs droits, à perdre la chose et le prix ; l'investiture, que lui donne la renonciation translatrice, le protège contre ce péril. S'il court encore le risque de perdre la chose, il aura du moins, au moyen de l'hypothèque légale de la femme, la ressource éventuelle d'obtenir le remboursement de la somme par lui payée et d'obtenir ainsi une collocation par préférence sur le prix de la revente de l'immeuble ⁴³⁶.

1138. Dans l'une et l'autre opinion, et la jurisprudence acceptait cette solution, la renonciation de la femme entraîne l'extinction du droit de suite, et, en aucun cas, celle-ci ne peut poursuivre contre l'acquéreur l'expropriation forcée de l'immeuble. Elle abdique ce droit en lui promettant, par sa renonciation, de ne pas le troubler.

1139. Il était aussi généralement admis que la femme conserve, sur le prix encore dû par l'acheteur, un droit de préférence contre les créanciers inscrits après elle et doit être colloquée avant eux dans l'ordre. La renonciation de la femme n'a eu lieu qu'en faveur de l'acquéreur ; à l'encontre de tous autres, elle peut invoquer ses droits ; ces tiers ne peuvent pas se prévaloir de la convention, qui est à leur égard *res inter alios acta* ⁴³⁷.

1140. Mais une discussion très vive s'élevait sur la question de savoir si le mari peut disposer librement du

prix de l'immeuble. Les uns lui reconnaissent ce droit et l'autorisent soit à recevoir le paiement soit à céder sa créance. La renonciation de la femme a éteint l'hypothèque ; le mari recouvre la libre disposition du prix de l'immeuble. Le droit de préférence, qui survit au profit de la femme, est susceptible de s'exercer tant que les choses sont entières, tant que l'acquéreur demeure débiteur du prix. Mais il disparaît, dès que cette créance a fait l'objet d'une cession ou d'une délégation ⁴³⁸.

Dans un autre système, on refuse au mari le droit de disposer de cette créance sans le concours et le consentement de la femme. On interprète la renonciation de la manière la plus étroite. On n'y voit qu'une abdication au profit du tiers acquéreur, une simple promesse d'abstention ; mais l'hypothèque n'est pas éteinte ; à l'égard de tous autres, à l'égard des créanciers du mari ou de ses cessionnaires la femme conserve ses droits et peut réclamer une collocation par préférence ⁴³⁹.

Quoi qu'il en soit du mérite de ces opinions, la question ne présente plus qu'un intérêt rétrospectif. C'est pourquoi il nous paraît superflu de la discuter. La loi du 13 février 1889, dont nous allons exposer l'économie, a mis un terme à cette controverse et consacré la doctrine que nous avons rapportée en dernier lieu.

2° Loi du 13 février 1889.

1141. La renonciation soit expresse, soit tacite au profit de l'acquéreur a pour effet d'éteindre le droit de suite, mais elle laisse subsister le droit de préférence sur le prix. C'est ce qui résulte des al. 1 et 4 de la loi nouvelle formant les al. 3 et G du nouvel art. 9 de la loi de 1855. Al. 1 : « La renonciation

» par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acqué-

» reur d'immeubles grevés de cette hypothèque en emporte

» extinction et vaut purge ». Al. 4 : « Toutefois la femme con-

» serve son droit de préférence sur le prix ».

Un auteur a cependant contesté qu'il y eût réellement extinction du droit de suite ; suivant lui, « la renonciation au

» profit de l'acquéreur a pour effet non d'éteindre le droit de

» suite mais de détacher l'hypothèque légale de l'immeuble

» qu'elle affranchit et de la reporter sur le prix qui, par une

» fiction légale, devient, au respect de la femme, la représen-

» tation de l'immeuble » ⁴⁴⁰.

Mais cette interprétation ne se concilie ni avec le texte de la loi qui nous parle de l'extinction de l'hypothèque, c'est-à-dire du droit de suite, puisque la femme conserve son droit de préférence, ni avec la volonté du législateur, que le rapporteur du Sénat a exprimée dans les termes suivants ⁴⁴¹ : « Vous

» savez que l'hypothèque donne un double droit, le droit de

» suite et le droit de préférence. Le droit de suite, la femme

» l'abandonne incontestablement au profit de l'acquéreur

» envers lequel elle s'est obligée, mais elle conserve et elle

» doit conserver, malgré la purge qui résulte de la renoncia-

» tion, le droit de préférence sur le prix » ⁴⁴².

1142. Pour exprimer cette pensée, les auteurs de la loi de 1889 ont rapproché une double formule qu'il importe de bien comprendre. La renonciation de la femme emporte

extinction de l'hypothèque et vaut purge. Des termes de la loi, il ne faudrait pas conclure que la femme est dans la même situation que si, sur la procédure de la purge, elle avait pris inscription dans les deux mois de l'art. 2194. Dans ce dernier cas, l'hypothèque n'est pas encore éteinte ; elle continue de grever l'immeuble non seulement jusqu'à la clôture de l'ordre, mais encore jusqu'au paiement effectif ou jusqu'à la consignation. Si la femme ne reçoit pas paiement de son bordereau de collocation, elle pourra, en vertu de son hypothèque, poursuivre la revente de l'immeuble, par voie de folle-enchère ou d'expropriation forcée suivant les cas, non seulement contre l'acquéreur, mais encore contre un sous-acquéreur, pourvu qu'elle n'ait pas laissé périmer son inscription et l'ait renouvelée en temps utile. La purge, par elle-même et par elle seule, n'éteint donc pas l'hypothèque. Le droit de suite continue de subsister ; il en est de même du droit de préférence, que la femme fera valoir en demandant sa collocation sur le prix de la nouvelle adjudication.

Tout autre est la situation dans notre hypothèse. La femme, qui a renoncé à son hypothèque légale en faveur d'un acquéreur, a perdu son droit de suite. Elle ne peut plus dorénavant se prévaloir de son hypothèque à l'égard de l'acquéreur ou de ses ayants cause. Elle ne peut plus agir contre l'immeuble ; elle ne peut procéder ni par sommation de payer ou de délaisser, ni par voie de surenchère ; elle n'a qu'une action personnelle contre l'acquéreur. Si celui-ci est insolvable, elle est obligée, pour agir contre l'immeuble, de recourir à l'art. 1166 ; elle peut alors, du chef de son mari, exercer soit le privilège du vendeur, soit l'action résolutoire, si ces droits ont été régulièrement conservés ⁴⁴³.

1143. Cet effet de la renonciation se produit immédiatement inter partes, dès que la convention a reçu sa perfection et a été constatée dans les formes

déterminées par la loi. A partir de ce moment, l'acquéreur est à l'abri des poursuites de la femme ; il n'a à redouter ni une surenchère, ni une sommation de payer ou de délaisser.

Au contraire, la renonciation ne devient opposable aux tiers que par la transcription de l'acte d'aliénation, si elle y est contenue, ou par sa mention en marge de la transcription, si elle est consentie par un acte postérieur. Par conséquent, les subrogés à l'hypothèque légale, que leur subrogation soit antérieure ou postérieure à la renonciation, conservent jusque là le droit de requérir inscription de l'hypothèque légale à leur profit ou mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante.

Nous l'avons déjà dit ⁴⁴⁴, la publicité de la renonciation n'est pas une condition requise pour la perfection de la convention ; elle n'est exigée que pour la rendre opposable aux tiers et ainsi se trouve justifiée la différence que nous établissons entre la femme et les subrogés à son hypothèque légale ⁴⁴⁵.

1144. Du moment où l'immeuble est, par l'effet de la renonciation, affranchi de l'hypothèque légale, l'acquéreur a le droit de demander la radiation de l'inscription qui en aurait été prise au profit de la femme, soit qu'elle ait été requise par celle-ci, soit qu'elle l'ait été par un tiers au nom de la femme. Mais, d'une part, cette radiation ne peut avoir lieu qu'en tant que l'inscription frappe l'immeuble aliéné, et elle ne peut être opérée que si l'inscription a été faite dans l'intérêt exclusif de la femme ; si elle profitait à d'autres personnes, notamment à des tiers subrogés dans l'hypothèque légale, il est évident que la radiation ne pourrait avoir lieu sans le consentement des intéressés. Ainsi donc la radiation de l'inscription prise dans l'intérêt exclusif de la femme peut être exigée en vertu de la renonciation. La publicité n'est pas requise pour la conservation du droit de préférence. Cette solution,

contestée avant la loi du 13 février 1889 ⁴⁴⁶, nous paraît certaine aujourd'hui. En tout cas, la femme serait obligée de donner mainlevée sous la réserve de son droit de préférence et le conservateur des hypothèques devrait opérer la radiation dans ces conditions ⁴⁴⁷.

La seule question est de savoir si le conservateur des hypothèques peut être contraint d'opérer la radiation en vertu de la seule renonciation ⁴⁴⁸, ou s'il a le droit d'exiger une mainlevée expresse de la femme ⁴⁴⁹.

1145. Le droit de préférence survit à l'extinction du droit de suite. La loi interprète la renonciation de la femme dans son sens le plus étroit, conformément aux principes. Il est possible que la femme ait voulu procurer de l'argent à son mari et qu'elle ait entendu abdiquer d'une manière complète tous ses droits. Il est possible qu'elle ait voulu seulement donner pleine sécurité à l'acquéreur, le mettre à l'abri d'une poursuite hypothécaire du chef de l'hypothèque légale, le placer dans la situation que lui créerait la purge dite légale, tout en le dispensant de l'accomplissement des formalités de cette procédure. Dans le doute, la loi se prononce en faveur de cette dernière interprétation. Elle est d'ailleurs conforme à l'intention probable des parties, qui ont dû vouloir que la renonciation produisit tous les effets nécessaires à la sécurité de l'acquéreur, mais pas davantage. Or, ce qui importe à l'acquéreur, c'est de ne pas pouvoir être évincé par l'exercice du droit de suite. Il n'a pas d'intérêt à ce que la femme et ses ayants droit perdent en outre leur droit de préférence sur le prix. Ce droit de préférence sera donc maintenu. La femme avait intérêt à le réserver ; on suppose qu'elle l'a fait.

Cette présomption légale est fondée sur l'interprétation de la volonté des parties ; elle cèdera devant la manifestation d'une intention contraire. Cette manifestation peut être expresse ou tacite. Elle résultera notamment de la renonciation faite par un acte d'aliénation

consenti sans aucune stipulation de prix, v. g. par un acte à titre gratuit, par un contrat d'échange sans soulte à la charge du tiers acquéreur, par une dation en paiement (⁴⁵⁰).

1146. Cette survie du droit de préférence au droit de suite crée à la femme une situation analogue à celle qui résulte pour elle des art. 717 et 772 Pr. civ., lorsque son hypothèque légale n'a pas été inscrite au cas de vente sur saisie avant la transcription du jugement d'adjudication et en cas de purge avant l'expiration du délai de deux mois de l'art. 2194. Résolvant une question qui divisait la jurisprudence, la loi du 27 mai 1858 a décidé que le droit de préférence survivrait alors au droit de suite, mais sous la condition formelle qu'il serait exercé dans un délai assez bref. En cas d'adjudication sur saisie, la femme doit produire avant l'expiration du délai de l'art. 754 Pr. civ. si l'ordre se règle judiciairement, et avant la clôture de l'ordre s'il s'agit d'un ordre amiable. En cas d'aliénation volontaire suivie de purge, elle n'est admise à produire dans les mêmes délais que si un ordre est ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration du délai de l'art. 2195. Les auteurs de la loi de 1889 avaient eu d'abord la pensée de se référer à ces dispositions et un texte formel renvoyait aux art. 717 et 772 Pr. civ. Mais un sénateur, M. Lacombe, fit observer qu'il était impossible, au cas de vente amiable, de renfermer l'exercice du droit de la femme dans des limites aussi étroites. En conséquence, le renvoi aux art. 717 et 772 fut supprimé ⁴⁵¹.

Quoi qu'il en soit, la survie du droit de préférence au droit de suite consacrée par la loi de 1889 présente une analogie certaine avec les hypothèses réglées par le code de Pr. civ. Toutefois il existe d'importantes différences.

D'une part, l'exercice du droit de préférence par la femme qui a renoncé à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur n'est renfermé dans aucun délai de rigueur et

peut avoir lieu à toute époque, tant qu'il n'est pas atteint par la prescription dans les termes du droit commun ⁴⁵².

D'autre part, il n'est pas nécessaire que la femme en réclame expressément le bénéfice comme dans les cas prévus par les art. 717 et 772 Pr. civ. L'acquéreur ne peut faire aucun paiement au préjudice de la femme et sans le consentement de celle-ci. La femme n'a pas seulement un droit de préférence sur le prix, droit de préférence qu'elle pourrait opposer aux autres créanciers inscrits sur l'immeuble, elle a une créance contre l'acquéreur, qui ne peut pas se libérer en dehors d'elle ⁴⁵³.

1147. L'acquéreur ne peut donc pas sans imprudence payer son prix entre les mains du mari ou de ses ayants cause, notamment de ses cessionnaires, s'il n'a pas obtenu le consentement de la femme. La controverse qui s'était élevée à cet égard avant la loi de 1889 et que nous avons rappelée ⁴⁵⁴, ne peut plus se renouveler. On a vu dans cette nouvelle règle une atteinte aux pouvoirs que le mari peut tenir du contrat de mariage si les époux ont adopté un régime de communauté, et si l'immeuble aliéné est un conquêt de cette communauté. Le mari n'aura plus la libre disposition du prix, quoique cette créance fasse partie de l'actif commun ⁴⁵⁵. L'observation n'est peut-être pas absolument exacte. La situation du mari reste ce qu'elle aurait été si la femme n'avait pas renoncé à son hypothèque légale. Dans ce cas, les paiements faits par les tiers acquéreurs ne nuiraient pas à la femme qui, conservant ou pouvant exercer dans certaines éventualités son hypothèque légale, aurait le droit de poursuivre l'expropriation forcée de l'immeuble. Or le droit de la femme n'est pas alors considéré comme une atteinte aux pouvoirs du mari. Pourquoi en serait-il autrement dans notre hypothèse ? Sans doute la femme a renoncé à son hypothèque légale, mais cette renonciation a été consentie au profit de l'acquéreur. On ne voit pas pourquoi et

comment elle profiterait au mari en faveur duquel elle ne pourrait pas directement intervenir. La loi a interprété l'acte dans ce sens étroit ; le droit de suite est éteint, parce qu'il s'exerce contre l'acquéreur. Le droit de préférence survit parce que son exercice n'intéresse pas l'acquéreur. Il n'est donc pas exact de prétendre que les pouvoirs du mari subissent une atteinte ⁴⁵⁶.

1148. S'il existe d'autres créanciers inscrits sur l'immeuble, l'acquéreur agira sagement en provoquant l'ouverture d'un ordre. Le paiement qu'il pourrait faire entre les mains du mari ou des cessionnaires de celui-ci, même du consentement de la femme, ne lui procurera pas une sécurité complète. Sans doute, il est alors subrogé, comme nous le verrons, au droit de préférence qui appartient à la femme ; mais l'efficacité de cette subrogation est subordonnée à l'existence d'une créance de reprises et dépend de son chiffre. Il est donc possible que la subrogation reste déstituée de tout effet ; l'acquéreur resterait exposé à la poursuite des autres créanciers hypothécaires, sauf son recours contre le mari. L'ordre le mettra à l'abri de ces dangers en purgeant les hypothèques qui grevaient l'immeuble ⁴⁵⁷.

Avant d'en provoquer l'ouverture, l'acquéreur devra notifier son contrat aux créanciers inscrits conformément aux art. 2183 s. Il est inutile d'adresser une semblable notification à la femme, qui ne peut pas ignorer l'existence du contrat et qui, par sa renonciation, a abdiqué le droit de surenchérir. Mais elle devra être appelée à la tentative d'ordre amiable, qui ne peut pas se régler sans son assentissement. Elle doit aussi être avertie de l'ouverture de l'ordre judiciaire. L'acquéreur devra veiller avec d'autant plus de soin à l'accomplissement de cette formalité que la femme, son hypothèque n'étant pas ordinairement inscrite ou l'inscription prise ayant pu être radiée, ne recevra pas de sommation de produire. S'il en

était autrement, l'ordre ne serait pas régulier au regard de la femme et les paiements faits en conséquence ne seraient ni valables ni libératoires.

La femme pourrait aussi provoquer elle-même l'ouverture de l'ordre ⁴⁵⁸.

1149. Pour conserver ce droit de préférence, la femme n'est jamais obligée, même après la dissolution du mariage, de prendre une inscription. La loi nouvelle ne prescrit pas cette formalité. Nous le disions tout à l'heure, la femme se trouve dans la situation d'un créancier hypothécaire après la purge ; or un semblable créancier conserve pendant trente ans son droit de préférence sur le prix, sans avoir d'inscription à prendre ni à renouveler. La nécessité de l'inscription ne s'applique qu'à l'hypothèque telle qu'elle est définie par l'art. 2114, à l'hypothèque armée du droit de suite. Enfin dans notre hypothèse, la dispense d'inscription se conçoit à merveille. En effet, les ayants cause de l'acquéreur auront facilement connaissance du maintien du droit de la femme sur le prix en consultant le titre de leur auteur, l'acte de vente ; cet acte leur apprendra que la femme a concouru à l'aliénation mais non au paiement du prix, et qu'elle a ainsi perdu son droit de suite sans perdre son droit de préférence sur le prix.

1150. La femme peut-elle disposer de ce droit de préférence qui a survécu à l'extinction du droit de suite ? à quelles règles est soumise cette transmission ?

Nous serions disposés à penser que ce droit de préférence est une qualité de la créance de la femme, qu'il en est inséparable, qu'il ne peut être cédé sans elle. En effet, il n'y a plus de droit réel susceptible, comme l'hypothèque, d'être transporté indépendamment de la créance garantie. La cession ne peut avoir pour objet que la créance elle-même.

L'opinion contraire se heurte aux plus sérieuses difficultés. La validité de la convention serait-elle assujettie

à la rédaction d'un acte authentique ? La publicité serait-elle exigée pour rendre cette stipulation opposable aux tiers ?

Les auteurs de la loi de 1889 n'ont pas résolu la question, parce qu'ils n'ont pas conçu la possibilité de semblables conventions. La subrogation à ce droit de préférence ne peut avoir lieu, dans leur pensée, qu'au profit de l'acquéreur et seulement dans le cas où il existe des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme. Elle n'est pas alors soumise à la publicité ; tel est le principe. Il comporte exception, lorsque l'acquéreur se trouve en conflit avec des subrogés postérieurs à l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles du mari. Cette précision implique même, chez les auteurs de la loi, la pensée qu'une subrogation postérieure à la transcription de l'aliénation, n'approprie pas les subrogés du droit de préférence qui a survécu à la renonciation à l'hypothèque légale, et ne les autorise pas à s'opposer aux paiements que l'acquéreur ferait du consentement de la femme.

Cette conception s'harmonise avec les principes consacrés par la loi nouvelle. La femme a acquis un droit contre l'acquéreur ; le montant de sa créance sera déterminé, s'il y a lieu, par le chiffre de ses reprises et le rang de son hypothèque.

Voilà pourquoi on lui conserve son droit de préférence ; mais elle n'a plus de droit sur l'immeuble ; elle n'a plus de droit réel : on ne peut plus invoquer les règles générales ou spéciales relatives au transfert des droits réels ; il ne peut exister qu'un droit de créance, il se transmettra comme les droits de créance. Il faut, en conséquence, appliquer l'art. 1690 ⁴⁵⁹. L'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 est étranger à cette hypothèse. Il a prévu le cas de subrogation à l'hypothèque légale. Dans l'opération dont nous parlons, la femme cède un droit de créance assorti d'une cause de préférence. Les formalités de l'art. 1690 sauvegardent tous

les intérêts. L'acquéreur est averti qu'il ne doit pas se dessaisir des fonds entre d'autres mains que celles du cessionnaire ou du moins sans son consentement. Les cessionnaires ultérieurs seront prévenus par l'acquéreur de l'existence des cessions antérieures.

1151. Revenons à l'acquéreur. La renonciation faite dans l'acte de vente par la femme à son hypothèque légale a éteint le droit de suite. Mais le droit de préférence survit : L'acquéreur ne peut pas payer son prix entre les mains du mari sans le consentement de la femme.

De quelle manière, en quelle forme ce consentement doit-il être donné ? La loi ne résout pas ces questions ; elles ne manqueront pas de soulever des difficultés. La pratique les préviendra probablement, mais en multipliant les précautions et les exigences.

Dans le silence de la loi, il semble naturel d'appliquer les principes généraux. Par conséquent, le consentement de la femme pourra être exprès ou tacite et résultera notamment, comme le prévoit la loi nouvelle, de son concours à la quittance totale ou partielle du prix délivrée par le mari. Seulement, comme il s'agit de renonciation à un droit, le consentement de la femme comportera une interprétation restrictive. S'il résulte de son concours à la quittance d'une partie du prix, il ne vaudra que dans cette mesure ; l'acheteur ne serait pas autorisé à verser le surplus entre les mains du mari ; le paiement, qu'il ferait sans avoir obtenu un nouveau consentement de la femme, ne le libérerait pas ; il resterait exposé à payer deux fois cette somme.

1152. Pour le même motif, il semble difficile d'exiger que le consentement de la femme soit constaté par un acte authentique. La loi nouvelle ne l'impose pas formellement ; nous ne pouvons suppléer à son silence. Ajoutons que les lois de 1855 et de 1889 n'exigent un acte authentique que pour les subrogations et les renonciations à l'hypothèque légale. Or il ne s'agit ici ni de subrogation ni de

renonciation à l'hypothèque légale, mais seulement d'un acte extinctif du droit de préférence. Il n'y a pas du reste même raison de décider : l'intervention de l'officier public est une garantie pour la femme qui renonce à son hypothèque légale ; elle aurait pu ne pas lire l'acte de renonciation, ne pas en comprendre la portée, céder aux obsessions de son mari. Ici les dangers ne sont pas les mêmes ; le paiement est un acte simple dont la femme saisira facilement les conséquences. L'intervention d'un officier public n'a pas la même raison d'être.

Il est cependant un cas dans lequel elle serait peut-être nécessaire, quoique la question nous paraisse extrêmement douteuse. C'est lorsque l'acheteur étant subrogé par l'effet du paiement au droit de préférence de la femme se trouvera dans la nécessité d'opposer cette subrogation à d'autres subrogés à l'hypothèque légale. Dans ce cas, la loi exige qu'il fasse inscrire la subrogation à ce droit de préférence, ainsi que nous allons l'expliquer. Elle soumet donc, à ce point de vue, la subrogation translatrice du droit de préférence à la même publicité que la subrogation translatrice de l'hypothèque légale. Ne serait-il pas logique d'en conclure que la quittance, par l'effet de laquelle a lieu cette subrogation, doit être rédigée en la forme authentique ? Ne faudrait-il pas aller plus loin et appliquer cette règle, toutes les fois que l'acquéreur a besoin de se prévaloir contre les tiers du droit de préférence attaché à l'hypothèque légale ? Nous arriverions alors à cette formule. De deux choses l'une : ou le paiement effectué par l'acheteur du consentement de la femme est purement extinctif du droit de préférence, qui a survécu à l'extinction du droit de suite ; ou bien il est translatif de ce droit de préférence. Dans le premier cas, nulle formalité ne serait imposée ; dans le second, la rédaction d'un acte authentique serait indispensable, que la quittance soit donnée dans l'acte d'aliénation contenant renonciation à l'hypothèque légale et qui sera nécessairement

authentique, ou qu'elle soit donnée par un acte postérieur 460.

1153. Malgré la puissance de cette argumentation, nous inclinerions vers l'opinion contraire, nous serions portés à penser que la quittance peut être rédigée en la forme sous seing privé. D'une part, la loi n'exige pas un acte notarié et son silence à cet égard est très significatif. S'agit-il d'une renonciation à l'hypothèque légale, la loi ordonne de dresser un acte authentique ; elle s'en explique formellement (L. 13 février 1889 al. 2 formant l'al. 4 de l'art. 9 de la loi de 1855). Si elle avait voulu imposer cette condition pour la subrogation au droit de préférence, elle n'aurait pas manqué de le dire également. En second lieu, l'acte authentique n'est exigé que pour la subrogation ou la renonciation à l'hypothèque légale assortie de tous ses avantages, du droit de suite comme du droit de préférence. Or nous sommes dans une situation voisine de celle qu'aurait créée la purge. « La renonciation vaut purge », nous dit la loi. L'hypothèque légale de la femme n'a conservé aucun des avantages spéciaux qui y étaient attachés, elle ne représente plus qu'un droit sur le prix suivant les expressions que nous relevons dans l'arrêt de la chambre civile du 6 juin 1887 461, c'est-à-dire qu'une créance contre l'acquéreur. Dès lors il n'y a pas lieu d'exiger l'observation d'une formalité qui n'est imposée que pour les subrogations à l'hypothèque légale, quoique la loi parle dans notre hypothèse de subrogation à l'hypothèque légale (L. 13 février 1889 al. 5 formant l'al. 7 de la loi du 23 mars 1855). En troisième lieu, l'acte authentique est exigé dans l'intérêt de la femme ; il donne la certitude que son consentement est libre, indépendant et éclairé. Il est indispensable, toutes les fois que la transmission du droit de la femme est l'objet direct et immédiat de son consentement. Il n'en est pas ainsi dans notre cas ; ce que la femme autorise, c'est le paiement. La

subrogation en est la conséquence ; elle ne s'opère pas par la volonté de la femme ; elle a lieu de plein droit, en vertu de la loi, sans qu'aucune nouvelle manifestation de sa volonté soit nécessaire. Enfin la nécessité d'une quittance authentique aggraverait considérablement la critique que M. Clément adressait à la loi nouvelle ⁴⁶² ; elle accroîtrait encore des frais qui pèsent déjà si lourdement sur la petite propriété. Pour admettre une pareille exigence, pour imposer la constatation par acte authentique non seulement de la renonciation à l'hypothèque légale mais encore du paiement total ou partiel du prix, il faudrait un texte précis et formel. Nous n'en avons pas. Nous ne pouvons donc pas subordonner la subrogation au droit de préférence à une pareille condition. Telle est, en définitive la solution vers laquelle nous inclinons ⁴⁶³.

1154. Cette renonciation au droit de préférence, qu'elle soit expresse ou tacite et qu'elle résulte du concours de la femme à l'acte contenant quittance totale ou partielle du prix, n'est assujettie par la loi à aucune condition de publicité. Elle est parfaite par le seul consentement de la femme et elle est opposable aux tiers, dès qu'elle est constatée par un acte ayant acquis date certaine.

La loi aurait pu exiger que ce consentement fût mentionné en marge de la transcription de l'acte d'aliénation. Elle ne l'a pas fait ; nous ne pouvons suppléer à son silence. Du reste, la solution admise par le législateur s'explique sans peine. La publicité n'a pour but que de faire connaître aux tiers la naissance, la transmission ou l'extinction des droits réels. Or, du moment où la femme n'a conservé, par l'effet de la renonciation à son hypothèque légale, qu'un droit de préférence sur le prix, il n'existe plus de droit réel affectant l'immeuble ; il ne subsiste qu'un droit de créance contre l'acquéreur et il n'y a pas de raison de publier son extinction par une mention sur le registre du conservateur. Les tiers, auxquels la femme proposerait de

céder sa créance, obtiendront tous les renseignements utiles en s'adressant à l'acquéreur débiteur de la créance.

1155. Le consentement donné par la femme au paiement effectué par l'acquéreur entre les mains du mari ne saurait nuire aux autres créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble. C'est ce que décide formellement l'al. 4 de la loi du 13 février 1889 : « Sans préjudice du droit des autres créan-

» ciers hypothécaires ». Le rapport supplémentaire de la commission du sénat explique ce passage de la loi dans les termes suivants : « Le consentement de la femme ne pourra
» porter préjudice aux droits des autres créanciers hypothé-

» caires qui, dans l'ordre ouvert sur le prix, quoique partiel-

» lement ou totalement payé, pourront exiger que la femme

» déduise de sa production la somme représentant la portion

» du prix au paiement de laquelle elle aura consenti ».

La femme qui a renoncé à son droit de préférence en consentant au paiement d'une partie du prix ne peut avoir la prétention d'être colloquée sur le surplus pour le montant intégral de ce qui lui est dû, au préjudice des créanciers du mari ayant hypothèque sur cet immeuble. De même que sa renonciation à l'hypothèque ne profite pas à ces derniers et que la femme conserve son droit de préférence, de même le consentement de la femme au paiement effectué par le tiers acquéreur ne saurait leur nuire. C'est pour eux *res inter alios acta*. La femme ne peut donc être colloquée avant eux pour ses reprises qu'en en déduisant la somme touchée par son mari avec son concours ou de son consentement (⁴⁶⁴).

1156. La renonciation de la femme à son hypothèque légale en faveur de l'acquéreur a éteint le droit de suite. Le

consentement de la femme au paiement du prix emporte renonciation au droit de préférence.

La plupart du temps, cette renonciation est simplement extinctive, parce que cela suffit à la sûreté de l'acquéreur. Ce qui lui importe en effet, c'est que les droits résultant de l'hypothèque légale ne puissent pas être exercés contre lui, qu'ils soient éteints ; il n'a pas besoin d'être investi de ces droits, d'y être subrogé, de manière à pouvoir les exercer aux lieu et place de la femme.

Dans un cas particulier cependant, le besoin de la subrogation se fait sentir pour l'acquéreur et la loi la lui accorde par interprétation de la volonté des parties, qui sont censées avoir voulu tout ce qui est nécessaire à la sûreté de l'acquéreur. Cela arrive lorsqu'il existe sur l'immeuble aliéné d'autres hypothèques postérieures en rang à l'hypothèque légale de la femme. L'aliénation n'a pu porter aucune atteinte à ces hypothèques ; les créanciers auxquels elles appartiennent conservent donc leur droit intact. Supposons qu'ils en usent, qu'ils saisissent l'immeuble et le fassent vendre aux enchères pour obtenir leur paiement. Sur le prix d'adjudication, l'acquéreur sera colloqué en première ligne, comme subrogé au droit de préférence de la femme, jusqu'à concurrence du prix ou de la partie du prix qu'il a payée au mari avec le consentement de la femme et, s'il perd ainsi son immeuble, du moins il rentrera dans ses fonds. Le droit de préférence transmis à l'acquéreur par voie de subrogation se rattache à la créance qui lui appartient contre le mari par suite de l'éviction qu'il subit.

Remarquons que l'acquéreur n'est subrogé et ne peut être subrogé qu'au droit de préférence qui appartient à la femme et non pas à l'hypothèque légale, comme le dit le texte. L'hypothèque légale est éteinte par la renonciation de la femme, a dit le 1^{er} al. de la loi de 1889. Plus exactement, le droit de suite est éteint ; le droit de préférence subsiste

seul ; c'est uniquement dans le droit qui appartient encore à la femme que la subrogation peut avoir lieu ⁴⁶⁵.

1157. La subrogation de l'acquéreur résulte de plein droit du concours ou du consentement donné par la femme soit à l'acte d'aliénation portant quittance totale ou partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle. Nous avons déjà vu ⁴⁶⁶ que ce consentement, lorsqu'il est postérieur à l'acte d'aliénation, n'a pas besoin d'être constaté par un acte authentique ou de résulter d'un acte authentique. Nous déciderons également que, dans le même cas, la quittance peut être rédigée sous signature privée. Si en effet cette solution nous a paru préférable en ce qui concerne le consentement de la femme, à plus forte raison en doit-il être de même d'une quittance à laquelle la femme peut ne pas figurer et qui constate seulement un paiement effectué conformément à une volonté régulièrement manifestée ⁴⁶⁷.

Cependant si la renonciation à l'hypothèque légale n'avait pas eu lieu au moment même de l'aliénation, si elle se produisait seulement au moment du paiement et de la quittance, il est évident que cet acte devrait être authentique, en vertu du deuxième alinéa de la loi de 1889.

1158. Cette subrogation, opérée ainsi au profit de l'acquéreur doit-elle être rendue publique par une inscription ou une mention en marge ?

La loi de 1889 qualifie cette subrogation du nom de subrogation à l'hypothèque légale. Dès lors, il peut sembler naturel d'appliquer l'al. 1 de l'art. 9 de la loi de 1855 et de la soumettre à la publicité réglée par ce texte.

Mais la formule de la loi n'est pas d'une exactitude parfaite. L'acquéreur ne peut pas être subrogé à une hypothèque éteinte, il n'est subrogé qu'au droit de préférence.

Enfin le texte n'exige la publicité qu'à l'égard des subrogés postérieurs. Il faut donc distinguer deux

hypothèses.

1159. PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — L'acquéreur invoque la subrogation contre des créanciers postérieurs en rang à la femme.

La loi n'a pas expressément prévu ce cas ; il en résulte, suivant nous, qu'aucune condition de publicité n'est ici nécessaire. De même que la femme pouvait invoquer son droit de préférence sur le prix sans être obligée de faire inscrire son hypothèque, sans même le pouvoir, puisqu'il ne s'agit plus d'un droit réel, mais seulement d'un droit de créance, de même l'acquéreur aura le droit de s'en prévaloir sans être tenu de remplir aucune condition de publicité. C'est la solution qui a été formellement indiquée dans le rapport supplémentaire de M. Merlin au Sénat :
« La subrogation, dans ce cas, peut

» s'accomplir de plein droit et sans aucune formalité de pu-

» blicité, le contrat intervenu entre la femme et l'acquéreur

» ne modifiant pas la situation des créanciers inscrits ». Cette solution est en harmonie avec les principes, dont nous avons trouvé l'affirmation dans la jurisprudence. La femme n'avait plus qu'un droit sur le prix, qu'une créance contre l'acquéreur. Par la subrogation, elle a transmis son droit de préférence à ce dernier ; il l'exerce dans les mêmes conditions que la femme. Aucune publicité ne peut lui être imposée, ni celle de l'art. 1690, puisqu'il serait à la fois cessionnaire et débiteur cédé, ni celle de l'art. 9 de la loi de 1855, qui vise exclusivement l'hypothèque accompagnée de tous ses avantages, assortie du droit de suite en même temps que du droit de préférence.

1160. 2^e HYPOTHÈSE. L'acquéreur se prévaut de la subrogation alors que, depuis l'aliénation contenant renonciation et transcrite, des tiers ont été subrogés à l'hypothèque légale sur d'autres immeubles du mari.

L'al. 4 de la loi du 13 février 1889 prévoyant cette hypothèse dispose : « Mais cette subrogation ne pourra préjudicier

» aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque

» légale de la femme sur d'autres immeubles du mari, à

» moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions

» du paragraphe 1 du présent article ». (L'art. 9 de la loi de 1855 que la loi de 1889 a complété).

La loi prévoit donc le cas où l'acquéreur subrogé dans le droit de préférence qui a survécu à la renonciation se trouve en conflit avec des subrogés postérieurs, dont le droit porte sur d'autres immeubles du mari.

L'hypothèse ne se conçoit pas très facilement et il importe de reproduire les explications que renferme sur ce point le rapport supplémentaire présenté par M. Merlin au nom de la commission du Sénat. On y lit : « Il est un cas,

» cependant, où la condition de publicité exigée par le pre-

» mier paragraphe de l'art. 9 devra être imposée à l'acqué-

» reur ; c'est celui où l'hypothèque légale de la femme grève

» d'autres immeubles du mari que l'immeuble vendu avec le

» concours de la femme. La femme alors reste libre de traiter

» avec les tiers de cette hypothèque, à laquelle elle n'a pas

» renoncé ; elle peut la céder ou y subroger ; mais on comprend

. » que la créance que l'hypothèque générale était destinée à

» garantir se trouve réduite de la somme représentant le prix

» ou la portion du prix de l'immeuble vendu au paiement

» duquel elle a consenti, et que, dès lors, elle ne peut, sans

» tromper le tiers avec lequel elle traitera, lui céder qu'une

» garantie correspondant à ce qui lui reste effectivement dû

» sur sa créance. Mais comment le tiers sera-t-il averti de la

» situation, si ce n'est par l'accomplissement des formalités

» de publicité prescrites par le § 1^{er} de l'art. 9 » ?

Il y a dans ce passage, assez clair en lui-même, une confusion qui a échappé au rapporteur. Il importe de la dissiper. En consentant au paiement fait par l'acquéreur entre les mains du mari, la femme n'a pas diminué sa créance de reprises ; elle a seulement conféré à l'acquéreur le droit de faire valoir son hypothèque à due concurrence ; la femme conserve sa créance tout entière ; elle a seulement perdu pour le montant de la subrogation le rang qui lui appartenait ; mais, comme l'acquéreur sera en réalité désintéressé à l'aide d'une valeur qui devait normalement revenir à la femme, celle-ci acquerra à la date du paiement et de la subrogation une nouvelle créance contre son mari et cette nouvelle créance sera garantie par l'hypothèque légale à la date à laquelle elle a pris naissance. Par conséquent la créance des reprises n'est pas en réalité diminuée, comme paraît le croire le rapporteur ; c'est l'efficacité de la garantie ou mieux de l'hypothèque qui se trouve atteinte. Elle est atteinte parce que la femme ne peut plus agir contre l'acquéreur dans cette mesure ; elle est atteinte parce qu'elle a jusqu'à due concurrence perdu le rang qui lui appartenait. Les subrogés postérieurs ne pourront l'invoquer à sa date primitive qu'en déduisant du chiffre de la créance garantie à cette date la somme pour laquelle l'acquéreur se trouve subrogé.

1161. Après cette rectification, nous pouvons aborder l'étude du texte. Il suppose que l'acquéreur subrogé se trouve en concours avec des subrogés postérieurs sur d'autres immeubles du mari. Cette hypothèse semble, au

premier abord, irréalisable ; car le conflit implique une demande en collocation sur le prix d'un même immeuble et, d'après les termes de la loi, l'acquéreur et les créanciers subrogés ont des gages différents. Le législateur paraît avoir prévu une hypothèse impossible et on est tenté de penser que cette disposition est le résultat d'une confusion, que l'hypothèse est irréalisable et que la prescription légale est sans utilité parce qu'elle est dépourvue de sanction, nul ne pouvant opposer le défaut de publicité ⁴⁶⁸.

Aussi l'explication du texte présente-t-elle une incontestable difficulté.

1162. Dans une première opinion, on enseigne que la loi a prévu le cas où la femme, après avoir subrogé l'acquéreur dans son hypothèque légale sur l'immeuble vendu, céderait ensuite à un tiers son hypothèque d'une manière générale, comme cela se fait ordinairement dans la pratique, ou lui céderait spécialement cette même hypothèque tant sur l'immeuble vendu que sur d'autres immeubles. Au contraire, la disposition de la loi serait étrangère au cas où la femme aurait cédé à un tiers son hypothèque d'une manière spéciale sur certains autres immeubles ⁴⁶⁹.

A l'appui de cette solution, on fait remarquer qu'il ne peut pas, en dehors des premières hypothèses ci-dessus indiquées, s'élever de conflit entre l'acquéreur et les subrogés. Si leur droit s'exerce sur des immeubles différents, il ne saurait être question de préférer l'un aux autres. Les subrogés postérieurs sur d'autres immeubles ne peuvent pas se plaindre que l'acquéreur exerce son droit de préférence sur l'immeuble vendu. Cet immeuble n'est pas affecté à leur garantie. La collocation de l'acquéreur ne peut pas leur nuire. Par conséquent, ils n'ont pas intérêt à la connaître et les formalités de publicité n'ont pas de raison d'être. Pour qu'il en soit autrement, il faut nécessairement que le droit des subrogés postérieurs

affecte l'immeuble vendu, qu'ils aient été subrogés d'une manière générale dans l'hypothèque légale, ou au moins qu'ils aient été subrogés d'une manière spéciale dans l'hypothèque légale tant sur l'immeuble vendu que sur certains autres immeubles. Alors seulement il y a conflit entre eux et pour régler l'ordre de préférence, on tiendra compte de la date des inscriptions ou des mentions en marge. Telle est la règle consacrée par la loi nouvelle ; elle n'est qu'une application particulière des principes de la loi de 1855, comme le dit très exactement le texte.

1163. Cette interprétation a, suivant nous, le très grave défaut de corriger le texte de la loi et de supprimer comme inutiles ces mots sur les autres immeubles du mari qui paraissent, dans la pensée du législateur, déterminer l'étendue des subrogations postérieurement consenties par la femme.

Elle a, en outre, le non moins grave inconvénient de déclarer la loi étrangère au cas qu'elle prévoit expressément, au cas où les subrogations postérieures sont consenties sur d'autres immeubles du mari, et de l'appliquer uniquement à une hypothèse que son texte n'a pas prévue, à celle où la subrogation porte tant sur l'immeuble vendu que sur d'autres ou sur les autres immeubles du mari. On propose d'ajouter au texte après avoir proposé d'en retrancher certains mots.

En troisième lieu, on peut reprocher à cette doctrine d'admettre la subrogation dans un droit que le 1^{er} al. de la loi nouvelle déclare éteint. La renonciation a éteint l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu ; cette renonciation a été publiée conformément à la loi ; elle est opposable aux tiers et on permet cependant à des subrogés postérieurs de se prévaloir sur l'immeuble vendu d'une hypothèque qui est éteinte et qui par suite a cessé de le frapper. Sans doute ces subrogés ne pourront pas poursuivre contre le tiers acquéreur l'expropriation de

l'immeuble, sans doute ils ne pourront pas lui adresser une sommation de payer ou de délaisser. Mais on prétend cependant leur reconnaître un droit de préférence sur le prix ; et ce droit de préférence, ils l'exerceraient en vertu de la subrogation qui le leur aurait transmis.

Cette interprétation est-elle bien conforme à l'intention des parties ? La femme a subrogé un tiers dans son hypothèque légale, c'est-à-dire dans un droit réel : or, par l'effet de la renonciation, le droit est éteint en tant qu'il frappait l'immeuble vendu ; il ne subsiste plus qu'un droit de créance contre l'acquéreur ; donc, par la subrogation, la femme n'a pas entendu céder au subrogé ce droit de créance.

On peut faire remarquer cependant que la loi qualifie ce droit du nom d'hypothèque légale, quand il s'agit de l'acquéreur en conflit avec des créanciers inscrits sur cet immeuble mais postérieurs à la femme et que, dès lors, il doit recevoir la même qualification quand il s'agit des nouveaux subrogés et être compris dans la cession qui leur est faite.

Nous avons déjà critiqué la terminologie de la loi de 1889 ; nous en avons démontré l'inexactitude. Il n'est pas possible d'argumenter de l'erreur commise par le législateur pour interpréter la convention des parties. Du reste, cette interprétation donnerait lieu aux plus sérieuses difficultés. On comprend que la loi ait admis la subrogation au droit de préférence au profit de l'acquéreur, qui paie son prix au mari du consentement de la femme, lorsqu'il existe des créanciers postérieurs sur l'immeuble. A moins de l'obliger à remplir les formalités de la purge, c'est le seul moyen de sauvegarder ses intérêts et de le protéger contre le danger de perdre à la fois la chose et le prix. Au contraire, admettre que la subrogation à l'hypothèque légale emporte subrogation à ce droit de préférence, c'est compromettre des droits certains. D'après la loi de 1889, l'acquéreur peut payer au mari si la femme y consent. Par

la subrogation consentie au profit d'un tiers, ce paiement deviendra impossible ; l'acquéreur, s'il veut payer sans crainte, ne pourra pas se contenter du consentement de la femme, il lui faudra requérir un état avant de s'acquitter ; il lui faudra là certitude que, même depuis la délivrance de cet état, il ne s'est pas produit de subrogation, puisqu'aucun événement n'aurait arrêté le cours de ces inscriptions. N'est-ce pas lui demander l'impossible ?

Enfin une dernière considération se présente à l'esprit. La femme qui a renoncé à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur n'aurait certainement pas le droit de la faire inscrire. Elle pouvait être contrainte d'en donner mainlevée. Comment le tiers qu'elle subrogerait à son hypothèque légale pourrait-il, en dehors d'un texte formel, recevoir des droits plus étendus que la femme et requérir une inscription que celle-ci ne serait pas autorisée à prendre ?

Telles sont les considérations qui doivent porter à s'en tenir au texte de la loi et à décider que les subrogés postérieurs à la renonciation rendue publique sont subrogés non sur l'immeuble vendu, mais seulement sur les autres immeubles du mari. Cependant cette solution est loin de résoudre toutes les difficultés. Car on ne conçoit guère la possibilité d'un conflit entre l'acquéreur et les autres subrogés. Leurs droits portent sur des immeubles différents.

1164. Aussi dans une deuxième opinion a-t-on proposé de n'imposer à l'acquéreur l'accomplissement des formalités du premier alinéa de l'art. 9 de la loi de 1855 que s'il se faisait subroger pour supplément de garantie sur d'autres immeubles du mari.

A l'appui de cette interprétation, on invoque le rapport présenté à la chambre des députés et dans lequel on a précisément donné du texte cette explication ⁴⁷⁰.

Il ne nous paraît pas nécessaire d'insister sur cette opinion ; cette théorie est en opposition avec le texte de la loi, qui parle de subrogation de l'acquéreur sur l'immeuble vendu et non de subrogation sur les autres immeubles du mari. Il est inadmissible que le législateur ait en vue une hypothèse qu'il ne mentionne même pas, tandis que sa disposition serait étrangère à celle qu'il prévoit directement. C'est d'autant plus invraisemblable que cette hypothèse, à laquelle on veut appliquer la loi nouvelle, était déjà prévue et réglementée par la loi de 1855 et qu'il était inutile de s'en occuper de nouveau.

1165. Enfin dans une dernière opinion qui applique à la lettre la loi de 1889, on en explique la disposition en disant que le législateur a voulu prémunir les subrogés postérieurs à l'hypothèque légale contre la perte du rang à laquelle les exposerait l'exercice par l'acquéreur du droit de préférence de la femme. Pour les défendre contre ce danger, la loi impose à l'acquéreur l'obligation de requérir inscription de l'hypothèque légale à son profit. La publicité sera ainsi complète. La garantie hypothécaire a perdu en étendue puisque, par la renonciation de la femme, elle a cessé de frapper l'immeuble aliéné. La transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation y est contenue, la mention en marge si elle résulte d'un acte authentique postérieur, auront averti les tiers de cette diminution. La subrogation de l'acquéreur au droit de préférence qui a survécu au profit de la femme peut porter atteinte à la sûreté de l'hypothèque en lui faisant perdre à due concurrence le bénéfice de son rang ; l'inscription portera cette circonstance à la connaissance des tiers ⁴⁷¹.

1166. L'un des auteurs, qui professent cette dernière opinion, déclare cependant que cette explication est incomplète ⁴⁷². Car, suivant lui, la loi aurait dû prévoir d'abord le cas où des tiers seraient subrogés à l'hypothèque légale en tant qu'elle frappe l'immeuble

aliéné ; et c'est précisément cette hypothèse qui se présente la première à l'esprit que le législateur aurait oubliée. N'est-ce pas une très sérieuse objection contre cette doctrine ?

Nous inclinons à penser que ce reproche n'est pas fondé. Car, dans la théorie de la loi de 1889, cette hypothèse ne peut pas se réaliser. Celui qui est subrogé d'une manière générale à l'hypothèque légale est cessionnaire d'un droit réel ; or, nous l'avons déjà fait observer, la renonciation de la femme a éteint l'hypothèque ; par la transcription ou la mention en marge elle est devenue opposable aux tiers ; le droit de préférence qui survit au profit de la femme ne constitue qu'un droit de créance ; il n'est donc pas compris dans la subrogation à l'hypothèque légale. L'hypothèse qu'on reproche au législateur de ne pas avoir prévue n'est donc pas susceptible de se présenter. Par conséquent l'objection n'est pas exacte.

1167. On a dit enfin que, ainsi interprétée, la loi est dépourvue de sanction. Le plus souvent le prix de l'immeuble vendu se distribuera dans un ordre distinct de celui où sera réparti le prix des autres immeubles du mari ; qui pourrait alors se prévaloir du défaut de publicité de la subrogation de l'acquéreur ? Les créanciers postérieurs sur l'immeuble ? Non très certainement ; car l'efficacité de la subrogation à leur égard n'est pas subordonnée à cette condition. Les subrogés postérieurs à l'hypothèque légale ? Oui, en théorie ; c'est la solution de la loi de 1889. Mais, en pratique, comment pourront-ils le faire ? Ils sont inscrits sur d'autres immeubles ; leur nom ne figurera pas sur l'état, délivré par le conservateur, des créanciers inscrits sur l'immeuble vendu. Ils ne seront pas sommés de produire à l'ordre. Ils n'auront même pas qualité pour contester la production de l'acquéreur. Il ne peut y avoir de litige qu'entre créanciers invoquant des droits de préférence sur le même immeuble. Dépourvue ainsi de sanction, la disposition de la loi de 1889 devient inutile.

Nous avons déjà rencontré une difficulté analogue lorsque des tiers ont été subrogés dans l'hypothèque légale sur des immeubles distincts, lorsque, par exemple, la femme s'oblige conjointement et solidairement avec son mari par des actes séparés envers plusieurs créanciers auxquels le mari hypothèque des immeubles différents. La solution que nous en avons donnée s'applique également à notre hypothèse, et la loi de 1889, qui nous paraît avoir prévu ce cas, est conforme à notre théorie ⁴⁷³.

S'il n'y a pas conflit quant à l'immeuble sur lequel les collocations sont demandées, il y a conflit quant au droit de préférence invoqué. C'est de la même hypothèque que les créanciers subrogés et l'acquéreur entendent se prévaloir. Or, pour l'invoquer, il faut que la femme ait une créance de reprises contre son mari, et le paiement de cette créance ne peut être réclamé qu'une fois. Celui qui exerce l'hypothèque entame donc le droit hypothécaire de la femme ; si sa créance est égale au montant des reprises, le droit hypothécaire est épuisé et les subrogés postérieurs ne peuvent plus invoquer l'hypothèque légale de ce chef. Sans doute la femme peut avoir un recours contre son mari ; ce recours est également garanti par l'hypothèque légale ; mais elle ne prendra rang que du jour de l'obligation ; les subrogés postérieurs pourront s'en prévaloir à cette date ; ils se verront préférer les créanciers intermédiaires et il peut se faire que le prix des immeubles soit insuffisant pour les couvrir.

Il importe donc de savoir dans quel ordre les différents intéressés, l'acquéreur et les subrogés postérieurs seront admis à exercer l'hypothèque légale ; de la solution de cette question peut dépendre leur paiement. C'est ce conflit que la loi de 1889 a entendu prévoir ; le rapport au Sénat, quand il nous parle de cession « d'une garantie correspondant à ce

» qui reste effectivement dû à la femme sur sa créance », a

précisément envisagé cette éventualité. Il est inexact, quand il laisse entendre que la créance de la femme est diminuée, mais il est parfaitement vrai si on restreint sa portée à la question de rang intimement liée à l'existence, au quantum et à la date de la créance des reprises.

Résolvant cette difficulté, la loi de 1889 impose à l'acquéreur subrogé l'obligation de faire inscrire l'hypothèque ; à partir de l'accomplissement de cette formalité seulement, la subrogation de l'acquéreur devient opposable aux tiers subrogés dans l'hypothèque légale sur d'autres immeubles ; l'ordre entre eux se trouve déterminé par la date de la publicité.

Mais qui pourra se prévaloir du défaut de publicité ? Les subrogés postérieurs ne sont pas appelés à l'ordre. C'est vrai. Mais n'auront-ils le droit d'intervenir, sinon pour empêcher toute collocation, du moins pour prévenir une collocation définitive dans la mesure où elle leur serait nuisible ? Nous n'y voyons pas d'obstacle.

Bien plus, les créanciers hypothécaires postérieurs ne peuvent pas opposer le défaut de publicité. Mais n'ont-ils pas qualité pour contester à l'acquéreur le droit d'être colloqué par préférence parce que, les créances de la femme étant absorbées par des subrogés antérieurs, l'hypothèque légale ou plus exactement le droit de préférence ne peut plus produire d'effet faute d'aliment ?

La disposition de la loi de 1889 a donc une sanction et l'opinion que nous défendons se trouve justifiée.

1168. Cette publicité de la subrogation au droit de préférence présente le même caractère et les mêmes inconvénients que la publicité imposée par une certaine théorie ⁴⁷⁴ à la renonciation à l'hypothèque légale en faveur de l'acquéreur en vertu de l'art. 9 de la loi de 1855. L'inscription sera prise sur un immeuble dont l'inscrivant est propriétaire, elle devra être renouvelée avant l'expiration du délai de dix ans, si les autres hypothèques,

dont l'immeuble est grevé du chef du mari, ne sont pas éteintes.

La publicité se réalise soit par une inscription de l'hypothèque légale prise par l'acquéreur à son profit sur l'immeuble vendu, soit par une mention en marge de l'inscription préexistante, conformément à l'al. 1 de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855.

§ II. Hypothèque légale des mineurs et des interdits.

1169. L'ancien droit romain n'accordait aux pupilles et aussi peut-être aux furieux, pour la garantie de leurs créances contre leurs tuteurs et curateurs, qu'un *privilegium inter personales actiones*, c'est-à-dire un simple droit de préférence sur les créanciers chirographaires du tuteur et curateur ⁴⁷⁵.

Plus tard une constitution de l'empereur Constantin ⁴⁷⁶ accorda aux mineurs sur les biens de leurs tuteur et curateur une hypothèque tacite prenant rang au jour de l'ouverture de la tutelle. Le privilège personnel accordé aux furieux fut transformé en une hypothèque, au moins par Justinien ⁴⁷⁷.

1170. Sous le nom d'hypothèque taisible, notre ancienne jurisprudence accordait aux mineurs et aux interdits une garantie de la même nature sur les biens de leurs tuteurs et curateurs.

Cette hypothèque taisible était si favorable, qu'elle fut admise avec ce caractère même dans les pays de nantissement, où cependant la publicité hypothécaire était de droit commun.

1171. Supprimée avec toutes les hypothèques tacites par l'art. 17 de la loi du 9 messidor an III, elle fut rétablie par la loi du 11 brumaire an VII, qui la soumit à la formalité de l'inscription. Le code civil l'a conservée en supprimant la nécessité de l'inscription (art. 2135).

La loi du 11 brumaire an VII, par le n. 2 de son art. 21, accordait cette sûreté aux absents sur les biens des administrateurs de leur patrimoine.

Le code n'a pas cru utile de reproduire cette disposition. Ses auteurs ont probablement pensé que l'intervention de la justice, appelée à désigner le mandataire chargé de cette gestion (art. 112), offrait des garanties pleinement suffisantes. Ils ont jugé en outre inutile de grever de cette hypothèque les immeubles des envoyés en possession provisoire. Elle est alors remplacée d'une façon satisfaisante par la caution qu'ils sont tenus de fournir (art. 120).

1172. Celui qui confie librement la gestion de son patrimoine à un administrateur de son choix, peut stipuler telles garanties qu'il juge à propos. Telle n'est pas la situation du mineur et de l'interdit à l'égard de leur tuteur. D'une part, le tuteur leur est imposé par la loi ou en vertu de ses dispositions. D'autre part, ils sont présumés incapables de veiller eux-mêmes à leurs intérêts. La loi, en organisant l'administration de leur patrimoine, devait donc prendre toutes les garanties nécessitées par les circonstances. C'est ce qu'a fait l'art. 2121 en leur conférant une hypothèque légale.

I. A quelles personnes appartient cette hypothèque légale.

1173. La loi l'accorde aux mineurs et aux interdits sur les biens de leur tuteur.

La loi exige donc d'une part que le créancier soit un mineur ou un interdit, d'autre part que le débiteur soit un tuteur, investi à ce titre de l'administration du patrimoine d'autrui et par conséquent comptable de sa gestion. Et comme les textes qui établissent des droits de préférence ne comportent pas l'interprétation extensive, nous dirons

qu'en l'absence de l'une ou de l'autre de ces conditions et à plus forte raison en l'absence de l'une et de l'autre, l'hypothèque légale ne saurait exister. Ainsi, il ne suffit pas, pour l'application de l'art. 2121, qu'une personne soit chargée de l'administration du patrimoine d'autrui, il faut qu'elle ait la qualité de tuteur et que celui dont elle gère les biens soit un mineur ou un interdit.

1174. En vertu de ce principe, nous déciderons, comme nous l'avons déjà indiqué, que le mandataire chargé par justice de la gestion du patrimoine de l'absent n'est, pas plus que les envoyés en possession provisoire, atteint par la disposition de notre article (⁴⁷⁸).

1175. Il en est de même pour le conseil judiciaire. Nous ne rencontrons ici aucune des conditions exigées par la loi. L'individu pourvu d'un conseil judiciaire n'est ni un mineur, ni un interdit. Le conseil n'est pas un tuteur ; il n'a pas la gestion des biens d'autrui. Notre solution se trouve ainsi justifiée, quoique le conseil judiciaire puisse encourir certaines responsabilités ⁴⁷⁹.

1176. Pour le même motif, la personne, dont on poursuit l'interdiction et à laquelle il a été nommé un administrateur provisoire (art. 497), n'a pas d'hypothèque légale sur les immeubles de cet administrateur ⁴⁸⁰.

Nous appliquerons la même solution aux individus non interdits placés dans un établissement d'aliénés. Ils n'ont pas d'hypothèque légale. Lorsqu'ils ont été placés dans un établissement public d'aliénés, ils obtiennent une certaine garantie par le privilège à eux accordé sur le cautionnement du receveur de l'établissement par l'art. 31 de la L. du 30 juin 1838. Cette loi permet aussi d'établir une autre sûreté à leur profit. Le jugement qui nomme un administrateur provisoire peut constituer en même temps une hypothèque générale ou spéciale jusqu'à concurrence d'une somme déterminée (art. 34). Cette hypothèque n'est pas une hypothèque légale, puisqu'elle n'est pas établie

directement par la loi ⁴⁸¹. Constituée par jugement, elle semble être une hypothèque judiciaire ; Colmet de Santerre, IX, n. 82 bis, IV ; Thézard, n. 116. cependant elle n'est pas une hypothèque judiciaire dans le sens que les art. 2117 et 2123 donnent à ces expressions ; elle ne résulte pas d'un jugement de condamnation. Elle diffère de l'une et de l'autre, en ce qu'elle peut être spéciale ou générale. Elle diffère de l'hypothèque légale des mineurs et interdits, en ce que l'effet en est limité à la somme déterminée par le tribunal et en ce qu'elle ne prend rang qu'à la date de l'inscription, qui doit en être requise par le procureur de la République (art. 34).

1177. Pour le même motif, les immeubles du tuteur à la substitution, nommé en vertu des art. 1055 et 1056, ne sont pas frappés d'hypothèque légale. Les appelés ne rentrent pas dans la classe des mineurs ou des interdits auxquels seuls l'art. 2121 accorde une hypothèque légale. Le tuteur à la substitution n'est pas véritablement un tuteur, mais plutôt un simple surveillant, un curateur ⁴⁸².

1178. Il en est de même pour l'enfant légitime mineur dont la fortune est administrée, pendant le mariage, par le père en vertu de l'art. 389. Le père n'est pas un tuteur. La loi n'a pas voulu surcharger d'une nouvelle hypothèque légale des biens déjà grevés de l'hypothèque légale de la femme mariée ⁴⁸³. La dissolution du mariage résultant du divorce ne donne pas lieu à l'ouverture de la tutelle. Par conséquent, il ne peut pas être question d'hypothèque légale.

1179. Pour le même motif, on ne saurait admettre que l'hypothèque légale frappe les immeubles du subrogé tuteur. Cette solution, basée sur le texte de la loi et les principes, est confirmée par les travaux préparatoires. La rédaction primitive de l'art. 2121 portait « sur les biens de leurs tuteurs et subrogés tuteurs ». Ces derniers mots ont été supprimés sur une observation du tribunalat ⁴⁸⁴. Par

conséquent, l'action en responsabilité, à raison des fautes ou négligences commises par le subrogé tuteur dans l'accomplissement de ses devoirs, n'est accompagnée d'aucune sûreté réelle ; c'est une action personnelle. Nous croyons qu'il en serait de même, lorsque le subrogé tuteur est appelé à faire certains actes de gestion aux lieu et place du tuteur, par exemple lorsqu'il y a opposition d'intérêt entre le tuteur et son pupille. Dans ces cas, le subrogé tuteur peut encourir des responsabilités ; mais s'il supplée le tuteur, il n'a pas la qualité à laquelle est subordonnée l'hypothèque légale ⁴⁸⁵. C'est pourquoi nous serions disposés à ne pas admettre le correctif que M. Persil ⁴⁸⁶ apporte à cette opinion pour le cas où le subrogé tuteur a eu le maniement des valeurs pupillaires et se trouve comptable. Le seul point véritablement difficile est celui de savoir si les immeubles du subrogé tuteur ne sont pas grevés de l'hypothèque légale, lorsqu'il est devenu tuteur de fait. Nous ne voyons aucun motif pour ne pas soumettre le subrogé tuteur à la même règle que les autres tuteurs de fait et pour ne pas lui appliquer dans ce cas la solution, que nous développerons tout à l'heure.

1180. L'hypothèque légale ne frappe pas non plus les immeubles de celui qui, sans être investi de la qualité de tuteur, a provisoirement géré le patrimoine d'un mineur en vertu d'une obligation légale, par exemple dans les hypothèses prévues par les art. 394, 419 et 440.

1181. Elle n'atteint pas davantage les immeubles du curateur d'un mineur émancipé. Dans ce cas, du reste, elle manquerait de tout fondement ; le curateur n'administre pas, il n'a pas le maniement des deniers du mineur ⁴⁸⁷.

1182. Une dernière question est l'objet d'une très vive controverse. On se demande si notre article s'applique à ceux qui, sans avoir le titre légal de tuteur, en remplissent les fonctions. Pour justifier l'extension de l'hypothèque légale à cette hypothèse, on invoque les précédents

historiques. Le droit romain semble bien avoir imposé cette garantie même à ceux qui, sans se prétendre tuteurs, ont cependant géré la fortune du pupille ⁴⁸⁸ et notre ancienne jurisprudence a consacré ces traditions ⁴⁸⁹. N'est-il pas juste d'admettre que le code les a respectées ? Qu'importe que celui qui a administré les biens pupillaires n'ait pas eu légalement la qualité de tuteur ? Il en a exercé les droits ; il sera grevé des mêmes sûretés ⁴⁹⁰.

Cette opinion se heurte, il nous semble, au texte et aux principes. Au texte, car l'hypothèque ne frappe que les immeubles du tuteur. Aux principes, car l'art. 2121 doit être interprété limitativement ; sa disposition ne peut s'appliquer à une hypothèse que son texte n'a pas taxativement prévue. La solution contraire est d'ailleurs seule en harmonie avec les règles générales de la loi. La publicité est l'une des bases de notre régime hypothécaire. La loi dispense de toute inscription l'hypothèque légale du mineur, parce que la délation de la tutelle est un fait dont les tiers ont pu facilement avoir connaissance. Ici il n'y a rien de pareil, celui qui gère n'a pas la qualité de tuteur. Comment les tiers pourraient-ils être avertis ? Comment surtout pourraient-ils, ainsi que le propose M. Pont, faire la distinction entre ceux qui gèrent comme tuteurs sans être tuteurs et ceux qui usurpent les fonctions de tuteur ? Ils seraient exposés à être trompés. La raison s'unit donc aux principes et au texte pour faire écarter, dans ce cas, l'hypothèque légale ⁴⁹¹.

Tout au plus pourrait-on faire exception à cette solution, dans le cas où celui qui gère pro tutore s'est cru et a été généralement considéré comme tuteur. Error communis facit jus. Tel serait, par exemple, le cas de l'ascendant qui, dans la croyance générale de la mort de son fils tuteur, aurait pris, en qualité de tuteur légal, l'administration de la fortune de son petit-fils mineur. Tuteur putatif, il se trouve

dans la même situation qu'un véritable tuteur et il est tenu des mêmes garanties ⁴⁹².

1183. Mais s'il ne faut pas étendre au delà de ses justes limites la disposition de l'art. 2121, qui accorde une hypothèque légale aux mineurs et aux interdits, il ne faut pas non plus, tombant dans une exagération contraire, en restreindre arbitrairement la portée naturelle. Toutes les fois que les conditions déjà indiquées se trouveront réunies, l'hypothèque existera.

Il n'y aura donc pas lieu de distinguer entre l'interdiction légale et l'interdiction judiciaire. Quelles que soient leurs causes, elles donnent également lieu à la nomination d'un tuteur chargé de l'administration du patrimoine et comptable de sa gestion. L'interdit a droit dans tous les cas aux mêmes garanties. Peu importe que l'interdiction légale soit une peine et ait été instituée pour enlever au condamné la disposition de ses biens et de ses revenus. Il n'en est pas moins vrai qu'il conserve la propriété de son patrimoine, il a droit à la restitution de tous les biens qui en dépendent lors de la cessation de l'interdiction. Il est juste que cette restitution soit assurée par l'hypothèque légale. Qu'importe que, lors de la rédaction du code civil et même sous l'empire du code pénal de 1810, l'interdit légalement n'eût pas de tuteur mais seulement un curateur ? Qu'importe que cette tutelle ait été établie seulement lors de la révision du code pénal en 1832 ? Il est certain que l'interdit légalement a aujourd'hui un tuteur, il est certain que l'art. 2121 s'applique non seulement aux tutelles organisées par le code civil mais, d'une manière générale, à toutes les tutelles qui sont ou pourront être instituées par la loi ⁴⁹³.

1184. IL n'y a pas à se préoccuper du mode de délation de la tutelle. L'art. 2121 ne distingue pas. Que le tuteur soit légal, testamentaire ou datif, ses immeubles sont grevés de l'hypothèque légale ⁴⁹⁴.

En présence de la généralité de l'art. 2121, il n'y aurait pas eu lieu de tenir compte de l'évènement qui donne ouverture à la tutelle ni de l'époque à laquelle il se produit. Il serait résulté de là que les immeubles du tuteur, nommé en vertu de la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, auraient été grevés de l'hypothèque légale. Le législateur ne l'a pas voulu. Pour faciliter l'application de la loi nouvelle, il a dérogé à l'art. 2121. Lorsque les père et mère ont été déchus de la puissance paternelle et que le tribunal a ordonné l'établissement d'une tutelle, les biens du tuteur ne sont pas de plein droit affectés à la créance du mineur. Mais la loi confère aux tribunaux le droit d'ordonner alors qu'une hypothèque générale ou spéciale soit constituée jusqu'à concurrence d'une somme déterminée (art. 10, L. 24 juillet 1889). Nous avons déjà rencontré une disposition analogue dans l'art. 34 de la loi du 30 juin 1838. Nous n'avons rien à ajouter à nos explications précédentes.

1185. Il en est à cet égard de la tutelle officieuse comme de la tutelle ordinaire. La première, aussi bien que la seconde, donne naissance à l'hypothèque légale. Le tuteur officieux a les mêmes pouvoirs qu'un tuteur ordinaire ; il est juste de donner au mineur les mêmes garanties. Il est impossible de voir dans la tutelle officieuse un mode particulier d'adoption, comme on l'a proposé. Elle est un moyen mis par la loi à la disposition des particuliers pour préparer une adoption ; mais ce moyen consiste dans une tutelle ; et cette tutelle, malgré ses particularités, n'en produit pas moins les effets ordinaires de toute tutelle, notamment l'hypothèque légale. Si dans les art. 2135, 2141 et 2143, la loi paraît n'avoir en vue que la tutelle ordinaire et n'a pas parlé de la tutelle officieuse, c'est qu'elle a statué de eo quod plerumque fit. Il n'y aurait pas du reste de raison sérieuse pour dispenser le tuteur officieux de la règle commune. Les raisons de haute morale, qui expliquent pourquoi les biens du père administrateur légal

pendant le mariage ne sont pas frappés de l'hypothèque légale, ne peuvent pas être invoquées en faveur du tuteur officieux ⁴⁹⁵.

1186. L'hypothèque légale ne frappe pas seulement les immeubles du tuteur principal, elle atteint également ceux du protuteur (art. 417), qui est un tuteur pour les biens à la gestion desquels il est préposé, et ceux du second mari de la mère maintenue dans la tutelle (art. 396), qui est lui-même cotuteur ⁴⁹⁶.

1187. La question devient plus difficile dans l'hypothèse de l'art. 395. La mère tutrice qui se remarie est tenue, avant l'acte de mariage, de convoquer le conseil de famille qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. Elle n'a pas exécuté cette obligation légale. La loi la déclare déchue de la tutelle et décide que son second mari sera responsable solidairement avec elle des suites de la tutelle indûment conservée. Cette responsabilité est-elle garantie par l'hypothèque légale ? Il faut examiner la question au point de vue de la mère et du second mari de celle-ci.

Les biens de la mère sont-ils grevés de l'hypothèque légale à raison des actes de gestion postérieurs au nouveau mariage ? Au premier abord, on pourrait être tenté d'écarter l'hypothèque légale. En effet, par cela seul qu'elle n'a pas convoqué le conseil de famille, la mère est déchue de la tutelle. Par conséquent, à partir de la célébration du second mariage, elle a cessé d'être tutrice, partant il n'y a plus d'hypothèque légale. Ce raisonnement cependant, quelque puissant qu'il paraisse, ne nous arrêtera pas. Il se heurte d'abord au texte de l'art. 395. La loi ne s'est pas contentée de prononcer la déchéance de la mère ; elle a qualifié la gestion qu'elle conserve ; elle l'appelle une tutelle. Il est donc logique d'appliquer les règles de la tutelle. Cette décision est du reste très rationnelle ; la gestion qui se poursuit après le mariage n'a pas de caractère propre ; elle n'est que la suite d'une gestion

antérieure qui se continue. Elle participe donc de la nature de celle-ci. Cette dernière était une tutelle, il en sera de même de la première. En réalité, la mère est une tutrice qui a excédé les bornes assignées à son mandat. Mais la nature des fonctions qu'elle exerce n'est pas modifiée. C'est en qualité de tutrice qu'elle continue de gérer. Ses immeubles seront affectés par hypothèque à la sûreté de toutes ses obligations ⁴⁹⁷.

La question est plus vivement controversée en ce qui concerne les immeubles du second mari. Nous croyons que si les biens de la mère sont, ainsi que nous venons de le dire, grevés de l'hypothèque légale, il doit en être de même des immeubles du second mari. L'administration indue de la mère est considérée par la loi comme une tutelle ; le second mari de celle-ci doit être traité comme un cotuteur. On ne comprendrait pas que la faute commise par la mère et à laquelle le second mari a participé eût pour résultat de priver le mineur de la garantie jugée indispensable par la loi si on en avait observé les dispositions. La mère maintenue dans la tutelle aurait eu pour cotuteur son second mari, et les immeubles de celui-ci auraient été grevés de l'hypothèque légale. La loi a été violée, et pour ce motif les immeubles du second mari seraient libérés de toute charge ! C'est d'autant moins admissible que la loi lui impose une responsabilité solidaire. Elle définit même la gestion dont il est responsable. Elle l'appelle une tutelle indue. Il est donc responsable comme il le serait d'une tutelle régulière, c'est-à-dire personnellement et hypothécairement. Les tiers du reste n'éprouvent de cette décision aucun préjudice, dont la considération puisse nous arrêter. Ils sont présumés par la loi avoir eu connaissance de l'ouverture de la tutelle et du second mariage de la mère. Ils ont dû rechercher s'il avait été nommé un nouveau tuteur. En l'absence de tout acte de nomination, ils ont dû penser que la mère avait été maintenue dans la

tutelle, que son second mari avait été nommé cotuteur. Ils ont donc dû avoir connaissance de l'hypothèque qui frappait ses biens. Ils n'ont pas été induits en erreur. Ils ne peuvent pas se plaindre. Ils ne peuvent pas se faire de l'irrégularité commise une arme contre le mineur, dont la loi a pris en mains les intérêts ⁴⁹⁸.

1188. La situation du mineur étranger donne lieu à une très grave difficulté, semblable d'ailleurs à celle que nous avons examinée pour la femme mariée étrangère ⁴⁹⁹. Les opinions, que nous avons exposées alors, se reproduisent quand il s'agit de savoir si le mineur étranger a une hypothèque légale sur les immeubles de son tuteur. Il nous paraît inutile de retracer les éléments de cette controverse. Un parti considérable dans la doctrine accorde, quoiqu'avec certaines distinctions sur lesquelles il est superflu de revenir, une hypothèque légale au mineur étranger ⁵⁰⁰. La jurisprudence et de nombreux auteurs se prononcent en sens contraire. La jurisprudence fonde sa théorie sur l'art. 11 et apporte au principe qu'elle pose les deux exceptions dont nous avons déjà parlé ⁵⁰¹.

On sait que, d'après une jurisprudence dont nous n'avons pas à apprécier ici le mérite, la tutelle d'un mineur étranger est quelquefois dévolue d'après la loi française. C'est ainsi que la femme française qui, devenue étrangère par son mariage avec un étranger, recouvrait de plein droit sa nationalité d'origine lorsqu'au décès de son mari elle résidait en France (art. 19) ⁵⁰², se trouvait investie de la tutelle légale de ses enfants mineurs, quoique la loi nationale de ceux-ci ne reconnût pas de tutelle légale ⁵⁰³. Dans ce cas, il semble naturel et logique d'accorder à ce mineur toutes les garanties dont la loi française entoure la tutelle, notamment l'hypothèque légale de l'art. 2121 ⁵⁰⁴.

II. Créances garanties par l'hypothèque légale des mineurs et des interdits.

1189. L'art. 2121 attache l'hypothèque aux droits et créances des mineurs et interdits contre leur tuteur. Il est donc nécessaire que le mineur soit créancier en qualité de mineur et que le tuteur soit débiteur en qualité de tuteur, à raison de la tutelle qu'il a gérée. Il faudra faire figurer au nombre des créances garanties par l'hypothèque légale les sommes en capitaux et revenus touchées par le tuteur pour le compte du mineur, s'il n'en a pas été fait un emploi ou un placement régulier, les sommes dont il a négligé de recevoir le paiement à l'échéance et qui se trouvent perdues pour le pupille soit par suite d'une prescription accomplie, soit par suite de l'insolvabilité du débiteur survenue postérieurement, les dommages-intérêts que le tuteur aurait encourus pour négligences ou fautes commises dans l'administration du patrimoine pupillaire. En d'autres termes, l'hypothèque garantit le paiement de tout ce que le tuteur doit au mineur ou à l'interdit par son compte de tutelle, comme dit Domat, c'est-à-dire de toute dette dont il est devenu débiteur envers le mineur ou l'interdit tanquam tutor, et qu'il a dû faire figurer à ce titre dans son compte de tutelle. Finalement, l'hypothèque garantit le paiement du reliquat de ce compte.

L'hypothèque légale garantit-elle le paiement des dettes, dont le tuteur était débiteur envers le mineur au moment de son entrée en fonctions, et qui par conséquent ont une cause étrangère à sa gestion ? Nous répondrons affirmativement, si la dette est devenue exigible pendant le cours de la tutelle ; car, à dater de ce moment, le tuteur a dû se payer à lui-même, a semetipso exigere debuit, et placer les deniers pour le compte du mineur ; sa responsabilité de tuteur est donc engagée. C'est la solution contraire qui devra être admise, si la dette n'est pas venue à échéance pendant la durée des fonctions du tuteur ; car

alors il n'a jamais été débiteur tanquam tutor. Sa dette ne doit pas figurer dans son compte de tutelle ; à quel titre serait-elle donc garantie par l'hypothèque légale ? ⁵⁰⁵.

Cependant, si cette créance était garantie par une hypothèque conventionnelle et que le tuteur eût négligé de la faire inscrire ou de renouveler en temps utile l'inscription déjà prise, sa responsabilité serait engagée et les dommages-intérêts, auxquels il pourrait être condamné de ce chef, jouiraient de la sûreté de l'hypothèque légale.

1190. En vertu de ces règles, le mineur pourra invoquer l'hypothèque légale pour obtenir le paiement soit des sommes d'argent dont son tuteur lui aurait fait donation pendant la tutelle⁵⁰⁶, soit des dommages-intérêts qu'il lui devrait à raison du préjudice que lui causerait le défaut d'acceptation régulière de cette libéralité ou le défaut de transcription si elle avait pour objet des immeubles ⁵⁰⁷.

1191. La jurisprudence a fait une intéressante application de ces principes. A la suite de la liquidation des reprises de sa femme prédécédée, un père, tuteur légal de ses enfants mineurs, avait conservé entre ses mains, en qualité de donataire en usufruit, les deniers appartenant à ceux-ci. Il était, en vertu de la donation, dispensé de l'obligation de fournir caution. Au lieu de placer les capitaux sur lesquels portait son droit, il les dissipa. Lors de la cessation de l'usufruit, les enfants se prévalurent, à l'appui de leur demande en restitution, de l'hypothèque légale. Les juges leur donnèrent gain de cause ⁵⁰⁸. On objectait que le père était comptable de ces fonds en qualité d'usufruitier et non en qualité de tuteur, et que l'art. 2121 ne pouvait être invoqué. On répond que le père, en sa qualité de tuteur, devait veiller à la conservation du patrimoine pupillaire, qu'il devait prendre en quelque sorte contre lui-même les précautions nécessaires pour en assurer la restitution. Il avait donc commis une faute ; il devait en qualité de tuteur

la réparation du préjudice dont il était l'auteur, et cette créance était garantie par l'hypothèque légale ⁵⁰⁹.

Le règlement intervenu entre le père et les enfants avait, dans cette hypothèse, nové la créance des reprises et entraîné l'extinction de l'hypothèque légale de la femme. Mais il arrive quelquefois qu'il ne se produit aucune liquidation ; dans ce cas, les enfants mineurs sont investis d'une double hypothèque légale. En qualité d'héritiers de leur mère, ils ont le droit d'invoquer l'hypothèque légale qui appartenait à celle-ci ; en leur nom personnel, ils ont une hypothèque légale contre leur tuteur. Chacune de ces garanties présente ses avantages. Les enfants invoqueront, suivant les circonstances, celle qui sauvegardera le mieux leurs intérêts. L'hypothèque légale de leur mère leur donnera un rang plus avantageux et pourra même remonter à la date de la célébration du mariage ; elle atteindra tous les immeubles du mari, même ceux qui ont été aliénés pendant le mariage et qui, à ce titre, ne sont pas atteints par l'hypothèque légale des mineurs. Cette dernière offre d'autres avantages particuliers ; elle n'est pas exposée, en cas de faillite du mari, aux limitations édictées par l'art. 563 C. co. ⁵¹⁰, elle est dispensée d'inscription pendant toute la durée de la minorité et pendant l'année qui la suit. La jurisprudence a cependant décidé qu'elle ne pouvait être exercée à l'encontre de la subrogation consentie dans son hypothèque légale par la femme dont ils seraient héritiers, en tant qu'il s'agit du paiement du capital des droits et reprises de leur mère ⁵¹¹.

1192. Lorsque le tuteur a vendu, sans observer les formalités légales, des immeubles appartenant à son pupille, celui-ci a le droit d'agir en nullité des aliénations et d'exiger des tiers détenteurs la restitution de ses immeubles. Mais il peut, s'il le préfère, ratifier les aliénations et exiger de son tuteur les prix par lui touchés. Dans ce dernier cas, il peut se prévaloir de son hypothèque

légale avec tous les avantages qui y sont attachés, spécialement avec le rang que lui attribue l'art. 2135 ⁵¹².

1193. L'hypothèque légale ne garantissant que les créances du pupille contre son tuteur, il semble que les droits des parties se trouvent définitivement fixés au moment où la tutelle prend fin. L'administration que le tuteur continue n'est plus une administration tutélaire ; les droits qui peuvent naître ne sont plus les droits d'un pupille contre son tuteur. Peu importe que le mineur ait été émancipé ou soit devenu majeur. Il n'y a plus de tuteur, mais un simple negotiorum gestor ; l'exécution de ses obligations n'est plus garantie par l'hypothèque légale ⁵¹³

Cette solution absolue blesse cependant l'équité. Si le mineur émancipé ou devenu majeur a, en droit, l'administration de son patrimoine et s'il l'acquiert à partir du jour de son émancipation ou de sa majorité, il s'écoulera, en fait, un certain temps avant qu'il puisse prendre en main la gestion de son patrimoine. Pendant ce délai, le tuteur pourvoira à toutes les nécessités de cette gestion ; il la continuera. Ne serait-il pas juste de la sanctionner par l'hypothèque légale ⁵¹⁴ ? Cette solution a incontestablement ses avantages ; mais elle n'est pas sans danger. Elle a l'inconvénient très grave d'être en opposition avec la loi ; l'hypothèque légale atteint le tuteur ; elle n'atteint que le tuteur.

Aussi croyons-nous que la question ne comporte pas de solution absolue, qu'elle doit être résolue en fait plutôt qu'en droit. Les tribunaux tiendront compte des circonstances ; ils rechercheront si les actes accomplis par le tuteur se justifient par la nécessité, s'ils sont la continuation d'opérations commencées pendant la tutelle ou s'ils impliquent chez l'ancien pupille la volonté de confier à un mandataire l'administration de ses biens. Dans le premier cas, le tuteur continue d'agir comme tuteur, quoiqu'il n'en ait plus le titre ; dans le second, il est dans la

même situation qu'un mandataire ordinaire et il ne pourrait plus être question d'hypothèque légale⁵¹⁵.

III. Biens grevés par l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit.

1194. Comme l'hypothèque légale de la femme mariée, l'hypothèque légale du mineur est générale (art. 2122). Elle frappe les immeubles qui appartiennent au tuteur au jour de son entrée en fonctions ; elle atteint ceux qu'il peut acquérir pendant la durée de la tutelle, ceux même qu'il acquiert ou qui lui adviennent après la cessation de la tutelle, mais non ceux de ses héritiers, même de ses héritiers purs et simples⁵¹⁶.

Disons seulement que la faillite du tuteur est sans influence sur l'hypothèque légale du mineur. Alors même qu'il aurait été commerçant au moment de sa vocation à la tutelle, à plus forte raison alors même que, n'ayant pas alors de profession déterminée, il le serait devenu dans l'année, alors même qu'il aurait été investi de ces fonctions pendant la période suspecte, l'hypothèque n'en prendra pas moins naissance et ne s'en exercera pas moins avec toute son étendue.

IV. De la restriction et de la réduction de l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit.

1195. Comme l'hypothèque légale de la femme mariée, l'hypothèque légale du mineur peut être restreinte au moment de sa naissance, ou réduite pendant la durée de la tutelle. En effet, à raison de sa généralité, elle présente les mêmes dangers que l'hypothèque légale de la femme, quoique à un moindre degré cependant parce que la durée de la tutelle est limitée et a un terme dont le maximum est connu d'avance (Rapp. pour l'interdit art. 508). Il y aura

souvent une grande disproportion entre la valeur du gage hypothécaire et le montant de la créance à la sûreté de laquelle il est affecté. Ainsi un mineur sans fortune tombe sous la tutelle d'un millionnaire. Faut-il absolument que la totalité d'un patrimoine immobilier de cette importance reste affectée à des créances minimales, au grand détriment du crédit du tuteur ? Le législateur ne l'a pas pensé ainsi. Aussi permet-il de soustraire à l'hypothèque légale une partie du patrimoine du tuteur, de manière à proportionner l'étendue du gage hypothécaire à l'importance de la créance qu'il s'agit de garantir. Tel est l'objet de la restriction et de la réduction de l'hypothèque légale, séparées entre elles par les différences que nous avons déjà signalées ⁵¹⁷.

A. Restriction de l'hypothèque légale du mineur.

1196. Les conditions, sous lesquelles la restriction de l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit, peut avoir lieu, sont déterminées par l'art. 2141 : « Il en sera de même pour

» les immeubles du tuteur, lorsque les parents, en conseil de

» famille, auront été d'avis qu'il ne soit pris d'inscription

» que sur certains immeubles ».

C'est dans l'acte même de nomination du tuteur que cette restriction doit être opérée. Elle est alors une des conditions de cette nomination.

Si le tuteur est présent à la délibération du conseil de famille qui lui défère la tutelle, il doit, à peine de déchéance, demander de suite la restriction. S'il est absent, il peut la demander dans le délai qui lui est accordé pour réclamer contre sa nomination (art. 439) ; car, en demandant la restriction, il formule après tout une réclamation partielle contre sa nomination.

A partir de ce moment, le conseil de famille ne pourrait plus, par une délibération nouvelle, restreindre l'hypothèque. Il faudrait remplir toutes les formalités prescrites pour la réduction et obtenir un jugement. Du reste, lorsqu'il s'agit de restriction, la loi s'en remet complètement à l'appréciation des membres du conseil de famille. Il est souverain. Sa délibération n'a pas besoin d'être homologuée par justice ; mais elle serait susceptible d'être attaquée, notamment pour irrégularités commises, dans les termes du droit commun ⁵¹⁸.

Le conseil de famille, qui restreint l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit, peut procéder soit par voie de spécialisation, soit par voie d'exclusion, comme il a été dit au sujet de l'hypothèque légale de la femme mariée ⁵¹⁹.

Dans ce dernier cas, l'hypothèque conserverait son caractère de généralité. Les immeubles exclus seraient seuls dégrevés ; les autres immeubles du tuteur et ses immeubles à venir resteraient frappés.

Après la restriction, l'hypothèque légale du mineur, comme l'hypothèque légale de la femme mariée, conserve, sauf cette modification, ses caractères particuliers et le bénéfice de ses avantages spéciaux. Elle continue notamment d'être dispensée d'inscription ⁵²⁰. Mais s'il en était requis une, elle ne devrait être prise que sur les immeubles qui restent affectés. (art. 2142).

Le conseil de famille ne pourrait pas décider qu'il ne sera pris aucune inscription. Cela résulte de ces mots de l'art. 2141 : Il en sera de même, qui viennent immédiatement après cette phrase de l'art. 2140 : Il ne pourra pas être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription.

Pour le même motif, le conseil de famille ne pourrait pas dégrever tous les immeubles présents du tuteur et décider qu'il ne pourra être pris d'inscription que sur les immeubles à venir. La loi veut qu'au moment où la restriction est opérée le mineur jouisse de garanties

suffisantes. Or valider une pareille délibération serait permettre au conseil d'enlever actuellement au mineur toute sûreté en ne lui laissant que l'espoir de garanties futures plus ou moins aléatoires ⁵²¹.

1197. La restriction de l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit n'est possible que lorsqu'il s'agit d'une tutelle déferée par le conseil de famille. Dans la tutelle déferée par la loi, il n'y a pas d'acte de nomination du tuteur, comme l'exige l'art. 2141 ; il est par suite impossible de cantonner l'hypothèque dans les conditions déterminées rigoureusement parla loi. Dans ce cas, l'hypothèque légale atteint tous les immeubles du tuteur ; car elle naît en même temps que la tutelle et forcément avec toute l'amplitude que la loi lui donne ; il ne peut donc être question que de la faire réduire ultérieurement.

Il en est de même pour la tutelle déferée par le dernier mourant des père et mère. Il y a bien dans cette hypothèse un acte de nomination et on ne peut pas reproduire pour la tutelle testamentaire l'argument que nous formulions tout à l'heure pour la tutelle légale. Il ne faudrait pas en conclure que le survivant des père et mère est investi d'un semblable pouvoir. L'art. 2141 ne le confère qu'au conseil de famille. En vain, on essaierait de prétendre que le survivant des père et mère, autorisé à nommer le tuteur, jouit des mêmes droits que le conseil de famille et les exerce avec la même étendue. Nous répondrions d'une part qu'un texte formel permet au conseil de famille de restreindre l'hypothèque en nommant le tuteur et qu'il n'existe pas de texte semblable pour le survivant des père et mère, d'autre part que nulle assimilation n'est possible : le conseil de famille après avoir choisi le tuteur désigne le subrogé tuteur : le survivant des père et mère n'a jamais ce droit. La décision que nous croyons être celle de la loi, se justifie facilement en raison. C'est au moment de la nomination du tuteur, au moment où l'hypothèque légale va

prendre naissance, qu'il importe de faire l'appréciation comparative qu'implique la restriction de l'hypothèque légale. Or la désignation d'un tuteur testamentaire peut précéder de plusieurs années la vocation de celui-ci. Les circonstances ont pu se modifier dans un sens ou dans l'autre. C'est donc répondre à la pensée protectrice de la loi que de ne pas attribuer un pareil pouvoir au survivant des père et mère ⁵²².

Dans ces deux hypothèses de tutelle légale et testamentaire, le tuteur ne pourrait pas obtenir du conseil de famille la restriction de l'hypothèque légale. En effet, cette restriction est une exception au principe de la généralité de l'hypothèque écrit dans l'art. 2122. Elle ne peut donc être autorisée que sous les conditions taxativement déterminées par la loi. Or si l'art. 2141 confère ce droit au conseil de famille, il exige qu'il l'exerce dans l'acte de nomination du tuteur. Lorsqu'il s'agit d'un tuteur légal ou testamentaire, il n'y a pas d'acte de nomination auquel participe le conseil de famille. Il ne peut donc être question de restreindre l'hypothèque. La réduction seule est possible.

B. Réduction.

1198. Pendant la durée de la tutelle l'hypothèque légale peut être réduite. Mais il ne suffit pas d'une délibération du conseil de famille. Un jugement est indispensable. La loi craint que le conseil de famille ne cède trop facilement aux obsessions du tuteur ; elle craint que les intérêts du mineur ne soient pas sauvegardés avec assez de vigilance. De là les précautions minutieuses prises par les art. 2143 et 2145.

« Lorsque l'hypothèque n'aura pas été restreinte par l'acte

» de nomination du tuteur, celui-ci pourra, dans le cas où

» l'hypothèque générale sur ses immeubles excèderait

notoire-

» ment les sûretés suffisantes pour sa gestion, demander que

» cette hypothèque soit restreinte aux immeubles suffisants

» pour opérer une pleine garantie en faveur du mineur. — La

» demande sera formée contre le subrogé tuteur, et elle devra

» être précédée d'un avis de famille » (art. 2143).

En joignant à ce texte l'art. 2145 déjà reproduit ⁵²³, on voit que cinq conditions sont nécessaires pour la réduction de l'hypothèque légale du mineur.

1199. 1° Il faut que l'hypothèque légale n'ait pas été restreinte par l'acte de nomination du tuteur. Pour justifier cette règle on dit généralement : Lorsqu'elle a été restreinte, l'hypothèque est devenue conventionnelle et les hypothèques conventionnelles ne sont pas susceptibles de réduction (art. 2161 in fine). Ce motif paraît satisfaisant, si la restriction a été opérée par voie de spécialisation. On peut alors assimiler, au point de vue de l'étendue, l'hypothèque légale restreinte à une hypothèque conventionnelle, bien qu'elle en diffère à d'autres égards, notamment en ce qui concerne la dispense d'inscription. Le législateur n'a pas voulu permettre une demande en réduction qui modifierait, peut-être au grand préjudice du mineur, l'accord intervenu entre les parties. Le motif qui explique cette règle est alors le même que celui qui sert à justifier la disposition de l'art. 2161. Mais nous croyons que l'art. 2161 ne peut pas être invoqué à titre d'argument, sa disposition étant, comme nous l'avons déjà fait observer en parlant de l'hypothèque légale de la femme mariée, étrangère aux hypothèques du mineur, de l'interdit et de la femme mariée.

Cette considération n'est plus d'aucun poids, lorsque la restriction a été opérée par voie d'exclusion en désignant les immeubles affranchis. L'hypothèque conserve alors son caractère originaire de généralité. Des circonstances diverses, l'ouverture d'une importante succession immobilière à laquelle le tuteur serait appelé, peuvent donner à son patrimoine immobilier une importance de beaucoup supérieure au montant probable des créances pupillaires. Dans l'intérêt de son crédit, il lui importerait de recouvrer la libre disposition d'une partie de son patrimoine. Parce que l'hypothèque a été restreinte au moment de sa nomination, la loi le lui interdit : Pourquoi ? Il nous est impossible d'en découvrir un motif même plausible. Nous expliquerons cependant la loi en disant que dans la pensée de ses rédacteurs la restriction devrait avoir lieu par voie de spécialisation. L'art. 2141 en porte avec lui la preuve indéniable. Mais la loi ne défend pas de procéder par voie d'exclusion et si l'on a eu recours à ce moyen, nous n'apercevons aucune justification de l'art. 2143.

1200. 2° Il faut que le patrimoine immobilier du tuteur ait une valeur sensiblement supérieure au montant probable des créances garanties par l'hypothèque légale. Il y a là une question de fait que le conseil de famille apprécie sous le contrôle de la justice.

1201. 3° La demande doit être précédée d'un avis du conseil de famille. En aucun cas, cet avis ne lie le juge ; il ne s'agit pas en effet, pour le tribunal, d'homologuer l'avis du conseil de famille, mais bien de statuer après avoir pris préalablement cet avis.

Il est à peine besoin de faire remarquer que le conseil de famille dont parle la loi est composé suivant les règles du titre de la tutelle. De même qu'il contrôle la gestion du tuteur, de même il surveille les garanties nécessaires dans l'intérêt du mineur.

1202. 4° La demande doit être formée contre le subrogé tuteur. Le tuteur, qui est demandeur à l'action en réduction,

ne peut pas représenter le mineur, défendeur à cette même action : ce qui conduirait à dire qu'il formera la demande contre lui-même. C'est le cas de faire intervenir le subrogé tuteur, qui agit pour le mineur toutes les fois que ses intérêts sont en collision avec ceux du tuteur (art. 420).

Il semble bien résulter de là que la demande doit être introduite en la forme contentieuse, par voie d'assignation signifiée au subrogé tuteur. L'inobservation de ces formalités entraînerait la nullité de la réduction prononcée 524.

Le tribunal compétent nous paraît être celui du domicile de la tutelle, et non celui de la situation des biens conformément à l'art. 2159. Nous appliquons ici une règle analogue à celle que nous avons admise pour la demande en réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée 525. Il s'agit en effet non seulement d'apprécier la valeur des immeubles du tuteur, mais encore d'évaluer le montant probable des créances du pupille. Le tribunal du domicile de la tutelle est mieux placé que tout autre pour recueillir les renseignements et statuer en connaissance de cause.

1203. 5° Le ministère public doit être entendu dans ses conclusions. Il n'est d'ailleurs ici que partie jointe ; c'est le subrogé tuteur qui est partie principale. La question est cependant controversée et présente un intérêt pratique important.

1204. La demande en réduction de l'hypothèque légale du mineur présente donc un caractère contentieux : le jugement qui termine l'instance aura l'autorité de la chose jugée. Il est susceptible d'être attaqué par la voie de l'appel.

Le droit d'interjeter appel appartient incontestablement au tuteur et au subrogé tuteur.

Appartient-il également au ministère public ? La généralité des auteurs et la jurisprudence lui reconnaissent ce droit. Le jugement est rendu contradictoirement avec le

ministère public (art. 2145). Le ministère public est donc le contradicteur du tuteur au même titre que le subrogé tuteur ; il doit avoir, comme celui-ci, le droit d'attaquer le jugement ⁵²⁶.

MM. Aubry et Rau estiment cependant que l'action n'est alors intentée que contre le subrogé tuteur, qu'il n'est pas nécessaire d'assigner le ministère public, que la cause lui est seulement communicable conformément à l'art. 83 Pr. civ., et qu'en conséquence il n'a pas le droit d'interjeter appel du jugement ⁵²⁷. La jurisprudence, qui reconnaît à la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée le caractère conventionnel, et qui logiquement est conduite à refuser alors le droit d'appel au ministère public ⁵²⁸, ne sera-t-elle amenée à dénier au ministère public le rôle de partie principale et à ne pas l'autoriser à interjeter appel, quand il s'agit de l'hypothèque légale du mineur ?

1205. Après la réduction comme après la restriction, l'hypothèque légale conserve le caractère qu'elle avait antérieurement et continue d'être dispensée d'inscription ⁵²⁹.

1206. La restriction et la réduction de l'hypothèque légale du mineur, comme la restriction et la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée, n'ont d'ailleurs rien d'irrévocable. Ainsi, le tribunal pourrait, après avoir refusé la réduction, l'accorder sur une nouvelle demande par une sentence ultérieure, à la suite de modifications survenues dans la fortune du tuteur ou dans celle du mineur.

De même en sens inverse, si les sûretés étaient insuffisantes soit qu'elles le fussent dès l'origine, soit qu'elles le devinssent par suite d'événements postérieurs, le subrogé tuteur aurait le droit d'exiger des sûretés complémentaires et même de demander à la justice le rétablissement de l'hypothèque dans sa généralité primitive. La loi admet cette règle en matière

d'hypothèques conventionnelles (art. 2131) et en matière d'hypothèques judiciaires réduites (art. 2164) ; il nous paraît juste de la suivre pour l'hypothèque légale du mineur comme pour l'hypothèque légale de la femme mariée ⁵³⁰, lorsqu'elle a été restreinte ou réduite. La loi veut avant tout sauvegarder les intérêts du mineur. Si elle permet la restriction ou la réduction de l'hypothèque, c'est sous la condition que les droits du mineur ne seront pas compromis. Si cette condition cesse d'être remplie, il est nécessaire, pour répondre aux intentions du législateur, de modifier les mesures qui ont été prises ^{531 532}.

Mais il est évident que les droits acquis par les tiers sur la foi de la restriction ou de la réduction et régulièrement conservés par eux, devraient être respectés.

1207. Après la cessation de la tutelle, le mineur devenu majeur est capable de tous les actes de la vie civile. Mais l'art. 472 vient restreindre l'étendue de sa capacité en ce qui concerne son hypothèque légale. Rappelons seulement que cet article frappe de nullité tout traité intervenu entre le tuteur et le mineur devenu majeur, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé de l'oyant compte dix jours au moins avant le traité. Cette nullité frappe non seulement les traités relatifs à la gestion tutélaire, mais encore les conventions qui auraient pour but de dégrever, dans l'intérêt du tuteur, les immeubles de celui-ci de l'hypothèque légale, en lui en donnant main-levée totale ou partielle.

Mais cette convention pourrait être arguée de nullité dans les termes du droit commun et après son annulation l'hypothèque légale recouvrerait toute sa puissance, sous la réserve des droits régulièrement acquis à des tiers et de l'application des règles de la loi sur la publicité (art. 8, L. 23 mars 1855). L'hypothèque serait même opposable aux tiers, s'il s'agissait de redressements du compte de tutelle ;

mais la loi du 23 mars 1855 devrait être prise en considération pour en déterminer le rang.

La réduction de l'hypothèque pourrait alors être prononcée par la justice, selon les règles de l'art. 2161. Mais, en principe, les tribunaux seront disposés à écarter de semblables demandes. L'ancien tuteur a un moyen facile de libérer ses immeubles. C'est d'exécuter ses obligations.

§ III. Hypothèque légale de l'Etat, des Communes et des établissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables.

1208. L'Etat, les communes et les établissements publics ont de tout temps été protégés par des garanties de même nature. Ces diverses personnes morales ne peuvent pas en effet administrer leurs biens par elles-mêmes, puisqu'elles n'ont qu'une existence fictive ; il faut de toute nécessité en confier la gestion à des administrateurs. Pour garantir cette gestion, la loi a établi l'hypothèque, dont nous allons nous occuper.

1209. Les personnes morales auxquelles la loi attribue une hypothèque légale sont l'Etat, les communes et les établissements publics. Il faut certainement comprendre dans cette énumération les départements, dont la personnalité civile a été reconnue par le décret du 9 avril 1811 et qui sont des établissements publics ⁵³³.

Par établissements publics il faut entendre ceux qui, selon la définition de M. Ducrocq⁵³⁴, font partie intégrante de l'organisation administrative de la France ou se rattachent à certaines parties de cette organisation de la façon la plus intime. Aux établissements publics on oppose les établissements d'utilité publique. Ce sont ceux dont l'utilité générale et publique a été reconnue dans les conditions déterminées par la loi. En vertu du principe de l'interprétation restrictive, l'hypothèque légale de l'art.

2121 appartient aux établissements publics. Les établissements d'utilité publique ne peuvent prétendre à cette sûreté. Telles sont notamment les sociétés de secours mutuels ⁵³⁵.

Au nombre des établissements publics nous citerons les sections de communes, les hôpitaux et hospices, et les bureaux de bienfaisance.

1210. On range aussi dans cette catégorie les fabriques, les menses curiales et épiscopales, les chapitres, les séminaires diocésains, les consistoires protestants et israélites. Cependant si on leur reconnaît à certains égards la qualité d'établissements publics, on soutient qu'ils ne l'ont pas d'une manière absolue, qu'ils ne sont pas soumis à toutes les règles relatives aux établissements publics, que notamment ils n'ont pas d'hypothèque légale sur les biens de leurs trésoriers.

La question a été surtout agitée en ce qui concerne les trésoriers des fabriques. Pour écarter dans ce cas l'hypothèque légale, on a argumenté de ce qu'ils ne sont pas nommés par le gouvernement et de ce que leurs comptes ne sont pas jugés par la cour des comptes ou les juridictions administratives. On a fait en outre remarquer que leurs deniers ne sont pas des deniers publics et on a essayé de justifier cette affirmation par le silence, que garde à ce sujet le décret du 31 mai 1862 portant règlement général sur la comptabilité publique. Ce décret ne mentionne en effet ni les trésoriers des fabriques, ni les comptables des autres établissements ecclésiastiques (⁵³⁶). En faveur de l'opinion contraire, on invoquait la généralité de l'art. 2121 qui n'autorise aucune distinction ; on faisait remarquer que les fabriques sont, d'après l'opinion générale, comprises sous la dénomination d'établissements publics dans les art. 910, 1596, 1712, 2045 et 2227 et qu'il est illogique de ne pas donner aux mêmes expressions le même sens dans l'art. 2121 ; on ajoutait qu'aux termes des

art. 3 et 5 de l'arrêté du 7 thermidor an XI, les biens des fabriques doivent être administrés dans la forme particulière aux biens communaux, et que les comptes devaient être rendus en la même forme que ceux des dépenses communales ⁵³⁷.

Nous nous contentons de résumer ainsi brièvement les arguments invoqués en faveur des deux opinions contraires. La difficulté nous paraît aujourd'hui résolue par l'art. 78 de la loi du 26 janvier 1892 dont l'al. 1 est ainsi conçu : « A par-

» tir du 1^{er} janvier 1893, les comptes et budgets des fabriques

» et consistaires seront soumis à toutes les règles de la comp-

» tabilité des autres établissements publics ». L'assimilation, on le voit, est complète. Les trésoriers des fabriques et des consistaires sont traités comme des comptables de deniers publics. Telle est la portée du texte. Cependant M. César Duval, sur la proposition duquel il a été voté, a déclaré dans la séance du 15 décembre 1891, que les biens des comptables des fabriques et consistaires ne seraient pas frappés d'hypothèque. Mais il n'y a là que la manifestation d'une opinion individuelle. Elle ne saurait prévaloir contre le texte, qui consacre l'assimilation et confirme l'opinion que nous avons présentée en dernier lieu. Le conseil d'Etat, chargé de préparer le règlement d'administration publique prévu par le 2^e al. de cet art. 78, a d'ailleurs interprété la loi en ce sens. Il a largement tenu compte des préoccupations que faisait naître la nouvelle législation. Car l'art. 19 du décret du 27 mars 1893 ne permet pas de faire inscrire l'hypothèque sans une autorisation du juge du compte, après irrégularité constatée.

1211. M. Pont classe les caisses d'épargne au nombre des établissements publics et leur applique l'art. 2121 ⁵³⁸. Il

nous est impossible de partager cette opinion. Les caisses d'épargne sont des établissements d'utilité publique ; elles ne sont pas des établissements publics au sens propre du mot. Elles ne sont que des institutions privées ; elles sont constituées dans l'intérêt des particuliers ; elles ne se rattachent en aucune espèce de façon à l'organisation administrative de la France. Qu'importe que l'autorisation du gouvernement soit nécessaire pour leur fondation ? Est-ce qu'avant la loi du 24 juillet 1867 les sociétés anonymes n'étaient pas soumises à la même règle ? Est-ce qu'une autorisation du gouvernement n'était pas indispensable pour leur constitution ? Elles n'étaient cependant que des sociétés d'intérêt privé. Qu'importe que les caisses d'épargne soient habiles à recevoir des dons et legs ? Est-ce que beaucoup d'établissements d'utilité publique ne jouissent pas de la même capacité ? Ils n'en constituent pas moins des sociétés privées et n'appartiennent pas à la classe des établissements publics. Qu'importe que la loi ait prescrit certaines mesures de surveillance ? Elles ont leur raison d'être dans la volonté de protéger les intérêts des déposants contre les dangers auxquels ils sont exposés. Des considérations analogues expliquent les dispositions relatives à l'administration des sociétés anonymes ⁵³⁹.

A plus forte raison, l'art. 2121 ne s'applique-t-il pas aux trésoriers des sociétés de secours mutuels et d'une manière générale aux trésoriers des établissements d'utilité publique.

1212. Après avoir déterminé les personnes au profit desquelles l'hypothèque légale est établie, nous allons rechercher les personnes dont les biens sont grevés de cette hypothèque. Elle frappe les immeubles des receveurs et des administrateurs comptables. Nous avons déjà dit ⁵⁴⁰ que sous la dénomination de comptables, il fallait comprendre les fonctionnaires qui ont le maniement des deniers publics. C'est à ces personnes que se réfère la

disposition de l'art. 2121. Par conséquent, les ministres, les préfets, les maires, les inspecteurs des finances ou de l'enregistrement ne sont pas atteints par l'hypothèque ⁵⁴¹. Nous déciderons, au contraire, que les immeubles des percepteurs sont affectés de cette sûreté ⁵⁴².

1213. Mais une difficulté très grave naîtra lorsqu'une personne autre que le comptable se sera ingérée, sans autorisation légale, dans le maniement des deniers publics. Cette gestion entraîne-t-elle l'hypothèque légale, comme les gestions patentes et régulièrement décrites ?

La négative semble bien favorable. Les hypothèques légales sont de droit étroit. Or l'art. 2121 n'impose cette garantie qu'aux receveurs et administrateurs comptables. Elle n'atteint donc que les personnes régulièrement investies de cette qualité. L'auteur de la gestion occulte ne réunit pas ces conditions. Donc il ne peut être question d'hypothèque légale. Il y aurait là une application des principes que nous avons déjà développés à propos de la tutelle des mineurs. Nous avons dit alors que la tutelle de fait ne donne pas naissance à l'hypothèque légale.

Cette solution cependant ne nous satisfait pas et nous croyons qu'elle doit être repoussée. Elle l'était déjà par Pothier dans notre ancienne jurisprudence ⁵⁴³. Mais il se contente d'en donner ce motif : « Les faux administrateurs ne devant pas être de meilleure condition que les véritables ». Cette considération d'équité s'adresse plutôt au législateur qu'au jurisconsulte, nous l'avons écartée en ce qui concerne la tutelle de fait, nous l'écarterons également en ce qui concerne les comptabilités occultes.

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait un texte qui étendit à cette hypothèse le bénéfice de l'hypothèque. Ce texte nous le trouverions certainement pour les communes dans l'art. 155 de la loi municipale du 5 avril 1884. Il attribue la qualité de comptable à toute personne autre que le receveur municipal qui, sans autorisation légale, s'est

ingérée dans le maniement des deniers de la commune. Mais il nous semble qu'une loi n'est pas nécessaire à cet effet ; il ne s'agit pas en effet de créer une hypothèque nouvelle ; il ne s'agit même pas d'étendre la disposition de l'art. 2121 à une hypothèse qu'il n'aurait pas prévue. La seule question est de savoir si le comptable occulte est un comptable et si, par suite, les deniers dont il a pris la gestion étant des deniers publics, ses immeubles sont frappés de l'hypothèque légale. Or pour conférer à une personne la qualité de comptable, pas n'est besoin, nous semble-t-il, d'un texte de loi ; un décret est parfaitement suffisant, comme pour les nominations de fonctionnaires. Le décret du 31 mai 1862 portant règlement général de la comptabilité publique a précisément atteint ce résultat en disposant par son art. 25 : Toute personne autre que le comptable qui, sans autorisation légale, se serait ingérée dans le maniement des deniers publics, est, par ce seul fait, constituée comptable... Ce décret n'assimile pas la comptabilité occulte à une comptabilité régulière ; il décide que le comptable occulte est par cela seul investi de la qualité de comptable avec les conséquences que les lois peuvent y attacher. Nous en déduisons cette conclusion ; leurs immeubles sont grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121 ⁵⁴⁴. C'est une situation analogue à celle de la femme tutrice qui s'est remariée sans convoquer le conseil de famille. La loi imprime à la gestion qu'elle continue la qualité de tutelle avec tous ses effets. Ici le décret de 1862 donne la qualité de comptable à une personne qui n'en est point investie : et cette qualité produit les mêmes résultats qu'une investiture régulière.

1214. Quelle est l'étendue de l'hypothèque ? L'art. 2122 répond en termes absolus qu'elle est générale et frappe, comme les hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, tous les immeubles présents et à venir du comptable. Si cette disposition s'applique à

l'hypothèque légale des communes et des établissements publics, il n'en est plus de même pour l'hypothèque légale de l'Etat. La loi du 5 septembre 1807 a modifié à cet égard l'art. 2121 et a donné au Trésor public une garantie plus énergique. Nous avons déjà vu ⁵⁴⁵ que l'Etat a. un privilège sur certains immeubles appartenant aux comptables ; nous savons que sont grevés du privilège tous les immeubles que le comptable ou sa femme, même séparée de biens, a acquis à titre onéreux depuis sa nomination (L. du 5 sept. 1807, art. 4 et 5). Tous les autres immeubles du comptable sont atteints par l'hypothèque légale, par conséquent tous les immeubles qui appartenaient au comptable lors de sa nomination et tous ceux qui lui sont advenus depuis à titre de succession ou de donation.

Les communes et les établissements publics n'ont jamais de privilège sur les immeubles de leurs comptables. La seule garantie que la loi leur accorde consiste dans une hypothèque qui est générale et frappe tous leurs immeubles présents et à venir.

Nous ferons remarquer en terminant que cette hypothèque légale est soumise à la formalité de l'inscription. A ce point de vue elle diffère des hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit.

On décide généralement qu'elle peut être réduite en observant les formalité de l'art. 2161. Nous reviendrons sur cette question en présentant le commentaire de cet article.

1215. Nous avons déjà déterminé le caractère de la plupart des autres hypothèques légales. N'étant pas comprises dans l'énumération de l'art. 2121, elles ne sont pas régies par l'art. 2122. Nous savons que l'hypothèque, qui survit à l'extinction des privilèges sur les immeubles (art. 2113) et que l'hypothèque légale des légataires sont des hypothèques spéciales. Nous avons vu que l'hypothèque légale de la Régie des douanes est générale

1216. Il faut maintenant nous expliquer sur l'hypothèque légale de la masse des créanciers du débiteur en état de faillite ou de liquidation judiciaire.

Cette hypothèque n'a pas seulement pour but d'assurer l'exécution du concordat. On sait qu'elle date ⁵⁴⁷ du jour de l'inscription prise en vertu du jugement déclaratif de faillite. Elle procure aux créanciers, au profit desquels elle est requise, une cause de préférence opposable à tous ceux qui pourraient faire inscrire une hypothèque ou un privilège ⁵⁴⁸ ; sans doute les inscriptions prises depuis le jugement déclaratif ne produisent aucun effet à l'égard de la masse (art. 2146 C. civ., 448 C. co.). Mais cette règle ne s'applique qu'aux créanciers du failli ; elle ne peut être opposée aux créanciers des précédents propriétaires, notamment d'un vendeur d'immeubles, qui requerraient inscription avant la transcription de l'acte d'acquisition. L'inscription faite en vertu de l'art. 490 assurerait à la masse un droit de préférence contre eux ⁵⁴⁹. Elle leur procurerait aussi l'avantage d'opposer aux créanciers d'une succession échue au failli et acceptée par lui purement et simplement le défaut d'inscription du privilège de la séparation des patrimoines. Enfin elle leur permettrait d'exercer leur hypothèque au préjudice des acquéreurs d'immeubles du failli, qui n'auraient pas antérieurement à leur inscription fait opérer la transcription de leur acte d'acquisition.

1217. Sur quels immeubles porte cette hypothèque ? Si nous avons admis que ce fût une hypothèque judiciaire, la réponse serait facile. Elle frapperait, en vertu du 2^e al. de l'art. 2123, tous les immeubles présents du débiteur et ceux qu'il pourrait acquérir par la suite, même après le concordat ou la dissolution de l'union. C'est la conséquence consacrée par les arrêts qui ont vu dans cette hypothèque une hypothèque judiciaire ⁵⁵⁰.

Mais nous avons décidé ⁵⁵¹ que c'était une hypothèque légale. Les hypothèques légales, comme nous l'avons fait observer, peuvent être générales ou spéciales. Il faut donc déterminer le caractère de l'hypothèque légale que nous avons reconnu appartenir à la masse des créanciers de la faillite. Certains auteurs ⁵⁵² enseignent qu'elle s'étend aux immeubles que le failli peut acquérir soit après le concordat, soit après la dissolution de l'union. Mais il nous est impossible d'accepter cette solution. En principe, sous l'empire de notre code, les hypothèques sont spéciales. Pour admettre une exception à ce principe, un texte formel est indispensable. C'est ainsi que l'art. 2122 parle des immeubles qui pourront appartenir dans la suite au débiteur et l'art. 2123, des immeubles qu'il pourra acquérir. Les art. 490 et 517 C. co., qui établissent l'hypothèque de la masse, ne disent rien de pareil. L'art. 490 C. co. n'a évidemment en vue que les immeubles présents, quand il ordonne aux syndics de prendre inscription sur les immeubles du failli dont ils connaîtront l'existence. L'art. 517 C. co. n'a pas une autre portée quand il décide que l'homologation conservera aux créanciers l'hypothèque inscrite en vertu de l'art. 490. Par conséquent cette hypothèque n'est pas générale ; elle ne grève pas les immeubles présents et à venir ; elle frappe seulement les immeubles qui appartenaient au failli au moment du jugement déclaratif et peut-être ceux qui lui adviendront jusqu'au concordat ou jusqu'à la dissolution de l'union. Cette solution est du reste rationnelle. L'hypothèque est accordée à la masse ; elle a pour but de conserver les intérêts collectifs de la masse et non les intérêts individuels de chacun des créanciers du failli. Il faut donc qu'au moment où l'immeuble entre dans le patrimoine du débiteur, la faillite subsiste encore et que la masse puisse acquérir des droits. Or après le concordat et la dissolution de l'union, les fonctions des syndics cessent. Il n'y a plus de

créanciers de la masse et par suite l'hypothèque ne peut plus atteindre de nouveaux biens ⁵⁵³.

SECTION II

DES HYPOTHÈQUES JUDICIAIRES

1218. Ce n'est pas dans le droit romain qu'il faut chercher l'origine de notre hypothèque judiciaire ; on a fait d'inutiles efforts pour la rattacher soit au *pignus prætorium*, soit au *pignus judiciaire* : son lien de filiation avec ces deux institutions est à peu près insaisissable.

A Rome, en effet, le jugement donnait seulement naissance à l'*actio judicati* et cette action était purement personnelle ; elle n'était assortie d'aucune garantie réelle. Le *pignus prætorium* n'était pas attaché de plein droit au jugement de condamnation ; il était la conséquence de la *missio in possessionem* ordonnée par le préteur et il était subordonné à la condition d'une prise de possession effective ; il ne conférait, en règle générale, aucun droit de préférence à l'encontre des autres créanciers du débiteur et on hésita longtemps à lui reconnaître un droit de suite.

Le *pignus judiciaire* remplace, à l'égard du débiteur récalcitrant mais solvable, la *missio in possessionem* employée contre le débiteur insolvable. Il consistait dans le droit accordé à tout créancier, au profit duquel était intervenu soit un jugement, soit une *confessio in jus*, d'obtenir du préteur un ordre de mise en possession à titre de gage de certains objets appartenant au débiteur. C'est une saisie partielle ; elle ne donne actuellement naissance à aucun droit réel ; mais lorsqu'elle a été exécutée, elle confère au créancier le droit de se faire payer sur le prix de ces objets par préférence aux autres créanciers. Le *pignus judiciaire* se rapproche donc plutôt des voies d'exécution

accompagnées d'un droit de préférence et il nous paraît plus exact d'y voir l'origine de la saisie ⁵⁵⁴.

1219. L'hypothèque judiciaire est d'origine française. On sait qu'il était de principe, dans notre ancien droit, que les obligations constatées par acte notarié emportaient de plein droit hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur. On fut naturellement amené à accorder la même garantie aux obligations constatées par des actes émanés de l'autorité publique comme les jugements. Ce ne fut pas de suite cependant que la règle reçut cette généralité ⁵⁵⁵.

Le premier pas dans cette voie fut accompli par la Cout. de Paris de 1510. Son art. 78 était ainsi conçu : « Une cédule

» privée, qui porte promesse de payer, emporte hypothèque

» du jour de la confession d'icelle en jugement ». L'ordonnance de Villers-Cotterets d'août 1539 reproduisit dans ses art. 92 et 93 le texte de la Coutume de Paris et étendit cette disposition à toute la France. Il n'y avait plus qu'un pas à faire pour attacher au jugement de condamnation l'hypothèque, qui était la garantie de l'obligation reconnue en justice. L'injuste résistance du débiteur n'était pas logiquement un motif pour diminuer les sûretés du créancier. La réforme fut ainsi complétée par l'art. 53 de l'Ord. de Moulins de 1566 et cette règle se retrouve dans l'art. 107 de la Cout. de Paris révisée en 1580 ⁵⁵⁶.

Ainsi notre ancien droit, après avoir attaché l'hypothèque générale aux actes notariés, l'étendit d'abord à l'acte judiciaire de reconnaissance d'écriture, puis aux jugements. Telle fut la filiation des idées.

1220. L'hypothèque judiciaire fut maintenue par notre droit intermédiaire (Lois du 9 messidor de l'an III et du 11 brumaire de l'an VII.) L'art. 3 de cette dernière loi porte :

« L'hypothèque existe, mais à la charge de l'inscription : 1° pour une créance consentie par un acte notarié ; 2° pour celle résultant d'une condamnation judiciaire ; 3° pour celle qui résulte d'un acte privé dont la signature aura été reconnue ou déclarée telle par un jugement... » ; et l'art. 4 ajoute :

« L'hypothèque judiciaire ne peut affecter que les biens appartenant au débiteur lors du jugement... ». Ainsi la loi de l'an VII soumet l'hypothèque judiciaire au principe de la publicité et dans une certaine mesure au principe de la spécialité ; car l'hypothèque n'affecte pas les immeubles à venir.

1221. Le code civil a répudié avec raison l'héritage de notre ancien droit et du droit intermédiaire, relativement à l'hypothèque attachée aux actes notariés ; mais il l'a accepté en ce qui concerne l'hypothèque résultant de l'acte judiciaire de reconnaissance d'écriture et celle attachée aux jugements, qu'il comprend l'une et l'autre sous la dénomination commune d'hypothèque judiciaire (art. 2117). En outre, s'écartant des traditions de la loi de brumaire, il a restitué à cette hypothèque le caractère de généralité qu'elle avait dans notre ancien droit, en déclarant qu'elle porterait même sur les immeubles à venir (art. 2123) ; à notre avis, c'est une étape rétrograde.

ART. 2123. L'hypothèque judiciaire résulte des jugements, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. Elle résulte aussi des reconnaissances ou vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé. — Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, sauf aussi les modifications qui seront ci-après exprimées. Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution. — L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils

ont été déclarés exécutoires par un tribunal français ; sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités.

Cette institution est du reste l'objet des plus vives critiques. Nous les apprécierons lorsque nous en aurons fait connaître les règles.

I. Sources de l'hypothèque judiciaire.

1222. L'hypothèque judiciaire peut résulter non seulement, comme l'indique l'art. 2117 : 1° des jugements ; 2° des actes judiciaires ; mais encore 3° des sentences arbitrales. Nous rechercherons si elle est attachée aux contraintes administratives.

Remarquons, avant d'entrer en matière, que l'hypothèque judiciaire résulte de plein droit des jugements et autres actes dont nous venons de donner l'énumération. Il n'est pas nécessaire que des conclusions spéciales soient prises à cet effet ; il n'est pas nécessaire que le jugement renferme une disposition particulière sur ce point.

Il va sans dire que les protestations du débiteur ne l'empêcheraient pas de prendre naissance ⁵⁵⁷.

1223. Mais le créancier pourrait-il valablement renoncer à cette hypothèque par une convention faite avec le débiteur ? La négative a trouvé quelques partisans ⁵⁵⁸. Ils se fondent principalement sur ce que l'hypothèque judiciaire est destinée à assurer l'exécution de la chose jugée, et constitue à ce titre une institution d'ordre public, sur laquelle la convention des parties est sans prise (arg. art. 6).

Les défenseurs de cette opinion se sont réfutés eux-mêmes, à notre avis, en reconnaissant la validité de la convention, par laquelle le créancier se serait engagé à ne pas faire inscrire son hypothèque pendant un certain délai ⁵⁵⁹. Qui ne voit que, si le créancier peut s'obliger

valablement à ne pas faire inscrire son hypothèque pendant cinq ans, dix ans, vingt ans (car où est la limite ?), il peut s'interdire aussi le droit de l'inscrire à tout jamais, ou, ce qui est la même chose, renoncer à son hypothèque, puisqu'elle ne peut devenir efficace que par l'inscription ? Comment comprendre d'ailleurs que le créancier, qui pourrait incontestablement renoncer à la créance dont la décision du juge constate l'existence à son profit, ce qui entraînerait par voie de conséquence l'extinction de l'hypothèque (art. 2180), ne puisse pas renoncer à l'accessoire en conservant le principal ? Quant à l'argument tiré de l'intérêt public, on remarquera que, si cet intérêt supérieur exige l'exécution de la chose jugée, c'est seulement lorsque le créancier peut s'en prévaloir. De même que la considération d'intérêt public n'empêche pas le créancier de renoncer à la créance dont la justice a reconnu l'existence à son profit, de même elle ne doit pas l'empêcher de renoncer à l'hypothèque qui en est l'accessoire ⁵⁶⁰.

N° 1. Jugements.

1224. Le jugement est une décision rendue par un tribunal sur une contestation portée devant lui. Le jugement suppose donc un débat, un procès, et c'est par là qu'il diffère principalement de l'acte judiciaire qui intervient en l'absence de toute contestation.

Nous verrons plus loin que, parmi les actes judiciaires, un seul emporte hypothèque judiciaire. Il en est autrement pour les jugements. Toutes les décisions, qui rentrent dans l'exercice de la juridiction contentieuse, et même les ordonnances qui peuvent leur être assimilées ⁵⁶¹ sont susceptibles de produire cet effet.

1225. Mais l'hypothèque judiciaire ne saurait résulter en principe des actes de la juridiction gracieuse, alors même

qu'ils revêtiraient la forme extérieure d'un jugement ou pourraient acquérir l'autorité de la chose jugée. Ainsi en est-il notamment des bordereaux de collocation délivrés dans un ordre ; le paiement peut en être garanti par un privilège grevant l'immeuble dont le prix est distribué ; mais les autres immeubles de l'acquéreur ne sont pas atteints par une hypothèque judiciaire ⁵⁶². De même les procès-verbaux dressés par le juge de paix siégeant en bureau de conciliation n'engendrent pas d'hypothèque judiciaire, même quand ils renferment des aveux, des conventions ou des reconnaissances d'écriture ⁵⁶³. Cette solution s'applique également, pour le même motif, aux jugements d'adjudication sur expropriation forcée ⁵⁶⁴.

1226. Nous n'hésitons pas à nous prononcer dans le même sens pour les jugements portant nomination d'un curateur à succession vacante, d'un administrateur aux biens d'un absent, d'un administrateur provisoire aux biens d'un aliéné ou de celui dont on poursuit l'interdiction ⁵⁶⁵, d'un conseil judiciaire. Ce sont là des actes de la juridiction gracieuse. A ce titre, il ne peut être question d'hypothèque judiciaire, garantissant les obligations qui pourront naître ultérieurement de la gestion de ces mandataires. On peut en outre invoquer un autre motif à l'appui de cette solution. Comme nous le dirons, pour qu'un jugement produise une hypothèque judiciaire, il faut qu'il contienne une condamnation à l'exécution d'une obligation ; or il est manifeste que les jugements qui nomment un administrateur de la fortune d'autrui n'imposent aucune obligation : ni celle de gérer, car l'administrateur nommé est libre de ne pas accepter la mission qui lui est confiée, ni par suite celle de rendre compte et de payer le reliquat, car ces dernières supposent que la gestion a été entreprise et par suite acceptée. En d'autres termes, l'obligation de gérer ne résultera pour l'administrateur que de son acceptation, et c'est sa gestion qui entraînera l'obligation

de rendre compte et celle de payer le reliquat. D'ailleurs, quand il serait vrai que l'obligation de gérer résulte du jugement qui nomme l'administrateur, l'hypothèque judiciaire ne garantirait en tout cas que le paiement des dommages et intérêts résultant du défaut de gestion, et serait complètement étrangère à l'obligation de rendre compte et de payer le reliquat.

Indiquons encore deux autres arguments à l'appui de notre solution.

Le premier, tiré de l'art. 34 de la loi du 30 juin 1838, est décisif. Ce texte permet au tribunal d'établir, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, une hypothèque, générale ou spéciale, sur les biens de l'administrateur qu'il nomme à la personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés. Evidemment, c'est là une disposition de faveur pour l'aliéné ; se comprendrait-elle, si la règle était que le jugement, qui nomme un administrateur de la fortune d'autrui, grève d'une hypothèque générale les biens de cet administrateur ? On aurait donc alors restreint le droit commun à l'égard des aliénés !

Le second argument nous est fourni par les travaux préparatoires. Le projet mentionnait comme sources de l'hypothèque judiciaire « les jugements qui établissent des gardiens, » des séquestres ou des cautions judiciaires » ; or cette partie du texte a été supprimée de la rédaction définitive.

1227. Il ne suffit pas, comme nous venons de le dire, qu'un jugement ait été rendu en matière contentieuse pour donner naissance à une hypothèque judiciaire. Malgré l'apparente généralité des art. 2117 et 2123, ce serait une erreur de croire que tous les jugements produisent l'hypothèque judiciaire. Il est, en effet, indispensable pour cela qu'ils renferment une condamnation, qu'ils condamnent l'une des parties à l'exécution d'une obligation, qu'ils constituent par suite l'un des plaideurs

créancier de l'autre. C'est bien évident ; car l'hypothèque, étant un droit accessoire, ne peut se soutenir qu'autant qu'elle se rattache à une créance (art. 2114). Ainsi, le jugement, qui déboute purement et simplement le demandeur de sa prétention, n'emportera pas hypothèque, sauf cependant en ce qui concerne la condamnation aux dépens ; il en est de même du jugement qui statue sur une question de compétence ou sur une question d'état, sauf toujours pour les dépens ⁵⁶⁶.

Cette solution est en harmonie avec la tradition historique, à laquelle les rédacteurs du code n'ont pas manifesté la volonté de déroger. D'après l'ordonnance de Moulins, l'hypothèque est acquise « à l'instant de la condamnation sur les biens du condamné ». L'art. 10 de la loi de messidor ne l'accorde qu'aux « jugements de condamnation ». Enfin la loi du 11 brumaire en fait la garantie « de la créance résultant d'une condamnation judiciaire.

1228. Pour ce motif, l'hypothèque judiciaire ne saurait résulter d'un jugement qui, statuant sur la demande en partage d'une succession, renvoie les parties devant un notaire pour procéder aux comptes qu'elles peuvent se devoir, à la formation de la masse et aux autres opérations de la liquidation ⁵⁶⁷, d'un jugement qui, sur la demande en paiement d'une somme d'argent, renvoie les parties avant faire droit et sans rien préjuger devant un arbitre rapporteur ⁵⁶⁸, d'un jugement qui, sans en ordonner par son dispositif l'exécution forcée, se contente de mentionner par simple énonciation dans l'un de ses considérants une obligation sur laquelle il ne s'est élevé aucun débat ⁵⁶⁹, d'un jugement qui après avoir prononcé la dissolution ou la nullité d'une société reconnue par les parties se borne à en ordonner la liquidation dans leur intérêt commun ⁵⁷⁰.

1229. Peu importe d'ailleurs la nature de l'obligation à l'exécution de laquelle l'une des parties est condamnée

envers l'autre. L'hypothèque judiciaire résultera donc non seulement du jugement portant condamnation à exécuter une obligation de payer une somme d'argent, mais aussi du jugement ordonnant l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire ; et, dans cette seconde hypothèse, elle garantira le paiement des dommages-intérêts dont le débiteur se rendra passible, s'il n'exécute pas son obligation ⁵⁷¹.

1230. Il n'est pas nécessaire que la condamnation soit actuelle et d'une somme liquide et déterminée. Les droits conditionnels, éventuels ou indéterminés sont, comme les droits purs et simples, garantis par l'hypothèque judiciaire, lorsqu'il existe un jugement de condamnation.

La jurisprudence a fait l'application de ces principes en accordant le bénéfice de l'hypothèque judiciaire à celui qui a obtenu une condamnation à des dommages-intérêts à fournir par état.

1231. Le jugement qui prononce la validité d'une saisie arrêt et ordonne au tiers saisi de vider ses mains entre celles du tiers saisissant emporte certainement hypothèque judiciaire sur les immeubles du tiers saisi ⁵⁷². La jurisprudence décide qu'il donne également naissance à une hypothèque judiciaire grevant les immeubles du débiteur saisi non seulement lorsque la créance est actuellement exigible ⁵⁷³, mais même pour la sûreté des sommes qui n'étant pas actuellement échues ne deviendront qu'ultérieurement exigibles ⁵⁷⁴.

1232. Le jugement, qui condamne un comptable, un mandataire, un gérant d'affaires à rendre compte, entraîne-t-il l'hypothèque judiciaire sur ses biens ? Oui ; car le jugement impose ici au comptable une obligation de faire, qui se transformera en dommages-intérêts par son inexécution : c'est précisément de ces dommages-intérêts que l'hypothèque garantira le paiement.

De nombreux auteurs et la jurisprudence à leur suite, ou peut-être à leur tête, vont même plus loin et décident que l'hypothèque judiciaire, qui résulte du jugement ordonnant une reddition de compte, garantit l'obligation de payer le reliquat qui pourra être dû par le comptable.

Ainsi il a été jugé que le jugement qui, après avoir prononcé la dissolution d'une société, nomme l'un des associés liquidateur et lui enjoint de remettre provisoirement, pendant la liquidation, toutes ses recettes à son ancien associé, lui impose des obligations susceptibles de devenir le principe de condamnations ultérieures, donne naissance à une hypothèque judiciaire pour la garantie de ces dettes éventuelles ⁵⁷⁵.

Le motif qu'on invoque pour justifier cette solution est que l'obligation de payer le reliquat est virtuellement imposée au comptable par le jugement qui le condamne à rendre compte : il y a donc dans ce jugement une condamnation implicite au paiement du reliquat.

Mais, avec ce raisonnement, le jugement qui condamne un comptable à rendre compte emportera aussi hypothèque sur les biens de celui à qui le compte est dû, car le reliquat peut exister au profit du comptable ; et si l'on admet que le jugement qui le condamne à rendre compte lui impose implicitement l'obligation de payer le reliquat qui pourra exister à sa charge, on ne peut guère ne pas admettre que ce même jugement impose à l'oyant-compte l'obligation de payer le reliquat dont il sera reconnu, par le résultat du compte, débiteur envers le comptable ; or cette décision violerait l'art. 2123, qui ne fait résulter l'hypothèque judiciaire des jugements. qu'en faveur de celui qui les a obtenus.

La vérité est que le jugement qui condamne un comptable à rendre compte ne lui impose qu'une seule obligation, celle de rendre son compte, et par suite ce jugement, comme nous l'avons dit, ne produit hypothèque

judiciaire que pour les dommages-intérêts qui pourront être dus à raison de l'inexécution de cette obligation. L'obligation de payer le reliquat ne résulte pas du jugement, mais bien de la reddition du compte, ou plutôt de cette circonstance que le comptable a reçu plus qu'il n'a dépensé pour le compte de l'oyant, auquel cas le reliquat est à sa charge, ou qu'il a dépensé plus qu'il n'a reçu, auquel cas le reliquat est à la charge de l'oyant. Et la preuve que l'obligation de payer le reliquat ne résulte pas du jugement, c'est que, le compte une fois rendu, l'oyant, créancier d'un reliquat, ne pourra pas en poursuivre le paiement par voie de saisie des biens du débiteur, en vertu du jugement qui a ordonné la reddition du compte ; il faudra qu'il obtienne un autre jugement condamnant le comptable au paiement du reliquat constaté par le compte. C'est ce jugement, mais celui-là seulement, qui entraînera hypothèque judiciaire pour le paiement du reliquat.

Nous n'avons pas parlé jusqu'ici d'un autre argument qu'invoquent nos adversaires et qui consiste à dire que l'obligation de payer le reliquat se trouve en germe dans le jugement ordonnant la reddition du compte. — A supposer que la question de savoir où se trouve le germe d'une obligation puisse avoir quelque influence sur la solution de la question qui nous occupe, il est clair que ce germe se trouverait dans les actes de gestion accomplis par le comptable et non dans le jugement qui le condamne à en rendre compte ⁵⁷⁶.

1233. Le jugement qui condamne un débiteur à fournir caution engendre une hypothèque. Cette hypothèque porte sur les biens du débiteur et non sur ceux de la caution ; elle garantit le paiement des dommages-intérêts qui pourront être dus en cas d'inexécution de l'obligation de fournir caution. La caution une fois fournie, l'hypothèque s'éteint, parce que l'obligation est payée ⁵⁷⁷.

1234. Quant au jugement qui reçoit une caution judiciaire, c'est-à-dire qui déclare solvable et par suite acceptable la caution fournie par le débiteur en exécution d'une sentence judiciaire qui l'y condamne, il n'entraîne aucune hypothèque : ni sur les biens du débiteur, car c'est lui qui obtient ce jugement contre le créancier qui conteste la solvabilité de la caution, et l'hypothèque judiciaire n'existe que sur les biens de celui qui est condamné ; ni sur les biens de la caution, car le jugement ne la condamne à rien. Les obligations éventuelles auxquelles se soumet la caution ne résultent pas du jugement, mais de son engagement même, de la soumission qu'elle a faite au greffe du tribunal ⁵⁷⁸.

1235. En résumé, si nous essayons de dégager les principes admis par les auteurs et par la jurisprudence, nous nous trouvons en présence de deux théories bien différentes.

D'après l'une, l'hypothèque judiciaire ne peut résulter que d'un jugement prononçant une condamnation.

D'après l'autre, qui paraît triompher en jurisprudence et qui semble acceptée par la généralité des auteurs, elle s'attache à tout jugement constatant, principaliter et comme conséquence du débat porté devant le juge, l'existence d'une obligation pouvant donner lieu à une condamnation actuelle ou même susceptible de devenir la cause d'une condamnation future. Cette dernière théorie apparaît comme une conséquence de ce principe qu'on croit trouver dans notre ancienne jurisprudence : Toute obligation constatée par un acte authentique ou exécutoire est garantie par une hypothèque générale frappant tous les immeubles présents et à venir du débiteur. Le code a répudié ce principe, puisque les actes notariés n'engendrent plus de plein droit une hypothèque générale ; l'hypothèque judiciaire a été conservée, elle a perdu sa base historique. Aussi nous verrons plus loin qu'elle a subi

de graves retranchements, d'importantes restrictions ; elle ne résulte plus de tout acte judiciaire portant reconnaissance d'une obligation, mais seulement des reconnaissances d'écriture ; elle ne résulte plus de tout jugement constatant une obligation comme les jugements d'adjudication sur expropriation forcée, mais seulement de certains jugements de condamnation. L'hypothèque judiciaire n'a été instituée, quoiqu'il plane quelque incertitude sur la volonté des rédacteurs du code ⁵⁷⁹, que pour assurer l'exécution des condamnations. Comme le disait Treilhard, « les tribunaux condamnent, et

» leurs jugements sont exécutoires sur tous les biens du condamné ». L'hypothèque judiciaire n'est donc qu'une garantie accordée par la loi à un titre exécutoire ; elle ne doit donc grever que les immeubles appartenant à celui contre lequel le jugement peut être ramené à exécution. Or, pour ne prendre qu'un exemple, le jugement, qui valide une saisie-arrêt et ordonne au tiers saisi de vider ses mains entre celles du créancier, ne contient aucune condamnation contre le débiteur saisi, n'est pas exécutoire sur les biens de celui-ci. N'est-ce pas dépasser les limites de l'art. 2123, qui cependant ne peut être étendu au-delà de ses termes, que d'autoriser le créancier à prendre dans ce cas, comme le fait la jurisprudence, inscription d'hypothèque judiciaire ? Nous serions assez portés à penser que la jurisprudence a exagéré la portée de l'art. 2123 et a ainsi fourni un puissant argument aux adversaires de l'hypothèque judiciaire. Il ne suffirait donc pas, dans la théorie que nous présentons, que le jugement renfermât le principe, le germe d'une condamnation future ; il ne suffirait pas qu'il constatât l'existence d'une obligation ; il faudrait qu'il renfermât une condamnation actuelle à l'exécution d'une obligation ; peu importerait d'ailleurs que le montant de cette obligation fût dès à présent liquide ou indéterminé.

1236. Les jugements portant condamnation entraînent l'hypothèque judiciaire, quelle que soit la juridiction dont ils émanent, son caractère particulier, sa mission spéciale.

Ainsi l'hypothèque judiciaire résulte, non seulement des jugements de condamnation émanés des juridictions civiles (justices de paix, tribunaux civils, cours d'appel), mais aussi de ceux rendus :

Par les juridictions commerciales, c'est-à-dire par les tribunaux de commerce et même par les conseils de prud'hommes ;

Par les tribunaux criminels, soit au profit d'un particulier pour les réparations civiles, soit au profit de l'Etat pour les amendes. Quant aux frais, le recouvrement en est garanti par un privilège ⁵⁸⁰ ;

Par les juridictions administratives : ministres, conseil d'Etat, conseils de préfecture... Cpr. art. 49 al. fin. de la loi du 22 juillet 1889.

On voit que les jugements de condamnation, rendus par les juridictions d'exception, entraînent l'hypothèque judiciaire, comme ceux qui émanent des juridictions de droit commun.

1237. Peu importe aussi la forme et le caractère particulier du jugement. Ainsi l'hypothèque judiciaire peut résulter d'un jugement avant faire droit aussi bien que d'un jugement définitif. Toutefois, c'est ici le lieu de se souvenir qu'un jugement, quel qu'il soit, ne peut entraîner l'hypothèque judiciaire qu'autant qu'il prononce une condamnation ; or, parmi les jugements avant faire droit, le jugement provisoire est le seul qui puisse satisfaire à cette condition ; citons comme exemple le jugement condamnant le mari, dans un procès en séparation de corps, à payer à sa femme une provision ad litem et une pension alimentaire pendant toute la durée du procès. Quant au jugement préparatoire et au jugement interlocutoire, ils ne prononcent pas de condamnation proprement dite, mais se

bornent à ordonner des mesures d'instruction, par exemple une instruction par écrit (jugement préparatoire), une enquête (jugement interlocutoire), et par suite ils ne peuvent entraîner l'hypothèque judiciaire. Aussi est-il remarquable que l'art. 2123 ne mentionne que les jugements provisoires.

De même l'hypothèque judiciaire peut résulter d'un jugement en premier ressort, aussi bien que d'un jugement en dernier ressort ;

D'un jugement par défaut, aussi bien que d'un jugement contradictoire ⁵⁸¹.

1238. Elle résulterait même d'un jugement rendu par un tribunal incompétent, sans qu'il y eût lieu de distinguer, nous le croyons du moins, entre le cas d'incompétence *ratione personæ* et celui d'incompétence *ratione materiæ*.

Il en serait de même pour le jugement rendu par un juge dont la compétence, limitée à une certaine somme, n'aurait pas été régulièrement prorogée ⁵⁸².

1239. Enfin, l'hypothèque judiciaire résulte aussi des jugements d'expédient ou jugements convenus. On appelle de ce nom des décisions rendues par un tribunal après un accord établi entre les parties et sur leur demande. Ainsi, un procès s'étant engagé entre un créancier et un débiteur, ils arrivent à s'entendre : le débiteur reconnaît sa dette, et le créancier lui concède un délai pour la payer : voilà donc les parties d'accord. Eh bien ! les deux avoués rédigeront de concert un projet de jugement, qu'ils soumettront au tribunal et que celui-ci prononcera en audience publique. Cette décision. est, en définitive, l'œuvre de la volonté des parties ; mais comme elle est revêtue du sceau de la justice, elle entraînera à ce titre l'hypothèque judiciaire. Elle n'est d'ailleurs rendue par le juge qu'en connaissance de cause et après examen de l'affaire ⁵⁸³. Mais il en est autrement des jugements par lesquels il est purement et simplement donné acte aux parties d'une déclaration ou

d'une convention, si le dispositif ne prononce pas une condamnation en conséquence. Ils ne sont pas des jugements de condamnation. Ils se rapprochent des actes judiciaires et n'appartiennent pas à la classe de ceux auxquels la loi attribue une hypothèque ⁵⁸⁴.

1240. Nous avons dit que les jugements infectés d'un vice de nullité ou d'incompétence donnaient naissance à l'hypothèque judiciaire. Le créancier a donc le droit de prendre inscription sur les immeubles de son débiteur. Mais il est évident que le sort de l'hypothèque et de l'inscription est lié à celui du jugement dont elle est un des effets. Si ce jugement était ensuite rétracté, réformé, annulé ou cassé, l'hypothèque serait anéantie avec sa cause et la radiation de l'inscription devrait être ordonnée. L'hypothèque ne sera définitivement acquise que lorsque le jugement aura d'une manière irrévocable l'autorité de la chose jugée.

Nous avons ainsi la solution d'une difficulté qui peut se produire. Un jugement de condamnation est cassé par la cour de cassation ; l'hypothèque judiciaire avait été inscrite ; l'affaire est renvoyée devant un autre tribunal, qui statue comme le premier. L'hypothèque judiciaire datera-t-elle de l'inscription prise en vertu du premier jugement ou seulement de la nouvelle inscription prise en vertu du second ? C'est à cette dernière solution qu'il faut s'en tenir. En effet, le premier jugement a été cassé, donc mis à néant, et avec lui l'hypothèque qu'il avait produite.

Cette solution cependant ne s'applique pas sans une certaine réserve. Elle se trouve limitée par les principes que nous avons, déjà posés. Elle est absolument vraie lorsque, comme nous l'avons supposé, le jugement rendu en dernier ressort a été attaqué par la voie du pourvoi en cassation et cassé par la cour suprême. Mais en serait-il de même si l'inscription avait été requise en vertu d'un jugement rendu en premier ressort, frappé plus tard

d'appel, et confirmé par l'arrêt déferé à la cour de cassation et cassé par elle. Nous ne le croyons pas. L'arrêt de cassation anéantit bien l'arrêt de la cour d'appel, mais il replace simplement les parties dans l'état où elles étaient avant cet arrêt. Or il était intervenu entre elles un jugement en premier ressort ; en vertu de ce jugement, une hypothèque a pris naissance ; elle a été inscrite ; elle doit continuer de produire ses effets tant que la décision d'où elle résulte n'a pas été réformée. Telle était la situation des parties après le jugement ; telle elle demeure après l'appel ; telle elle doit être après la cassation de l'arrêt de la cour d'appel.

1241. Les mêmes principes s'appliquent au cas où le jugement a été annulé sur requête civile. La décision est alors anéantie, comme dans le cas où le jugement a été cassé. Par conséquent l'hypothèque est éteinte ; l'inscription qui a été prise ne peut produire aucun effet ; si le tribunal statuant à nouveau rend un jugement semblable au premier, une nouvelle hypothèque prendra naissance, une nouvelle inscription devra être requise et le rang de l'hypothèque sera déterminé par la date de cette inscription.

1242. En règle générale, l'hypothèque judiciaire résulte des jugements de condamnation, à quelque époque qu'ils soient intervenus. Cependant il en est autrement en cas de faillite. Les jugements de condamnation, rendus pendant la période suspecte, c'est-à-dire depuis l'époque fixée comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents, n'engendrent pas hypothèque pour la garantie de la dette (art. 446 C. co), ou plus exactement l'hypothèque qui avait pris naissance se trouve frappée de nullité vis-à-vis de la masse. Il y aura rarement lieu d'appliquer la distinction que la loi fait surtout en vue de l'hypothèque conventionnelle, suivant qu'il s'agit ou non de garantir le paiement d'une dette antérieure. Les jugements sont déclaratifs ; ils constatent l'existence d'une obligation préexistante. L'hypothèque judiciaire garantirait donc une dette antérieure ; elle sera pour ce motif entachée de nullité. La loi n'a pas voulu que les créanciers présents sur les lieux, plus facilement et plus rapidement informés de la situation du débiteur, pussent s'assurer une cause de préférence au préjudice des créanciers plus éloignés ; elle a voulu faire à tous une situation égale ⁵⁸⁵.

Il résulte de ces explications que l'art. 446 C. co. ne s'applique pas à l'hypothèque judiciaire en tant qu'elle garantit le paiement des frais, auxquels le débiteur aujourd'hui en état de faillite ou de liquidation judiciaire a

été condamné par application de l'art. 130 Pr. civ. La créance et l'hypothèque naissent en même temps, par le même acte, par le jugement de condamnation. L'art. 446 C. co. ne prononce pas alors la nullité de l'hypothèque ⁵⁸⁶.

Mais il en est autrement pour l'hypothèque judiciaire en tant qu'elle garantirait le paiement du capital de la dette. Peu importerait que l'obligation qui a motivé la condamnation eût sa source dans un contrat, dans un quasi-contrat, dans un délit ou dans un quasi-délit. Il n'y a pas de motif pour distinguer : dans tous les cas le danger est le même, dans tous les cas la nullité doit être encourue. Il y aurait du reste à redouter une collusion frauduleuse ; le débiteur qui ne peut pas consentir une hypothèque conventionnelle valable, se laisserait poursuivre et condamner ; le créancier trouverait dans l'hypothèque judiciaire, conséquence du jugement de condamnation, une cause de préférence que la convention n'aurait pas pu lui conférer. C'est pourquoi il nous est impossible de ne pas généraliser la règle de l'art. 446 C. co. Il est vrai que la loi parle seulement de l'hypothèque qui serait la garantie des dettes antérieurement contractées. Mais cette expression a souvent un sens général (V. art. 14, 15, 1348 C. civ.), et comprend toutes les obligations, de quelque source qu'elles dérivent. Aussi n'hésitons-nous pas à lui donner ici un sens général et absolu ⁵⁸⁷.

On a cependant proposé de ne pas appliquer l'art. 446 C. co. dans toutes les hypothèses et de limiter cette disposition au cas où la demande aurait été formée pendant la période suspecte ⁵⁸⁸. Mais ni le texte, ni les motifs de la loi n'autorisent cette interprétation restrictive ⁵⁸⁹.

1243. Cette disposition a été édictée au profit de la masse ; seule, elle peut l'invoquer. Par conséquent, dès qu'elle a cessé d'exister, notamment après la dissolution de l'union, le créancier pourrait prendre inscription sur les immeubles qui adviendraient à son débiteur. La cour de

cassation l'a ainsi décidé et elle a même assimilé l'admission au passif d'une faillite à un jugement de condamnation ⁵⁹⁰. C'est une application de la théorie qui attribue l'hypothèque judiciaire à tout créancier dont le droit est constaté par un jugement. Nous nous sommes déjà expliqués sur ce point.

1244. Le jugement qui prononce une condamnation contre une commune emporte-t-il une hypothèque judiciaire sur les immeubles de son domaine privé, au moins lorsqu'elle a été régulièrement autorisée à plaider ? Quoique contestée, l'affirmative nous paraît préférable. Ces biens sont incontestablement dans le commerce ; ils peuvent être aliénés, vendus, échangés, prescrits. Ils sont donc susceptibles d'hypothèques en vertu de l'art. 2118. On admet généralement qu'ils peuvent être grevés d'une hypothèque conventionnelle ⁵⁹¹. La logique veut qu'ils soient, en cas de condamnation, atteints par l'hypothèque judiciaire ⁵⁹².

On objecte que peuvent seuls être hypothéqués les immeubles susceptibles d'être l'objet d'une saisie et d'une expropriation forcée et on justifie cette affirmation par le rapprochement des art. 2118 et 2204. Les biens des communes ne peuvent pas être saisis.

Nous avons par avance répondu à l'objection en ne donnant pas à ce principe le caractère absolu qu'on lui prête ⁵⁹³. Il est vrai que le créancier d'une commune ne peut pas employer les voies ordinaires d'exécution ; il est obligé de recourir aux voies administratives et d'obtenir de l'administration l'inscription au budget communal du crédit nécessaire pour le désintéresser ⁵⁹⁴. Par conséquent, il est privé d'un droit qui, en thèse générale, appartient à tout créancier contre son débiteur. Il ne peut pas poursuivre l'expropriation forcée des biens de la commune. Mais si celle-ci aliène ses immeubles, ne pourrait-il pas invoquer son droit de préférence, au moins dans le cas où la vente a

été autorisée par l'administration à l'effet de payer les dettes de la commune ⁵⁹⁵ ? Nous croyons aussi qu'il jouirait du même droit dans le cas où l'aliénation aurait été autorisée purement et simplement. Nous serions même portés à penser qu'il pourrait exercer le droit de suite contre le tiers détenteur de l'immeuble aliéné par la commune. En résumé, l'hypothèque produirait alors tous ses effets ; droit de préférence, droit de suite ⁵⁹⁶. Le créancier serait seulement privé de la faculté de saisir et de faire vendre le bien grevé, tant que la commune en conserverait la propriété. C'est là un droit dont tous les créanciers d'un débiteur peuvent user en règle générale ; mais cette voie judiciaire d'exécution est interdite lorsque le débiteur est une commune ; on est obligé de recourir aux voies administratives.

1245. L'application de l'art. 2123 aux contraintes administratives donne naissance à une très vive controverse.

On appelle contraintes des mandements décernés par les agents de certaines administrations contre des redevables de deniers publics ou de droits fiscaux. Les contraintes ont la force exécutoire ; elles permettent, comme un titre paré, de saisir et de faire vendre les biens du débiteur. Dans certains cas, comme pour les contraintes décernées par la Régie des contributions indirectes, elles sont exécutoires nonobstant opposition ; dans d'autres, par exemple pour celles émanées de la Régie de l'enregistrement et des domaines, l'opposition suffit pour en suspendre l'exécution. Ces contraintes donnent-elles naissance à une hypothèque judiciaire ? L'Etat obtient-il, en vertu de ces actes, qui ressemblent beaucoup plus à un acte de commandement qu'à un jugement, la garantie que les particuliers ne peuvent acquérir qu'en vertu d'un jugement de condamnation ?

Cette question, comme celle relative à l'effet des décisions rendues par les tribunaux administratifs, donna lieu à des difficultés dans les premiers temps qui suivirent la promulgation du code civil. L'une et l'autre firent l'objet de deux avis du conseil d'Etat, qui, conformément à la constitution, ont acquis force de loi en vertu de leur approbation par le chef de l'Etat et de leur insertion au bulletin officiel. Par le 1^{er} de ces avis, qui est des 16-25 thermidor an XII, le conseil d'Etat, saisi de la question de savoir si le § 2 de l'art. 3 de la L. du 11 brumaire an VII et l'art. 2123, qui accordent l'hypothèque aux condamnations judiciaires à la charge d'inscription, s'appliquent aux actes de l'autorité administrative, émet l'avis que les « condamnations et les contraintes émanées des adminis-
» trateurs, dans le cas et pour les matières de leur compé-
» tence, emportent hypothèque de la même manière et aux
» mêmes conditions que celles de l'autorité judiciaire ». Pour justifier cette interprétation, le conseil d'Etat dit dans les considérants qui précèdent cet avis : « Considérant que les

» administrateurs auxquels les lois ont attribué, pour les ma-

» tières qui y sont désignées, le droit de prononcer des con-
» damnations ou de décerner des contraintes, sont de vérita-

» bles juges, dont les actes doivent produire les mêmes effets

» et obtenir la même exécution que ceux des tribunaux ordi-

» naires. Le second avis, à la date des 29 octobre-12 novembre 1811, statue sur la question de savoir « s'il peut être pris

» inscription hypothécaire en vertu des contraintes que l'art.

» 32 de la loi des 6-22 août 1791 autorise l'administration

des

» douanes à décerner, pour le recouvrement des droits dont

» il est fait crédit, et pour défaut de rapport des certificats
» de décharge des acquits à caution ». Après avoir relaté les termes de l'avis des 16-25 thermidor an XII que nous venons de rapporter, le conseil d'Etat se contente de dire :
« Consi-

» dérant que la question proposée par le ministre est déci-
» dée par l'avis précité ; mais que cet avis n'a point été
» inséré au Bulletin des lois, et qu'il est nécessaire de lui
» donner la publicité légale afin que les parties intéressées
» en aient connaissance, est d'avis que des ordres soient
» donnés par Sa Majesté pour que l'avis du conseil, approuvé

» le 25 thermidor an XII, soit inséré au Bulletin des lois ».

De ces documents, il résulte sans contestation possible qu'en cas de litige les décisions émanées des autorités administratives, conseil d'Etat, conseils de préfecture, etc., emportent hypothèque judiciaire sur les immeubles de la partie condamnée. C'est la solution que nous avons déjà admise. Il en résulte également que la même garantie appartient aux contraintes décernées par la Régie des douanes, même en l'absence de tout litige. Cette hypothèque judiciaire sauvegarde les droits de la Régie des douanes pour les créances qui ne seraient pas garanties par l'hypothèque légale établie par les art. 22 et 23 du tit. XIII de la loi des 6-22 août 1791 ; elle en garantit aussi l'exécution, pour le cas où, les extraits des registres, contenant les soumissions des redevables, n'ayant pas été soumis à l'enregistrement dans le délai fixé pour les actes de notaires, l'inscription de l'hypothèque légale ne pourrait plus être utilement faite.

1246. Mais que décider en ce qui concerne les contraintes délivrées par d'autres administrations publiques, par la Régie des contributions indirectes, par la

Régie de l'enregistrement et des domaines et par la Régie des contributions directes ?

Pour ce dernier cas, il est fort douteux que l'administration puisse invoquer le bénéfice de l'art. 2123 et l'hypothèque judiciaire. La contrainte, il est vrai, constate bien l'existence de la créance, mais elle n'est pas dirigée directement contre le redevable ; contre lui le titre exécutoire, c'est le rôle régulièrement émis, c'est en vertu de ce rôle que les poursuites auront lieu ; la contrainte n'est qu'une injonction adressée aux agents chargés de la poursuite ⁵⁹⁷.

Dans les autres hypothèses, la majorité des auteurs ⁵⁹⁸ et un arrêt ⁵⁹⁹ admettent l'existence de l'hypothèque judiciaire ; ils appuient leur opinion sur la généralité des termes de l'avis des 16-25 thermidor an XII qui parle à la fois des condamnations et des contraintes émanées des administrateurs, qui les assimile et accorde aux dernières comme aux premières la même garantie hypothécaire. On fait en outre remarquer que l'avis des 29 octobre-12 novembre 1811 consacre formellement cette interprétation, attribue à l'avis de l'an XII une portée générale et se contente de faire à une hypothèse particulière l'application des principes qu'il établit.

La jurisprudence n'a pas cependant été convaincue par ces arguments. Sans doute, s'il suffisait qu'une obligation fût constatée par un acte exécutoire pour être garantie par une hypothèque, il serait logique d'attacher cette sûreté aux contraintes administratives. Tel était le principe de notre ancienne jurisprudence et il continua de s'appliquer jusqu'à la loi du 11 brumaire an VII. Mais la législation nouvelle confirmée par le code l'a répudié. Pour que l'hypothèque s'attachât aux actes administratifs, il faudrait donc un texte qui le décidât formellement. Ce texte se rencontre-t-il dans l'art. 2123 ? Il établit l'hypothèque judiciaire ; il en fait la conséquence des jugements de

condamnation. La contrainte administrative est-elle un jugement de condamnation ? Non, puisque la partie intéressée n'est même pas appelée à se défendre ; c'est seulement à la suite de l'opposition qu'elle pourra faire valoir ses droits. Les avis du conseil d'Etat semblent cependant consacrer l'opinion contraire. Ils ont force de loi. Ils doivent être suivis. C'est par conséquent sur le sens de ces avis du conseil d'Etat que se concentre le débat. Il est universellement admis que l'avis de 1811 confère à l'administration des douanes le droit de prendre inscription en vertu des contraintes qu'elle décerne. Il est incontestable qu'elle peut se prévaloir d'une hypothèque. Le seul point susceptible de faire doute à nos yeux est celui de savoir quelle est la source de cette hypothèque. S'agit-il d'une hypothèque légale établie par la loi de 1791 ? S'agit-il d'une hypothèque judiciaire née en vertu de l'art. 2123 et en conformité des avis du conseil d'Etat ? La solution serait épineuse, mais il nous paraît superflu d'aborder ce débat ; l'existence de l'hypothèque est à l'abri de toute contestation.

La difficulté se trouve ainsi limitée aux contraintes décernées par la Régie des contributions indirectes, la Régie de l'enregistrement et des domaines et peut-être la Régie des contributions directes. Or en l'absence d'un texte formel analogue à l'avis des 29 octobre-12 novembre 1812 spécial à la Régie des douanes, ces diverses administrations ne peuvent se prévaloir que de l'avis des 16-25 thermidor an XII. A ce point de vue, il est notable que le conseil d'Etat parle exclusivement des contraintes délivrées par les administrateurs remplissant les fonctions de véritables juges. N'est-il pas logique de subordonner à la réalisation de cette condition l'application de la décision du conseil d'Etat ? N'est-il pas logique, dès lors, d'écarter l'hypothèque judiciaire toutes les fois que la contrainte n'est pas la conséquence d'un acte de juridiction et constitue seulement un acte de commandement, antérieur

et par suite étranger à tout litige ? C'est en ce sens que s'est prononcée la cour de cassation en matière d'enregistrement ⁶⁰⁰ et en matière de contributions indirectes ⁶⁰¹. Cette opinion est appuyée dans la doctrine par d'importants suffrages ⁶⁰².

1247. L'hypothèque résulte des décisions rendues par les juridictions françaises établies soit en France, soit à l'étranger. Ainsi les jugements rendus à l'étranger par les consuls français donnent naissance à une hypothèque judiciaire ⁶⁰³. Il n'y a pas à s'arrêter à la formule certainement défectueuse de l'art. 2123 al. 4. Les jugements rendus en pays étranger dont il parle ce sont les jugements rendus par les tribunaux étrangers. L'art. 546 Pr. civ. emploie une formule beaucoup plus heureuse, lorsque, réglant une matière très voisine de la nôtre, celle de l'exécution des jugements, il dispose : « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers, et les actes reçus par les officiers étrangers, ne seront susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans les cas prévus par les articles 2123 et 2128 du code civil ». Ce qui importe ici c'est la nationalité du tribunal qui a rendu la sentence ; on ne se préoccupe pas du lieu où il siège.

1248. Le bénéfice de l'hypothèque, qui a ainsi pris naissance, peut être invoqué par les étrangers aussi bien que par les Français. C'est par des considérations d'ordre public, c'est dans l'intérêt supérieur de la justice dont la loi veut assurer le respect, que l'hypothèque judiciaire a été créée. Peu importe la nationalité des parties ; les garanties doivent être identiques du moment où la décision émane de la même juridiction et présente les mêmes caractères ⁶⁰⁴.

1249. Nous n'avons plus à nous préoccuper que des jugements rendus par les tribunaux étrangers. L'hypothèse est prévue par l'al. 4 de l'art. 2123 ; et, d'après ce que nous venons de dire, c'est à ce cas unique que se réfère cette disposition. Nous en reproduisons de nouveau le texte :

« L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français ; sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités ».

Il résulte tout d'abord de ce texte que deux hypothèses sont sans difficulté.

C'est, en premier lieu, lorsqu'il existe à ce sujet des traités entre la France et un pays étranger. Il ne suffirait pas qu'une convention diplomatique reconnût aux jugements français un pareil effet sur les immeubles compris dans le territoire de la nation avec laquelle le traité est intervenu. Il ne s'agit pas ici d'une application pure et simple du principe de la réciprocité diplomatique écrit dans l'art. 11 du code civil. Il faut qu'une disposition formelle de la convention attache en France l'hypothèque judiciaire aux jugements rendus par les tribunaux de la nation bénéficiaire du traité.

Il faut d'ailleurs se conformer aux dispositions des traités. Nous avons des traités de ce genre avec le grand-duché de Bade (16 avril 1846) dont l'Alsace-Lorraine partage la condition (convent. 11 déc. 1871, art. 18), l'Italie (24 mars 1760, déclaration 11 sept. 1860) (⁶⁰⁵), la Suisse (15 juin 1869) ⁶⁰⁶.

D'après le traité conclu avec le grand-duché de Bade, les jugements rendus par les tribunaux de ce pays emportent hypothèque en France ; l'inscription de l'hypothèque peut avoir lieu sur la simple présentation d'une expédition légalisée du jugement, accompagnée de l'acte de signification. L'exequatur n'est nécessaire que pour l'exercice du droit hypothécaire (saisie et vente des immeubles hypothéqués ; demande en collocation sur le prix).

C'est, en second lieu, lorsque des lois politiques françaises attribuent cet effet aux jugements rendus par

des tribunaux étrangers. Dans l'état actuel, il n'existe aucune loi politique donnant force hypothécaire en France aux jugements d'une nation étrangère ; le texte ne fait donc que consacrer la possibilité de semblables lois.

1250. En dehors de ces deux hypothèses, les jugements rendus par les tribunaux étrangers n'emportent pas par eux-mêmes et de plein droit une hypothèque judiciaire sur les immeubles situés en France. Pour qu'ils produisent cet effet, il faut qu'ils aient été déclarés exécutoires par un tribunal français. Cette règle est une conséquence de ce principe que l'autorité d'un souverain expire aux limites de son territoire. Les jugements sont une émanation du droit de souveraineté ; ils ne peuvent produire leurs effets, la force hypothécaire comme la force exécutoire, que dans les limites où la souveraineté s'exerce. Etablir en principe que les jugements étrangers auront de plein droit en France la force exécutoire et la force hypothécaire, comme les jugements français, c'eût été consacrer pour ce cas particulier une abdication du droit de souveraineté de la France.

Cette explication de la loi est, à notre avis, loin d'être satisfaisante. Elle a en effet pour point de départ un principe que notre ancienne jurisprudence avait admis, que le code a répudié à la suite de la loi du 11 brumaire an VII. Jadis toute obligation constatée par un acte exécutoire, acte notarié, jugement, acte judiciaire était garantie par une hypothèque générale ; on comprend dans ce système que les jugements rendus par les tribunaux étrangers ne puissent produire hypothèque, s'ils n'ont pas été déclarés exécutoires en France. En repoussant le principe, les rédacteurs du code auraient dû logiquement répudier la conséquence. Ils ne l'ont pas fait cependant. Pourquoi ? Evidemment parce que les tribunaux étrangers ne leur inspirent pas la même confiance que les tribunaux français, parce qu'ils en redoutent ou l'inexpérience ou la partialité. Ces considérations, qui expliquent l'art. 14, ont agi sur

l'esprit des rédacteurs de l'art. 2123, quoiqu'ils ne s'en soient peut-être pas rendu compte. Nous en trouvons la preuve dans la formule même de l'art. 2123 al. 4, dans le rapprochement de l'art. 2128 C. civ. et de l'art. 546 Pr. civ. Le législateur a considéré l'hypothèque comme une conséquence de la force exécutoire. C'est là une conception inexacte. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette critique en commentant l'art. 2128.

1251. Mais quel sera le rôle du tribunal français appelé à rendre exécutoire un jugement étranger ? C'est là une question très grave et très difficile. On paraît toutefois d'accord sur un point : c'est qu'il ne s'agit pas d'une pure formalité à remplir, d'un simple visa ou pareatis, que le tribunal français devrait donner sans examen. L'art. 2123 confie certainement au tribunal français, chargé de rendre exécutoire le jugement étranger, une mission plus sérieuse. La difficulté est de préciser en quoi elle consiste. Il s'est produit sur ce point trois systèmes principaux :

1252. Premier système. Il faut distinguer entre les jugements étrangers, qui prononcent une condamnation contre un Français, et ceux qui prononcent une condamnation contre un étranger.

Ceux qui sont rendus contre des Français n'ont aucune vertu en France : ils n'y jouissent même pas de l'autorité de la chose jugée ; à plus forte raison ne jouissent-ils pas de la force exécutoire, et ne sont-ils pas susceptibles de produire l'hypothèque sur des immeubles situés en France. Le Français condamné, contre lequel on voudra ramener le jugement à exécution en France, sera donc admis à débattre de nouveau ses droits devant les tribunaux français. Le tribunal, devant lequel l'affaire sera portée, devra juger sans se préoccuper de la décision rendue par le tribunal étranger.

Quant aux jugements étrangers rendus contre des étrangers, ils ont en France l'autorité de la chose jugée et y jouissent de la force exécutoire et de la force hypothécaire,

après avoir été déclarés exécutoires par les tribunaux français. C'est à ces jugements seulement que s'appliqueraient les dispositions des art. 2123 C. civ. et 546 Pr. civ.

Cette distinction résulte, dit-on, de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, que l'on prétend être encore en vigueur : « Les jugements rendus, contrats et obligations reçus ès royaumes et souverainetés étrangères pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre dit royaume ; ains tiendront les contrats lieu de simples promesses, et nonobstant les jugements, nos sujets contre lesquels ils auront été rendus pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par devant nos officiers ».

La première partie de ce texte déclare que les jugements étrangers ne seront pas exécutoires et n'emporteront pas hypothèque en France : disposition toute simple et qui n'est qu'une application de ce principe que chacun est maître chez soi.

La deuxième partie est spéciale aux jugements étrangers rendus contre un Français. Peu importe d'ailleurs qu'ils aient été obtenus par un étranger ou un Français ; peu importe aussi que le Français ait été demandeur ou défendeur. Le Français, dit l'article, pourra débattre de nouveau ses droits comme entiers ; le jugement étranger n'a donc même pas dans ce cas l'autorité de la chose jugée. C'est un privilège pour les Français.

L'art. 121, ajoute-t-on, était en vigueur à l'époque de la promulgation du code civil ; n'ayant pas été abrogé, il a encore force de loi ⁶⁰⁷.

1253. Malgré l'autorité qui s'attache au nom de ses défenseurs, ce système semble bien difficile à admettre. D'abord le sens que l'on donne à l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 est loin d'être certain ; on a élevé des doutes fort graves au sujet de cette interprétation.

On peut contester ensuite que cet art. eût force de loi en France, tout au moins force de loi générale, à l'époque de la promulgation du code civil. Plusieurs Parlements avaient refusé d'enregistrer l'ordonnance de 1629, et par conséquent elle était sans force dans l'étendue de leur ressort. Pothier dit à plusieurs reprises que cette ordonnance « n'a point été, comme on sait, exécutée en France ». Or comment croire que notre législateur ait entendu consacrer par son silence une disposition qui n'était pas exécutée en France ? Est-il bien certain même que notre législateur la connût ?

Enfin, même en concédant que l'art. 121 ait véritablement le sens qu'on lui donne et qu'il eût force de loi en France à l'époque de la promulgation du code civil, et sans invoquer d'ailleurs les formules d'abrogation si larges contenues dans l'art. 7 de la loi du 30 ventôse de l'an XII et dans l'art. 1041 Pr. civ., est-ce que l'abrogation dudit article ne résulte pas de l'art. 2123 al. 4 C. civ. et de l'art. 546 Pr. civ., qui parlent des jugements étrangers dans les termes les plus généraux, sans distinguer, comme on veut le faire, entre ceux rendus en faveur de Français et ceux rendus contre des Français ? Est-il raisonnable, en présence de la généralité de ces textes, de soutenir qu'ils ne s'appliquent pas à toute une catégorie de jugements étrangers, à ceux rendus contre des Français ? C'est d'autant moins proposable que cette catégorie est justement la plus nombreuse, les jugements étrangers, susceptibles d'exécution et d'hypothèque en France, étant trois fois sur quatre rendus contre des Français, parce que généralement ce sont des Français qui possèdent les biens situés en France. De sorte que la règle formulée par les art. 2123 C. civ. et 546 Pr. civ. serait en réalité une exception, si son domaine devait se restreindre, comme on le prétend, aux jugements rendus contre des étrangers.

1254. Deuxième système. — Les jugements rendus par les tribunaux étrangers, sans distinction entre ceux rendus

contre un Français et ceux rendus contre un étranger, ont par eux-mêmes en France l'autorité de la chose jugée, comme les jugements français ; mais ils n'acquièrent la force exécutoire et la force hypothécaire qu'en vertu d'un exequatur donné par un tribunal français.

C'est le tribunal tout entier qui est appelé à donner l'exequatur, et non pas seulement le président, comme lorsqu'il s'agit de rendre exécutoire une sentence arbitrale (art. 2123 al. 4). La raison de cette différence est que l'exequatur d'une sentence arbitrale n'est guère qu'un visa, pour lequel le ministère du président suffit, tandis que l'exequatur d'un jugement étranger ne doit être accordé qu'après un examen plus ou moins approfondi du jugement sous les divers points de vue qui suivent : ce jugement émane-t-il bien d'une autorité étrangère régulièrement investie du pouvoir de juger ? présente-t-il les caractères extérieurs d'un jugement régulier dans la forme ? les voies d'exécution qu'il ordonne sont-elles autorisées par la loi française ? par exemple ne prononce-t-il pas la contrainte par corps dans un cas où la loi française ne l'admet pas ? enfin ce jugement ne viole-t-il pas quelque-une de nos lois d'ordre public, par exemple celle qui ne veut pas qu'on tienne compte, pour l'attribution des successions, du droit d'aînesse ou du privilège de masculinité ? Autant de questions délicates et quelquefois difficiles à résoudre, qui ont paru nécessiter l'intervention du tribunal tout entier. Mais d'ailleurs le tribunal ne doit pas entrer dans l'examen du fond de l'affaire ; il ne doit pas, comme le prétend le troisième système, réviser le jugement ; car il a l'autorité de la chose jugée ⁶⁰⁸.

Voici les principaux arguments de ce système.

1° C'est le jugement étranger, qui, après avoir reçu l'exequatur, produit l'hypothèque judiciaire d'après l'art. 2123 ; c'est lui qui est ramené à exécution d'après l'art. 546 Pr. civ. Or, si le tribunal français chargé d'accorder

l'exequatur devait, comme on le prétend dans le troisième système que nous exposerons tout à l'heure, réviser le jugement, c'est-à-dire l'examiner au fond, juger l'affaire à nouveau, ce ne serait plus le jugement étranger qui s'exécuterait ou qui emporterait l'hypothèque judiciaire, mais bien la décision que le tribunal français lui aurait substituée, un jugement français par conséquent.

2° Le mot Pareillement, par lequel débute l'al. 4 de l'art. 2123, indique une certaine analogie entre l'hypothèse que le législateur vient de résoudre, celle de l'exequatur des sentences arbitrales, et celle sur laquelle il va s'expliquer, relative à l'exequatur des jugements étrangers. Or où est l'analogie dans le système de la révision ? En quoi le rôle du tribunal, appelé à donner l'exequatur à un jugement étranger, ressemblera-t-il au rôle du président appelé à rendre exécutoire une sentence arbitrale, si le tribunal doit juger l'affaire à nouveau ?

3° L'art. 546 Pr. civ., mettant sur la même ligne les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers, dit que les uns comme les autres « ne seront susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans les cas prévus par les art. 2123 et 2128 ». Or personne n'a jamais soutenu que les tribunaux français, appelés à rendre exécutoire un acte étranger constatant la convention des parties, aient le droit de réviser l'acte ; ils ne peuvent que le vérifier ; donc leur rôle doit être le même en ce qui concerne les jugements étrangers.

4° Enfin, au point de vue des relations internationales, le système de la révision, qui est, comme nous allons le voir, celui de la jurisprudence, offre un inconvénient grave, celui de provoquer des mesures de rétorsion contre nous. Ainsi que le dit M. de Vareilles-Sommières, un grand nombre de législations contiennent, plus ou moins explicitement, à l'égard des jugements rendus par les tribunaux étrangers, la disposition suivante : « Les jugements rendus par les

tribunaux étrangers, excepté par les tribunaux français, ont l'autorité de chose jugée et obtiennent l'exécution (et l'hypothèque) moyennant un exequatur, les jugements français n'ont pas l'autorité de chose jugée ; le condamné peut débattre ses droits devant nos tribunaux ».

1255. Troisième système, ou système de la révision. — Les jugements étrangers n'ont en France ni l'autorité de la chose jugée, ni la force exécutoire ou hypothécaire. Il en résulte que le tribunal français, appelé à donner l'exequatur, doit examiner le jugement quant au fond et rechercher s'il a bien ou mal jugé : ce que l'on exprime en disant qu'il révisé le jugement. Ce système est consacré par une jurisprudence que l'on peut dire constante, et dans la doctrine il compte au moins autant de suffrages que le précédent ⁶⁰⁹. Voici les raisons qu'on peut faire valoir à son appui.

1° L'art. 2123 ne s'explique pas sur le point de savoir quel est le rôle du tribunal français appelé à donner l'exequatur ; il dit seulement que le jugement n'emportera hypothèque qu'autant qu'il sera revêtu de cet exequatur. Or la loi, ne limitant pas le pouvoir d'appréciation des juges, leur donne par cela même un pouvoir absolu ; toute limitation qu'on prétendrait apporter à ce pouvoir serait nécessairement arbitraire, en l'absence d'un texte qui la détermine. Le tribunal a donc le droit de refuser l'exequatur, si, en appréciant au fond le jugement qui lui est soumis, il le trouve mauvais. Il est vrai que le rôle du tribunal, chargé d'accorder l'exequatur à un jugement étranger, sera ainsi très différent de celui du président qui rend exécutoire une sentence arbitrale ; mais il y a toujours cette analogie que le jugement étranger, comme la sentence arbitrale, ne peut emporter hypothèque qu'après avoir été revêtu de l'exequatur, et cela suffit pour expliquer le mot Pareillement qui relie l'al. 4 de l'art. 2123 à l'al. 3.

2° Les principes généraux, auxquels on doit nécessairement faire appel dans le silence de la loi, conduisent au même résultat. Les jugements sont une émanation du droit de souveraineté ; ils ne peuvent par conséquent avoir d'effet que dans les limites assignées à la souveraineté ; or le droit d'un souverain expire aux limites de son territoire ; donc au delà de ces limites les jugements rendus en son nom sont sans autorité. On doit en conclure que les jugements étrangers ne s'imposent point en France, pas plus que les jugements français hors de France : ce qui implique le droit pour l'autorité chargée en France de contrôler les jugements étrangers, de leur refuser l'exequatur, si elle les trouve mal rendus au fond. Les tribunaux français n'ont pas, il est vrai, un droit de contrôle aussi étendu sur les actes étrangers constatant des conventions, mais par une raison toute simple : c'est qu'il s'agit en définitive de sanctionner le résultat de la volonté de deux ou plusieurs particuliers, qui ont choisi librement un fonctionnaire public étranger pour constater la convention par eux formée, ce qui est beaucoup moins grave que de sanctionner la volonté d'un souverain étranger, qui s'est imposée sous forme de jugement aux parties en cause.

3° Enfin qui ne voit les dangers du système qui reconnaît aux jugements étrangers, sans distinction, l'autorité de la chose jugée en France ? Ce système a pour résultat d'obliger nos tribunaux à contresigner, sans avoir d'autre droit que celui de les maudire, des décisions rendues dans des pays où la justice, si on peut lui donner ce nom, n'offre aucune garantie pour les justiciables, et où l'ignorance du juge le disputera souvent à sa partialité. — On craint les mesures de rétorsion ! Pour les éviter, il faut user largement des traités avec les nations où la justice est organisée de manière à nous inspirer toute confiance.

Il reste contre le système de la jurisprudence une objection grave, que nous avons indiquée en exposant le

deuxième système et que nous n'avons pas encore réfutée. Dans le système de la révision, dit-on, le tribunal français, chargé de statuer sur la demande d'exequatur, substitue sa décision à celle du tribunal étranger, et c'est par conséquent la décision du tribunal français qui s'exécute et qui emporte hypothèque. On viole ainsi à la fois l'art. 2123 C. civ. et l'art. 546 Pr. civ., qui disent positivement, le premier que l'hypothèque résulte du jugement étranger, et le second que c'est le jugement étranger qui s'exécute après avoir été revêtu de l'exequatur.

L'objection tombe complètement, si l'on admet que le tribunal français a bien le droit d'examiner le jugement étranger au fond, mais uniquement pour refuser l'exequatur si la décision lui paraît mal rendue, sans avoir le droit de substituer dans ce dernier cas une autre décision à celle du tribunal étranger. Car alors de deux choses l'une : ou le tribunal, estimant que le jugement est bien rendu, accordera l'exequatur et alors ce sera bien le jugement étranger qui s'exécutera et qui emportera l'hypothèque ; ou bien le tribunal français, trouvant la décision mal rendue, refusera l'exequatur, et alors il n'y aura ni hypothèque judiciaire ni exécution en France ⁶¹⁰.

C'est bien ainsi, à notre avis, que les choses doivent se passer. L'objection subsiste dans toute sa force, et nous n'apercevons pas le moyen de la réfuter, si l'on reconnaît au tribunal français, saisi de la demande d'exequatur, le droit, pour le cas où il trouve le jugement mal rendu au fond, d'y substituer une autre décision.

N° 2. Sentences arbitrales.

1256. Les arbitres sont des juges du choix des parties ; ce sont de simples particuliers qu'elles chargent du soin de régler leur différend. Les arbitres n'ayant aucun caractère public, leurs sentences ne sauraient avoir la puissance qui

s'attache aux décisions des tribunaux. Aussi l'art. 2123 al. 3 consacrant les règles de notre ancienne jurisprudence (Ord. de 1566) respectées par la L. du 9 messidor an III, sans que la loi du 11 brumaire an VII les eût abrogées ⁶¹¹, dispose-t-il que « Les déci-

» sions arbitrales n'emportent hyppothèque qu'autant qu'elles

» sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution ». Cette ordonnance, qui est délivrée par le président soit du tribunal, soit de la cour d'appel dans le cas de l'art. 1020 al. 2 Pr. civ., sans formalités, n'est guère autre chose qu'un visa.

1257. Quant aux sentences arbitrales rendues en pays étrangers, une distinction s'impose ; les arbitres peuvent avoir été choisis par les parties elles-mêmes ou par un tribunal étranger.

Dans le premier cas, l'arbitrage est l'œuvre de la convention, il en tire son autorité. Or cette convention est une loi pour les intéressés et cette loi a été créée par leur volonté ; nul ne peut en modifier les conséquences, il ne saurait être question de réviser la sentence rendue. Sans doute, l'intervention de la puissance publique sera nécessaire pour lui donner la force exécutoire ; mais le débat ne peut plus être ouvert de nouveau ; il est clos, définitivement clos, par la volonté des parties. Sur ce premier point, tout le monde est d'accord ⁶¹².

Cette question résolue, on peut se demander si les sentences arbitrales rendues en pays étranger sont garanties par une hypothèque judiciaire. L'affirmative est universellement admise. Elle se justifie par la généralité du texte de l'art. 2123 qui attache cet effet aux sentences arbitrales en général sans distinguer, comme il le fait pour les jugements, entre celles qui sont rendues en France ou à l'étranger, entre celles qui émanent d'arbitres français ou d'arbitres étrangers. Il semble bien en effet qu'il n'y avait

pas de motifs pour distinguer entre ces diverses hypothèses. Dans tous les cas, le pouvoir des arbitres a la même source : la volonté des parties ; leur autorité doit être la même et leur décision sanctionnée par les mêmes garanties. Mais là précisément se rencontre une objection contre la doctrine générale.

Nous verrons, en commentant l'art. 2128, que les contrats passés en pays étranger ne peuvent pas, en principe, emporter d'hypothèque sur les immeubles situés en France. Ce que les parties ne peuvent pas faire directement, comment peuvent-elles le réaliser implicitement au moyen d'un compromis ? Comment peuvent-elles conférer à des arbitres par elles choisis le droit de rendre une sentence garantie par une hypothèque judiciaire, du moment où elle aura été rendue exécutoire ? Quel que soit le mérite de cette observation, la généralité de l'art. 2123 porte à reconnaître aux sentences arbitrales, à toutes les sentences arbitrales le même effet hypothécaire, sans qu'on puisse attribuer aux tribunaux le pouvoir de révision que la jurisprudence leur reconnaît à l'égard des jugements des tribunaux étrangers.

Une seule condition est requise par la loi. C'est qu'elles aient été revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution. Si l'on met sur la même ligne toutes les sentences arbitrales sans tenir compte ni de la nationalité des arbitres, ni du lieu où le compromis a été signé, ni du lieu où la sentence a été rendue, si l'on applique dans tous les cas une seule et même règle, on devra suivre, semble-t-il, l'art. 1020 Pr. civ. C'est au président seul qu'il appartiendra de donner l'exequatur ; et il aura pour unique mission de rechercher si l'ordre public ne s'oppose pas à l'exécution. Telle est la solution généralement admise ⁶¹³.

Cependant M. Thézard exige ici l'intervention du tribunal tout entier ⁶¹⁴. Il fait remarquer à juste titre d'une part que le pouvoir donné par l'art. 1020 au président s'arrête à son

arrondissement et s'applique exclusivement aux sentences rendues dans ces limites, d'autre part que la validité du compromis et la régularité de la sentence peuvent soulever des difficultés extrêmement délicates. Ces observations sont parfaitement exactes ; mais il nous paraît difficile d'y faire droit en l'absence d'un texte formel. L'art. 2123 n'exige l'intervention du tribunal tout entier que pour l'exequatur des jugements des tribunaux étrangers. Il nous est impossible d'étendre cette règle aux sentences arbitrales, pour lesquelles elle n'est pas édictée. Le président n'est pas d'ailleurs investi d'une mission analogue à celle que remplit le tribunal pour les jugements des tribunaux étrangers. Nous touchons ainsi à la deuxième objection, qui, à notre avis, n'est pas non plus décisive. Le président remplit ici le même office que pour les sentences arbitrales rendues en France. Alors aussi il doit s'assurer qu'il y a sentence arbitrale obligatoire ; il doit rechercher notamment s'il y a eu un compromis, si les arbitres se sont renfermés dans les termes de leur mission, s'ils n'ont pas autorisé ou prescrit des mesures d'exécution prohibées par la loi. Pour les sentences arbitrales rendues en pays étranger, le président exercera le même pouvoir ; la circonstance qu'elles sont intervenues hors de notre territoire n'ajoute rien aux difficultés de la mission du juge. C'est pourquoi l'objection ne nous arrête pas. Ces considérations nous portent à penser que l'ordonnance d'exécution doit émaner du président seul ⁶¹⁵.

1258. La solution est différente dans la deuxième hypothèse, lorsqu'en vertu de la loi étrangère, l'arbitrage a été imposé aux parties par la justice (arbitrage forcé), ou lorsque les arbitres ont été désignés par le tribunal étranger, soit en vertu d'une délégation consentie par les parties, soit en vertu de la loi par suite du désaccord des parties. Dans ce cas, les arbitres tiennent leur mandat non de la volonté des intéressés, mais de la décision de justice

qui les a institués. On traite en conséquence leur sentence de la même manière que les jugements étrangers ; elle ne devient exécutoire qu'en vertu de l'exequatur délivré par le tribunal tout entier, investi à cet égard des pouvoirs que nous connaissons ⁶¹⁶.

N° 3. Actes judiciaires.

1259. L'acte judiciaire, comme le jugement, émane d'un tribunal ; mais le jugement survient à l'occasion d'un débat qu'il a pour but de trancher, tandis qu'il en est autrement de l'acte judiciaire, qui, la plupart du temps, se borne à la constatation d'un fait dont l'existence est reconnue par les parties. Les actes judiciaires émanent de la juridiction gracieuse des tribunaux, alors que les jugements appartiennent à la juridiction contentieuse.

Le législateur semble dire, dans l'art. 2117, que les actes judiciaires en général emportent l'hypothèque judiciaire. Mais, dans l'art. 2123 al. 1, il corrige le vague de sa définition, il précise sa pensée en nous indiquant quels sont les actes ou plutôt quel est l'acte judiciaire qu'il a en vue :
« Elle

» [l'hypothèque judiciaire] résulte aussi des reconnaissances

» ou vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé ». Une obligation est constatée par acte sous seing privé, par exemple par un simple billet. La loi permet au créancier, dès le lendemain, d'assigner son débiteur en reconnaissance d'écriture. Il peut y avoir intérêt ; car l'avenir lui réserve peut-être bien des surprises. La mort du débiteur remplacé par des héritiers qui, de bonne ou de mauvaise foi, pourront méconnaître la signature ; la disparition des témoins qui, au cas de dénégation, pourraient éclairer la justice. Si, devant le juge, le débiteur

reconnait son écriture ou sa signature, le tribunal constatera cette reconnaissance par un jugement, dit de reconnaissance qui n'est pas autre chose qu'un acte judiciaire, car il n'y a pas de débat. Si le débiteur dénie son écriture ou sa signature, la justice en ordonnera la vérification ; et, si l'écriture est reconnue lui appartenir, un jugement déclarera que l'écriture est tenue pour reconnue : c'est le jugement de vérification. Ainsi, l'action en reconnaissance d'écriture aboutira, en la supposant fondée, à une décision du tribunal déclarant que l'écriture ou la signature est sincère. Cette décision constituera un acte judiciaire, si le débiteur a reconnu son écriture, un jugement dans le cas contraire.

Ce jugement n'est pas et ne peut pas être un jugement de condamnation, si la dette n'est ni échue, ni exigible ; il n'emporte pas une hypothèque judiciaire, en vertu de la disposition contenue dans la première phrase du 1^{er} al. de l'art. 2123. Il n'est qu'un jugement de vérification d'écriture.

Dans l'un et dans l'autre cas, qu'il s'agisse d'un jugement de reconnaissance ou d'un jugement de vérification d'écriture, le créancier aura obtenu un double avantage : 1^o désormais son titre aura le caractère d'authenticité, qui fait la force des actes notariés ; 2^o l'obligation du débiteur sera garantie par une hypothèque judiciaire.

1260. Que la reconnaissance ou la vérification judiciaire d'écriture ait pour résultat de consolider le titre du créancier, de lui donner au point de vue de la preuve une autorité égale à celle de l'acte authentique, on ne peut le trouver surprenant. Mais il est assurément exorbitant que le créancier obtienne en outre une hypothèque judiciaire sur tous les biens du débiteur, alors que celui-ci avait peut-être refusé d'accorder une garantie moindre, celle d'une hypothèque conventionnelle, qui eût été nécessairement spéciale.

C'est exorbitant. Il y a là une réminiscence malheureuse de notre ancien droit, où tout acte exécutoire emportait de plein droit une hypothèque générale sur tous les immeubles présents et à venir du débiteur. Les rédacteurs du code ont abrogé le principe ; ils l'ont supprimé pour les actes notariés ; nous renonçons à expliquer comment et pourquoi ils l'ont maintenu pour les jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture.

La disposition de la loi paraît encore plus exorbitante, si l'on reconnaît au créancier le droit de faire inscrire son hypothèque avant l'échéance ou l'exigibilité de la dette ; car alors on arrivera à ce résultat qu'un débiteur, qui n'a pas voulu accorder une hypothèque conventionnelle à son créancier et qui peut-être remplira ponctuellement son engagement au jour de l'échéance, verra, contrairement à ses prévisions, son crédit ébranlé par une hypothèque générale dont l'inscription annoncera l'existence aux tiers. Sans compter qu'on fournit aux parties un moyen très simple de constituer, et presque sans frais, une hypothèque générale sur les biens du débiteur, alors que par un acte authentique elles ne pourraient constituer qu'une hypothèque spéciale. On leur donne ainsi, d'une part, un moyen facile d'éluder la règle de la spécialité de l'hypothèque et, d'autre part, le moyen de se passer du ministère des notaires. Notre ancienne jurisprudence avait singulièrement atténué ce danger par la déclaration du 2 janvier 1717, aux termes de laquelle « les jugements rendus avant

- » l'échéance des billets ou lettres de change, promesses ou
- » billets passés pour faits de commerce et marchandises

ne

- » pouvaient produire hypothèque sur les biens du débiteur ». Abrogée par les lois intermédiaires, cette règle ne trouva pas place dans le code, qui paraissait même autoriser l'inscription anticipée de l'hypothèque ; mais il a été réformé sur ce point par la loi du 3 septembre 1807

intitulée : Loi relative aux inscriptions hypothécaires en vertu de jugements rendus sur des demandes en reconnaissance d'obligations sous seing privé. L'art. 1 de cette loi est ainsi conçu : « Lorsqu'il aura été rendu

» un jugement sur une demande en reconnaissance d'obliga-

» tion sous seing privé formée avant l'échéance ou l'exigibi-

» lité de ladite obligation, il ne pourra être pris aucune ins-
» cription hypothécaire en vertu de ce jugement qu'à défaut

» de paiement de l'obligation après son échéance ou son exi-

» gibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire ».

Ainsi, le jugement de reconnaissance ou de vérification d'écriture, obtenu avant l'échéance ou l'exigibilité d'une obligation sous seing privé, confère hypothèque judiciaire au créancier. La loi nouvelle ne reproduit pas la disposition de la déclaration de 1717 ; mais l'inscription de cette hypothèque ne pourra être prise qu'après l'échéance ou l'exigibilité de la dette. L'exigibilité peut avoir lieu avant l'échéance : elle résulte d'événements qui font perdre au débiteur le bénéfice du terme (v. art. 1188).

Au contraire, l'hypothèque conventionnelle, consentie dans les formes prescrites par l'art. 2127, peut être inscrite et par suite prendre rang avant l'échéance ou l'exigibilité de la dette ; elle conserve ainsi sur l'hypothèque judiciaire un avantage considérable.

Mais il reste toujours une *inelegantia juris*, qui a été signalée par la Faculté de droit de Paris dans l'enquête de 1841. Soient deux créanciers chirographaires, dont la créance vient à échéance à la même époque ; la créance de l'un est constatée par un acte sous seing privé, celle de l'autre par un acte authentique. Le premier va pouvoir agir immédiatement en reconnaissance d'écriture, et se procurer ainsi sur les biens du débiteur une hypothèque

générale qu'il fera inscrire, s'il le veut, dès le lendemain de l'échéance ou de l'exigibilité de la dette. Le second, au contraire, ne pourra pas agir jusqu'à l'époque de l'échéance ou de l'exigibilité ; car son titre ne comporte pas la procédure de la vérification d'écriture. Tout ce qu'il lui sera possible de faire, c'est d'attaquer le débiteur aussitôt après l'échéance ou l'exigibilité, si celui-ci n'a pas satisfait à son engagement, et d'obtenir contre lui un jugement qui entraînera l'hypothèque judiciaire. Mais il faudra du temps pour obtenir ce jugement, et l'hypothèque qu'il engendrera sera ainsi nécessairement primée par celle du créancier dont le titre était sous seing privé, parce que celle-ci sera inscrite la première. C'est donc le créancier dont le titre est le moins avantageux qui sera préféré.

1261. L'art. 1^{er} de la loi de 1807 se termine par ces mots : à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire. Les parties peuvent donc convenir que l'hypothèque judiciaire, résultant de la reconnaissance ou de la vérification d'écriture, sera inscrite avant l'échéance ou l'exigibilité de la dette. C'est fournir aux parties un moyen bien facile d'éluder la règle qui prohibe l'hypothèque conventionnelle générale : il leur suffira, pour arriver à ce résultat, de constater l'obligation dans la forme sous seing privé et de convenir que l'hypothèque judiciaire résultant de la reconnaissance d'écriture pourra être inscrite immédiatement. S'il était démontré que telle a été la volonté des parties, il semblerait logique de décider que l'hypothèque sera nulle ; car il ne saurait être permis de faire indirectement ce que la loi défend de faire directement. Cependant ne peut-on pas répondre que la loi autorise expressément cette stipulation ?

1262. Pour que le jugement de reconnaissance ou de vérification d'écriture donne naissance à une hypothèque judiciaire, l'art. 2123 exige que la signature ait été apposée

à un acte obligatoire sous seing privé. Il est donc indispensable que cet acte constate une obligation, qu'il fournisse la preuve de son existence d'une manière complète. On en a justement conclu qu'une traite acceptée par une femme, sans que sa signature ait été précédée du bon ou approuvé exigé par l'art. 1326, ne satisfaisait pas aux conditions de la loi. Il importerait peu que cet acte pût servir de commencement de preuve par écrit. La loi veut que l'existence de l'obligation soit constatée par l'acte même dont la signature est reconnue ou vérifiée. Il n'y a pas dès lors à rechercher si l'obligation est établie par un autre acte, même par un jugement, si ce jugement n'est pas un jugement de condamnation ⁶¹⁷.

1263. Il nous est maintenant possible d'aborder l'examen d'une question, à laquelle a donné naissance la loi du 5 août 1881 relative à la fixation de la prescription pour la taxe des actes notariés. L'art. 3 de cette loi reconnaît aux notaires, dans tous les cas et non pas seulement dans quelques cas exceptionnels et rares, le droit de se faire délivrer un exécutoire, en vertu duquel ils pourront poursuivre le paiement de leurs honoraires, sans être dans la nécessité d'obtenir un jugement de condamnation. Cet exécutoire est délivré par le greffier sur la réquisition du notaire. On s'est alors demandé si l'ordonnance de taxe accompagnée de l'exécutoire emporte hypothèque judiciaire.

Si toute obligation constatée par un acte exécutoire était, aujourd'hui comme dans notre ancienne jurisprudence, garantie par une hypothèque, on pourrait soutenir que le notaire peut se prévaloir de cette sûreté. Mais, nous l'avons dit plusieurs fois déjà, le code n'a pas reproduit ce principe ; il a, au contraire, consacré la doctrine opposée. L'hypothèque n'est plus attachée de plein droit aux actes exécutoires ; elle ne peut naître que dans les conditions déterminées par le code ; elle résulte de la loi, des

jugements et des actes judiciaires et de la convention : ici on ne peut parler ni d'hypothèque légale ni d'hypothèque conventionnelle. Il ne peut être question que d'hypothèque judiciaire. Or, l'hypothèque judiciaire a été créée par la loi ; le législateur en fait la garantie des jugements et des actes judiciaires. L'ordonnance de taxe accompagnée de l'exécutoire peut-elle être considérée comme un jugement ou comme un acte judiciaire générateur d'hypothèque ?

Il est d'abord certain que l'ordonnance de taxe n'est pas un jugement de condamnation et qu'on ne peut pas se prévaloir à ce titre des art. 2117 et 2123. Ce n'est pas un jugement ; car le débiteur n'est pas appelé devant le juge ; ce n'est pas un jugement rendu en matière contentieuse ; car il n'y a ni litige véritable, ni débat. Par conséquent, le juge ne prononce pas une condamnation. On ne peut donc pas invoquer à ce point de vue les dispositions de la loi sur l'hypothèque judiciaire. Sur ce premier point, on paraît être d'accord.

Mais cette sûreté ne résulte pas seulement des jugements de condamnation ; les actes judiciaires lui donnent également naissance. Or, on a soutenu que l'ordonnance de taxe assortie de l'exécutoire était un acte judiciaire et emportait hypothèque judiciaire ⁶¹⁸. En faveur de cette solution, on invoque les termes généraux de l'art. 2117 qui paraît faire résulter l'hypothèque judiciaire de tout acte judiciaire.

Nous avons déjà fait remarquer que la disposition de l'art. 2117 est complétée, corrigée et précisée par l'art. 2123. L'hypothèque judiciaire n'est pas attachée à tout acte judiciaire, quel qu'il soit ; le jugement de reconnaissance ou de vérification d'écriture est le seul acte judiciaire qui lui donne naissance. Si cette théorie est exacte, comme nous espérons l'avoir démontré, il est évident que l'ordonnance de taxe, n'étant ni un jugement de reconnaissance ni un jugement de vérification d'écriture,

ne saurait donner naissance à une hypothèque judiciaire. En admettant même que l'art. 2117 doive être interprété dans un sens général et absolu, nous croyons encore que l'ordonnance de taxe assortie de l'exécutoire n'est pas un de ces actes judiciaires susceptibles de donner naissance à l'hypothèque judiciaire. Car ce qui caractérise à nos yeux l'acte judiciaire, c'est qu'il est un acte de juridiction ; il décide, il tranche une question, le jugement de reconnaissance ou de vérification d'écriture constate la sincérité de l'écriture, de la signature. Sa décision sur ce point est définitive. Au contraire l'ordonnance de taxe assortie de l'exécutoire est susceptible d'opposition de la part de la partie (art. 3 L. 5 août 1881). C'est alors que le débat s'engagera, que le litige naîtra et le tribunal sera appelé à statuer. Par conséquent, l'ordonnance et l'exécutoire ne constituent pas un acte de juridiction, ils ne donnent pas naissance à une hypothèque judiciaire ⁶¹⁹.

1264. Les créances garanties par l'hypothèque judiciaire varient suivant les cas.

Si elle est la conséquence d'un jugement de condamnation, elle garantit l'exécution de toutes les dispositions qu'il renferme, aussi bien l'acquittement des condamnations accessoires aux intérêts, dommages-intérêts et frais que le paiement de la condamnation principale.

Si elle résulte d'un acte judiciaire elle peut être invoquée à l'effet d'obtenir l'exécution de l'obligation, dont l'existence se trouve ainsi établie.

1265. L'hypothèque judiciaire, qui résulte de plein droit du jugement de condamnation, est soumise au principe général de la publicité. Son efficacité est subordonnée à la condition d'une inscription. Son rang sera déterminé, comme nous le verrons, par la date de l'accomplissement de cette formalité. Cette inscription peut être requise immédiatement après le prononcé du jugement, que le

jugement soit contradictoire ou par défaut, que le jugement soit en premier ou en dernier ressort ⁶²⁰. Elle pourrait l'être avant toute signification, ou pendant le délai de huitaine, avant l'expiration duquel le jugement ne peut pas être exécuté, et même après l'opposition formée ou l'appel interjeté. L'inscription de l'hypothèque judiciaire est une mesure conservatoire, et non un acte d'exécution ; par conséquent, il importe peu qu'au moment où cette inscription est prise l'exécution du jugement soit suspendue.

Rappelons toutefois que cette règle ne s'applique pas, ainsi que nous l'avons déjà vu, aux jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture. L'inscription ne peut pas alors être requise avant l'échéance ou l'exigibilité de la dette ⁶²¹.

II. Assiette de l'hypothèque judiciaire.

1266. L'hypothèque judiciaire est générale, comme l'hypothèque légale de la femme mariée et celle des mineurs et des interdits ; elle porte donc sur tous les immeubles présents et à venir du débiteur et même sur les actions de la Banque de France immobilisées qui peuvent lui appartenir : « Elle

» peut s'exercer », dit l'art. 2123 al. 2, « sur les immeubles » actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, sauf

» aussi les modifications qui seront ci-après exprimées ». Ces derniers mots font allusion à la réduction de l'hypothèque judiciaire, dont il est question aux art. 2161 et suiv. La loi du 11 brumaire de l'an VII, nous l'avons déjà dit, avait soumis dans une certaine mesure l'hypothèque judiciaire au principe de la spécialité, en décrétant qu'elle porterait seulement sur les immeubles présents du débiteur ; le code civil, à tort selon nous, lui a restitué la

généralité qu'elle avait dans notre ancien droit. Rappelons cependant que, comme les hypothèques légales, elle ne s'étend pas aux navires qui sont ou deviennent la propriété du débiteur.

1267. L'hypothèque résultant d'un jugement de condamnation ne frappe que les immeubles présents et à venir du débiteur ; elle n'atteint donc pas, après sa mort, les immeubles de ses héritiers, eussent-ils accepté sa succession purement et simplement. « Générale hypothèque de tous biens com-

» prend les présents et à venir, et non ceux des hoirs », disent les Institutes coutumières de Loysel ⁶²².

Ce n'est que dans le cas où le jugement aurait été rendu après le décès du débiteur contre ses héritiers purs et simples que l'hypothèque grèverait tous les immeubles sans distinction appartenant à ceux-ci.

1268. Faut-il tirer de ce principe la conclusion que l'hypothèque judiciaire ne frappe pas les immeubles qui, au moment de sa naissance, étaient déjà sortis du patrimoine du débiteur par l'effet d'une aliénation, v. g. d'une vente ? Sous l'empire du code, cette question ne pouvait soulever aucune difficulté ; l'affirmative était certaine. La vente dépouillait, immédiatement et par la seule perfection du contrat, le vendeur de son droit de propriété sur l'immeuble aliéné, même à l'égard des tiers. Il suffisait donc qu'elle fût antérieure au jugement de condamnation pour que l'hypothèque judiciaire ne pût l'atteindre. Celle-ci ne frappe que les immeubles appartenant au débiteur condamné ; elle ne saurait grever ceux qui ont cessé d'être sa propriété. L'art. 834 Pr. civ. ne modifia en rien cette solution ; car s'il permet d'inscrire une hypothèque après l'aliénation de l'immeuble, il suppose que l'hypothèque l'a frappé valablement et, comme nous venons de le dire, il faut à ce point de vue que l'immeuble soit la propriété du débiteur au moment de la naissance du droit hypothécaire.

Cette condition n'est pas réalisée dans l'espèce ; cela suffit pour justifier la solution que nous avons indiquée. Le créancier ne pourrait invoquer l'hypothèque que si l'aliénation avait eu lieu en fraude de ses droits et si, par l'exercice de l'action paulienne, il faisait considérer cet acte comme non venu à son égard.

La jurisprudence a même reconnu à des créanciers postérieurs à l'acte critiqué le droit de l'attaquer par l'action paulienne, lorsque la fraude a été commise à l'encontre des créanciers futurs. C'est une question que nous n'avons pas à discuter ⁶²³.

1269. Depuis la loi du 23 mars 1855, le transfert de la propriété des immeubles ne devient opposable aux tiers que par la transcription de l'acte d'aliénation à titre onéreux. Les créanciers hypothécaires sont incontestablement des tiers dans le sens de l'art. 3 de la loi de 1835. Pourvu qu'ils aient fait inscrire leur hypothèque en temps utile, ils peuvent se prévaloir contre l'acquéreur du défaut de transcription de son titre. Cette règle s'applique certainement à celui dont l'hypothèque, spécialement l'hypothèque conventionnelle, a été constituée au moment même de la naissance de la créance. En est-il de même lorsque l'hypothèque n'est constituée qu'à une date postérieure, et résulte par exemple d'un jugement de condamnation ? On voit immédiatement le motif de douter. A l'origine, le créancier n'était qu'un créancier chirographaire. S'il a acquis sur le patrimoine de son débiteur le droit de gage général de l'art. 2092, ce droit frappe l'ensemble des biens sans en atteindre aucun d'une façon particulière. Il ne peut pas s'exercer sur les biens qui, dès ce moment, avaient cessé d'être la propriété du débiteur ; il ne peut pas non plus s'exercer sur les biens aliénés postérieurement par le débiteur, pourvu que ce soit sans fraude. Or, pourrait-on dire, l'hypothèque judiciaire a pour but et pour but unique de conférer au créancier une

cause de préférence sur les biens affectés à sa sûreté. Jusqu'au jugement, le créancier n'est qu'un créancier chirographaire. Les actes passés par le débiteur lui sont opposables. Les biens aliénés ont cessé d'être son gage. Le créancier ne peut pas acquérir sur eux une cause de préférence. Si l'acte d'aliénation n'a pas été transcrit, il n'en est pas moins opposable aux créanciers chirographaires, qui ne sont pas des tiers dans le sens de l'art. 3 de la loi de 1855, qui ne sont que des ayant-cause à titre universel et qui ne peuvent pas opposer le défaut de transcription. Comment le jugement de condamnation pourrait-il leur faire acquérir un droit de préférence sur un bien qui n'a jamais été ou qui a cessé d'être affecté à leur paiement ? On conclut que l'hypothèque judiciaire ne frappe pas les immeubles aliénés par le débiteur, quoique l'acte d'aliénation n'ait pas été transcrit et que la loi de 1855 n'ait apporté sur ce point aucune modification aux règles du code ⁶²⁴. On va plus loin et, en vertu du même raisonnement, on étend cette solution au cas où, après l'aliénation mais avant toute transcription, une hypothèque conventionnelle aurait été constituée pour sûreté d'une dette antérieurement contractée ⁶²⁵.

Nous ne croyons pas nécessaire d'entrer dans l'examen détaillé de cette question qui relève plutôt de la théorie de la transcription que de la théorie de l'hypothèque. Il nous semble cependant nécessaire d'indiquer nos préférences et de justifier sommairement notre solution. Nous pensons, contrairement à l'opinion précédente, que l'hypothèque judiciaire frappe les immeubles aliénés par le débiteur, pourvu qu'elle ait été inscrite avant la transcription de l'acte d'aliénation. En effet, si les créanciers chirographaires ne sont pas des tiers, s'ils ne peuvent pas à ce titre se prévaloir du défaut de transcription, aucune disposition ne s'oppose à ce qu'ils acquièrent cette qualité et à ce qu'ils exercent les droits qui en sont la

conséquence. Ainsi, si un créancier chirographaire achète de son débiteur un immeuble déjà aliéné par celui-ci et si la convention ne constitue pas une dation en paiement, il ne paraît pas contestable que ce nouvel acquéreur ne soit un tiers et ne puisse opposer au premier le défaut de transcription de son titre. Le créancier chirographaire qui, en vertu de sa créance, n'était qu'un ayant-cause à titre universel, est devenu un tiers par l'effet de cette convention nouvelle. Il n'est plus tenu à ce titre de subir l'effet des actes, dont il supporterait les conséquences en qualité de créancier chirographaire. Pourquoi en serait-il autrement pour l'hypothèque judiciaire ? Nous ne voyons aucun motif de différence. Par l'effet du jugement, le créancier chirographaire devient créancier hypothécaire. Dès lors, il est un tiers au point de vue de l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855 et peut, comme celui dont l'hypothèque a été constituée au moment de la naissance de la créance, se prévaloir du défaut de transcription ⁶²⁶.

1270. L'hypothèque judiciaire, comme toutes les autres, se trouve soumise aux mêmes modalités, notamment aux mêmes conditions suspensives ou résolutoires que le droit de propriété du débiteur. Si, par exemple, son patrimoine comprend des immeubles dépendant d'une succession à laquelle il est appelé avec d'autres héritiers, l'hypothèque frappera actuellement sa part indivise ; mais son efficacité restera subordonnée aux éventualités du partage. Les immeubles attribués par cet acte ou adjugés sur licitation à un autre cohéritier en demeureront définitivement affranchis ; ils devront même être considérés comme n'ayant jamais été atteints, en vertu de l'effet rétroactif du partage (art. 883) ; ils sont censés n'avoir jamais été la propriété de l'héritier condamné. Au contraire, les immeubles attribués par le partage ou adjugés sur licitation à l'héritier débiteur sont grevés, et grevés pour le tout, de l'hypothèque judiciaire. Enfin, si l'immeuble est adjugé sur

licitation à un étranger, chacun des copropriétaires est considéré comme vendeur pour sa part et portion ; l'hypothèque judiciaire continuera de grever l'immeuble dans la même mesure entre les mains du tiers acquéreur. Ne faut-il pas, cependant, dans l'application de la solution ci-dessus, tenir compte du résultat des opérations de liquidation et du partage ? Ne faut-il pas déclarer destituées de toute efficacité les hypothèques nées du chef d'un cohéritier, auquel n'a été attribuée aucune part du prix d'adjudication des immeubles indivis ? La difficulté est très sérieuse ; elle se rattache à la théorie de l'effet déclaratif du partage. Nous n'avons pas à la traiter. Disons seulement que la jurisprudence de la cour de cassation se prononce en faveur de la négative (⁶²⁷).

1271. Le jugement de condamnation, prononcé contre une femme mariée sous le régime dotal, entraîne-t-il hypothèque judiciaire sur ses immeubles dotaux inaliénables ? Nous établissons à cet égard la règle suivante : Le jugement emportera hypothèque sur tous les immeubles que le créancier pourrait atteindre, indépendamment du jugement, en vertu du droit de gage général que lui confère l'art. 2092, mais non sur ceux qui échappent à ce droit de gage. Le jugement n'a pas en effet pour résultat d'augmenter l'étendue du droit de gage du créancier, en y faisant entrer des biens que la femme n'a pas la capacité d'engager ou d'affecter à l'exécution de ses obligations, et qui, par ce motif, sont soustraits à l'action des créanciers envers lesquels elle s'est obligée pendant le mariage par un acte volontaire et licite, mais seulement de consolider ce droit de gage, de le fortifier en conférant au créancier une hypothèque et par conséquent un droit de préférence. De là il résulte notamment que le créancier d'une obligation, contractée par la femme dotale pendant le cours du mariage n'acquerra pas, en vertu du jugement de condamnation qu'il obtiendra contre la femme,

l'hypothèque judiciaire sur les immeubles dotaux inaliénables de sa débitrice. Quant aux condamnations obtenues à raison de dettes antérieures au mariage, il y aurait des distinctions à faire, dans lesquelles nous n'entrerons pas ⁶²⁸.

1272. Mais s'il en est ainsi pour les immeubles que l'incapacité particulière de la femme mariée sous le régime dotal soustrait d'une manière absolue à l'action de certains de ses créanciers, il n'en est pas de même pour les autres incapacités qui n'ont pas le même caractère. Ainsi le jugement de condamnation, régulièrement obtenu contre un mineur, un interdit ou une personne pourvue d'un conseil judiciaire, entraînerait hypothèque judiciaire sur tous ses immeubles présents et à venir.

Pour justifier cette solution, on se contente généralement de dire : Ce n'est pas le débiteur qui hypothèque, c'est la justice ou plutôt la loi, et par conséquent l'incapacité du débiteur importe peu.

Ce raisonnement suffit pour ceux qui considèrent la règle de l'art. 1554 comme une règle d'indisponibilité. Ils appliquent des solutions différentes à des cas différents. Inaliénabilité et incapacité ne sont pas régies par les mêmes principes. Mais si l'inaliénabilité des immeubles ou des biens dotaux a pour fondement l'incapacité particulière qui atteint la femme mariée sous le régime dotal, ne faut-il pas une autre justification ? Comment et pourquoi l'incapacité de la femme dotale fait-elle obstacle dans certains cas à l'existence de l'hypothèque judiciaire, tandis qu'il en est autrement de l'incapacité du mineur, de l'interdit et de la personne pourvue d'un conseil judiciaire ? Il nous semble qu'il faut en rechercher l'explication dans la considération suivante. L'hypothèque judiciaire n'a pas pour but de faire acquérir au créancier un droit de gage sur des biens qui n'ont pas pu lui être affectés en vertu des règles de la loi, elle n'a pour but que de fortifier ses

garanties ; elle lui confère un droit de préférence sur des biens déjà soumis à son action ou susceptibles d'y être soumis en vertu de la nouvelle qualité qu'il acquiert. Mais elle ne peut s'étendre à des biens que la volonté des parties a, conformément à la loi, soustraits aux conséquences des actes accomplis par leur propriétaire ; s'il en était autrement, les parties réaliseraient indirectement ce que la loi leur interdit de faire directement. Telle est effectivement la situation de la femme dotale. Tout autre est la condition du mineur, de l'interdit et de la personne pourvue d'un conseil judiciaire. Tous leurs biens meubles ou immeubles sont affectés à l'exécution des obligations valablement nées à leur charge. N'est-il pas logique d'en conclure que le jugement de condamnation engendrera sur tous ces immeubles une hypothèque au profit de celui qui l'a obtenu ? Cette hypothèque ne naît pas par la volonté du débiteur condamné ; elle résulte de plein droit du jugement de condamnation. Il n'y a donc pas lieu de rechercher si le débiteur pouvait consentir une hypothèque conventionnelle ; son incapacité n'empêche pas l'hypothèque judiciaire.

1273. L'hypothèque, résultant d'un jugement obtenu contre le mari sous le régime de la communauté, grève-t-elle définitivement les conquêts, de telle sorte qu'elle puisse, après la dissolution et le partage de la communauté, être opposée à la femme sur les biens mis dans son lot ?

Pothier examinait cette question au double point de vue de l'hypothèque conventionnelle, conséquence de toute obligation constatée par acte notarié et de l'hypothèque résultant d'une sentence de condamnation. Voici la distinction qu'il proposait ⁶²⁹ :

S'agit-il de dettes nées pendant le mariage ou d'une condamnation intervenue à la même époque, l'hypothèque grève d'une manière définitive les conquêts présents et

futurs et les suit, après le partage, entre les mains de la femme. En effet, dit Pothier, « le mari qui avait en ce temps la qualité

» de chef de la communauté, et qui est censé s'être obligé
» ou avoir été condamné envers eux (les créanciers), non seule-

» ment en son propre nom, mais aussi en cette qualité, est censé

» obligé par ces actes sous l'hypothèque de tous les biens qu'il

» avait droit alors d'hypothéquer, et par conséquent sous l'hy-

» pothèque de tous les immeubles de sa communauté présents

» et à venir, la qualité de chef de la communauté qu'il avait,

» lui donnant alors le droit d'en disposer, de les aliéner,

» engager et hypothéquer tous irrévocablement, suivant l'art.

» 225 de la coutume de Paris, et suivant le droit commun.

» Une femme qui a accepté la communauté étant censée

» avoir fait en sa qualité de commune tout ce que son mari

» a fait durant la communauté, comme nous l'avons vu, le

» mari ayant, durant la communauté, en sa qualité de chef

» de la communauté, hypothéqué à ses créanciers tous les

» conquêts de la communauté, sa femme est censée, en sa

» qualité de commune, les avoir elle-même hypothéqués

» pour la part qu'elle y aurait par le partage de la commu-

» nauté ».

S'agit-il au contraire des obligations antérieures au mariage, il en est autrement. « Quoiqu'il se soit obligé, dit

» Pothier, envers eux sous l'hypothèque de tous ses biens

» présents et à venir, lesdits créanciers n'ont aucun droit

» d'hypothèque sur les conquêts échus à la femme, par le

» partage. Le mari n'a pu leur hypothéquer la part de la

» femme, n'y ayant que la qualité de chef de la

communauté

» qu'il n'avait point encore qui eût pu lui donner ce droit ».

Mais cette doctrine n'était pas généralement admise. Lebrun ⁶³⁰ et Bourjon ⁶³¹ notamment font une distinction bien différente, ils se préoccupent exclusivement du caractère de la dette. « Si la veuve, dit Lebrun, a accepté la communauté

» et a eu des conquêts en partage, on la peut poursuivre

» hypothécairement et pour le tout, pour une dette mobilière

» créée par son mari avant le mariage, parce que cette dette

» est entrée en communauté, et les conquêts y sont affectés

» pour le tout. Il en est de même si la dette mobilière a été

» créée par la femme avant le mariage et que le mari ait eu

» les conquêts en partage ». Bourjon professe la même doctrine et prévoyant le cas où le contrat de mariage ne contient pas décharge des dettes antérieures au mariage et où la femme se trouve, pour ce motif, chargée des dettes de son mari antérieures au mariage, il dit : « C'est le cas où je

» trouve difficulté et dans lequel je l'assujettirais (la femme)

» pour ce à l'action hypothécaire : telles dettes étant en ce

» cas de communauté, et qui étant hypothécaires produisent

» cette action contre elle ».

1274. La controverse qui divisait ainsi nos anciens jurisconsultes, existe encore sous l'empire de notre code et met aux prises les auteurs contemporains. Elle ne s'agite, il est vrai, qu'en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire, les actes notariés n'engendrant plus une hypothèque générale sur les immeubles présents et à venir du débiteur.

Une première opinion, qui se prévaut à tort, semble-t-il, de l'autorité de Pothier, distingue entre les dettes

contractées par le mari avant et depuis le mariage. La condamnation prononcée à raison des premières donne naissance à une hypothèque judiciaire qui grève les conquêts pendant la durée de la société conjugale, mais qui, après sa dissolution, cesse de frapper les immeubles tombés au lot de la femme ⁶³². Il en est autrement pour les condamnations prononcées à raison des secondes.

Une deuxième opinion, qui peut plus justement, croyons-nous, s'autoriser du passage de Pothier, distingue suivant la date de la condamnation. Le jugement a-t-il été rendu pendant la communauté, les conquêts sont et restent, même entre les mains de la femme acceptante, grevés de l'hypothèque judiciaire. Au contraire, si la condamnation est antérieure au mariage, l'hypothèque judiciaire, qui s'est étendue aux conquêts pendant la durée de la communauté, cesse de les atteindre, lorsqu'après la dissolution ils ont été attribués par le partage à la femme ⁶³³.

Enfin, dans une dernière opinion, on reproduit la théorie enseignée dans notre ancienne jurisprudence par Lebrun et Bourjon. Si la dette à l'occasion de laquelle est intervenu le jugement de condamnation est tombée en communauté, l'hypothèque judiciaire grève définitivement les conquêts, même entre les mains de la femme acceptante. Il n'y a pas lieu de tenir compte de l'époque à laquelle a été rendu le jugement ; la solution est la même, que la condamnation ait été prononcée avant ou depuis le mariage. Si la dette n'est pas tombée dans la communauté, l'hypothèque judiciaire ne frappe du chef du mari les immeubles de la communauté que pendant la durée de la société, elle ne saurait les suivre dans le patrimoine de la femme qui les a reçus dans son lot ⁶³⁴.

1275. Voici pourquoi l'on incline vers l'opinion de Lebrun et de Bourjon. Le créancier, au profit duquel est rendu un jugement de condamnation, acquiert une hypothèque sur tous les immeubles présents et à venir de son débiteur.

Nulle difficulté n'est possible et n'est soulevée lorsque, le jugement étant prononcé pendant la communauté, la condamnation atteint le mari en son nom personnel et en sa qualité de chef de la communauté. La femme acceptante est obligée de subir les conséquences d'un acte auquel elle a été valablement représentée par son mari en sa qualité de femme commune en biens. Le seul cas qui puisse faire et qui fait sérieusement difficulté est celui où la condamnation est antérieure au mariage. Même dans cette hypothèse, ces auteurs sont portés à penser que l'hypothèque judiciaire grève après le partage non seulement les immeubles attribués au mari, mais encore ceux qui ont été mis au lot de la femme. La dette en effet tombe dans la communauté ; elle y tombe avec toutes les garanties dont elle était assortie avant le mariage, spécialement avec l'hypothèque judiciaire qui était la conséquence du jugement de condamnation. La communauté, c'est-à-dire l'association née à la suite de l'union des deux époux, devient débitrice ; par suite l'hypothèque judiciaire atteint tous les immeubles qui en dépendent. La femme acceptante reçoit les immeubles mis dans son lot avec toutes les charges qui les grevaient ; sa qualité de femme commune, devenue définitive par son acceptation, ne lui permet pas d'échapper à cette conséquence des principes. Il faut et il suffit pour cela que la dette soit tombée dans la communauté. Peu importe que, dans les rapports des époux entre eux, elle soit de celles qui ne deviennent communes qu'à charge de récompense.

Mais il en serait autrement si la dette se trouvait exclue de la communauté même à l'égard des tiers, et restait après le mariage une dette personnelle du mari. La condamnation ne pourrait alors affecter que les biens du débiteur, du mari dans l'espèce. Peut-être pourrait-on décider alors que l'hypothèque judiciaire, résultant du jugement rendu contre le mari avant le mariage, atteint pendant la communauté les immeubles communs ; mais

même en admettant cette solution, susceptible cependant d'être contestée, nous croyons qu'après la dissolution de la communauté, elle ne frappe pas les immeubles mis au lot de la femme acceptante.

En serait-il de même si la condamnation du mari avait été prononcée pendant la communauté ? Pourquoi pas ? Ne pourrait-on pas soutenir avec quelque apparence de raison que la dette n'étant pas une dette de communauté, le mari n'a été condamné qu'en son nom personnel et non en qualité de chef de la communauté, que l'hypothèque judiciaire ne saurait alors atteindre des immeubles communs qui, attribués par le partage à la femme acceptante, sont censés n'avoir jamais été la propriété du mari ?

1276. La même question s'agite pour les obligations de la femme commune antérieures à la célébration du mariage. Si, en vertu des conventions matrimoniales, elles ne tombent pas en communauté, il faudra leur appliquer la solution que nous avons exposée pour les obligations identiques du mari. L'hypothèque judiciaire résultant du jugement de condamnation ne grèvera pas les immeubles de la communauté. Si, au contraire, les dettes font partie du passif commun, une distinction semble naturellement indiquée.

Si le créancier, usant de son droit, a poursuivi, pendant le mariage, son paiement contre la femme et la communauté devenue sa débitrice, le jugement de condamnation emportera une hypothèque judiciaire sur les immeubles propres de la femme, sur les conquêts de la communauté et même sur les immeubles propres du mari condamné en qualité de chef de la communauté. Cette hypothèque continuera d'exister après la dissolution de la société conjugale, quelque parti que prenne la femme sur l'acceptation et la répudiation, quel que soit le résultat du partage en cas d'acceptation.

En sera-t-il de même si la condamnation est antérieure au mariage et a été prononcée contre la femme seule ? Lebrun, qui examine la question ⁶³⁵, la résout en faveur des créanciers et décide que par l'action hypothécaire ils peuvent poursuivre le mari pour le tout sur les conquêts qu'il a reçus en partage ou qui sont demeurés sa propriété par l'effet de la renonciation de la femme. Le raisonnement que nous présentons pour le mari s'applique également à la femme. La condamnation prononcée contre celle-ci a donné naissance à une hypothèque judiciaire qui frappe les biens présents et à venir de la débitrice. Or le mariage de la femme, accompagné de l'adoption du régime de la communauté légale, a fait de cette dette une dette commune ; son caractère n'est pas modifié ; elle reste une dette hypothécaire et doit grever de la même manière le patrimoine commun ⁶³⁶.

M. Bertauld ⁶³⁷ combat très énergiquement cette solution. Il soutient que l'hypothèque générale du créancier, qui a obtenu avant le mariage une condamnation contre la femme, ne saurait atteindre ni les conquêts de la communauté, ni à plus forte raison les immeubles du mari. S'il en est autrement pour les créanciers du mari, c'est qu'il se produit entre le mari et la communauté une confusion qui est irrévocable quant aux dettes, c'est que les immeubles de la communauté sont incorporés avec le patrimoine du mari et qu'il n'existe qu'un seul patrimoine pour répondre de ces dettes. La femme au contraire conserve toujours une existence distincte de l'existence de la société et de son gérant.

Sans doute la femme conserve son existence propre, sa personnalité et par suite son patrimoine personnel, mais l'objection est-elle bien fondée lorsqu'il s'agit de dettes qui tombent dans la communauté ? Si la femme demeure débitrice personnelle, est-ce que la communauté n'est pas

également débitrice ? N'est-elle pas débitrice au même titre et dans les mêmes conditions que la femme ?

M. Bertauld objecte encore que la communauté, en admettant même qu'on l'assimilât à un successeur à titre universel, ne saurait être atteinte par l'hypothèque judiciaire, parce que cette sûreté frappe seulement, comme nous l'avons déjà dit, les immeubles du débiteur et non ceux de son héritier.

On répond que cette argumentation n'est pas parfaitement juste. En admettant que la communauté acquière à titre universel les meubles des époux, il est certain que le législateur ne la traite pas comme un successeur à titre universel ; l'art. 1410 le prouve à l'évidence ; l'acte sous seing privé fait foi de sa date à l'égard des ayants cause universels ou à titre universel de celui qui l'a signé. L'acte sous signature privée qui constate une obligation de la femme, n'a pas cette force probante à l'égard du mari et de la communauté. D'un autre côté, cette assimilation n'est pas exacte, car la communauté n'est en réalité que la somme des intérêts communs et confondus des époux ; elle ne les remplace pas, elle les associe ; il ne peut donc pas être question d'un ayant cause à titre universel ; on ne peut tirer aucun argument des règles applicables aux héritiers d'une personne décédée 638.

1277. On s'est demandé si le bénéfice d'une hypothèque judiciaire pouvait être invoqué par le créancier porteur d'un titre exécutoire qui aurait actionné son débiteur. L'affirmative ne nous paraît pas devoir souffrir difficulté. Sans doute le créancier peut de plano, en vertu de son titre, poursuivre la vente des biens de son débiteur. A ce point de vue, le jugement ne lui offre aucun avantage. Mais il lui procure une cause de préférence, que le titre de sa créance ne lui assurait pas. Il serait d'ailleurs contraire à la raison de faire au créancier porteur d'un titre exécutoire

une situation inférieure à celle du créancier, dont le droit est constaté par un acte sous signature privée. Ce dernier ne peut obtenir un titre exécutoire qu'en s'adressant à justice ; le jugement rendu emportera hypothèque judiciaire. Nous avons même vu qu'une action en reconnaissance ou en vérification d'écriture peut être intentée avant l'échéance et que le jugement intervenu sur cette demande donne naissance à une hypothèque judiciaire ; nous avons critiqué cette règle. Mais il nous est impossible d'admettre que le créancier muni d'un titre exécutoire, qui n'obtient pas son paiement à l'échéance, soit privé de toute action et dans l'impossibilité d'obtenir une sûreté, dont l'inexécution de l'obligation démontre l'utilité, sinon la nécessité. Le caractère de son titre ne saurait être pour lui une cause d'infériorité.

Nous croyons donc qu'il aura dans tous les cas le droit de porter devant les tribunaux sa demande en paiement à l'effet d'acquérir une hypothèque judiciaire.

Mais la question devient beaucoup plus délicate, lorsque le titre qui constate l'obligation renferme une constitution d'hypothèque spéciale. On peut alors soutenir que la convention est la loi des parties, que le créancier ne peut pas, par sa volonté, ajouter à la sûreté spéciale dont il s'était contenté une hypothèque judiciaire et générale. Autrement il obtiendrait en réalité par ce moyen un supplément d'hypothèque en dehors des cas et des conditions déterminés par l'art. 2131. Aussi nous semblerait-il nécessaire que l'action du créancier fût justifiée par un intérêt sérieux et légitime. Ainsi son droit ne nous paraît pas discutable si le débiteur conteste l'existence ou l'étendue du titre exécutoire, si l'action a pour but de faire courir des intérêts moratoires ⁶³⁹.

Il en est de même par application de ces principes, lorsque le débiteur ayant formé opposition aux poursuites exercées contre lui en vertu d'un pareil titre, un jugement

le condamne à remplir ses engagements et ordonne la continuation des poursuites jusqu'à parfait paiement ⁶⁴⁰, ou, usant de la faculté consacrée par l'art. 1244, accorde au débiteur des délais de grâce ⁶⁴¹. Dans tous ces cas, le créancier jouit d'une double garantie : il peut se prévaloir de l'hypothèque spéciale établie par la convention, il peut aussi invoquer l'hypothèque judiciaire, conséquence du jugement de condamnation.

III. Appréciation de l'hypothèque judiciaire.

1278. Dressons maintenant, pour terminer, le bilan de l'hypothèque judiciaire.

L'hypothèque judiciaire, attachée aux jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture, paraît condamnée ; elle soulève dans la doctrine une réprobation unanime.

Quant à l'hypothèque résultant des jugements, son mérite est très discuté.

L'autorité de la chose jugée est une des ancrs de la société ; loin de l'affaiblir, il faut donc la fortifier par tous les moyens possibles ; or l'hypothèque judiciaire nous apparaît comme l'un des plus efficaces pour atteindre ce but. Le droit de préférence qu'elle engendre au profit des créanciers diligents n'a d'ailleurs rien d'injuste : jura vigilantibus succurrunt. Enfin l'hypothèque judiciaire est un bienfait pour le débiteur lui-même ; car, en procurant au créancier une garantie efficace, qui lui assure son paiement, elle le dispose à être moins âpre et moins exigeant. — Vénérable par la durée de son existence, l'hypothèque judiciaire ne l'est donc pas moins par son but, par les services qu'elle rend à la société et aux débiteurs eux-mêmes. Il faut bien se garder de l'abolir ; si elle n'existait pas, il faudrait au contraire la créer !

Ainsi concluent les partisans de l'hypothèque judiciaire.

Écoutons maintenant ses adversaires.

En vertu de l'hypothèque judiciaire, un créancier obtient sur les autres un droit de préférence qui n'est nullement justifié. En effet, c'est le créancier le plus dur, le plus âpre, le plus impitoyable, celui qui a poursuivi le débiteur sans trêve ni merci, qui obtiendra vraisemblablement le premier jugement et par suite la première hypothèque, au préjudice des créanciers plus humains qui ont usé de ménagements. On répond par la maxime *Jura vigilantibus, non dormientibus prosunt*. C'est dire en d'autres termes que l'hypothèque judiciaire sera le prix de la course. Mais la vérité est qu'elle sera le prix du hasard autant que de la vitesse. Le créancier auquel des circonstances, le plus souvent fortuites, auront révélé la situation obérée du débiteur, aura pu prendre sur les autres une précieuse avance. Ajoutez que le plus diligent n'est pas toujours sûr d'arriver le premier ; mille incidents peuvent faire que le créancier qui a lancé la première assignation ne soit pas le premier à obtenir jugement. La justice exigerait que dans le désastre commun tous les créanciers qui ont suivi la foi du même débiteur fussent dans une situation de complète égalité.

Est-ce bien sérieusement, d'autre part, qu'on dit l'hypothèque judiciaire favorable au débiteur ? En pratique, chacun sait ce qui arrive : quand le signal de la débâcle est donné, les assignations pleuvent de toutes parts sur la tête du malheureux débiteur, les condamnations se succèdent sans interruption. Et quelle est la raison de cet acharnement des créanciers ? L'hypothèque judiciaire ! Chacun veut essayer de l'obtenir au préjudice des autres.

Qui ne voit que, si l'hypothèque judiciaire assure l'exécution d'un ou de plusieurs jugements rendus contre le débiteur, elle empêche l'exécution des autres ?

Enfin par sa généralité elle est certainement une gêne et une entrave pour le crédit public. Les auteurs de la loi du 11 brumaire an VII avaient été mieux inspirés que les

rédacteurs du code. En la conservant, ils l'avaient spécialisée. L'art. 4 de cette loi la limitait aux biens qui appartenaient au débiteur à l'époque du jugement ⁶⁴².

Nous sommes de ceux qui pensent que l'hypothèque judiciaire a fait plus de mal que de bien, et qu'en conséquence elle devrait disparaître de nos lois.

L'institution de l'hypothèque judiciaire a succombé dans un grand nombre de législations européennes, notamment dans les Etats allemands et en Belgique. Le code civil italien l'a maintenue, mais en la restreignant aux immeubles présents. Chez nous, en 1850, sa suppression avait été votée en principe par l'assemblée législative dans un projet de loi qui ne put aboutir.

La sous-commission juridique de la commission extra-parlementaire du cadastre en propose de nouveau la suppression ⁶⁴³.

SECTION III

DES HYPOTHÈQUES CONVENTIONNELLES

§ I. Généralités.

1279. L'art. 2117 nous donne de l'hypothèque conventionnelle la définition suivante : « L'hypothèque convention-

» nelle est celle qui dépend des conventions, et de la forme
» extérieure des actes et des contrats ».

Il résulte, en premier lieu, de ce texte que l'hypothèque, quand elle ne trouve sa cause ni dans la loi, ni dans un jugement ou un acte judiciaire, ne peut être établie que par convention. La convention par laquelle le propriétaire d'un immeuble l'hypothèque au profit d'un créancier pour sûreté de sa créance, porte le nom de contrat hypothécaire. C'est

un contrat unilatéral ; en effet une seule des parties, le constituant, s'y oblige. Mais le consentement de l'autre partie, du créancier, n'en est pas moins nécessaire ; car le consentement des parties contractantes, c'est-à-dire le concours de leurs volontés, est un élément essentiel à la perfection de tout contrat, fût-il unilatéral. On ne conçoit pas que le contraire ait pu être jugé. Consentir, c'est sentire cum alio ; or, si l'on peut vouloir seul, on ne peut pas consentir seul. Autre est la question de savoir si le consentement du créancier peut être tacite ; cette question sera examinée plus loin.

Le texte dit que l'hypothèque dépend de la forme extérieure des actes et des contrats. Nous verrons que le contrat d'hypothèque est un contrat solennel, c'est-à-dire soumis à certaines formes prescrites à peine de nullité, et même d'inexistence.

Enfin notre code décide, après la loi du 11 brumaire an VII, que l'hypothèque conventionnelle doit être spéciale. Nous aurons à déterminer les énonciations que l'acte constitutif doit renfermer pour satisfaire à cette condition.

Toutefois, avant d'étudier et de développer ces différentes règles, il nous paraît utile de dire quelques mots des obligations, pour sûreté desquelles l'hypothèque, droit accessoire, peut être établie et des modalités dont elle peut être affectée.

1280. Dans la conception des rédacteurs du code, l'hypothèque est l'accessoire d'une obligation personnelle, dont elle a pour but d'assurer le paiement. Elle ne saurait subsister sans ce support nécessaire. Si donc l'obligation est entachée d'un vice qui entraîne l'annulation ou la rescision, l'hypothèque disparaîtra avec elle (art. 2180, n. 1 rapp. art. 1234).

Est-ce à dire que la nullité de l'hypothèque sera toujours la conséquence forcée de l'annulation de l'obligation ? Le code n'a pas prévu la question. Il la résout en partie pour un autre contrat de garantie, le cautionnement (art. 2012).

En notre matière, il garde le silence. Nous serions cependant assez portés à soumettre ces deux contrats accessoires à la même règle. Il ne serait donc pas indispensable que l'obligation, dont l'hypothèque est la garantie, fût civilement valable ; il suffirait qu'elle constituât une obligation naturelle. Dans quel cas y a-t-il une obligation naturelle ? Dans quels cas une obligation naturelle, susceptible d'être cautionnée, survit-elle à l'annulation de l'obligation civile ? C'est une théorie que nous n'avons pas à exposer.

Peu importe du reste le caractère particulier de l'obligation garantie, sa nature ou les modalités dont elle est affectée. L'hypothèque peut être la sûreté d'une obligation à terme ou d'une obligation conditionnelle aussi bien que d'une obligation pure et simple. Mais il est évident que le sort de l'hypothèque est lié au sort de l'obligation.

On a décidé même que l'hypothèque peut être valablement constituée pour la garantie d'une créance simplement éventuelle. Nous n'avons pas à distinguer ici les obligations conditionnelles et les obligations éventuelles.

Il nous suffit de constater qu'elles peuvent également servir de fondement à une constitution d'hypothèque. Ainsi pour ne citer que quelques exemples, une hypothèque peut être valablement établie pour assurer le paiement des dommages-intérêts et la restitution du prix, auxquels un vendeur est éventuellement exposé à être condamné, si l'acheteur est évincé de l'immeuble acquis ⁶⁴⁴. De même une hypothèque peut être valablement constituée pour la garantie d'un prêt à effectuer. Cette solution a cependant été contestée. On a prétendu que l'obligation était nulle, comme subordonnée à une condition purement potestative et que l'hypothèque se trouvait par suite infectée de la même nullité ⁶⁴⁵. Cette opinion cependant n'a pas triomphé. On a répondu que, au moment de la formation du

contrat, celui qui promet de prêter la somme stipulée est obligé. Il ne peut pas se soustraire aux conséquences de son engagement. Le créancier a le droit, au gré de sa volonté, de se prévaloir ou de ne pas se prévaloir de la convention. S'il l'invoque, il deviendra lui-même débiteur. Il ne lui est pas possible d'invoquer le contrat, sans être en même temps tenu vis-à-vis de l'autre partie. Son obligation est une obligation éventuelle. Elle ne dépend pas d'une condition purement potestative, si voluero ; cela suffit pour que l'hypothèque puisse prendre naissance. Les créances du pupille contre son tuteur, de la femme mariée contre son mari, de l'Etat et des établissements publics sont souvent des créances simplement éventuelles ; elles sont cependant un support suffisant pour l'hypothèque légale ; on ne voit pas pourquoi il en serait autrement de l'hypothèque conventionnelle ⁶⁴⁶.

1281. La jurisprudence a eu l'occasion de faire l'application de ces principes aux ouvertures de crédit. Elle admet, d'une manière constante aujourd'hui, la validité de l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert. Ce contrat n'engendre qu'une créance éventuelle au profit du créateur ; car il dépend du crédit de ne pas faire naître la créance, en n'usant pas du crédit. Eh bien ! nous disons qu'une hypothèque peut être consentie pour sûreté de cette créance éventuelle.

Car elle renferme pour le crédit une obligation qui se réalisera au fur et à mesure des avances faites. A ce point de vue, et envisagée comme dette future, elle est susceptible d'être garantie par une hypothèque ⁶⁴⁷.

1282. Quelquefois la convention se borne à déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le crédit est ouvert, sans limiter dans le temps l'efficacité du contrat. Dans ce cas, l'hypothèque garantit les avances réellement effectuées, à quelque époque qu'elles aient été faites, mais seulement jusqu'à concurrence de la somme convenue.

1283. D'autres fois, la convention limite l'effet de la garantie non seulement quant à la somme pour laquelle le crédit est ouvert, mais encore quant au temps pendant lequel elle recevra son application. Dans cette hypothèse, l'hypothèque ne pourra être invoquée que pour obtenir le paiement du solde du compte courant arrêté réellement ou fictivement à la date fixée par l'acte d'ouverture pour la clôture. Les relations qui peuvent continuer entre les parties sont à l'égard des tiers des relations nouvelles, la stipulation hypothécaire leur demeure absolument étrangère.

En conséquence, le créancier ne peut pas se prévaloir de l'hypothèque pour obtenir sa collocation par préférence à raison des sommes avancées depuis la prorogation du compte courant, alors même qu'ajoutées au solde de ce compte à l'expiration du délai primitivement fixé pour sa durée elles n'excèderaient pas le chiffre déterminé par la convention originaire ⁶⁴⁸. La prorogation du compte courant doit, comme toutes les conventions, produire ses effets entre les parties contractantes. Le créancier ne sera créancier que du solde, tel qu'il ressortira au moment de la clôture réelle et définitive du compte. C'est une conséquence de l'indivisibilité du compte courant. Ce solde sera garanti par l'hypothèque jusqu'à concurrence des sommes dues au jour où le compte devait être clôturé en vertu de la convention primitive des parties. Mais la prorogation convenue ne saurait nuire aux tiers. C'est pourquoi le créancier ne peut se prévaloir à l'encontre des tiers de la cause de préférence attachée à l'hypothèque pour les sommes qui ont ultérieurement accru le solde du compte ⁶⁴⁹.

Mais, en sens inverse, l'hypothèque garantit toujours le solde du compte dans les limites que nous avons précisées. Il n'y a pas lieu de se préoccuper des opérations qui viennent alimenter le compte prorogé. Les autres

créanciers du crédit ne pourraient pas argumenter des versements portés à l'avoir de leur débiteur pour soutenir, suivant les cas, que l'hypothèque est éteinte ou réduite dans la même mesure. Le compte courant est indivisible, c'est au moment où il est définitivement arrêté et clôturé que se règlent les rapports respectifs des parties ; les créanciers du crédit n'ont pas de droits plus étendus que leur débiteur ; ils ne peuvent pas demander que le compte soit balancé à une autre époque. Si l'on procède différemment quand il s'agit de fixer le montant de la créance garantie par l'hypothèque, c'est pour se conformer à la volonté des parties ; c'est parce que l'hypothèque est affectée au paiement du solde du compte à l'époque fixée dans la convention et qu'il faut bien, pour connaître cette somme, procéder à un arrêté fictif du compte. Mais celui-ci n'en continue pas moins d'exister dans son unité et dans son indivisibilité depuis le jour où il a commencé jusqu'à sa clôture réelle et définitive ⁶⁵⁰. Il importerait donc peu que ce solde fût représenté par des effets de commerce renouvelés à une époque postérieure, pourvu toutefois que ce renouvellement n'emportât pas novation ⁶⁵¹.

1284. Les parties ont le droit de faire entrer dans le compte courant, dont le solde est ainsi garanti par l'hypothèque, les avances antérieurement faites par le créancier au crédit. Elles seront dorénavant garanties par l'hypothèque. Cette solution se justifie à la fois et par le principe de la liberté des conventions et par la novation qu'implique toute inscription au compte courant. Il n'y a là du reste, qu'une question d'intention et si les contractants avaient expressément manifesté la volonté de ne couvrir de la garantie de l'hypothèque que les avances futures et de laisser aux avances antérieures leur caractère de créances simplement chirographaires, il n'y aurait qu'à respecter leurs intentions ⁶⁵².

1285. Les explications précédentes ont montré que l'efficacité de l'hypothèque est alors subordonnée à la réalisation des avances prévues dans la convention. C'est une conséquence du caractère accessoire de cette sûreté. Le créancier qui demandera à être colloqué par préférence, sera donc obligé de justifier de l'existence du montant de sa créance. De quelle manière devra-t-il administrer cette preuve ?

Quoique la question ait été controversée, nous n'hésitons pas à nous prononcer contre la nécessité d'un acte authentique. Nous n'apercevons aucun motif capable de justifier pareille exigence. On conçoit cependant qu'il pût en être autrement sous notre ancienne jurisprudence. Une hypothèque générale était alors la garantie de toute obligation constatée par un acte notarié. On comprend dès lors que, l'ouverture de crédit étant soumise à cette règle, on exigeât un acte authentique non seulement pour constater l'existence de la convention et des obligations qui peuvent en être la conséquence, mais encore pour prouver la réalisation de la condition et le chiffre de ces obligations. C'est effectivement en ce sens que s'est prononcé l'un des auteurs qui ont les premiers écrit sur le titre des privilèges et hypothèques ⁶⁵³.

Cependant cette solution n'a pas triomphé et ne devait pas triompher. La loi ordonne que l'acte constitutif de l'hypothèque soit passé devant notaires (art. 2127) ; mais nulle part elle n'exige que l'obligation, pour sûreté de laquelle l'hypothèque a été établie, soit constatée en la même forme. Il est au contraire universellement admis que l'hypothèque peut être constituée pour la sûreté d'une obligation sous signature privée. La solution contraire apporterait du reste des entraves inutiles et gênantes à la liberté des parties. Elle empêcherait dans bien des cas des ouvertures de crédit au profit de commerçants, c'est-à-dire au profit des personnes qui en ont le plus besoin. Par la

nécessité d'un acte authentique, elle les priverait de ce ressort si utile aux affaires. Elle ne serait d'ailleurs d'aucune utilité pour les tiers. La fixation par la convention du montant du crédit ouvert, l'évaluation dans l'inscription de la créance si elle est indéterminée, suffisent pour les avertir et leur permettre d'apprécier la valeur des sûretés qui leur sont offertes. Aussi croyons-nous que le créancier peut justifier du montant de sa créance par actes sous seing privé, au moyen de sa correspondance ou même, s'il s'agit d'un commerçant, au moyen de ses livres de commerce ⁶⁵⁴. Il nous semble même impossible d'exiger, comme semble l'avoir fait un arrêt ⁶⁵⁵, que l'obligation soit constatée par un acte ayant acquis date certaine. Les nécessités de la pratique ne permettent pas d'imposer une pareille condition en l'absence d'une disposition formelle de la loi. Cette solution ressortira d'ailleurs avec évidence de la discussion à laquelle nous arrivons sur le rang de l'hypothèque ⁶⁵⁶.

1286. Une autre question, que soulève cette difficile matière, est celle du rang de l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit. La généralité des auteurs et la jurisprudence lui appliquent le droit commun de l'art. 2134 et décident qu'elle prendra rang du jour de son inscription et non pas seulement du jour des avances faites au crédit. En effet, l'inscription détermine en général le rang des hypothèques et l'ordre de préférence entre les créanciers hypothécaires. Pour qu'il en fût autrement en notre matière, il faudrait ou que le législateur eût expressément dérogé à cette règle par un texte formel ou que cette solution fût condamnée par les principes généraux. Or, il n'existe aucune disposition relative à l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit. C'est donc sur les principes généraux qu'on s'est appuyé pour combattre cette opinion.

On a dit : l'hypothèque est la sûreté accessoire d'une obligation ; elle ne saurait donc exister et produire ses effets avant que cette obligation ait pris naissance. Or, par la convention d'ouverture de crédit, le crédité ne s'oblige pas actuellement ; il ne sera débiteur qu'au fur et à mesure de la réalisation de la convention, et l'hypothèque ne peut prendre rang qu'à la date de ces versements successifs.

Nous ferons observer tout d'abord que cette solution ne répond ni aux besoins de la pratique, ni à la nature juridique du compte courant, telle qu'elle a été déterminée par une jurisprudence aujourd'hui bien établie. L'indivisibilité du compte courant ne permet pas en effet d'en scinder les divers éléments. Ils comprennent différents articles qui figurent à l'actif ou au passif. Nous ne pouvons pas le décomposer pour donner à l'hypothèque des dates diverses. C'est en réalité du solde de ce compte que le créancier ou le crédité sera créancier. C'est de ce solde que l'hypothèque garantit le paiement. Nous ne pouvons pas, sans modifier la nature de la convention, faire des balances successives et provisoires pour fixer le rang de l'hypothèque. Ce serait d'ailleurs aller à l'encontre de l'intention certaine des parties. Au moment de la convention, le créancier seul est obligé ; il est tenu de mettre les sommes promises à la disposition du crédité au fur et à mesure de ses besoins et de ses demandes. Il a contracté cette obligation parce que le crédité s'est engagé à lui rembourser les sommes avancées et ce sous la garantie d'une hypothèque. Que deviendra cette garantie si le crédité a le droit, jusqu'au moment où il profitera de la convention et demandera une avance, de consentir des hypothèques préférables à celle du créancier ? De deux choses l'une, ou le créancier restera tenu de faire les avances promises, quoique la garantie donnée ait ainsi perdu toute son efficacité, soit devenue, comme le disent très justement MM. Aubry et Rau, incertaine ou illusoire, ou le créancier aura le droit de demander la résolution de

la convention pour inexécution, par le crédité, de ses engagements. Dans le premier cas, on maintiendra un contrat dont les conditions auront été complètement modifiées. C'est contraire à la bonne foi et à la justice. Dans la seconde alternative, on aura rendu vaine et inutile une convention au grand préjudice du créiteur qui, obligé de tenir les fonds à la disposition du crédité, aura pu refuser d'autres propositions avantageuses. Cette solution serait donc néfaste au crédit et au mouvement des affaires. Elle serait ainsi en opposition avec la volonté des parties contractantes ; elle serait injuste. C'est pourquoi nous ne pourrions l'admettre que si les principes du code nous l'imposaient. Ce sera notre dernier argument.

Est-ce qu'une hypothèque ne peut pas naître avant la créance qu'elle garantit ? Sans doute l'hypothèque est un droit accessoire ; elle ne peut subsister sans une créance dont elle est la garantie ; mais il n'est pas nécessaire que la créance existe, au moment où le droit hypothécaire prend naissance et devient opposable aux tiers. Il n'est même pas nécessaire qu'elle existe conditionnellement ; une créance éventuelle est un support suffisant pour l'hypothèque, et tel est notre cas. Prenons une analogie frappante. L'hypothèque légale du mineur date du jour de l'acceptation de la tutelle (art. 2135). Elle garantit pourtant le solde du compte de tutelle, comme l'hypothèque du créiteur garantit le solde du compte courant. L'hypothèque du mineur garantit à la date par nous indiquée même le remboursement des sommes qui n'advieront peut-être au pupille qu'au cours de la tutelle, c'est-à-dire qu'elle garantit des créances éventuelles, même avant leur naissance. Nous pourrions faire la même démonstration pour les hypothèques légales de la femme mariée, de l'Etat et des établissements publics. Ne sommes-nous pas autorisés à en conclure qu'une hypothèque peut prendre rang à une époque antérieure à la naissance de la créance à l'acquittement de laquelle elle

est affectée ? Pourquoi les parties ne pourraient-elles pas faire par une convention ce que la loi elle-même a fait ? Où se trouve en notre matière la disposition qui limite leur liberté ? Elle ne se rencontre pas dans les textes ; elle n'est pas une conséquence de la nature de l'hypothèque. Aussi ne pouvons-nous qu'approuver la solution de la jurisprudence. L'hypothèque qui garantit une ouverture de crédit prendra rang du jour de son inscription et non pas seulement du jour de la réalisation des avances ⁶⁵⁷. Cette solution est confirmée par l'art. 4 de la loi du 10 juin 1853 relative aux sociétés de crédit foncier, aux termes duquel « l'hypothèque consentie

» au profit d'une société de crédit foncier, par le contrat con-

» ditionnel de prêt, prend rang du jour de l'inscription, quoi-

» que les valeurs soient remises postérieurement ». Elle l'est enfin par l'art. 5 de la loi fiscale du 23 août 1871, en vertu duquel « le droit d'hypothèque, fixé à un pour mille par l'art.

» 60 de la loi du 28 avril 1816, sera perçu lors de l'inscription

» des hypothèques garantissant les ouvertures de crédit et par les déclarations formelles du rapporteur affirmant, pour justifier cette disposition, que l'inscription « garantit

» à sa date toutes les réalisations ultérieures ».

1287. Il arrive assez fréquemment dans la pratique que le crédit, en exécution de la convention, souscrit des effets de commerce représentatifs des avances qui lui ont été faites. L'hypothèque, qui garantit l'ouverture de crédit, s'attache alors à ces effets de commerce. Le bénéfice en peut être invoqué par les porteurs et leur en est acquis par le seul fait de l'endossement. Aucune formalité spéciale ne leur est imposée pour être nantis de l'hypothèque. Cette sûreté garantit le montant des avances représentées par

ces divers effets. Les porteurs se trouvent dans la même situation que les différents cessionnaires partiels d'une créance hypothécaire ou d'une créance privilégiée (art. 2112). Ils invoquent la même cause de préférence ; ils viendront tous en concours et seront colloqués au même rang. Il n'y a pas lieu de tenir compte de la date de leurs endossements respectifs. C'est la date de l'inscription qui doit seule être prise en considération ; de même que le créancier peut s'en prévaloir pour l'intégrité de ses avances à quelque époque qu'elles aient été réalisées, de même les cessionnaires partiels peuvent réclamer leur collocation au rang ainsi déterminé. C'est une conséquence nécessaire de l'indivisibilité de la convention d'ouverture de crédit, de la solution précédente et des principes généraux en matière de cession⁶⁵⁸.

1288. La constitution d'hypothèque est d'ailleurs susceptible des diverses modalités qui peuvent affecter les obligations en général : notamment les parties peuvent limiter à un certain temps les effets de l'hypothèque ou la stipuler sous condition.

Toutefois serait nulle la clause, dite de voie parée, par laquelle le créancier serait autorisé à vendre ou à faire vendre les immeubles hypothéqués, en cas de non paiement, sans remplir les formalités, prescrites pour la saisie immobilière (art. 742 Pr. civ.).

1289. Mais comme toutes les dispositions irritantes, cet art. 742 Pr. civ. doit être interprété d'une manière limitative. Il prévoit le pacte par lequel le débiteur confère à son créancier, pour le cas où il n'exécute pas les engagements qu'il vient de contracter, le droit de vendre ou de faire vendre les immeubles hypothéqués sans observer les formalités de la saisie immobilière. La nullité frappera cette clause ; elle ne frappera que cette clause. La loi protège le débiteur contre la contrainte morale dont il serait la victime. Une situation compromise peut le

déterminera souscrire à toutes les conditions imposées par le futur créancier ; et il sera d'autant plus disposé à y accéder qu'il sera de bonne foi et se croira plus certain de remplir ses engagements. La prohibition de l'art. 742 Pr. civ. présente donc la plus grande analogie avec les règles écrites dans les art. 2078 et 2088 au titre du nantissement. Elle comporte les mêmes tempéraments ⁶⁵⁹.

1290. Elle ne s'oppose donc pas à ce que le débiteur donne mandat à son créancier, dans les termes du droit commun, de vendre à l'amiable l'immeuble hypothéqué. Ce mandat serait en effet révocable comme tout mandat ; le débiteur conserverait le droit de disposer de son immeuble comme il l'entendrait ; il n'a pas aliéné sa liberté ; l'art. 742 Pr. civ. ne peut pas être invoqué ⁶⁶⁰.

Il en serait ainsi, même dans le cas où l'on reconnaîtrait à ce mandat un caractère d'irrévocabilité, s'il était intervenu longtemps après l'acte d'obligation. On ne peut pas en effet prétendre alors que le consentement n'a pas été libre, qu'il est infecté d'un vice susceptible d'entraîner la nullité du contrat soit en vertu de la présomption légale de l'art. 742 Pr. civ., soit en vertu des principes généraux ⁶⁶¹.

A plus forte raison faut-il reconnaître la validité du mandat donné dans les mêmes conditions à un tiers de vendre à l'amiable l'immeuble hypothéqué. C'est un moyen pour le débiteur d'éviter les frais de saisie-immobilière et de se mettre à l'abri des risques des enchères publiques ⁶⁶². La nullité ne pourrait être encourue, en vertu de l'art. 742 Pr. civ., que si la convention répondait aux conditions exigées par ce texte, et que si le tiers remplissait le rôle d'une personne interposée, dissimulant le créancier, bénéficiaire réel de la convention. Il y aurait alors véritablement violation de l'art. 742. Pr. civ.

1291. Pour le même motif nous n'assimilerions pas à la clause de voie parée la convention par laquelle le débiteur vendrait l'immeuble hypothéqué à son créancier pour le cas

où il n'acquitterait pas sa dette à l'échéance. Il est vrai qu'en matière de nantissement la loi prohibe une semblable stipulation (art. 2078 et 2088), que cette interdiction a été édictée dans l'intérêt du débiteur, que la loi a voulu ainsi le défendre contre une pression illégitime du créancier, et que ces considérations militent également en faveur du débiteur hypothécaire. Mais il nous est impossible d'oublier que les nullités sont de droit étroit, qu'elles ne peuvent être étendues d'une hypothèse à une autre. Or si en matière de nantissement le code contient une prohibition formelle, il n'en est pas de même en matière hypothécaire ⁶⁶³. L'art. 742 Pr. civ. est la seule disposition qui puisse être invoquée. Or il ne parle pas de la vente consentie par le débiteur à son créancier. Par conséquent, cette convention est valable, puisqu'elle se distingue sans peine du pouvoir dont il est question dans cet art. Cette différence est rationnelle ; car la clause de voie parée se réfère à un cas de vente forcée et aurait pour résultat de priver le débiteur des garanties que le législateur, après de mûres délibérations, a jugées indispensables pour sauvegarder ses intérêts. Dans notre hypothèse, la vente est purement volontaire et la loi n'avait pas de motifs pour restreindre la liberté des parties à l'occasion d'un acte qui relève exclusivement de leur volonté.

Il n'y aurait pas lieu d'ailleurs de distinguer entre le cas où la vente. serait consentie dans l'acte même de prêt et celui où elle interviendrait à une époque postérieure, entre le cas où la fixation du prix serait confiée à des arbitres désignés dans la convention ou à nommer par le juge et celui où il serait déterminé par les parties au moment même du contrat. Dans toutes les hypothèses, il faut appliquer le principe de la liberté des conventions et le droit commun ⁶⁶⁴. Les tribunaux ne pourraient donc prononcer la nullité de ce contrat que s'il était infecté d'un des vices prévus par la loi, si, par exemple, le

consentement du débiteur avait été extorqué par violence
665

Les mêmes principes devraient être suivis dans le cas où le débiteur, au lieu de vendre dès à présent à son créancier l'immeuble hypothéqué sous la condition qu'il n'acquitterait pas son obligation à l'échéance, se serait seulement engagé à lui céder une partie de cet immeuble jusqu'à concurrence de la dette sur le pied d'une estimation à faire par experts. Cette convention constituerait une promesse de vente ; on ne saurait y voir, en principe, un contrat pignoratif ; la validité nous en paraît certaine 666.

1292. Le plus souvent, l'hypothèque conventionnelle est consentie par le débiteur lui-même ; mais rien ne s'oppose à ce que, comme pour le nantissement 667, elle soit consentie par un tiers, même non personnellement obligé au paiement de la dette.

En pareil cas, le constituant ne peut pas être personnellement poursuivi, comme le pourrait être une caution ; le créancier ne pourrait donc pas saisir les biens autres que ceux affectés à l'hypothèque ; c'est un cautionnement réel, comme on le dit quelquefois.

En conséquence, si le tiers qui a constitué l'hypothèque cesse de détenir l'immeuble, soit qu'il le délaisse, soit qu'il en transmette la propriété, il ne peut plus être poursuivi par le créancier.

Le rapprochement qu'on établit ainsi entre ce tiers et la caution conduit à la solution de questions intéressantes : on est généralement d'accord pour lui permettre, comme à la caution, d'invoquer L'art. 2037 et on le déclare déchargé lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en sa faveur. De même on le traite, dans une certaine mesure que nous n'avons pas à préciser, comme une caution au point de vue du recours réciproque, que la caution personnelle et cette

caution réelle sont admises à exercer l'une contre l'autre, lorsque l'une d'elles a acquitté la dette.

Les règles qui déterminent la situation du tiers qui a consenti une hypothèque pour sûreté de la dette d'autrui seront exposées plus loin, quand nous parlerons notamment des poursuites exercées contre le tiers détenteur, de la prescription et de la purge.

§ II. Conditions de fond et de forme, requises pour l'existence ou la validité du contrat hypothécaire.

N° 1. Conditions de fond.

1293. Trois conditions sont requises, au fond, pour l'existence ou la validité du contrat hypothécaire. Il faut : 1° que le constituant soit propriétaire des biens, ou tout au moins titulaire du droit réel immobilier qu'il veut hypothéquer ; 2° qu'il soit capable d'aliéner ces biens ; 3° que l'hypothèque soit spéciale.

I. PREMIÈRE CONDITION. Propriété du constituant.

1294. Le constituant doit être propriétaire des biens qu'il s'agit d'hypothéquer.

L'art. 2124 ne formule pas expressément cette condition, mais elle résulte implicitement de son texte. La loi exige en effet que le constituant soit capable d'aliéner et la faculté d'aliéner est un des attributs du droit de propriété. Si pour consentir une hypothèque il faut avoir le pouvoir d'aliéner l'immeuble grevé, il est par cela même nécessaire d'en être propriétaire. L'art. 2129 est plus explicite quand il exige l'indication précise des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels l'hypothèque est consentie. Enfin, à défaut de texte, cette solution résulterait des principes généraux et se justifie ainsi

facilement. En effet l'hypothèque est un démembrement du droit de propriété ⁶⁶⁸ ; or il faut nécessairement être propriétaire pour pouvoir démembrement la propriété, ce qui équivaut à l'aliéner partiellement. Nemo dat quod non habet. La même argumentation peut être faite par ceux qui refusent de voir dans l'hypothèque un démembrement du droit de propriété et ne la considèrent que comme un droit réel.

1295. Pour pouvoir hypothéquer un immeuble, il faut donc en être propriétaire. Mais il n'est pas indispensable que cette qualité existe à l'égard de tous ; il faut et il suffit que le constituant en soit investi à l'égard du créancier, bénéficiaire de l'hypothèque.

Sous l'empire du code, la vente transférait la propriété à l'égard de tous, par le seul consentement des parties. Du moment où elle était parfaite, le vendeur était dépouillé de son droit et perdait immédiatement la faculté d'hypothéquer l'immeuble aliéné, de même que ses créanciers se trouvaient privés du droit de faire inscrire les privilèges et hypothèques par eux antérieurement acquis (art. 2166). Cette règle était, comme nous l'avons dit, grosse de dangers ⁶⁶⁹.

La disposition de l'art. 2059, déclarant stellionataire celui qui hypothèque un immeuble dont il sait n'être pas propriétaire, n'est évidemment qu'un palliatif insuffisant.

Bien plus prévoyante avait été la loi du 11 brumaire an VII. La translation de la propriété ne devenait opposable aux tiers qui avaient acquis des droits sur l'immeuble aliéné, notamment aux créanciers hypothécaires, que par l'effet et à partir de la transcription de l'acte d'aliénation. Le code, en abandonnant cette règle, s'exposait à compromettre les intérêts.

On sait que la loi du 23 mars 1855 est revenue au principe de la loi du 11 brumaire an VII. La transcription est de nouveau nécessaire pour rendre les actes

d'aliénation opposables aux tiers. Jusqu'à ce qu'elle soit effectuée, la propriété réside, au regard des tiers, sur la tête de l'aliénateur ; les hypothèques que celui-ci peut consentir ont été établies par le propriétaire. A ce point de vue, leur validité ne saurait être contestée. Mais l'efficacité de l'hypothèque est subordonnée à une autre condition, c'est qu'elle ait été inscrite avant la transcription de l'acte d'aliénation (L. 23 mars 1855, art. 3). C'est donc au moment où s'accomplit la formalité de publicité prescrite par la loi qu'il faut se reporter pour savoir si le droit peut ou non être invoqué ⁶⁷⁰.

1296. L'application de ce principe soulève cependant une difficulté. Nous avons vu que les constructions élevées sur un terrain sont immeubles par nature, qu'elles soient l'œuvre du propriétaire du sol ou d'un tiers, et que, par suite, elles sont susceptibles d'hypothèques ⁶⁷¹.

Par qui ces constructions peuvent-elles être hypothéquées ?

Sans entrer dans l'examen des graves controverses qui s'agitent en cette matière, sans discuter notamment la nature du droit que peut avoir le preneur sur ces immeubles, nous nous contenterons d'exposer l'état de la doctrine et de la jurisprudence sur cette question.

L'hypothèque peut incontestablement être consentie par le propriétaire du sol, si les bâtiments nouvellement élevés sont devenus sa propriété soit en vertu de la convention, soit par l'effet du droit d'accession (art. 553). Bien plus, l'hypothèque qui aurait été antérieurement constituée sur le sol affecterait, dans le même cas, ces nouvelles constructions (art. 2133).

1297. L'hypothèque pourrait être également consentie par le tiers investi sur l'immeuble d'un droit réel immobilier susceptible d'hypothèques. En hypothéquant le droit qui lui appartient, il affecte à la sûreté de la créance garantie son droit dans son intégralité, en tant qu'il

s'exerce à la fois sur le sol et sur les constructions qu'il porte. Il en est ainsi notamment pour l'usufruitier, qui aurait la jouissance du sol et de ces nouvelles constructions.

Comme dans l'hypothèse précédente, l'hypothèque établie sur un usufruit immobilier s'étendrait, en vertu de l'art. 2133, à tous les biens sur lesquels porterait le droit de jouissance de l'usufruitier. Mais, remarquons-le bien, le droit de préférence ne pourra s'exercer que sur le prix moyennant lequel aura été vendu le droit réel de l'usufruitier ⁶⁷².

1298. Ne pourrait-on pas cependant aller plus loin pour les constructions nouvelles élevées par l'usufruitier ? Ne doit-on pas lui permettre d'en hypothéquer la pleine propriété ? La même question s'agit pour les constructions élevées par le locataire ou le fermier, sur le bien qu'il tient à bail ou à ferme. Pour reconnaître à ces personnes un semblable droit, il faudrait qu'elles fussent propriétaires de ces bâtiments. Or, en principe, les constructions élevées sur un terrain appartiennent au propriétaire du sol. Superficies solo cedit (art. 553). Donc, en règle générale, l'usufruitier sous la réserve que nous avons précisée ci-dessus, le locataire et le fermier ne peuvent pas hypothéquer les nouveaux bâtiments élevés par leurs soins et à leurs frais. La généralité des auteurs et quelques arrêts font de cette solution une règle absolue ; elle ne cesse de s'appliquer que lorsque les parties ont eu l'intention d'établir un droit de superficie ⁶⁷³.

La jurisprudence n'a pas accepté cette solution rigoureuse. Si, en effet, les constructions faites par un locataire ou un fermier appartiennent au propriétaire du sol et ne peuvent, en principe, être hypothéquées que par lui ⁶⁷⁴, la règle de l'art. 553 ne constitue cependant qu'une présomption simple ; elle n'est pas d'ordre public ; le législateur réserve formellement la preuve contraire. Les

parties peuvent donc déroger à cette règle. Le propriétaire du sol a la faculté de renoncer au bénéfice de l'accession soit d'une manière définitive en imposant au preneur l'obligation de démolir et d'enlever, soit d'une manière actuelle en lui reconnaissant un droit de propriété temporaire et en se réservant le droit de conserver les constructions à la fin du bail et d'en acquérir alors la propriété. Dans ce cas, le constructeur se trouve dans une situation analogue à celle d'un superficiaire. Les constructions nouvelles ne deviennent pas immédiatement, au fur et à mesure de leur édification, la propriété du propriétaire du sol ; elles appartiennent à celui qui les a élevées. La jurisprudence décide qu'elles conservent leur caractère d'immeubles. Il en résulte que l'usufruitier, le locataire et le fermier sont investis sur ces biens d'un droit de propriété temporaire et qu'ils peuvent dans ces conditions hypothéquer cette propriété temporaire, de même que le propriétaire perpétuel peut hypothéquer son droit ⁶⁷⁵.

1299. Il est aussi très difficile de déterminer, dès lors, les effets de l'hypothèque. M. Pont ⁶⁷⁶ distingue entre le cas où les constructions nouvelles ont été élevées par le locataire ou le fermier avec ou sans le consentement du propriétaire. Au premier cas, l'hypothèque serait destituée de toute efficacité ; l'indemnité à laquelle le constructeur aurait droit se distribuerait entre tous ses créanciers par contribution et non dans un ordre ; les créanciers hypothécaires ne jouiraient d'aucune cause de préférence. Au contraire, dans le second cas, ils pourraient avoir le droit de se faire colloquer au rang de leur hypothèque suivant certaines distinctions, dans le détail desquelles nous ne voulons pas entrer immédiatement.

Nous hésitons beaucoup à accepter cette solution. Il nous répugne d'admettre la validité de l'hypothèque pour la déclarer immédiatement inefficace dans une hypothèse,

comme le fait cependant M. Pont. Nous croyons qu'il n'y a pas à rechercher si les constructions ont été faites avec ou sans le consentement du propriétaire du sol. Les tribunaux n'ont qu'une question à résoudre : les constructions sont-elles ou non la propriété du preneur ? Si elles lui appartiennent, il a pu les hypothéquer et l'hypothèque doit produire ses effets, pourvu qu'ils soient compatibles avec la nature des choses. Nous écartons ainsi l'argument que M. Pont tire de l'arrêt de la chambre des requêtes du 14 février 1849 ⁶⁷⁷. La cour suprême constate qu'en fait les constructions appartenaient au propriétaire du sol, qu'elles n'étaient pas la propriété du preneur, qu'elles n'avaient pu, en conséquence, être saisies immobilièrement sur sa tête. Il en résulte que l'indemnité à laquelle il pouvait prétendre n'était, entre ses mains, qu'une valeur mobilière, qu'elle n'était pas le prix d'un immeuble ; elle devait donc être distribuée par contribution ; nul créancier hypothécaire du preneur ne pouvait prétendre à une cause de préférence.

Nous pensons d'ailleurs, comme M. Pont, qu'aucune hypothèque ne peut être établie avec efficacité par le preneur sur les constructions qu'il a élevées en vertu d'une clause du bail, lorsqu'elles doivent à son expiration demeurer la propriété du bailleur sans indemnité. Mais nous ne trouvons pas le motif de cette solution dans cette circonstance qu'elles ont été faites du consentement du bailleur. La véritable raison de décider, c'est, suivant nous, que le bailleur n'a pas alors renoncé au bénéfice du droit d'accession, c'est que les constructions nouvelles sont devenues sa propriété, qu'elles n'ont jamais appartenu au preneur, que celui-ci n'a jamais eu sur ces édifices de même que sur le sol qu'un simple droit de jouissance, qu'il n'a pas pu les hypothéquer, et que l'hypothèque par lui consentie doit être déclarée nulle ou inexistante comme portant sur la chose d'autrui. Il n'y a donc pas lieu de rechercher si les constructions ont été élevées avec ou sans

le consentement du propriétaire. L'unique question qui se pose est celle de la propriété de ces bâtiments et de la validité de l'hypothèque.

1300. Supposons donc que ces constructions appartiennent au preneur, que l'hypothèque a été valablement constituée par celui-ci ou est née valablement de son chef et déterminons les droits des créanciers hypothécaires, soit pendant la durée du bail, soit au moment de son expiration.

Pendant la durée du bail, les créanciers hypothécaires, comme tous les autres créanciers du preneur, peuvent les frapper de saisie immobilière ⁶⁷⁸. Le prix d'adjudication, représentation d'une valeur immobilière, devra être distribué par voie d'ordre et non par contribution ⁶⁷⁹.

Nous appliquerions la même solution dans le cas où les constructions auraient été pendant le cours du bail l'objet d'une vente volontaire, qui aurait eu pour résultat d'en transférer la propriété à l'acheteur ⁶⁸⁰. Le prix stipulé est la représentation d'une valeur immobilière, puisque les constructions, objet du contrat, sont adhérentes au sol. Nous n'exigerons pas, comme le fait M. Pont, que le créancier hypothécaire sauvegarde son droit en se présentant avant que ce prix ne soit sorti des mains de l'acheteur. Sans doute le créancier hypothécaire peut être forclos, s'il ne produit pas à l'ordre dans les délais de la loi. Mais si l'acheteur payait sans avoir rempli toutes les formalités légales, le créancier hypothécaire conserverait le droit de suivre entre ses mains l'immeuble hypothéqué, pourrait le saisir et le faire vendre. Lui refuser ce droit, ce serait priver l'hypothèque, dont on reconnaît cependant l'existence et la validité, d'un de ses principaux attributs, le droit de suite. C'est pourquoi nous pensons qu'en cas de vente volontaire, le créancier hypothécaire exerce son droit dans les conditions du droit commun.

1301. Nous parvenons ainsi à notre deuxième hypothèse. Le bail a pris fin. L'hypothèque cesse de frapper les constructions ; elle n'avait été établie que pour un temps déterminé ; le délai est expiré, elle est éteinte.

Est-ce à dire que le créancier hypothécaire, qui a certainement perdu le droit de suite, est également privé du droit de préférence ?

Nous serions portés à proposer une distinction. De deux choses l'une : ou les constructions sont alors démolies, parce que le propriétaire refuse de les conserver et exige la remise des lieux dans leur état primitif, ou au contraire elles sont retenues par le propriétaire moyennant une indemnité fixée dans son chiffre ou dans ses bases par la convention primitive, déterminée par un accord de volontés ou par la justice conformément à la loi.

Dans le premier cas, nous pensons avec M. Pont ⁶⁸¹ que le créancier hypothécaire ne peut invoquer aucune cause de préférence. Son hypothèque est éteinte par l'expiration du temps pour lequel elle avait été établie. Nous n'irons pas jusqu'à dire avec la cour de Lyon qu'elle est résolue. Mais elle ne peut plus s'exercer sur un immeuble qui a cessé d'exister ; elle ne peut pas s'exercer sur une somme d'argent représentative de l'immeuble, puisqu'il n'en est pas dû ; elle ne peut pas atteindre les matériaux provenant de la démolition, puisqu'il s'agit de meubles et que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque (art. 2119).

Dans le second cas au contraire, lorsque le preneur a droit à une indemnité, de quelque manière qu'elle soit fixée, nous serions assez disposés à admettre l'exercice du droit de préférence. M. Pont décide au contraire que l'hypothèque n'a pas pu s'attacher à cette indemnité, parce qu'elle est une chose purement mobilière. Il dit en outre :
« L'hypothèque

» donnée par le locataire à son créancier est résolue comme

» le droit de propriété de ce locataire. Ici, en effet, le propriétaire du sol est censé avoir toujours été propriétaire des bâtiments par droit d'accession, c'est-à-dire par un droit qui est né au jour même où les constructions ont été

» élevées, et qui, par cela même, bien qu'il pût être exercé ou ne pas l'être, remonte à ce jour même dès l'instant que

» celui en faveur de qui il était ouvert croit devoir en user ». Cette solution pourrait être logique, si nous avions reconnu au locataire le droit d'hypothéquer dans tous les cas les constructions par lui élevées. Mais nous n'avons pas admis cette théorie absolue et nous avons limité le droit du locataire au cas où les constructions nouvelles demeurent sa propriété, parce que le propriétaire du sol a renoncé au bénéfice de l'accession. Les événements postérieurs ne peuvent pas anéantir ce fait et ses conséquences juridiques. En vertu de la volonté des parties, le locataire a eu sur ces constructions un droit de propriété, temporaire comme sa jouissance. L'exercice, que le propriétaire fait de son droit d'option, ne peut produire d'effet que pour l'avenir. C'est, il nous semble, une mutation de propriété qui s'opère ; pour qu'elle efface même dans le passé le droit du locataire, il faudrait qu'il s'y attachât un effet rétroactif soit en vertu d'un texte formel, soit en vertu des principes généraux. Or le droit d'accession ne peut à aucun titre ni en vertu d'un texte, ni en vertu des principes, ni en vertu de la volonté des parties, avoir cette rétroactivité. Cette mutation de propriété ne s'opère que moyennant indemnité ; cette indemnité forme le prix moyennant lequel elle a lieu. C'est le prix d'un immeuble, puisque la propriété transmise est une propriété immobilière ; sur ce prix, le créancier hypothécaire exercera son droit de préférence ⁶⁸².

1302. La règle qu'il faut être propriétaire pour pouvoir hypothéquer comporte cependant exception dans les hypothèses prévues par les art. 1507 al. 3 et 1508. Il s'agit du cas où soit un immeuble de la femme, soit tous les immeubles de celle-ci, ont été ameublés jusqu'à concurrence d'une certaine somme, c'est-à-dire des clauses que les uns appellent ameublement déterminé de la deuxième variété et ameublement indéterminé, tandis que les autres leur donnent le nom d'ameublement indéterminé, général ou particulier.

On décide généralement que l'ameublement indéterminé ou en valeur ne rend pas la communauté propriétaire, même lorsqu'il a pour objet un immeuble déterminé. En conséquence, le mari n'a pas le droit, en sa qualité de chef de la communauté, d'aliéner les immeubles ameublés par sa femme dans ces conditions. Néanmoins, il a le droit de les hypothéquer jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle l'ameublement a eu lieu. On fait observer, non sans raison, qu'il y a là une exception à la règle en vertu de laquelle il faut être capable d'aliéner pour pouvoir hypothéquer. Nous croyons qu'il faut aller plus loin. Si le mari ne peut pas aliéner l'immeuble ou les immeubles ameublés jusqu'à concurrence d'une certaine somme, ce n'est pas seulement parce que la loi l'en déclare incapable, c'est plutôt parce que ces immeubles ne font pas partie de la communauté, qu'ils demeurent la propriété de la femme et que le propriétaire seul peut aliéner. En permettant l'hypothèque, la loi a dérogé au principe que nous développons.

Cette dérogation se justifie d'ailleurs rationnellement. Le législateur a cru sage de mettre à la disposition du mari le moyen d'obtenir le versement, dans la masse commune, de la valeur jusqu'à concurrence de laquelle les immeubles de la femme avaient été ameublés. Deux procédés s'offraient pour atteindre le but. On pouvait, en premier lieu, autoriser le mari à les aliéner. Il y avait un obstacle légal : ni le mari,

ni la communauté ne sont alors propriétaires et le propriétaire seul a le droit d'aliéner. Cet obstacle n'était pas insurmontable ; on pouvait reconnaître au mari cette faculté, en étendant les limites ordinaires de son mandat. Cette solution était dangereuse ; elle était de nature à compromettre les intérêts de la femme ; le mari aurait été porté à consentir la vente pour un prix inférieur à la valeur réelle, du moment où il aurait la certitude d'obtenir une somme suffisante pour couvrir les droits de la communauté. C'est pourquoi la loi a repoussé cette solution. On pouvait, en second lieu, autoriser le mari à hypothéquer les immeubles ameublissements jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle l'ameublement a eu lieu. On se heurtait à la même objection. Pour hypothéquer il faut être propriétaire, et ni le mari ni la communauté ne sont propriétaires, comme nous l'avons déjà fait observer. La loi ne s'est pas arrêtée à cette difficulté ; dans l'intérêt du mari et de la communauté, elle a dérogé au principe. Les intérêts de la femme ne sont pas compromis ; elle pourra attendre une occasion favorable et ne consentir à l'aliénation que si le prix offert est égal à la valeur de l'immeuble. Sans doute, le créancier hypothécaire aura la faculté de saisir et de faire vendre son gage. Mais la loi pense qu'une vente aux enchères publiques portera le bien à sa valeur vraie. Voilà comment elle a concilié heureusement les intérêts de tous.

1303. Une jurisprudence, dont nous n'avons pas à apprécier la légitimité, admet une seconde exception au principe. On sait qu'elle déclare valables les aliénations à titre onéreux des immeubles héréditaires consenties par l'héritier apparent, lorsque l'acquéreur a été de bonne foi ⁶⁸³. Il en résulte nécessairement que les constitutions d'hypothèques faites dans les mêmes conditions doivent être validées ⁶⁸⁴. Nous nous contentons de signaler ce point : la question appartient à la théorie des successions et des effets de la pétition d'hérédité. L'héritier apparent

n'a jamais été propriétaire des immeubles héréditaires ; d'après cette jurisprudence, ces biens peuvent être valablement grevés d'hypothèques par la volonté de cet héritier ⁶⁸⁵.

1304. Du principe qu'il faut être propriétaire d'un immeuble pour pouvoir l'hypothéquer résulte cette conséquence, que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle.

Cette solution était également consacrée par la législation romaine ⁶⁸⁶, qui cependant admettait la validité de la vente de la chose d'autrui. Cette différence s'expliquait facilement. La vente n'engendrait à Rome que des obligations ; rien ne s'oppose à ce qu'on contracte des obligations relativement à la chose d'autrui. L'hypothèque au contraire donnait immédiatement naissance à un droit réel ; si ce droit réel ne peut pas être constitué, il n'y a rien de fait. Or il est évident qu'on ne peut pas conférer un droit réel sur une chose dont on n'est pas propriétaire. C'est pourquoi l'hypothèque de la chose d'autrui était frappée de nullité.

Sous l'empire de notre code, la vente (art. 1599) et l'hypothèque de la chose d'autrui sont également frappées de nullité. L'un et l'autre contrat engendrent ou transfèrent un droit réel ; il est donc indispensable d'être propriétaire pour pouvoir les consentir. Il ne faudrait pas peut-être en conclure que dans les deux cas la nullité a les mêmes caractères et produit les mêmes effets. Nous n'avons pas à parler de la nullité de la vente de la chose d'autrui. Nous n'avons à préciser que les caractères de la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui.

1305. On admet en général qu'une semblable convention est nulle de nullité radicale et absolue, inexistante ⁶⁸⁷. Pour les uns ⁶⁸⁸, elle manque de la condition à laquelle est subordonnée « la possibilité légale de l'affectation hypothécaire en

» soi. A défaut de cette condition, la constitution hypothèque

» manquant, en quelque sorte, de matière ou d'assiette, se
» trouve entachée d'un vice réel et substantiel », que rien ne saurait faire « disparaître. C'est ce qui résulte invinciblement

» de l'art. 2129, qui ne se borne pas à déclarer qu'il n'y a
» d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui a été
» constituée, avec désignation spéciale, sur des immeubles
» actuellement appartenant au débiteur, mais ajoute encore

» que les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués »
689. Pour d'autres auteurs, cette solution se justifie parce que l'hypothèque de la chose d'autrui a une cause illicite.
« La cause

» est illicite, aux termes de l'art. 1133, dit M. Laurent 690,
» quand elle est prohibée par la loi et quand elle est contraire

» à l'ordre public ; or, à ce double titre, l'hypothèque de la
» chose d'autrui est illicite ; la loi la prohibe dans les art.
73

» et 78 (Code civil, art. 2124 et 2129), et elle la prohibe dans

» un intérêt général, puisque la prohibition tient à la spécialité,

» c'est-à-dire à l'intérêt des tiers, qui est un intérêt public
» et au crédit des propriétaires, qui constitue également un

» intérêt public ; et en matière de convention l'intérêt public

» est d'ordre public »

De ces deux justifications d'une solution que nous croyons exacte, nous n'hésitons pas à repousser la seconde ; elle repose sur une fausse notion de la théorie de la cause ou même sur une étrange confusion entre la cause

et l'objet. La cause de l'hypothèque réside dans l'obligation à la sûreté de laquelle l'immeuble hypothéqué est affecté. L'immeuble lui-même est l'objet de la convention et nous ne voyons pas comment la défense d'hypothéquer la chose d'autrui pourrait se référer à la cause du contrat. Elle ne s'y rattache par aucun lien ; elle a trait, elle n'a trait qu'à l'objet sur lequel le droit est constitué.

Mais si nous écartons l'explication de M. Laurent, faut-il en conclure avec MM. Aubry et Rau et la cour de cassation,, que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle ou inexistante faute d'objet ? M. Colmet de Santerre ⁶⁹¹ le conteste très sérieusement : « La convention, dit-il, réunit bien toutes les condi-

- » tions exigées pour la validité des conventions en général,
- » l'objet notamment est parfaitement déterminé, il n'est pas

- » hors du commerce, seulement celui qui veut constituer un

- » droit réel sur l'immeuble n'a pas la disposition de cet im-
- » meuble, il y a un manque de pouvoirs, il n'y a pas absence

- » d'objet ».

La démonstration de M. Colmet de Santerre serait parfaitement exacte, s'il suffisait, pour la perfection d'une convention, qu'elle eût un objet quelconque ; mais il semble en outre indispensable qu'elle ait un objet licite. C'est ainsi que la prohibition écrite dans l'art. 1130 des pactes sur succession future entraîne, dans l'opinion générale, la nullité radicale ou l'inexistence de semblables conventions. Or, l'hypothèque de la chose d'autrui tombe sous le coup d'une prohibition de même nature. L'art. 2129 interdit en effet l'hypothèque des biens à venir. L'hypothèque de la chose d'autrui ne peut pas donner naissance actuellement à un droit réel ; ce droit n'existera que si le constituant devient propriétaire de la chose hypothéquée. La

convention s'analyse en réalité dans l'hypothèque d'un bien à venir. Elle est donc prohibée par l'art. 2129. Si elle a un objet, (comme le soutient énergiquement M. Colmet de Santerre) cet objet est illicite. Elle est frappée de nullité radicale ou d'inexistence. \

Ces considérations peuvent expliquer la différence que d'excellents auteurs et la jurisprudence ⁶⁹² établissent à ce point de vue entre la vente et l'hypothèque de la chose d'autrui.

L'un des partisans de l'opinion contraire se croit obligé de faire exception pour le cas où l'hypothèque aurait été constituée sur un immeuble dépendant d'une succession non ouverte ⁶⁹³. N'est-ce pas reconnaître que dans tous les cas l'hypothèque frappe un immeuble à venir et qu'elle est interdite par l'art. 2129 ?

1306. La solution que nous venons de donner à la question précédente engendre d'importantes conséquences.

L'acquisition ultérieure de la propriété par le constituant ne validera pas la constitution d'hypothèque. Celui qui a consenti l'hypothèque de la chose d'autrui acquiert entre vifs la propriété de l'immeuble hypothéqué, ou bien il devient l'héritier du propriétaire et recueille cet immeuble dans la succession ou le reçoit dans son lot. L'hypothèque ne devient pas valable. Nulle ou inexistante dans son principe, elle ne peut naître que par l'effet d'une convention nouvelle. Cette conséquence résulte bien de l'art. 2129 al. 2, qui interdit l'hypothèque des biens à venir. La prohibition, étant conçue dans les termes les plus généraux, rend impossible, non seulement la constitution d'hypothèque qui porterait sur la généralité des biens à venir, mais aussi celle qui serait consentie sur un bien à venir déterminé, pour le cas où le constituant en deviendrait propriétaire plus tard.

On a cependant contesté ce point en se fondant sur l'autorité du droit romain. Lorsque le débiteur devenait propriétaire de l'immeuble hypothéqué, il se produisait ce que les interprètes ont appelé une reconcilicatio pignoris, l'hypothèque se trouvait validée ⁶⁹⁴, bien qu'elle eût été à l'origine frappée de nullité et on essaie d'en conclure que cette solution doit être suivie sous l'empire de notre code.

Cette argumentation se réfute facilement. Notre régime hypothécaire repose sur des bases absolument nouvelles ; il n'y a plus place pour les règles du droit romain. En effet, à Rome, l'hypothèque de la chose d'autrui n'était pas entachée de nullité parce qu'elle avait un objet illicite : la législation romaine admettait l'hypothèque des biens à venir. Elle était nulle ou plutôt inefficace, parce que le constituant était dans l'impossibilité de constituer un droit réel sur une chose qui ne lui appartenait pas. Cette inefficacité n'avait donc aucun rapport avec la chose objet de l'hypothèque, elle était la conséquence d'une absence de droit ou de pouvoir dans la personne du constituant. Il en résultait que l'hypothèque devait produire ses effets du jour où le constituant acquérait le pouvoir ou le droit qui, à l'origine, lui faisait défaut. Il en est autrement sous l'empire du code. L'hypothèque de la chose d'autrui est viciée dans son objet, qui est illicite. Le changement, que l'acquisition de la propriété apporte dans la condition personnelle du constituant, ne peut donc exercer ici aucune influence.

En vain M. Colmet de Santerre objecte : « La convention
» n'est pas véritablement viciée en droit ; seulement elle
ne
» peut pas produire d'effet parce qu'elle nuirait aux droits
» d'autrui. Mais quand cet obstacle disparaît, quand celui
qui
» était le verus dominus est désintéressé, il n'y a pas de rai-

» son pour que la convention continue à être dénuée d'effets ».

Cette objection se heurte au texte de l'art. 2129 et à l'argument que nous en avons déduit. Il est inutile de revenir sur ce point. Faisons d'ailleurs une remarque. L'hypothèque de la chose d'autrui n'est pas destituée d'effet, quoi qu'on en dise, parce qu'elle nuirait aux droits des tiers. Elle ne peut évidemment leur porter aucune atteinte ; elle ne leur est pas opposable et le verus dominus n'a pas besoin d'en opposer la nullité. Elle est privée de tout effet non pas parce que le constituant n'a aucun droit sur la chose et que nemo dat quod non habet, mais parce qu'elle a un objet illicite, la loi prohibant l'hypothèque des biens à venir.

Il n'y a pas à rechercher si le constituant a dissimulé que l'immeuble appartenait à autrui, ou s'il a déclaré n'en être pas propriétaire. La convention n'en serait pas moins nulle, faute d'objet licite.

1307. La même solution devrait être suivie, si le constituant avait consenti l'hypothèque en vue du cas où il deviendrait ultérieurement propriétaire de l'immeuble. On ne saurait assimiler cette hypothèse à celle de l'hypothèque consentie par un propriétaire sous condition suspensive. Celui-ci a un droit actuel, suspendu par la condition qui, si elle se réalise, rétroagit. Le constituant aura donc été propriétaire de l'immeuble au moment même de l'établissement de l'hypothèque. Ici, au contraire, le constituant n'a aucun droit actuel et si, plus tard, il acquiert l'immeuble, il n'en deviendra propriétaire que pour l'avenir ; l'hypothèque qu'il aura consentie aura bien été l'hypothèque de la chose d'autrui. Nulle ou inexistante dans son principe, elle demeurera telle. Rappelons ici, pour répondre à une objection de M. Troplong, que la prohibition de l'art. 2129 est absolue ; qu'il n'interdit pas seulement l'hypothèque générale des biens à venir, mais

aussi toute hypothèque, même spéciale, d'un bien à venir 695.

Peut-être cependant pourra-t-on alors interpréter la convention dans le sens d'une promesse d'hypothèque.

1308. La même solution s'appliquerait, par identité de motifs et peut-être a fortiori, au cas où le propriétaire de l'immeuble hypothéqué serait appelé à la succession du constituant et l'aurait acceptée purement et simplement.

1309. Nous sommes également conduits à décider que la ratification émanée du véritable propriétaire ne saurait valider la constitution d'hypothèque faite par un non dominas, qu'elle ne pourrait produire d'effet que comme constitution d'une hypothèque nouvelle et qu'elle ne deviendrait efficace à l'égard des tiers que par l'inscription requise en vertu de l'acte de ratification. Il faudra donc que cet acte soit reçu en la forme notariée.

Sur ce dernier point le doute ne nous paraît pas possible. Si, en effet, la ratification a lieu en droit commun par le seul consentement, ce principe ne s'applique qu'aux contrats ordinaires, à ceux dont l'existence n'est subordonnée à aucune condition de forme, à ceux dont la volonté concordante des parties assure par elle seule la pleine et entière efficacité. Mais il en est autrement pour les contrats solennels, pour ceux dans lesquels le consentement n'existe, aux yeux de la loi, que s'il a été exprimé ou manifesté dans certaines formes déterminées par le législateur. Telle est bien la constitution d'hypothèque. La loi exige que le consentement du propriétaire constituant soit constaté par acte notarié. La jurisprudence en a conclu avec raison, comme nous le verrons, que le mandat à l'effet de consentir une hypothèque doit être donné par acte passé devant notaires. Nous appliquons ici la même règle. Le consentement du propriétaire résulte de l'acte de ratification. Voilà véritablement l'acte constitutif. Donc il doit être rédigé en

la forme notariée. Un acte sous signature privée, même ayant acquis date certaine, serait manifestement inopérant.

Nous ajoutons que cet acte doit réunir toutes les conditions requises pour la validité d'une constitution hypothécaire et que l'efficacité de cette sûreté ne pourra résulter que de l'inscription requise en vertu de cet acte. En effet, la constitution d'hypothèque émanée du non dominus, qui a agi en son nom personnel et non au nom du propriétaire, est atteinte d'un vice irrémédiable ; elle est nulle d'une nullité absolue ou inexistante ; elle n'a pas d'objet licite ; elle est le néant ; elle ne peut produire aucun effets il s'agit donc de faire naître une hypothèque, un droit de préférence qui n'existe pas encore ; il naîtra par la volonté du propriétaire exprimée conformément à la loi ; il faut donc que l'acte réunisse toutes les conditions de fond et de forme exigées ; et il n'acquerra son efficacité à l'égard des tiers que par l'inscription requise en vertu de ce titre ; toute inscription requise en vertu du titre émané a non domino serait inopérante, comme cet acte lui-même 696.

1310. En serait-il de même si le constituant avait déclaré se porter fort pour le véritable propriétaire ? Dans l'hypothèse-précédente, c'est un non dominus qui a hypothéqué l'immeuble en son nom personnel et comme lui appartenant. L'hypothèque n'a pas pu prendre naissance. Ici le constituant n'a pas agi en son nom personnel ; il a traité au nom du propriétaire, il s'est porté fort pour lui. C'est presque un negotiorum gestor. Sans doute si le propriétaire ne ratifie pas, il n'y aura rien de fait ; l'hypothèque n'existe pas. Mais s'il ratifie, sa ratification est en réalité un consentement ou, si l'on veut, elle équivaut à un mandat, *ratihabitio mandato æquiparatur* ; la constitution hypothécaire ne se trouve-t-elle pas rétroactivement validée et son efficacité ne sera-t-elle pas

assurée par l'inscription prise en vertu de l'acte primitif, sans qu'il soit nécessaire d'en requérir une nouvelle ? !

Remarquons d'abord, pour limiter le champ de la controverse, que les tiers, qui auraient acquis du chef du propriétaire des droits sur l'immeuble depuis l'acte constitutif et avant la ratification et qui les ont conservés en se conformant aux lois, ne courent aucun danger. La rétroactivité de la ratification ne saurait leur nuire (arg. art. 1338, al. 3). On est d'accord sur ce point.

La jurisprudence a décidé que cette ratification du propriétaire valide l'hypothèque ⁶⁹⁷. En effet, aux termes de l'art. 1120, on peut se porter fort pour un autre en promettant le fait de celui-ci. On peut donc, en cette qualité, constituer une hypothèque sur l'immeuble d'autrui et, si le propriétaire ratifie cette convention, la constitution d'hypothèque se trouve validée. L'art. 1120 est général ; il s'applique à tous les contrats, à toutes les conventions ; on peut les consentir en se portant fort pour l'intéressé ; la naissance du droit est subordonnée à la ratification du tiers ; si cette ratification intervient, l'acte produit tous ses effets. A plus forte raison cette solution doit-elle être admise par ceux qui voient dans l'acte du porte-fort une gestion d'affaires.

Cette solution est cependant très vivement contestée ⁶⁹⁸ ; on la combat à l'aide des arguments que nous invoquons au numéro précédent pour démontrer l'inefficacité de la ratification par le propriétaire de l'hypothèque de la chose d'autrui.

Mais il y a entre les deux hypothèses une différence capitale. Dans le cas prévu au numéro précédent, le constituant a agi en son nom personnel ; il a hypothéqué la chose d'autrui ; la convention est nulle faute d'objet licite. Dans notre hypothèse, au contraire, le constituant n'a pas agi en son nom personnel ; il a parlé au nom du propriétaire, de celui qui avait qualité pour constituer

l'hypothèque ; il s'est porté fort pour lui ; il a promis sa ratification ; il n'a pas hypothéqué la chose d'autrui, l'acte n'est donc pas nul ou inexistant ; la ratification du propriétaire mettra les parties au même et semblable état que s'il y avait eu mandat : *Ratihabitio mandato æquiparatur*.

La cour de cassation a décidé, en outre, que cette ratification valide rétroactivement la constitution d'hypothèque dès l'origine, sous la réserve toutefois des droits acquis à des tiers dans l'intervalle, que l'inscription, prise en vertu du titre consenti par le porte-fort, est valable, suffit pour conserver le droit du créancier et détermine son rang. Nous n'avons pas à discuter ici cette théorie de la rétroactivité de la ratification des actes consentis par un porte-fort.

Nous nous contenterons de présenter une observation qui se réfère directement à notre matière. La publicité, en matière hypothécaire, a pour but de permettre aux tiers d'apprécier les charges dont sont grevés les immeubles offerts en garantie. Il est donc indispensable qu'ils puissent juger la validité des hypothèques en consultant les registres du conservateur. Or l'inscription prise en vertu du titre originaire leur révélera que l'hypothèque n'a pas été consentie par le propriétaire, qu'elle a été constituée par un tiers qui s'est porté fort pour celui-ci. Les tiers sauront donc que la validité de l'hypothèque dépend d'une ratification. Ne faudrait-il pas que cette ratification fût portée à leur connaissance soit par une inscription nouvelle, soit tout au moins par une mention de l'acte de ratification en marge de l'inscription préexistante ? Il nous semble que cette formalité s'impose ; elle est indispensable pour que la publicité ne soit pas un vain mot. 1311. Après les explications qui précèdent, il est maintenant facile de déterminer les personnes qui peuvent se prévaloir de l'irrégularité commise et opposer la nullité ou l'inexistence de l'hypothèque.

Ce droit appartient à toute partie intéressée. Le véritable propriétaire serait donc admis à l'exercer ; mais il n'aura pas besoin d'y recourir ; l'art. 1165 suffit pour le protéger ; l'acte ne lui est pas opposable ; il n'y a figuré ni en personne, ni par représentant.

Le débiteur jouirait de la même faculté ; c'est la conséquence nécessaire du principe que nous avons admis. Seulement entre ses mains ce droit ne sera guère que platonique ; il n'aura pas véritablement intérêt à l'exercer. Car il sera tenu de rembourser immédiatement à son créancier la somme prêtée. Si la déchéance du bénéfice du terme est encourue par celui qui par son fait diminue les sûretés données par le contrat (art. 1188), à plus forte raison la même déchéance doit-elle être encourue par celui qui ne fournit pas les sûretés promises et sur la foi desquelles le créancier avait consenti. Tout au plus pourrait-on autoriser le débiteur de bonne foi à offrir à son créancier d'autres sûretés par analogie de l'art. 2131 ⁶⁹⁹. Peut-être toutefois serait-il difficile, si le débiteur était de mauvaise foi, s'il s'était rendu coupable de siellionat, de l'autoriser à se faire une arme de son délit pour faire tomber la constitution d'hypothèque. Ne pourrait-il pas alors être écarté par la maxime *Nemo auditur propriam allegans turpitudinem* ? ⁷⁰⁰ Nous hésiterions cependant, même dans ce cas, à apporter une exception au principe. L'acte est inexistant ou nul d'une nullité radicale ; il ne peut produire aucun effet ; les tribunaux sont tenus de le constater, même d'office. Nous ne voyons pas comment l'indignité du constituant limiterait leurs pouvoirs.

Les héritiers du débiteur jouiront du même droit que celui-ci. Mais si en fait leur auteur n'avait pas, comme nous venons de le dire, d'intérêt sérieux à opposer l'inexistence de l'hypothèque, il n'en sera pas de même en ce qui les concerne. Car ils pourront, par ce moyen, obtenir que le créancier divise son action entre eux conformément à l'art.

873 et ils échapperont à la disposition de l'art. 1221, n. 1 701.

Les mêmes principes s'appliqueront dans le cas où la constitution d'hypothèque aura été faite par un tiers non dominus pour sûreté de la dette d'autrui. Le constituant pourra bien opposer l'inexistence de l'hypothèque ; mais qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, il a commis au moins une négligence, peut-être même un délit (art. 2059). Il doit la réparation du préjudice causé ; il sera donc tenu d'indemniser le créancier de la nullité ou de l'inexistence de l'hypothèque 702.

1312. La question est beaucoup plus intéressante pour les tiers auxquels le constituant aurait donné, vendu ou hypothéqué l'immeuble après en avoir acquis la propriété. Du moment où l'hypothèque de la chose d'autrui est frappée d'inexistence ou de nullité absolue, du moment où elle n'est pas validée par l'acquisition faite par le constituant de la propriété du bien, elle peut être invoquée par toute personne intéressée. Or il est évident que l'acquéreur de l'immeuble, le créancier hypothécaire dont l'hypothèque a été valablement constituée ont intérêt à se prévaloir de cette nullité ou de cette inexistence pour échapper à l'exercice, soit du droit de suite, soit du droit de préférence. Il faut en conclure qu'ils en ont la faculté.

La même solution s'applique, par identité de motifs, aux créanciers chirographaires du constituant. Ils ont besoin de faire tomber l'hypothèque pour obtenir leur collocation au marc le franc avec les créanciers hypothécaires dont l'hypothèque aura été ainsi déclarée nulle ou inexistante. Ils auront le droit de se prévaloir de ce vice substantiel, qui infecte la constitution hypothécaire.

1313. Si pour hypothéquer un immeuble il faut en être propriétaire, il n'est pas indispensable de le posséder actuellement, il n'est pas nécessaire que le droit du constituant soit dès à présent reconnu et non contesté.

Ainsi celui qui est investi d'une action, en vertu de laquelle son droit sera reconnu de telle sorte qu'il sera censé avoir été propriétaire à l'époque de la constitution de l'hypothèque, peut certainement hypothéquer l'immeuble. C'est incontestable lorsqu'il s'agit d'une action en revendication. Le jugement qui interviendra sera déclaratif et non translatif de propriété. Il constatera le droit antérieur du revendiquant. La validité de l'hypothèque constituée en sera la conséquence nécessaire. Il en est de même, lorsqu'il peut intenter une action en nullité ou en rescision de l'acte par lequel il avait aliéné l'immeuble ; s'il triomphe dans sa demande, il sera censé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire ; l'hypothèque qu'il consent sera valable sans aucun doute. Il n'est même pas nécessaire qu'il ait introduit son action au moment de la constitution d'hypothèque. Il n'a pas perdu son droit, il ne l'a pas transmis, puisque l'acte d'aliénation n'a pas pu le transférer ⁷⁰³.

1314. Il n'est pas non plus indispensable pour la validité de l'hypothèque que le droit du constituant soit pur et simple. Il peut être affecté de modalités diverses. L'hypothèque pourra être valablement constituée ; seulement elle demeurera soumise aux mêmes vicissitudes. C'est ce que dit l'art. 2125 :

« Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une

» condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision,

» ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux

» mêmes conditions ou à la même rescision ».

Parcourons successivement les différentes applications que ce texte fait de notre principe.

1315. Propriétaire sous condition suspensive. L'hypothèque constituée sur un immeuble par celui qui en

est propriétaire sous une condition suspensive, ne tiendra que si la condition se réalise.

Celui qui a acquis un immeuble sous condition suspensive peut l'hypothéquer actuellement, même avant l'accomplissement de la condition. Il est vrai qu'il n'est pas immédiatement devenu propriétaire ; mais il le sera si l'évènement prévu se réalise, et, grâce à la rétroactivité de la condition accomplie, il sera censé l'avoir été du jour du contrat. L'hypothèque se trouve ainsi valable. Mais son sort dépend de l'accomplissement ou de l'inaccomplissement de la condition. Elle est conditionnelle comme le droit de propriété du constituant : ce qui n'est qu'une application toute simple de la maxime : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

Celui qui a aliéné un immeuble sous condition suspensive demeure actuellement propriétaire ; mais son droit est en suspens ; pour qu'il le conserve, il faut que la condition ne soit pas accomplie. Propriétaire actuel, il a la faculté d'hypothéquer, mais l'hypothèque sera rétroactivement anéantie, si la condition se réalise.

1316. Propriétaire sous condition résolutoire. L'acquéreur devient immédiatement propriétaire. Donc il peut hypothéquer. Mais son droit est résoluble. L'hypothèque sera affectée de la même condition. Par conséquent, l'hypothèque constituée sur un immeuble par celui qui n'en est propriétaire que sous une condition résolutoire, tombera si cette condition se réalise, conformément à la règle *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

Ainsi en sera-t-il lorsque l'aliénation sera affectée d'une condition résolutoire casuelle ou mixte, d'un pacte comissoire exprès ou tacite. Tel sera notamment le cas où une hypothèque aura été consentie par l'acheteur à réméré d'un immeuble : elle sera résolue si le vendeur exerce le réméré ; car alors l'acheteur sera censé n'avoir jamais été propriétaire, et l'hypothèque par lui consentie se trouvera ainsi émaner a non domino.

Nous appliquerons la même règle à l'hypothèque consentie par l'acheteur qui, n'ayant pas désintéressé son vendeur, verrait prononcer contre lui la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, ou par un donataire qui aurait reçu l'immeuble d'un donateur privé d'enfant au temps de la donation.

Toutefois, la résolution ne produit ce résultat qu'autant qu'elle s'opère avec effet rétroactif, ex tunc, comme dans les exemples précités. La résolution du droit du constituant, qui se produirait sans effet rétroactif, ex nunc, laisserait subsister les hypothèques procédant de son chef. On peut citer comme exemple le cas de révocation d'une donation pour cause d'ingratitude (art. 958). Rappelons, en outre, que cette règle reçoit exception pour l'hypothèque légale de la femme mariée dans les cas prévus et sous les conditions déterminées par les art. 952 et 1054 (⁷⁰⁴).

Il importe peu d'ailleurs que la résolution, lorsqu'elle n'a pas lieu de plein droit, notamment lorsqu'elle est la conséquence du non paiement du prix, ait été prononcée en justice ou consentie à l'amiable, pourvu, dans ce dernier cas, qu'elle ait eu lieu sans fraude, c'est-à-dire par nécessité et pour éviter un jugement de résolution ⁷⁰⁵.

1317. Après avoir ainsi précisé les droits du propriétaire sous condition résolutoire, il nous faut rechercher si l'aliénateur sous cette condition peut consentir une hypothèque. La question est générale ; mais elle s'est particulièrement posée dans la pratique pour le vendeur sous réserve de réméré. On s'est demandé si l'hypothèque constituée avant l'exercice de cette faculté était valable. C'est dans cette hypothèse que nous allons discuter cette difficulté.

La jurisprudence et des auteurs considérables ⁷⁰⁶ refusent au vendeur sous pacte de réméré le droit d'hypothéquer l'immeuble aliéné, avant l'accomplissement de la condition. Telle est du moins la théorie qui résulte des

motifs des arrêts. Mais il importe de constater que, dans les affaires jugées, le réméré était exercé par un cessionnaire du vendeur, non par le vendeur lui-même. Les tribunaux ont été touchés par l'intérêt légitime du cessionnaire, ils n'ont pas voulu le sacrifier. Ainsi s'expliquent peut-être leurs décisions, par des considérations d'équité. Quoiqu'elle n'ait pas directement statué sur le cas où le vendeur a exercé lui-même son droit, la jurisprudence cependant a porté le débat sur le terrain des principes et les motifs qu'elle invoque s'appliqueraient également à cette hypothèse. Elle décide en effet que le vendeur s'est dépouillé de tous ses droits par le contrat, qu'il les a transférés à l'acheteur, qu'il a abdiqué tout jus in re, qu'il n'a plus qu'un jus ad rem et que ce droit n'est pas susceptible d'hypothèque.

Il nous est difficile d'accepter cette solution, car, à notre avis, les textes la condamnent. C'est d'abord l'art. 1662, d'après lequel l'acheteur ne devient propriétaire irrévocable que si le réméré n'a pas été exercé dans le délai convenu ; c'est ensuite l'art. 1666, qui permet au vendeur d'exercer le réméré contre un sous-acquéreur, ce qui ne se conçoit pas si son droit est seulement un droit de créance ; c'est enfin l'art. 1673, aux termes duquel tous les droits conférés par l'acquéreur disparaissent par l'exercice du réméré. Toutes ces dispositions impliquent la réalité du droit du vendeur et par suite l'existence à son profit d'un droit de propriété subordonné à la condition suspensive de l'exercice du réméré.

MM. Aubry et Rau ajoutent à l'appui de la jurisprudence, que le vendeur à réméré ne peut être considéré ni comme propriétaire actuel ni comme ayant un droit de propriété conditionnel dans le sens de l'art. 2125. « Un pareil droit, » disent ces auteurs, suppose un titre d'acquisition dont » l'efficacité est subordonnée à un   v  nement futur et incer-

» tain, et ne peut résulter en faveur du vendeur de l'acte
» même par lequel il transmet son droit de propriété ».

Ce raisonnement a pour résultat de limiter la portée de l'art. 2125 qui est cependant général. Le texte n'exige pas l'existence d'un titre d'acquisition, dont l'efficacité soit subordonnée à une condition. Il parle en termes absolus de ceux qui ont sur l'immeuble un droit suspendu par une condition. Or le vendeur à réméré a conservé un droit sur l'immeuble ; ce droit est un droit réel immobilier et ne peut être qu'un droit de propriété ; il est suspendu par la condition de l'exercice en temps utile du réméré. Nous sommes donc dans les conditions prévues par le texte. L'hypothèque doit être valable ⁷⁰⁷.

1318. Lorsque l'action en réméré ou en résolution est exercée non par le vendeur mais par un tiers auquel elle a été cédée, quel sera le sort des hypothèques constituées par le premier pendente conditione et avant la cession ? La difficulté est des plus sérieuses. Il est certain que les hypothèques établies par l'acheteur ou nées de son chef sont anéanties ; il est censé n'avoir jamais été propriétaire. D'un autre côté, il est certain que le droit de propriété du cessionnaire ne saurait remonter à une date antérieure à sa cession. Il y a donc entre la vente et la cession un espace de temps pendant lequel la propriété a nécessairement et fictivement résidé sur la tête du vendeur. Les hypothèques qu'il a consenties pendant ce délai sont valables ⁷⁰⁸.

Mais alors le cessionnaire va se trouver dépossédé d'un bien par l'exercice d'hypothèques qui doivent toute leur valeur aux actions qu'il a intentées et aux sommes par lui déboursées à cet effet. C'est pour prévenir ce résultat que la jurisprudence a refusé au vendeur à réméré la faculté d'hypothéquer l'immeuble aliéné. Quelque souhaitable qu'elle puisse paraître, cette solution ne se concilie pas avec la règle de l'art. 2125. Nous espérons l'avoir démontré. On a, en conséquence, cherché une autre base

pour parvenir au résultat moral poursuivi par la jurisprudence. On a proposé de dire : la rétroactivité de la condition accomplie fait remonter dans le passé un droit acquis ou un droit recouvré. Pour qu'elle se produise, il faut donc au préalable que le droit prenne naissance ; or, lorsque le vendeur a cédé son droit, celui-ci ne peut plus se fixer sur sa tête et les ayants cause du vendeur ne peuvent pas se prévaloir d'une rétroactivité qui ne peut pas se réaliser en la personne et au profit de leur auteur ⁷⁰⁹.

Cette théorie soulève une très grave objection : il y a un certain temps, du jour de la vente au jour de la cession, pendant lequel la propriété de l'immeuble n'aura reposé sur aucune tête. On ne peut faire qu'une réponse : c'est que l'on est dans le domaine de la fiction et qu'il ne répugne pas à la raison d'en limiter les effets.

Remarquons enfin que la solution qui valide les hypothèques constituées par le vendeur ou nées de son chef, n'est pas aussi injuste qu'elle le paraît au premier abord. Avant de traiter, le cessionnaire peut consulter le registre des hypothèques ; il consent en parfaite connaissance de cause ; s'il court un danger, c'est par l'effet de sa volonté et il n'y a pas de motif pour imposer la prévoyance de la loi à l'imprévoyance d'une personne libre et maîtresse de ses droits.

1319. Propriétaire dont le droit est sujet à rescision. Il ne peut constituer qu'une hypothèque sujette aux chances de rescision qui menacent son droit. Ainsi l'hypothèque consentie par l'acheteur d'un immeuble tombera, si le vendeur fait rescinder la vente pour lésion de plus des sept douzièmes. De même l'hypothèque, constituée par un cohéritier sur un immeuble mis dans son lot, sera considérée comme non avenue si, le partage ayant été rescindé pour cause de lésion de plus du quart, l'immeuble est mis par un nouveau partage dans le lot d'un autre héritier.

1320. L'hypothèque constituée sur l'immeuble commun par l'un des copropriétaires par indivis est régie par les mêmes principes. Quelle que soit son étendue, qu'elle ait été établie sur la totalité de l'immeuble, sur une portion matériellement déterminée ou sur la part indivise du constituant, elle demeure soumise à toutes les éventualités du partage.

Si l'immeuble est attribué ou adjugé sur licitation à un autre des copropriétaires, l'hypothèque se trouve complètement anéantie en vertu de l'effet rétroactif du partage (art. 883). Elle disparaît entièrement et ne peut être invoquée, d'après la jurisprudence, ni sous la forme du droit de suite, ce qui n'est pas contesté, ni sous la forme du droit de préférence.

Cette dernière solution est cependant l'objet d'une très vive controverse. On soutient que l'art. 883 a été édicté dans l'intérêt exclusif des héritiers, pour éviter entre eux des actions récursoires ; on fait remarquer que l'héritier adjudicataire sur licitation est à l'abri de tout danger du moment où le droit de suite ne peut pas être exercé contre lui, que la fiction doit en conséquence faire place à la réalité, que la somme par lui due à ses cohéritiers représente véritablement une valeur immobilière et doit être répartie comme telle entre les créanciers de ceux-ci. On en conclut que si le créancier hypothécaire perd le droit de suite, il conserve son droit de préférence ⁷¹⁰.

On répond que chacun des copropriétaires se trouve pendant l'indivision dans la même situation qu'un propriétaire sous condition résolutoire et qu'il faut appliquer l'art. 2125. On ajoute que les autres copropriétaires sont censés n'avoir jamais eu la propriété de l'immeuble attribué ou adjugé à l'un d'eux, que par suite aucune hypothèque n'a pu être par eux valablement constituée et qu'aucune cause de préférence n'a pu naître de leur chef ⁷¹¹.

Nous avons résumé aussi fidèlement que possible les arguments invoqués en faveur des deux opinions contraires ; nous ne pouvons pas entrer dans la discussion, parce que cette question se rattache à la théorie générale des effets du partage. Le seul moyen de prévenir tout danger, c'est de recourir à la cession anticipée de la créance qui peut éventuellement appartenir au constituant contre l'un ou l'autre des copropriétaires ⁷¹².

1321. Si au contraire l'immeuble a été attribué ou adjugé au constituant, l'hypothèque subsistera dans les termes où elle a été établie, avec l'étendue que la convention des parties lui a donnée. Elle frappera donc, suivant les cas, la totalité ou une partie déterminée ou une part indivise de l'immeuble ⁷¹³.

1322. Enfin si l'immeuble avait été adjugé sur licitation à un tiers, les hypothèques consenties pendant l'indivision ou nées du chef de l'un des communistes continueraient de grever l'immeuble entre les mains de l'adjudicataire ⁷¹⁴, sans qu'il y ait lieu, d'après une jurisprudence dont nous avons déjà indiqué la doctrine à propos de l'hypothèque judiciaire ⁷¹⁵, de tenir compte des opérations de liquidation et de partage ainsi que de l'attribution du prix ⁷¹⁶, si ces faits sont postérieurs à l'adjudication.

1323. Ces diverses solutions sont indépendantes de la cause qui a donné naissance à l'indivision ; elles sont la conséquence de l'art. 883, dont la portée est générale. Mais elles supposent qu'il y a indivision. Si l'immeuble était la propriété d'une société constituant une personne civile, il en serait autrement et les hypothèques consenties par l'un des associés sur des immeubles sociaux seraient nulles ou inexistantes comme ayant pour objet la chose d'autrui. Ainsi en est-il certainement des immeubles appartenant à une société de commerce ; ainsi en est-il aussi, d'après la jurisprudence, de ceux qui appartiennent à une société civile ⁷¹⁷. L'indivision ne commence qu'à partir de la

dissolution de la société. Dès lors les associés peuvent hypothéquer leur part indivise dans les immeubles sociaux et cette hypothèque produira les effets que nous avons déterminés ⁷¹⁸. Cependant une réserve est ici nécessaire ; elle se rattache à cette idée : la société dissoute continue de subsister pour les besoins de la liquidation. En conséquence, aucune hypothèque ne pourra être exercée sur les immeubles vendus pour les besoins de cette liquidation ⁷¹⁹.

II. DEUXIÈME CONDITION. Capacité d'aliéner.

1324. Pour pouvoir hypothéquer un immeuble, il faut avoir la capacité de l'aliéner. « Les hypothèques convention-

» nelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la
» capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent », dit l'art. 2124.

La raison en est que l'hypothèque est un démembrement de la propriété ou un droit réel sur un immeuble. La constitution d'hypothèque est ainsi une aliénation partielle. Pour la consentir, il faut donc être capable d'aliéner. A ce motif excellent on en ajoute souvent un autre. L'hypothèque, si elle n'est pas une aliénation, en contient tout au moins le germe ; car l'expropriation forcée est son dénoûment fatal, si la dette n'est pas payée à l'échéance : ce qui a fait dire à un de nos anciens que « l'hypothèque a le venin à la queue ».

Nous disons que cette considération n'est pas absolument satisfaisante. Car toute obligation, si elle n'est pas acquittée, conduit ou peut conduire à une expropriation forcée. Et cependant il ne suffit pas, pour conférer hypothèque, d'être capable de s'obliger, il faut être capable d'aliéner. Cette règle se justifie sans peine. Celui qui s'oblige confère bien à son créancier le droit de gage

général des art. 2092 et 2093 ; en s'obligeant personnellement il engage son patrimoine. Mais cette affectation générale est vague et indéterminée ; elle ne lui enlève ni la propriété, ni la libre disposition de ses biens ; il conserve après cet acte les droits qu'il avait antérieurement et il peut les exercer avec la même liberté, pourvu qu'il ne se rende pas coupable de fraude. Il en est autrement de celui qui constitue une hypothèque ⁷²⁰. Cela suffit amplement pour expliquer et justifier la règle de l'art. 2124.

1325. Tout propriétaire n'est pas capable d'aliéner et par suite notre deuxième condition ne se confond pas avec la première. Les personnes incapables d'aliéner, et par cela même d'hypothéquer, sont les femmes mariées, les mineurs, les interdits et les personnes soumises à un conseil judiciaire.

1326. La femme mariée est incapable d'aliéner ses immeubles sans l'autorisation de son mari ou de la justice ; donc elle ne peut les hypothéquer sans la même autorisation. L'autorisation maritale est régie par les règles du droit commun. Si elle résulte du concours du mari à l'affectation hypothécaire, elle sera constatée par un acte devant notaire. Mais elle peut être donnée par écrit ; le texte de l'art. 217 et les principes nous portent à nous contenter d'un écrit quelconque même sous signature privée et à ne pas exiger un acte notarié ⁷²¹.

Cette règle s'applique même à la femme séparée de biens (art. 217). Cependant, la femme séparée contractuellement ou judiciairement ne peut-elle pas, sans autorisation, hypothéquer ses immeubles pour la garantie des obligations qu'elle contracte dans les limites de son droit d'administration ? On sait qu'aucune autorisation n'est requise pour la validité de semblables obligations et qu'elles sont exécutoires sur tous les biens de la femme, même sur ses immeubles, qu'elle affecte ainsi en

s'obligeant. On se rappelle que certains auteurs voient dans ce fait une aliénation éventuelle de la part du débiteur. Or ne pourrait-on pas dire : puisque la femme séparée peut aliéner indirectement ses immeubles en s'obligeant dans les limites de son droit d'administration, et cela sans autorisation, pourquoi ne pourrait-elle pas, sans autorisation également, affecter ses immeubles par hypothèque à la garantie de ces obligations ? Ce raisonnement serait irréfutable, si la loi mesurait la capacité d'hypothéquer sur celle de s'obliger ; mais nous avons dit qu'elle mesure la capacité d'hypothéquer sur celle d'aliéner (art. 2124) ; or la femme, même séparée, ne peut aliéner ses immeubles sans autorisation (art. 217, 1449 et 1538) ; donc, sans cette même autorisation, elle ne peut pas les hypothéquer. Cela est décisif.

N'est-ce pas une nouvelle preuve que le législateur ne voit pas une aliénation dans l'affectation générale du patrimoine à l'exécution des obligations nées à la charge d'un débiteur ?

1327. Cette règle s'appliquait, sous l'empire du code, même à la femme séparée de corps. La condition de la femme séparée de corps et celle de la femme séparée de biens étaient semblables à cet égard. La loi du 6 février 1893 a apporté sur ce point une grave modification. Elle décide par le 3^e alinéa du nouvel art. 311 que la séparation de corps a « pour effet

» de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile,

» sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari

» ou de justice ». La femme séparée de corps peut donc aliéner librement ses immeubles, elle peut également les hypothéquer.

Lorsque la séparation de corps cesse par la réconciliation des époux, la femme se trouve dans la même situation que

la femme séparée de biens ; sa capacité est régie pour l'avenir par l'art. 1449. A partir de ce moment elle perd le droit d'hypothéquer librement ses immeubles, comme celui de les aliéner sans autorisation. Mais ce changement dans sa capacité n'est opposable aux tiers que si la reprise de la vie commune a été constatée par acte passé devant notaire avec minute et si certaines formalités de publicité indiquées par le nouvel art. 311 ont été remplies. Si toutes ces conditions ne sont pas réunies, les constitutions d'hypothèque, comme les aliénations, consenties par la femme séparée de corps sans autorisation seraient parfaitement valables.

1328. Ajoutons que la femme mariée sous le régime dotal ne peut pas plus hypothéquer ses immeubles dotaux qu'elle ne peut les aliéner. L'incapacité qui l'atteint dans ce cas est une incapacité particulière, conséquence du régime matrimonial stipulé. Elle ne peut en être relevée par aucune autorisation soit de son mari, soit de justice. La séparation de corps n'y mettait pas un terme ; il en est de même sous la loi du 6 février 1893 ; car cette loi a seulement pour but de permettre à la femme séparée de corps d'accomplir librement les actes qu'elle pouvait consentir antérieurement sous la condition de se pourvoir d'une autorisation de son mari ou de justice. Or l'hypothèque de l'immeuble dotal était un de ces actes qu'elle ne pouvait pas accomplir même avec une autorisation de son mari ou de justice. Il est donc demeuré en dehors des prévisions de la loi nouvelle et continue à être régi par les dispositions du code.

Nous n'avons pas à rechercher les cas exceptionnels, où la femme mariée sous le régime dotal peut, lorsqu'elle a été régulièrement autorisée, hypothéquer ses immeubles dotaux.

1329. La femme commerçante peut, sans autorisation, et sauf l'exception relative au cas où elle est mariée sous le régime dotal, soit aliéner ses immeubles, soit les

hypothéquer pour les besoins de son commerce (art. 7 al. 1 C. co.). La capacité d'aliéner et celle d'hypothéquer marchent donc ici de pair, et par conséquent nous sommes en présence d'une application de la règle.

1330. Les immeubles du mineur ne peuvent être hypothéqués que dans les cas et sous les conditions déterminés par les art. 457 et 458. Lorsque les formalités prescrites par la loi n'ont pas été observées, on admet généralement que l'acte est nul en la forme (art. 1311).

Par conséquent, l'hypothèque consentie par le mineur non émancipé seul est nulle en la forme.

La même solution s'applique au mineur émancipé, car il est, quant aux constitutions d'hypothèques, assimilé au mineur non émancipé (art. 484). Bien qu'il puisse valablement s'obliger dans les limites de son droit d'administration (art. 481), il ne peut pas, pour la garantie de ces obligations, hypothéquer ses immeubles ; car la loi, ainsi que nous venons de le dire tout à l'heure au sujet de la femme séparée, mesure la capacité d'hypothéquer sur celle d'aliéner et non sur celle de s'obliger.

1331. Les interdits ne peuvent pas aliéner leurs immeubles (arg. art. 502) : donc ils ne peuvent pas les hypothéquer. Cette règle s'applique aux interdits légalement comme aux interdits judiciairement.

1332. Les personnes placées sous conseil ne peuvent, sans l'assistance de leur conseil, ni aliéner leurs immeubles, ni les hypothéquer (art. 499 et 513).

On sait que, dans l'opinion générale, l'assistance n'implique pas nécessairement le concours personnel du conseil judiciaire à l'acte accompli par l'incapable et qu'on se contente d'un consentement donné dans un écrit où sont relatées toutes les clauses et conditions de la convention ⁷²². Ce consentement habilite l'incapable, il ne fait pas partie du contrat hypothécaire ; il n'est pas régi par l'art. 2127, et n'a pas besoin d'être constaté par acte notarié ⁷²³.

1333. L'hypothèque consentie par une personne incapable d'aliéner, par un mineur, un interdit, une femme mariée non autorisée, une personne pourvue d'un conseil judiciaire sans l'assistance de ce conseil, n'est pas inexistante mais seulement nulle ou annulable. C'est le droit commun pour les actes passés par un incapable.

En vertu des principes généraux, cette nullité n'est qu'une nullité relative ; elle ne peut être proposée que par l'incapable qui a consenti l'hypothèque (arg. art. 1125).

Pour le même motif, elle peut se couvrir par une confirmation ou par la prescription ⁷²⁴. On se demande alors si, par l'effet de la ratification ou de la prescription, la constitution d'hypothèque se trouve rétroactivement validée et si par suite elle est opposable aux créanciers qui auraient obtenu une hypothèque dans l'intervalle, pourvu toutefois que l'inscription de l'hypothèque validée par la confirmation soit antérieure en date.

1334. Il nous paraît difficile de ne pas admettre l'affirmative lorsque l'hypothèque est devenue inattaquable par l'effet de la prescription, c'est-à-dire par l'expiration du délai de dix ans à partir de la cessation de l'incapacité conformément à l'art. 1304. Il est en effet de principe que la prescription produit un effet rétroactif. Par conséquent, l'acte se trouve validé dans le passé, à partir du jour où il est intervenu ; il est censé avoir toujours été valable, n'avoir jamais été infecté de nullité. Cet effet de la prescription accomplie est absolu ; il peut être opposé à tous. Il se produit en matière d'usucapion ; il est également inhérent à la prescription extinctive. C'est pourquoi l'on admet généralement et malgré quelques rares dissidences ⁷²⁵, que l'hypothèque est, alors et par l'effet de l'inscription prise en vertu du titre primitif, opposable aux créanciers hypothécaires dont le droit est né et a été conservé depuis la cessation de l'incapacité et avant l'accomplissement de la prescription ⁷²⁶.

1335. Mais la difficulté devient très sérieuse, lorsque la ratification est expresse ; elle a provoqué des solutions opposées. Un point sur lequel tous sont d'accord, c'est que la ratification rétroagit dans les rapports des parties ; il est impossible de le contester en présence de l'art. 1338. La question ne peut donc se poser qu'à l'égard des tiers. Il est certain qu'elle rétroagit à l'égard des tiers, en ce sens qu'elle valide l'inscription prise en vertu de l'acte primitif et que le créancier sera, sans nouvelle inscription, préféré aux créanciers hypothécaires dont l'hypothèque n'aurait été inscrite que depuis la ratification ⁷²⁷, sauf peut-être l'obligation de mentionner l'acte confirmatif en marge de l'inscription ⁷²⁸.

La difficulté ne se présente donc qu'à l'égard des créanciers hypothécaires, dont l'hypothèque valablement constituée aurait été inscrite avant la ratification. Elle semble cependant résolue par l'art. 1338, aux termes duquel la ratification ne peut préjudicier aux droits des tiers. Aussi une première opinion décide-t-elle que le créancier, dont l'hypothèque a été validée par la ratification, ne peut pas l'opposer aux tiers qui ont régulièrement acquis des hypothèques et les ont conservées avant la ratification ⁷²⁹. Dans un second système on distingue suivant que l'obligation dont l'hypothèque formait la garantie était ou non susceptible d'être annulée. Dans le premier cas, on accorde la préférence aux créanciers dont le droit est né valablement avant la ratification. Dans le second cas, il en est autrement ⁷³⁰. Enfin dans un dernier système, on admet d'une manière absolue la rétroactivité de la ratification et on donne la préférence au créancier dont l'hypothèque a été ainsi validée, pourvu toutefois qu'elle ait été inscrite la première ⁷³¹.

1336. De ces diverses opinions, la seconde doit être écartée sans hésitation ; elle paraît bien être la

conséquence d'une théorie que nous avons déjà repoussée après en avoir démontré l'inexactitude. Elle semble en effet mesurer la capacité d'hypothéquer sur la capacité de s'obliger. Nous avons déjà établi que telle n'est pas la doctrine de la loi : pour hypothéquer, il faut être capable d'aliéner. La validité ou la nullité de l'obligation garantie ne peut donc exercer aucune influence sur la solution de notre question et c'est entre les deux autres systèmes qu'il faut opter.

1337. Après bien des hésitations, nous inclinons avec la grande majorité des auteurs et les arrêts plus haut cités, vers l'opinion qui applique à la lettre l'art. 1338 et décide que la ratification ne peut pas valider l'hypothèque au préjudice des autres créanciers hypothécaires valablement inscrits avant la ratification.

On objecte que l'art. 1338 n'a pas en réalité le sens que nous lui donnons ; on prétend que ses expressions ne doivent s'entendre que des droits des tiers, tels qu'ils les avaient acquis. Or, les créanciers nouveaux avaient été avertis, par les inscriptions requises, de l'existence des hypothèques consenties pendant l'incapacité. Ils pouvaient en connaître la nullité, mais ils n'ignoraient pas qu'elles pouvaient être validées par une confirmation. Par conséquent, ils savaient en contractant que leurs hypothèques pouvaient être primées par d'autres, ils n'ont entendu acquérir, par suite, qu'un droit exposé à ce danger et ils ne peuvent pas se plaindre si cette éventualité se réalise. L'art. 1338 est respecté, du moment où il n'est pas porté atteinte aux droits que les tiers ont dû entendre acquérir.

Il nous semble que cette interprétation ne tend à rien moins qu'à effacer de la loi la réserve des droits des tiers, écrite cependant dans l'art. 1338. Car le raisonnement que nous venons de présenter peut se généraliser, du moment où les actes translatifs de propriété immobilière sont assujettis aussi à la formalité de la transcription. Nous

savons bien que MM. Aubry et Rau exigent, pour l'efficacité de la confirmation de l'hypothèque, que le constituant soit encore propriétaire de l'immeuble grevé. Ne pourrait-on pas cependant reproduire ici la même argumentation et soutenir que le tiers acquéreur averti de l'existence des hypothèques, pour ne parler que des hypothèques, a eu l'intention d'acquérir seulement le droit tel qu'il existait entre les mains de son vendeur, c'est-à-dire un bien grevé des hypothèques susceptibles d'être validées par une confirmation ? MM. Aubry et Rau prétendent cependant, dans le cas de deux ventes successives consenties l'une pendant l'incapacité, l'autre après sa cessation mais avant toute confirmation de la première, que par la seconde vente l'ex-incapable s'est dépouillé au profit du second acheteur de son action en nullité et s'est ainsi enlevé le pouvoir de ratifier la première vente au préjudice de celui-ci ⁷³². Ils sont logiquement conduits à appliquer la même théorie au cas d'aliénation consentie valablement d'un immeuble grevé d'une hypothèque nulle pour incapacité. Or nous cherchons en vain le motif de distinguer entre le droit de propriété et le droit réel d'hypothèque et de décider que la confirmation de l'hypothèque, qui ne peut pas nuire à l'acquéreur, produira ses effets à l'encontre des autres créanciers hypothécaires. Le droit du créancier hypothécaire est aussi respectable que le droit de l'acheteur, et la raison nous porte à appliquer dans les deux cas la même solution et à décider que la confirmation ne peut pas plus nuire à l'un qu'à l'autre. Ajoutons cependant qu'on peut faire valoir, en faveur de l'acquéreur, un argument que ne peut invoquer le créancier hypothécaire. Pour confirmer un acte, il faut réunir toutes les conditions requises pour la validité de cet acte. Donc, pour confirmer une hypothèque consentie en état d'incapacité, il faut être propriétaire de l'immeuble hypothéqué au temps de la confirmation. Le constituant, qui a aliéné en état de

capacité l'immeuble qu'il avait hypothéqué en état d'incapacité, ne peut plus, à partir de l'aliénation, confirmer l'hypothèque. Il a cessé d'être propriétaire. Mais si le nouveau créancier hypothécaire ne peut pas se prévaloir de cet argument, il n'en a pas moins le droit de se placer sous la protection de l'art. 1338 et de soutenir que la ratification ne saurait porter atteinte à ses droits.

1338. Du cas où la nullité de l'hypothèque est la conséquence de l'incapacité du propriétaire, il est naturel de rapprocher les dispositions dans lesquelles la loi défend à une personne d'hypothéquer ses immeubles au préjudice de ses créanciers. Si la défense de la loi a été violée, l'hypothèque sera frappée de nullité. Mais cette nullité ne trouvera pas sa cause efficiente dans une incapacité dont serait atteint le constituant. Celui-ci, au contraire, est capable ; la constitution d'hypothèque réunit toutes les conditions requises pour sa régularité ; elle est valable et produira ses effets à l'égard de celui qui l'a consentie, à l'égard de ses ayants cause universels ou à titre universel, pourvu qu'ils n'aient pas de droit propre et personnel et ne puissent invoquer que les moyens appartenant à leur auteur. C'est dans le bien grevé qu'on a cherché alors l'origine de la nullité qui infecte l'hypothèque. On a dit que le bien était indisponible, que la règle de la loi était une règle d'indisponibilité, dont la violation entraînait la nullité de l'hypothèque. L'observation est juste, mais l'expression doit être entendue avec réserve et le sens du mot précisé. Le bien considéré en lui-même est susceptible d'hypothèques ; il est de ceux qui, aux termes de l'art. 2118, peuvent être affectés à la sûreté des obligations, il n'a pas été placé en dehors du commerce. A ce point de vue comme au point de vue de la capacité du constituant, le droit hypothécaire a valablement pris naissance. Mais cette hypothèque, qui ne renferme en elle-même aucun germe de mort, ne peut pas être opposée à certaines personnes, ne peut produire aucun effet à leur préjudice ; elle peut, sur

leur demande, être tenue pour non avenue à leur égard. Le droit d'agir dans ce but appartient exclusivement à ces personnes ; seules, elles ont le droit de demander la nullité de l'hypothèque qui leur préjudicierait ni le débiteur, ni ses ayants cause universels ou à titre universel ne jouissent de cette faculté. On peut dire que le débiteur ne peut pas alors disposer de son bien en l'hypothéquant au préjudice de ces personnes ; dans cette mesure, dans cette mesure seulement, on peut parler avec raison d'une indisponibilité ; dans cette mesure, la prohibition de la loi peut être considérée comme une règle d'indisponibilité. On rencontrera l'application de ces principes surtout en matière de faillite ; mais ils ont une portée plus générale, car nous touchons spécialement à la théorie de l'action paulienne.

1339. L'insolvabilité d'un débiteur, l'état de déconfiture dans lequel il se trouverait, ne le priverait pas du droit d'hypothéquer ses immeubles au profit de ses créanciers anciens ou nouveaux. Capable d'aliéner, il est capable d'hypothéquer ⁷³³.

Il est difficile de concevoir ici l'exercice de l'action paulienne. La connaissance qu'aurait le stipulant de l'état d'insolvabilité du constituant ne saurait constituer la fraude, condition essentielle de l'action révocatoire. Le créancier use d'un droit en exigeant des sûretés spéciales pour sa garantie et, alors même qu'il s'agirait d'une dette antérieure, on ne saurait se faire une arme contre lui de sa vigilance. *Vigilantibus jura subveniunt*. En rendant sa condition meilleure, il a agi comme un sage administrateur ⁷³⁴.

Cependant s'il avait été inspiré non par le désir de sauvegarder ses intérêts, mais par le projet formé de concert avec le débiteur de soustraire une partie de l'actif de celui-ci aux poursuites de ses créanciers, nous n'hésiterions pas alors à autoriser l'action paulienne. L'acte

serait privé de toute efficacité à l'encontre des créanciers victimes de la fraude ⁷³⁵. C'est à la simulation que les parties auront alors ordinairement recours pour cacher la fraude concertée entre elles. C'est aux magistrats qu'il appartient de la découvrir et de la réprimer en déclarant l'hypothèque non avenue.

1340. En est-il de même, lorsque les immeubles du débiteur ont été saisis, et que la saisie a été transcrite ? La difficulté vient de l'art. 686 Pr. civ., aux termes duquel « la partie saisie

» ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie,

» aliéner les immeubles saisis, à peine de nullité, et sans

» qu'il soit besoin de la faire prononcer ». On pourrait être tenté de dire : le saisi ne peut aliéner les immeubles saisis, donc il ne peut pas les hypothéquer. Cette opinion, qui, sous l'empire de l'ancien art. 692 Pr. civ., était repoussée par la majorité des auteurs ⁷³⁶, ne saurait être accueillie depuis les modifications introduites par la loi du 2 juin 1841 et le nouvel art. 686 Pr. civ. Elle serait en opposition avec l'esprit et le but de la loi et les intentions certaines de ses auteurs. Si le législateur défend l'aliénation au saisi, si par une disposition exceptionnelle il prononce la nullité de plein droit de toute aliénation, c'est qu'il n'a pas voulu laisser entre les mains d'un débiteur, quelquefois de mauvaise foi, un moyen d'entraver la marche de la procédure et de contraindre le poursuivant à recommencer ses poursuites contre le nouveau propriétaire. Or rien de pareil n'est à redouter, quand il s'agit d'une constitution d'hypothèque. Le créancier hypothécaire aura bien acquis une cause de préférence ; il sera admis à la faire valoir, mais sa présence n'empêchera pas la poursuite de suivre son cours et l'expropriation forcée de se produire. Il n'y a donc pas même motif de décider et l'art. 686 Pr. civ. doit être interprété de la manière la plus limitative. Il ne parle

que d'aliénation ; il ne s'applique qu'aux aliénations et ne saurait être étendu aux constitutions d'hypothèques. Le législateur a si bien compris les motifs de cette différence qu'il a repoussé la disposition du projet qui mettait sur la même ligne les constitutions d'hypothèques et les actes d'aliénation. C'est décisif ⁷³⁷.

Les créanciers chirographaires seront seuls à souffrir d'un acte de cette nature. Ils seront privés en partie ou d'une manière complète du bénéfice de la distribution par contribution qu'ils avaient pu espérer. C'est la conséquence du silence de la loi sur la déconfiture, qui aurait pu être organisée sur des bases analogues à celles de la faillite.

1341. Il en serait cependant autrement dans l'opinion générale, si le débiteur avait fait cession de ses biens à ses créanciers.

Cette solution ne peut pas être contestée, lorsque la cession de biens implique translation de la propriété. Dans ce cas, le débiteur cesse d'être propriétaire et, par suite, ne peut plus hypothéquer ses immeubles (art. 2124), pourvu toutefois que la cession ait été transcrite.

Mais on sait qu'en principe la cession de biens, volontaire ou judiciaire, ne transfère pas aux créanciers la propriété des biens abandonnés. Dès lors le débiteur, resté propriétaire, pourrait avoir juridiquement la faculté d'hypothéquer ses immeubles. S'il le fait, il viole certainement la loi du contrat d'abandonnement. Car il s'est engagé à laisser vendre ses biens et à en laisser distribuer le prix suivant les droits de chacun au moment de la cession : il a promis de ne rien faire qui puisse modifier la situation des intéressés ; en conférant une hypothèque, en créant ainsi une cause de préférence, il contrevient aux engagements qu'il a pris et les créanciers pourraient certainement demander la résolution du contrat.

Faut-il aller jusqu'à prononcer la nullité de l'hypothèque constituée au profit de créanciers nouveaux ou de

créanciers anciens mais n'ayant pas figuré au contrat d'abandonnement ? MM. Aubry et Rau ne le pensent pas ⁷³⁸. Pour hypothéquer valablement un immeuble, il faut en être propriétaire et être capable d'aliéner. Or le débiteur qui a fait cession de biens est propriétaire, il est capable d'aliéner parce qu'aucun texte ne le frappe d'incapacité, parce que tout ce qui concerne la capacité est d'ordre public et que les parties ne peuvent pas créer par leur convention une incapacité qui ne serait pas écrite dans la loi. En conséquence, il conserve la faculté d'hypothéquer les immeubles abandonnés. Si le législateur avait entendu consacrer la solution contraire, il aurait certainement organisé des mesures de publicité destinées à avertir les tiers.

Cette argumentation est très sérieuse, elle n'a pas cependant été admise par la majorité des auteurs. Ils constatent que la cession de biens opère dépossession civile du débiteur ; que celui-ci est dessaisi de l'administration des biens abandonnés, qu'il se trouve, par la convention, dans une situation identique à celle que crée pour le commerçant l'état de faillite (art. 443 C. co.). Ils en concluent que, comme le failli, le débiteur non commerçant, qui a fait cession de biens, est incapable d'hypothéquer ses immeubles ⁷³⁹. Nous ne pouvons aborder ici cette grave discussion.

Dans tous les cas, il nous paraît certain que les créanciers qui ont figuré au contrat d'abandonnement ne peuvent pas se prévaloir au préjudice des autres des hypothèques qu'ils se seraient fait ultérieurement consentir sur les biens abandonnés. Cette solution s'impose même à ceux qui admettent la validité de l'hypothèque ⁷⁴⁰. En concourant à la cession de biens, les créanciers ont pris les uns vis-à-vis des autres l'engagement de ne rien faire de nature à modifier leur situation respective ; ils ne peuvent donc pas se créer une cause de préférence, et, si

l'hypothèque est valable, elle ne peut pas être opposée aux autres bénéficiaires de l'acte de cession.

1342. Le commerçant en état de faillite peut-il hypothéquer ses immeubles ?

A partir du jugement déclaratif de faillite, il est dessaisi de l'administration de ses biens. En conséquence, il ne peut pas les aliéner ; il ne peut pas davantage hypothéquer ses immeubles. Ce n'est pas une incapacité qui le frappe ; c'est une indisponibilité édictée par la loi. Le failli conserve en effet la faculté d'accomplir tous les actes de la vie civile ; mais ces actes ne sont pas opposables à la masse des créanciers de la faillite ; la loi ne veut pas qu'ils puissent lui nuire ; elle entend que la liquidation du patrimoine du failli s'opère dans l'état où ses biens se trouvent à cette date et que les droits des créanciers soient arrêtés à la même époque, sans pouvoir dorénavant subir aucun changement. C'est donc dans l'unique intérêt de la masse que les actes par lesquels le failli violerait cette règle sont destitués de toute efficacité à son égard. Le failli n'est pas incapable de les consentir ; il est seulement dans l'impossibilité de porter ainsi atteinte aux droits de la masse. C'est le bien que la loi veut soustraire aux conséquences de ces actes ; sa disposition constitue donc une règle d'indisponibilité.

1343. La loi va plus loin ; l'art. 446 C. co. déclare nuls et sans effet relativement à la masse toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire constituée sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ⁷⁴¹, lorsqu'elle a pris naissance depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui ont précédé.

La nullité prononcée par cet article n'atteint que les hypothèques constituées et affectées à la garantie de dettes antérieurement contractées. Il faut donc comparer la date à laquelle l'obligation a pris naissance et celle à laquelle l'hypothèque a été constituée. Si la dette est antérieure à la

constitution d'hypothèque, celle-ci est frappée de nullité. Si, au contraire, la garantie accompagne ou même précède la naissance de la dette comme dans l'ouverture du crédit ⁷⁴², l'hypothèque est valable ⁷⁴³. Il est facile de donner le motif de cette différence. Dans le premier cas, la sûreté qui vient garantir l'obligation antérieure est évidemment une faveur faite au créancier ; elle a pour but de lui conférer un droit de préférence ; consentie dans la période suspecte, depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents, elle inspire des doutes au législateur ; il craint qu'elle n'ait été frauduleusement combinée pour favoriser le créancier ; il l'annule, il veut, dans le désastre commun, faire à tous une position égale. Au contraire, lorsque la sûreté et la dette sont nées en même temps, la convention forme un tout indivisible ; il serait souverainement injuste de séparer les éléments qui la constituent, d'annuler l'un en laissant subsister l'autre. Les auteurs de la loi de 1838 l'ont parfaitement compris et ont eu raison de réformer sur ce point le code de commerce de 1807.

Il résulte de cette règle que, si l'hypothèque avait été constituée pour sûreté d'une dette antérieure et pour sûreté d'une dette nouvelle, elle serait nulle en tant qu'elle garantirait la première et parfaitement valable en ce qui concerne la seconde. Rien ne s'oppose à ce qu'on divise ainsi la convention ⁷⁴⁴.

1344. Ces principes nous conduisent à reconnaître la validité de l'hypothèque affectée à la garantie d'une obligation nouvelle, alors même que celle-ci aurait pour cause la novation d'une obligation antérieure. Cette solution ne nous paraît pas contestable en principe. Par l'effet de la novation, l'ancienne obligation est éteinte ; une nouvelle obligation prend naissance et la validité de l'hypothèque établie au même moment est certaine ⁷⁴⁵.

Cependant il en serait autrement, si la novation avait été frauduleusement concertée entre les parties pour échapper

à la nullité de l'art. 446 C. co. Le plus souvent, cette opération se présentera sous la forme d'une ouverture de crédit garantie par une hypothèque. Les dettes antérieures formeront l'un des premiers aliments de ce nouveau compte courant et se trouveront novées par le seul fait de leur inscription. Si cette opération a eu pour but réel de procurer au créancier une garantie que la loi défend de lui donner, la nullité de l'hypothèque sera encourue. C'est aux magistrats qu'il appartient de déjouer cette fraude et d'assurer le respect de la loi ⁷⁴⁶.

1345. Mais si l'art. 446 C. co. n'annule que l'hypothèque consentie pour sûreté d'une dette antérieure, il annule toute hypothèque constituée dans ces conditions ; sans doute, au moment où cette disposition a été édictée, le législateur n'a pu avoir en vue que l'hypothèque établie sur les immeubles. C'était la seule reconnue alors par la loi. Mais le texte est général ; il embrasse dans ses termes toutes les hypothèques qui sont ou peuvent être autorisées. En conséquence, nous déciderons sans hésitation que la nullité atteint l'hypothèque constituée sur les navires depuis la loi du 10 décembre 1874 et celle du 10 juillet 1885 ⁷⁴⁷. Cette solution est d'autant plus juste que pour donner les navires en garantie on avait recours antérieurement à une sorte de nantissement et que l'art. 446 C. co. annule les nantissemements aussi bien que les hypothèques.

1346. La règle que nous venons d'exposer ne s'applique pas aux privilèges, la nullité ne saurait jamais être encourue. C'est une conséquence des principes. Le privilège est attaché à la qualité de la créance ; il naît nécessairement avec elle ; il ne peut donc jamais être la garantie de créances antérieures.

Cependant il en est autrement pour le gage ; le privilège qui en résulte est établi par la volonté des parties ; il est

soumis à la même règle que l'hypothèque conventionnelle (art. 446 C. co.) ⁷⁴⁸.

1347. Même en ce qui concerne les hypothèques conventionnelles, l'art. 446 C. co. s'applique exclusivement à celles qui seraient consenties par le débiteur. Il est sans influence sur la validité des sûretés établies par des tiers sur leurs propres biens en faveur de créanciers du failli. La loi ne leur interdit pas de s'obliger pour autrui, d'affecter leurs immeubles à la garantie des obligations d'un débiteur en état de cessation de paiements. Il n'y avait pas d'ailleurs de motif pour pousser la rigueur aussi loin. En effet, la nullité de l'art. 446 C. co. est prononcée dans l'intérêt de la masse ; elle a pour but de maintenir l'égalité entre tous les créanciers de cette masse et d'empêcher l'un d'eux de se créer une situation préférable à celle des autres pendant la période suspecte. Or l'acte par lequel un tiers hypothèque un de ses immeubles pour la sûreté de la dette d'un débiteur en état de cessation de paiements et déclaré depuis en faillite ne peut pas nuire à la masse. Il n'y a pas de motif pour l'annuler. Sans doute le créancier pourra obtenir son paiement intégral sur le prix de l'immeuble hypothéqué. Mais qu'importe à la masse ? Cet immeuble n'appartient pas au failli ; il n'est pas le gage des créanciers de la masse. Ce paiement ne leur cause donc aucun préjudice. Il est vrai que le propriétaire de l'immeuble sera subrogé aux droits du créancier désintéressé et aura un recours contre le failli ; mais il exercera ce recours au même titre et de la même manière que le créancier auquel il est subrogé ; il prendra le dividende qui aurait été attribué à celui-ci. Le passif de la faillite n'est donc pas accru, l'actif n'est pas diminué, la situation de la masse reste après cette convention ce qu'elle était auparavant ; aucune nullité n'est encourue ⁷⁴⁹.

1348. Enfin, même dans les hypothèses où la nullité n'est pas encourue de plein droit, elle peut être prononcée par le

juge, lorsque la convention a eu lieu depuis la cessation des paiements et avant le jugement déclaratif, si le tiers qui a traité avec le débiteur avait connaissance de la cessation des paiements. Cette règle édictée par l'art. 447 C. co. s'applique aux constitutions d'hypothèques aussi bien qu'aux autres actes à titre onéreux. Seulement ici la nullité n'est pas nécessairement encourue ; elle est facultative pour le juge qui tiendra compte des circonstances. Il pourra donc annuler des hypothèques établies pour garantie de dettes nées soit en même temps, soit postérieurement ⁷⁵⁰.

1349. La loi du 4 mars 1889 a donné naissance à une difficulté. On s'est demandé s'il y avait lieu d'appliquer dans ce cas les art. 446 et 447 du C. co. D'après le projet de 1884, il existait à ce point de vue une différence capitale entre la liquidation judiciaire et la faillite. Dans la liquidation judiciaire, il n'y avait ni période suspecte, ni nullité d'actes ; les art. 446 et 447 C. co. étaient sans application. La liquidation judiciaire était exclusivement réservée au débiteur de bonne foi ; si, par erreur, le bénéfice en avait été accordé à un commerçant coupable de fraude, ses créanciers ne pouvaient invoquer que les règles du droit commun ; ils n'avaient d'autre ressource que l'exercice de l'action paulienne sous les conditions ordinaires. Ils étaient donc obligés de démontrer la fraude. Cette preuve faite, ils avaient le droit de demander la substitution du régime de la faillite au régime de la liquidation judiciaire ; alors ils pouvaient attaquer les actes accomplis pendant la période suspecte et invoquer les art. 446 et 447 C. co.

Cette règle n'a-t-elle pas été modifiée par l'art. 19 de la loi, aux termes duquel « le tribunal déclare la faillite si,

» depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours pré-

» cédents, le débiteur a consenti l'un des actes mentionnés

» dans les art. 446, 447 et 449 C. co., mais seulement dans le

» cas où la nullité aura été prononcée par les tribunaux com-

» pétents ou reconnue par les parties ».

Cette disposition n'implique-t-elle pas l'existence d'une période suspecte en matière de liquidation judiciaire comme en matière de faillite ? n'emporte-t-elle pas par suite l'application dans les deux cas des art. 446 et 447 C. co. ? C'est en ce sens que nous serions portés à nous prononcer. Les modifications apportées au projet de 1884 ont nécessairement cette conséquence, malgré les déclarations contraires du rapporteur qui ne sauraient l'emporter sur les textes et en modifier les effets. En conséquence, le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire produit des effets dans le passé, comme le jugement déclaratif, et doit déterminer l'époque de la cessation des paiements qui fixe la période suspecte ; les actes accomplis par le débiteur pendant cette période sont nuls ou peuvent être annulés en vertu des art. 446 et 447 C. co. ⁷⁵¹.

Cette solution est surtout incontestable pour ceux qui admettent avec la jurisprudence ⁷⁵² que l'état de cessation de paiements produit des effets, indépendamment de toute déclaration et autorise notamment l'application des art. 446 et 447 C. co. Mais c'est là une question étrangère à notre sujet ⁷⁵³.

1350. La nullité de l'hypothèque constituée dans les conditions que nous venons de déterminer n'est, en vertu des textes, qu'une nullité relative. Elle n'est prononcée par l'art. 446 C. co. qu'au profit de la masse ; dans les hypothèses prévues, soit par l'art. 447, soit aussi par l'art. 448, elle a le même caractère. Par conséquent, elle ne peut être invoquée qu'au nom de la masse, par le syndic qui la représente. Les créanciers, pris isolément, agissant dans

un intérêt particulier distinct de celui de la masse, n'ont pas le droit de s'en prévaloir ⁷⁵⁴. Il ne suffirait même pas qu'ils eussent mis en cause les syndics, si ceux-ci ne comparaissent pas ou s'ils ne concluent pas en justice à la nullité de l'hypothèque. L'action en nullité est une action collective.

Bien différente est, à ce point de vue, l'action paulienne de l'art. 1167 ; elle a en effet un caractère essentiellement individuel ; de là cette conséquence : le droit d'attaquer en vertu du droit commun les actes consentis par un débiteur, même en état de faillite, appartient individuellement à chacun des créanciers. Du moment où ils n'agissent pas en vertu des dispositions particulières de la loi commerciale, leur action ne saurait être écartée par aucune fin de non recevoir (⁷⁵⁵).

1351. Revenons aux art. 446 et 447 C. co. Nous venons de constater que leurs dispositions ont été édictées dans l'intérêt de la masse et que ses représentants ont seuls qualité pour s'en prévaloir en son nom. Le failli n'en a pas le droit ⁷⁵⁶ ; nous serions disposés à le lui refuser, même dans le cas de concordat et après cette convention. Il s'élève cependant à ce sujet des difficultés délicates, sur lesquelles nous ne pourrions nous expliquer sans sortir des bornes de ce traité ⁷⁵⁷. Sous cette réserve, nous dirons donc que le droit d'agir en nullité n'appartient pas au failli et qu'il n'a même pas le droit de s'opposer à ce que des créanciers, au profit desquels il avait constitué des hypothèques sur ses biens présents et à venir, les fassent inscrire sur des immeubles à lui donnés depuis la dissolution de l'union et en invoquent l'effet à l'égard des autres créanciers comme à l'égard de lui-même ⁷⁵⁸.

1352. Supposons maintenant que le syndic agissant au nom de la masse ait demandé et obtenu l'annulation d'une hypothèque constituée contrairement aux prescriptions des

art. 446 ou 447 C. co. Quel sera l'effet, quelles seront les conséquences du jugement ?

La réponse ne peut, nous semble-t-il, soulever aucune difficulté, s'il n'existe pas de créanciers hypothécaires postérieurs en rang à celui dont l'hypothèque a été annulée, ou si les hypothèques consenties à ces créanciers postérieurs ont également été anéanties par décision de justice. L'immeuble se trouve alors libéré de ces charges ; les sommes qui restent libres après paiement des créanciers hypothécaires antérieurs tombent dans l'actif de la faillite et sont, comme les autres valeurs qui en dépendent, réparties entre les créanciers de la masse.

1353. Mais la question devient beaucoup plus épineuse, lorsqu'il existe des créanciers postérieurs dont l'hypothèque n'est pas susceptible d'annulation. Ainsi une hypothèque conventionnelle a été constituée par le failli pendant la période suspecte pour sûreté d'une dette antérieure. Sur la demande du syndic, la nullité en a été prononcée en vertu de l'art. 446 C. co. Mais pendant la même période suspecte, le failli a consenti une hypothèque parfaitement valable, parce qu'elle a été établie au moment même de la naissance de la créance dont elle est la garantie, et que le créancier ignorait l'état de cessation de paiements du débiteur. Quels seront les droits de ce créancier ? A quel rang sera-t-il colloqué ?

Trois solutions différentes se présentent à l'esprit. On pourrait admettre, dans une première opinion, que le jugement qui annule l'hypothèque l'anéantit d'une manière absolue à l'égard de tous les créanciers, qu'il ne doit pas en conséquence en être tenu compte dans l'ordre et que les créanciers hypothécaires postérieurs voient ainsi s'améliorer leur situation par la disparition du créancier préférable ⁷⁵⁹.

Dans une deuxième opinion, le créancier dont l'hypothèque a été annulée, est seulement dans

l'impossibilité de l'invoquer au regard de la masse ; vis-à-vis de tous autres, il conserve son droit entier ; il peut donc l'exercer vis-à-vis des créanciers postérieurs, mais sous l'obligation de communiquer à la masse et de verser dans l'actif de la faillite le bénéfice retiré de l'exercice de l'hypothèque. On a même proposé d'aller plus loin dans cette voie ; on a émis l'idée qu'il y avait lieu d'autoriser alors le syndic soit à exercer l'hypothèque annulée au nom de la masse en vertu d'une subrogation ou d'une substitution, soit tout au moins à demander au nom de celle-ci une collocation en sous-ordre sur la part du prix attribuée au créancier dont l'hypothèque a été annulée ⁷⁶⁰.

Enfin dans une dernière opinion, on traite l'action en nullité de l'hypothèque comme une véritable action en dommages-intérêts : la nullité n'a pour but que de protéger les intérêts de la masse des créanciers de la faillite. Si l'exercice de l'hypothèque ne doit causer aucun préjudice à la masse, s'il ne doit diminuer en rien le montant des dividendes attribués à chacun, le créancier devra être colloqué au rang de son hypothèque, malgré le jugement d'annulation ; dans le cas contraire, il sera privé du droit de s'en prévaloir dans la mesure où sa collocation nuirait à la masse ⁷⁶¹.

Un exemple montrera les conséquences pratiques de ces diverses théories. Une hypothèque a été constituée au profit de Primus pour sûreté d'une dette antérieure de 10,000 fr. Une seconde hypothèque a été consentie à Secundus sur les mêmes immeubles pour sûreté d'une somme de 15,000. Le débiteur tombe en faillite et la date de la cessation des paiements est fixée à une époque telle que les deux hypothèques ont été établies pendant la période suspecte. L'hypothèque de Primus est annulée en vertu de l'art. 446 C. co. ; celle de Secundus au contraire est maintenue. Les immeubles hypothéqués du failli sont

vendus pour le prix de 20,000 fr. Un ordre est ouvert pour la distribution de cette somme. Comment sera-t-il réglé ?

Dans le premier système, il n'y a pas lieu de tenir compte de l'hypothèque de Primus, qui a été déclarée nulle. En conséquence Secundus vient au premier rang ; il obtient 15,000 fr. ; les 5,000 fr. qui restent seront versés dans l'actif de la faillite et répartis entre les ayants droit.

Dans le second système, Primus sera colloqué pour 10,000 fr. et il sera obligé de les verser dans la masse, ou bien le syndic se fera attribuer en sous-ordre le bénéfice de la collocation de Primus ou bien enfin le syndic, exerçant dans l'intérêt de la masse l'hypothèque de Primus, obtiendra sa collocation pour 10,000 fr. Quant à la situation de Secundus, elle sera la même que si l'hypothèque de Primus n'avait pas été annulée ; il recevra 10,000 fr. et restera créancier chirographaire de 5,000 fr.

Dans le troisième système, il faut rechercher ce que la masse aurait eu si l'hypothèque de Primus n'existait pas, lui attribuer cette somme et répartir le surplus entre Primus et Secundus en calculant sur le prix total sans tenir compte du jugement qui a annulé l'hypothèque de Primus, de telle sorte que la situation de Secundus ne subisse aucune modification par l'effet d'un jugement qui ne peut pas lui profiler. Voilà en conséquence le résultat auquel on est conduit dans notre hypothèse ; si l'hypothèque de Primus n'existait pas, Secundus aurait reçu 15,000 fr. et la masse aurait bénéficié de 5,000 fr. Elle recevra ces 5,000 fr. Quant à Secundus, l'hypothèque de Primus n'est pas annulée à son égard, il recevra donc la même somme que si l'exercice en était possible soit 10,000 fr. Les 5,000 fr. qui restent seront attribués à Primus.

1354. De ces diverses opinions il n'en est pas une qui ne se heurte à de graves objections.

Le système que nous avons exposé en dernier lieu peut séduire par son équité. Il a l'incontestable avantage de proportionner les effets de la nullité au préjudice éprouvé

par la masse. Il maintient le créancier hypothécaire, dont l'hypothèque est valable et à l'abri de toute critique, dans la situation qu'il a eu l'intention d'acquérir ; il ne le fait pas profiter d'une annulation d'hypothèque autorisée dans l'intérêt exclusif de la masse. A ce point de vue, il peut paraître séduisant et se recommande à l'attention du législateur.

Mais est-il bien conforme aux textes ? Nous ne le croyons pas ; car, indépendamment de sa complication, il peut être de ce chef l'objet d'une critique très sérieuse. La loi déclare que l'hypothèque consentie pendant la période suspecte pour sûreté d'une dette antérieure est nulle et sans effet à l'égard de la masse. Il semble bien en résulter qu'à partir du jugement qui en prononce la nullité elle ne peut produire aucun effet ; elle ne peut donner lieu à aucune collocation au profit de celui qui l'invoque ; elle ne doit pas être prise en considération pour la distribution des deniers dépendant de l'actif de la faillite. Or, dans le système que nous discutons en ce moment, l'hypothèque annulée donnerait naissance à une cause de préférence à l'encontre de la masse. Cette solution n'est-elle pas contraire au texte même de l'art. 446 C. co. ? Elle a pour résultat de transformer une nullité édictée par la loi et prononcée par le juge en une simple obligation de réparer le préjudice causé. Nous ne pensons pas que le pouvoir de l'interprète puisse aller aussi loin. C'est pourquoi nous ne saurions approuver cette solution, quelque équitable qu'elle paraisse et qu'elle soit en réalité. La nullité édictée par la loi n'est pas simplement éventuelle ; elle n'est pas subordonnée à cette condition que l'exercice de l'hypothèque cause un préjudice à la masse. Il y a quelque chose de choquant dans une théorie qui fait produire effet, peut-être pour le tout, à une hypothèque dont la nullité a été prononcée.

1355. C'est donc entre les deux autres solutions qu'il faut opter. Ici l'opposition des principes apparaît avec évidence. Dans l'une des opinions, la nullité de l'hypothèque profite à

la masse ; dans l'autre, elle profite aux créanciers hypothécaires postérieurs.

La première a l'avantage incontestable d'attribuer à la masse le bénéfice de l'exercice d'une hypothèque annulée en sa faveur. Il semble juste qu'il en soit ainsi. Peu importe la manière dont on atteint ce résultat. Qu'on décide que le créancier, dont l'hypothèque a été annulée, sera tenu de verser à la masse le montant de sa collocation ; qu'on autorise le syndic à se faire colloquer au nom de la masse au rang de l'hypothèque annulée ; qu'on lui permette seulement d'obtenir une collocation en sous-ordre, ce sont des moyens différents employés pour atteindre un seul et même but. Ce n'est pas encore le lieu d'examiner la valeur de chacun d'eux ; nous ne discutons que le principe de la solution et ses conséquences. Celle-ci répond à la pensée du législateur et sauvegarde tous les intérêts. Elle ne favorise pas les créanciers postérieurs ; elle ne leur nuit pas, n'est-elle pas dans cet équilibre qui est l'idéal de la justice ? Les créanciers postérieurs ne peuvent pas se plaindre, puisque leur situation reste après l'annulation ce qu'elle était auparavant. La nullité dont l'hypothèque est infectée n'a pas été édictée à leur égard ; elle ne doit pas leur profiter.

A ces différents points de vue, cette opinion semble donc satisfaisante. Mais n'est-elle pas en opposition avec les textes ? Nous le croyons et il paraît assez facile de le démontrer, à quelque procédé qu'on ait recours pour atteindre le but. La loi dit que l'hypothèque est nulle, qu'elle est sans effet. Or, on autorise le créancier à exercer lui-même cette hypothèque annulée, sous l'obligation de verser dans la masse le bénéfice de la collocation. Mais alors la masse devient créancière de cette restitution ; sa condition doit être celle de tout créancier. Qu'arrivera-t-il donc si le créancier hypothécaire est lui-même un commerçant et tombe en faillite, ou si le montant de cette collocation a été frappé de saisie-arrêt par d'autres

créanciers de la même personne ? Comment et à quel titre pourra-t-on attribuer d'une manière exclusive cette somme à la faillite ? Quel est le texte de loi, quel est le principe qui crée en sa faveur une cause de préférence ? Nous n'en voyons aucun. Dès lors le créancier, dont l'hypothèque aura été annulée, aura pu exercer son droit et cet exercice nuira à la masse. Cette solution n'est-elle pas condamnée par l'art. 446 C. co. ? La même objection se présente avec la même force contre la proposition d'admettre une collocation en sous-ordre au profit de la masse. Il nous paraît inutile d'insister. Enfin nous considérons comme absolument impossible d'autoriser le syndic à exercer au nom de la masse l'hypothèque annulée et à se faire attribuer directement le bénéfice de la collocation que le créancier hypothécaire ne peut prendre. Sans doute ce procédé ne présente pas les inconvénients que nous venons de faire ressortir et qui nous ont déterminés à repousser les combinaisons précédentes. Il n'est pas à craindre que les sommes attribuées au créancier hypothécaire profitent à ses créanciers personnels au détriment de la masse. Mais à quel titre le syndic pourrait-il exercer au nom de celle-ci l'hypothèque annulée ? Il faudrait que cette hypothèque lui eût été transmise. Elle ne l'a pas été par convention ; elle ne l'est pas par la loi, qui se borne à en prononcer la nullité, qui ne transfère pas le droit à la masse et ne l'en investit pas ; les tribunaux ne peuvent pas non plus la lui attribuer, car leurs pouvoirs sont déterminés par le texte et ils ne peuvent que prononcer la nullité.

En résumé, annuler une hypothèque, c'est enlever au créancier le droit de l'exercer ; non seulement il ne peut pas alors en invoquer le bénéfice en son nom personnel ; mais nul ne peut s'en prévaloir directement ou indirectement à sa place. Or le système que nous discutons aboutit précisément à ce résultat. Il annule l'hypothèque pour qu'elle ne préjudicie pas à la masse et en même temps il la maintient pour qu'elle lui profite. N'est-ce pas aller à

l'encontre du texte qui porte que. l'hypothèque est sans effet relativement à la masse ? La logique et la loi veulent au contraire que la masse soit dans la même condition que si l'hypothèque n'avait jamais été constituée. Elle doit donc subir l'effet des hypothèques postérieures qui, ayant été valablement constituées, s'exercent à son encontre.

1356. C'est précisément la solution que propose la dernière opinion. Les créanciers hypothécaires postérieurs, se trouvant ainsi seuls créanciers hypothécaires, profitent de l'annulation de cette hypothèque, ils montent tous d'un degré et sont colloqués à leur rang.

On pressent immédiatement la grave objection qu'appelle cette théorie. L'art. 446 C. co. décide que l'hypothèque est nulle relativement à la masse. C'est à l'égard de la masse seule que la nullité est prononcée. Donc, elle ne doit profiter qu'à la masse. Or les créanciers hypothécaires, en tant qu'ils invoquent leur hypothèque, exercent un droit propre et particulier, en opposition avec les intérêts de la masse. Ils ne font pas partie de cette masse et il paraît contraire à la logique de les faire profiter d'une nullité qui n'a pas été édictée en leur faveur.

L'objection est très sérieuse. On a essayé de la réfuter en invoquant le caractère de l'hypothèque et les principes de la loi en cette matière. On a dit ⁷⁶² : L'hypothèque est une charge réelle attachée à un fonds. Elle en est « comme un

» caractère essentiel et par conséquent comme un caractère

» absolu ». L'hypothèque ne saurait donc exister à l'égard des uns sans exister à l'égard des autres. Si elle est anéantie sur la demande de quelques-uns, elle disparaît à l'égard de tous. En d'autres termes, l'hypothèque ne peut rien avoir de contingent, ni de relatif selon les personnes. Tel est aussi le caractère du signe extérieur par lequel elle se révèle. L'inscription en manifeste l'existence à tous ; elle la conserve à l'égard de tous. Si radiation en est faite,

l'hypothèque disparaît au profit de tous. Comme droit réel, elle naît avec un caractère absolu ; l'inscription la conserve comme telle ; l'annulation la fait disparaître dans les mêmes conditions et à l'égard de tous. Dans ce cas, l'immeuble libre de toute affectation au profit du créancier hypothécaire antérieur demeure grevé des hypothèques postérieures qui, à défaut de droit préférable, s'exercent seules suivant leur rang.

Il nous semble que cette argumentation, quoiqu'elle s'appuie sur le caractère même de l'hypothèque et les principes généraux de la loi, ne tient pas suffisamment compte de la disposition de l'art. 446 C. co. Il est parfaitement exact de dire que l'hypothèque annulée disparaît en thèse générale à l'égard de tous. Mais la question est précisément de savoir s'il en est ainsi dans notre hypothèse. Or, à ce point de vue, la loi ne se contente pas de dire que l'hypothèque est nulle ou n'est pas valable, comme lorsqu'elle n'est pas spéciale, ou lorsqu'elle est consentie par un non dominus ou par un propriétaire incapable d'hypothéquer. Dans ces cas, l'hypothèque est infectée soit d'un vice absolu, soit d'un vice relatif comme l'incapacité. La nullité prononcée, le droit réel disparaît complètement ; le créancier ne peut plus se prévaloir de la sûreté qu'il avait stipulée. L'art. 446 C. co. est au contraire conçu dans des termes bien différents. Il ne prononce pas purement et simplement la nullité de l'hypothèque, il précise et désigne les personnes à l'égard desquelles cette nullité est encourue. C'est relativement à la masse que l'hypothèque est nulle. Il en résulte que la masse représentée par le syndic a seule qualité pour la faire prononcer ; il en résulte, croyons-nous, que le jugement ne produit d'effet que relativement à la masse ; ne faut-il pas en conclure que la masse a seule qualité pour se prévaloir de la sentence, qu'elle a seule le droit d'en retirer profit, et que ceux qui ne font pas partie de la masse ne peuvent ni

invoquer cette nullité, ni en bénéficier ? Ainsi en serait-il des créanciers hypothécaires postérieurs en date ?

La question revient donc à se demander si les créanciers hypothécaires postérieurs font partie de la masse et s'ils ont à ce titre, qualité pour profiter de la nullité prononcée en vertu de l'art. 446 C. co. Or si l'on consulte les travaux préparatoires de la loi de 1838. si l'on se pénètre du motif de la loi, on acquiert assez vite la conviction que le législateur a voulu établir une antithèse entre le failli et la masse : le failli. qui ne peut pas invoquer la nullité de l'hypothèque ; et la masse, au nom de laquelle elle sera poursuivie par le syndic. Si tel le a été la pensée de la loi, le mot masse a ici un sens général et comprend, à l'exception du failli, tous ceux auxquels la constitution d'hypothèque est de nature à causer préjudice et qui profiteront de son annulation. Tel est bien le cas des créanciers hypothécaires postérieurs. Ils font donc comme les créanciers chirographaires, partie de la masse. Cette argumentation est corroborée par cette observation que la loi se sert des mots masse chirographaire lorsqu'elle veut limiter le sens de cette expression générale en elle-même et l'opposer à la masse hypothécaire (art. 552. 554 et 555 C. co.). Nous ajouterons que les créanciers, nantis d'un gage spécial sont dans une situation analogue à celle des créanciers hypothécaires. L'art. 546 C. co. décide cependant qu'ils figurent dans la masse, bien qu'ils n'y soient inscrits que pour mémoire ; cela suffit pour justifier l'interprétation, que nous donnons de ce mot employé dans l'art. 446 C. co., et la théorie qui y fait rentrer les créanciers hypothécaires. Enfin il nous paraît difficile de ne pas admettre les créanciers de l'art. 2101 à exercer leur privilège sur les sommes qui sont rapportées à la masse, par suite, par exemple de l'annulation d'un paiement pour dettes non échues. Or l'art. 446 C. co. ne prononce cette nullité que relativement à la masse. Si donc les créanciers privilégiés de l'art. 2101 font partie de la masse malgré la sûreté dont leurs créances sont pourvues, nous ne voyons pas de motifs pour ne pas y comprendre les créanciers hypothécaires.

Il arrivera peut-être assez souvent que, faute d'intérêt, le syndic, auquel seul elle appartient, refusera d'exercer l'action en nullité de l'hypothèque. Les créanciers hypothécaires postérieurs ne pourront pas l'intenter en leur nom personnel. L'hypothèque, quoique contraire à l'art. 446 C. co., continuera de produire ses effets. Il est à craindre que la détermination du syndic dépende des offres plus ou moins avantageuses qui lui seront faites par les parties intéressées. Il n'y a pas à se préoccuper, croyons-nous, de cet inconvénient. Il s'agit d'une nullité édictée dans un intérêt privé ; il n'est pas surprenant que l'exercice de l'action soit abandonné à l'appréciation souveraine que les parties font de leur intérêt. En tout cas, ces transactions auront pour résultat d'accroître l'actif de la masse chirographaire et de ramener à cette égalité, qui est un des principes de la loi en matière de faillite.

1357. Si l'hypothèque, pour être valable, doit être consentie par le propriétaire capable d'aliéner, rien ne s'oppose à ce qu'il soit représenté par un mandataire. Ce mandat peut être conventionnel ou légal. Si le mandat est conventionnel, il doit être exprès, comme le mandat à l'effet d'aliéner (art. 1988). Nous ne nous occupons pas en ce moment de la forme en laquelle il doit être rédigé. Nous reviendrons plus loin sur ce point. Le mandat légal est soumis à la même règle. Il ne suffit pas d'être chargé par la loi de l'administration du patrimoine d'autrui pour avoir la faculté d'hypothéquer. Comme le mandat conçu en termes généraux (art. 1988), ce mandat confère bien le pouvoir d'accomplir tous les actes d'administration ; mais la constitution d'hypothèque n'est pas un acte d'administration ; c'est un acte d'aliénation, pour lequel la loi exige la capacité d'aliéner ; il faut donc qu'un texte formel confère à l'administrateur de la fortune d'autrui le pouvoir d'hypothéquer.

En conséquence, le tuteur d'un mineur ou d'un interdit n'a pas, en sa qualité d'administrateur des biens de son

pupille, le droit d'hypothéquer les immeubles de celui-ci. Mais, comme l'hypothèque peut être d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident, la loi lui permet de la consentir en déterminant les formalités protectrices à remplir (art. 457 s.), C'est à ces règles que se réfère le texte d'ailleurs assez obscur de l'art. 2126 : « Les biens des mineurs, des interdits et ceux

» des absents, tant que la possession n'en est déferée que pro-

» visoirement, ne peuvent être hypothéqués que pour les cau-

» ses et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de

» jugements ».

1358. Lemari, bien qu'il ne soit pas propriétaire exclusif des biens communs, trouve dans sa qualité de chef de la communauté le droit d'hypothéquer les immeubles qui en dépendent. Il jouit à cet égard de pouvoirs très étendus, qui ne lui appartiennent pas sur le patrimoine personnel de sa femme.

1359. De même, les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent ne peuvent pas hypothéquer les immeubles qui dépendent de son patrimoine. Ils ne sont que des administrateurs (art. 125). Cette solution, résultant des principes, est expressément consacrée par l'art. 128 qui leur interdit d'aliéner et d'hypothéquer les immeubles de l'absent.

Si cette règle était absolue et sans exception, elle pourrait être désastreuse. L'absent avait contracté des obligations venues à échéance ; il est indispensable de les acquitter pour éviter une expropriation forcée et une vente inopportune. Des réparations urgentes sont nécessaires pour prévenir la ruine des bâtiments. Pour se procurer les fonds dont ils ont besoin, les envoyés en possession provisoire sont contraints de recourir à un emprunt et les prêteurs exigent la garantie d'une hypothèque. La loi les mettra-t-elle dans l'impossibilité de réaliser une opération

utile ? On pense généralement que l'art. 2126 a corrigé la rigueur excessive de l'art. 128 et que l'hypothèque pourra être constituée en vertu d'un jugement, qui autorisera les envoyés en possession provisoire à la consentir.

Il est difficile d'admettre, comme on l'a proposé, que le législateur ait eu en vue, dans cet art. 2126, l'hypothèque judiciaire et ait entendu dire seulement que les biens de l'absent seraient, en cas de condamnation, frappés de l'hypothèque de l'art. 2123. Dans la section à laquelle appartient l'art. 2126, la loi traite exclusivement de l'hypothèque conventionnelle ; elle ne s'y occupe pas de l'hypothèque judiciaire, à laquelle d'ailleurs elle a consacré une section spéciale. En outre, on enseigne généralement que la constitution d'une hypothèque peut parfaitement être autorisée par la justice pendant la période de la présomption d'absence ; et il est impossible de découvrir un motif rationnel pour l'interdire pendant la seconde période, alors que l'existence de l'absent est devenue plus incertaine.

1360. On connaît le droit attribué par l'art. 124 à l'époux présent, lorsque les époux ont adopté un régime de communauté. Il a la faculté d'opter entre la continuation provisoire et la dissolution de cette communauté. S'il prend le premier parti, il empêche l'envoi en possession provisoire. Voyons rapidement quels sont, dans l'une et l'autre alternative, ses droits en ce qui concerne l'hypothèque.

Si la femme est absente et si le mari présent opte pour la continuation provisoire de la communauté, il a le droit d'hypothéquer librement ses biens personnels et les immeubles communs. Pour les propres de sa femme, au contraire, il n'est qu'un administrateur ; bien qu'il conserve seulement les pouvoirs que lui conférerait le contrat de mariage, on admet cependant, à raison de l'analogie, qu'il doit avoir les mêmes droits que les envoyés en possession provisoire. En conséquence, il pourra hypothéquer les

immeubles propres de sa femme en vertu d'une autorisation de justice (art. 128 et 2126 cbn.).

Si le mari est absent, la femme présente devient administratrice générale par son option pour la continuation provisoire de la communauté. On la soumet aux mêmes règles que les envoyés en possession provisoire. En conséquence, elle ne pourra hypothéquer ni les immeubles communs, ni les immeubles propres de son mari, si ce n'est en vertu d'un jugement (art. 128 et 2126). Pour hypothéquer ses immeubles propres, elle aura également besoin d'une autorisation de justice. Cette dernière solution est une conséquence des principes généraux de la loi sur la condition de la femme mariée et non des règles spéciales de l'absence. L'absence n'est pas une cause de dissolution du mariage ; la femme demeure donc incapable et, à défaut de l'autorisation maritale qu'elle ne peut obtenir, elle est obligée de s'adresser à la justice (art. 217 et 222).

Reste le cas où l'époux présent opte pour la dissolution de la communauté.

Le mari présent peut hypothéquer librement ses propres ainsi que les immeubles de communauté qui lui ont été attribués. Mais il ne jouit pas du même droit sur les immeubles qu'il reçoit en vertu d'une libéralité à lui faite par sa femme et subordonnée à la condition du prédécès de celle-ci ; il se trouve alors dans la même situation que les envoyés en possession provisoire.

La femme présente a toujours besoin, dans le même cas, d'une autorisation de justice soit en vertu des règles de l'absence, soit à raison de l'incapacité dont elle est frappée en qualité de femme mariée.

1361. Pendant la troisième période de l'absence, les envoyés en possession définitive jouissent des pouvoirs les plus étendus ; ils peuvent hypothéquer les immeubles de l'absent de la même manière qu'ils peuvent les aliéner ; les

hypothèques par eux constituées seront donc opposables à l'absent de retour (art. 132).

1362. Le principe que pour pouvoir hypothéquer il faut être capable d'aliéner comporte exception en ce qui concerne le mineur commerçant. Il peut hypothéquer ses immeubles, ou d'une manière générale ses biens susceptibles d'hypothèques, pour les besoins de son commerce, bien qu'il ne puisse pas les aliéner, du moins sans remplir les formalités prescrites par le droit commun (art. 6 C. co.). Le mineur commerçant se trouve ainsi avoir une capacité moins étendue que la femme mariée commerçante, qui peut, sans autorisation, non seulement hypothéquer ses immeubles, mais encore les aliéner pour les besoins de son commerce. Il eût été plus juridique, comme la remarque en a été faite au conseil d'Etat par Béranger et Berlier ⁷⁶³, d'accorder dans cette mesure pleine capacité au mineur commerçant ⁷⁶⁴.

III. TROISIÈME CONDITION. Spécialité de l'hypothèque.

1363. La législation romaine n'avait pas admis le principe de la spécialité des hypothèques, pas plus que celui de la publicité. Les parties pouvaient donc constituer des hypothèques générales frappant les biens présents et à venir du débiteur ⁷⁶⁵. La stipulation pouvait revêtir des formules diverses : fidei et periculo renim ad me pertinentium, ou per rerum exactionem satisfieri tibi promitto, ou encore res meas suppono. On pouvait se demander alors si l'hypothèque était limitée à l'universalité des biens présents, ou si elle s'étendait même aux biens à venir. En principe, on donnait à la constitution hypothécaire la plus large portée. Justinien mit un terme à toutes les contestations en décidant expressément que ces formules signifiaient quæ habeo habiturusque sum ⁷⁶⁶. Malgré sa généralité, ce principe comportait cependant quelques

exceptions. Certaines choses étaient exceptées soit en vertu d'une présomption de volonté, soit en vertu d'une renonciation du créancier ⁷⁶⁷.

1364. Notre ancienne jurisprudence admit et développa cette règle : « Car comme on a vu » dit Loyseau ⁷⁶⁸, « que » par une simple parole on pouvait obliger son bien, sans » qu'on ne reçut lors de l'obligation aucune incommodité, » pour ce que toujours on en demeurerait saisi et jouissant, on

» ne s'est pas contenté d'obliger un seul héritage en l'expri-

» mant particulièrement ; mais premièrement on a commencé

» d'obliger d'un seul mot, tous et chacuns ses biens, comme

» cela étant aussi facile au débiteur, et plus commode au

» créancier, ce que du commencement on n'entendait sinon

» des biens que l'obligé avait lors du contrat ; depuis on s'est

» accoutumé d'obliger nommément les biens présents et à

» venir, mais encore s'il n'était dit l'obligation générale

» n'avait effet que pour les biens présents : mais à la fin Jus-

» tinien a étendu l'hypothèque générale aux biens à venir

» encore qu'il n'en fut rien exprimé au contrat. L. ult. C. Quæ

» res pignori obligari possunt.

Et encore en France on a bien passé plus outre, car pour

» ce qu'en tous les contrats par un style ordinaire des notai-

» res on s'est accoutumé d'insérer la clause d'obligation de

» tous les biens, on a enfin tenu pour règle que tous contrats

» portaient hypothèque sur tous les biens, comme cette

clause

» étant sous-entendue si elle avait été omise.

En quoi à la vérité, il n'y a nul inconvénient pour le regard

» du débiteur, car il est bien raisonnable de le faire bon

» payeur par tous moyens. Mais l'inconvénient est grand à

» l'égard d'un tiers acquéreur de bonne foi... »

Nous avons tenu à reproduire ce passage dans son entier ; Loyseau y indique les inconvénients que présentait, à son avis, l'hypothèque générale. Le danger est grand pour un tiers acquéreur de bonne foi exposé à être évincé par l'exercice d'hypothèques dont il a ignoré l'existence ; mais il n'est pas la conséquence de la généralité des hypothèques ; il a sa cause dans l'absence de toute publicité. Qu'importe à un acquéreur qu'une hypothèque soit générale ou spéciale ? Son intérêt est de connaître les charges qui grèvent l'immeuble acquis. C'est la publicité qui lui importe ; en elle-même, la spécialité lui est indifférente ; elle ne serait indispensable que si elle était un moyen nécessaire d'assurer la publicité et il n'en est certainement pas ainsi. Les hypothèques générales se prêtent parfaitement à un régime de publicité. Nous présentons ici cette observation, parce qu'elle nous servira dans un instant à interpréter les règles de notre code.

1365. Malgré l'audace des réformes qu'il tenta, le décret du 9 messidor de l'an III n'apporta aucune modification à ces règles. L'hypothèque volontaire peut frapper les biens présents et à venir du débiteur (art. 8), elle résulte même de plein droit des obligations ou titres de créance faits par acte public de la juridiction volontaire ou contentieuse (art. 17 et 19), et elle frappe les biens présents et à venir des obligés et condamnés et ceux de leurs héritiers (art. 19) purs et simples (art. 27 et 28). Mais si le décret du 9 messidor an III conserve l'hypothèque générale de notre ancienne jurisprudence, il tient compte cependant des critiques de Loyseau et remédie à l'inconvénient par lui

signalé. Il consacre le principe de la publicité et décide que l'hypothèque n'est définitivement acquise que par la formalité de l'inscription (art. 19).

C'est aux auteurs de la loi du 11 brumaire de l'an VII que revient l'honneur d'avoir les premiers complété la réforme et édicté le principe de la spécialité du gage hypothécaire (art. 4).

1366. Ce n'est pas sans difficulté qu'il a trouvé place dans notre code.

Le principe de la généralité de l'hypothèque conventionnelle avait parmi nos législateurs des partisans nombreux et convaincus, et ce n'est qu'à la suite d'une lutte très vive, dont l'issue a été principalement déterminée par l'énergie du tribunal de cassation, que le principe opposé, celui de la spécialité, a pu pénétrer dans notre code civil ⁷⁶⁹.

Nos lois y ont gagné ; car la généralité des hypothèques offre de graves inconvénients au triple point de vue du débiteur, de ses créanciers et de la société.

Au point de vue du débiteur, qu'il convient de protéger contre la facilité avec laquelle il hypothéquerait la généralité de ses biens à la sûreté d'une même dette, ne conservant plus la libre disposition d'aucun ; en limitant ainsi le gage hypothécaire, on laisse au débiteur la disposition des autres biens qui lui appartiennent, il peut librement les aliéner ou les affecter à la sûreté d'autres créanciers. On ménage le crédit du propriétaire ; on sauvegarde ainsi les intérêts de la richesse publique. Comme l'a dit fort justement le tribun Grenier dans son rapport au Tribunat ⁷⁷⁰, l'hypothèque spéciale « produit un effet que le législateur doit principalement

» rechercher, parce qu'il tourne également en faveur de celui

» qui emprunte et de celui qui prête. Le premier a le moyen

» de n'hypothéquer ses biens que jusqu'à concurrence de la

» dette qu'il contracte ».

Au point de vue des créanciers : le principe de la généralité des hypothèques conduit en effet à des ordres d'une complication extrême, entraînant des frais énormes, à cause du concours sur les mêmes biens d'un grand nombre de créanciers. On évite en partie cet inconvénient avec le principe de la spécialité, qui a ordinairement pour résultat d'assigner à chaque créancier un gage distinct et de lui faire gagner ainsi en certitude ce qu'il perd en étendue. Le tribun Grenier ajoute encore ⁷⁷¹. « A l'égard du second (celui qui prête), l'ob-

» jet de son hypothèque spéciale devient ordinairement un
» gage pour lui seul ; car il est rare qu'un autre particulier
» vienne prêter sur la foi de ce même gage ».

Enfin, au point de vue de l'intérêt général ; car, avec le principe de la généralité de l'hypothèque, la fortune immobilière est rapidement grevée et frappée d'une sorte d'immobilité.

1367. Les considérations par lesquelles nous avons justifié le principe de la spécialité des hypothèques conventionnelles démontrent qu'il n'est pas nécessaire de lui chercher une autre base dans le principe de la publicité. Mais si la règle de la spécialité de l'hypothèque prépare la spécialisation de l'inscription, elle n'en est pas la conséquence. L'esprit concevrait très bien un régime hypothécaire analogue à celui de l'édit de 1673, dans lequel l'hypothèque pourrait être générale, tandis que l'inscription devrait être spéciale. Il n'y a donc pas de lien nécessaire entre ces deux idées et il importe de les distinguer ⁷⁷².

En effet la publicité n'est prescrite que dans l'intérêt des tiers ; seuls ils ont le droit de se prévaloir du défaut d'inscription ou de l'irrégularité de l'inscription prise et de

soutenir que, pour ce motif, l'hypothèque est destituée de toute efficacité à leur égard.

Au contraire, la spécialité de la constitution hypothécaire étant exigée pour les motifs ci-dessus, devient une condition de validité de l'hypothèque elle-même et l'inobservation de cette condition en entraînera la nullité. L'art. 2129 consacre bien notre théorie quand il dit : « Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle.. ». L'hypothèque qui n'est pas constituée conformément à l'art. 2129, c'est-à-dire qui n'est pas spéciale, n'est donc pas seulement frappée d'inefficacité à l'égard des tiers, mais encore elle n'est pas valable, elle est nulle et cette nullité peut être invoquée par toute personne intéressée à ce que l'hypothèque n'existe pas, par les tiers pour écarter un créancier qui leur serait préférable ou qui voudrait exercer le droit de suite à leur encontre, par le débiteur lui-même pour faire constater l'affranchissement de son immeuble.

1368. Il importerait peu que l'hypothèque, qui n'a pas été spécialisée au moment de sa naissance, l'eût été dans l'inscription ultérieurement requise. C'est dans le titre constitutif lui-même ou dans un acte authentique postérieur que la spécialisation doit être opérée. L'art. 2129 est formel à cet égard. L'inscription n'est qu'une formalité conservatoire ; on ne conserve qu'un droit qui existe légalement ; l'hypothèque étant nulle, l'inscription n'a pas pu la conserver ; il faudrait qu'elle lui donnât la vie ; elle n'en a pas la puissance. Si elle a été requise, elle l'a été sans droit. L'hypothèque annulée, l'inscription doit être radiée ⁷⁷³.

Il nous suffit, pour le moment, d'avoir posé les principes ; nous aurons ultérieurement l'occasion d'en déduire d'importantes conséquences. La chambre civile de la cour de cassation les a mis en lumière dans son arrêt du 20 février 1810 ⁷⁷⁴ avec une telle puissance de démonstration que nous croyons utile d'en citer les termes : « Attendu

qu'en regardant ensuite

» ce défaut de spécialité comme suffisamment réparé par la

» publicité donnée depuis à cette hypothèque, au moyen de

» l'inscription prise, et qui aura suffisamment donné à con-

» naître à ceux qui ont traité ultérieurement avec Bertail quels

» étaient les immeubles précédemment hypothéqués, et quels

» étaient, par conséquent, ceux hypothéqués à Courbon, l'ar-

» rêt attaqué a supposé nécessairement qu'à défaut de spécialité,

» la publicité suffirait ; que, par cette supposition, cet

» arrêt s'est élevé contre le système général du régime hypo-

» thécaire ; qu'en effet, ce système est de faire reposer l'hy-

» pothèque conventionnelle sur une double base, savoir la

» spécialité et la publicité et de faire concourir simultanément

» l'une et l'autre, de manière que la spécialité est insuff-

» fisante, si elle n'est pas accompagnée de publicité, comme

» la publicité est de nul effet, et doit être regardée comme

» non avenue, si elle n'est pas elle-même appuyée sur la spé-

» cialité ; — Attendu que, si l'inscription prise effectivement

» par Courbon, en vertu de l'obligation sus-datée, peut être

» considérée comme régulière et conforme à la loi, il en résulte-

» rait bien que son hypothèque est devenue publique ; mais

» il n'en est pas moins certain que cette hypothèque n'est pas

» spéciale et manque par conséquent de l'une des deux

» grandes bases du régime hypothécaire ; d'où il suit encore

» que la considération, subsidiairement prise par l'arrêt atta-

» qué, de la publicité donnée à cette hypothèque, aurait illé-

» galement servi de second motif à cet arrêt, pour déclarer,

» comme il l'a fait, valable l'hypothèque dont il s'agit, déjà

» nulle irrévocablement par le seul défaut de spécialité re-

» quise par la loi, comme base première et principale de

» l'hypothèque ; en sorte que, même sous ce rapport, l'arrêt

» a encore violé la loi ».

1369. En établissant le principe de la spécialité, la loi veut donc surtout mettre le débiteur en mesure d'apprécier exactement et de limiter l'étendue de la brèche que la constitution de l'hypothèque ouvre dans son crédit hypothécaire. Pour cela, il faut que le contrat fasse connaître, d'une part, quels sont les immeubles affectés à l'hypothèque, et d'autre part, quel est le montant de la créance garantie par l'hypothèque. Cette double indication réalise ce qu'on appelle la spécialité. La première constitue la spécialité quant au gage hypothécaire, la seconde, la spécialité quant à la créance hypothécaire. Nous allons les étudier successivement.

1. De la spécialité quant au gage hypothécaire.

1370. La spécialité quant au gage hypothécaire consiste dans la désignation précise de l'immeuble ou des immeubles grevés de l'hypothèque. L'art. 2129 va nous dire quels sont les éléments dont elle se compose : « Il n'y a

d'hypothèque

- » conventionnelle valable que celle qui, soit dans le titre
- » authentique constitutif de la créance, soit dans un acte
- » authentique postérieur, déclare spécialement la nature et
- » la situation de chacun des immeubles actuellement appar-

- » tenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de

- » la créance. Chacun de tous ses biens présents peut être no-

- » minativement soumis à l'hypothèque. — Les biens à venir
- » ne peuvent pas être hypothéqués ».

La spécialité quant au gage hypothécaire se compose donc d'un double élément : 1° indication de la nature des immeubles hypothéqués ; 2° indication de leur situation.

1° Il faut indiquer la nature de tous et de chacun des immeubles hypothéqués, ou, comme le dit l'art. 2148, leur espèce. Ces deux expressions signifient qu'il faut désigner d'une manière précise chaque bien hypothéqué, faire connaître ce qui l'individualise et peut permettre de le distinguer des autres immeubles. Ainsi on dira si c'est une propriété bâtie ou non bâtie, et dans ce dernier cas on spécifiera la nature du terrain : terres labourables, bois, prés, vignes... Bien que la loi ne l'exige pas, il est bon de mentionner, d'une manière approximative au moins, la contenance de chaque immeuble hypothéqué, qui se trouve ainsi mieux individualisé.

2° Il faut indiquer dans l'acte constitutif d'hypothèque la situation des biens hypothéqués. Le plus prudent, pour satisfaire pleinement à cette condition, est d'indiquer, non seulement la commune dans laquelle les biens sont situés, mais encore leurs tenants et aboutissants (arg. art. 64 Pr. civ.). On les individualise ainsi d'une manière aussi complète que possible.

La jurisprudence se montre très facile à cet égard et se contente d'une indication générale portant que les

immeubles hypothéqués « sont situés dans l'étendue de tel arrondis-

» sement hypothécaire ou de telle commune » (⁷⁷⁵).

1371. On a prétendu que là s'arrêtent les exigences de la loi. Il en résulterait que lorsque ces conditions sont remplies la validité de l'hypothèque ne peut pas être contestée. Les nullités sont de droit étroit et doivent être édictées par un texte. Des arrêts ont conclu ⁷⁷⁶ qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer la nature du droit hypothéqué. Que cette solution soit certaine, lorsqu'il s'agit de la propriété, nous l'admettons sans peine. Le droit de propriété absorbant toute l'utilité de la chose se confond avec elle et constitue même le seul bien corporel reconnu par le code. Hypothéquer un immeuble, c'est donc, d'après le langage de la loi et le langage ordinaire, hypothéquer la propriété de cette chose.

Mais en serait-il de même s'il s'agissait d'un simple droit d'usufruit ? Si, dans ce cas, l'hypothèque était constituée sur l'immeuble lui-même et que le constituant fût seulement usufruitier, serait-elle valablement établie ? Aurait-il été satisfait aux prescriptions de l'art. 2129 ? Aurait-on suffisamment indiqué la nature de l'immeuble hypothéqué ? Nous serions bien portés à répondre négativement. Le mot immeuble dans l'art. 2129 est employé dans son sens général ; il ne désigne pas seulement les immeubles corporels ; il comprend tous les immeubles susceptibles d'hypothèques, aussi bien les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent que les immeubles par leur nature (art. 517). Il faut, pour remplir les prescriptions de la loi, faire connaître la nature de l'immeuble hypothéqué non seulement son état matériel, mais encore son état, sa nature juridique. Les termes de l'art. 2129 impliquent donc la nécessité d'exprimer si l'hypothèque grève la propriété ou un de ses démembrements. Cette solution conforme au texte est

aussi en harmonie avec les motifs qui ont guidé le législateur. Hypothéquer un immeuble c'est affecter la propriété de cet immeuble à la sûreté d'une créance. Quand l'hypothèque ne frappe que l'usufruit, il est nécessaire de s'en expliquer formellement. Cette condition sera généralement remplie : les notaires ont en effet l'habitude d'indiquer l'origine du droit du constituant et par suite d'en faire connaître la nature.

1372. L'application de ces règles ne présentera aucune difficulté si l'hypothèque n'est établie que sur un seul immeuble ; on décidera sans peine si les indications de l'acte suffisent pour l'individualiser et en font suffisamment connaître la nature et la situation.

Mais la question ne se pose plus dans des termes aussi simples, lorsque l'affectation hypothécaire porte sur un ensemble d'immeubles ; il s'élève alors de très sérieuses controverses. Des distinctions deviennent nécessaires.

1373. Si l'hypothèque est établie sur un domaine ou une ferme, il n'est pas nécessaire d'indiquer séparément chacune des pièces de terre qu'il comprend ; il suffit, dans l'opinion générale, de le désigner par son nom en y joignant l'indication de sa situation. L'hypothèque sera donc valable, si l'on a déclaré hypothéquer tel domaine situé dans telle commune sans ajouter qu'il est composé de bâtiments, terres labourables, prés, bois et vignes, etc. Le domaine forme en effet une espèce d'universalité de fait ; il est suffisamment individualisé par l'indication de sa situation, du nom sous lequel il est connu. L'art. 64 Pr. civ. fournit un argument d'analogie très puissant en faveur de cette solution ⁷⁷⁷.

Cependant elle nous laisse des doutes ; nous croirions préférable et plus sûr d'indiquer d'une manière générale la nature des diverses parcelles qui en dépendent, de dire par exemple qu'il est composé de bâtiments d'habitation et de

servitudes, de terres labourables, prés, bois, vignes, etc.
778.

1374. Quelquefois, au contraire, l'acte constitutif porte d'une manière générale que le débiteur hypothèque tous ses immeubles situés dans telle commune, ou dans l'arrondissement de tel bureau, ou même dans tel département. L'hypothèque est-elle valablement constituée ? Sur ce point, la jurisprudence est très divisée. Malgré la tendance générale des cours d'appel à admettre la validité d'une semblable stipulation 779, la cour de cassation paraît avoir définitivement consacré aujourd'hui l'opinion qui en prononce la nullité 780. Cette dernière solution nous paraît seule conforme à la loi. En admettant, ce qu'on pourrait contester sérieusement, au moins dans le cas où l'hypothèque est établie sur les immeubles situés dans tel département, en admettant, disons-nous, que la situation des immeubles hypothéqués soit indiquée et qu'à ce point de vue les prescriptions de l'art. 2129 aient reçu satisfaction, il nous paraît certain qu'on n'a pas fait connaître la nature des biens grevés. A cet égard, la loi n'a pas été observée, l'hypothèque n'est pas valable. A ce motif qui justifie la jurisprudence de la cour de cassation, on peut ajouter les considérations que nous allons invoquer au sujet de la question suivante.

1375. Il arrive en effet assez fréquemment que la constitution hypothécaire est conçue dans les termes suivants : « A

» la sûreté de ladite créance, le débiteur hypothèque tous les

» biens qu'il possède dans la commune de N..., consistant en

» maisons, manufactures, terres labourables, bois, prés, vignes et autres natures de propriétés ». La jurisprudence, même celle de la cour de cassation, considère une semblable constitution d'hypothèque comme satisfaisant

aux exigences de la loi, et par suite comme valable (⁷⁸¹). On a effet indiqué la nature et la situation des immeubles hypothéqués ; les prescriptions de l'art. 2129 sont remplies ; l'hypothèque est spécialisée dans les conditions mêmes où l'ordonne la loi ; elle est valable.

Cette solution serait incontestable si la matière était encore régie par l'art. 4 de la loi du 11 brumaire an VII, et s'il suffisait d'indiquer dans l'acte constitutif la nature et la situation des immeubles hypothéqués. Les rédacteurs du code n'ont pas reproduit cette formule générale ; la rédaction nouvelle, à moins de prétendre qu'elle n'a aucune signification, marque des intentions différentes. La loi de l'an VII n'excluait pas une désignation collective de la nature et de la situation des biens grevés. L'art. 2129 la proscriit bien par son texte. Il veut que l'on déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles hypothéqués. Pour accentuer encore sa volonté et ne laisser place à aucun doute, il ajoute : « Chacun de tous les biens présents peut être nominativement soumis à l'hypothèque ». En validant la stipulation par laquelle le débiteur hypothèque tous ses biens présents, la jurisprudence n'est-elle pas en opposition avec le texte de la loi ? Celle-ci permet au débiteur d'hypothéquer chacun de tous ses biens présents, la jurisprudence l'autorise à hypothéquer d'une manière générale tous ses biens présents ; la loi veut que chacun des biens présents soit nominativement soumis à l'hypothèque ; la jurisprudence se contente d'une désignation collective. Sa doctrine n'est-elle pas en opposition avec le texte ?

Elle est aussi contraire à l'esprit de la loi qu'à son texte. Le principe de la spécialité a été principalement édicté dans un double but : 1° pour protéger le débiteur contre la facilité avec laquelle il pourrait se laisser entraîner à consentir des hypothèques trop étendues venant sans nécessité diminuer son crédit ; 2° prévenir les entraves que

de pareilles hypothèques ne manqueraient pas d'apporter à la libre circulation des biens. La théorie de la jurisprudence va directement à l'encontre du but poursuivi par le législateur. En autorisant le débiteur à hypothéquer en bloc tous les immeubles qu'il possède sans exiger l'indication spéciale de la nature et de la situation de chacun, des biens grevés, on l'expose sans défense aux demandes du créancier ; on ne le met pas dans l'obligation de constater l'exagération de la sûreté réclamée, d'en faire ressortir les dangers et d'en réclamer la limitation. En validant cette stipulation, on multiplie les charges dont les immeubles sont grevés, on compromet la sécurité des transactions et on rend plus difficile, plus incertaine, moins avantageuse la transmission de la propriété.

Enfin la jurisprudence est en opposition avec la tendance qui porte généralement les législateurs à substituer une publicité réelle à la publicité personnelle organisée par nos lois. Il importe assez peu à l'acquéreur de connaître la situation hypothécaire de son vendeur ; mais il lui est indispensable de connaître les charges réelles, spécialement les hypothèques, qui grèvent l'immeuble acquis. Or la spécialité de l'hypothèque prépare la spécialité de l'inscription et permet seule d'entourer la naissance du droit hypothécaire d'une publicité sérieuse. La constitution d'hypothèque ne peut affecter que les biens appartenant au débiteur lors de la constitution ; ceux qui lui adviendront plus tard y échappent. Eh bien ! comment une constitution d'hypothèque, faite dans les termes généraux que nous venons de rapporter, permettra-t-elle aux tiers de distinguer les immeubles qui appartenaient au débiteur lors de la constitution, seuls atteints par l'hypothèque, de ceux qui lui sont advenus depuis ?

La tendance de la jurisprudence s'explique cependant par des considérations d'utilité pratique. Depuis 1789, la propriété immobilière s'est morcelée dans une proportion considérable. Le nombre des parcelles s'est accru, quoiqu'il

soit moins grand qu'on ne le suppose souvent. Or, pour le petit propriétaire qui possède des parcelles disséminées et souvent d'une faible étendue, l'affectation hypothécaire deviendrait plus difficile, s'il fallait donner dans les actes une énumération détaillée des diverses parcelles grevées. La jurisprudence a pu croire favoriser le crédit en autorisant une affectation collective, en diminuant par ce moyen le nombre des procès en nullité et en responsabilité. Est-ce véritablement un bien ? Nous serions tentés de ne pas le penser : c'est le petit propriétaire, ignorant trop souvent du droit et de ses règles, qu'il importe surtout de défendre contre les entraînements et de mettre en demeure de discuter l'étendue d'une affectation pour ménager son crédit et lui conserver la libre disposition de ses autres biens. Pour atteindre ce but, la loi veut que l'hypothèque soit spéciale ; la jurisprudence et une pratique de plus en plus répandue nous ramènent à l'hypothèque générale de tous les biens présents avec tous les dangers et tous les inconvénients de cette institution ⁷⁸².

On a, croyons-nous, assez fait en permettant d'hypothéquer un domaine ou une ferme sous le nom qui sert à le désigner, sans exiger l'indication particulière de chacune des parcelles qui en dépendent. Comme nous l'avons déjà dit, l'hypothèque frappe alors une universalité de fait et celle-ci est suffisamment individualisée par son nom accompagné de l'indication générale de la nature des divers immeubles qui en font partie.

1376. Si la loi exige, pour la validité de l'hypothèque, qu'on déclare dans l'acte constitutif ou dans un acte authentique postérieur la nature et la situation de chacun des immeubles hypothéqués, elle n'impose cependant aucune formule sacramentelle. Elle ne détermine pas la manière dont devront être fournies les indications nécessaires pour opérer la spécialisation de l'hypothèque. C'est aux tribunaux qu'il appartient de constater, d'après

les termes de l'acte et les circonstances de la cause, les énonciations qui permettent d'individualiser l'immeuble hypothéqué. Leur décision sur ce point est souveraine et échappe à la censure de la cour de cassation (⁷⁸³). Ainsi, ils peuvent décider que la situation des biens hypothéqués est indiquée dans l'acte constitutif, bien qu'on n'y ait pas mentionné la commune sur le territoire de laquelle ils sont situés, ou qu'une erreur se soit glissée dans cette désignation ⁷⁸⁴.

Mais lorsque, cette première question résolue, il s'agit de savoir si les énonciations de l'acte interprété répondent aux exigences de l'art. 2129, les tribunaux résolvent une véritable question de droit ; leur sentence sur ce point est, en conséquence, soumise à la censure de la cour de cassation ⁷⁸⁵. La distinction est certainement délicate ; elle n'en est pas moins très juridique. La jurisprudence cependant ne l'a pas toujours appliquée. Ainsi nous lisons dans un arrêt de la cour de cassation du 12 mars 1867 ⁷⁸⁶ :

« Attendu, d'ailleurs, que le juge

» du fond, appréciant que les indications des biens données

» par le titre et par l'inscription étaient suffisantes pour aver-

» tir les tiers d'une situation qu'on ne voulait ni ne pouvait

» leur dissimuler, a fait des circonstances de la cause une

» appréciation souveraine qui ne tombe pas sous la censure

» de la cour de cassation ». Au contraire, dans un autre arrêt du 25 novembre 1868 ⁷⁸⁷, la cour de cassation semble avoir, en l'exerçant, affirmé son droit de contrôle :

« Attendu que

» l'arrêt qui a déclaré que cette hypothèque faisait suffisam-

» ment connaître la nature et la situation des immeubles.

» hypothéqués, ne viole pas l'art. 2129 ».

1377. La sanction de la règle de la spécialité consiste dans la nullité de l'hypothèque, comme nous l'avons déjà dit. Notre code n'admet que des hypothèques conventionnelles spéciales ; si cette condition n'est pas remplie, l'hypothèque n'est pas valable suivant les termes mêmes de l'art. 2129.

Cette nullité peut incontestablement être invoquée par les tiers qui ont intérêt à faire écarter l'hypothèque, par exemple par des créanciers hypothécaires de date postérieure. Elle peut également l'être par les tiers détenteurs ⁷⁸⁸.

Peut-elle l'être aussi par le débiteur ou ses héritiers ? La jurisprudence, par les motifs de ses arrêts et par un arrêt ⁷⁸⁹, paraît incliner vers la négative. Elle confond, à notre avis, deux idées bien différentes, quoique corrélatives, la spécialité et la publicité. La publicité est ordonnée dans l'intérêt exclusif des tiers ; eux seuls ont qualité pour opposer le défaut de publicité ; ni le débiteur, ni ses héritiers n'en ont le droit ; c'est une formalité que le créancier doit accomplir après la naissance du droit hypothécaire, à laquelle le débiteur demeure étranger. Au contraire, la spécialité de l'hypothèque est une condition requise pour la validité de celle-ci ; elle doit être établie par l'acte constitutif ou par un acte authentique postérieur ; elle est exigée dans l'intérêt du débiteur et du crédit public ; l'intérêt des tiers, s'il a été pris en considération, ce qui est douteux, n'apparaît qu'au second plan. N'est-il pas logique d'appliquer le principe : les nullités sont, en règle générale, absolues, peuvent être invoquées par tout intéressé, à moins qu'elles n'aient été édictées dans l'intérêt particulier de certaines personnes ? Il ne faut pas non plus oublier que les hypothèques touchent au crédit public et qu'à ce point de vue les règles qui les régissent sont d'ordre public. C'est pourquoi nous reconnaissons au

débiteur et à ses héritiers le droit de demander la nullité de l'hypothèque qui n'est pas spéciale ⁷⁹⁰.

1378. Quand une constitution d'hypothèque a été déclarée nulle pour inobservation des règles relatives à la spécialité le créancier peut exiger une autre hypothèque ; car la constitution faite par le débiteur, bien qu'elle soit nulle, implique la promesse de constituer une hypothèque valable. Si le débiteur refuse de fournir cette nouvelle hypothèque, il perd le bénéfice du terme (arg. art. 1188) : ce qui permet au créancier d'agir immédiatement contre lui et d'obtenir un jugement de condamnation, d'où résultera une hypothèque générale sur tous ses biens ⁷⁹¹.

Contre cette solution on formule cependant une grave objection. La constitution hypothécaire est radicalement nulle, elle ne peut produire aucun effet. Il n'est pas possible de recourir au ministère du juge et de lui demander « de rem-

» placer une convention sans valeur par une autre convention

» réunissant les conditions de la loi ; car le juge a pour office,

» non point de créer, mais de déclarer les droits existants ».

Cette objection ne nous paraît pas cependant répondre exactement à la volonté des parties ; sans doute l'hypothèque est nulle, nulle d'une nullité absolue, comme nous l'avons démontré au numéro précédent ; sans doute elle ne peut produire aucun effet, et c'est précisément pour ce motif que le créancier demande la constitution d'une nouvelle hypothèque. En a-t-il le droit ? Il nous paraît d'abord certain que la constitution d'une hypothèque a été la condition du prêt consenti ou de la convention intervenue. Le créancier a voulu acquérir une sûreté valable ; le débiteur a consenti à l'accorder. Comment la nullité de l'acte constitutif le libèrerait-elle de sa

promesse ? L'engagement qu'il a pris tacitement doit produire les mêmes effets qu'un engagement exprès. De même que la promesse de constituer une hypothèque même constatée par un acte sous signature privée est valable, comme nous le verrons, de même l'engagement implicite qui résulte d'un acte constitutif entaché de nullité doit être valable et produire ses effets.

1379. Ce n'est pas seulement dans l'acte constitutif de l'hypothèque que doit exister la spécialité quant au gage hypothécaire ; elle est requise aussi dans l'inscription, comme nous le verrons sous l'art. 2148 al. 5. La spécialité, que la loi exige dans l'acte constitutif d'hypothèque, sert ainsi de préparation à la spécialité dans l'inscription. Mais ce n'est pas à dire que le vice résultant de l'absence de spécialité dans le contrat hypothécaire puisse être purgé par l'inscription.

Nous avons vu ⁷⁹² que la nullité de la constitution hypothécaire n'est pas couverte par cette circonstance que la spécialité existe dans l'inscription. Nous n'ajouterons qu'une observation. S'il s'agissait d'une simple défectuosité qui n'enlèverait pas à la constitution le caractère de spécialité exigé par la loi, qui, par suite, n'en entraînerait pas la nullité et ne pourrait pas être invoquée par le débiteur, elle serait très régulièrement réparée par les indications de l'inscription ⁷⁹³. Telle serait par exemple la mention de la contenance ou même des tenants et aboutissants de l'immeuble hypothéqué.

1380. Le principe de la spécialité quant au gage hypothécaire ne fait pas obstacle à ce que le débiteur hypothèque tous ses biens présents, mais à la condition de désigner nominativement chacun de ces biens dans l'acte constitutif. Une constitution d'hypothèque faite en bloc sur tous les biens présents serait nulle (art. 2129).

1381. Des deux règles qu'il consacre et en vertu desquelles l'hypothèque ne peut être établie que sur des

biens appartenant actuellement au débiteur et doit être spéciale, l'art. 2129 in fine déduit cette conséquence :
« Les biens à venir ne
» peuvent pas être hypothéqués ».

On entend par biens à venir hoc sensu ceux qui ne figurent pas encore dans le patrimoine du débiteur, sur lesquels il n'a pour le moment aucun droit même conditionnel, mais seulement une espérance ou tout au plus un droit éventuel, par exemple les biens qu'il espère recueillir dans la succession de ses parents.

La règle de l'art. 2129 se rattache dans une certaine mesure au principe de la spécialité. En effet on ne conçoit guère l'hypothèque des biens à venir que comme affectant ces biens en bloc, d'une manière générale. Comment alors serait-il possible d'indiquer, dans l'acte constitutif de l'hypothèque, la nature et la situation de chacun de ces biens, puisqu'on ne sait quels ils sont ?

Remarquons d'ailleurs que la prohibition d'hypothéquer les biens à venir est formulée par la loi dans les termes les plus généraux ; par conséquent, la constitution d'hypothèque portant sur un bien à venir serait nulle, alors même qu'elle satisferait au principe de la spécialité. Telle serait l'hypothèque consentie par un fils sur un immeuble déterminé appartenant à son père, qu'il espère acquérir bientôt à titre de succession ; notre loi interdit les pactes sur succession future. (Arg. art. 791, 1130. 1600). L'hypothèque constituée dans ces conditions serait radicalement nulle, comme hypothèque de la chose d'autrui ⁷⁹⁴ ; la nullité ne serait pas couverte par l'acquisition que le constituant ferait ultérieurement de la propriété du bien hypothéqué.

1382. La règle que les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués, souffre deux exceptions : l'une est indiquée par l'art. 2130, l'autre par l'art. 2131.

1383. PREMIÈRE EXCEPTION. « Néanmoins, si les biens présents

» et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la
» créance, il peut, en exprimant cette insuffisance consentir

» que chacun des biens qu'il acquerra par la suite, y demeure

» affecté à mesure des acquisitions » (art. 2130).

Cette disposition est très critiquée. Dans son rapport sur le projet de réforme hypothécaire que l'on élaborait en 1850, M. de Vatimesnil disait : « La faculté accordée par l'art. 2130 est presque nulle dans la pratique des affaires, et, si l'on en usait, elle serait peu morale. Quel est, en effet, l'individu qui peut se faire un moyen de crédit de ses biens à venir ? En général, c'est le fils de famille, qui escompte ainsi d'avance la succession de ses parents. Et quels sont les hommes qui peuvent consentir à lui prêter sur un gage aussi éventuel ? Trop souvent des usuriers qui trouvent, dans l'énormité de l'intérêt ou dans des stipulations frauduleuses, l'équivalent du risque auquel ils s'exposent »
795.

Ajoutons que cette exception est en opposition formelle avec les principes du code en matière hypothécaire, et qu'elle semble une concession à une tradition que le législateur nouveau répudiait. Elle autorise en effet le rétablissement de ces hypothèques générales, dont notre ancienne jurisprudence avait révélé les inconvénients et les dangers. C'est un nouveau motif à nos yeux pour interpréter l'art. 2130 de la manière la plus restrictive.

La loi subordonne à une double condition l'hypothèque des biens à venir.

1384. 1° Il faut, en premier lieu, que le débiteur hypothèque ses immeubles présents. La loi n'autorise qu'avec peine l'hypothèque des biens à venir, dans laquelle elle voit reparaître l'hypothèque générale de notre

ancienne jurisprudence ; si elle l'admet, c'est par nécessité, lorsque les biens actuels du débiteur ne lui donnent pas le moyen de donner la sûreté exigée par le créancier. Elle veut que le débiteur demande au présent les ressources qu'il peut lui fournir avant d'engager l'avenir. Il est donc nécessaire que les immeubles présents soient tout d'abord affectés à la créance. L'hypothèque des biens à venir n'a pour but que de compléter la sûreté que le créancier acquiert sur les biens présents. C'est, à ce point de vue, une hypothèque complémentaire. Quand elle ne présente pas ce caractère, elle est prohibée par la loi, qui interdit l'hypothèque constituée exclusivement sur les biens à venir.

1385. Faut-il en conclure que le débiteur qui n'a pas de biens présents ne peut pas hypothéquer ses biens à venir ? La question est très controversée. La plupart des auteurs et la jurisprudence admettent la négative. En faveur de cette solution on fait ressortir le caractère exceptionnel de cette hypothèque. On rappelle qu'elle est formellement interdite par l'art. 2129 in fine. Si l'art. 2130 la permet par dérogation à ce principe, c'est seulement en cas d'insuffisance des biens présents ; il faut donc que le débiteur ait actuellement des immeubles susceptibles d'hypothèques ; à cette condition seulement la loi l'autorise à affecter ses biens à venir à l'acquittement de ses obligations.

Cette hypothèque n'est que subsidiaire ; elle complète la garantie réelle donnée par le même contrat. On insiste en faisant remarquer la difficulté avec laquelle l'hypothèque des biens à venir a été autorisée par la loi. La facilité avec laquelle on prétend pouvoir éluder cette prohibition, n'est pas un motif de ne pas observer à la lettre les prescriptions de la loi ⁷⁹⁶.

Dans une autre opinion on répond : La loi n'autorise l'hypothèque des biens à venir qu'en cas d'insuffisance des biens présents et libres du débiteur (art. 2130) ; ce qui

suppose que le débiteur a, non seulement des biens présents, mais aussi des biens libres ; donc, si le texte de la loi fait obstacle à ce que le débiteur qui n'a pas de biens présents puisse hypothéquer ses biens à venir, il fait obstacle aussi à ce que pareille hypothèque puisse être consentie par le débiteur qui n'a pas de biens libres, c'est-à-dire dont les biens présents sont hypothéqués pour plus que leur valeur. Personne n'admet cette dernière conclusion ; donc il faut rejeter aussi la première. D'ailleurs, comment expliquer, au point de vue rationnel, que la loi ait autorisé le débiteur, dont les biens présents sont insuffisants, à hypothéquer ses biens à venir, et qu'elle ait refusé la même faculté au débiteur qui n'a pas du tout de biens présents ? N'y a-t-il pas un a fortiori pour autoriser ce dernier à hypothéquer ses biens à venir ? L'absence de biens n'est-elle pas la puissance la plus élevée de l'insuffisance ? Comment croire enfin que la loi ait pu formuler une prohibition qu'il serait si facile d'éluder dans la pratique, puisqu'il suffirait au débiteur qui n'a pas de biens présents d'acheter un immeuble de la plus modique valeur, ne fût-ce que quelques mètres carrés de terrain, pour donner légalement passage à l'hypothèque de ses biens à venir ? ⁷⁹⁷.

1386. 2° Il faut que les biens présents du débiteur, déduction faite des charges dont ils sont grevés, soient insuffisants pour la sûreté de la créance et que cette insuffisance soit déclarée. On ne prend donc en considération que la fortune immobilière du débiteur ; on ne tient pas compte de sa solvabilité générale ⁷⁹⁸.

Cette condition est la conséquence du caractère complémentaire ou subsidiaire de l'hypothèque des biens à venir. La loi ne veut pas que le débiteur demande à l'avenir des ressources que le présent peut aisément lui fournir.

Qui décidera de cette insuffisance ?

L'art. 2130 exige une déclaration du débiteur.

Cette déclaration est-elle souveraine et échappe-t-elle à tout contrôle ou peut-elle être contestée par tout intéressé, notamment par les créanciers hypothécaires ultérieurs ou par les tiers acquéreurs d'immeubles advenus postérieurement au débiteur ?

En faveur de la première opinion, on a invoqué le silence de la loi. Elle exige l'expression, par le débiteur, de l'insuffisance des biens présents, elle n'impose pas la preuve de cette insuffisance ; elle ne permet à personne de la contrôler ; elle n'autorise pas les tribunaux à intervenir et à rescinder une convention qui est la loi des parties. S'il en était autrement, l'hypothèque des biens à venir deviendrait une garantie illusoire ; elle ne répondrait pas au but de la loi ; elle ne serait pas ce qu'a voulu le législateur, un moyen de crédit pour le débiteur. Enfin si les tribunaux étaient investis d'un semblable pouvoir de révision, la loi en aurait fixé les bases, comme elle l'a fait pour la réduction des hypothèques générales dans l'art. 2162. Son silence est une preuve nouvelle de l'exactitude de cette théorie ⁷⁹⁹.

Nous préférons cependant la solution contraire et nous pensons que la sincérité de la déclaration du débiteur peut être contestée par tout intéressé.

En effet l'hypothèque des biens à venir est prohibée en principe par l'art. 2129. L'art. 2130 l'autorise exceptionnellement en cas d'insuffisance des biens présents. Pour sa validité, il est donc indispensable que l'on se trouve dans l'hypothèse spéciale prévue par la loi. Sinon la nullité est encourue. Les tribunaux ne sont pas appelés à réviser la convention des parties ; ils n'ont pas le droit, comme on l'a dit, de la rescinder véritablement pour cause de lésion. Ils ont, en cette matière comme en toute autre, le droit de rechercher si la convention réunit les conditions requises pour sa validité et de prononcer, si elles ne sont pas remplies, la sanction formellement édictée par la loi. Il

est vrai que la loi ne parle que de l'expression, par le débiteur, de l'insuffisance de ses Liens présents. Mais si elle avait admis que cette déclaration échappât à tout contrôle, elle aurait mis entre les mains des parties un moyen véritablement trop facile d'éluder la prohibition de l'hypothèque des biens à venir. S'il suffisait à cet effet d'une déclaration du débiteur, cette clause deviendrait de style dans les actes constitutifs d'hypothèque ; nous verrions renaître les hypothèques générales ; notre régime hypothécaire perdrait l'une de ses bases fondamentales, la spécialité. C'est pourquoi nous n'hésitons pas à reconnaître aux tribunaux un droit de contrôle ⁸⁰⁰.

Il semble même que le débiteur devrait avoir le droit de critiquer l'exactitude de sa déclaration. La prohibition de l'art. 2129 est d'ordre public ⁸⁰¹.

1387. En l'absence de l'une ou de l'autre des conditions que nous venons d'indiquer, l'hypothèque des biens à venir serait frappée de nullité. Mais la situation du créancier variera suivant les cas.

Si l'hypothèque est nulle, parce qu'elle a porté exclusivement sur les biens à venir et que le débiteur n'a pas hypothéqué les immeubles lui appartenant au moment de la convention, le créancier n'a plus aucune sûreté et nous sommes portés à penser qu'il ne peut pas en exiger de nouvelles. Il n'a plus aucune sûreté ; il n'a d'hypothèque ni sur les biens à venir puisque cette hypothèque est nulle, ni sur les biens présents puisqu'il n'en a pas été consenti. Il ne peut pas en exiger de nouvelles. Le débiteur ne lui a pas fait la promesse de lui constituer une hypothèque valable, c'est-à-dire une hypothèque sur ses immeubles présents. Il a promis ou voulu faire une chose impossible ; il n'est pas tenu.

Si l'hypothèque des biens à venir est nulle soit parce que l'insuffisance des biens présents n'a pas été exprimée par le débiteur dans l'acte constitutif, soit parce que la

déclaration faite par celui-ci est mensongère, le créancier conservera une hypothèque sur les immeubles présents qui lui ont été affectés, pourvu qu'on ait observé les prescriptions de l'art. 2129. Utile per inutile non vitiatur.

1388. La seconde exception au principe de l'art. 2129 résulte de l'art. 2131 ainsi conçu : « Pareillement, en cas que

» l'immeuble ou les immeubles présents, assujettis à l'hypo-

» thèque, eussent péri ou éprouvé des dégradations de ma-
» nière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du

» créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès à présent son

» remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque ».

Le mot pareillement, par lequel débute cet article, est synonyme de néanmoins aussi, et nous indique par conséquent que la loi va établir une nouvelle exception à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir qui forme la règle. En quoi consiste cette exception ? La loi suppose que le gage hypothécaire, d'une valeur suffisante à l'époque de la constitution, devient insuffisant par suite d'événements postérieurs qui font périr les biens hypothéqués ou en diminuent la valeur. Le créancier peut alors, dit l'art. 2131, « ou poursuivre dès

» à présent son remboursement, ou obtenir un supplément

» d'hypothèque », et l'hypothèque supplémentaire pourra porter sur les biens à venir, par dérogation au principe que formule l'art. 2129 al. 2.

Ainsi, à la règle que les biens à venir ne peuvent être hypothéqués, l'art. 2130 formule une première exception, relative au cas où les biens présents du débiteur sont insuffisants lors du contrat de constitution d'hypothèque, et l'art. 2131 en ajoute une autre pour le cas où l'insuffisance

des biens du débiteur résulte de faits postérieurs à la constitution d'hypothèque.

La disposition de cet article se justifie par une considération d'équité. Le débiteur avait promis une sûreté réelle. Il l'a fournie. Il semble qu'il devrait être libéré. Mais cette garantie, suffisante pour répondre de la dette, est devenue insuffisante. Le créancier n'a pas voulu suivre la foi du débiteur ; il a pris ses précautions en exigeant une hypothèque. C'est en vue de cette sûreté qu'il a consenti à traiter ; serait-il juste, équitable de maintenir purement et simplement le contrat ? Le législateur ne l'a pas pensé ; il exige que le créancier soit rétabli dans la condition qu'il avait stipulée.

1389. Mais il faut tout d'abord pour cela que le contrat soit encore susceptible de produire quelque effet en faveur du débiteur. Si l'échéance du terme est arrivée, il n'en est certainement plus ainsi. Le débiteur n'a qu'un devoir à remplir, qu'une obligation à exécuter : effectuer la prestation promise. Il n'y a pas lieu de chercher à sauvegarder les droits du débiteur ; il n'en a plus aucun. Le créancier n'a qu'à poursuivre en justice le paiement de ce qui lui est dû il obtiendra un jugement de condamnation ; il en poursuivra l'exécution par toutes les voies de droit et obtiendra ainsi la garantie d'une hypothèque judiciaire ⁸⁰². Le débiteur ne peut pas s'y opposer ; il ne peut se soustraire à son engagement en offrant des sûretés nouvelles ; il ne peut pas contraindre le créancier à se contenter de ces garanties. Aussi la première condition requise pour l'application de l'art. 2131 consiste-t-elle dans l'existence d'un terme qui suspend le recouvrement de la créance. Dans ce cas, le créancier ne peut agir en paiement ; la perte ou la diminution des sûretés en considération desquelles il avait traité et consenti ce terme modifie les conditions de la convention ; il est juste de

sauvegarder ses intérêts. Comment le législateur a-t-il atteint ce but ?

1390. Deux hypothèses peuvent se présenter et la loi, s'inspirant de l'équité, les a distinguées. La perte, la dégradation du gage hypothécaire peuvent être le résultat soit du fait du débiteur, soit d'un événement de force majeure et il serait injuste de soumettre deux cas aussi dissemblables à une seule et même règle.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. La perte ou la diminution des sûretés est le résultat d'un fait du débiteur. Il avait hypothéqué une maison et il la démolit ; il avait hypothéqué une futaie non aménagée et il y pratique des coupes ; il avait hypothéqué un navire immatriculé dans un port français et il le fait immatriculer dans un port étranger ⁸⁰³. Dans tous ces cas, il y a lieu à l'application de l'art. 1188, aux termes duquel « le dé-

» biteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il

» a fait faillite, ou lorsque, par son fait, il a diminué les sûre-

» tés qu'il avait données par le contrat à son créancier ». Le débiteur est alors déchu du bénéfice du terme ; le créancier a le droit de poursuivre immédiatement le paiement de tout ce qui lui est dû. Nulle offre, nulle proposition de sûretés nouvelles ne pourra arrêter ses poursuites. Sans doute, il pourra se contenter d'un supplément de garantie ; mais cette détermination dépend exclusivement de sa volonté. Nul ne peut le contraindre, le débiteur est à sa merci ; celui-ci ne peut pas d'ailleurs se plaindre, car cette situation est son œuvre.

La déchéance est du reste encourue par cela seul que la perte ou la diminution des sûretés provient du fait du débiteur. La loi n'exige pas, comme dans la seconde hypothèse, que le gage soit devenu insuffisant pour couvrir le créancier. C'est, en outre, très juste ; le débiteur a violé

les promesses qu'il avait faites dans le contrat d'obligation ; il ne peut plus se prévaloir des clauses qui lui seraient favorables. C'est pourquoi l'art. 1188 exige qu'il s'agisse de sûretés fournies par le contrat et qui ont été ainsi l'une des considérations déterminantes, l'une des conditions de la convention. Si les sûretés avaient été données en dehors du contrat, elles ne présenteraient pas le même caractère et leur diminution ne donnerait pas lieu à l'application de l'art. 1188.

Ainsi, la vente en détail de l'immeuble hypothéqué, consentie par parcelles dont le prix séparé serait inférieur au montant de la créance, autoriserait le créancier à se prévaloir de l'art. 1188 et à poursuivre immédiatement son paiement intégral. Car il est exposé à ce que les différents acquéreurs remplissent les formalités de la purge et en exerçant son droit hypothécaire il recevra des paiements fractionnés. Il est en outre obligé de diviser ses poursuites et d'exposer des frais plus considérables. La stipulation d'une hypothèque indivisible de sa nature le mettait à l'abri de ce danger. La vente en détail est donc un fait par lequel le débiteur lui enlève l'un des avantages que la convention portant constitution d'une hypothèque avait eu pour but de lui assurer. Il y a une diminution des sûretés, l'art. 1188 recevra son application ⁸⁰⁴.

1391. SECONDE HYPOTHÈSE. La perte ou la diminution des sûretés se produit, sans le fait du débiteur par un événement de force majeure ou même par le fait d'un tiers détenteur ⁸⁰⁵. La maison hypothéquée a été, par exemple, détruite par un tremblement de terre. Ici le débiteur n'est pas en faute ; il n'a pas violé la loi du contrat ; il doit pouvoir conserver le bénéfice des stipulations qui y ont été insérées, notamment le bénéfice du terme. D'un autre côté, il ne faut pas sacrifier les intérêts du créancier ; en traitant, il avait exigé la garantie d'une hypothèque ; maintenir le contrat, alors que la sûreté a perdu son

efficacité, serait contraire à l'équité. L'art. 2131 offre le moyen de maintenir la convention, mais il exige que le créancier soit replacé dans la condition qui lui avait été faite. Il dit qu'il pourra « ou poursuivre dès à présent son remboursement ou obtenir un supplément d'hypothèque », et comme il ne s'explique pas sur le point de savoir à qui appartient le choix entre ces deux partis, on doit en conclure, par argument des art. 1190 et 1247, que le choix appartient au débiteur.

Le texte même, par sa formule, confirme cette induction des principes généraux ; il est évident que le droit du créancier ne dépend pas de sa seule volonté ; car la loi ne dit pas qu'il pourra exiger un supplément d'hypothèque ; elle porte seulement qu'il pourra l'obtenir ; et, comme nous sommes en matière d'hypothèque conventionnelle, c'est de la volonté du débiteur qu'il dépend de l'offrir. Le supplément d'hypothèque est ainsi in facultate debitoris ⁸⁰⁶. Le tribunal sera chargé d'apprécier si l'offre est suffisante ⁸⁰⁷. La solution contraire blesserait l'équité comme nous l'avons déjà fait observer. Et ce supplément d'hypothèque pourra être offert même sur les biens à venir (argument du mot Pareillement) ⁸⁰⁸, mais en supposant que l'hypothèque des biens à venir offre une garantie sérieuse. On peut citer comme exemple le cas où le débiteur paraîtrait appelé prochainement à recueillir une riche succession comprenant des immeubles, surtout s'il y est appelé en qualité d'héritier réservataire.

1392. L'application de l'art. 2131 est subordonnée par la loi à certaines conditions qu'il est nécessaire de préciser. Elles sont au nombre de quatre :

1° Il faut que la diminution des sûretés soit le résultat d'une perte ou d'une dégradation matérielle du gage hypothécaire. S'il n'était survenu aucun changement dans l'état physique des immeubles hypothéqués, si la diminution de la sûreté était la conséquence d'une

dépréciation, si par exemple elle était arrivée par suite de la baisse générale de la valeur des immeubles, ou si la place sur laquelle était située la maison hypothéquée venait à être supprimée, l'art. 2131 ne recevrait pas d'application. Physiquement le gage est resté le même, il n'a pas péri, il n'a pas été dégradé. La loi ne s'est pas occupée de cette diminution de valeur qu'elle n'avait pas à prévoir et qui devait entrer dans les calculs des parties ⁸⁰⁹.

2° Il faut que cette diminution rende le gage insuffisant pour la sûreté du créancier. Par là, la règle de l'art. 2131 diffère de celle de l'art. 1188. Toute diminution des sûretés, provenant du fait du débiteur, entraîne la déchéance du bénéfice du terme, alors même que les sûretés qui restent seraient encore suffisantes pour la garantie du créancier. Cette différence se justifie sans peine par les considérations qui expliquent les dispositions de la loi et que nous avons déjà exposées.

3° Il faut que les sûretés soient devenues insuffisantes depuis la perfection du contrat hypothécaire. Si elles étaient insuffisantes dès le moment de la constitution d'hypothèque, le créancier ne pourrait invoquer ni l'art. 1188, ni l'art. 2131. Il ne peut s'en prendre qu'à lui-même de cette insuffisance des garanties stipulées. Il ne peut pas s'en faire une arme pour anéantir un contrat librement consenti ou pour en modifier les clauses. S'il s'est trompé, s'il a cru que les sûretés étaient suffisantes, alors qu'en réalité elles étaient insuffisantes, il doit supporter les conséquences de sa négligence. Il lui était facile de s'éclairer sur la valeur exacte des immeubles offerts en garantie ⁸¹⁰.

4° Enfin il faut que l'insuffisance des sûretés soit le résultat d'événements qui ne devaient pas entrer dans les prévisions des parties. S'il en était autrement, si par exemple l'immeuble hypothéqué était un bois taillis ou une futaie aménagée sur lesquels le débiteur accomplirait des

actes réguliers de jouissance, ferait des coupes aux époques ordinaires, le créancier ne pourrait pas invoquer l'art. 2131, il n'aurait droit ni à un remboursement immédiat, ni même à un supplément d'hypothèque. Il a dû tenir compte de ces éventualités dans l'appréciation de la valeur du gage offert.

Si le débiteur se contentait de disposer par anticipation des fruits de son immeuble, si, par exemple, il cédait des loyers à échoir, nous verrons plus loin quels sont alors les droits des créanciers hypothécaires. Faisons seulement remarquer que ces actes n'entraînent pas par eux-mêmes une dégradation matérielle de l'immeuble et par suite ne donnent pas lieu à l'application de l'art. 2131. En serait-il autrement de la vente de la coupe d'un bois taillis ou d'une futaie aménagée ? Nous ne le pensons pas, lorsque les bois ont atteint l'âge où ils ont l'habitude d'être coupés. Mais il en serait autrement si la coupe devait être faite par anticipation. Nous serions même portés à penser qu'il y aurait alors une diminution des sûretés données par le contrat et que cette diminution procède du fait du débiteur. Nous inclinerions, en conséquence, à appliquer, dans ce cas, l'art. 1188 et à permettre au créancier de saisir l'immeuble avec les bois qu'il porte ⁸¹¹. Mais cette question se rattache aux effets généraux de l'hypothèque. Nous les déterminerons.

1393. L'art. 2131 est placé par le législateur dans la section des hypothèques conventionnelles. Il semble naturel d'en conclure qu'il est spécial aux hypothèques conventionnelles et que sa disposition ne saurait être étendue aux hypothèques légales et aux hypothèques judiciaires. En ce qui concerne ces dernières, le doute n'est pas possible ; elles sont générales ; elles frappent tous les immeubles présents et à venir du débiteur : il ne saurait évidemment être question d'un supplément d'hypothèque. Il en est de même pour les hypothèques légales générales.

En ce qui concerne les hypothèques légales qui n'ont pas ce caractère et qui sont spécialisées par la loi elle-même, nous serions assez disposés à admettre la même solution. La sûreté est née indépendamment de la volonté des parties ; elle a été créée directement par le législateur ; on ne peut pas dire qu'elle a été la condition déterminante de l'obligation qui a pris naissance. C'est pourquoi nous ne pensons pas que sa seule diminution puisse exposer le débiteur à une poursuite immédiate, si mieux il n'aime fournir des garanties complémentaires.

C'est seulement dans le cas où la garantie résultant d'une hypothèque légale générale serait diminuée par le fait du débiteur que le créancier pourrait alors exercer certains droits ; la femme aurait la faculté de demander la séparation de biens et, si elle était prononcée, de poursuivre la restitution de sa dot et le paiement des indemnités qui lui seraient dues. Le tuteur pourrait être destitué.

1394. Mais ces hypothèques légales, générales en principe d'après la loi, peuvent avoir été restreintes par convention ou réduites par décision de justice. Si les immeubles sur lesquels elle portent d'une manière exclusive venaient à périr ou étaient dégradés par cas fortuit, il semblerait juste d'appliquer sinon l'art. 2131, du moins une règle analogue à celle qu'il consacre. La restriction n'a été consentie, la réduction n'a été prononcée que parce que la valeur des immeubles a été appréciée suffisante et sous la condition qu'elle demeurerait telle. Si ces prévisions ne sont pas exactes ou si elles sont déjouées par les événements, le créancier a le droit d'obtenir un supplément d'hypothèque, s'il est possible. Mais, on le voit, cette faculté ne résulte pas de l'art. 2131, car nous ne reconnaissons pas le droit au créancier d'exiger un paiement immédiat, l'existence du mariage ou de la tutelle n'autorisant pas une semblable solution ⁸¹².

1395. L'incendie qui détruit la maison hypothéquée sera, en règle générale, vis-à-vis du débiteur, un événement de force majeure et donnera lieu, en principe, à l'application de l'art. 2131. Le créancier dont la créance n'est pas encore exigible pourra poursuivre son paiement, si mieux n'aime le débiteur lui fournir un supplément d'hypothèque.

En sera-t-il de même si la maison était assurée contre l'incendie ? On se rappelle que, dans ce cas et en vertu de l'art. 2 de la loi du 19 février 1889, le droit de préférence du créancier hypothécaire se trouve transporté sur l'indemnité due par la compagnie d'assurances. Mais pour conserver ces droits, il sera prudent de faire opposition ; car tout paiement fait de bonne foi et avant opposition est valable et libératoire. Il semble donc que, dans le cas au moins où l'indemnité serait la contre-valeur exacte de l'immeuble détruit, les droits du créancier sont pleinement sauvegardés et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 2131. Ce serait seulement dans le cas où la maison aurait été insuffisamment assurée que le créancier pourrait ou poursuivre son remboursement immédiat ou obtenir un supplément d'hypothèque. En dehors de cette hypothèse, il semble bien difficile de reconnaître au créancier le droit de poursuivre son paiement ou d'obtenir un supplément de sûreté. L'art. 2131 n'a qu'un but : sauvegarder les intérêts du créancier. La loi du 19 février 1889 y a pourvu ; il n'y a pas de motif pour recourir aux mesures autorisées par l'art. 2131. La loi nouvelle exerce donc une influence sur cette disposition, elle en restreint la portée.

1396. Du moment où le créancier ne peut pas agir, le débiteur n'a pas intérêt, semble-t-il, à offrir un complément d'hypothèque. Il n'en a pas le droit. Cette faculté est un remède offert par la loi pour pallier les inconvénients que présente le droit de poursuite accordé au créancier. Ce droit de poursuite n'existe pas alors, comme nous venons de l'établir. Par conséquent le débiteur n'a pas besoin de

recourir aux facilités de l'art. 2131. La conclusion est logique, conforme aux textes et aux principes.

Est-elle satisfaisante dans la pratique ? C'est la question qu'il nous reste à examiner en étudiant cette conséquence que les auteurs de la loi de 1889 n'ont certainement pas prévue. La dette n'est pas échue ; le créancier a fait opposition entre les mains de la compagnie d'assurances ; l'indemnité se distribuera par voie d'ordre ; le créancier sera colloqué, nous le supposons ; il ne peut pas toucher ; la somme restera dans les caisses de l'assureur ou sera par lui consignée. Le débiteur est dans l'impossibilité de la recevoir et de l'employer ; il peut être mis ainsi dans l'impossibilité de reconstruire la maison incendiée et obligé de recourir à un nouvel emprunt. Telle est la situation créée par la loi nouvelle. Les parties n'en peuvent sortir que par un accord de leurs volontés. Le débiteur, quelques garanties nouvelles qu'il offre à son créancier, ne pourra pas vaincre sa résistance et obtenir la libre disposition de l'indemnité d'assurance. Telle paraît être la conséquence inéluctable de la loi nouvelle combinée avec les principes généraux ⁸¹³.

La meilleure solution consisterait certainement dans l'attribution immédiate de l'indemnité d'assurance aux créanciers suivant leur rang. C'est ainsi qu'on procéderait certainement si dans le contrat constitutif l'indemnité d'assurance avait été cédée, ou même si le débiteur s'était engagé à faire assurer les immeubles hypothéqués. On verrait dans ces stipulations une renonciation au bénéfice du terme pour le cas où un sinistre viendrait à se produire. Nous croyons qu'on devrait admettre la même solution si l'hypothèque frappait un navire et si le navire périssait dans un naufrage. Nous comprendrions dès lors qu'on appliquât le même principe à notre hypothèse en vertu de la loi de 1889. Mais nous regrettons que le législateur n'ait pas, comme certaines lois étrangères (⁸¹⁴), réservé le droit

au débiteur de toucher l'indemnité à la condition de l'appliquer à la reconstruction ou à la restauration de la chose sinistrée.

1397. La même question s'agite dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. Le fait du souverain est certainement un cas de force majeure. Le débiteur se trouve dépouillé de son droit de propriété qui est transféré à l'expropriant ; le créancier, de son hypothèque en ce sens qu'il ne peut plus l'exercer sur la chose et ne conserve qu'un droit de préférence sur le prix (art. 18, L. 3 mai 1841). Ici il est impossible de procéder comme dans l'hypothèse précédente. L'hypothèque a produit son effet légal ; elle cesse de frapper la chose, tandis que, dans le cas d'incendie, elle continue de grever le sol sur lequel s'élevait la maison sinistrée. Nous croyons naturel dès lors de procéder comme dans le cas de purge ; le créancier sera colloqué au rang de son hypothèque et aura le droit de toucher immédiatement le montant de sa collocation. Le débiteur ne pourrait pas invoquer l'art. 2131, demander à conserver le montant de l'indemnité en offrant un supplément d'hypothèque ⁸¹⁵, et à jouir du bénéfice du terme.

1398. L'hypothèque consentie sur les biens à venir dans l'une ou l'autre des hypothèses prévues par les art. 2130 et 2131 atteint les biens qui adviennent au débiteur, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit ⁸¹⁶ au fur et à mesure des acquisitions. Mais elle ne devient opposable aux tiers et n'a de rang sur chaque immeuble que par et à compter de l'inscription prise par le créancier sur ces biens ⁸¹⁷ ; l'inscription prise à l'origine ne suffit pas pour assurer son efficacité. Par là, l'hypothèque conventionnelle des biens présents et à venir diffère des hypothèques légales ou judiciaires. Pour celles-ci une seule inscription frappe tous les biens que le débiteur possède ou acquiert dans l'arrondissement du bureau ; il n'est pas nécessaire d'en

indiquer dans l'inscription l'espèce et la situation (art. 2148 al. dernier). Au contraire, les hypothèques des biens présents et à venir, établies conformément aux art. 2130 et 2131, sont des hypothèques conventionnelles. Il faut donc désigner dans l'inscription l'espèce et la situation des immeubles grevés (art. 2148-5°). Pour les biens qui adviennent au débiteur il est impossible de remplir cette condition avant qu'il ne les ait acquis ; il faut donc une inscription nouvelle au fur et à mesure des acquisitions réalisées.

De là il suit que le créancier, qui a hypothèque sur les biens à venir de son débiteur, doit se tenir au courant de la situation de celui-ci et se hâter de faire inscrire son hypothèque après chaque acquisition faite par le débiteur, afin de ne pas se laisser devancer par d'autres créanciers. Et encore, malgré toute sa diligence, n'évitera-t-il pas le plus souvent d'être primé par les créanciers ayant des hypothèques légales (arg. art. 2122 et 2135) ; il sera nécessairement primé aussi par les créanciers ayant une hypothèque judiciaire, inscrite au bureau dans le ressort duquel est situé l'immeuble nouvellement acquis (arg. art. 2123 al. 2 et 2148 al. final).

Il en sera ainsi, même dans le cas où le fait qui a donné naissance à l'hypothèque légale, où le jugement d'où résulte l'hypothèque judiciaire, et même l'inscription requise seraient postérieurs en date. Le rang entre créanciers hypothécaires se détermine par la date de l'inscription et non par la date du titre générateur de l'hypothèque. Cette conséquence des principes de la loi peut blesser l'équité. Le législateur aurait pu, pour la prévenir, établir une règle analogue à celle des art. 2109 et 2111 en matière de privilège de copartageant et en matière de séparation des patrimoines. Il aurait pu accorder au créancier qui a hypothèque sur les biens à venir, un certain délai pour prendre inscription et décider que l'inscription prise dans le temps ainsi fixé rétroagirait au jour de

l'acquisition. Ce que la loi pouvait faire, elle ne l'a pas fait et la solution que nous avons enseignée est à l'abri de toute discussion.

Du caractère conventionnel de l'hypothèque des biens à venir nous déduirons plus loin cette conséquence qu'elle ne peut pas être réduite.

2. De la spécialité quant à la créance hypothécaire.

1399. La spécialité quant à la créance hypothécaire consiste dans l'indication spéciale de la créance pour sûreté de laquelle l'hypothèque est constituée. De même qu'un débiteur ne peut pas valablement consentir une hypothèque portant sur tous ses biens en général, sans désignation spéciale de la nature et de la situation de chacun d'eux, de même la loi proscriit l'hypothèque qu'un débiteur consentirait pour sûreté de toutes ses dettes en général envers une personne déterminée sans autre précision, ou même de toutes celles qu'il a contractées ou contractera dans un délai déterminé, le courant de l'année par exemple. En un mot, il ne suffit pas d'individualiser l'immeuble ou les immeubles sur lesquels l'hypothèque est établie, ce qui constitue la spécialité quant au gage hypothécaire, il faut en outre individualiser la créance pour sûreté de laquelle on consent l'hypothèque, ce qui constitue la spécialité quant à la créance hypothécaire. Cette seconde face de la spécialité se justifie par les mêmes motifs que la première.

C'est d'abord et principalement dans l'intérêt du débiteur qu'elle a été édictée. La loi veut qu'il proportionne la sûreté donnée au montant de la dette à garantir ; elle veut, par ce moyen, le mettre en mesure de ménager son crédit ; il est donc indispensable que la créance soit spécialisée ; la spécialisation de la créance facilite la spécialisation du gage hypothécaire et sert à réaliser la spécialité de l'hypothèque, qui est un des principes fondamentaux de

notre code en cette matière. La loi a vu d'un autre côté, dans cette spécialisation de la créance, un moyen de spécialiser l'inscription destinée à prévenir les tiers et à leur faire connaître l'étendue de la brèche qui est ouverte dans le crédit hypothécaire du débiteur. Elle se montre même plus rigoureuse pour la spécialité de l'inscription.

1400. La spécialité quant à la créance est requise, elle aussi, dans le titre constitutif de l'hypothèque et dans l'inscription (art. 2132).

Elle est requise d'abord dans le titre constitutif d'hypothèque. Si, comme il arrivera le plus souvent, l'hypothèque est consentie pour sûreté d'une dette de somme d'argent déterminée, l'acte constitutif devra en indiquer le montant.

Que si l'hypothèque est attachée à une obligation autre que celle de payer une somme d'argent déterminée, par exemple à une obligation de faire, il ne sera pas nécessaire d'en indiquer la valeur pécuniaire dans l'acte constitutif, parce qu'il est possible d'individualiser la créance sans indiquer son chiffre. On dira par exemple que l'hypothèque est consentie pour sûreté de l'obligation que contracte le débiteur de marner tel domaine, d'enlever tous les matériaux qui se trouvent sur tel terrain.

Dans l'une et dans l'autre hypothèse, l'acte constitutif de l'hypothèque devra indiquer les modalités de la créance s'il y en a, par exemple le terme ou la condition dont elle serait affectée.

1401. La spécialité quant à la créance hypothécaire doit en outre exister dans l'inscription. La loi l'y exige même avec plus de rigueur que dans l'acte constitutif, parce que l'inscription doit permettre aux tiers qui la consulteront de mesurer avec précision le crédit hypothécaire du débiteur. Pour cela, l'inscription devra toujours, quelle que soit la nature de la créance garantie, en indiquer le montant pécuniaire. Mais comment l'inscrivant fera-t-il cette indication, si la créance est indéterminée dans sa valeur,

par exemple s'il s'agit d'une dette de dommages-intérêts dont le montant n'est pas encore fixé ? La loi dit que l'inscrivant évaluera le montant de la créance ; et, comme il serait à craindre qu'il ne fit une évaluation dépassant la juste mesure, le débiteur, au crédit duquel cette évaluation exagérée porterait atteinte, aurait le droit d'en faire prononcer judiciairement la réduction.

1402. Tout ce que nous venons de dire sur la spécialité quant à la créance hypothécaire se lit péniblement entre les lignes dans l'art. 2132 : « L'hypothèque conventionnelle n'est

- » valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est con-

- » sentie est certaine et déterminée par l'acte ; si la créance

- » résultant de l'obligation est conditionnelle pour son exis-

- » tence, ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra

- » requérir l'inscription dont il sera parlé ci-après que jusqu'à

- » concurrence d'une valeur estimative par lui déclarée expres-

- » sément, et que le débiteur aura droit de faire réduire, s'il » y a lieu ».

Ce texte a été rédigé avec une négligence extrême, et, quelle que soit l'interprétation qu'on lui donne, il est impossible de mettre d'accord l'une avec l'autre les deux parties dont il se compose. En effet la loi commence par dire que « l'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par l'acte ». Certaine : cela paraît exclure la possibilité de constituer une hypothèque valable pour les créances conditionnelles, qui sont incertaines quant à leur existence. Déterminée : donc, semble-t-il, on ne peut pas valablement constituer une hypothèque pour une créance indéterminée.

A plus forte raison cela paraît-il exclure la créance qui est à la fois incertaine quant à son existence et indéterminée dans son quantum, v. g. une rente viagère, la créance d'un assuré avant le sinistre prévu par le contrat. Eh bien ! sur ces divers points, la loi se donne un démenti dans la partie finale de l'article, où elle autorise, moyennant certaines conditions il est vrai, la constitution d'hypothèque pour des créances conditionnelles et pour des créances indéterminées.

La loi n'exige pas alors que l'acte constitutif renferme l'indication de la somme pour sûreté de laquelle l'hypothèque est consentie ; elle n'exige pas non plus que les parties conviennent d'une évaluation. La constitution d'hypothèque sera valable, pourvu que la créance garantie soit spécifiée et qu'on indique les modalités dont elle est affectée. C'est seulement au moment où il requerra inscription que le créancier sera tenu d'évaluer le chiffre de sa créance. La disposition de l'art. 2132 se réfère donc plutôt à l'inscription qu'à la constitution de l'hypothèque. A ce titre, sa place était marquée dans l'art. 2148.

Ce n'est pas tout. La loi, confondant dans une seule et même disposition le cas où l'hypothèque est constituée pour une créance conditionnelle et celui où elle l'est pour une créance indéterminée, dit que le créancier devra faire une évaluation de la créance dans l'inscription. Or, si on comprend parfaitement la nécessité de cette évaluation, quand la créance est indéterminée, on n'en voit pas l'utilité, nous dirions volontiers la possibilité, quand la créance est conditionnelle et déterminée quant à son quantum. En effet, lorsque la créance est conditionnelle sans être indéterminée, le montant en est connu, seulement l'existence en est incertaine à raison de la condition à laquelle la créance est subordonnée. L'hypothèque attachée à une créance conditionnelle en garantira le paiement intégral si la condition se réalise ; elle tombera dans le vide, si la condition ne se réalise pas. De quelle évaluation

peut-il donc être question ? La seule chose qui soit possible, c'est d'indiquer le chiffre de la créance et la modalité à laquelle elle est subordonnée quant à son existence.

Si maintenant, laissant le texte de côté, on se demande en se plaçant au point de vue rationnel, comment chacune des hypothèses qui viennent d'être examinées aurait dû être régie, nous dirons que, dans tous les cas, le législateur aurait dû exiger, dans l'acte constitutif de l'hypothèque et dans l'inscription tout à la fois, l'indication du montant de la créance et des diverses modalités dont elle peut être affectée. Au cas où la créance est indéterminée, l'évaluation en aurait été faite d'un commun accord entre les parties : ce qui eût été beaucoup plus simple que de dispenser, comme on l'a fait, les parties d'évaluer la créance dans l'acte constitutif, pour laisser au créancier le soin de faire l'évaluation dans l'inscription, sauf au débiteur à faire réduire ensuite cette évaluation, si elle est exagérée, comme il arrivera le plus souvent.

N. 2. Conditions de forme.

1403. Le contrat hypothécaire appartient à la famille des contrats solennels : la forme y est prescrite à peine de nullité et même d'inexistence du contrat, *forma dat esse rei*. Cela résulte invinciblement de la définition contenue en l'art. 2117 :

« L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des con-

» ventions, ET DE LA FORME EXTÉRIEURE DES ACTES ET DES CONTRATS ». La convention des parties ne suffit donc pas pour établir un droit d'hypothèque : il faut que cette convention soit constatée dans la forme prescrite par la loi ; autrement elle n'a pas d'existence légale. C'est ce que dit aussi l'art. 2127, qui nous apprend en même temps

en quoi consiste la solennité du contrat hypothécaire :
« l'hypothèque conventionnelle ne peut

» être consentie que par un acte passé en forme authentique

» devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins ».

1404. En exigeant un acte authentique pour donner naissance à une hypothèque conventionnelle, le code a confirmé une règle que notre ancienne jurisprudence avait établie, que les lois du 9 messidor an III (art. 17), et du 11 brumaire an VII (art. 4) avaient respectée. Dans notre ancien droit, elle se rattachait aux principes relatifs à la translation de la propriété immobilière et des droits réels. On y décidait en effet que les contrats générateurs d'obligations ne transféraient par eux-mêmes ni la propriété, ni un démembrement de la propriété, ni un droit réel quelconque. Ce transfert ne pouvait résulter que d'une tradition réelle ou d'une clause de tradition feinte stipulée en exécution du contrat. L'hypothèque, par sa nature même, excluait toute idée de tradition réelle ; le débiteur conservait en effet la possession de l'immeuble hypothéqué. Or les clauses de tradition feinte ne pouvaient être insérées que dans un acte revêtu de la formule exécutoire, spécialement dans les actes par devant notaire ⁸¹⁸. Par conséquent, l'hypothèque ne pouvait être constituée que par acte notarié. Nous avons déjà dit qu'elle en résultait de plein droit et que toute obligation constatée par un acte notarié était garantie par une hypothèque générale frappant les immeubles présents et à venir du débiteur. A l'origine, toutefois, cette règle n'était vraie que pour les actes dressés par les notaires royaux ou par les notaires des justices subalternes ⁸¹⁹. Il en était autrement des actes dressés par les notaires apostoliques, qui, institués par la seule autorité ecclésiastique, étaient des officiers purement ecclésiastiques, n'avaient pas autorité

sur les choses temporelles et ne pouvaient pas recevoir de contrats hypothécaires. Mais lorsque le roi institua des notaires royaux apostoliques, il leur conféra une autorité nouvelle. L'édit de décembre 1691 décide formellement dans son art. 2 que les actes par eux reçus produiront hypothèques de la même manière et sous les mêmes conditions que les actes des autres notaires royaux.

Dans les coutumes de nantissement on exigeait, conformément à ces principes, que le nantissement eût été fait en observant les formalités prescrites par la coutume.

1405. Le code a repoussé le principe de notre ancienne jurisprudence sur la translation de la propriété et des autres droits réels. Il décide que la propriété se transfère par le seul consentement des parties (art. 711 et 1138), et que les conventions verbales ou sous signatures privées produisent le même effet que les conventions constatées par un acte authentique (art. 1582).

Néanmoins il a conservé, pour les actes constitutifs d'hypothèque conventionnelle, la règle de notre ancienne jurisprudence et il exige un acte authentique.

1406. Quels sont les motifs qui l'ont déterminé à décréter la solennité du contrat d'hypothèque ? Notre législateur semble s'être inspiré tout d'abord d'une pensée de protection pour le débiteur : la présence du notaire, qui dresse l'acte constitutif de l'hypothèque, est une garantie contre les surprises dont le débiteur pourrait être la victime ; elle l'avertit en même temps de la gravité de l'acte qu'il va accomplir, et lui permet de se renseigner exactement sur les conséquences qu'il entraînera.

D'autre part, cette prescription s'explique par des considérations du plus haut intérêt pratique et qui la rattachent ainsi à l'intérêt public. Le code civil, après bien des hésitations et des discussions approfondies, allait consacrer un système hypothécaire contraire à des habitudes séculaires ; il s'inspirait de la loi récente du 11 brumaire an VII, dont les dispositions étaient encore assez

peu connues. Dans de pareilles conditions, il y aurait eu des inconvénients graves à permettre aux parties d'être les ministres de leur propre volonté. Il était à craindre qu'elles ne se rendissent pas un compte exact de la règle de la spécialité et de ses conséquences ; elles étaient exposées ainsi à commettre des erreurs ; elles n'auraient pas respecté les prescriptions de la loi et beaucoup de constitutions d'hypothèques auraient été frappées de nullité. Obliger les parties à recourir à un notaire, c'est les protéger contre les erreurs, c'est prévenir les plaintes qu'aurait justifiées la nouvelle législation, si elle avait donné lieu à un trop grand nombre de surprises et d'annulations. Ce motif ne présente peut-être qu'un intérêt transitoire ; il s'applique cependant encore aujourd'hui, car notre législation hypothécaire est ignorée d'un grand nombre de personnes et donne naissance aux difficultés les plus délicates.

Enfin, il importe que les registres du conservateur des hypothèques ne soient pas surchargés d'inscriptions prises sans droit. Il est donc nécessaire qu'elles ne soient requises qu'en vertu de titres présentant de sérieuses garanties de régularité et de sincérité, au moins quant aux signatures qui leur donnent leur force. L'acte authentique offre à cet égard des avantages qu'on ne rencontre pas dans les actes sous seing privé.

Telles sont les considérations par lesquelles on essaie de justifier l'anomalie que la solennité du contrat d'hypothèque introduit dans notre législation : il est permis de vendre un immeuble ou de le grever de servitude par acte sous seing privé, et il faut un acte authentique pour le grever valablement d'une hypothèque !

1407. D'après l'art. 2127, la rédaction d'un acte authentique n'est exigée que pour l'acte par lequel l'hypothèque est consentie, c'est-à-dire constituée. Elle n'est donc pas requise lorsqu'il s'agit d'une simple promesse d'hypothèque. Dans ce cas, le débiteur ne

consent pas actuellement une hypothèque, il s'engage seulement à la constituer ultérieurement. Une pareille promesse peut résulter d'un acte sous seing privé, même d'une lettre missive ⁸²⁰. Elle engage le promettant, elle l'oblige à faire, c'est-à-dire à constituer une hypothèque dans les formes et les conditions déterminées par la loi. Le créancier aura donc le droit de poursuivre l'exécution de cette promesse. En cas de refus, il s'adressera à la justice.

Les tribunaux ne pourraient pas décider qu'à défaut par le promettant de constituer l'hypothèque dans le délai à lui imparti, le jugement tiendra lieu d'acte constitutif. Ils jouissent bien de ce pouvoir quand il s'agit d'un contrat purement consensuel ; ils peuvent ordonner dans ce cas que, faute par le débiteur de passer acte dans un certain délai, le jugement en tiendra lieu. Ils n'ont pas le même droit en notre matière. Le motif de la différence est sensible. Dans le premier cas, l'acte n'est qu'un moyen de preuve ; le jugement peut le remplacer. Dans le second cas, au contraire, le contrat est solennel, la rédaction d'un acte notarié est une condition essentielle, en l'absence de laquelle il n'y a pas de convention hypothécaire aux yeux de la loi ; le jugement ne peut pas suppléer à cette condition, il n'est pas un acte notarié ⁸²¹.

Il n'y a donc alors qu'une obligation de faire qui demeure inexécutée ; les tribunaux condamneront le débiteur à réaliser son engagement et, faute par lui de ce faire, à des dommages-intérêts, notamment au remboursement immédiat de la dette que l'hypothèque était destinée à garantir. Le créancier jouira, pour l'exécution de ce jugement, de tous les avantages accordés par la loi ; il aura notamment le droit de se prévaloir de l'hypothèque judiciaire ⁸²².

Ce que nous venons de dire ne s'applique qu'à la promesse d'hypothèque. Si les parties avaient voulu faire par acte sous-seing privé une véritable constitution

d'hypothèque, celle-ci serait nulle ou même inexistante ⁸²³ ; la constitution d'hypothèque est un contrat solennel ; en l'absence des formes ordonnées par la loi, elle ne saurait exister.

1408. Pour le même motif, il n'est pas nécessaire que l'obligation pour sûreté de laquelle l'hypothèque est constituée soit constatée par un acte authentique, si elle résulte d'un acte distinct. L'art. 2127 est exceptionnel ; en principe, les contrats sont consensuels ; la loi déroge à cette règle pour l'acte constitutif d'hypothèque ; elle n'y déroge pas pour l'acte d'obligation ; celui-ci reste donc soumis aux principes du droit commun, il peut parfaitement être rédigé sous signature privée.

Alors les énonciations qui constituent la spécialité soit quant au gage hypothécaire (art. 2129), soit quant à la créance garantie par l'hypothèque ⁸²⁴ (art. 2132), doivent nécessairement figurer dans l'acte constitutif de l'hypothèque.

Le plus souvent un seul et même acte notarié constatera tout à la fois la créance et l'hypothèque : par exemple, si je vous emprunte de l'argent sur hypothèque, un même acte notarié pourra constater le prêt et l'hypothèque que je consens pour sa sûreté. L'art. 2129 al. 1 fait allusion à l'une et à l'autre de ces deux hypothèses, lorsqu'il exige que la désignation spéciale de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués figure, soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur.

De même, lorsque l'obligation pour sûreté de laquelle l'hypothèque a été constituée est indéterminée ou éventuelle, il n'est pas nécessaire que l'acte qui en opère la liquidation et en fixe le montant soit un acte authentique ; il peut sans difficulté être rédigé sous seing privé ⁸²⁵. Ainsi en est-il notamment pour l'hypothèque qui garantit une ouverture de crédit ⁸²⁶.

1409. Un acte authentique quelconque ne suffit pas ; l'art. 2127 exige un acte passé devant deux notaires ou un notaire et deux témoins. Ainsi le procès-verbal dressé par le juge de paix en bureau de conciliation est certainement un acte authentique ; il ne peut cependant pas contenir valablement une constitution d'hypothèque (arg. art. 54 Pr. civ.). Il n'est pas un acte notarié. Le notaire est le seul officier public compétent pour recevoir et constater les contrats d'hypothèque.

Mais si un acte notarié est indispensable, un acte notarié ordinaire suffit pour la validité du contrat hypothécaire, ce contrat ne figurant pas sur la liste de ceux pour lesquels la loi du 21 juin 1843 exige exceptionnellement la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires au moment de la lecture et de la signature.

Bien entendu, l'acte notarié qui constate la convention d'hypothèque doit être valable comme acte notarié. S'il était nul pour l'une des causes indiquées en l'art. 1318, la convention d'hypothèque serait inexistante, alors même que l'acte serait signé des parties. L'art. 1318 dit, il est vrai, que l'acte vaut alors comme écriture privée ; mais cela signifie simplement que les parties se trouvent dans la même situation que si elles avaient fait un acte sous signature privée ; or la convention d'hypothèque constatée par un acte sous signature privée est inexistante.

1410. L'enregistrement de l'acte notarié qui constate la convention d'hypothèque est-il nécessaire pour la validité de cette convention ? La question était fort intéressante dans notre ancienne jurisprudence, où toutes les obligations constatées par acte notarié étaient garanties par une hypothèque générale et où le rang entre les créanciers hypothécaires était déterminé par la date des contrats. Un édit de Henri III de juin 1581, portant création d'un bureau de contrôle des actes extrajudiciaires en chaque siège royal, subordonne l'acquisition du droit d'hypothèque à la condition que l'acte notarié d'obligation

sera enregistré dans un délai de deux mois (art. 6) ; mais il décide en même temps' (art. 6) que cet enregistrement rétroagira à la date du contrat (Voy. aussi édit d'Henri IV de juin 1606). Mais, à la suite de transactions diverses et particulières, cet édit se réduisit à une simple mesure fiscale, et la règle que nous en avons déduite ne fut pas appliquée, si ce n'est toutefois en Normandie où l'édit, malgré sa révocation en 1588, fut reçu en exécution d'une déclaration de 1606 ⁸²⁷. Une tentative faite par Louis XIV en mars 1693 ne fut pas beaucoup plus efficace. Par des négociations diverses, plusieurs villes, plusieurs provinces, notamment la Flandre, le Hainaut, le Cambrésis, l'Artois, l'Alsace et la ville de Paris obtinrent soit gratuitement, soit moyennant finances d'être affranchies de cette règle.

La loi du 5 décembre 1790 relative à l'organisation de l'enregistrement la consacra de nouveau par son art. 9 et la généralisa. Elle décidait que, « à défaut d'enregistrement dans les

» délais, un acte passé devant notaires ne pourra valoir que

» comme acte sous seing privé ». Il résultait nécessairement de cette disposition que l'obligation constatée par un acte notarié non enregistré n'était garantie ⁸²⁸ par aucune hypothèque. Mais, bien que l'opinion contraire compte des partisans ⁸²⁹, nous n'hésitons pas à penser que cette loi a été abrogée par l'art. 73 de la loi du 22 frimaire an VII ⁸³⁰. En outre, l'art. 33 de cette dernière loi se contente de condamner à une amende et au paiement du droit le notaire qui n'a pas fait enregistrer un acte dans le délai ; bien différent de l'art. 34 relatif aux actes des huissiers, il ne prononce pas dans ce cas la nullité de l'acte. Cette disposition n'avait plus d'ailleurs de raison d'être. Elle s'expliquait et se justifiait même sans peine sous l'empire d'une législation dans laquelle le rang des hypothèques était déterminé par la

date des contrats ; elle ne se concevait plus sous le régime de publicité organisé par les lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII. L'ordre de préférence est alors réglé par l'ordre des inscriptions.

Le code ayant emprunté ce principe aux lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII, il n'y avait pas de motif pour faire revivre la disposition de la loi de 1790. Aussi faut-il décider que l'enregistrement n'est pas nécessaire pour la validité des conventions d'hypothèques. L'art. 2127 ne l'exige pas.

1411. L'acte constitutif d'hypothèque peut être rédigé en brevet. La gravité de cette convention justifierait en législation une exigence plus rigoureuse, ainsi que cela a lieu en Belgique. On comprendrait très bien une disposition, aux termes de laquelle il devrait en être conservé minute. La prudence conseillera aux parties de recourir à cette sage précaution. Mais l'art. 2127 ne l'exige pas ; et si les rédacteurs du code avaient voulu imposer cette formalité, ils n'auraient pas manqué de s'en expliquer formellement, comme ils l'ont fait dans l'art. 931 pour les actes portant donation.

En vain on objecte qu'aux termes des art. 20 et 68 L. 25 ventôse an XI, les notaires sont obligés de garder minute dès actes qu'ils reçoivent, et ce à peine de nullité ⁸³¹. La réponse se trouve dans l'art. 20 lui-même ; la règle qu'il édicte n'est pas absolue ; elle comporte des exceptions, car le texte ajoute :

« ne sont néanmoins compris dans cette disposition les actes

» simples qui, d'après la loi, peuvent être délivrés en brevet ». Tel est précisément l'acte constitutif d'hypothèque ; l'art. 2148 al. 1 ne permet guère d'en douter ; on y lit en effet que les parties représenteront au conservateur « l'original en brevet

» ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte

» qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque » ; or les jugements étant toujours rédigés en minute, les mots « l'original en brevet » ne peuvent s'appliquer qu'aux actes notariés constitutifs d'hypothèques ⁸³².

1412. La jurisprudence va même plus loin : elle admet la validité de la constitution d'hypothèque, faite par un acte sous seing privé, lorsque cet acte a été reconnu devant notaire, ou lorsqu'il a été déposé par le débiteur entre les mains d'un notaire qui en a régulièrement constaté le dépôt soit en la présence, soit en l'absence du créancier.

Cette jurisprudence n'est pas discutable, si l'acte de reconnaissance ou de dépôt dressé par le notaire relate dans tous ses détails la convention d'hypothèque ; c'est alors véritablement un acte constitutif et, comme il a été reçu par un notaire conformément à l'art. 2127, sa validité ne peut pas être révoquée en doute.

La solution paraît moins certaine, si le notaire s'est borné à dresser procès-verbal de la reconnaissance faite devant lui ou du dépôt effectué au rang de ses minutes. Cette question s'était posée dans notre ancienne jurisprudence et Pothier la résolvait dans le même sens que la jurisprudence contemporaine. « Les actes sous signature privée, dit-il ⁸³³, lorsqu'ils

» sont déposés chez un notaire et reconnus par les parties
» qui les ont souscrits, produisent hypothèque du jour de
» l'acte de reconnaissance qu'en dresse le notaire ; car, quoi-

» que les actes sous signature privée ne soient par eux-mêmes

» munis d'aucune autorité publique qui puisse produire

» l'hypothèque, ils le deviennent par l'acte de reconnaissance

» qui en est fait par devant notaire ». Il résulte de ce passage que l'obligation constatée par un acte sous signature privée déposé chez un notaire jouit des mêmes

garanties qu'une obligation notariée. Il en résulte que dans notre ancienne jurisprudence ces deux cas devaient être assimilés. Sans doute jadis toute obligation notariée était garantie par une hypothèque générale, tandis que sous le code l'hypothèque ne peut résulter que d'une stipulation formelle et doit être spéciale. Mais qu'importe cette différence ? Il nous suffit d'avoir prouvé par l'autorité de Pothier que, par le dépôt, l'acte sous seing privé se transforme en acte notarié. Ne sommes-nous pas autorisés à en conclure que la stipulation d'hypothèque se trouve ainsi validée ?

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que les rédacteurs du code aient eu la volonté de rompre sur ce point avec les traditions de notre ancienne jurisprudence. Or, il n'en a pas été ainsi. Les travaux préparatoires en fournissent la preuve. La question fut en effet soulevée dans la séance du conseil d'Etat du 5 ventôse an XII ⁸³⁴. M. Duchatel demanda « qu'on

» attribue à la reconnaissance de la signature, lorsqu'elle est

» faite devant notaires, la même force que lorsqu'elle est

» faite en jugement ». M. Berlier répondit qu'il n'y avait pas de motif d'adopter cette proposition, parce que « s'il s'agit

» d'un titre sous seing privé que toutes les parties intéressées

» aient porté à un notaire pour lui donner la forme authen-

» tique par la transcription, l'annexe ou une nouvelle rédac-

» tion, l'article en discussion suffit ; car l'acte notarié donne

» ouverture à l'hypothèque, et dès ce moment elle peut être

» acquise, en observant les formalités prescrites par la loi ». Puis le débat fut clos par cette observation de M.

Treilhard, dans laquelle on ne perçoit plus aucun souvenir de la règle ancienne qui attachait une hypothèque à tout acte notarié :

« Les actes sous seing privé ainsi reconnus deviennent des
» actes devant notaires, pourvu que la reconnaissance ait
» lieu de la part de ceux contre lesquels ils font preuve ». Cette transformation est en effet la conséquence des faits accomplis par les parties. En déposant l'acte dans les minutes d'un notaire, elles en reconnaissent la sincérité, elles l'approuvent, elles l'annexent à l'acte notarié de dépôt avec lequel il ne forme plus qu'un tout indivisible et de la nature duquel il devient ainsi participant. La convention d'hypothèque est dès lors constatée par un acte notarié, comme l'exige l'art. 2127 ; elle se trouve par suite validée.

Mais pour que l'acte produise cet effet, il faut que le dépôt ait été effectué par celui dont la volonté doit être constatée en la forme authentique pour donner naissance à l'hypothèque. M. Treilhard le faisait justement observer au conseil d'Etat. Il faut donc que le dépôt soit fait par les deux parties ou par le débiteur soit en présence, soit en l'absence du créancier ⁸³⁵. S'il était effectué par le créancier seul, il ne constaterait pas authentiquement le consentement du débiteur à la constitution d'hypothèque ; celle-ci resterait donc inexistante ⁸³⁶ ; toutefois si le créancier avait agi en qualité de mandataire du débiteur, l'hypothèque pourrait être validée ; il serait indispensable, à notre avis, que ce mandat fût constaté par acte notarié ; sans cela le consentement du débiteur n'aurait pas été donné dans les formes exigées par la loi et l'acte serait destitué de toute efficacité (⁸³⁷).

1413. La volonté du constituant (nous désignons sous ce nom celui qui consent l'hypothèque) devant nécessairement être constatée par acte notarié, il s'ensuit que, s'il veut se faire représenter par un mandataire, la procuration devra, à peine de nullité, être spéciale et notariée. En effet, c'est

alors dans la procuration qu'il exprime sa volonté d'hypothéquer, et cette volonté ne serait pas manifestée dans la forme voulue par la loi, si la procuration n'était pas notariée. L'authenticité du consentement est l'élément essentiel de toute affectation hypothécaire. Cette solution trouve un point d'appui très résistant dans l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843, qui, après avoir donné l'énumération des actes pour lesquels est exigée la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires, soumet à la même solennité les procurations pour consentir ces actes.

La doctrine se prononce généralement en faveur de cette opinion ⁸³⁸ et, après quelques hésitations, la jurisprudence paraît aujourd'hui définitivement fixée en ce sens ⁸³⁹.

1414. La jurisprudence a eu, dans ces dernières années et avant la loi du 1^{er} août 1893, l'occasion de faire l'application de ces principes aux immeubles appartenant à une société commerciale. Les règles seraient les mêmes pour les immeubles acquis par une société civile, si, avec la dernière jurisprudence ⁸⁴⁰, on reconnaît à ces sociétés la qualité de personnes civiles. Nous nous contenterons d'analyser ces décisions

Si le pouvoir d'hypothéquer est conféré au gérant, au directeur par les statuts de la société, il est indispensable que les statuts soient constatés par acte notarié. La société propriétaire a seule qualité pour consentir l'hypothèque des immeubles sociaux ; l'authenticité de ce consentement est la condition essentielle de l'affectation hypothécaire. Le consentement résulte du mandat donné par les statuts ; il est donc nécessaire qu'il soit consigné dans un acte notarié ⁸⁴¹. D'ailleurs le dépôt des statuts sous seing privé dans les minutes d'un notaire leur confère l'authenticité ⁸⁴². Mais là s'arrêtent les exigences de la loi ; elles sont spéciales à l'acte constitutif d'hypothèque et au pouvoir nécessaire à l'effet de le consentir. On ne saurait donc exiger que les associés qui n'assistent pas en personne à la délibération,

par laquelle les statuts sont approuvés, y soient représentés par un mandataire porteur d'une procuration notariée ⁸⁴³. Ce ne sont pas les associés qui constituent l'hypothèque ; c'est la société, personne morale distincte des associés.

Si, au contraire, les statuts gardent le silence sur ce point, le pouvoir d'hypothéquer les immeubles sociaux n'appartient pas aux gérants d'une société commerciale quelqu'étendu que soit leur mandat d'administration ⁸⁴⁴ ; la société a seule qualité pour consentir une constitution d'hypothèque ⁸⁴⁵. Elle exercera ce droit en donnant mandat à cet effet à ses gérants, à ses administrateurs ou à un tiers. Dans tous les cas, il faudra que ce mandat soit constaté par un acte notarié. Il en est ainsi pour la société anonyme ⁸⁴⁶, il en est de même pour la société en commandite ⁸⁴⁷ et la même règle s'applique aux sociétés en nom collectif.

Il semble qu'en vertu des principes généraux, la constitution consentie en vertu d'un mandat irrégulier dans la forme, pourrait être confirmée par l'assemblée générale des actionnaires ; mais il faudrait que cette confirmation résultât d'une délibération expresse spéciale et qu'elle fût constatée par un acte authentique ; si elle était contenue dans un acte sous signature privée, elle serait infectée de la même nullité que le mandat, et l'hypothèque ne pourrait produire aucun effet ⁸⁴⁸.

1415. Ces règles continuent d'être en vigueur en ce qui concerne les sociétés civiles, même lorsqu'elles sont constituées sous la forme de sociétés en nom collectif. Elles ne régissent plus les sociétés commerciales, ni les sociétés civiles par leur objet lorsqu'elles ont pris la forme de la société en commandite par actions ou de la société anonyme. La loi du 1^{er} août 1893 a, en effet, ajouté à la loi du 24 juillet 1867 un art. 69, ainsi conçu : « Il pourra être consenti hypothèque au nom de

» toute société commerciale, en vertu des pouvoirs résultant

» de son acte de formation même sous seing privé, ou des dé-

» libérations ou autorisations constatées dans les formes réglées

» par ledit acte. L'acte d'hypothèque sera passé en forme au-

» thentique, conformément à l'art. 2127 C. civ. ». En ce qui concerne les sociétés civiles, constituées sous la forme de la société en commandite simple ou par intérêts, la question est douteuse. Car si l'art. 68 ajouté en 1893 à la loi de 1867 est général dans ses termes et paraît réputer commerciales, quelque soit leur objet, toutes les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du code de commerce ou de la loi de 1867, une opinion très accréditée soustrait à l'empire de cette disposition les sociétés civiles en commandite simple ⁸⁴⁹. Si cette opinion est fondée, l'hypothèque des immeubles appartenant à ces sociétés reste régie par les principes développés au numéro précédent ; dans le cas contraire, on leur appliquera, comme aux autres sociétés commerciales, la loi du 1^{er} août 1893.

Cette loi de 1893 s'applique à toutes les sociétés commerciales, qu'elles soient antérieures ou postérieures à la loi nouvelle.

1416. Les deux acteurs du contrat hypothécaire sont le débiteur et le créancier. Il est incontestable que la volonté du débiteur de constituer l'hypothèque doit être exprimée dans la forme prescrite par la loi, c'est-à-dire par acte notarié. Le consentement du créancier, qui accepte la constitution, doit-il nécessairement être manifesté dans la même forme ?

Il n'y a pas de difficulté quand il se produit en même temps et par le même acte que la constitution

d'hypothèque. Il est alors constaté par acte notarié.

Mais le créancier peut ne pas figurer à l'acte par lequel l'hypothèque est établie. Son acceptation sera donnée par un acte ultérieur et une pareille acceptation rétroagit au jour même de l'acte constitutif ⁸⁵⁰. Doit-elle être constatée par un acte notarié ? La négative est admise par la jurisprudence et par la grande majorité des auteurs. L'art. 2127, il est vrai, dit que l'hypothèque doit être consentie par un acte notarié : ce qui semble signifier que le consentement des parties doit être constaté dans la forme notariée, par conséquent la volonté du créancier comme celle du débiteur ; le concours de l'une et de l'autre est en effet nécessaire pour qu'il y ait consentement. Mais d'une part, si l'on comprend que, dans une vue de protection pour le débiteur, la loi ait exigé la manifestation de sa volonté par acte notarié, la même exigence ne se concevrait plus en ce qui concerne le créancier, car la constitution d'hypothèque lui procure un bénéfice, et il ne peut avoir qu'avantage à l'accepter ; alors pourquoi entraver son acceptation par la nécessité de formes solennelles ? D'autre part, le texte n'a pas nécessairement le sens qu'on lui prête : quand la loi dit que l'hypothèque doit être consentie par acte notarié, il se peut fort bien qu'elle n'ait songé qu'au débiteur et qu'elle ait pris le mot consentir comme synonyme de constituer. Enfin nous voyons qu'en matière de donation la loi a pris la peine de dire que le consentement du donataire, comme celui du donateur, doit être manifesté dans la forme authentique (art. 932) : ce qui prouve que la chose n'allait pas toute seule, et permet par conséquent de ne pas appliquer la même exigence à la constitution d'hypothèque ; d'autant plus que la disposition de l'art. 932 ne peut s'expliquer que par la défaveur dont les donations ont été l'objet aux yeux de notre législateur, et que certainement il n'a pas vu du même œil les constitutions d'hypothèques. Nous concluons

que le créancier, au profit duquel une hypothèque a été constituée, peut accepter la constitution en une forme quelconque, même tacitement ⁸⁵¹ par exemple en faisant inscrire l'hypothèque. Mais il faut toujours une acceptation, au moins tacite ; car un contrat, quel qu'il soit, ne peut pas se former sans le concours des volontés des parties, concours qui constitue le consentement.

1417. Nous ne verrions aussi aucun obstacle à ce que la constitution d'hypothèque fût acceptée par un mandataire verbal ou même par un tiers agissant sans mandat exprès du créancier et en qualité de gérant d'affaires.

L'acceptation peut-elle émaner du notaire même qui reçoit acte constitutif et déclare accepter au nom du créancier absent ? Dans notre ancienne jurisprudence, cette pratique était suivie et la validité de l'hypothèque était admise, suivant un usage constaté par un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 8 mai 1716. Sous l'empire de notre code, on a proposé de suivre la même solution ou plutôt de considérer l'acceptation faite par le notaire comme nulle et non avenue et de valider en conséquence la constitution d'hypothèque. On reconnaît que le notaire ne peut pas figurer à l'acte en une double qualité, instrumenter comme notaire et accepter le bénéfice de l'hypothèque au nom du créancier. Mais on soutient qu'il n'a pas pu agir en cette dernière qualité, d'une part parce qu'il n'était investi d'aucun mandat, d'autre part parce que la loi lui défend de représenter les parties dans les actes qu'il passe. On conclut qu'il a agi exclusivement en qualité d'officier public. L'acte subsiste, mais la constitution l'hypothèque n'a pas été acceptée : utile per inutile non trahitur ⁸⁵².

Nous ne pouvons accepter cette conclusion, car l'argument qu'on invoque conduirait, s'il était poussé à ses dernières limites, à valider tous les actes dans lesquels un notaire serait intervenu au nom de l'une des parties, pourvu qu'en les recevant il eût pris la précaution de parler

comme gérant d'affaires, non comme mandataire. On éluderait ainsi facilement la prohibition de l'art. 8 de la loi du 25 ventôse an XI. Est-il bien permis d'ailleurs de diviser ainsi les énonciations d'un acte, d'accepter les unes et de ne pas tenir compte des autres ? Nous ne le croyons pas. Si le notaire avait reçu un mandat formel, la nullité serait certaine ; nul ne le conteste : n'en est-il pas de même lorsqu'un notaire remplit l'office d'un gérant d'affaires, abandonne le rôle de conseil impartial à lui confié par la loi pour se faire le défenseur des intérêts particuliers de l'une des parties ? C'est pourquoi l'acte est nul comme acte notarié ; il ne pourrait au plus valoir que comme acte sous seing privé ; la stipulation d'hypothèque qu'il renferme serait destituée de toute efficacité pour contravention à l'art. 2127 ⁸⁵³.

1418. L'art. 14, tit. II de la loi des 28 octobre 5 novembre 1790 décide que le ministère des notaires n'est pas nécessaire pour la passation des baux de biens domaniaux ni pour tous les actes d'administration, mais que ces actes passés par des fonctionnaires administratifs ainsi que les baux « seront

» sujets au contrôle et qu'ils emporteront hypothèque et
» exécution parée ».

La loi des 4-7 mars 1793, relative aux marchés passés par l'Etat avec les entrepreneurs, marchands, ouvriers et fournisseurs, renferme une disposition semblable ; elle porte dans son art. 3 : « Quoique les marchés soient passés par des

« actes sous signatures privées, la nation aura néanmoins
» hypothèque sur les immeubles appartenant aux fournis-
» seurs et à leurs cautions, à compter du jour où les minis-
» tres auront accepté les marchés ».

Ces textes n'étaient, à certains égards, qu'une application des principes en vigueur à l'époque où ils furent édictés. Ils assimilaient les actes administratifs à des

actes notariés ; ils en concluaient que, comme les actes notariés, ils emportaient hypothèque. Cette hypothèque était soumise aux mêmes règles que l'hypothèque née d'un acte notarié. Elle était générale ; elle frappait les immeubles présents et à venir du débiteur ; elle n'était soumise à aucune condition de publicité ; elle résultait, de plein droit et indépendamment de toute stipulation, des actes administratifs spécifiés.

Ces règles n'ont-elles pas disparu avec l'ancienne législation soit par l'effet de l'art. 56 L. 11 brumaire an VII, qui abroge expressément toutes les lois et usages antérieurs sur la constitution des hypothèques, soit par l'effet des dispositions du code civil et spécialement de l'art. 2127 ? Beaucoup d'auteurs le pensent ⁸⁵⁴. Les textes nouveaux sont absolus dans leurs termes ; l'hypothèque ne peut être constituée que par acte notarié, et si l'on peut considérer les actes administratifs comme des actes authentiques, ce ne sont certainement pas des actes notariés. En outre, un décret du 12 avril 1807, qui s'occupe, dans son art. 1^{er}, des baux à ferme des biens des hospices et autres établissements publics de bienfaisance ou d'instruction publique, fournit un puissant argument en faveur de cette solution. En effet les dispositions de la loi de 1790 avaient été appliquées aux baux à ferme des biens de ces établissements. Or le décret de 1807 ordonne que ces baux soient faits aux enchères par un notaire et il ajoute que

« le droit d'hypothèque sur tous les biens du preneur y sera » stipulé par la désignation, conformément au code civil ». Ce texte ne s'expliquerait pas si les actes administratifs emportaient hypothèque de plein droit ou pouvaient renfermer une stipulation d'hypothèque ; il ne s'expliquerait pas si. l'hypothèque établie pour la garantie du bailleur n'était pas soumise à la règle de la spécialité et à la nécessité d'un acte notarié.

Aussi est-on d'accord pour reconnaître que la loi de l'an VII et le code civil ont abrogé l'hypothèque qui résultait de plein droit des actes administratifs et qui grevait les immeubles présents et à venir du débiteur. Cette règle était empruntée à notre ancienne jurisprudence ; elle a disparu avec la législation dont elle n'était qu'une application particulière ⁸⁵⁵.

Mais il n'en reste pas moins une règle spéciale. Les lois de 1790 et de 1793 assimilaient, au point de vue de l'hypothèque, les actes administratifs aux actes notariés. Or, si le décret de 1807 a supprimé cette assimilation pour les baux à ferme des biens des hospices et autres établissements publics de bienfaisance ou d'instruction publique en ordonnant qu'ils fussent passés devant notaires, elle n'en continue pas moins de subsister pour les actes spéciaux dont parlent ces lois. Il y a là une règle particulière de droit administratif à laquelle il n'a été dérogé ni par la loi du 11 brumaire an VII, ni par le code civil : *generalia specialibus non derogant*. En conséquence, les actes administratifs dont parlent les lois de 1790 et de 1793 sont encore aujourd'hui susceptibles de contenir une constitution d'hypothèque faite conformément à l'art. 2129 ⁸⁵⁶.

Ces dispositions doivent d'ailleurs et conformément aux principes généraux être interprétées d'une manière restrictive. Or, elles n'autorisent la stipulation d'une hypothèque conventionnelle dans un acte administratif, qu'au profit de l'Etat ; elles ne peuvent donc pas être invoquées par les particuliers qui figureraient dans un acte administratif. Ceux-ci n'auraient pas la faculté d'établir par cet acte une hypothèque l'un au profit de l'autre ⁸⁵⁷.

1419. L'hypothèque conventionnelle peut-elle résulter d'un acte passé en pays étranger ? L'art. 2128 répond à cette question, et la réponse est peu satisfaisante : « Les contrats passés

» en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les

» biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce

» principe dans les lois politiques ou les traités ».

La formule de l'art. 2128 appelle une critique analogue à celle que nous avons faite de la rédaction de l'art. 2123. Il est en effet certain que les contrats hypothécaires entre Français peuvent être reçus par les chanceliers de nos consulats, qui remplissent pour nos nationaux l'office de notaires (Ord. 23-26 octobre 1833).

En outre, d'assez nombreuses conventions autorisent les consuls, vice-consuls, chanceliers et agents consulaires à recevoir les actes passés entre des Français et les habitants du pays où ils sont accrédités ou entre les nationaux de ce pays, quand ils ont pour objets des biens situés en France ⁸⁵⁸. Ces actes ont alors la valeur d'actes notariés et peuvent valablement contenir des constitutions d'hypothèques.

Cette règle est-elle véritablement une exception au principe de l'art. 2128 ? On pourrait le soutenir en faisant remarquer que l'acte a été passé en pays étranger. Nous n'admettons pas cette théorie. D'une part, les chanceliers des consulats sont des fonctionnaires français et ils remplissent les mêmes fonctions que les notaires. A ce double point de vue, il n'y a exception ni à l'art. 2127, qui exige un acte notarié, ni à l'art. 2128, qui vise seulement les actes passés par des officiers publics étrangers. D'autre part, le droit ainsi reconnu aux chanceliers nous paraît être plutôt une conséquence de la fiction d'exterritorialité, dont les consuls sont appelés à bénéficier dans une certaine mesure déterminée par les traités, les coutumes et les lois des divers pays. Ils se trouvent ainsi placés dans une situation identique à celle des notaires en France et les actes qu'ils reçoivent ont la même puissance ; les choses se

passent de la même manière que si l'acte avait été reçu en France. C'est une conséquence de la fiction d'exterritorialité.

1420. C'est donc seulement dans le cas où ces actes sont reçus par des officiers publics étrangers, dans les formes déterminées par la loi étrangère, que la règle de l'art. 2128 doit être suivie.

Ces contrats peuvent emporter l'hypothèque sur des immeubles situés en France : 1° En vertu des lois politiques françaises ; il n'en existe pas qui leur ait accordé cet effet ; 2° en vertu des traités. L'art. 22 du traité franco-sarde du 24 mars 1760, applicable aujourd'hui à tout le royaume d'Italie, dispose « que, de la même manière que les hypothèques

» établies en France par actes publics ou judiciaires sont ad-

» mises dans les tribunaux de Sa Majesté le Roi de Sardai-

» gne, l'on aura aussi pareil égard dans les tribunaux de

» France pour les hypothèques qui seront constituées à l'ave-

» nir, soit par contrats publics, soit par ordonnances ou juge-

» ments dans les Etats de Sa Majesté le Roi de Sardaigne »

859. Le traité franco-suisse du 28 mai 1777 est inspiré par des considérations analogues. Mais la cour de cassation a relevé une différence dans les termes et elle en a conclu que le bénéfice de cette disposition est exclusivement réservé aux Français et aux Suisses et ne saurait appartenir aux nationaux d'un autre pays qui feraient passer en France ou en Suisse l'acte constitutif de l'hypothèque 860. Au contraire le traité franco-sarde de 1760 détermine d'une manière générale les effets des contrats sans se préoccuper de la nationalité des contractants. Il en résulte que toute personne, sans distinction de nationalité, est admise à se prévaloir de cette

clause, pourvu que l'acte constitutif de l'hypothèque ait été passé sur le territoire de l'un des pays contractants.

1421. En dehors de ces cas, les contrats reçus par des officiers publics étrangers ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France. Cette règle est anormale et difficile à justifier. Les jugements rendus par des tribunaux étrangers sont susceptibles d'exécution en France, et confèrent hypothèque sur les immeubles qui y sont situés, quand ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français (art. 2123 C. civ., art. 546 Pr. civ.). Logiquement il aurait dû en être de même des contrats passés en pays étranger et conférant hypothèque sur des biens situés en France. Il y avait même un *a fortiori* pour appliquer aux conventions d'hypothèques ce que la loi dit des jugements ; car les conventions émanent de la volonté de particuliers, et, à la différence des jugements, qui sont une émanation de la souveraineté, leur exécution en France ne peut pas compromettre le principe de l'indépendance des nations. Pourquoi donc l'art. 2128 refuse-t-il en principe tout effet sur les biens de France aux contrats hypothécaires passés en pays étranger ?

On peut l'expliquer par la confusion qui s'était produite dans notre ancienne jurisprudence. Tous les actes notariés constatant une obligation emportaient hypothèque générale sur les immeubles du débiteur. Pour justifier la différence ainsi établie entre les actes notariés et les actes sous seing privé, on faisait remarquer que les premiers seuls étaient revêtus de la formule exécutoire. De là à conclure que l'hypothèque était la conséquence de la force exécutoire, il n'y avait qu'un pas. On le franchit. Or les contrats passés en pays étranger n'ont pas en France force exécutoire. Donc ils ne peuvent donner naissance à une hypothèque grevant les immeubles situés en France. Cette solution fut consacrée par l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 ; elle trouva place dans l'art. 18 de la loi du 9 messidor an III ; elle a été reproduite par l'art. 2128. On

peut à bon droit critiquer cette règle. Le propriétaire d'un immeuble situé en France peut bien, par un contrat de vente ou même de donation passé en pays étranger, transférer la propriété de cet immeuble ; comment se fait-il qu'il ne puisse pas également, par un acte passé en pays étranger, grever ce même immeuble d'une hypothèque conventionnelle ? Est-ce que la volonté des parties manifestée dans les formes voulues par la loi du lieu où l'acte est passé ne devrait pas, dans les deux cas, produire également ses effets ?

1422. Existe-t-il un moyen, pour le créancier quia obtenu, par un acte passé en pays étranger, la constitution d'une hypothèque sur des immeubles situés en France, d'assurer la conservation de son droit et de parvenir, par l'exercice de son hypothèque, à l'exécution forcée de l'obligation ? La loi est muette à cet égard. Elle indique les formalités à observer pour rendre exécutoires en France les jugements rendus par des juridictions étrangères ; elle ne nous fait pas connaître la procédure à suivre pour rendre exécutoires en France les contrats passés en pays étranger. Les auteurs en concluent que le créancier n'a à sa disposition d'autre ressource que de poursuivre son débiteur devant les tribunaux français et d'obtenir par ce moyen un jugement de condamnation, qui lui confèrera une hypothèque judiciaire ⁸⁶¹. La jurisprudence semble cependant admettre qu'en vertu des art. 2128 C. civ. et 546 Pr. civ. les contrats passés en pays étrangers ne pourront être invoqués devant la justice française et produire une cause de préférence qu'autant qu'ils auront été déclarés exécutoires en France ⁸⁶². Enfin, dans une dernière opinion, on exige que ces contrats soient déclarés exécutoires en France, si le créancier veut en poursuivre l'exécution forcée et recourir à la saisie ; en dehors de ces cas, cette condition n'est pas exigée ⁸⁶³.

Les critiques dirigées contre la disposition de l'art. 2128 expliquent comment, dans tous les projets de réforme hypothécaire qui ont été successivement élaborés chez nous, on a proposé de modifier l'art. 2128, et la loi belge du 16 décembre 1851 a complètement remanié ce texte.

1423. L'hypothèque maritime est régie par des dispositions spéciales. L'art. 2, § 1 de la loi du 10 juillet 1885, reproduction textuelle de l'art. 2, § 1 de la loi du 10 décembre 1874, porte : « Le contrat par lequel l'hypothèque maritime est

» consentie doit être rédigé par écrit ; il peut être fait par
» acte sous signatures privées ».

Ainsi l'hypothèque maritime n'est pas soumise à la règle de l'art. 2127 ; un acte notarié n'est pas exigé pour lui donner naissance ; un acte sous seing privé suffit. Le législateur a voulu assurer à ces transactions la rapidité qui leur est toujours utile, souvent même nécessaire ; il a voulu épargner aussi au débiteur les frais qu'entraîne l'intervention d'un notaire. Le rapporteur a enfin fait observer que, la propriété des navires pouvant se transmettre par acte sous seing privé, il était logique d'appliquer la même règle au droit réel d'hypothèque. Nous n'insistons pas sur ce dernier argument ; nous nous bornons à signaler la divergence de vues entre les auteurs de la loi nouvelle et les rédacteurs de l'art. 2127. Il est à peine besoin de faire remarquer que si les parties ont recours à un acte notarié, cet acte peut certainement être reçu en brevet. Nous l'avons ainsi décidé pour l'hypothèque sur les immeubles, à plus forte raison en est-il de même pour l'hypothèque sur les navires.

La constitution d'hypothèque étant un acte unilatéral, il n'est pas nécessaire que l'acte sous signature privée qui la constate soit rédigé en plusieurs originaux. L'art. 8 dit, il est vrai, qu'il doit être présenté au bureau du receveur des douanes un des originaux du titre constitutif, lequel y reste déposé, s'il est sous seing privé. Mais cette disposition ne

se réfère qu'à la formalité de l'inscription : l'inaccomplissement de cette condition ne saurait vicier la constitution de l'hypothèque ; l'art. 2 ne prononce pas la nullité.

1424. Il semble bien aussi que l'hypothèque maritime peut être constituée par des actes authentiques, même en brevet ou par des actes sous signature privée passés en pays étranger et que par suite elle échappe à la règle de l'art. 2128. L'opinion contraire a cependant été consacrée ⁸⁶⁴. Mais nous cherchons en vain le motif par lequel on peut la justifier. L'art. 2128, qu'on pourrait être tenté d'appliquer, ne vise très certainement que l'hypothèque sur les immeubles, la seule reconnue par le code ; pour étendre cette disposition à l'hypothèque nouvelle créée par la loi du 10 décembre 1874 et réglementée par la loi du 10 juillet 1885, il faudrait, à défaut d'un texte, qu'il y eût au moins analogie entre les deux hypothèses et même raison de décider. Or il n'en est pas ainsi. Nous avons vu combien il était difficile d'expliquer l'art. 2128, nous avons dit qu'il était le résultat du lien qui unissait, dans la pensée des rédacteurs du code, l'hypothèque à la force exécutoire, et qui ne permettait pas la naissance de la première en l'absence de la seconde. Or cette considération n'existe pas quand il s'agit d'une hypothèque maritime ; elle peut être valablement établie par un acte sous signature privée, c'est-à-dire par un acte qui n'a pas la force exécutoire. Il n'y a donc pas de raison pour la soumettre à la règle de l'art. 2128.

On objecte que cet art. est inspiré par le désir du législateur d'assurer le respect de sa souveraineté sur le territoire et sur les biens qui en font partie, quelle que soit leur nature, que les navires conservant partout leur nationalité, étant réputés faire partie du territoire du pays dont ils portent le pavillon, le but de la loi ne serait pas atteint si les navires français étaient soustraits à la règle de

l'art. 2128. Même en supposant que tel ait été le mobile des auteurs de cet art., il n'y a pas de motifs pour soumettre à la même règle la fiction et la réalité.

On conçoit à la rigueur qu'un souverain, jaloux à l'excès de son autorité, refuse tout effet sur son territoire à un acte passé en pays étranger. Son pouvoir pourrait être tenu en échec par un acte auquel il n'aurait pas prêté l'appui de sa puissance. Mais en est-il de même quand il s'agit d'un bien qui n'est pas une fraction du territoire, d'un navire qui peut changer de nationalité ? S'il est considéré, à certains égards, comme une fraction du territoire national, c'est en vertu d'une fiction et cette fiction cesse lorsqu'il s'agit d'appliquer une disposition édictée en vue du territoire réel. Il est du reste douteux que les auteurs des lois de 1874 et de 1885 aient eu une pareille conception et cela suffit, à notre avis, pour écarter l'art. 2128 ⁸⁶⁵.

1425. Nous n'avons raisonné jusqu'ici qu'en vue des navires français ; l'hypothèque constituée en pays étranger sur des navires étrangers saisis et vendus en France soulève des difficultés spéciales, qui relèvent du droit maritime et que nous n'avons pas à examiner.

CHAPITRE IV

DU RANG QUE LES HYPOTHÈQUES ONT ENTRE ELLES

1426. Notre régime hypothécaire, nous l'avons déjà dit, est assis sur une double base : la spécialité et la publicité. Le législateur vient de s'occuper de la première ; il va traiter maintenant de la seconde.

La publicité de l'hypothèque se réalise par le moyen d'une inscription.

Cette règle nouvelle est l'une des plus importantes et des plus utiles réformes réalisées par la législation moderne, ses avantages sont si manifestes qu'il est inutile de les faire ressortir. Aussi nous contenterons-nous de présenter sur ce point un court aperçu historique.

1427. Tant que l'hypothèque ne se distingue pas des autres institutions juridiques, tant qu'elle se présente sous sa forme primitive d'une vente à réméré ou d'une aliénation fiduciaire, les dispositions qui la régissent sont empruntées aux lois sur la transmission de la propriété immobilière. Nous rencontrons cependant en Grèce une première ébauche d'un système de publicité. Des bornes ou enseignes (οποι), placées sur l'immeuble lui-même, révélaient à tous l'existence du droit du créancier. On y mentionnait le nom de celui-ci ainsi que le nom du débiteur, l'objet de l'affectation et le chiffre de la créance garantie. Il était superflu d'indiquer la date de l'engagement. La nature même de la convention rendait cette indication inutile. Réalisée sous la forme d'une vente à réméré, elle transférait la propriété de l'immeuble affecté ; le débiteur ne pouvait donc pas l'engager à un second créancier ; tout

conflit était ainsi prévenu ou plutôt il ne pouvait s'élever de contestation qu'entre acquéreurs successifs et la préférence se réglait par les lois relatives à la transmission de la propriété.

C'est donc seulement lorsque l'hypothèque devint un droit réel distinct, lorsqu'elle eut une existence particulière, lorsque le débiteur demeuré propriétaire eut la faculté d'engager successivement le même immeuble à plusieurs créanciers, que la publicité présenta un véritable intérêt. Aussi était-il admis que les opoi devaient mentionner la date des hypothèques successivement établies sur le même fonds. Mais nous ignorons si cette formalité était requise pour l'existence du droit ou si elle avait seulement pour but de le rendre opposable aux tiers. Même après cette réforme, l'hypothèque avait conservé en Grèce son caractère originaire. L'expropriation forcée y était inconnue. Le créancier hypothécaire était en réalité un propriétaire conditionnel. En conséquence, celui qui était le premier en date devenait propriétaire de l'immeuble, à défaut de paiement à l'échéance. Les créanciers postérieurs se trouvaient ainsi privés de tout droit ; il ne leur restait qu'une ressource : désintéresser le créancier antérieur et se faire subroger à ses droits. Ils devenaient alors propriétaires de l'immeuble en son lieu et place. Quelques lois, motivées ordinairement par des circonstances exceptionnelles ⁸⁶⁶, appliquèrent cependant une solution plus exacte. L'immeuble hypothéqué n'était attribué au premier créancier que pour la part représentative de sa créance suivant une estimation faite par experts. Le surplus de l'immeuble demeurait la propriété du débiteur et sur cette fraction les créanciers postérieurs venaient exercer leurs droits ⁸⁶⁷.

1428. L'institution du crédit immobilier a traversé à Rome les mêmes phases qu'en Grèce. Réalisée sous la forme d'une aliénation fiduciaire, l'hypothèque participait de la

publicité qui pouvait accompagner le transfert de la propriété.

Mais lorsque l'hypothèque apparaît avec ses caractères propres et distinctifs, lorsque le débiteur conserve la propriété et la possession du bien engagé, lorsque le créancier n'acquiert plus qu'un droit réel en vertu duquel il jouit des droits de préférence et de suite et du droit de faire vendre la chose, lorsque le même bien peut ainsi être affecté à la garantie de plusieurs créanciers, l'hypothèque a le très sérieux inconvénient de demeurer occulte. Parfaite par le seul consentement, elle n'est assujettie soit quant à son existence, soit quant à son efficacité, à aucune mesure de publicité. L'hypothèque étant un droit réel, l'ordre de préférence entre les créanciers hypothécaires se déterminait par la date des conventions : prior tempore, potior jure. Le créancier ne pouvait donc pas traiter avec pleine sécurité. Il ne faut pas oublier cependant que les peines sévères édictées contre le stellionat, la condamnation aux mines et la rélévation, assuraient dans une certaine mesure la sincérité des transactions en réprimant les fraudes. L'empereur Léon ne prévint qu'en partie ces inconvénients en accordant la préférence aux créanciers dont la créance serait constatée par un titre authentique ou par un acte privé signé de trois témoins (⁸⁶⁸). Il était ainsi facile de déterminer le rang des divers créanciers ; mais aucune mesure de publicité n'était organisée par la loi et ne portait l'hypothèque à la connaissance des tiers.

Ajoutons que l'hypothèque a conservé de son origine un caractère spécial. Autrefois, lorsqu'elle se présentait sous la forme d'une aliénation fiduciaire, le créancier devenait propriétaire et il était impossible d'affecter la même chose à la garantie de nouvelles créances. Plus tard, lorsque l'hypothèque a pris naissance, le premier créancier a seul le droit de faire vendre la chose engagée : les créanciers

postérieurs n'ont, comme en Grèce, d'autre ressource que de le désintéresser et de se faire subroger à ses droits. L'hypothèque postérieure est en quelque sorte une hypothèque subordonnée, elle ne peut pas être exercée et par suite elle ne produit aucun effet, tant que le créancier premier en rang ne poursuit pas la réalisation du gage.

1429. Notre ancienne jurisprudence a subi l'influence des principes du droit romain en cette matière comme en bien d'autres. Dans les pays de coutumes, l'hypothèque, qui ne peut plus frapper que les immeubles, n'est entourée d'aucune publicité. La clandestinité y est admise d'une manière absolue pour les actes constitutifs d'hypothèques ou de droits réels, aussi bien que pour les actes translatifs de propriété.

A ce double point de vue, les provinces dites de saisine ou de nantissement avaient admis des principes différents. La constitution d'hypothèque, comme la transmission de propriété, y était soumise à un régime de publicité dont Loyseau nous décrit sommairement les formes ⁸⁶⁹. La plus simple est celle que l'auteur explique au n. 35.

« Il se trouve encore une façon du nantissement plus simple et plus commune es coutumes de Laon, Rheims, et
» autres, à savoir que le créancier exhibe au seigneur hault

» justicier son contrat portant hypothèque, et le requiert que

» pour sûreté de sa dette il soit nanti par hypothèque de l'hé-

» ritage, que dorenavant il ne-face aucun autre nantissement

» ni dessaisine, sinon à la charge de son hypothèque. Ce qui

» doit être endossé sur son contrat et enregistré en la justice

» du lieu ; et au cas que le seigneur ne veuille signer cest

» enregistrement, on fait faire le nantissement par un sergent

» moyennant commission du juge supérieur ». Il paraît même, au témoignage de Loyseau ⁸⁷⁰, que cet ensaisinement fut pratiqué dans l'ancienne coutume de Paris, mais qu'il fut aboli lors de sa réformation.

Cet usage, qui assurait la sécurité des transactions immobilières, était profondément entré dans les mœurs. Aussi lorsque l'édit de 1771 voulut abolir par son art. 35 la pratique des saisines et nantissements pour acquérir hypothèque, les parlements de cette partie de la France résistèrent énergiquement et en refusèrent pour ce motif l'enregistrement. Treilhard qui fut, dans la discussion du Code, l'un des défenseurs les plus énergiques du principe de la publicité des hypothèques, le rappelle dans les termes suivants ⁸⁷¹ : « Dans

» les parties de la France assez heureuses pour jouir sur cette

» matière d'une législation plus saine, les parlements opposè-

» rent à la publication de l'édit de 1771 cette résistance qui

» prenait à la vérité sa racine dans un vice du gouvernement,

» mais qui, dans l'état sous lequel on vivait alors, pouvait

» être quelquefois utile. Le parlement de Flandre déclara

» qu'il regardait la publicité des hypothèques comme le chef-

» d'œuvre de la sagesse, comme le sceau, l'appui et la sûreté

» des propriétés, comme un droit fondamental dont l'usage

» avait produit dans tous les temps les plus heureux effets, et

» avait établi autant de confiance que de facilité dans les

» affaires que les peuples belges traitent entre eux. Par

cette

» forme, toutes les charges et hypothèques étaient mises à
» découvert ; rien n'était plus aisé que de s'assurer de
l'état de

» chaque immeuble par la seule inspection des registres.
Les

» hypothèques se conservent de la même manière dans les
» Pays-Bas Français, Autrichiens, Hollandais et dans le
» pays de Liège, et les peuples de ces différentes
dominations

» font entre eux une infinité d'affaires avec une confiance
» entière ».

1430. Dans toutes les autres parties de la France, la
publicité des hypothèques n'existait pas. La forme
authentique du titre constitutif ne suffisait pas pour avertir
les tiers ; les actes pouvaient être répandus dans tant de
dépôts qu'il était impossible de les connaître tous et de
traiter en sécurité. Loyseau fait ressortir les inconvénients
de cette législation dans un passage, que nous avons déjà
cité en partie en parlant de la spécialité de l'hypothèque
872. Il montre les dangers de la clandestinité ; mais il se
préoccupe avant tout, nous pourrions dire exclusivement,
des intérêts de l'acquéreur 873.

« Mais l'inconvénient est grand à l'égard d'un tiers acqué-
» reur de bonne foi, qui pensant être bien assuré de ce
» qu'on lui vend, et qu'on met en sa possession, sachant
» bien qu'il appartenait à son vendeur, s'en voit enfin
évincé

» et privé par un malheur inévitable au moyen des
hypothè-

» ques précédentes, lesquelles estant constituées
secrettement,

» il ne luy était possible de sçavoir ni découvrir ». Si
Loyseau garde le silence sur les dangers identiques
auxquels sont exposés les créanciers hypothécaires, c'est

peut-être parce que, les obligations étant généralement constatées par actes notariés et tous les actes notariés engendrant une hypothèque sur les biens présents et à venir du débiteur, les conventions n'étaient pas ordinairement motivées par la considération de cette garantie. La spécialité de l'hypothèque donne seule une importance prépondérante à la valeur de la sûreté offerte : et c'est ainsi que la spécialité et la publicité sont deux règles qui, sans se confondre, marchent de pair. Cependant comme les hypothèques pouvaient être spéciales dans notre ancienne jurisprudence, leur publicité intéressait les créanciers hypothécaires de la même manière que les tiers acquéreurs des immeubles grevés. On peut dire aussi qu'elle intéressait les créanciers à hypothèques générales, bien que la considération de la valeur des immeubles appartenant au débiteur ne fût peut-être pour eux qu'une considération secondaire.

1431. Aussi plusieurs tentatives furent-elles faites pour généraliser le principe de la publicité admis dans les pays de nantissement. La première est due à Henri III. Par un édit de juin 1581 il créa, dans chaque siège royal, un office de contrôleur des titres pour enregistrer tous les contrats qui excèderaient cinq écus de principal, ou trente sous de rente foncière. A défaut de contrôle ou d'enregistrement, les actes n'emportaient ni droit de propriété, ni droit d'hypothèque. Cette prescription se heurta à une résistance générale ; les offices ne purent être établis que dans un petit nombre de localités et l'édit, attaqué comme bursal, fut révoqué en 1588, sept ans après sa publication.

La deuxième tentative fut faite par Henri IV, sur les conseils de Sully, dans un édit de 1606. On discuta la portée de l'édit ; on soutint que le contrôle, nécessaire au point de vue fiscal, n'était pas obligatoire pour assurer à l'acte son effet hypothécaire. Son exécution souleva les mêmes oppositions et il ne fut enregistré que par un seul parlement, le parlement de Normandie.

Enfin, une troisième tentative fut faite, sous l'inspiration de Colbert, par Louis XIV dans un édit de mars 1673. On est frappé, en lisant cet édit, du soin avec lequel ses dispositions avaient été combinées ; on y trouve les principes consacrés par notre code et même des règles que la loi réformatrice du 23 mars 1855 a seule rétablies dans notre législation. L'édit crée dans chaque bailliage et sénéchaussée un greffe spécial, sur les registres duquel les créanciers prétendant hypothèques ou privilèges peuvent faire enregistrer leurs oppositions (nous dirions aujourd'hui leurs inscriptions hypothécaires). Un délai de quatre mois leur est accordé à cet effet à partir de la date de l'acte duquel résulte l'hypothèque. Si cette prescription est observée, l'hypothèque date du jour du contrat ; sinon, elle ne prend rang qu'à la date de l'enregistrement. Les créanciers qui ont fait enregistrer leurs oppositions sont préférés, sur le prix des immeubles auxquels elles s'appliquent, aux créanciers même antérieurs qui n'ont pas rempli cette formalité. Certains privilèges et certaines hypothèques sont cependant dispensés de la formalité de l'enregistrement. Nous citerons, à titre d'exemples, l'hypothèque du mineur et celle de la femme mariée. Toutefois, le mineur est tenu de faire enregistrer son opposition dans l'année de sa majorité, la femme séparée de biens dans les quatre mois du jugement de séparation, la femme veuve dans l'année du décès de son mari ; faute de quoi, l'hypothèque n'a d'effet et ne prend rang que du jour de l'enregistrement. Enfin les greffiers doivent communiquer leurs registres aux intéressés à toute réquisition et en délivrer, sous leur responsabilité, des extraits certifiés.

L'édit réalisait ainsi une double réforme ; il établissait la publicité ; il spécialisait les oppositions qui devaient indiquer les immeubles auxquels elles s'appliquaient.

Cet édit fut violemment attaqué ; on prétendit qu'il portait atteinte au crédit public en levant le voile qui

couvrait le secret des fortunes particulières. C'est une idée très répandue dans notre ancienne jurisprudence que la publicité est un danger ; elle y est défendue par les esprits les plus élevés ; d'Aguessau lui-même s'en fit le champion au XVIII^e siècle. Colbert attribue aux intrigues du Parlement l'opposition que rencontra l'édit de 1673. On lit, en effet, dans son Testament politique ⁸⁷⁴, qui n'est certainement pas l'œuvre du grand ministre, mais qui résume fidèlement sur ce point ses idées :

« Le parlement n'eut garde de souffrir un si bel établisse-
» ment qui eût coupé la tête à l'hydre des procès dont il tire

» toute sa substance. Il remontra que la fortune des plus
» grands de la cour s'anéantirait par la publicité qui serait
» donnée aux charges dont leurs biens étaient couverts ; la
» plupart ayant plus de dettes que d'avoir ne trouveraient
» plus de crédit quand leurs créanciers connaîtraient le véri-

» table état de leurs affaires ».

Quoi qu'il en soit, quelque singulière que puisse paraître cette préoccupation de conserver à certaines personnes un crédit fondé sur les apparences de la fortune, c'est-à-dire sur l'ignorance des tiers que l'on trompe, le roi fut obligé de s'incliner devant cette violente opposition et un édit du mois d'avril 1674 révoqua l'édit de mars 1673. « Quoique nos su-

» jets, lit-on dans le préambule, puissent recevoir de très
» considérables avantages de son exécution, néanmoins,
» comme il arrive ordinairement que les règlements les plus

» utiles ont leurs difficultés dans leurs premiers établisse-
» ments et qu'il s'en rencontre dans celui-ci qui ne peuvent
» être surmontées, dans un temps où nous sommes obligé de

» donner notre application principale aux affaires de la
» guerre, nous avons résolu de le révoquer... ».

On pourrait encore citer dans notre ancienne jurisprudence un édit de juin 1771, mais il n'a pas de rapport direct avec le principe de la publicité des hypothèques ; il se réfère à la théorie de la purge.

1432. Il appartenait à la révolution de réaliser la réforme, que les préjugés du temps avaient empêché Louis XIV et Colbert d'accomplir. Le régime féodal avait été aboli dans la nuit du 4 août 1789. Il semblait que les formalités du nantissement, se rattachant aux devoirs de loi, devaient disparaître avec lui. L'assemblée constituante eut le rare mérite de ne pas céder aux entraînements des passions ; elle comprit que, dans le nantissement, les formes seules étaient marquées du sceau de la féodalité : elle comprit que sous ces formes se cachait un principe salubre : celui de la publicité des transmissions de la propriété immobilière et des constitutions de droits réels et d'hypothèques. Elle ne voulut pas opérer à la légère une réforme générale de la législation ; mais elle tint à respecter tout au moins les sages coutumes des pays de nantissement. Elle pourvut à l'observation de ces formalités par la loi du 19 septembre 1790, dont les art. 3 et 4 sont ainsi conçus : « Art. 3 : A compter du jour où les tribunaux de dis-

» trict seront ainsi installés dans les pays de nantissement,
» les formalités de saisine, dessaisine, vest, devest, recon-
» naissance échevinale, mise de fait, main-assise, plainte à la

» loi et généralement toutes celles qui tiennent au nantisse-

» ment féodal ou censuel, sont et demeureront abolies ; et jus-

» qu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné, la transcription

» des grosses des contrats d'aliénation ou d'hypothèque en

» tiendra lieu, et suffira en conséquence pour consommer les

» aliénations et les constitutions d'hypothèques. — Art. 4. Les-

» dites transcriptions seront faites par les greffiers des tribu-

» naux de district de la situation des biens, selon l'ordre dans

» lequel les grosses des contrats leur auront été présentées

» et qui sera constaté par un registre particulier. Et les gref-

» fiers seront tenus de communiquer ces registres sans frais

» aux requérants ». Cette loi n'était en réalité que la confirmation de l'ancienne législation ; elle était locale ; elle ne s'appliquait qu'aux pays de nantissement ; elle avait pour but de fournir aux habitants de ces pays les moyens d'accomplir les formalités prescrites par la coutume dans un but de publicité. Elle n'opérait aucune réforme.

La loi du 9 messidor an III consacra d'une manière absolue et sans exception le principe de la publicité des hypothèques. Elle se réalise au moyen d'une inscription prise sur un registre spécial tenu par un fonctionnaire nouveau, le conservateur des hypothèques, que la loi institue dans chaque arrondissement (art. 19). L'hypothèque prend rang du jour de la date de l'acte qui la constitue, si elle est inscrite dans le mois ; sinon, elle n'existe et n'a rang que du jour de son inscription (art. 22). A la différence de l'édit de 1673, la loi n'ordonne pas de spécialiser l'inscription de l'hypothèque ; l'inscription s'étend à tous les biens présents et à venir du débiteur situés dans l'arrondissement du bureau où elle a été faite (art. 26). Cette loi instituait aussi, sous le nom de cédula hypothécaire, l'hypothèque sur soi-même. Les graves

difficultés que présentait son application en firent successivement ajourner l'exécution.

Enfin elle fut non pas modifiée, mais remplacée par la célèbre loi du 11 brumaire an VII. Cette loi prescrit, ainsi que nous l'avons déjà dit, la spécialisation de l'hypothèque au moment de sa constitution. Elle consacre d'une manière absolue le principe de la publicité et l'applique même à l'hypothèque légale de la femme mariée (art. 4). Elle exige que l'inscription indique spécialement les immeubles sur lesquels elle est requise et n'admet d'exception à ce principe que pour les hypothèques légales et judiciaires (art. 17). Enfin le rang des hypothèques est déterminé par la date des inscriptions (art. 2). Cette loi, dont les principes sont empruntés à la législation des pays de nantissement et à la loi de messidor, et qui reproduit quelques-unes des règles de l'édit de 1673, sauvegardait effectivement les intérêts des créanciers. Elle mettait à leur disposition un moyen facile d'apprécier la valeur du gage qui leur était offert en garantie. La transcription complétait pour les mutations immobilières l'œuvre de publicité accomplie pour les hypothèques.

1433. Le code civil a également consacré le principe de la publicité en matière hypothécaire. Ce n'est pas sans difficulté qu'il a triomphé. Nous avons déjà dit qu'il rencontra au sein du conseil d'Etat d'ardents adversaires. Nous avons résumé brièvement la discussion à laquelle il donna lieu ; nous avons enfin rapporté la transaction par laquelle se termina le débat (⁸⁷⁵). Le conseil d'Etat fixa les bases du régime hypothécaire en posant en principe : que toute hypothèque sera publique, que l'hypothèque conventionnelle sera toujours spéciale ; que la sûreté de la femme et du mineur doit être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs.

Nous nous sommes déjà expliqués sur la spécialité de l'hypothèque conventionnelle. Nous n'avons donc à parler

ici que de la publicité. Nous rechercherons comment elle a été organisée et comment notre code a veillé aux intérêts de la femme, du mineur et de l'interdit.

Il est inutile d'insister, dans l'état actuel de nos mœurs et de l'opinion publique, sur la nécessité d'un régime de publicité qui permette aux intéressés de connaître les droits de ceux avec lesquels ils traitent et de s'assurer de la valeur des garanties qui leur sont offertes.

1434. Il est nécessaire de déterminer tout d'abord la portée des articles dont nous allons aborder le commentaire. On sait que l'hypothèque engendre deux droits distincts, le droit de préférence et le droit de suite. Le droit de préférence est de l'essence de l'hypothèque ; il s'exerce sur le prix ou sur la somme représentative de la valeur de l'objet grevé, comme en matière d'assurance depuis la loi du 19 février 1889 ; il confère au créancier hypothécaire le droit d'être payé sur ces sommes par préférence aux autres créanciers du même débiteur, il produit donc ses effets dans les rapports des créanciers entre eux. Le droit de suite est un moyen mis par la loi à la disposition du créancier hypothécaire pour exercer Son droit de préférence, lorsque l'immeuble grevé est sorti du patrimoine de son débiteur ou des représentants à titre universel de celui-ci. Il protège le créancier contre l'effet de ces aliénations ; il lui conserve son gage. Les articles de la section quatrième, qui termine le chapitre particulier consacré aux hypothèques, ne traitent que du droit de préférence. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire, soit la rubrique de la section : Du rang que les hypothèques ont ENTRE ELLES, soit les premiers mots de l'art. 2134 : Entre les créanciers ; on sait que le droit de suite ne s'exerce pas entre créanciers, mais (bien contre les tiers détenteurs. C'est dans le chapitre VI (art. 2166 et s.) que le législateur s'occupera de la publicité des hypothèques, en tant qu'elle est requise pour l'exercice du droit de suite.

1435. Remarquez que, au point de vue de l'exercice du droit de suite, les règles de publicité prescrites sont les mêmes pour les privilèges et pour les hypothèques.

Le but du créancier, qu'il soit pourvu d'un privilège ou d'une hypothèque, est identique. Il poursuit l'expropriation de l'immeuble affecté à sa garantie, si mieux n'aime le tiers détenteur payer ou délaisser. C'est pourquoi le législateur a édicté les mêmes règles pour les deux cas et les a, tout naturellement réunies dans un seul chapitre, le chapitre VII.

1436. Il n'en est plus de même, lorsqu'il s'agit du droit de préférence. Le rang des privilèges est, sous la réserve des explications déjà données (⁸⁷⁶), déterminé par la qualité de la créance ; le rang des hypothèques, par la règle prior tempore, potior jure, c'est-à-dire par la date de l'inscription.

C'est pourquoi le législateur a eu raison de traiter ces matières différentes dans des chapitres distincts. On commettrait donc une erreur si on prétendait, comme on l'a fait, voir dans les dispositions des art. 2106 et 2134 deux règles identiques, soit qu'on confondît l'effet du privilège et le rang de l'hypothèque ⁸⁷⁷, soit surtout qu'on fît dépendre le rang du privilège comme le rang de l'hypothèque de la date de l'inscription ⁸⁷⁸. Si ces théories étaient exactes, si les privilèges et les hypothèques étaient régis par une même règle, le législateur aurait eu tort de traiter cette matière dans deux chapitres différents. Son plan serait défectueux, il aurait dû procéder comme il l'a fait très justement pour le droit de suite, et grouper dans un seul et même chapitre toutes les dispositions relatives au droit de préférence. L'ordre suivi par les rédacteurs du code montre à l'évidence qu'ils ont entendu résoudre d'une façon séparée des questions qui relèvent de principes différents ⁸⁷⁹.

En terminant ces observations, nous ferons toutefois remarquer que le législateur ne s'est pas conformé à son plan d'une manière absolument rigoureuse. Les hypothèques légales du mineur et de la femme mariée sont dispensées de publicité au double point de vue du droit de préférence et du droit de suite, quoique la dispense ne soit écrite que dans l'art. 2135 à propos du droit de préférence ; mais, si alors elle n'est pas écrite dans l'art. 2166, elle résulte avec certitude des art. 2193 et suiv.

1437. La règle de publicité, édictée par le code, s'applique en principe à toutes les hypothèques, aux hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles, selon la formule de l'art. 2134. Mais ce principe comporte des exceptions que le texte de la loi réserve. C'est la consécration des idées que le premier consul avait défendues dans la discussion au conseil d'Etat et qui avaient trouvé leur expression dans cette formule déjà citée, la sûreté de la femme et du mineur doit être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs. Ici se manifeste le caractère transactionnel de l'œuvre de 1804. Le législateur accepte le principe de publicité écrit dans la loi du 11 brumaire an VII. Mais il répudie ce qui lui paraît exagéré dans l'application qu'on en a faite. La loi de brumaire édictait un principe absolu : toutes les hypothèques y étaient soumises, quelle que fût leur origine, qu'elles fussent légales, judiciaires ou conventionnelles. La règle ne comportait aucune exception (art. 3).

A ce point de vue, les auteurs du code ont obéi à la même inspiration que le rédacteur de l'édit de 1673 ; mais plus prudents et plus sages, ils renferment l'exception dans des limites plus étroites. Le bénéfice de la dispense d'inscription était jadis accordé, indépendamment de l'hypothèque du mineur et de la femme, aux privilèges et hypothèques du roi sur les biens de ses fermiers comptables et de tous autres qui avaient eu maniement de ses deniers (art. 56), à ceux qui grevaient les biens des

receveurs des consignations et des commissaires aux saisies réelles au profit des créanciers des consignations et des saisies réelles (art. 66), à ceux que les seigneurs féodaux ou censiers avaient pour la conservation de leurs droits (art. 67). Le code, au contraire, ne dispense de la publicité que les hypothèques légales du mineur et de la femme mariée. Toutes les autres hypothèques légales restent soumises à la règle générale de l'art. 2134. Aussi est-il inexact, comme on le fait quelquefois, de voir dans la dispense d'inscription l'un des caractères des hypothèques légales. Pour s'en convaincre il suffit de lire l'art. 2134 : « Entre les créanciers, l'hypothèque... » que soit légale... n'a de rang que du jour de l'inscription... » Sans doute les hypothèques légales du mineur, de l'interdit et de la femme mariée sont régies par des dispositions exceptionnelles, mais c'est là une exception, et en principe les hypothèques légales, comme toutes les autres, doivent être rendues publiques.

Nous reprocherons cependant au législateur de 1804 d'avoir lui-même commis une exagération dans cette matière. La dispense d'inscription qu'il accorde aux incapables était indéfinie dans sa durée. Basée sur l'incapacité du créancier elle survivait à cette incapacité. Il semblait plus rationnel qu'elle cessât avec la cause qui l'avait engendrée. L'auteur de l'ordonnance de 1673 l'avait parfaitement compris. Le Code en décidait autrement. Nous verrons que la loi du 23 mars 1855 a corrigé cette erreur ou réparé cet oubli. Mais nous constaterons en même temps qu'elle a été moins prévoyante que l'édit de 1673. Nous espérons en effet démontrer que la séparation de biens ou de corps et de biens ne met pas un terme à la dispense de publicité.

1438. Cette publicité n'est requise par la loi que pour assurer l'exercice du droit de préférence (art. 2134) et du droit de suite (art. 2166). Or le créancier hypothécaire n'a besoin d'invoquer ces deux attributs de son hypothèque

qu'à l'égard des tiers ; il se prévaut du droit de préférence à l'encontre des autres créanciers du même débiteur ; il oppose le droit de suite aux tiers détenteurs de l'immeuble hypothéqué. Par conséquent, la publicité n'est qu'une condition exigée pour assurer l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers ; elle n'est pas une condition requise pour l'existence ou la validité du droit hypothécaire ⁸⁸⁰. La formule employée par l'art. 3 de la loi du 11 brumaire an VII pouvait laisser quelques doutes à ce sujet : « L'hypothèque existe, mais à la

» charge de l'inscription ». L'art. 5 de la même loi confirmerait cette induction : « L'inscription qui sera faite dans les

» dix jours avant la faillite, banqueroute ou cessation publi-

» que de paiement du débiteur, ne confère point hypothèque ». Il semblerait résulter de ces textes que l'inscription est nécessaire pour l'existence du droit, qu'elle est la condition même de sa naissance. C'est à cette idée que peut se rattacher une théorie que nous aurons à discuter en commentant l'art. 2146 et aux termes de laquelle l'inscription serait une sorte de confirmation du droit hypothécaire. Mais si les formules de la loi de brumaire sont légèrement incertaines, la volonté des rédacteurs du code ne laisse place à aucun doute. La publicité n'est requise que pour assurer l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers. Les art. 2134 et 2166 nous en ont fourni la preuve. L'art. 2146 confirme cette interprétation quand il dispose : Les inscriptions « ne produisent

» aucun effet si elles sont prises dans le délai pendant lequel

» les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés

» nuls ».

Ce n'est donc pas l'hypothèque qui est atteinte dans son existence ; l'inscription seule est inopérante ; l'hypothèque

est destituée des effets subordonnés par la loi à la condition de la publicité. Il est vrai que dans l'art. 2135 le législateur nous parle de certaines hypothèques qui existent indépendamment de toute inscription. Mais il suffit de lire le texte pour être convaincu que la loi s'occupe seulement de l'efficacité, non de l'existence de l'hypothèque considérée en elle-même ; la loi y détermine en effet le rang des hypothèques dispensées d'inscription ; elle y règle les effets de l'hypothèque à l'égard des autres créanciers c'est-à-dire à l'égard des tiers. La formule de l'art. 2135 doit donc être traduite ainsi :

« L'hypothèque existe, à l'encontre des autres créanciers, » indépendamment de toute inscription ». Du reste, le rapprochement de l'art. 2134, auquel l'art. 2135 apporte une exception, confirme cette interprétation et prouve que ce dernier article ne résout qu'une question de rang, ne se réfère qu'à l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers.

1439. De là résulte cette conséquence que la publicité n'est pas requise dans les rapports des parties. A l'égard du débiteur dont les immeubles sont grevés d'une hypothèque légale, judiciaire ou conventionnelle, à l'égard de ses héritiers ou successeurs universels ou à titre universel qui continuent sa personne ou le représentent, l'hypothèque existe sans publicité et elle produit les effets qui y sont attachés ⁸⁸¹.

Ainsi, le débiteur ne peut pas invoquer les vices ou les irrégularités d'une inscription et en demander la radiation pour ce motif. Sa demande serait d'ailleurs sans intérêt ; car, après la radiation, le créancier aurait toujours le droit de requérir une nouvelle inscription ⁸⁸².

Ainsi encore, le débiteur ne peut pas se prévaloir du défaut de renouvellement de l'inscription. Si, par exemple, il avait aliéné l'immeuble hypothéqué et obtenu ensuite de l'acquéreur la constitution d'une hypothèque à son profit, il ne serait pas admis à exciper du défaut de renouvellement

des inscriptions des hypothèques par lui constituées sur le même immeuble pour exercer son hypothèque au préjudice de ses propres créanciers hypothécaires ⁸⁸³.

Ainsi enfin, le créancier qui n'a pas fait inscrire son hypothèque n'en a pas moins le droit, après le décès de son débiteur, de poursuivre pour le tout par Faction hypothécaire celui des héritiers au lot duquel a été placé dans le partage l'immeuble hypothéqué ou l'un des immeubles hypothéqués ⁸⁸⁴. L'art. 1221 consacre cette solution et la considère comme une conséquence de l'hypothèque et de son indivisibilité. Il suffit donc que l'hypothèque existe pour que le créancier jouisse de ce droit. Nulle condition de publicité ne saurait être exigée, car la publicité n'est requise qu'à l'égard des tiers ; les héritiers du débiteur sont les continueurs et les représentants de celui-ci ; pas plus que leur auteur, ils ne peuvent se prévaloir du défaut de publicité.

1440. Ainsi donc l'hypothèque doit être rendue publique pour produire ses effets à l'égard des tiers. Or ces effets se résument à ce point de vue dans le droit de suite et dans le droit de préférence. Par conséquent, il faut comprendre sous la dénomination de tiers tous ceux auxquels l'exercice de l'un ou de l'autre de ces droits est de nature à causer préjudice.

Rentrent dans cette catégorie :

1° Les tiers acquéreurs. Pour que le droit de suite puisse être exercé contre un tiers acquéreur, il faut que l'hypothèque ait été inscrite avant le moment où il est devenu propriétaire et où son droit de propriété est devenu opposable aux tiers. Les principes généraux suffisent pour déterminer cette date. Si l'acquisition résulte d'un titre qui n'est pas sujet à transcription, ce sera le moment auquel s'opérera le transfert de propriété (rappelons qu'il ne peut être question que des acquéreurs à titre particulier) ; si l'acquisition résulte d'une convention dont l'efficacité est

subordonnée à la condition de la transcription, il faudra que la publicité de l'hypothèque soit antérieure à la transcription. Si les deux formalités avaient été remplies le même jour, les droits se détermineraient par l'heure de la remise des pièces. Le registre d'ordre tenu par le conservateur des hypothèques sera dans ce cas d'un grand secours ; l'ordre d'inscription des remises servira à déterminer le droit de chacun ; cette preuve cependant n'est pas irréfragable et les parties seraient admises à prouver l'erreur qui aurait été commise par le conservateur ⁸⁸⁵ ;

2° Les autres créanciers hypothécaires du débiteur commun ; leur droit résulte de l'art. 2134 ;

3° Les créanciers, même simplement chirographaires, du débiteur commun.

On leur a cependant contesté ce droit dans les premiers temps qui ont suivi la promulgation du code civil. On a soutenu que les créanciers chirographaires ayant suivi la foi de leur débiteur ne sont que des ayants cause universels et ne sauraient avoir plus de droits que leur débiteur, qu'ils ne peuvent, pas plus que celui-ci, se prévaloir du défaut de publicité ou des irrégularités commises. On ajoutait que les créanciers chirographaires n'ayant ni rang ni préférence doivent céder le pas à un créancier, qui trouve un droit spécial. dans le seul fait de l'existence de l'hypothèque stipulée à son profit.

Mais la jurisprudence n'a pas hésité à faire justice de cette thèse. Les créanciers chirographaires sont bien des ayants cause lorsqu'ils invoquent les droits de leur débiteur, lorsque par exemple ils saisissent un bien qu'ils prétendent lui appartenir. Mais lorsqu'il s'agit de répartir le prix des biens du débiteur, et lorsqu'ils contestent une cause de préférence invoquée, ils deviennent des tiers. Ils ne se prévalent plus d'un droit qui aurait pris naissance en la personne de celui-ci ; ils argumentent d'un droit propre,

né sur leur tête et écrit dans l'art. 2134. Ce texte ne fait en effet aucune distinction ; il dispose dans les termes les plus généraux qu'entre créanciers l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription. Tous les créanciers y jouissent donc du même droit ; à leur égard, il n'y a de causes légitimes de préférence, conformément aux art. 2093 et 2094, que celles qui ont été conservées conformément à la loi. Lorsque le créancier hypothécaire demande à être payé avant les créanciers chirographaires, il prétend à un rang préférable, il prétend sortir de la masse des créanciers entre lesquels le prix des biens du débiteur doit être distribué par contribution (art. 2093). Ce droit ne peut être invoqué que si l'hypothèque a été rendue publique. A défaut d'inscription, les créanciers chirographaires ont le droit d'exiger l'application du droit commun de l'art. 2093 886.

On ne voit pas bien, au premier abord, ce que peuvent gagner les créanciers chirographaires à se prévaloir du défaut d'inscription. En effet, le créancier hypothécaire qui se verra opposer cette fin de non-recevoir inscrira son hypothèque et tout sera dit ! L'intérêt apparaît, si l'on songe que certains événements arrêtent le cours des inscriptions, par exemple la mort du débiteur suivie de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession (art. 2146), la prononciation du jugement qui déclare sa faillite (art. 448 C. co.). Si l'un de ces événements est survenu, il est sensible que les créanciers chirographaires pourront avoir avantage à opposer le défaut d'inscription ; car ils éviteront ainsi d'être primés sur le prix de l'immeuble hypothéqué par le créancier non inscrit.

1441. Nous avons déjà dit que cette publicité se réalise au moyen d'une inscription. Cette formalité a été empruntée par les rédacteurs du code civil aux lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII. Elle n'est que la reproduction, sous une dénomination nouvelle, de

l'opposition qu'avait instituée l'édit de 1673. Nous aurons à déterminer plus loin les formes de cette inscription ; nous rechercherons alors les conséquences de leur inobservation. Nous ne ferons qu'une simple remarque.

L'inscription de l'hypothèque est le seul mode de publicité reconnu par la loi. Rien ne peut la remplacer. Nous avons vu cependant que pour certains privilèges, notamment le privilège du vendeur d'immeuble, la loi édicte des règles différentes (⁸⁸⁷). La connaissance que les tiers auraient acquise d'une autre manière de l'existence de l'hypothèque ne leur enlèverait pas, en principe, le droit de se prévaloir du défaut d'inscription. En vain on objecterait que la publicité a été introduite dans l'intérêt des tiers pour qu'ils traitent en connaissance de cause, et que l'inscription est superflue lorsqu'ils savent l'existence de l'hypothèque. Nous répondrions que l'objection n'est exacte que dans le cas où les tiers ont été avertis avant de contracter avec le débiteur. Mais nous préférons dire avec Pothier que « les formalités ne se suppléent

» pas » ⁸⁸⁸. La loi a voulu qu'on donnât connaissance de l'hypothèque, au moyen d'une inscription, à tous ceux qui traitent avec le débiteur. On ne doit pas prendre en considération la connaissance qu'ils ont pu acquérir par une autre voie. « Le

» législateur a porté une loi générale à laquelle il faut satis-

» faire ». La loi consacre cette solution en matière de substitution par l'art. 1071. Or, la transcription des substitutions et l'inscription des hypothèques présentent les mêmes caractères ; ce sont également des formalités de publicité prescrites dans l'intérêt des tiers ; il est rationnel de les soumettre à la même règle. Par conséquent, les tiers acquéreurs et les créanciers peuvent invoquer l'absence d'inscription ou le défaut de renouvellement de l'inscription régulièrement prise à l'origine, sans avoir à craindre qu'on

leur oppose la connaissance qu'ils auraient eue de l'hypothèque avant de traiter avec le débiteur ⁸⁸⁹.

Cette règle comporterait exception dans le cas de fraude ou de dol. Le tiers se rendrait alors coupable d'un véritable délit civil. Il serait tenu, en vertu de l'art. 1382, de réparer le préjudice causé ; on pourrait considérer comme la meilleure de toutes les réparations l'interdiction de se prévaloir du défaut d'inscription ⁸⁹⁰.

1442. Enfin si la règle de l'art. 2134 a été édictée dans l'intérêt des tiers et dans un intérêt d'ordre public, rien ne s'oppose, croyons-nous, à ce que les tiers intéressés renoncent à s'en prévaloir. Sans doute les parties ne pourraient pas convenir que l'efficacité de l'hypothèque sera indépendante de toute inscription. Une pareille convention serait prohibée et frappée de nullité (arg. art. 6). Mais nous ne verrions aucun obstacle à ce qu'un créancier prit l'engagement de ne pas se prévaloir du défaut d'inscription d'une hypothèque déterminée. Cette convention ne lie que le promettant, elle n'engage pas les tiers, elle ne déroge donc point à la règle d'intérêt général ou d'ordre public qui détermine le rang des créanciers, elle ne se réfère qu'aux intérêts particuliers des créanciers qui y figurent. Sa validité nous paraît incontestable ⁸⁹¹.

N° 1. Principe.

1443. « Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit

» judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de

» l'inscription prise par le créancier sur les registres du con-

» servateur, dans la forme et de la manière prescrite par la

» loi, sauf les exceptions portées en l'article suivant ». Ainsi s'exprime l'art. 2134.

L'inscription n'est, nous l'avons déjà fait observer, qu'une formalité extrinsèque, étrangère à l'existence et à la validité de l'hypothèque. Mais elle est indispensable pour lui donner la vie « en lui attribuant, comme le dit très justement

» M. Pont ⁸⁹², le droit de prendre rang entre les créanciers,

» et de se produire en réalité et en fait ce qu'elle est en droit

» c'est-à-dire comme une cause légitime de préférence ».

1444. L'inscription sert à déterminer le rang de l'hypothèque, c'est-à-dire la place qu'occupera le créancier hypothécaire dans l'ordre qui pourra s'ouvrir plus tard sur le prix de l'immeuble, en vue de régler la distribution de ce prix entre les divers créanciers. Chaque hypothèque (et sous cette dénomination nous comprenons même les privilèges dégénérés en hypothèques, faute d'avoir été conservés en temps utile) prend rang à dater de son inscription ; de sorte que les divers créanciers qui ont hypothèque sur un même immeuble sont payés d'après l'ordre des inscriptions, en commençant par la plus ancienne. Le créancier premier inscrit sera colloqué au premier rang, c'est-à-dire qu'on lui délivrera le premier bordereau de collocation pour la totalité de sa créance. Si les fonds ne sont pas épuisés, un deuxième bordereau de collocation sera délivré au créancier dont l'inscription vient en seconde ligne, puis, s'il reste quelque chose, un troisième bordereau, au créancier immédiatement après dans l'ordre des inscriptions, et ainsi de suite. On ne tient aucun compte de la qualité des différents créanciers hypothécaires, contrairement à ce qui a lieu en matière de privilèges, ni de la date de leurs créances, ni même de la date des diverses constitutions d'hypothèques ; de sorte

que le créancier qui a l'hypothèque la plus ancienne ne passera pas nécessairement le premier. Seule, la date des inscriptions a ici une importance décisive, et c'est à elle qu'il faut songer quand on cite la maxime *Prior tempore potior jure*, qui, en droit romain et dans notre ancien droit français, se rapportait à la date des constitutions d'hypothèques. En d'autres termes, la maxime précitée signifiait autrefois que le créancier à colloquer en première ligne était celui dont l'hypothèque était la plus ancienne ; elle signifie aujourd'hui que le premier rang appartient au premier inscrit. Autrefois c'était la date des constitutions d'hypothèques qui déterminait l'ordre de préférence, aujourd'hui c'est la date des inscriptions.

Il en est ainsi de l'hypothèque consentie sous condition suspensive. Le créancier a le droit de la faire inscrire de suite. Si la condition se réalise l'inscription sera rétroactivement validée et sa date déterminera le rang de l'hypothèque (⁸⁹³).

Il en est de même pour l'hypothèque qui garantit une créance conditionnelle ou même simplement éventuelle. Son rang est déterminé par la date de l'inscription. Il n'y a pas lieu de se préoccuper de l'époque à laquelle se réalise la condition ou l'éventualité prévue par les parties. Du moment où l'inscription peut être requise, l'art. 2134 reçoit son application et le rang de l'hypothèque se trouve déterminé par la date de cette inscription. Ainsi en est-il notamment de l'hypothèque qui garantit une ouverture de crédit ⁸⁹⁴.

1445. C'est donc la date des inscriptions qui détermine le rang des hypothèques. L'application de cette règle donne naissance à une difficulté. On suppose que deux créanciers hypothécaires ont fait inscrire leurs hypothèques le même jour. On se demande dans quel ordre ils seront colloqués. Le principe de l'art. 2134 nous conduirait à donner la préférence à celui dont l'hypothèque a été inscrite la

première ou plus exactement à celui qui a le premier requis l'inscription de son hypothèque, les inscriptions devant être opérées dans l'ordre des réquisitions (art. 2200). Il suffirait donc de consulter le registre des dépôts pour connaître l'ordre des réquisitions et déterminer le rang des créanciers, mais la valeur de cette preuve n'échappe pas à toute discussion, parce que le registre des dépôts n'est qu'un registre d'ordre. Aussi ses énonciations peuvent-elles être détruites par la preuve contraire. C'est la solution généralement admise en matière de transcription ⁸⁹⁵. C'est le système seul admissible, lorsque le conflit s'élevant entre un acquéreur et un créancier saisissant, l'acte d'acquisition et la saisie ont été transcrits le même jour ⁸⁹⁶. La logique nous eût conduits à une solution identique, lorsque le conflit s'élève entre deux créanciers hypothécaires inscrits le même jour. L'art. 2147, conforme à l'art. 14 de la loi du 11 brumaire an VII, mais contraire à l'art. 23 de la loi du 9 messidor an III, édicte une règle opposée. Il met sur la même ligne les créanciers inscrits le même jour quoique à des heures différentes, l'un le matin par exemple et l'autre le soir. Ils viennent par concurrence : « Tous les créanciers » inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque-
» que de la même date, sans distinction entre l'inscription du
» matin et celle du soir, quand cette différence serait marquée
» par le conservateur ».

Il est difficile de donner de cette règle une explication satisfaisante. On dit bien qu'en matière de transcription il faut nécessairement préférer l'un des acquéreurs, deux personnes ne pouvant être en même temps propriétaires pour le tout d'une même chose, tandis qu'en matière hypothécaire la même exclusion ne s'impose pas, deux créanciers hypothécaires pouvant être colloqués au même

rang sur le prix de l'immeuble. Qu'importe ? Il faut supposer que la somme à distribuer est insuffisante pour les désintéresser l'un et l'autre, autrement la question serait sans intérêt. Dans cette occurrence, la loi sacrifie les droits de celui qui le premier a présenté son titre pour remplir les formalités légales. N'est-ce pas injuste ? On dit encore : La loi n'a pas voulu qu'une différence de quelques heures, due souvent à des circonstances fortuites, créât un droit de priorité. On fait observer qu'il est difficile de connaître avec certitude celui qui s'est présenté le premier au bureau du conservateur. Une erreur, la fraude peut-être, attribuerait le premier rang à celui qui a rempli le dernier les formalités légales. Ces considérations ne suffisent pas pour justifier la disposition exceptionnelle de l'art. 2147. Nous pensons que le législateur aurait été mieux inspiré en ne dérogeant pas au principe de l'art. 2134 ; les tribunaux auraient résolu, selon les circonstances, les difficultés qui se seraient élevées.

Quoi qu'il en soit, l'art. 2147 est formel et sa disposition doit être appliquée avec toute l'étendue qu'elle comporte ; elle servira donc à régler le conflit d'hypothèques légales dispensées d'inscription dont l'efficacité remonterait au même jour ainsi que le conflit entre des hypothèques de cette nature et des hypothèques sujettes à l'inscription et inscrites le jour duquel date l'efficacité des premières.

1446. L'art. 10 de la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime, reproduisant l'art. 10 de la loi du 10 décembre 1874, décide également que les hypothèques inscrites le même jour viennent en concurrence, nonobstant la différence des heures des inscriptions ⁸⁹⁷.

1447. La règle que le rang des hypothèques se détermine par l'ordre des inscriptions est formulée par la loi dans les termes les plus généraux et par conséquent elle s'applique aux hypothèques portant sur les biens à venir comme à celles portant sur les biens présents.

L'application de cette règle va toute seule en ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle, en tant qu'elle affecte les biens à venir : ce qui ne peut arriver qu'exceptionnellement ⁸⁹⁸. Nous savons que le créancier auquel une semblable hypothèque a été concédée ne peut pas prendre inscription sur les biens à venir de son débiteur par anticipation, mais seulement au fur et à mesure des acquisitions faites par celui-ci. Tout bien qui entre dans le patrimoine du débiteur est immédiatement atteint par l'hypothèque ; mais cette hypothèque n'a de rang qu'à dater de l'inscription prise par le créancier, conformément au droit commun ⁸⁹⁹.

1448. La règle s'applique-t-elle aussi aux hypothèques légales de l'art. 2121 et aux hypothèques judiciaires ? En tant que ces hypothèques portent sur les biens à venir, ce qui est leur condition normale (art. 2122 et 2123 al. 2), leur rang sera-t-il déterminé par la date des inscriptions ?

Nous n'y voyons guère de doute en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire. On sait qu'elle doit être inscrite ; or le droit commun est que toute hypothèque soumise à la formalité de l'inscription n'a de rang qu'à dater de son inscription ; nul texte ne soustrait l'hypothèque judiciaire à cette règle ⁹⁰⁰. Nous en dirions autant, et pour les mêmes motifs, de celles des hypothèques légales de l'art. 2121 qui demeurent soumises à la formalité de l'inscription (hypothèques légales de l'Etat, des communes et des établissements publics). Notons seulement, en ce qui concerne ces hypothèques et les hypothèques judiciaires, une particularité : l'inscription en peut être prise par anticipation sur les biens à venir, en ce sens que l'inscription prise sur un immeuble atteint de plein droit les autres immeubles du débiteur compris dans l'arrondissement du même bureau, même ceux qui lui surviendront postérieurement à l'inscription, car la loi ne distingue pas (art. 2148 in fine).

La règle reçoit exception relativement aux hypothèques légales dispensées d'inscription (hypothèques légales des mineurs, des interdits et des femmes mariées), au moins tant que dure la dispense d'inscription ; le rang de l'hypothèque est alors indépendant de l'inscription. Supposons donc qu'une pareille hypothèque ait été inscrite ; l'inscription atteint tous les immeubles qui surviendront plus tard au débiteur dans l'arrondissement du même bureau (art. 2148 in fine) ; sur les biens à venir comme sur les biens présents, le rang de l'hypothèque n'est pas déterminé par l'inscription, car la loi le fixe indépendamment de l'inscription.

Mais, dans tous les cas, elles sont régies par le principe de l'art. 2147 ; elles viennent au même rang, soit lorsque dispensées d'inscriptions elles ont pris naissance le même jour ⁹⁰¹, soit lorsqu'elles prennent date le jour où a été inscrite une hypothèque assujettie à cette formalité.

1449. L'application de cette règle soulève dans la pratique une difficulté. Les biens d'une personne sont grevés de plusieurs hypothèques frappant ses biens présents et à venir, par exemple de deux hypothèques judiciaires. Ces hypothèques ont été inscrites au même bureau mais à des dates différentes. Postérieurement le débiteur acquiert un immeuble situé dans l'arrondissement de ce bureau. Dans quel ordre seront colloqués les deux créanciers à hypothèque judiciaire ?

La question n'est pas nouvelle ; elle était même de nature à se présenter bien plus fréquemment dans notre ancienne jurisprudence, parce que toute obligation constatée par un acte notarié donnait naissance à une hypothèque générale sur les biens présents et à venir. Pothier s'en explique dans les termes suivants en exposant l'opinion généralement reçue et suivie ⁹⁰² : « J'ai contracté différents engagements envers

» trois différents créanciers en différents temps, sous

l'hypo-

» thèque de mes biens présents et à venir, et j'ai ensuite acquis

» un certain héritage ; ces trois différents créanciers

» viendront-ils par concurrence d'hypothèque sur cet héri-

» tage, ou suivant l'ordre des dates de leurs contrats ? Il

» semblerait qu'ils devraient venir par concurrence ; car ces

» trois différents créanciers ont acquis tous les trois les hypo-

» thèques sur cet héritage, dans le même instant ; savoir lors

» de l'acquisition qui en a été faite, n'ayant pas pu l'acqué-

» rir plus tôt ; concurreunt tempore, et, par conséquent, ils pa-

» raissent avoir un droit égal... Nonobstant ces raisons, la

» jurisprudence est constante parmi nous que ces créanciers

» ne doivent pas concourir, mais qu'ils doivent être collo-

» qués selon l'ordre des dates de leurs contrats. La raison est

» que le débiteur, en contractant avec le premier créancier

» sous l'hypothèque de ses biens à venir, s'est interdit le pou-

» voir de les hypothéquer à d'autres au préjudice de ce pre-

» mier créancier ; par conséquent, quoique ces créanciers

» acquièrent le droit d'hypothèque dans le même instant, le

» premier est cependant préférable au second, et le second

» au troisième, parce que le débiteur n'a pu accorder d'hy-

» pothèque à ce second créancier ni ce second créancier en

» acquérir, que sur ce qui resterait après la créance du pre-

» mien acquittée ; et il en faut dire de même du troisième à
» l'égard du second ».

1450. La démonstration est péremptoire et nous ne pouvons accepter l'opinion contraire quoiqu'elle ait été enseignée ⁹⁰³. La loi dispense le créancier nanti d'une hypothèque judiciaire, de l'obligation d'indiquer l'espèce et la situation des immeubles sur lesquels il entend conserver son hypothèque. La loi ajoute qu'une seule inscription suffit alors pour atteindre tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau (art. 2148 al. fin.). Il faut en conclure que l'hypothèque est alors conservée dans toute son étendue. C'est un point sur lequel on est généralement d'accord et sur lequel nous aurons l'occasion de revenir en présentant l'explication de l'art. 2148. Par conséquent le créancier, en se conformant à la loi et en requérant inscription dans les termes de cet article, a conservé son hypothèque judiciaire avec tous les avantages qui y étaient attachés. Or elle lui conférait un droit de préférence sur tous les immeubles présents et à venir du débiteur, et ce droit de préférence il l'acquiert à l'encontre de tous les créanciers qui ne sont pas encore inscrits, et par suite à l'encontre des autres créanciers qui pourront acquérir ou faire inscrire ultérieurement des hypothèques judiciaires contre le même débiteur. L'ordre de préférence sur les biens à venir se détermine donc comme l'ordre de préférence sur les biens présents, par la date des inscriptions ⁹⁰⁴. Nous reproduisons, on le voit, le raisonnement de Pothier ; nous l'adaptions seulement aux principes nouveaux consacrés par le Code. Autrefois les hypothèques étaient occultes ; l'ordre de préférence entre les créanciers se déterminait par la date des contrats ; c'est la règle appliquée par Pothier. Aujourd'hui le rang des hypothèques dépend de la date des inscriptions ; c'est par l'inscription que le droit du créancier devient opposable aux tiers ; c'est donc à partir du jour où l'inscription a été

prise que les tiers ne peuvent pas acquérir de cause de préférence opposable aux créanciers inscrits. La date de l'inscription doit seule être prise en considération. En conséquence, de deux créanciers pourvus d'une hypothèque judiciaire celui-là sera préféré même sur les immeubles à venir qui aura le premier requis inscription, quoique son titre soit postérieur en date. Nous ne tenons plus compte de la date du jugement, contrairement aux règles de notre ancienne jurisprudence.

M. Pont a proposé de cette solution une autre justification :

« L'erreur de la doctrine contraire est d'avoir supposé que,
» dans le cas d'hypothèque générale, c'est l'acquisition qui
» fait l'hypothèque quant aux biens à venir : évidemment
» l'hypothèque a existé sous cette condition, sans doute,
que

» des acquisitions seraient faites ; mais dès que la condition

» s'est réalisée, elle a produit son effet rétroactif, qui, pour
» chaque créancier, a fixé la date de son hypothèque au jour

» où elle avait été vivifiée par l'inscription ». Nous concevons mal une rétroactivité qui ferait remonter l'hypothèque à une époque où l'immeuble n'appartenait pas encore au débiteur du chef duquel elle serait née, à une époque où cet immeuble appartenait à un tiers et a pu être grevé par ce tiers ou du chef de ce tiers d'autres hypothèques. La vérité, c'est que le créancier à hypothèque judiciaire a acquis un droit de préférence sur les immeubles présents et à venir de ce débiteur, que l'inscription a rendu ce droit opposable aux tiers, que dorénavant les créanciers du même débiteur ne peuvent pas acquérir de droit de préférence au préjudice de celui qui existe déjà et qui a été conservé. Les hypothèques des divers créanciers viennent bien frapper l'immeuble au même moment, au moment de l'acquisition, mais elles le

frappent telles qu'elles existaient, telles qu'elles avaient été conservés, c'est-à-dire dans l'ordre où elles atteignent les autres biens du débiteur.

1451. Cette règle s'applique, d'après ce que nous avons dit, aux hypothèques légales qui frappent les biens présents et à venir du débiteur, même à celles qui sont dispensées d'inscription. En cas de conflit entre plusieurs hypothèques légales de cette nature, le rang des créanciers se détermine même sur les biens à venir par la date que donne à l'hypothèque la loi ou l'inscription ⁹⁰⁵.

Le même principe servirait à déterminer le rang de ces hypothèques légales en conflit avec des hypothèques judiciaires.

N. 2. Exceptions au principe.

1452. Le principe que l'hypothèque n'a de rang que par son inscription souffre deux exceptions indiquées par l'art. 2135. La première est relative à l'hypothèque légale des mineurs et interdits, la seconde, à celle des femmes mariées. Ces deux hypothèques sont dispensées d'inscription, et par conséquent leur rang est déterminé indépendamment de l'inscription.

Le code a ainsi abandonné les principes de la loi de brumaire, et sans étendre l'exception jusqu'aux limites admises par l'édit de 1673 ⁹⁰⁶, il restreint cette faveur aux mineurs, aux interdits et aux femmes mariées, c'est-à-dire à ceux dont la loi s'est spécialement chargée de protéger les intérêts. Leurs droits seraient illusoires, s'ils n'étaient pas assurés d'une garantie et cette garantie serait vaine, si l'efficacité en était subordonnée à l'accomplissement d'une formalité que le débiteur lui-même serait chargé de remplir. Tel est le résumé succinct des idées qui ont inspiré les rédacteurs du code. Nous allons y revenir. Mais il

importe de mettre en pleine lumière l'antithèse entre le code et la loi de l'an VII.

Cette loi ⁹⁰⁷ subordonnait l'efficacité de l'hypothèque légale des mineurs, des interdits et des femmes mariées à la condition d'une inscription (art. 3). L'inscription pouvait être requise par le créancier ou par le tiers chargé de l'administration de son patrimoine. La négligence de celui-ci constituait une faute et donnait naissance à une action en dommages-intérêts. Ainsi l'incapable dont l'hypothèque n'avait pas été inscrite perdait le bénéfice de cette garantie ; il n'avait qu'une action en responsabilité contre celui qui, chargé de l'administration de son patrimoine, devait sauvegarder ses intérêts et faire inscrire son hypothèque. L'exécution de la condamnation n'était assurée que par une hypothèque judiciaire ; cette hypothèque prenait rang à la date de son inscription et était primée par toutes les hypothèques inscrites antérieurement pendant la durée du mariage ou de la tutelle.

D'après le code au contraire, la négligence du tuteur ou du mari ne peut pas nuire à l'incapable ; il conserve la faculté d'exercer son hypothèque légale, indépendamment de toute inscription ; mais le code impose à certaines personnes, comme nous le verrons, l'obligation de faire inscrire l'hypothèque légale de ces incapables ; leur négligence engage leur responsabilité, envers les tiers notamment ; la condamnation prononcée à leur profit sera garantie par une hypothèque judiciaire.

Ainsi dans tous les cas, d'après notre code comme d'après la loi de l'an VII, les représentants des incapables ou certaines personnes déterminées par la loi sont obligées de faire inscrire les hypothèques légales des mineurs, des interdits, des femmes mariées. Cette obligation est sanctionnée par une action en responsabilité. La question se ramène ainsi à des termes très simples : la négligence de leurs représentants mettra-t-elle les incapables dans

l'impossibilité d'invoquer l'hypothèque établie à leur profit ? La loi du 11 brumaire an VII, se préoccupant surtout du crédit foncier et par suite de l'intérêt des tiers, donne la préférence à ceux-ci. Le code se prononce en sens contraire parce que, s'il en était autrement, l'hypothèque légale deviendrait un droit illusoire et que la loi n'atteindrait pas le but de protection qu'elle s'est proposé.

1453. Cette faveur s'explique par un ensemble de considérations qu'il nous faut développer. Elle est fondée d'abord sur l'impossibilité dans laquelle se trouvent les divers incapables, auxquels l'hypothèque légale est accordée, de la faire inscrire eux-mêmes. Il y a impossibilité physique pour le mineur en bas âge et pour l'interdit ; impossibilité morale pour le mineur qui sait ce qu'il fait et pour la femme mariée, à cause de leur état de dépendance et de subordination à l'égard de leur tuteur ou de leur mari auquel ils redouteront de donner une preuve de défiance.

D'un autre côté, il n'est pas juste de leur faire supporter les conséquences de la négligence d'un représentant, sous l'autorité duquel la loi les a placés. Puisque le législateur a réglé lui-même l'organisation de la tutelle et de la puissance maritale, il lui appartient de sauvegarder les intérêts du mineur, de l'interdit, de la femme mariée. Il l'a fait en leur accordant une hypothèque légale. Il ne doit pas permettre que la négligence ou la mauvaise volonté du tuteur ou du mari enlève toute son efficacité à la garantie qu'il a jugé nécessaire d'établir.

Enfin, la situation des tiers ne mérite pas la protection de la loi au point de leur sacrifier les droits des incapables. Ils ne peuvent pas se plaindre de la faveur dont sont entourés ces derniers. Le mariage et la tutelle sont des faits publics et notoires, dont ils peuvent facilement avoir connaissance. S'ils les ont connus, ils ont su qu'il existait une hypothèque légale et que celle-ci leur était opposable. S'ils avaient des craintes, ils pouvaient soit exiger l'accession de la femme à

l'engagement contracté par le mari, soit même stipuler la subrogation à son hypothèque légale. A défaut de ces garanties nouvelles, ils pouvaient refuser de traiter. Si, au contraire, ils ont ignoré l'existence de la tutelle ou du mariage, leur erreur est la conséquence de la négligence ou de la faute qu'ils ont commise en ne s'entourant pas de tous les renseignements de nature à les éclairer. Ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes du préjudice qu'ils éprouvent. Ils supportent les conséquences de leur imprévoyance ; ainsi le veut la justice.

1454. Ces considérations, quelque puissantes qu'elles soient, ne suffisent pas cependant pour justifier les dispositions de notre code d'une manière complète. Nous avons dit en effet que les tiers pouvaient se prémunir contre les dangers de l'hypothèque légale, dont ils auraient connu l'existence, en stipulant soit l'accession de la femme à l'engagement contracté par le mari, soit la subrogation à l'hypothèque légale. Mais pour la validité de cette convention, il faut que la femme soit capable de la consentir. Or, la capacité de la femme dépend de son régime matrimonial et des clauses insérées dans le contrat de mariage. Sous l'empire du code, les tiers n'avaient, en dehors des déclarations des parties, aucun moyen de s'assurer de l'existence d'un contrat de mariage et par suite d'en exiger la production pour en connaître les stipulations.

En outre, si l'on peut admettre (et ce n'est peut-être pas sans difficulté), que le mariage et la tutelle sont des faits notoires sur lesquels il est facile d'être renseigné, il est plus difficile de savoir si un homme n'a pas été marié ou s'il n'a pas été tuteur. Dans ce cas, l'erreur des tiers est excusable. D'autre part, fondée sur l'incapacité du mineur, de l'interdit et de la femme mariée, sur l'état de dépendance dans lequel ils se trouvent vis-à-vis de leur tuteur et mari, la dispense d'inscription n'a plus de raison d'être, lorsque cette situation a pris fin. Or le code, à la

différence de l'édit de 1673, leur continuait le bénéfice de sa faveur même après la cessation de l'incapacité, même lorsque le mineur était devenu majeur, lorsque l'interdit avait été relevé du jugement d'interdiction, lorsque le mariage était dissous par le prédécès du mari. Il y avait dans cette conséquence nécessaire des dispositions de la loi une véritable exagération et les plus vives critiques étaient formulées contre les règles de notre code.

A ce double point de vue une réforme était nécessaire. Elle a été opérée par deux lois, l'une du 10 juillet 1850, l'autre du 23 mars 1855.

En vertu de la première, l'officier de l'état civil doit, au moment de la célébration du mariage, interpellier « les futurs

- » époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, si

- » elles sont présentes, d'avoir à déclarer s'il a été fait un

- » contrat de mariage, et, dans le cas de l'affirmative, la date

- » de ce contrat, ainsi que les noms et lieu de résidence du

- » notaire qui l'aura reçu » (art. 75 al. 2). « On énoncera, dans

- » l'acte du mariage... 10° la déclaration faite sur l'interpella-

- » tion prescrite par l'article précédent, qu'il a été ou qu'il

- » n'a pas été fait de contrat de mariage, et, autant que possi-

- » ble, de la date du contrat, s'il existe, ainsi que les noms et

- » lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu... » (art. 76-10°). Enfin la loi ajoute (art. 1391, al. 4) : « Toutefois, si l'acte de

- » célébration de mariage porte que les époux se sont mariés

- » sans contrat, la femme sera réputée, à l'égard des tiers,

- » capable de contracter dans les termes du droit commun,

à

» moins que, dans l'acte qui contiendra son engagement, elle

» n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage ». Il n'est pas besoin d'insister pour montrer que le législateur de 1850 a corrigé fort justement les dispositions du code civil et fait droit à la critique qu'il avait méritée.

Il en est de même au second point de vue et la loi du 23 mars 1855 a limité le bénéfice de la dispense d'inscription, à laquelle le code attribuait un caractère absolu.

Après ces réformes qui peuvent paraître trop timides, l'art. 2135 s'explique. Du moment où le législateur se charge de sauvegarder les intérêts des incapables, du moment où il juge nécessaire de leur accorder une hypothèque légale, il ne peut pas laisser aux tuteurs et aux maris le moyen de rendre cette garantie illusoire. Il le peut d'autant moins que les tiers peuvent être avertis assez facilement de l'existence des faits générateurs de l'hypothèque légale. A ce point de vue cependant, notre loi nous semble appeler une réforme indispensable. L'existence d'un casier de l'état civil, dont toute personne aurait le droit de prendre communication, mettrait à la disposition de tous un moyen facile d'être exactement renseigné. On a proposé, à diverses reprises, l'institution de ce casier. Il serait à désirer que le législateur réalisât enfin cette utile réforme, malgré les difficultés pratiques que peut présenter cette création.

1455. On voit que le législateur du code civil a dérogé, en faveur des mineurs et interdits d'une part, et des femmes mariées d'autre part, aux deux règles fondamentales du régime hypothécaire qu'il adoptait : la spécialité et la publicité.

En ce qui concerne la publicité, la dérogation n'existe pas seulement au point de vue du droit de préférence, mais aussi au point de vue du droit de suite. En d'autres termes, l'exercice du droit de suite, attaché aux hypothèques dont il

s'agit comme à toutes les autres, est indépendant de leur inscription, aussi bien que l'exercice du droit de préférence. L'art. 2135 est formel pour le droit de préférence et les art. 2193 s. ne le sont guère moins pour le droit de suite. Il résulte en effet de ces derniers articles que l'acquéreur d'un immeuble ayant appartenu à un mari ou à un tuteur est obligé d'avoir recours à la purge, qui s'opère ici par un procédé spécial, pour se mettre à l'abri des hypothèques légales, appartenant à un mineur, à un interdit ou à une femme mariée, dont l'immeuble peut être grevé du chef de l'ancien propriétaire.

Cette disposition implique donc que l'hypothèque légale des mineurs, des interdits et des femmes mariés est pleinement efficace à l'égard d'un tiers acquéreur indépendamment de toute inscription. L'art. 834 Pr. civ. fortifie cette induction. En ne soumettant l'exercice du droit de suite à la condition d'une inscription prise au plus tard dans la quinzaine de la transcription que pour les hypothèques judiciaires et conventionnelles, il décidait par cela même que les hypothèques légales dispensées d'inscription étaient régies par des principes différents et que par suite leur efficacité contre les tiers acquéreurs ne dépendait pas de l'accomplissement de cette formalité ⁹⁰⁸. Nous reviendrons sur ces solutions que nous nous bornons à indiquer.

Par conséquent aussi, les mineurs, interdits et femmes mariées et leurs représentants peuvent sans inscription exercer leur hypothèque légale et demander à être colloqués par préférence sur le prix des immeubles qui sont affectés à leur sûreté ⁹⁰⁹.

1456. La dispense d'inscription est générale ; elle s'applique à tous les biens sur lesquels l'hypothèque légale peut être exercée, non seulement aux biens qui appartiennent au tuteur ou au mari au jour de l'ouverture de la tutelle ou de la célébration du mariage, mais encore à

ceux qu'ils acquièrent ou qui leur adviennent pendant la tutelle ou le mariage et même à ceux dont ils peuvent devenir propriétaires après la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage ⁹¹⁰. Mais il faut corriger ce que cette solution peut présenter d'excessif en rappelant qu'aux termes de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit et de la femme mariée doit être inscrite dans l'année de la cessation de la tutelle ou de la dissolution du mariage.

1457. Les hypothèques légales des mineurs, interdits et femmes mariées, étant dispensées d'inscription, se trouvaient nécessairement soustraites, pour la fixation de leur rang, à la règle de l'art. 2134, qui détermine la préférence entre les créanciers hypothécaires d'après l'ordre des inscriptions. Nous allons rechercher comment cette règle a été remplacée en ce qui concerne l'hypothèque des mineurs et interdits d'abord, puis celle de la femme mariée.

Remarquons que si la dispense n'est accordée qu'aux hypothèques légales du mineur, de l'interdit et de la femme mariée, ils en jouissent pour toutes les créances qui sont garanties par cette sûreté. Mais, comme nous l'avons vu, l'hypothèque n'est attribuée par la loi qu'aux créances qui appartiennent au mineur, à l'interdit et à la femme mariée en cette qualité contre leur tuteur ou leur mari ⁹¹¹. Elle est attachée à la qualité du créancier et non à la qualité de la créance. Ainsi la femme ne peut invoquer la dispense d'inscription qu'autant qu'elle se prévaut de son hypothèque légale, et elle ne peut s'en prévaloir que sur les immeubles de son mari. Par conséquent si la restitution de la dot avait été garantie par un tiers, par exemple par le père du futur, et si ce tiers avait affecté ses immeubles à la sûreté de son engagement, cette hypothèque ne serait pas une hypothèque légale de l'art. 2121 ; elle ne serait qu'une hypothèque conventionnelle ; elle serait soumise aux règles

du droit commun de l'art. 2134 ; son efficacité à l'égard des tiers et son rang dépendraient de l'inscription qui aurait été requise et de la date de cette inscription ⁹¹².

1458. Nous avons dit que la femme est dispensée de l'obligation de faire inscrire son hypothèque pour tous ses droits et créances sans distinction. Cette solution, aujourd'hui universellement admise, a été longtemps l'objet d'une très vive controverse. La majorité des cours d'appel décidait même que le bénéfice de la dispense d'inscription n'appartenait à la femme que pour les droits et créances limitativement énumérés dans l'art. 2135 ; on en concluait notamment que l'hypothèque légale appartenant à la femme à raison de ses paraphernaux était soumise au principe de publicité de l'art. 2134, devait être inscrite et prenait rang à la date de son inscription ⁹¹³.

Mais la cour de cassation et la doctrine ont justement repoussé cette théorie. Elle est, en effet, en opposition certaine avec la volonté du législateur. Des travaux préparatoires dont nous avons rapporté ci-dessus la conclusion, il résulte que les rédacteurs du code ont voulu accorder le bénéfice d'une protection spéciale à la femme mariée à raison de l'état de dépendance dans lequel elle est vis-à-vis de son mari, à raison de l'impossibilité morale dans laquelle elle se trouve de stipuler des garanties et de prendre des mesures conservatoires qui respireraient une certaine défiance et jetteraient le trouble dans le ménage. Or, à ce point de vue, peu importe l'origine des créances de la femme. Dans tous les cas, le même danger est à redouter ; dans tous les cas, le même bénéfice doit exister. L'art. 2135 ne contredit pas cette solution ; car les expressions dont il se sert sont générales ; il parle de dot, de conventions matrimoniales, de propres ; si l'on ne peut prétendre que les créances relatives aux paraphernaux se réfèrent à la dot ou résultent des conventions matrimoniales, il est bien certain qu'elles sont relatives à

des propres. Du reste les art. 2193, 2194 et 2195, où la loi détermine les formalités de la purge des hypothèques non inscrites, s'expriment dans les termes les plus généraux quand ils nous parlent des dots, reprises et conventions matrimoniales ; les créances paraphernales sont bien des reprises que la femme exerce contre son mari, qui a employé à son profit particulier les biens de celle-ci. Enfin on peut faire remarquer que l'art. 2135, à un certain moment de sa genèse, était aussi conçu dans les mêmes termes et parlait également des reprises de la femme. Si cette expression a disparu de la rédaction définitive, c'est sur l'observation du tribunat. Du moment où l'hypothèque qui garantit le remploi des propres aliénés ou l'indemnité des dettes contractées par la femme conjointement ou solidairement avec son mari ne prenait plus rang du jour du mariage, il était logique de ne plus parler des reprises dans le 1^{er} al. du 2^e de l'art. 2135. Car ce sont là des reprises. La modification apportée au texte avait donc pour but non pas de restreindre les créances à raison desquelles la femme serait dispensée de faire inscrire son hypothèque, mais de limiter seulement celles pour lesquelles elle aurait le droit de demander sa collocation à la date de la célébration du mariage ⁹¹⁴.

1459. La loi a donc fixé elle-même le rang attribué aux hypothèques légales des incapables. Les parties n'y pourraient pas déroger.

Les parties ne pourraient pas convenir que l'hypothèque légale de la femme mariée (la question ne se présente pas pour l'hypothèque légale du mineur) aura une date antérieure aux époques fixées par l'art. 2135. Elles ne pourraient pas stipuler que la femme sera préférée aux créanciers hypothécaires du mari antérieurs au mariage. Elles n'auraient donc pas le droit de rétablir le privilège de la loi Assiduis. La question a été posée au conseil d'Etat ; elle y a été formellement résolue en ce sens ⁹¹⁵. Le doute

du reste ne nous paraît pas possible. Les dispositions par lesquelles la loi détermine le rang des hypothèques dispensées d'inscription intéressent évidemment les tiers, comme toutes les règles relatives à la publicité des hypothèques. Par conséquent elles sont d'ordre public et il est interdit d'y déroger (arg. art. G) ⁹¹⁶.

En sens inverse les parties ne pourraient pas convenir que l'hypothèque légale aura un rang postérieur à celui déterminé par la loi. Sans doute alors l'intérêt des tiers n'est pas en jeu et l'on ne peut plus invoquer l'art. 6. Mais le soin avec lequel le législateur a déterminé par les art. 2140 s. les modifications que les intéressés peuvent apporter aux règles régissant les hypothèques légales, n'implique-t-il pas la prohibition de toute stipulation dérogatoire ? Ces dispositions n'auraient pas de raison d'être, si les parties pouvaient régler l'hypothèque légale au gré de leur volonté. Cette solution est du reste nécessaire pour assurer le respect de la loi. Si elle n'était pas admise, il serait facile aux intéressés de rendre absolument illusoires les mesures de protection prises par le législateur en faveur d'incapables, dont il s'est chargé de sauvegarder les intérêts. Par conséquent, à ce point de vue comme au premier, les règles du code sont d'ordre public et il est interdit d'y déroger ⁹¹⁷. Elles ne pourraient donc pas convenir, même par contrat de mariage, que l'hypothèque légale ne datera, pour les créances constituées en dot, que du jour de leur recouvrement.

Tout ce que les parties pourraient faire, ce serait de constituer une hypothèque conventionnelle ; cette stipulation présenterait peut-être de l'intérêt dans certains cas, notamment en ce qui concerne les créances éventuelles de la femme, dont le rang est déterminé par l'al. 5 de l'art. 2135. Mais établie par contrat cette hypothèque serait soumise à toutes les règles qui régissent les hypothèques conventionnelles ; elle ne bénéficierait pas

notamment de la dispense d'inscription ; son efficacité à l'égard des tiers serait subordonnée à l'accomplissement des formalités de publicité prescrites par la loi et son rang serait déterminé par la date de l'inscription ⁹¹⁸.

I. Hypothèque légale des mineurs et des interdits.

1460. « L'hypothèque existe indépendamment de toute ins-

» cription, — 1° Au profit des mineurs et interdits, sur les
» immeubles appartenant à leur tuteur, à raison de sa gestion

» du jour de l'acceptation de la tutelle... » Ainsi s'exprime l'art. 2135, 1^{re} partie.

L'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit a toujours le même rang, quelle que soit la créance garantie ; car la loi ne distingue pas. Il en résulte que l'hypothèque pourra prendre rang à une époque antérieure à la naissance de la créance à laquelle elle est attachée. Ainsi, au cours de la tutelle, le mineur est appelé à recueillir une succession qui comprend des capitaux importants. Le remboursement en est garanti par l'hypothèque légale à la date de l'ouverture de la tutelle. Ce résultat, qui paraît singulier au premier abord, peut se justifier par cette considération que le tuteur, en entrant en fonctions, devient débiteur d'un compte d'administration. La personne soumise à la tutelle acquiert donc, à ce moment même, une créance éventuelle contre le tuteur, pour toutes les sommes qui devront figurer successivement au chapitre des recettes de son compte, déduction faite de celles qui figureront au chapitre des dépenses ; elle acquiert en un mot une créance éventuelle pour le reliquat du compte de tutelle. La loi fait dater l'hypothèque du moment où cette créance éventuelle prend naissance, c'est-à-dire du jour où le tuteur a dû commencer

sa gestion ⁹¹⁹. Nous verrons que la loi édicte une règle différente pour l'hypothèque légale de la femme mariée.

1461. Il y a ainsi une certaine analogie entre le pupille et le créancier qui sont créanciers du solde du compte de tutelle ou du compte courant. Mais au point de vue spécial que nous étudions en ce moment, la différence est grande. L'hypothèque du mineur ou de l'interdit est une hypothèque légale ; elle est en outre dispensée d'inscription ; fût-elle inscrite, il ne serait pas nécessaire d'évaluer dans l'inscription la créance éventuelle de l'incapable ; les tiers n'ont donc aucun élément certain pour apprécier le montant de la charge qui grève les immeubles du tuteur. Au contraire, l'hypothèque qui garantit une ouverture de crédit est une hypothèque conventionnelle ; elle doit être inscrite ; son rang est déterminé, conformément à l'art. 2134, par la date de son inscription ; enfin dans l'inscription on doit indiquer la somme jusqu'à concurrence de laquelle l'ouverture du crédit est consentie, la somme maximum que garantit l'hypothèque. Les tiers connaissent ainsi les charges établies sur les immeubles dû débiteur avec lequel ils sont en rapport.

1462. Les textes ne sont pas très précis au sujet de la détermination du rang de l'hypothèque légale des mineurs et des interdits. En effet, tandis que l'art. 2135 fait dater cette hypothèque du jour de l'acceptation de la tutelle, l'art. 2194 dit, incidemment il est vrai, qu'elle existe du jour de l'entrée en gestion du tuteur ; or, a-t-on dit, l'entrée en gestion peut être postérieure à l'acceptation ; donc il y a antinomie entre les deux textes.

On peut facilement les mettre d'accord avec quelque bonne volonté.

La pensée du législateur, pensée qu'il exprime à la vérité d'une manière assez nuageuse, soit dans l'art. 2135, soit dans l'art. 2194, nous paraît pouvoir être traduite par la formule suivante : L'hypothèque légale du mineur et de

l'interdit prend rang à dater du jour où commence pour le tuteur l'obligation légale de gérer la tutelle, et par suite sa responsabilité. C'est ce que nous allons essayer de démontrer.

L'obligation légale de gérer commence, pour le tuteur, à dater du jour de son acceptation. Cette acceptation peut être volontaire ou forcée : volontaire, s'il s'agit d'une tutelle qui peut être refusée (v. art. 401 et 432) ; forcée, dans toute tutelle imposée par la loi : le tuteur est considéré comme acceptant une semblable tutelle à dater du jour où il a connaissance de l'événement qui la lui défère puisqu'il n'a pas le droit de la refuser. Donc dire, comme le fait l'art. 2135, que l'hypothèque légale prend rang du jour de l'acceptation de la tutelle (entendez de l'acceptation volontaire ou forcée, car la loi ne distingue pas), c'est dire que cette hypothèque prend rang à dater du jour où le tuteur est légalement obligé de gérer.

La formule de l'art. 2194, « le jour de l'entrée en gestion du tuteur », a exactement le même sens. Le législateur ne songe pas au jour de l'entrée en gestion de fait, mais bien au jour de l'entrée en gestion de droit, c'est-à-dire à celui où le tuteur s'est trouvé en droit soumis à l'obligation de gérer. Ou bien, s'il entend parler de l'entrée en gestion de fait, il suppose, ce qui arrive en effet le plus ordinairement, que le tuteur a commencé à gérer en fait aussitôt qu'il s'y est trouvé tenu en droit. De sorte qu'en définitive c'est comme s'il avait dit que l'hypothèque légale prend rang du jour où l'obligation légale de gérer la tutelle prend naissance pour le tuteur et où commence par suite sa responsabilité.

Les deux formules des art. 2135 et 2194 sont donc équivalentes entre elles, puisqu'elles équivalent à une troisième.

Cette solution protège le mineur contre la mauvaise foi ou au moins la négligence d'un tuteur qui aurait refusé la tutelle sans motif ou qui aurait négligé de la gérer pendant

un temps plus ou moins long. Il est inadmissible que la protection de la loi lui fasse défaut dans ce cas.

1463. Il faut maintenant fixer le moment auquel commence pour le tuteur l'obligation de gérer la tutelle. Il varie suivant les cas.

Pour le tuteur nommé par le conseil de famille, cette obligation commence du jour de sa nomination s'il était présent, sinon, du jour de la notification qui lui en est faite (art. 418 C. civ., art. 882 Pr. civ.).

Pour le tuteur légal, plusieurs auteurs décident qu'elle commence du jour du décès qui donne ouverture à la tutelle ou qui donne lieu à la délation de la tutelle ⁹²⁰. Nous serions portés à appliquer la même règle qu'au tuteur nommé par le conseil de famille. Il ne suffit pas que la tutelle soit ouverte ou déférée ; il faut en outre que le tuteur ait connaissance de sa vocation ⁹²¹. Il n'y a pas de motif pour soumettre le tuteur légal à une règle plus rigoureuse que tous les autres tuteurs.

Enfin, pour le tuteur choisi par le dernier mourant des père et mère, on fera la même distinction. La responsabilité commencera du jour de l'ouverture du testament s'il y était présent ; dans le cas contraire, du jour où il a eu connaissance du choix dont il a été l'objet.

II. Hypothèque légale de la femme mariée.

1464. L'hypothèque légale de la femme mariée est soumise à des règles différentes. Elle n'a pas une date unique, comme l'hypothèque légale du mineur. Son rang varie suivant les créances qu'elle garantit.

Il en était autrement dans notre ancienne jurisprudence. L'hypothèque légale prenait rang à la date du contrat de mariage, si les conventions matrimoniales étaient rédigées par acte notarié. C'était une application des règles de droit commun pour toute obligation constatée par un acte passé

devant notaire. Si, au contraire, les époux s'étaient mariés sans contrat, l'hypothèque de la femme prenait rang du jour de la célébration du mariage. On ne tenait aucun compte de l'origine des créances de la femme, on ne recherchait pas la date à laquelle elles avaient pris naissance. Qu'elles eussent pour cause une faute commise par le mari dans l'administration du patrimoine de celle-ci, qu'elles fussent relatives aux biens apportés en dot ou aux biens advenus pendant le mariage par succession, donation ou legs, qu'il s'agit du remploi du prix de propres aliénés ou d'une indemnité pour dettes contractées conjointement ou solidairement avec le mari, la règle était la même ; l'hypothèque avait une date unique et son rang était déterminé par la date du contrat de mariage ou par la date de la célébration du mariage. Seules les coutumes de Bretagne et de Normandie avaient apporté une exception à ce principe et décidé que l'hypothèque pour le remploi des propres aliénés ne daterait que du jour des aliénations.

Dans les pays de droit écrit, la femme jouissait du privilège exorbitant d'être préférée aux créanciers même antérieurs au mariage en vertu de la L. 12 C. Qui potiores in pignore (VIII, 18). Ce privilège est condamné par l'art. 1572.

1465. Les rédacteurs du projet de code répudiant sur ce point les règles de la L. du 11 brumaire an VII, avaient eu la pensée de rétablir la théorie de notre ancienne jurisprudence. L'art. 44 présenté dans la séance du 3 ventôse an XII portait : « L'hypothèque existe, indépendamment de toute

» inscription... 2° au profit des femmes mariées, pour raison

» de leurs dot et conventions matrimoniales, sur les immeu-

» blés appartenant à leur mari, et à compter du jour du

» mariage » ⁹²². Il ne s'éleva au conseil d'État aucune discussion sur ce point.

Mais, sur la communication officieuse qui lui fut faite, la section de législation du Tribunat présenta les observations suivantes, qu'il nous paraît essentiel de reproduire dans leur entier :

« La section pense qu'il y aurait un grand inconvénient à
» laisser subsister d'une manière aussi indéfinie que le fait
» l'art. du projet de loi l'hypothèque légale des femmes sur
» les biens du mari.

» Les sommes dotales ne doivent avoir d'hypothèque légale,

» lorsqu'elles proviennent de successions, que du jour de
» l'ouverture de ces successions. Car c'est seulement alors
» qu'il y a de la part du mari une administration qui seule
» peut faire le fondement de l'hypothèque.

» Ce qu'on vient de dire pour les successions s'applique
» aussi aux donations.

» D'un autre côté, si la femme s'oblige conjointement avec

» son mari, ou si, de son consentement, elle aliène ses im-
» meubles, elle ne doit avoir hypothèque sur les biens du
» mari, pour son indemnité dans ces deux cas, qu'à
compter

» de l'obligation ou de la vente. Il n'est pas juste qu'il y ait
» une hypothèque avant l'existence de l'acte qui forme
l'ori-

» gine de la créance, et il est odieux que la femme, en
» s'obligeant ou en vendant postérieurement, puisse
primer

» des créanciers ou des acquéreurs, qui ont contracté
aupar-

»avant avec le mari. C'était là une source de fraudes qu'il
» est enfin temps de faire disparaître » ⁹²³.

C'est pourquoi la section proposa d'ajouter à l'art. 44 les dispositions suivantes :

« La femme n'a hypothèque pour les sommes dotales qui
» proviennent de successions à elle échues, ou de donations

» à elle faites pendant le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions, ou du jour que les donations ont eu leur effet.

» Elle n'a hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle
» a contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres

» aliénés, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la

» vente » 924.

La section de législation du conseil d'Etat propose d'adopter cette rédaction et explique sa détermination de la manière suivante :

« Sur le numéro 2 du même article, le tribunal observe
» qu'il n'est juste de faire remonter l'hypothèque légale de la femme à la date de son mariage que pour la dot seulement ; mais que l'hypothèque, pour remploi et indemnité
» ne doit remonter qu'à l'époque de la vente ou de l'obligation qui y donne lieu.

» On a dit que la jurisprudence que le Parlement de Paris
» avait adoptée à cet égard, et qui se trouve consignée dans

» l'art. 44, n'était pas universelle. On a ajouté que la rétroac-

» tivité qu'il introduit facilite la fraude ; car la femme, à l'aide d'une obligation simulée, peut parvenir à primer les

» créanciers anciens » 925.

Cette proposition ne provoque qu'une observation relatée dans les termes suivants par Fenet :

« Le consul Cambacérès dit que cette rédaction peut n'être

» pas suffisante, lorsque, dans un contrat de mariage fait
» dans le régime dotal, la femme se sera réservé le privilège

» de la loi Assiduis. On n'a pas vu de ces sortes de stipulations sous le régime de la loi du 11 brumaire, parce qu'elle

» les rejetait ; mais sous le régime hypothécaire qui va être
» établi on les croira permises.

» M. Treilhard répond que la rédaction proposée les exclut ».

Sur cette déclaration, le texte nouveau est adopté.

Dans l'exposé des motifs de notre titre, M. Treilhard explique de la manière suivante les dispositions du projet :

« La date de l'hypothèque accordée aux femmes a aussi
» attiré toute notre attention.

» Sans doute elles doivent avoir hypothèque du jour du
» mariage pour leurs dots et conventions matrimoniales.
» Mais l'hypothèque pour le remploi des propres aliénés ou
» pour l'indemnité des dettes contractées dans le cours du
» mariage doit-elle aussi remonter à cette époque ? On le
» jugeait ainsi dans le ressort du parlement de Paris : d'autres cours supérieures avaient adopté une jurisprudence
» contraire et ne donnaient l'hypothèque que du jour de
» l'évènement qui en était le principe.

» Cette décision nous a paru préférable. La rétroactivité de

» l'hypothèque pourrait devenir une source intarissable de
» fraudes. Un mari serait donc le maître de dépouiller ses
» créanciers légitimes en s'obligeant envers des prête-noms

» et en faisant paraître sa femme dans ses obligations frauduleuses pour lui donner une hypothèque du jour de son
» mariage ; il conserverait ainsi, sous le nom de sa femme,
» des propriétés qui ne devraient plus être les siennes.

Nous

» avons mis un terme à cet abus en fixant l'hypothèque aux
» époques des obligations » ⁹²⁶.

Enfin dans son rapport au tribunat et dans son discours au corps législatif, le tribun Grenier s'exprime dans les termes les plus précis :

« Mais dans combien de circonstances ne sentira-t-on pas
» par rapport au mari les salutaires effets de la disposition
» de l'art. 2135 ? Nous voyons enfin le terme de deux abus
» remarqués depuis longtemps.

» Lorsqu'une femme se sera constitué en dot ses biens
pré-

» sents et à venir, l'hypothèque pour les sommes qui pro-
» viendront de successions ouvertes pendant le mariage
» n'aura lieu qu'à compter de l'ouverture des successions ;
» ainsi il n'y aura pas d'hypothèque avant qu'il y ait une
» administration maritale sur laquelle on la fondait.

» La femme n'aura d'hypothèque pour l'indemnité des
» dettes qu'elle aura contractées avec son mari, ou pour le
» emploi de ses biens immeubles aliénés pendant le
mariage,

» que du jour de l'obligation ou de la vente ; tandis que par
» le seul effet d'une jurisprudence du Parlement de Paris,

» qui avait été rejetée dans la Bretagne et dans la
Normandie,

» cette hypothèque remontait au contrat de mariage.

» Ainsi on ne verra plus une femme rechercher par un ef-
» fet vraiment rétroactif des acquéreurs du mari, ou
primer

» des créanciers de celui-ci, quoique les uns et les autres
» eussent un titre antérieur à l'acte qui faisait naître la
» créance de la femme » ⁹²⁷.

En conséquence, l'art. 2135 fut voté dans les termes
suivants : « L'hypothèque existe, indépendamment de toute
ins-

» cription... 2° Au profit des femmes, pour raison de leurs dot et

» conventions matrimoniales, sur les immeubles de leur mari,

» et à compter du jour du mariage. — La femme n'a hypothèque-

» que pour les sommes dotales qui proviennent de successions

» à elle échues, ou de donations à elle faites pendant le ma-

» riage, qu'à compter de l'ouverture des successions ou du jour

» que les donations ont eu leur effet. — Elle n'a d'hypothèque

» pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son

» mari, et pour le remploi de ses propres aliénés qu'à compter

» du jour de l'obligation ou de la vente. — Dans aucun cas,

» la disposition du présent article ne pourra préjudicier aux

» droits acquis à des tiers avant la publication du présent

» titre ».

1466. Nous avons tenu à reproduire intégralement ces documents ; ils nous aideront à résoudre les difficultés souvent très délicates qui divisent les auteurs et la jurisprudence. Il importe donc tout d'abord d'essayer d'en dégager un principe.

Le conseil d'Etat avait proposé à l'origine de conserver les règles consacrées par la jurisprudence du Parlement de Paris et d'attribuer à l'hypothèque légale de la femme mariée, comme à celle des mineurs et interdits, un rang unique, celui de la date de la célébration du mariage, pour toutes les créances que cette hypothèque garantit.

En faveur de cette solution on pouvait invoquer de puissantes considérations. Le mari, comme le tuteur et

souvent avec des pouvoirs plus étendus, est débiteur envers la femme d'un compte d'administration, qui commence avec l'association conjugale et finit avec elle. On peut ajouter que, sous le régime de la communauté notamment, les récompenses dues par la communauté à la femme et les récompenses dues par la femme à la communauté forment un compte unique dont l'actif et le passif se balancent, de telle sorte que la femme n'est en définitive créancière ou débitrice que du solde. C'est la théorie transmise par la tradition ⁹²⁸ ; c'est la théorie admise par la doctrine contemporaine ⁹²⁹ et consacrée par la jurisprudence ⁹³⁰. La femme n'est donc pas créancière à raison des valeurs dépendant des successions à elle échues et non tombées en communauté, à raison du remploi de ses propres aliénés, à raison des indemnités dues pour obligations par elle contractées conjointement ou solidairement avec son mari ; ces diverses créances s'absorbent et se confondent dans un compte unique qui comprend aussi les récompenses par elle dues à la communauté ; elle ne peut être créancière en définitive que du solde de ce compte, de l'excédant de son avoir sur son passif. Si sa créance est une, comme la créance du mineur ou de l'interdit contre son tuteur, n'est-il pas conforme à la raison que son hypothèque ait également un rang unique ? Comment distinguer en matière hypothécaire des créances qui, en matière de communauté tout au moins et peut-être sous tous les autres régimes, se confondent, ne sont que les éléments d'un seul compte ? La solution contraire n'est-elle pas pleine d'inconvénients et de dangers ? Suivant quelles règles se fera l'imputation ? Comment déterminera-t-on les créances de la femme qui seront éteintes par les récompenses dont elle deviendra débitrice ? Il faudra cependant procéder à cette opération difficile. Car de ses résultats dépendra le rang de l'hypothèque légale. Ne serait-il pas plus simple, plus

conforme aux nécessités de la pratique, d'attribuer à l'hypothèque légale un rang unique ?

Tels sont certainement les motifs qui expliquaient la règle suivie par la jurisprudence du Parlement de Paris, dont les rédacteurs du projet de code proposaient le maintien.

1467. Quelle que soit la valeur de ces considérations, il est certain que le tribunal s'est ému de l'injustice et des dangers de cette règle.

Elle lui a paru injuste, parce qu'il est contraire à la raison de conférer à la femme une hypothèque qui prenne rang avant la naissance de la créance. L'hypothèque est un droit accessoire, elle exige pour support une créance dont elle soit la garantie ; elle ne saurait donc précéder le moment où cette créance existe, tout au moins éventuellement.

La solution proposée par le conseil d'Etat était en outre pleine de dangers ; elle facilitait les fraudes. Voici, par exemple, un mari dont toutes les ressources sont épuisées ; il n'a plus de crédit personnel, il n'a plus de crédit hypothécaire, ses immeubles sont grevés d'hypothèques qui venant s'ajouter à l'hypothèque légale de la femme en absorbent la valeur. 11 veut emprunter et ne trouve pas de prêteur. Que fait-il ? Sa femme s'oblige conjointement ou solidairement avec lui. Elle acquiert contre lui une action en indemnité ; cette créance est garantie par l'hypothèque légale ; si l'hypothèque de ce chef date du jour de la célébration du mariage, la femme enlèvera aux créanciers hypothécaires antérieurs le gage sur lequel ils avaient le droit de compter. Il aura suffi que la femme s'oblige conjointement ou solidairement avec son mari pour que la garantie par eux stipulée devienne illusoire. Une pareille solution n'est-elle pas destructive du crédit hypothécaire, n'anéantit-elle pas la sécurité des transactions ? L'hypothèque légale par elle seule présente assez d'inconvénients, sans qu'on laisse à la disposition de la mauvaise foi le moyen de les aggraver encore. Les créances qu'elle garantit sont indéterminées, aucune évaluation n'en

est ordonnée ; les fautes commises par le mari dans son administration peuvent en accroître le montant ; les tiers ne sont pas protégés contre ces incertitudes et ces dangers ; la loi n'a tenu compte que de l'intérêt de la femme. C'est déjà beaucoup ; il ne faut pas aller plus loin et permettre aux époux d'accroître par leur volonté les créances de la femme et la charge de l'hypothèque. La femme sera d'autant plus disposée à s'obliger ou à vendre ses biens qu'elle le pourra faire sans danger. Elle trouvera dans la rétroactivité de son hypothèque une complète garantie, les créanciers hypothécaires du mari, antérieurs à l'obligation ou à la vente, souffriront seuls.

Voilà les motifs qui ont déterminé le tribunalat à proposer la modification que nous avons indiquée et le conseil d'Etat à l'accepter.

1468. Mais il ne suffit pas d'avoir justifié la loi, il est nécessaire d'essayer d'en dégager un principe qui nous aidera à résoudre les nombreuses difficultés de la matière et à fixer le rang de l'hypothèque légale pour les créances que l'art. 2135 ne mentionne pas.

Or, à ce point de vue, l'art. 2135 semble susceptible de plusieurs interprétations différentes.

On peut admettre, en premier lieu, que la loi consacrait à l'origine un principe auquel il a été, sur la proposition du tribunalat, apporté quelques exceptions. Mais celles-ci doivent recevoir une interprétation limitative ; toutes les fois que la loi ne se sera pas expliquée, c'est au principe qu'il faudra avoir recours et le rang de l'hypothèque légale sera déterminé par la date de la célébration du mariage (⁹³¹).

Dans une deuxième théorie, au contraire, on considèrerait les diverses dispositions de l'art. 2135 comme des applications particulières d'un principe qui ne serait pas écrit dans la loi. On en rechercherait alors la formule soit dans les travaux préparatoires, soit dans une idée

générale dont le législateur aurait déduit les dispositions de notre article ⁹³².

Enfin, dans une dernière théorie, on considèrerait que le législateur n'a consacré et n'a entendu consacrer en notre matière aucune règle générale. Les diverses prescriptions de l'art. 2135 ne seraient donc que des prescriptions isolées ; il serait impossible de les rattacher à un principe dominant et, comme le législateur n'a pas déterminé le rang de toutes les créances de la femme contre son mari, nous serions obligés, pour suppléer à son silence, de procéder par voie d'analogie ⁹³³. Dans ses résultats, cette dernière théorie se rapproche beaucoup de celle que nous avons exposée en second lieu.

1469. La première opinion est séduisante. Pour la justifier on peut présenter l'argumentation suivante : Le projet primitif s'inspirant d'un principe analogue à celui qui a été admis pour l'hypothèque légale des mineurs et des interdits, assignait à l'hypothèque légale de la femme un rang unique pour toutes ses créances contre son mari : il la faisait dater du jour du mariage ⁹³⁴. Il est vrai que, dans la rédaction définitive adoptée par le conseil d'Etat, le mot reprises a été intercalé entre la dot et les conventions matrimoniales ⁹³⁵ et que ce même mot a disparu du texte de la loi, quand il a été remanié à la suite des observations du tribunal ; mais il n'a été expliqué, ni pourquoi on avait ajouté le mot reprises, ni pourquoi on l'avait supprimé, et cet incident semble par suite avoir assez peu d'importance. Il n'en reste toujours pas moins que, dans le projet primitif, dont la formule se trouve aujourd'hui littéralement reproduite par l'art. 2135-2° al. 1, les mots dot et conventions matrimoniales comprenaient toutes les créances garanties par l'hypothèque légale, et que par suite, pour toutes indistinctement, l'hypothèque légale datait du jour du mariage. Les mots étant restés, le principe qu'ils exprimaient a été aussi conservé. La règle

est donc, aujourd'hui encore, que l'hypothèque légale de la femme date du jour du mariage, et c'est cette règle qui devra être appliquée dans tous les cas pour lesquels le législateur n'y a pas fait exception.

Nous parlons de règle et d'exception.

L'al. 1^{er} de l'art. 2135-2° est bien conçu dans les termes généraux qui annoncent une règle : « L'hypothèque existe » indépendamment de toute inscription.... 2° Au profit des » femmes, pour raison de leurs dot et conventions matrimo-

» niales, sur les immeubles de leur mari, et à compter du » jour du mariage ». Nous disons que ce texte signifie, comme le projet dont il reproduit littéralement les termes, que l'hypothèque légale de la femme, pour toutes les créances auxquelles elle est attachée, et sauf les exceptions dont le législateur va parler, prend rang du jour du mariage. La plus importante de ces créances est désignée par le mot dot, les autres par l'expression conventions matrimoniales : et en effet, toutes les créances de la femme contre son mari ont en définitive leur source dans les conventions matrimoniales. Ce qui prouve bien que ce texte a toute la généralité que nous lui donnons, c'est que, s'il devait être entendu dans un sens restreint, il y aurait un certain nombre de créances de la femme, auxquelles la garantie de l'hypothèque légale est attachée, qui ne rentreraient pas dans ses prévisions, et toutes celles-là demeureraient soumises à la formalité de l'inscription. Car l'art. 2135 n'attache la dispense d'inscription qu'aux créances qu'il énumère ; et par conséquent, pour que toutes soient dispensées d'inscription, comme la raison l'exige et comme la doctrine l'enseigne, il faut nécessairement que toutes rentrent dans les prévisions de ce texte ; or pour cela il est nécessaire de considérer ledit art. 2135-2° al. 1 comme formulant une règle générale

applicable à toutes les créances de la femme indistinctement.

Nous avons donc dans l'art. 2135-2° al. 1 une règle générale applicable à toutes les créances de la femme garanties par l'hypothèque légale.

1470. Malgré la force de cette démonstration, on peut cependant douter que cette interprétation traduise exactement la volonté du législateur. Il est bien certain que, dans le projet de code, l'hypothèque garantissait à une date unique, celle de la célébration du mariage, toutes les créances de la femme quelle qu'en fût l'origine, à quelque époque qu'elles eussent pris naissance. Mais le tribunal critiqua cette disposition comme contraire à la raison et à la justice. Il fit des créances de la femme deux catégories, l'une comprenant les créances relatives à la dot ou résultant des conventions matrimoniales, l'autre comprenant tous les droits qui ont leur origine dans une manifestation ultérieure de volonté de la femme ou dans un événement postérieur nouveau venant s'imposer à sa volonté et la contraindre à donner un consentement qu'elle n'avait pas encore exprimé. Pour les premiers, il accepta le projet mais avec une restriction. Il est des biens qui, quoique faisant partie de la dot, n'adviennent à la femme qu'au cours du mariage par succession ou donation. Pour ceux-ci, la responsabilité du mari ne saurait précéder le moment où il est investi de leur administration. L'hypothèque légale ne datera pas du jour du mariage. Pour les autres, pour les indemnités dues à raison des obligations contractées par la femme ou de l'aliénation de ses propres, ou d'une expropriation pour cause d'utilité publique, il serait odieux que la rétroactivité de l'hypothèque vint enlever aux créanciers antérieurs du mari la garantie sous la foi de laquelle ils ont consenti à traiter. L'hypothèque ne datera que du jour de l'obligation, de l'aliénation ou de l'expropriation. Si tel est le sens de la loi (et cette interprétation semble bien conforme aux

travaux préparatoires que nous avons reproduits), l'art. 2135 n'édicte pas une règle générale à laquelle il apporte ensuite des exceptions : il prévoit des situations différentes et adapte à chacune d'elles une règle spéciale. On n'y rencontre pas le principe qu'on a cru y découvrir.

Cette théorie du reste conduit à des conséquences qui ne paraissent pas en harmonie avec la volonté du législateur. Bornons-nous à en signaler une seule dans l'impossibilité où nous sommes de les exposer toutes. On en conclut en effet que sous le régime dotal l'hypothèque garantit à la date du mariage les créances résultant de l'administration par le mari des biens paraphernaux de la femme, et cela dans tous les cas, qu'il en ait été investi par le contrat de mariage ou par un mandat postérieur ou même qu'il s'en soit emparé sans mandat. Or, dans ces dernières hypothèses, l'hypothèque légale, si elle prend rang du jour du mariage, aura une date antérieure à la naissance de la créance et même à l'administration confiée au mari ou prise par lui. Accepter cette solution n'est-ce pas se mettre en opposition avec les observations du tribunal que le conseil d'Etat a faites siennes en adoptant l'amendement proposé ? « L'administration du mari seule

» peut faire le fondement de l'hypothèque ». C'est pour ce motif que l'hypothèque légale à raison des successions échues à la femme ne date que du jour de leur ouverture. Il ne saurait en être autrement pour les biens paraphernaux. En ce qui les concerne, l'hypothèque ne saurait précéder le moment où a commencé le pouvoir d'administration du mari, et par suite sa responsabilité.

Cet exemple suffit pour montrer les dangers de cette première théorie. Nous ne voulons pas insister davantage.

1471. D'après une deuxième opinion, le point de départ adopté par le législateur et qui a servi de base aux décisions de l'art. 2135 consiste à assigner à l'hypothèque légale de la femme, pour chaque créance, la date du jour

où cette créance a pris naissance ; cette règle devra donc être appliquée dans tous les cas non prévus.

A l'appui de cette solution, on peut invoquer la disposition par laquelle l'art. 2135 fixe le rang de l'hypothèque pour l'indemnité des dettes contractées par la femme ou pour le remploi de ses propres aliénés à la date des obligations ou des aliénations. On dirait : C'est à cette époque que la femme devient créancière de son mari ; c'est à cette date que l'hypothèque prendra rang. C'est dans cette partie de l'art. 2135 que se trouve le principe qui domine toutes ses dispositions et ce principe doit servir à fixer le rang de l'hypothèque. On peut trouver aussi dans l'alinéa de l'art. 2135 relatif à la dot et aux conventions matrimoniales un argument en faveur de cette opinion. C'est par le contrat de mariage que la femme devient créancière de la restitution de sa dot et des conventions matrimoniales ; c'est du jour du mariage que datera l'hypothèque légale. De même, c'est du jour de l'ouverture des successions que la femme acquiert le droit d'exiger du mari la restitution des valeurs à elle attribuées. C'est de ce jour seulement que son hypothèque légale prendra rang. On parvient ainsi à synthétiser l'art. 2135 et à faire des diverses règles qu'il édicte l'application d'un principe unique.

1472. On conteste cependant que cette opinion soit l'expression fidèle de la pensée du législateur. L'art. 2135 paraît au contraire protester contre cette interprétation. Si le législateur avait eu la pensée qu'on lui prête, il aurait dû faire dater l'hypothèque légale pour raison de la dot, non du jour du mariage, mais du jour où le mari a reçu le paiement de la dot ; car c'est seulement à dater de ce paiement, qui peut survenir longtemps après la célébration du mariage, que le mari devient débiteur et par suite la femme créancière de la dot ; de même il aurait dû faire dater l'hypothèque légale pour raison des sommes dotales échues à la femme par succession, du jour où le mari a

touché ces sommes, et non du jour de l'ouverture des successions ; de même, il aurait dû faire dater l'hypothèque légale du jour où le mari a touché le prix d'aliénation des propres de la femme ou du jour où celle-ci a exécuté l'obligation par elle contractée et non du jour de l'aliénation ou du jour de l'obligation.

A cette objection on peut toutefois répondre. L'hypothèque légale ne garantit pas seulement les créances actuelles et déterminées de la femme, mais encore les créances indéterminées et même simplement éventuelles (art. 2153). Il suffit donc, pour que la créance existe et pour que l'hypothèque légale prenne naissance, que le droit de la femme soit en germe, alors même qu'il dépendrait d'éventualités futures et incertaines. L'action en restitution de la dot prend naissance au moment même de la célébration du mariage, bien qu'elle soit subordonnée à la réception ultérieure de cette dot ou à une faute du mari qui n'en aurait pas exigé le paiement. La créance de la femme existe en germe du moment où il ne dépend plus de sa volonté de devenir ou de ne pas devenir créancière de son mari. Du moment où le mari a un droit, où il peut exercer ce droit sans un consentement nouveau de la femme, et où cet exercice le constituera débiteur de celle-ci, la créance de la femme existe et sa date détermine le rang de l'hypothèque légale.

Ainsi présentée et expliquée, cette opinion est certainement satisfaisante et le principe qu'elle pose donne la solution des graves difficultés de la matière. Mais répond-elle bien à la pensée des rédacteurs du code ? C'est très douteux. Les observations du Tribunat n'indiquent pas la pensée de soumettre à une règle uniforme toutes les créances de la femme ; on distingue au contraire d'une part celles qui naissent dès la célébration du mariage et d'autre part celles qui sont la conséquence d'un acte ultérieur de la volonté de la femme. Pour les premières, l'hypothèque prendra rang en principe du jour de la célébration du

mariage, pour les secondes du jour où la femme aura par cette manifestation de sa volonté acquis une créance contre son mari. Dans le premier cas, l'hypothèque a pour fondement les pouvoirs d'administration dont le mari est investi ; dans le second, la créance que la femme vient d'acquérir et qui ne peut sans danger pour le crédit public être garantie par une hypothèque dont l'effet rétroagirait dans le passé au préjudice des autres créanciers hypothécaires du mari ou des tiers acquéreurs d'immeubles de celui-ci. Le tort de la formule que nous critiquons est de ne pas mettre assez en évidence les motifs et les termes de la distinction admise sur la proposition du tribunalat. C'est pourquoi il paraît préférable de ne pas l'adopter.

1473. Les mêmes motifs nous déterminent à ne pas accepter une troisième opinion qui fixe la date de l'hypothèque au jour où commence l'administration du mari. Elle s'inspire, il est vrai, des préoccupations qui agitaient le tribunalat, lorsqu'il a proposé de donner à l'hypothèque légale garantissant les successions la date de l'ouverture du droit. Mais la formule proposée nous paraît trop restrictive. L'hypothèque légale ne garantit pas seulement les créances nées de l'administration du mari et fondées sur sa responsabilité. Elle garantit toutes les créances que la femme peut avoir contre son mari quelle qu'en soit l'origine, ainsi que nous l'avons démontré (⁹³⁶). La formule proposée n'est donc pas assez générale, elle ne répond ni à la volonté du législateur, ni aux nécessités de la pratique. Elle donne naissance à de très graves difficultés, quand il s'agit de déterminer le moment précis où commence la responsabilité du mari. Peut-on dire, par exemple, que la responsabilité du mari commence avant l'échéance du terme d'exigibilité de la dot, et le rendre responsable d'une insolvabilité survenue subitement et sans que rien ne puisse la faire prévoir ? Enfin ces difficultés délicates sont une gêne et une entrave pour le

crédit foncier. Dans l'intérêt public, il faut que les tiers puissent apprécier avec sécurité les charges qui grèvent l'immeuble offert en garantie. L'opinion que nous discutons ne répond pas à ce besoin et il semble bien difficile de l'accueillir.

1474. Les considérations précédentes semblent conduire à une dernière opinion. Pour déterminer le rang de l'hypothèque légale dans tous les cas non prévus par la loi, il faudra procéder par voie d'analogie. Mais cette solution appelle les mêmes critiques que la solution précédente ; elle a l'inconvénient de laisser la porte ouverte à l'arbitraire des appréciations individuelles et par suite d'exposer les tiers à commettre des erreurs. Or, le fondement indispensable d'un bon régime hypothécaire ; c'est la sécurité du prêteur. Il faut qu'il connaisse aussi exactement que possible les charges grevant les immeubles qui lui sont offerts en garantie. L'interprétation analogique ne lui donne pas cette sécurité, dont il a besoin. Le rang de l'hypothèque demande à être précisé d'une manière plus certaine ; c'est ce qu'il semble possible de tenter après les développements dans lesquels nous sommes entrés.

Ajoutons aussi que l'interprétation analogique pourrait suffire si l'hypothèque légale ne garantissait, comme on l'enseigne, que les créances nées de l'administration du mari ; mais si elle est attachée, comme nous le pensons et comme nous espérons l'avoir démontré, à toutes les créances qui résultent au profit de la femme mariée de sa qualité de femme mariée, elle ne nous fournit pas le moyen de déterminer dans toutes les hypothèses le rang de l'hypothèque. Il faut nécessairement chercher un autre critérium plus compréhensif.

1475. Ce critérium dont nous poursuivons la recherche se dégage des observations du tribunal. Elles se concentrent sur deux points : 1° les obligations contractées et les aliénations consenties par la femme mariée ; 2° la dot et les conventions matrimoniales. Rappelons-en les termes.

1° En ce qui concerne les obligations et les aliénations, il serait injuste « qu'il y ait une hypothèque avant l'existence de

» l'acte qui forme l'origine de la créance » ; il serait odieux

« que la femme, en s'obligeant ou en vendant postérieure-

» ment, puisse primer des créanciers ou des acquéreurs qui

» ont contracté auparavant avec le mari. C'était là une source

» de fraudes qu'il est enfin temps de faire disparaître ».

2° En ce qui concerne la dot et les conventions matrimoniales, le tribunal présente l'observation suivante :

« Les

» sommes dotales ne doivent avoir d'hypothèque légale,

» lorsqu'elles proviennent de successions, que du jour de

» l'ouverture de ces successions ; car c'est seulement alors

» qu'il y a de la part du mari une administration qui seule

» peut faire le fondement de l'hypothèque ».

De ces observations se dégage une double pensée qui par suite est exclusive de l'idée d'un principe unique. Une distinction doit être faite et deux règles distinctes doivent être admises pour deux situations dissemblables. Il est des droits que la femme acquiert du jour de la célébration du mariage. Il est des droits qui naissent plus tard à la suite d'une nouvelle manifestation de sa volonté, que cette manifestation soit le résultat d'une libre détermination ou d'un acte étranger qui la lui impose.

Pour ces derniers l'hypothèque légale ne prendra rang qu'à la date de la naissance du droit, de la créance. La règle contraire serait injuste ; car l'hypothèque est l'accessoire d'une créance ; elle ne saurait donc préexister ; il lui faut un support sur lequel elle s'appuie. Mais cette créance n'a pas besoin d'être une créance actuelle ; elle peut être simplement éventuelle. Cela suffit pour porter l'hypothèque. La femme qui s'oblige

solidairement avec son mari ou qui le cautionne ne sait pas si elle sera obligée de payer ; le créancier peut s'adresser au mari et être par lui désintéressé. Dans ce cas, la femme n'aura pas de créance ; elle n'a pas besoin d'hypothèque. Mais le créancier peut aussi poursuivre la femme, elle peut être contrainte d'exécuter l'obligation ; elle aura alors un recours. Du jour où elle s'oblige, elle acquiert donc une créance éventuelle contre son mari pour le cas où elle serait obligée de payer ; cette créance éventuelle sera garantie par une hypothèque qui prendra rang du jour où l'obligation a été contractée. Jusqu'au moment où il dépend de la volonté de la femme de devenir, en s'engageant, créancière de son mari, elle n'a pas d'hypothèque ; mais du jour où le tiers a le droit de la poursuivre sauf son recours, la femme a acquis une créance éventuelle ; l'hypothèque qui garantit ce recours prend rang à la même date. La loi applique la même règle aux aliénations de propres. Elle se justifie de la même manière. Supposons, pour prévenir des difficultés que nous aurons à examiner, que les époux soient mariés sous le régime de la communauté. La femme vend un de ses propres. Devient-elle immédiatement créancière de son mari ? Non, car il pourra se libérer à la dissolution de la communauté en lui restituant la créance contre l'acquéreur. Mais, en vertu des pouvoirs qui lui appartiennent, il acquiert le droit de toucher le prix sans le concours de la femme et si cette éventualité se réalise, celle-ci n'aura qu'une créance contre son mari. Elle devient donc actuellement créancière éventuelle de son mari ; cette créance éventuelle est garantie par l'hypothèque légale ; cette hypothèque prend rang du jour de l'aliénation.

Cette solution basée sur la justice, sur la volonté ferme de prévenir les fraudes et de sauvegarder les droits des autres créanciers hypothécaires du mari ou des tiers acquéreurs de ses immeubles doit être généralisée. Elle s'appliquera par identité de motifs, par analogie dans tous

les cas où la créance de la femme naîtra postérieurement au mariage par un acte de sa volonté.

Au contraire, en ce qui concerne les droits que la femme acquiert contre son mari au moment de la célébration du mariage et qui sont relatifs à la dot et aux conventions matrimoniales, l'hypothèque prendra rang en principe du jour de la célébration du mariage. Toutefois, pour les sommes dotales qui proviennent de successions échues et de donations faites pendant le mariage, elle ne datera que de l'ouverture des successions ou du jour où les donations auront eu leur effet, « car c'est seulement alors qu'il y a de la part du mari

» une administration qui seule peut faire le fondement de l'hypothèque ». Il résulte de là que pour les créances de la femme qui sont relatives à la dot, qui ont leur origine dans les pouvoirs dont le mari est investi ou leur cause dans les conventions matrimoniales, l'hypothèque date en principe du jour de la célébration du mariage. C'est une règle générale que la loi consacre, comme le décide, avec raison dans cette mesure mais dans cette mesure seulement, le premier système. Alors la créance de la femme naît éventuellement au moins au moment de cette célébration ; à ce moment commence aussi la responsabilité du mari ; à cette date doit, par analogie s'il en est besoin, exister l'hypothèque légale.

On est ainsi conduit à déduire de l'art. 2135 une double règle. L'hypothèque légale date :

1° Du jour du mariage pour la dot et les conventions matrimoniales, sauf l'exception relative aux successions et donations ;

2° Du jour des obligations ou des ventes pour l'indemnité des dettes par elle contractées ou pour le remploi de ses propres aliénés ou, d'une manière plus générale, du jour de la naissance de la créance, lorsque le droit de la femme est né depuis le mariage par une manifestation nouvelle de sa volonté, qu'elle ait librement consenti ou qu'un acte

souverain ou émané d'un tiers lui ait imposé sa détermination, comme dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique.

Cette solution sauvegarde autant qu'il est possible l'intérêt des tiers. Ceux qui traitent avec le mari sont à l'abri de tout danger que pourrait faire naître la mauvaise foi des époux ; ils n'ont rien à craindre des conventions ultérieures qui donneraient naissance à un droit de créance au profit de la femme. S'agit-il de créanciers hypothécaires, ils n'ont pas à redouter de ce chef l'exercice de l'hypothèque légale ; s'agit-il d'un tiers acquéreur, il n'a pas à craindre de se voir poursuivi par l'action hypothécaire. Ils peuvent traiter en pleine sécurité.

Ils ne peuvent avoir qu'une préoccupation, celle de l'exercice de l'hypothèque à raison de la dot et des conventions matrimoniales. Il leur appartient d'apprécier l'étendue des obligations dont le mari peut être tenu de ce chef. La loi leur fournit des bases précises pour cette appréciation ; elle les met à l'abri des éventualités les plus redoutables de l'avenir. La dot peut s'accroître par succession ou donation ; la créance de la femme deviendra plus considérable ; les tiers sont protégés contre ce danger ; de ce chef, l'hypothèque légale ne pourra être opposée ni aux créanciers hypothécaires du mari, ni aux acquéreurs si leur hypothèque a été inscrite, leur titre d'acquisition transcrit avant l'ouverture de la succession ou le moment auquel la donation a eu son effet.

Nous donnons ainsi satisfaction aux observations du tribunal et aux besoins du crédit public ⁹³⁷.

Nous abordons maintenant les applications que la loi a faites de ces règles et l'étude des difficultés qu'elles soulèvent.

1476. L'art. 2135 nous parle tout d'abord de la dot et des conventions matrimoniales. La dot est tout ce que la femme

apporte à son mari pour l'aider à supporter les charges du mariage.

Sous tous les régimes matrimoniaux, la femme peut avoir contre son mari une action en restitution de la dot.

Cette éventualité se présente sans difficulté pour la dot constituée en argent, lorsque les époux ont adopté le régime dotal ou le régime sans communauté ; elle peut également se réaliser sous le régime de la communauté légale, si la femme s'est réservé cette somme à titre de propre ou si des donations de cette nature lui ont été faites sous la condition que ces sommes ne tomberaient pas en communauté. Il n'y a pas lieu de tenir compte de l'époque du paiement réel ou de l'exigibilité de la dot ; alors même que ces événements ne se produiraient qu'après la célébration du mariage, l'hypothèque prendrait rang néanmoins de la date de cette célébration ⁹³⁸. La créance de la femme contre son mari n'est alors qu'éventuelle et subordonnée à cette condition : si le mari reçoit la dot. Cela suffit, il ne dépend pas d'une nouvelle manifestation de volonté de la femme de devenir créancière de son mari. Le rang de l'hypothèque se trouve ainsi déterminé.

Cette règle s'applique aussi aux autres meubles corporels ; cependant des distinctions s'imposent, il est nécessaire de les indiquer.

Les meubles corporels réservés comme propres peuvent constituer des propres parfaits ou des propres imparfaits.

Dans ce dernier cas, le mari acquiert le droit d'en disposer ; il est seulement tenu de rendre à la cessation de sa jouissance une égale quantité de choses de même qualité ou leur estimation. La créance de la femme est garantie par l'hypothèque légale dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'une dot en argent.

Lorsque ces meubles corporels sont des propres parfaits, la même solution doit être admise. Elle est incontestable pour ceux qui décident avec la jurisprudence que le mari a,

en sa qualité d'administrateur, la faculté de les aliéner seul et sans le concours de la femme. Il ne dépend plus de la volonté de celle-ci de devenir ou de ne pas devenir créancière ; il est juste que l'hypothèque date de la célébration du mariage. Il devrait, semble-t-il, en être autrement dans la théorie qui exige le consentement de la femme pour la validité de l'aliénation des propres mobiliers parfaits. En droit, cette hypothèse présente la plus grande analogie avec celle de l'aliénation des propres immobiliers, qui ne peut aussi avoir lieu sans le consentement de la femme. Or, dans ce cas, l'hypothèque ne prend rang que de la date de l'aliénation. Ne doit-il pas en être de même dans notre hypothèse ? Nous ne le pensons pas, car il s'agit de meubles corporels ; la tradition faite par le mari seul suffit pour enlever à la femme son action en revendication, si le possesseur a reçu la chose de bonne foi (art. 2279). La femme est donc exposée à perdre son droit de propriété sans aucune manifestation de sa volonté ; il ne dépend plus d'elle de devenir ou de ne pas devenir créancière de son mari et cette situation naît avec le mariage ; elle est la conséquence de la constitution de dot. L'hypothèque prendra rang à cette date ⁹³⁹.

Les meubles incorporels ne sont pas régis par l'art. 2279, à l'exception toutefois des titres au porteur. Si l'on décide que le mari ne peut pas les aliéner en sa qualité d'administrateur, que le consentement de la femme est nécessaire pour la validité de l'opération, la situation est la même que pour les propres immobiliers et la même règle devrait être suivie. Mais il en sera autrement, si on reconnaît au mari le droit d'en disposer seul ⁹⁴⁰.

Pour les immeubles propres, le droit de propriété de la femme est sauvegardé par les principes généraux ; l'aliénation n'en peut avoir lieu sans son consentement. Par conséquent, elle ne peut devenir de ce chef créancière qu'en vertu d'une manifestation nouvelle de sa volonté ;

nous savons qu'en conséquence l'hypothèque pour le remploi du prix des propres aliénés prend rang seulement à la date des aliénations.

Le mari devient dans la plupart des régimes l'administrateur des biens de sa femme, ce pouvoir naît dès l'instant de la célébration du mariage ; les fautes qu'il peut commettre en l'exerçant engagent sa responsabilité ; l'action en indemnité, qui existe alors au profit de la femme, naît sans manifestation de volonté de celle-ci, par le fait du mari seul ; l'hypothèque légale qui la garantit date du jour du mariage quand il s'agit de biens qui appartenaient à cette époque à la femme. Il serait peut-être même plus exact de les faire rentrer dans les conventions matrimoniales dont nous allons parler.

Si la maison propre à la femme est détruite par un incendie, on décide sous les régimes de communauté que l'indemnité due par l'assureur reste propre à la femme et la même règle devrait être suivie lorsque les époux ont stipulé le régime sans communauté ou, lorsque mariés sous le régime dotal, la maison était comprise dans la constitution de dot. Le mari a le droit, en sa qualité d'administrateur, de toucher le montant de cette indemnité qu'il devra plus tard restituer à la femme. La créance de celle-ci est garantie par l'hypothèque légale et cette hypothèque prend rang du jour de la célébration du mariage. La créance de la femme naît sans, nouvelle manifestation de sa volonté.

1477. L'art. 2135 applique la même règle aux conventions matrimoniales. Sous cette dénomination, il faut comprendre les créances qui résultent au profit de la femme des stipulations du contrat de mariage et qui n'ont pas pour origine des faits postérieurs impliquant un consentement nouveau. Par ces expressions notre texte entend désigner, suivant l'opinion générale, non seulement les divers avantages matrimoniaux qui résultent pour la femme des stipulations de son contrat de mariage (conventions matrimoniales expresses), mais aussi ceux qui

résultent des seules dispositions de la loi, auxquelles les parties sont censées s'être référées par cela même qu'elles n'y ont pas dérogé (conventions matrimoniales tacites).

Les gains de survie sont donc garantis par une hypothèque légale datant de la célébration du mariage, il en serait ainsi notamment du préciput s'il avait été stipulé même en cas de renonciation à la communauté.

Nous n'avons pas prévu, dans les lignes qui précèdent, le cas où les époux ont adopté le régime de la séparation de biens ainsi que le cas où la femme mariée sous le régime dotal possède des biens paraphernaux ; il s'élève alors des difficultés particulières que le texte n'a pas résolues. Nous croyons préférable d'examiner d'abord les hypothèses prévues par la loi ; nous pourrions ensuite plus facilement appliquer la règle aux cas qu'elle n'a pas réglés.

1478. L'hypothèque pour raison de la dot et des conventions matrimoniales prend rang, en principe et sauf l'exception relative aux successions et aux donations, du jour de la célébration du mariage.

Le code a rompu sur ce point, ainsi que nous l'avons déjà vu, avec les traditions de notre ancienne jurisprudence. L'hypothèque légale y prenait rang du jour du contrat de mariage s'il était constaté par acte passé devant notaires, et dans le cas contraire du jour de la célébration du mariage. Cette règle y était la conséquence du principe qui accordait une hypothèque générale pour assurer l'exécution des obligations constatées par acte notarié, elle devait disparaître avec lui. C'est pourquoi l'hypothèque légale prend rang de ce chef à la date de la célébration du mariage.

Cependant les textes n'ont pas toute la netteté désirable. En effet, tandis que l'art. 2135-2° fait dater l'hypothèque ont il s'agit du jour du mariage, l'art. 2194 semble dire qu'elle prend rang du jour du contrat de mariage : expression qui désigne généralement le contrat notarié relatif aux biens, contrat qui précède nécessairement le

mariage (art. 1394) et peut quelquefois le précéder de longtemps. On a voulu en conclure que l'art. 2194 déroge à l'art. 2135 pour le cas où il a été dressé un contrat de mariage et que l'hypothèque légale date alors du jour de ce contrat.

Mais il est loin d'être certain que l'art. 2194 soit en antinomie avec l'art. 2135-2°. Le législateur a très bien pu employer l'expression contrat de mariage pour désigner le contrat relatif à l'union des personnes, c'est-à-dire le mariage, bien que ce ne soit pas là son sens usuel.

En supposant même qu'il y eût, comme on l'a prétendu, antinomie entre ces deux dispositions, c'est à la solution donnée par l'art. 2135 qu'il faudrait s'en tenir. En effet ce texte, qui a été écrit tout exprès pour déterminer le rang de l'hypothèque légale de la femme mariée, doit prévaloir à ce titre sur l'art. 2194, qui ne touche cette question que tout à fait incidemment sans se proposer de la résoudre, et dans lequel par suite le rédacteur a pu ne pas peser avec rigueur ses expressions sur un point de détail qui n'attirait pas particulièrement son attention.

La solution contraire serait illogique sous l'empire d'une législation qui, à la différence de notre ancienne jurisprudence, n'accorde pas la garantie d'une hypothèque générale à tout créancier dont le droit est constaté par un acte notarié.

Enfin elle serait inconciliable avec le principe de la publicité des hypothèques. On conçoit, à la rigueur, que le législateur n'ait pas subordonné à la condition d'une inscription l'efficacité de l'hypothèque légale. La publicité qui entoure la célébration du mariage a pu lui paraître suffisante pour le porter à la connaissance des tiers. Mais il en est tout autrement du contrat de mariage. Aucune publicité ne l'accompagne. Faire rétroagir à sa date l'hypothèque légale, alors qu'il peut avoir précédé de plusieurs mois et peut-être d'un temps plus long la célébration du mariage, ce serait compromettre l'intérêt

des tiers et par suite le crédit public ; ce serait, contrairement à la pensée qui a inspiré les rédacteurs du code, blesser la justice et faciliter les fraudes ⁹⁴¹.

1479. A la règle que nous venons de développer, l'art. 2135 apporte une exception ; elle est relative aux sommes dotales provenant des successions échues ou des donations faites à la femme. L'hypothèque qui en garantit la restitution ne date que du jour de l'ouverture des successions ou du jour où les donations ont eu leur effet.

Ces valeurs font partie de la dot. La créance de la femme devrait donc être garantie par une hypothèque dont l'effet rétroagirait au jour de la célébration du mariage. Cette solution semble d'autant plus juste à certains auteurs qu'il n'y a pas à craindre les fraudes si redoutées par le tribunal en matière d'obligations et d'aliénations ⁹⁴².

Rapprocher ces solutions, c'est confondre deux idées que le tribunal a distinguées avec soin et qui l'ont déterminé à substituer à la règle unique consacrée par le projet deux règles différentes pour des hypothèses dissemblables. Il est des cas dans lesquels la femme devient, au cours du mariage, créancière de son mari en vertu d'une manifestation nouvelle de sa volonté ; il en est ainsi notamment lorsqu'elle s'oblige conjointement avec son mari ou lorsqu'elle consent à l'aliénation de ses propres. L'hypothèque qui garantit sa créance ne datera que du jour de l'obligation ou de l'aliénation. Il est des cas où la créance de la femme trouve sa cause dans les pouvoirs dont le mari est investi par le seul fait de la célébration du mariage, en vertu du régime matrimonial. Il en est ainsi notamment pour la dot ; l'hypothèque prend rang alors du jour de la célébration du mariage. Or, les sommes dotales provenant de successions ou de donations font partie de la dot ; les pouvoirs dont le mari est investi sur ces valeurs ont été établis par le contrat de mariage ; c'est dans cet acte et non dans une manifestation postérieure de la

volonté de la femme que la créance de celle-ci trouve son origine. La logique voudrait donc que son hypothèque prit rang du jour de la célébration du mariage.

Le projet de code acceptait cette solution ; mais le texte définitif a décidé qu'il en serait autrement ; le conseil d'Etat a accepté sur ce point les propositions du tribunal. Quel en est le motif ? Pour justifier cette exception au principe, le tribunal invoque une seule considération : l'hypothèque a pour fondement l'administration du mari ; or cette administration pour les biens qui adviennent à la femme par succession ou donation ne peut pas commencer avant l'ouverture de la succession, avant que la donation n'ait eu son effet. Donc l'hypothèque aura la même date. Cet argument ne nous satisfait pas parce qu'il prouve trop. Il conduirait notamment à dire que l'hypothèque garantissant la restitution d'une dot payable à terme ne devrait dater que du jour de l'échéance du terme. Nous avons vu qu'il en est autrement. L'hypothèque légale garantit les créances éventuelles aussi bien que les créances actuelles ; or la créance de la femme a son origine dans les clauses du contrat de mariage aussi bien que les pouvoirs d'administration du mari. Logiquement, l'hypothèque devrait avoir la même date.

Nous croyons cependant que la disposition de notre code peut se justifier ; nous l'approuvons même complètement. Sous l'argumentation du tribunal, nous apercevons d'autres raisons de décider ; elles nous paraissent absolument déterminantes. La publicité des hypothèques a été édictée dans l'intérêt des tiers, pour porter à leur connaissance les charges grevant les immeubles sur lesquels ils veulent acquérir des droits. L'hypothèque légale de la femme mariée est dispensée de publicité ; mais, à moins de sacrifier l'intérêt du mari, encore faut-il que les tiers puissent apprécier les charges créées par l'hypothèque. Or si la lecture du contrat de mariage leur permet d'évaluer la créance que la femme pourra avoir à

exercer contre son mari à raison de sa dot, il leur est impossible d'apprécier, même approximativement, la valeur des successions qu'elle sera appelée à recueillir, des donations qui lui seront faites. Autoriser la femme à exercer de ce chef une hypothèque rétroagissant au jour de la célébration du mariage, ce serait exposer les tiers aux surprises les plus inattendues ou compromettre de la manière la plus grave le crédit du mari. Le législateur a voulu prévenir ce double danger. Il a peut-être aussi redouté que l'exagération de l'hypothèque légale n'eût pour résultat de restreindre le nombre des mariages. En conséquence il fixe la date de l'hypothèque de telle sorte que les tiers n'aient rien à craindre des successions ou des donations qui adviendront à la femme, et ce faisant il ménage le crédit du mari. Enfin il sauvegarde les intérêts de la femme en lui accordant hypothèque du jour où elle acquiert les biens et en même temps une créance, peut-être simplement éventuelle contre son mari.

1480. Quelle est cette date ?

Une succession échoit à une femme mariée, et cette succession, nous le supposons, fait partie de sa dot, c'est-à-dire des biens soumis au droit de jouissance du mari et dont la femme a le droit d'exercer la reprise : ce qui arrivera par exemple pour une succession échue à une femme mariée sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. Si parmi les biens de cette succession il y en a qui se consomment par le premier usage, par exemple des sommes d'argent ou des denrées, le mari, en vertu de son droit d'usufruit, en deviendra propriétaire et sera débiteur envers la femme, pour l'époque où doit avoir lieu la restitution de sa dot, de sommes ou de valeurs équivalentes. L'hypothèque légale qui garantit le paiement de ces sommes dotales prendra rang du jour de l'ouverture de la succession 943.

Peu importe que le mari n'ait pas reçu immédiatement les dites sommes ou effets ; car il en est devenu responsable envers sa femme dès le jour de l'ouverture de la succession.

Quant aux immeubles de la succession dont la femme demeure ordinairement propriétaire, il n'y aurait plus lieu d'appliquer la disposition qui nous occupe, en ce qui concerne le rang de l'hypothèque légale ; la femme est ici sauvegardée par son droit de propriété. Si elle consent à l'aliénation desdits biens, son hypothèque légale pour la récompense du prix touché par le mari ne datera que de l'aliénation.

En ce qui concerne les immeubles, nous rappellerons une observation que nous avons déjà faite. Le mari en est l'administrateur ; les fautes par lui commises engagent sa responsabilité ; la créance d'indemnité qui appartient à la femme datera du jour de l'ouverture de la succession.

La jurisprudence a fait une très exacte application de ces principes à une hypothèse que nous avons prévue en parlant de la dot. Parmi les immeubles héréditaires dont la femme acquiert la propriété se trouve une maison. Elle est détruite par un incendie. Le mari touche l'indemnité due par la compagnie d'assurances, mais il en est comptable envers sa femme. La créance de celle-ci est garantie par l'hypothèque légale ; cette hypothèque prendra rang du jour de l'ouverture de la succession ⁹⁴⁴.

1481. Pour les sommes dotales échues à la femme à titre de donation, l'hypothèque légale qui en assure la restitution prend rang, dit la loi, à compter du jour que les donations ont eu leur effet ; par conséquent aussitôt que le contrat est devenu parfait, si la donation est pure et simple ou à terme, et à partir de la réalisation de la condition si elle est conditionnelle.

On a cependant prétendu faire remonter l'hypothèque légale à la date de l'acceptation, même dans cette dernière

hypothèse ⁹⁴⁵. On a dit que le germe du droit existe dès le moment de l'acte et que l'accomplissement de la condition le fait rétroagir à la même date. Ne peut-on pas signaler une véritable confusion dans cette argumentation ? Le droit de la femme existe bien en germe dès l'instant de l'acceptation. Mais c'est contre le donateur qu'il existe ; il n'existe pas encore contre le mari ; c'est seulement au moment de l'accomplissement de la condition que commencera pour celui-ci le pouvoir d'administration, seul fondement de l'hypothèque et, partant, n'est-ce pas de ce moment seulement que date l'hypothèque ⁹⁴⁶ ? Cette solution cependant nous laisse des doutes. Le créancier conditionnel acquiert, par le fait seul de la convention, un droit et il a la faculté de prendre, pendente conditione, toutes les mesures propres à le conserver (art. 1180). par le mari, en sa qualité d'administrateur des biens de la femme, n'est-il pas tenu d'accomplir tous les actes conservatoires de ses droits ? Sa négligence n'engage-t-elle pas sa responsabilité ? Cette responsabilité n'est-elle pas une base suffisante pour l'hypothèque ? Ne faut-il pas conclure qu'elle date du jour de l'acceptation même dans le cas de donation conditionnelle ? Seulement cette hypothèque garantira moins la restitution des sommes dotales que la conservation du droit de la femme jusqu'à l'accomplissement de la condition ⁹⁴⁷.

1482. Le caractère particulier de la donation de biens à tenir ne permet guère de lui appliquer la même règle. Le donataire acquiert un droit éventuel de succession ; d'un autre côté, il est même douteux qu'il ait le droit de prendre les mesures conservatoires de son droit ⁹⁴⁸. Nous ne pouvons entrer dans l'examen de cette difficulté. Si l'on refuse au donataire de biens à venir le droit de prendre du vivant du donateur des mesures conservatoires, l'hypothèque légale ne peut dater, pour les donations de biens à venir faites par un tiers à la femme dans son

contrat de mariage, que du jour du décès du donateur. C'est un droit héréditaire qui a fait l'objet de la donation ; c'est au jour du décès et sans rétroactivité que s'opère la transmission de la propriété ; c'est à cette date que le mari acquiert sur les biens le pouvoir d'administration, fondement de l'hypothèque ; c'est par cette date que se déterminera le rang de cette hypothèque. Si au contraire on reconnaît au donataire de biens à venir le droit de prendre des mesures conservatoires, le mari administrateur du patrimoine de la femme sera tenu d'y pourvoir ; l'action en responsabilité, qui serait la sanction de sa négligence, bénéficierait de l'hypothèque légale à la date de la perfection de la donation. Mais cette hypothèque ne garantirait que le montant des dommages-intérêts alloués à la femme ; elle ne garantirait le capital des sommes recueillies au décès du donateur qu'à la date de ce décès.

La jurisprudence a eu l'occasion d'appliquer ces principes dans des circonstances délicates. Une donation avait été faite par un tiers à une femme dans son contrat de mariage d'une somme à prendre sur les deniers les plus clairs et les plus apparents de sa succession. Le droit de la femme ne devait donc s'exercer qu'au décès du donateur, mais celui-ci versa de son vivant cette somme entre les mains du mari. La femme acquérait ainsi une créance contre son mari. Cette créance était garantie par l'hypothèque légale. La cour de cassation a décidé qu'elle prenait rang du jour du paiement reçu par le mari ⁹⁴⁹. Cette solution est grave, car le paiement a été effectué contrairement aux clauses du contrat de mariage et sans que les tiers aient pu être avertis de la nouvelle charge qui pesait sur les biens du mari. La question se rattache ainsi à la théorie de l'immutabilité des conventions matrimoniales, quoi qu'en dise l'arrêt de la cour suprême. Nous n'avons pas à la discuter.

1483. Avec les obligations contractées par la femme conjointement ou solidairement avec son mari, nous arrivons au second terme de la distinction faite par les auteurs du code, aux créances qui doivent leur naissance à une manifestation nouvelle de la volonté de la femme.

L'hypothèque légale, qui garantit alors le paiement de l'indemnité à laquelle la femme a droit, prend rang à dater du jour de l'obligation. C'est du jour de l'obligation que la femme est tenue. Si le tiers la poursuit, elle a un recours contre son mari. L'existence de ce recours ne dépend plus de sa volonté, mais de l'exercice que le tiers fera de son droit. Le rang de l'hypothèque se trouve ainsi déterminé. Admettre la rétroactivité à une époque antérieure serait faciliter les fraudes que les rédacteurs du code ont voulu prévenir, que nous avons déjà signalées et sur lesquelles nous allons revenir.

Il en serait de même dans le cas où la femme aurait cautionné une dette de son mari.

1484. L'application de cette règle est sans difficulté, si l'obligation est constatée par un acte authentique ; il fait foi de sa date à l'égard de tous, même à l'égard des créanciers du mari. Le rang de l'hypothèque se trouve ainsi déterminé. Mais si l'obligation est constatée par un acte sous seing privé, l'hypothèque ne prendra rang qu'à compter du jour où cet acte aura acquis date certaine. En effet, ceux auxquels la femme oppose son hypothèque légale sont des tiers ; ils peuvent donc, aux termes de l'art. 1328, contester la date de l'acte qui constate l'obligation et détermine par suite le rang de l'hypothèque, si cette date n'est pas devenue certaine par l'un des modes indiqués en l'art. 1328. La solution contraire, adoptée par quelques auteurs, favorise une fraude bien facile à commettre pour les époux et qui consiste à antidater l'acte constatant l'obligation pour donner à la femme un rang d'hypothèque plus avantageux ⁹⁵⁰ :

On objecte cependant le silence de l'art. 2135 sur ce point. On dit que, d'après le projet primitif, l'hypothèque datait dans tous les cas du jour de la célébration du mariage, que l'abandon de cette disposition a été une concession et qu'elle n'a pas été très large. On ajoute que le législateur a voulu dispenser la femme de toute formalité et qu'il serait illogique de lui imposer l'enregistrement de l'obligation pour donner date certaine à l'acte sous seing privé qui la constate.

Nous ne pouvons cependant accepter cette opinion. Aucune induction ne peut être tirée du silence de l'art. 2135. Il en résulte bien que la preuve du droit de la femme et de la date à laquelle il est né reste régie par les principes généraux, mais nous ne voyons aucun motif pour en déduire une dérogation aux principes généraux écrits dans l'art. 1328. Qu'importe après cela que dans le système du projet l'hypothèque légale eût une date unique ; cette théorie a été abandonnée et on l'a remplacée par une double règle, l'une relative aux créances nées du contrat de mariage, l'autre relative aux droits que la femme peut acquérir contre son mari par l'effet d'une manifestation ultérieure de sa volonté. Le législateur a bien dispensé la femme de la formalité de l'inscription, même dans cette seconde hypothèse. Mais c'est le seul bénéfice que la loi lui accorde ; lui concéder une nouvelle faveur, décider que l'acte sous seing privé qui constate son engagement fera par lui seul foi de sa date à l'égard des autres créanciers, même hypothécaires, du mari, c'est outrepasser les termes de la loi et ajouter une nouvelle faveur à celle qui lui est déjà faite. C'est d'autant moins admissible qu'on facilite ainsi les fraudes et que le législateur a voulu les prévenir.

Cependant si ces créances de la femme avaient été admises au passif de la faillite de ce dernier, les créanciers chirographaires du mari ne pourraient pas contester à la femme le droit d'exercer son hypothèque légale, parce que l'acte sous seing privé qui les constate n'aurait pas acquis

date certaine par l'une des circonstances indiquées dans l'art. 1328. Il serait en effet établi à leur encontre que ces créances étaient antérieures à l'ouverture de la faillite ⁹⁵¹.

1485. Enfin la loi prévoit le cas où des propres de la femme ont été aliénés à titre onéreux pendant le mariage ou même à titre gratuit, mais dans un cas où il y a lieu à récompense. Cette aliénation ne peut régulièrement être faite que du consentement de la femme. C'est pourquoi l'art. 2135 décide que l'hypothèque légale qui garantit ce remploi ne prend rang que du jour de la vente. Il s'agit du remploi légal, autrement dit de la récompense ou indemnité due à la femme pour le prix de ses propres aliénés. La loi veut dire que l'hypothèque légale, qui garantit au profit de la femme la reprise du prix de ses propres aliénés, ne prend rang qu'à compter de la vente.

La loi ne tient pas compte de l'époque à laquelle le mari aurait touché le prix. Ce n'est pas en effet par le paiement seulement que la femme devient créancière de son mari. Dès le jour où elle consent à l'aliénation de son propre, elle acquiert une créance éventuelle contre son mari ; celui-ci a, en sa qualité d'administrateur et en vertu des pouvoirs qu'elle lui confère, le droit de recevoir le paiement des sommes dues ; il ne dépend plus de la volonté de la femme de devenir ou de ne pas devenir créancière de son mari ; sa créance est née, éventuellement au moins, par le fait seul de l'aliénation. Son hypothèque légale prend rang à la même date.

1486. Une difficulté particulière. se présente lorsque la vente a été consentie par le mari seul et que la femme ratifie ultérieurement l'opération. De quelle époque datera l'hypothèque légale, du jour de la vente ou du jour de la ratification ? La question peut être fort intéressante si, dans l'intervalle des deux actes, le mari a constitué des hypothèques sur ses immeubles. Nous pensons que l'hypothèque légale de la femme ne datera que du jour de

la ratification. En effet, l'art. 2135 décide que l'hypothèque légale pour le remploi des propres aliénés ne prend rang que du jour de la vente. Or jusqu'à la ratification il n'y a pas vente. La vente en effet est un contrat qui par sa nature transfère la propriété. Cette translation de propriété s'opère par le consentement du vendeur et de l'acheteur : Il faut donc que le propriétaire ait concouru à la convention ou y ait été représenté. Par conséquent l'acte émané du mari seul n'a pas pu enlever à la femme le droit de propriété qui lui appartenait et en investir l'acheteur. La vente n'est pas parfaite, pour employer les expressions de l'art. 1583 ; la femme peut refuser son approbation et empêcher par sa seule volonté sa créance de remploi de prendre naissance. Donc l'hypothèque n'existe pas encore ; elle n'apparaîtra que le jour où la femme, ayant transmis son droit de propriété, deviendra créancière du réemploi contre son mari, c'est-à-dire du jour de la ratification.

On peut cependant objecter que la ratification équivaut à mandat, *Ratihabitio mandato æquiparatur*, que la femme est censée avoir été partie à l'acte de vente et que par suite la date de son hypothèque se trouve ainsi déterminée ⁹⁵².

Une pareille solution serait en opposition avec les principes généraux et avec la volonté certaine des auteurs de l'art. 2135. Si, en règle générale, la ratification rétroagit, c'est sous la réserve des droits acquis à des tiers ; la ratification de la femme ne doit donc pas avoir pour résultat d'enlever à des créanciers hypothécaires le rang qu'ils ont acquis. D'un autre côté, les rédacteurs du code n'ont pas voulu reconnaître à la femme le droit d'acquérir par sa volonté une hypothèque, dont la rétroactivité enlèverait aux créanciers du mari la garantie sous la foi de laquelle ils ont traité. C'est pourquoi nous croyons que l'hypothèque ne date alors que du jour de la ratification ⁹⁵³

1487. Il y a lieu du reste de faire application des principes que nous avons déjà exposés en parlant des obligations contractées par la femme conjointement ou solidairement avec son mari. La date de l'hypothèque est déterminée par la date de l'acte authentique qui constate la vente ; si la vente est constatée par un acte sous seing privé, l'hypothèque légale de la femme ne prendra rang que du jour où cet acte aura acquis date certaine. En effet, ceux contre lesquels la femme se prévaut de son hypothèque légale sont des tiers, et ils peuvent invoquer l'art. 1328.

Mais il n'est pas nécessaire que les quittances du mari, constatant le paiement du prix aient également reçu date certaine. En effet, la femme justifiant que son propre a été aliéné à telle date, elle a droit, ou à la créance du prix s'il n'a pas été touché, ou à la récompense de ce prix avec hypothèque légale à dater du jour de l'aliénation ⁹⁵⁴.

1488. Si l'interprétation que nous avons proposée de l'art. 2135 est exacte, si elle n'est que la traduction fidèle de la volonté du législateur, il nous sera facile de déterminer le rang de l'hypothèque qui appartient à la femme mariée sous le régime dotal pour obtenir la restitution du prix de ses immeubles dotaux aliénés pendant le mariage. Elle datera en principe du jour de l'aliénation.

En effet cette créance est née depuis la célébration du mariage par l'effet d'une manifestation nouvelle de la volonté de la femme. Celle-ci pouvait par sa seule volonté l'empêcher de naître. Si elle est devenue créancière de son mari, c'est qu'elle l'a voulu. D'après le contrat de mariage, elle avait droit à la restitution en nature de ses immeubles dotaux, dont l'inaliénabilité assurait la conservation. Si son droit se transforme en une créance de somme d'argent, c'est parce qu'elle l'a voulu et qu'elle a consenti à l'aliénation. Donc sa créance résulte non du contrat de

mariage mais d'une manifestation postérieure de sa volonté ; elle ne prend naissance qu'au moment où se produit cette manifestation et l'hypothèque, qui ne saurait exister avant la créance qu'elle garantit, date du même moment.

On prétend cependant que cette transformation d'un droit de propriété en un droit de créance n'est qu'un acte de la gestion du mari et que, cette gestion commençant avec le mariage, l'hypothèque doit prendre rang à la même date. Mais l'inexactitude de ce raisonnement est évidente. La gestion dont le mari est investi n'est qu'une administration. Malgré leur étendue, ses pouvoirs ne vont pas jusqu'à lui permettre de disposer ; le mari n'est plus, en principe, propriétaire des immeubles dotaux ; il n'a même pas mandat de les aliéner ; le consentement de la femme est indispensable et encore ne met-il pas la vente à l'abri de l'action en nullité, si elle a été consentie en dehors des cas où l'aliénation de l'immeuble dotal est autorisée. Par conséquent, la transformation du droit de la femme, si elle s'opère en vertu du contrat de mariage, n'est pas une conséquence directe de ses clauses ; elle a lieu en vertu de la volonté de la femme ; elle s'opère par suite d'un événement postérieur à la célébration du mariage ; l'hypothèque, qui est la suite de cette transformation, ne saurait rétroagir à une date antérieure.

La solution contraire compromet le crédit du mari et ouvre la porte aux fraudes que le législateur a voulu prévenir. Elle compromet le crédit du mari, car qui consentira à traiter avec lui ? Il veut vendre un de ses immeubles. L'acquéreur entend devenir propriétaire. De quelles garanties jouira-t-il ? L'immeuble n'est grevé d'aucune hypothèque, si ce n'est l'hypothèque légale de la femme. Mais les époux sont mariés sous le régime dotal ; la femme ne peut pas renoncer à son hypothèque légale. L'acheteur s'enquiert des créances que la femme peut avoir contre son mari. Il constate que la dot est purement immobilière. Il traite. Plus tard la femme vend un de ses

immeubles dotaux ; le mari en touche le prix, le dissipe et devient insolvable. La femme aura le droit de poursuivre l'acheteur du mari. Il est vrai que celui-ci avait la ressource de la purge. Mais est-ce bien se conformer à la volonté du législateur que de multiplier ces procédures ? Dans tous les cas, cette ressource fait défaut aux créanciers qui stipuleraient une hypothèque du mari. Dans les mêmes conditions, ils seront exposés à se voir ravir le gage sur lequel ils avaient compté, sans lequel ils n'auraient pas consenti à traiter. N'avions-nous pas raison de dire que l'opinion contraire compromet et compromet irrémédiablement le crédit du mari ?

Nous avons ajouté qu'elle ouvrait la porte aux fraudes que le législateur a voulu prévenir. Voici un mari qui n'a plus de crédit ; il n'a plus de crédit personnel, il n'inspire pas confiance, il n'a plus de crédit hypothécaire, ses immeubles sont grevés pour leur valeur. Il veut se procurer des fonds ; il demande à sa femme d'aliéner un de ses immeubles dotaux ; celle-ci accède à sa proposition ; elle peut le faire sans danger si l'on n'accepte pas notre solution ; car elle acquiert ainsi une hypothèque légale qui, datant du jour du mariage, lui permettra d'être payée de préférence aux créanciers hypothécaires inscrits depuis cette date, mais avant l'acte d'aliénation et d'agir contre les tiers qui auraient acquis dans cet intervalle de temps des immeubles du mari. Une telle conséquence blesse l'équité et nous pouvons répéter avec le tribunal : « Il est odieux que la femme, en s'obligeant ou en ven-

» dant postérieurement, puisse primer des créanciers ou des

» acquéreurs qui ont contracté auparavant avec le mari.

» C'était là une source de fraudes qu'il est enfin temps de

» faire disparaître ».

La réforme proposée dans ce but par le tribunal et acceptée par le législateur consistait à répudier la jurisprudence du parlement de Paris et à consacrer les

règles suivies en Bretagne et en Normandie. Or, en Normandie, le régime de droit commun, c'était un régime dotal, et si l'opinion contraire était exacte, la règle nouvelle ne serait pas applicable au régime dotal ! ⁹⁵⁵.

1489. La jurisprudence ⁹⁵⁶ cependant se prononce en faveur de l'opinion qui fait remonter à la date du mariage l'hypothèque légale de la femme dotale à raison de l'aliénation de ses immeubles dotaux, et la majorité des auteurs se prononce dans le même sens ⁹⁵⁷. Cette théorie nous paraît cependant appeler une réserve toute naturelle. Si la femme s'était constitué en dot tous ses biens présents et à venir, et si l'aliénation avait eu pour objet des immeubles advenus par succession ou donation, l'hypothèque ne pourrait dater que du jour de l'ouverture de la succession ou du jour auquel les donations auraient eu leur effet.

A l'appui de cette solution, on dit que les biens dotaux font partie de la dot de la femme, et qu'aux termes de l'art. 2135-2° al. 1, l'hypothèque légale qui garantit la restitution de la dot date du jour du mariage ; donc c'est à cette époque que doit prendre rang l'hypothèque légale destinée à garantir la reprise du prix des immeubles dotaux aliénés. Est-ce bien exact ? Les propres de la femme mariée en communauté ou sous le régime de non-communauté, ne font-ils pas aussi partie de sa dot ? Cependant, s'ils ont été aliénés, la femme n'a d'hypothèque pour la reprise du prix que du jour de l'aliénation : la règle qui fait dater du jour du mariage l'hypothèque garantissant la restitution de la dot ne reçoit pas d'application.

Pourquoi n'en serait-il pas de même pour la femme dotale ? Serait-ce parce que la loi parle des propres aliénés, expression que l'on oppose à celle de conquêtes, et qui suppose par conséquent que la femme est mariée sous un régime où ses biens tantôt demeurent propres et tantôt deviennent conquêtes, c'est-à-dire sous le régime de la

communauté, et non sous le régime dotal où tous ses biens lui sont propres ?

Avec cette interprétation, ce ne serait pas seulement à la femme dotale qu'il faudrait déclarer notre disposition inapplicable, mais d'une manière générale à toute femme mariée sous un régime autre que celui de la communauté ; car la communauté est le seul régime sous lequel tous les biens de la femme ne lui soient pas propres ; or cette interprétation ne saurait être admise et n'est acceptée par personne. Puis on se demande quelle autre expression le législateur aurait pu employer : l'expression biens personnels aurait donné lieu à la même objection, et celle de biens de la femme aurait été trop compréhensive, puisqu'elle aurait embrassé même les biens de la femme qui tombent dans la communauté.

On invoque un second argument. L'aliénation d'un immeuble dotal inaliénable en vertu du contrat de mariage est une violation de ce contrat. Par conséquent c'est dans le contrat de mariage que le droit de la femme trouve son origine ; sa créance contre son mari résulte de cet acte ; l'hypothèque qui la garantit prend rang du même jour.

Si cet argument que nous empruntons à l'arrêt de la cour de cassation du 10 février 1892 est exact, il faudra en conclure que l'hypothèque ne rétroagira pas lorsque l'aliénation aura été permise par le contrat de mariage sans condition. Un arrêt cependant a admis dans ce cas la rétroactivité de l'hypothèque (⁹⁵⁸). Mais sa décision est extrêmement critiquable. La situation des immeubles dotaux est alors au point de vue de l'aliénation, identique à celle des propres de la femme sous le régime de la communauté. La vente qui en est consentie par les deux époux n'est pas une violation du contrat de mariage ; la créance de la femme a sa cause non dans le contrat, mais dans l'aliénation à laquelle elle a accédé. Il est donc impossible de faire rétroagir l'hypothèque.

L'argument est-il exact dans ses déductions ? Nous ne le croyons pas. Il est certain que l'aliénation de l'immeuble dotal, lorsqu'elle n'est pas permise par le contrat et qu'elle a lieu en dehors des cas prévus par la loi, est une violation du contrat de mariage ; mais cette violation a été commise par les deux époux ; on ne voit pas comment la femme peut se faire, de la faute à laquelle elle a participé, une arme contre les tiers. Elle pouvait s'opposer à cet acte, y refuser son consentement ; elle ne l'a pas fait et sa conduite répréhensible deviendrait pour elle la source d'un droit et porterait préjudice aux tiers. C'est impossible. Comment ! la loi a voulu protéger les tiers contre les actes réguliers de la femme commune, et sa protection leur ferait défaut lorsque l'acte est irrégulier, parce que la femme serait mariée sous le régime dotal ! Il nous est impossible de prêter au législateur une pareille inconséquence.

Mais alors, dit-on ⁹⁵⁹, la dot immobilière serait sauvegardée d'une manière moins efficace que la dot mobilière. La restitution de celle-ci est garantie par une hypothèque datant du jour de la célébration du mariage ; il en est ainsi lorsque le mari est devenu propriétaire des meubles constitués en dot ; il en est ainsi lorsque les meubles dotaux, bien que la femme en ait conservé la propriété, consistent en meubles corporels ou en titres au porteur à cause de l'application de l'art. 2279 ; il en est ainsi enfin pour les meubles incorporels dotaux, si avec la jurisprudence on reconnaît le droit au mari d'en disposer librement ; et l'hypothèque qui garantirait la restitution du prix des immeubles dotaux aliénés, contrairement aux clauses du contrat de mariage, ne daterait que du jour des aliénations. La garantie serait moins efficace pour les biens dont la conservation préoccupe spécialement le législateur. Peut-on accepter une pareille contradiction ?

L'objection serait fondée, si l'hypothèque légale était alors la seule garantie de la femme. Mais il ne faut pas

oublier que l'aliénation consentie contrairement aux stipulations du contrat de mariage est entachée de nullité. Le régime dotal est un régime de conservation, non un régime de transformation. La loi accorde à la femme une action en nullité contre les aliénations qui contreviennent à la règle de l'inaliénabilité. Cela suffit pour atteindre le but que les parties se proposent et que la loi autorise à poursuivre. Donner à la femme une garantie qui facilite les transformations de la dot, n'est-ce pas aller en quelque sorte contre la volonté certaine du législateur, qui interdit la dénaturation de la dot (art. 1553) ?

Tels sont les motifs qui nous portent à fixer, en principe, le rang de l'hypothèque légale dans notre hypothèse par la date des aliénations, et à appliquer aux immeubles dotaux la même règle qu'aux propres de la femme sous le régime de la communauté ou sous le régime sans communauté.

Nous déciderons donc notamment que l'hypothèque légale de la femme mariée sous le régime dotal prend rang à la date de l'aliénation des immeubles dotaux :

1° Lorsque l'aliénation n'était pas permise par le contrat de mariage et qu'elle a eu lieu en dehors des cas où la loi l'autorise ⁹⁶⁰ ;

2° Lorsque l'aliénation était permise par le contrat de mariage soit purement et simplement, soit à charge de emploi, et qu'elle a été faite par le mari du consentement de sa femme.

1490. Cependant pour être conséquent avec notre principe, nous admettrons une exception dans le cas où la femme aura, par son contrat de mariage, conféré à son mari le pouvoir de vendre ses immeubles dotaux seul et sans son consentement, mais à charge de emploi. Dans cette hypothèse, la femme aura certainement la faculté de poursuivre la nullité de l'aliénation, si la condition du emploi n'a pas été remplie ; mais elle pourra aussi, si elle le préfère, réclamer la restitution du prix touché par son

mari. Cette créance est garantie par l'hypothèque légale. Cette hypothèque date du jour du mariage. Car ce n'est pas à la suite d'une manifestation ultérieure de sa volonté qu'elle est devenue créancière de son mari. Elle avait abdiqué entre les mains de celui-ci. Il pouvait aliéner seul et sans le concours de sa femme, à l'époque et sous les conditions qu'il lui plairait choisir ou stipuler. Le droit de la femme résulte directement du contrat de mariage, c'est à ce moment qu'elle a acquis une créance éventuelle contre son mari pour le cas où il userait du pouvoir conféré par le contrat de mariage ; c'est de ce jour que datera son hypothèque ⁹⁶¹. C'est une application pure et simple des règles que le code consacre dans notre opinion.

1491. Le rang de l'hypothèque légale qui garantit le paiement des dommages-intérêts dus par le mari à raison des fautes qu'il aurait commises dans l'administration des biens dotaux est facile à déterminer à l'aide des règles que nous avons admises. Alors même que le législateur n'aurait pas prévu la stipulation du régime dotal quoique les travaux préparatoires démontrent le contraire ⁹⁶², il n'est pas douteux qu'elle date en principe du jour du mariage. C'est dans le contrat de mariage que les pouvoirs du mari trouvent leur origine, c'est au jour du mariage que commence cette administration. La femme acquiert donc dès ce moment une créance éventuelle contre son mari. L'hypothèque légale en devient immédiatement l'accessoire et prend rang à cette date.

Toutefois il en serait autrement, si la responsabilité du mari se trouvait engagée par des fautes ou des négligences commises dans la gestion de biens advenus à la femme pendant le mariage à titre de succession ou de donation et compris dans une constitution en dot des biens à venir. L'hypothèque alors ne prendrait rang qu'à l'époque de l'ouverture des successions où à l'époque où les donations

ont eu leur effet. Ce n'est là que l'application de principes déjà connus. Il est inutile d'insister ⁹⁶³.

1492. La loi n'a parlé ni des biens de la femme mariée sous le régime de la séparation de biens ni des biens paraphernaux de la femme mariée sous le régime dotal. On s'explique sans peine le silence du législateur. En principe, la femme conserve alors l'administration de ces biens. Le mari demeurant étranger à cette gestion ne saurait encourir aucune responsabilité, et en l'absence de toute créance il ne peut être question d'hypothèque légale. Mais s'il en est ainsi en théorie, rien ne s'oppose à ce que le mari gère le patrimoine de sa femme soit en vertu d'un mandat exprès ou tacite, soit malgré son opposition. La loi a prévu ces hypothèses dans les art. 1539, 1577 à 1579 ; il peut même avoir touché, en vertu d'un mandat, des sommes appartenant à sa femme. Enfin le mari est, en vertu de l'art. 1450, garant du défaut de emploi du prix des biens de sa femme, lorsque la vente a eu lieu en sa présence et de son consentement ou lorsque, la femme ayant été autorisée de justice, il a concouru au contrat, reçu le prix stipulé ou profité des deniers. Dans ces diverses hypothèses, la femme a une créance contre son mari ; cette créance est garantie par l'hypothèque légale, parce que toute créance d'une femme mariée contre son mari est assortie de cette sûreté.

Quel sera le rang de l'hypothèque dans ces cas ? L'interprétation que nous avons proposée de l'art. 2135 rend facile la solution de ces questions. Nous avons déjà dit : l'hypothèque légale prend date du jour où le mari se trouve investi des pouvoirs dont l'exercice peut engendrer au profit de la femme un droit de créance sans aucune manifestation nouvelle de la volonté de celle-ci.

Appliquons ce principe aux diverses hypothèses. Lorsque le mari agit en vertu d'un mandat exprès ou tacite, l'hypothèque prend rang du jour où ont commencé les

pouvoirs d'administration du mari, par conséquent du jour du mariage s'il a été donné par le contrat de mariage ⁹⁶⁴, sinon du jour du mandat. Cependant si les biens dont l'administration a été ainsi confiée au mari étaient advenus à la femme par succession ou par donation et si ces événements étaient postérieurs à la date du mandat, l'hypothèque légale, garantie de la responsabilité du mari, ne prendrait rang que du jour de l'ouverture des successions ou du jour où la donation a eu son effet. L'analogie qui existe entre cette hypothèse et celle qui est directement prévue par la loi nous détermine à apporter cette exception au principe. Enfin si le mari avait géré le patrimoine de sa femme sans mandat exprès ou tacite de celle-ci, sa responsabilité ne commencerait que du jour où il aurait pris en mains cette administration ; l'hypothèque légale aurait la même date.

Si le mari s'était borné à recevoir des sommes paraphernales, sans qu'il y eût mandat antérieur, l'hypothèque daterait du jour du paiement ⁹⁶⁵.

S'il s'agit de dettes contractées par la femme dans l'intérêt de son mari, si, par exemple, elle a cautionné un engagement de celui-ci, l'hypothèque datera du jour de l'obligation. C'est une application pure et simple de la seconde des règles que nous avons trouvées dans l'art. 2135 ⁹⁶⁶.

Enfin si la responsabilité du mari est engagée à la suite de l'aliénation d'un bien paraphernal de la femme, l'hypothèque prendra rang du jour où s'est produit le fait générateur de l'obligation suivant les règles que nous avons indiquées ⁹⁶⁷.

1493. Nous avons vu que les frais auxquels le mari serait condamné sur une demande en séparation de biens, en séparation de corps ou en divorce ⁹⁶⁸ formée par la femme sont garantis par l'hypothèque légale. Il faut maintenant déterminer le rang de cette hypothèque. La question ne

nous paraît pas comporter une solution absolue et nous croyons qu'il est nécessaire de distinguer entre ces diverses hypothèses.

Parlons d'abord des frais de l'instance en séparation de biens. La demande a été formée pour conserver la dot et assurer le recouvrement de tous les droits que la femme pouvait avoir à exercer contre son mari. Il ne se présentera aucune difficulté, si les droits de la femme à raison de leur nature sont garantis par l'hypothèque légale à une date unique. Il est évident que les dépens de l'instance sont l'accessoire de cette créance. Ils participent des avantages qui y sont attachés, *Accessorium sequitur principale*. La femme sera colloquée au même rang pour sa créance contre son mari et pour les frais de l'instance. Il en sera ainsi si la femme n'a pas d'autre créance contre son mari que celle résultant de son apport dotal, si pendant le mariage elle n'a recueilli aucune succession, reçu aucune donation, contracté aucune obligation dans l'intérêt de son mari et aliéné aucun de ses propres. Elle sera colloquée à la date de la célébration du mariage pour les dépens de l'instance en séparation de biens. Le même principe s'appliquera si la femme, qui n'avait pas de dot, a recueilli des successions ou reçu des donations, si ses créances contre son mari résultent des obligations par elle contractées dans l'intérêt de celui-ci ou de l'aliénation de ses biens personnels. Elle aura rang de ce chef à la date des successions, donations, obligations ou aliénations.

Mais les difficultés commencent si la femme a plusieurs créances contre son mari, et si l'hypothèque qui garantit ces diverses créances a un rang différent pour chacune d'elles. Il semble difficile d'attribuer un rang unique à la créance des frais de séparation. Ils ont été exposés dans l'intérêt commun de tous ces droits. L'équité paraît commander de les répartir entre les créances de la femme

et de les faire participer au rang qui appartient à l'hypothèque pour chacune d'elles (⁹⁶⁹).

Quelque juste qu'elle paraisse et quelque séduisante qu'elle soit, cette solution nous inspire des doutes. Nous remarquons tout d'abord que la séparation de biens n'a pas pour but unique, n'a même pas pour but principal de permettre à la femme d'obtenir le paiement immédiat de ses créances contre son mari ; elle a été organisée pour soustraire le patrimoine de la femme à l'administration du mari. Elle n'intéresse donc pas seulement les droits de créances de la femme contre son mari ; elle intéresse tous les capitaux dotaux, les capitaux immobiliers au même titre que les capitaux mobiliers. Si donc il est nécessaire de procéder à une répartition des frais de la demande, cette répartition doit, pour satisfaire pleinement l'équité, s'opérer sur toute la dot sans distinction. Il est inutile d'insister pour en faire ressortir la difficulté. D'un autre côté, cette répartition peut avoir pour résultat de laisser à la charge de la femme une partie des dépens de l'instance, si certaines de ses créances sont primées par d'autres créanciers hypothécaires du mari qui absorbent le prix de ses immeubles. La femme ne recouvrera donc alors qu'une partie des dépens de l'instance. Ce résultat blesse la justice. Car si elle n'avait eu contre son mari qu'une seule créance, celle pour laquelle elle est colloquée au premier rang, elle aurait obtenu en même temps et au même rang le paiement de tous ces dépens. On ne voit pas pourquoi la circonstance qu'elle a plusieurs créances contre son mari rendrait sa situation moins favorable. La multiplicité de ces créances n'augmente pas en effet les frais de l'instance. Enfin cette répartition traite en quelque sorte les frais de l'instance en séparation de biens comme l'action en réparation du préjudice causé par la mauvaise administration du mari. Or, tel n'est pas le caractère de la demande en séparation de biens. Elle n'a pas pour but la

réparation d'un préjudice déjà souffert ; elle est au contraire instituée pour prévenir tout préjudice ultérieur. C'est pourquoi nous serions portés à attribuer à cette créance un rang unique.

Mais comment le déterminer ? On a proposé de fixer dans ce cas le rang de l'hypothèque par la date du jugement de séparation. Nous ne saurions accepter cette solution ⁹⁷⁰. Elle serait exacte s'il s'agissait d'une créance nouvelle de la femme et si cette créance devait sa naissance à une manifestation actuelle de sa volonté. Or il n'en est pas ainsi ; la séparation de biens est la sanction des engagements pris par le mari dans le contrat de mariage d'administrer le patrimoine de la femme en bon père de famille. La créance des dépens se rattache à cette obligation ; elle en est l'accessoire ; elle naît par le fait du mari qui n'apporte pas à son administration tous les soins qu'on devait attendre de lui. Elle doit avoir en conséquence le même rang que la créance de la dot ou des conventions matrimoniales ; d'après ce que nous avons dit, cette collocation aura lieu pour le montant intégral de cette créance. Cependant si la femme n'avait rien apporté en dot, si tous ses droits résultaient de successions échues ou de donations faites pendant le mariage, les frais de l'instance en séparation de biens ne seraient colloqués qu'à ces dates.

1494. Les frais de la demande en séparation de corps formée par la femme n'ont manifestement pas le même caractère, quoiqu'on ait prétendu le contraire ⁹⁷¹. Ils n'ont pas été faits dans le but de conserver la dot. L'objet de la demande est de mettre un terme à l'obligation de cohabiter. La séparation de biens est une conséquence de la séparation de corps, mais elle n'en est qu'une conséquence accessoire ; elle n'est pas l'objet de la demande ⁹⁷².

Dès lors, il est impossible de soutenir que les dépens de l'instance auxquels le mari est condamné envers la femme, sont l'accessoire des créances de celle-ci et doivent être répartis, comme on l'a prétendu dans le cas de séparation de biens. Il est donc certain que ces dépens forment une créance unique, dont il nous faut maintenant déterminer le rang.

Or, les principes, que nous avons établis nous donnent facilement la solution de ce problème. La créance de la femme a sa cause dans la conduite du mari qui l'a mise dans la nécessité de recourir à la séparation de corps ; elle n'a donc pas pour origine une manifestation nouvelle de la volonté de la femme ; l'hypothèque qui la garantit prendra rang du jour de la célébration du mariage. On peut ajouter : Le droit de demander la séparation de corps est la sanction des engagements pris devant l'officier de l'état civil. L'exécution de ces engagements, en tant qu'ils donnent naissance à une créance de somme d'argent, doit être garantie de la même manière que l'exécution des engagements qui résultent du contrat passé devant notaire. Donc l'hypothèque légale prendra rang au moment même de la célébration du mariage ⁹⁷³.

1495. Les mêmes considérations nous déterminent à fixer au jour de la célébration du mariage le rang de l'hypothèque légale qui garantit le paiement des frais de l'instance dans laquelle la femme a fait prononcer le divorce à son profit. Dans notre théorie ces frais sont une créance née en vertu du mariage sans aucune manifestation nouvelle de volonté de la femme. Il n'a pas dépendu de celle-ci de devenir ou de ne pas devenir créancière de son mari ; la conduite de ce dernier l'a obligée de demander le divorce, institué par la loi pour mettre un terme à la violation de ses droits. Du reste, ils sont l'accessoire des engagements contractés au moment de la célébration du mariage. L'hypothèque légale qui

garantit cette créance éventuelle doit prendre rang à la date de cette célébration ⁹⁷⁴.

Nous ne saurions donc accepter la théorie que nous rencontrons dans les motifs d'un jugement du tribunal civil de Nontron confirmé sur appel ⁹⁷⁵, qui fixe le rang de l'hypothèque au premier acte de l'instance en divorce. Le jugement reconnaît que la créance ne naît pas seulement au moment de la condamnation ⁹⁷⁶ ; elle a une cause antérieure, il croit la trouver dans la demande ; n'est-ce pas une erreur ? La demandé n'est que l'exercice d'un droit préexistant. Par conséquent, la créance des frais qui est l'accessoire du jugement de divorce remonte plus haut dans le passé ; elle se rattache au mariage lui-même par lequel le mari a pris l'engagement de bien traiter sa femme. La créance est donc née au moment même de cette célébration quoique d'une manière éventuelle, elle est indépendante de toute manifestation ultérieure de la volonté de la femme ; le rang de l'hypothèque est ainsi déterminé.

1496. Il nous reste à parler de la pension alimentaire qui serait allouée à la femme séparée de corps, soit par le jugement qui prononce la séparation, soit par un jugement postérieur (art. 212). Nous avons décidé ⁹⁷⁷, que cette pension était garantie par l'hypothèque légale. Quel est le rang de cette hypothèque ?

La solution nous paraît certaine, quelque'interprétation que l'on donne à l'art. 2135. Dans toutes les opinions, elle prendra rang du jour de la célébration du mariage. Si l'on décide que le rang de l'hypothèque légale est déterminé par la date du mariage, à moins d'une exception écrite dans la loi, il suffira d'invoquer le silence de l'art. 2135 pour justifier cette solution. Si l'on décide que l'hypothèque date du jour de la naissance de la créance, la même solution s'impose ; car la créance de la femme a son origine dans le mariage. Si l'on admet qu'elle date du jour où a commencé

la responsabilité du mari, on peut dire que, le mari ayant contracté par le mariage l'obligation de subvenir aux dépenses de la femme, sa responsabilité date de la même époque et par suite l'hypothèque. Si l'on veut résoudre cette question par voie d'analogie, on dira également que les obligations contractées devant l'officier de l'état civil doivent être assorties des mêmes garanties que celles qui résultent du contrat de mariage passé devant le notaire, et que cette créance, comme la créance de la dot, jouit du bénéfice de l'hypothèque à la date du mariage. Enfin dans la théorie que nous avons proposée il est également facile de justifier cette solution. La créance de la femme ne résulte pas d'une manifestation de sa volonté postérieure à la célébration du mariage ; donc l'hypothèque légale prend rang à la date de cette célébration. Le jugement de condamnation ne crée pas l'obligation, il en liquide le montant le jour où la cessation de la vie commune met un terme à son acquittement en nature par la contribution proportionnelle des deux époux aux charges du ménage. La séparation de corps a seulement changé le mode d'exécution de l'obligation ; elle ne modifie pas le droit qui est préexistant et continue de trouver sa cause dans le mariage ; le rang de l'hypothèque est ainsi déterminé ⁹⁷⁸.

1497. L'identité de motifs nous porte à appliquer la même solution à l'hypothèque légale qui garantit le paiement de la pension alimentaire allouée en vertu de l'art. 301 à la femme qui a obtenu le divorce. Cette créance est née du mariage, son existence est indépendante de toute manifestation ultérieure de la volonté de la femme ; le rang de l'hypothèque se trouve ainsi fixé par la date de la célébration du mariage ⁹⁷⁹.

1498. Observation. La partie finale de l'art. 2135 contient une application du principe de la non-rétroactivité des lois (art. 2), sur laquelle nous n'insisterons pas, parce qu'elle ne présente plus guère d'intérêt pratique, à raison de son

caractère transitoire. « Dans aucun cas, la disposition du
» présent article ne pourra préjudicier aux droits acquis à
des

» tiers avant la publication du présent titre ». On sait que, d'après la législation en vigueur à l'époque de la promulgation du code civil (Loi du 11 brumaire de l'an VII, art. 3), l'hypothèque légale des femmes mariées n'était opposable aux tiers qu'à la condition d'être inscrite. Eh bien ! les droits acquis sous l'empire de cette législation à des tiers, par exemple à des créanciers hypothécaires du mari qui avaient fait régulièrement inscrire leur hypothèque à une époque où celle de la femme n'était pas encore inscrite, n'ont pas été ébranlés par la nouvelle législation, qui déclare l'hypothèque des femmes mariées opposable aux tiers indépendamment de toute inscription. Mais la femme a pu invoquer la dispense d'inscription résultant de l'art. 2135, à dater du jour où le titre Des privilèges et hypothèques a pu être ramené à exécution. On exprime ordinairement cette idée en disant que la promulgation du titre Des privilèges et hypothèques a valu inscription au profit des femmes mariées dont l'hypothèque n'était pas encore inscrite. Cette formule n'est pas à l'abri de la critique.

N° 3. Modifications apportées à l'art. 2135 par la loi sur la transcription.

1499. La dispense d'inscription, accordée aux mineurs, interdits et femmes mariées à raison de leur hypothèque légale devait rationnellement cesser avec sa cause, c'est-à-dire avec l'incapacité du créancier. C'est ce qu'avait parfaitement compris le rédacteur de l'édit de mars 1673.

En rompant avec les principes de la loi de brumaire, en dispensant de publicité les hypothèques légales du mineur,

de l'interdit et de la femme mariée, dont la loi de l'an VII subordonnait l'efficacité et le rang à la condition d'une inscription, les rédacteurs du code auraient dû s'inspirer des règles de l'édit de 1673. Ils ne l'avaient pas fait, ou du moins si telle avait été leur intention (ce qui est très douteux), ils avaient omis de l'exprimer ; et, comme l'art. 2135 formule la dispense d'inscription dans des termes absolus, on en avait conclu qu'elle devait subsister indéfiniment, par conséquent même après la cessation de sa cause, c'est-à-dire de l'incapacité du créancier ou de son état de dépendance.

La jurisprudence se prononçait en ce sens ⁹⁸⁰ et le conseil d'Etat confirma cette interprétation par son avis du 8 mai 1812, aux termes duquel « il n'y a pas nécessité de fixer un

» délai particulier aux femmes après la mort de leurs maris
» et aux mineurs devenus majeurs ou à leurs représentants
» pour prendre inscription ». On considérait la dispense d'inscription non pas comme un privilège attaché à la qualité de femme mariée, mais comme un droit inhérent à la nature de la créance. Cet aperçu est manifestement contraire à la réalité des choses. L'hypothèque légale est, comme nous l'avons déjà dit, une sûreté attachée à la qualité du créancier, et non à la nature ou à la qualité de la créance. C'est ainsi qu'elle se distingue des privilèges. Or la dispense d'inscription est un accessoire ou un complément de l'hypothèque légale accordée à ces incapables. Elle participe donc de sa nature et est en réalité motivée par la qualité ou la condition du créancier. Le changement que la majorité, la séparation, le veuvage apportent dans la condition de la personne devait logiquement exercer son influence sur la dispense d'inscription. Les rédacteurs du code ne l'ont pas admis ; le silence de la loi suffit à le prouver. Il aurait fallu déterminer un délai dans lequel l'inscription aurait dû être prise ; le

législateur avait seul le droit de le faire ; le conseil d'Etat n'en avait pas le pouvoir.

Cette solution imposée par les textes était sévèrement critiquée. On reprochait justement au législateur d'avoir exagéré la protection due aux incapables et d'avoir sacrifié le crédit public. A la rigueur, on peut admettre que la notoriété suffit pour avertir les tiers de l'existence de la tutelle ou du mariage et par suite de l'existence de l'hypothèque légale. Mais il n'en est plus de même lorsque le mineur est devenu majeur, lorsque la femme est devenue veuve. D'une manière plus générale, la cessation de l'incapacité met un terme à la mission de protection dont le législateur s'est chargé ; elle devrait également mettre un terme à la dispense d'inscription qui n'est qu'un moyen de l'accomplir..

1500. Le législateur profita de l'occasion que lui offrait la loi sur la transcription en matière hypothécaire pour faire droit à ces justes critiques. L'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 dispose : « Si la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit

- » relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants cause,
- » n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque
- » ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement ».

La rédaction de cet article laisse beaucoup à désirer ; les controverses auxquelles il a donné naissance et que nous allons aborder en sont la preuve éclatante.

Les règles de l'édit de 1673 se rattachaient à une idée très simple. La dispense de publicité se justifiait, aux yeux de l'auteur de l'édit, parce que l'administration des biens de l'incapable appartenait à celui-là même contre lequel l'opposition était dirigée. Le législateur craignait qu'il ne sacrifiât ses devoirs d'administrateur à l'intérêt personnel du propriétaire. En conséquence, la dispense était limitée

au temps pendant lequel l'incapable était privé de l'administration de son patrimoine. Ainsi en était-il notamment pour la femme mariée. Dès qu'elle était séparée soit de biens, soit de corps et de biens, elle recouvrait l'administration de son patrimoine ; elle pouvait et devait veiller à la conservation de ses biens. La dispense à elle accordée cessait d'avoir sa raison d'être. On suivait le droit commun ; l'hypothèque devait être rendue publique dans le délai fixé par la loi. A fortiori en était-il de même lorsque le mariage était dissous par le prédécès du mari. La même règle semble bien avoir été appliquée au mineur. Sans doute l'édit de 1673 n'impose cette obligation qu'aux mineurs devenus majeurs, et ne prévoit que le cas où la tutelle cesse par la majorité du pupille. Il aurait peut-être été logique de conclure que, l'émancipation mettant un terme à la tutelle, le mineur émancipé devait être assimilé au mineur devenu majeur. Nous croyons cependant que telle n'était pas la solution consacrée par l'édit. La capacité qu'acquiert le mineur émancipé n'est, même en ce qui concerne l'administration, qu'une capacité restreinte ; dans nombre de cas il a besoin de l'assistance de son curateur, qui ordinairement sera son ancien tuteur. Dès lors, il se trouve en fait dans un état sinon de dépendance du moins de subordination qui le met dans l'impossibilité morale de prendre les mesures conservatoires de ses droits.

1501. La loi de 1855 se justifie par des considérations analogues. Moins prévoyante que l'édit de 1673, elle n'impose — pas à la femme séparée l'obligation de prendre inscription dans un certain délai. Il ne suffit pas de dire aujourd'hui que la dispense d'inscription est limitée au temps pendant lequel l'incapable est privé de l'administration de son patrimoine. Il ne faut donc pas affirmer, comme on est tenté de le faire, qu'elle a la même durée que l'incapacité. L'exposé des motifs de la loi de 1855 semblerait cependant justifier cette explication. On y lit en effet le passage suivant :

« Cette grande faveur (la dispense d'inscription) sera main-
» tenue tant que sera maintenue sa raison d'être ; tant que
la

» femme est dans la dépendance du mari, dont l'intérêt est
» contraire au sien, tant que le mineur est sous l'autorité
» d'un tuteur disposé à se défendre contre toute
inscription

» si elle était nécessaire, la loi supplée, par une protection
» peut-être exorbitante, à la résistance du mari ou du
tuteur.

» Mais quand la capacité d'action sera venue à l'un et à
» l'autre, le besoin de la publicité reprendra tous ses
droits,

» et il ne peut plus être question que d'accorder un délai
» pour remplir la formalité prescrite par la loi commune ».

Ces motifs ne nous paraissent pas répondre exactement au
texte de la loi ; ils ne l'embrassent pas dans toute son
étendue ; et nous croyons que le législateur de 1855 a obéi
à une inspiration plus profonde.

La dispense d'inscription accordée à certains incapables
se justifie par l'impossibilité morale dans laquelle ils se
trouvent de prendre inscription pour la conservation des
sûretés à eux accordées par la loi. Cette impossibilité
morale explique pourquoi le législateur leur attribue ces
garanties en l'absence de toute stipulation ; elle est aussi le
motif pour lequel leur hypothèque est dispensée de
publicité. Dès lors ce privilège doit avoir la même durée
que cette impossibilité morale. Tel nous paraît avoir été le
motif déterminant des auteurs de la loi de 1855 ; nous
l'exposons de suite ; il nous aidera à donner la solution des
questions que soulève le texte.

1502. La loi accorde un délai d'un an pour faire inscrire
l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit et de la femme
mariée. Remarquons que la loi dit dans l'année. Par
conséquent, le jour qui sert de point de départ n'est pas
compris dans le délai ; mais il en est autrement du jour de

l'échéance. C'est une application pure et simple des principes généraux. Nous fixerons bientôt ce point de départ, mais avant d'aborder cette question, il nous paraît nécessaire de préciser en quelques mots et sauf à y revenir plus loin la portée générale du texte. De deux choses l'une, ou l'inscription a été requise dans le délai légal ou elle ne l'a pas été.

Dans le premier cas, l'hypothèque légale est conservée telle qu'elle appartenait à l'incapable. Elle continue de jouir du bénéfice du rang qui lui est attribué par l'art. 2135. A ce point de vue, l'inscription rétroagit dans le passé ; par exception au principe de l'art. 2134, elle ne détermine pas le rang de l'hypothèque ; il demeure fixé par la loi.

Dans le second cas, lorsque l'inscription n'a été requise qu'après l'expiration du délai d'un an, l'hypothèque est bien conservée, mais elle est dépouillée d'un des avantages que lui attribuait la loi ; elle reste bien une hypothèque légale, mais elle est soumise à la règle générale de l'art. 2134 qui s'applique, en principe, à toutes les hypothèques ; non seulement son efficacité à l'égard des tiers est subordonnée à la condition d'une inscription ; mais son rang dépend de la date de cette inscription. Il n'est plus question de rétroactivité.

Il est donc indispensable de déterminer le point de départ de ce délai ; nous l'allons faire en parlant successivement de l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit et de l'hypothèque légale de la femme mariée.

1503. La tutelle à laquelle sont soumis les mineurs et interdits peut cesser par diverses causes et il est possible rationnellement que le point de départ du délai d'un an varie suivant les cas.

Si la tutelle prend fin par la majorité du mineur ou par un jugement de mainlevée de l'interdiction, la solution est facile ; car l'art. 8 a précisément prévu ces hypothèses. Le délai d'un an commence à courir à partir de la cessation de la tutelle, c'est-à-dire à partir du jour où le mineur est

devenu majeur, où l'interdit est relevé de l'interdiction. Cette règle se justifie facilement. A compter de cette époque, l'incapable est devenu pleinement capable : il a ou il recouvre l'administration de son patrimoine ; c'est à lui qu'il appartient de veiller à la conservation de ses droits. Il est absolument libre ; nul obstacle, même de fait, nulle impossibilité morale ne l'empêche de faire inscrire son hypothèque. La dispense n'a plus de raison d'être. Il devra rendre son hypothèque publique, sous la sanction déjà indiquée. La loi de 1855 reproduit purement et simplement sur ce point les dispositions de l'édit de 1673.

La même règle s'applique sans difficulté à l'interdit légal ; l'inscription de l'hypothèque devrait être effectuée dans l'année à partir du jour où son état d'interdiction a cessé.

1504. La tutelle peut cesser par l'émancipation du mineur. Quel sera dans cette hypothèse le point de départ du délai ? Le mineur est-il obligé de faire inscrire son hypothèque dans l'année qui suit son émancipation ?

Comme l'édit de 1673, la loi de 1855 n'a pas prévu ce cas et son texte fournit un argument en faveur des deux opinions opposées. D'un côté, la loi parle du mineur devenu majeur. Or le mineur émancipé n'est pas devenu majeur ; donc l'art. 8 de la loi de 1855 ne peut recevoir application. D'un autre côté, la loi nous dit que l'inscription doit être requise dans l'année qui suit la cessation de la tutelle. Or il est certain que, par l'émancipation, la tutelle cesse et on pourrait en conclure que le délai commence immédiatement à courir.

Nous croyons plus juste de nous prononcer en faveur du mineur et de décider que le délai d'un an courra non pas du jour de l'émancipation, mais seulement du jour de la majorité. En effet, d'après le code civil, la dispense d'inscription était illimitée quant au temps. La loi de 1855 a dérogé à ce principe et en a restreint l'application. On peut dire aussi que la loi nouvelle comble une lacune du code

981. Dans tous les cas, elle doit être interprétée restrictivement. Or elle ne parle que du mineur devenu majeur ; à celui-là seul elle impose l'obligation de faire inscrire son hypothèque. Donc elle ne s'applique pas au mineur émancipé. Il est vrai que le texte fait courir le délai du jour de la cessation de la tutelle ; mais la portée de ces expressions est déterminée par les premiers mots de l'article ; la cessation de la tutelle que la loi a en vue, c'est la cessation de la tutelle par la majorité du pupille.

Cette interprétation est d'ailleurs conforme à la raison. Le mineur émancipé reste incapable ; pour lui, l'incapacité est la règle ; la capacité, l'exception. Sans doute, il peut accomplir seul tous les actes de pure administration et l'inscription d'une hypothèque rentre parfaitement dans cette catégorie. Mais le mineur émancipé a souvent besoin pour des actes d'administration, par exemple pour la réception d'un capital mobilier, de l'assistance de son curateur. Il est donc placé sous l'autorité, sous l'influence, sous la direction de celui-ci. Le plus souvent, en fait, il aura pour curateur son ancien tuteur. N'y a-t-il pas alors une véritable impossibilité morale à ce qu'il prenne inscription de son hypothèque et la décision de la loi de 1855 ne se trouve-t-elle pas par cela même justifiée ? 982 Le code a obéi à la même pensée en décidant par l'art. 475 que les actions du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrivent par dix ans à compter de la majorité, quoique le compte de la tutelle doive être rendu au mineur émancipé (art. 471) assisté de son curateur (art. 480).

1505. La tutelle peut aussi cesser par la mort du mineur ou de l'interdit. Quelle règle suivre ?

L'art. 8 ne prévoit pas directement cette hypothèse. Il parle seulement du cas où la tutelle prend fin par la majorité du mineur ou la mainlevée de l'interdiction. S'il mentionne cependant les héritiers, la construction

grammaticale du texte prouve qu'il ne s'applique qu'aux héritiers du mineur devenu majeur. On pourrait conclure de ces prémisses que cette disposition est étrangère aux héritiers du mineur décédé pendant sa minorité, de l'interdit décédé en état d'interdiction. On ferait remarquer à l'appui de cette opinion que l'art. 8 de la loi de 1855 déroge à l'art. 2135 et ne peut être étendu à une hypothèse qu'il n'a pas formellement réglementée.

Nous ne saurions cependant approuver cette conclusion. Elle serait en opposition avec la volonté certaine du législateur. La pensée dominante de la loi de 1855 est de faire cesser la dispense d'inscription du moment où l'impossibilité morale qui la justifie n'existe plus. Or la mort du mineur ou de l'interdit met un terme à cette impossibilité. Par conséquent la dispense n'a plus de raison d'être ; l'art. 8 s'applique dans ce cas. Sous une autre forme, la dispense est motivée par les rapports de dépendance qui existent entre le pupille et son tuteur ; elle ne doit donc pas se perpétuer au profit d'héritiers qui n'ont jamais été dans les liens de la même sujétion. Il serait enfin illogique que les héritiers eussent des droits plus étendus que leur auteur, dont la condition personnelle a motivé la faveur de la loi. Pour le mineur ou l'interdit la dispense ne serait que temporaire ; pour ses héritiers elle serait perpétuelle, aucun texte n'en limitant la durée. Cette conséquence, manifestement inadmissible, est la condamnation de l'opinion contraire. C'est pourquoi nous pensons que les héritiers dont parle l'art. 8 ne sont pas seulement les héritiers du mineur devenu majeur mais même les héritiers du mineur décédé pendant la tutelle ou de l'interdit décédé en état d'interdiction (⁹⁸³).

1506. La généralité du texte embrasse les héritiers mineurs aussi bien que les héritiers majeurs. Les uns et les autres sont obligés de faire inscrire l'hypothèque légale de leur auteur dans le délai d'un an à partir de sa mort. Dans

le silence du texte, il est impossible d'admettre une prorogation de ce délai en faveur des héritiers mineurs. En vain on voudrait argumenter de l'art. 2252. Il ne faut pas oublier que cet article est spécial à la prescription, or la règle de l'art. 8 n'est pas une règle de prescription ; la loi établit un délai préfix, elle prononce une véritable déchéance. Il faut donc conclure qu'elle s'applique également aux héritiers mineurs du pupille ou de l'interdit.

Cette solution cependant semble blesser l'équité, lorsque les héritiers mineurs sont placés sous la même tutelle ou sous la même autorité que le mineur décédé. Par exemple, un mineur soumis à la tutelle légale de son père meurt laissant entre autres héritiers des frères et sœurs mineurs et placés sous la même tutelle : ou bien un enfant mineur placé sous la tutelle légale de son père survivant et remarié meurt laissant entre autres héritiers des frères et sœurs consanguins soumis à la puissance paternelle ou à la tutelle de leur père. Ces héritiers seront-ils tenus de faire inscrire l'hypothèque légale dans l'année du décès ? Dans la première hypothèse, la question ne présente aucun intérêt. Il s'agit de frères et sœurs germains. Le même événement a donné pour tous ouverture à la tutelle ; l'hypothèque légale a pour tous le même rang et comme l'hypothèque légale du mineur garantit à une date unique toutes les créances contre le tuteur, même celles qui résultent de successions ouvertes pendant la tutelle, les héritiers mineurs seront, en vertu de leur hypothèque personnelle, colloqués pour tous leurs droits au même rang que si l'hypothèque de leur auteur avait été régulièrement inscrite. Il n'y a donc pas d'intérêt dans ce cas à rechercher si l'art. 8 doit recevoir application. Mais il n'en est pas de même dans la seconde hypothèse. Les héritiers mineurs n'ont pas d'hypothèque s'ils sont seulement soumis à la puissance paternelle, et s'ils sont eux mêmes en tutelle, leur hypothèque personnelle ne prend rang qu'à une date notablement postérieure à celle de l'hypothèque de leur

auteur. Ils auraient intérêt à se prévaloir de cette dernière. Sont-ils, pour en avoir le droit, obligés de la faire inscrire dans l'année du décès ? Cette question s'agite dans des termes identiques pour les héritiers mineurs de la femme mariée ; c'est là que nous la discuterons : Nous nous bornerons à dire ici qu'elle comporte dans les deux cas la même solution. Nous croyons qu'il faut appliquer l'art. 8 et subordonner l'efficacité de l'hypothèque à la condition d'une inscription prise dans l'année ⁹⁸⁴.

1507. Il peut arriver aussi, sans que la tutelle prenne fin, qu'il y ait un changement de tuteur par suite de mort, excuse ou destitution du tuteur en exercice. Dans ce cas, l'efficacité de l'hypothèque légale sur les immeubles de l'ancien tuteur est-elle subordonnée à la condition d'une inscription, prise dans l'année soit par le mineur, soit par son nouveau tuteur ? Ce serait, à notre avis, exagérer la portée de la loi de 1855, que de l'appliquer dans cette hypothèse. Sans doute le mineur ne se trouve plus placé sous l'autorité de celui-là même sur les immeubles duquel l'inscription doit être prise ; sans doute le devoir de la prendre n'incombe pas alors à celui-là même contre lequel est dirigée cette garantie. Ces considérations pourraient peut-être porter à étendre à ces cas la disposition de l'art. 8. Nous ne croyons pas pouvoir cependant accepter cette solution.

La dispense d'inscription est, dans la pensée de la loi, le complément de la protection du mineur. La loi veille à ses intérêts, parce qu'il est incapable de les sauvegarder lui-même. Or, dans notre hypothèse, l'incapacité persiste avec toute son étendue ; le mineur n'a même pas l'administration de son patrimoine ; il est donc juste qu'il continue de jouir du bénéfice de la dispense d'inscription. Cette théorie est en harmonie avec le texte de la loi de 1855 qui ne parle que du mineur devenu majeur, de la cessation de la tutelle, et avec la volonté du législateur qui

a été de limiter la dispense à la durée de l'incapacité, mais qui est évidemment de la faire durer tant que l'incapacité se prolonge ⁹⁸⁵.

1508. Pour l'hypothèque légale de la femme mariée le point de départ du délai d'un an est fixé par l'art. 8 au jour de la dissolution du mariage. La généralité des termes de la loi nous permet de l'appliquer à toutes les causes qui entraînent la dissolution du mariage, aussi bien au divorce ⁹⁸⁶ qu'au prédécès du mari, bien que le législateur n'ait eu en vue que cette dernière hypothèse et n'ait en conséquence parlé que de la femme veuve. Il n'y a pas en effet de motif pour distinguer entre les deux cas.

Le délai d'un an court dans le cas de veuvage du jour du décès du mari, dans le cas de divorce du jour de la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil. Lorsque le mariage a été annulé et que la femme de bonne foi veut se prévaloir de son hypothèque légale, nous croyons qu'elle est obligée de la faire inscrire dans l'année et que le délai court à partir du jour où le jugement qui a prononcé la nullité du mariage est devenu définitif.

1509. La question est beaucoup plus délicate dans le cas d'absence, que les auteurs de la loi de 1855 n'ont certainement pas prévu. Il semblerait dès lors naturel d'en conclure que l'art. 8 est étranger à cette hypothèse et que l'hypothèque continue d'être dispensée d'inscription pendant toute la durée de l'absence.

Cette solution nous paraît sans difficulté, lorsque l'absence prend fin par le retour de l'absent, par la preuve acquise de son existence ou par la preuve de son décès. Dans les deux premiers cas, le mariage n'est pas dissous et l'année, à l'expiration de laquelle l'hypothèque perd le bénéfice du rang que lui attribue l'art. 2135 si elle n'a pas été inscrite, n'a pas pu commencer à courir. Dans le troisième, le point de départ paraît fixé par l'art. 8 au jour

de la dissolution du mariage, c'est-à-dire au jour du décès de l'époux absent. Nous hésiterions cependant à proposer cette solution d'une manière absolue. Le délai d'un an accordé par l'art. 8 doit être un délai utile ; or la femme ou ses représentants ne peuvent être accusés de négligence tant qu'ils n'ont pas eu connaissance du décès de l'absent. En conséquence, nous croirions plus juste d'en fixer le point de départ au jour où cette connaissance a été acquise. Mais l'absence peut se prolonger indéfiniment sans qu'on acquière jamais la preuve de l'existence ou du décès de l'absent, il serait alors plus conforme aux principes généraux de faire courir le délai à partir de l'envoi en possession définitif, peut-être même du jour où cet envoi peut être demandé. La loi règle les droits des parties comme si l'absent était mort ; elle valide les actes de disposition consentis par les envoyés en possession (art. 132), elle ordonne de procéder au partage des biens (art. 129), on autorise non seulement l'exercice des actions en rapport, mais encore l'exercice des actions en réduction. Il est logique d'appliquer l'art. 8 de la loi de 1855 et d'imposer à la femme ou à ses héritiers l'obligation de faire inscrire l'hypothèque légale. Sans doute, pendant l'envoi en possession provisoire, les conventions matrimoniales ont pu cesser de produire leur effet (art. 124). Mais ce n'est pas un motif suffisant pour faire courir le délai d'un an.

Dans tous les cas, ce délai court. à partir du décès de l'époux présent, qui entraîne certainement et nécessairement la dissolution du mariage.

1510. Nous serions assez portés à appliquer des solutions analogues dans les cas de constatation judiciaire du décès faite dans les conditions prévues par la loi du 8 juin 1893. Le délai d'un an ne courrait que du jour de la transcription du jugement sur les registres de l'état civil. S'il en était autrement, le délai pourrait être expiré avant que les intéressés ne fussent véritablement mis en demeure d'en profiter.

1511. Il résulte aussi du texte que l'obligation de faire inscrire l'hypothèque légale n'est imposée ni à la femme séparée de corps et de biens, ni à la femme séparée de biens. Alors le mariage n'est pas dissous, la femme reste incapable bien qu'elle ait ou recouvre la libre administration de son patrimoine ; elle continue d'être placée sous la dépendance de son mari. Elle bénéficie de la dispense d'inscription écrite dans l'art. 2135. La solution contraire nous conduirait, du reste, à une conséquence manifestement contraire à la volonté du législateur ; elle aurait pour résultat de soumettre d'une manière absolue à la publicité l'hypothèque légale de la femme mariée sous le régime de la séparation de biens.

1512. Incontestable à l'époque de la rédaction de la loi du 23 mars 1855, cette doctrine ne se trouve-t-elle pas condamnée par la loi du 6 février 1893 portant modification au régime de la séparation de corps ? La difficulté est très grave ; elle n'a pas été prévue par les auteurs de la loi nouvelle. Si la dispense d'inscription avait pour unique fondement l'incapacité de la femme, on devrait décider que le délai d'un an accordé par l'art. 8 de la loi de 1855 court à partir de la séparation de corps ; car la séparation de corps rend à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice (al. 3 de l'art. 311 nouveau). On pourrait dire aussi que la femme cesse par le jugement d'être placée sous l'autorité, la direction et l'influence de son mari et que, dès lors, la dispense d'inscription n'a plus de raison d'être. Nous reviendrions ainsi pour le cas de séparation de corps à une législation analogue à celle de l'édit de 1673. A ce point de vue, la solution pourrait être heureuse. Nous hésitons cependant à la proposer. Il est certain pour nous que les auteurs de la loi de 1855 n'ont pas eu la pensée d'imposer à la femme séparée l'obligation de faire inscrire son hypothèque légale. D'un autre côté, il est certain que les auteurs de la loi de 1893 n'ont nulle part

exprimé la volonté de modifier la loi de 1855. Ne faut-il pas en conclure que les règles de l'art. 8 demeurent en vigueur et que la femme séparée de corps n'est pas tenue de publier son hypothèque ? Cependant on peut prétendre que la loi nouvelle a eu pour but d'accorder à la femme séparée de corps la même indépendance qu'à la femme divorcée, sauf les effets que peut encore produire le lien bien relâché du mariage, comme le devoir de fidélité. Or nous avons décidé que la femme divorcée doit, comme la femme veuve, faire inscrire son hypothèque. La même règle ne doit-elle pas recevoir son application à la femme séparée de corps ? Cependant la séparation de corps ne dissout pas le mariage ; elle ne fait pas cesser l'inaliénabilité des immeubles dotaux ⁹⁸⁷. D'un autre côté, la femme ne peut-elle pas avoir intérêt à ménager les susceptibilités de son mari pour amener, s'il est possible, une réconciliation que conseillerait l'intérêt des enfants ? Son abstention n'est-elle pas ainsi justifiée et le législateur ne doit-il pas favoriser une semblable conduite ? Enfin, si les époux se réconcilient, l'hypothèque légale ne reprendra-t-elle pas toute sa force, ne rétroagira-t-elle pas dans le passé aux diverses dates fixées par l'art. 2135 ? N'y aurait-il pas dès lors une véritable inconséquence à faire ainsi revivre dans le passé, au préjudice des tiers, une hypothèque qui aurait perdu le bénéfice de son rang, ou même qui aurait cessé de frapper les immeubles aliénés par le mari ; si la liquidation des droits de la femme avait été opérée et suivie d'un paiement, ne serait-ce pas laisser la porte ouverte aux fraudes que les époux pourraient concerter entre eux librement ? Pour sauvegarder les intérêts des tiers, il faudrait décider que l'hypothèque ne prendrait rang alors que du jour de la réconciliation, peut-être même du jour où cette réconciliation aurait été constatée et publiée dans les formes déterminées par le dernier al. du nouvel art. 311. C'est au législateur, au législateur seul qu'il appartenait de

le faire. Nous ne pensons pas que l'interprète ait le droit de créer de semblables règles et jusqu'au jour où notre législation aura été modifiée sur ce point, nous croyons plus prudent et plus sage de décider que la séparation de corps ne fait pas naître pour la femme l'obligation de requérir inscription de son hypothèque légale ⁹⁸⁸.

1513. Bien que l'art. 8 n'impose expressément cette obligation qu'à la femme veuve, et ne prévoie par suite que le cas de dissolution de mariage par le prédécès du mari, nous n'hésitons pas à appliquer cette règle dans le cas inverse, lorsque le mariage est dissous par le prédécès de la femme. Nous avons déjà rencontré une difficulté analogue pour le mineur, lorsque la tutelle prend fin par sa mort ; nous l'avons résolue en ce sens ⁹⁸⁹. Les mêmes considérations nous conduisent ici à une solution identique. Les héritiers de la femme n'ont jamais été frappés de la même incapacité que celle-ci ; ils ne se sont jamais trouvés dans les liens de la même dépendance. Il n'y a pas de motifs pour leur accorder le bénéfice de la faveur dont ne jouit plus la femme, que le législateur de 1855 a voulu renfermer dans des bornes étroites. Ils sont donc tenus de faire inscrire l'hypothèque légale dans l'année à partir du décès de la femme, s'ils veulent conserver l'avantage du rang fixé par l'art. 2135 ⁹⁹⁰.

1514. Cette règle s'applique-t-elle même dans le cas où les héritiers de la femme sont mineurs ? Nous avons déjà rencontré cette difficulté en matière de tutelle ⁹⁹¹ ; nous en avons alors ajourné l'examen ; elle comporte en effet la même solution dans l'un et l'autre cas.

On est généralement d'accord pour soumettre à l'application de l'art. 8 les héritiers mineurs de la femme, lorsqu'ils sont placés sous la tutelle d'une personne autre que le mari débiteur de la dot. Il n'y a pas alors ce conflit entre le devoir et l'intérêt qui fait naître une très grave difficulté ⁹⁹².

Mais la question est très discutée dans l'hypothèse inverse. La femme meurt laissant pour héritiers des enfants mineurs issus du mariage. Le mari survivant devient de plein droit leur tuteur. Si l'obligation de faire inscrire l'hypothèque légale de la femme prend immédiatement naissance, si le délai pour remplir cette formalité commence à courir de suite et si le point de départ n'en est pas reporté à l'époque de la majorité des mineurs, que pourra-t-il arriver ? C'est que le père, plus soucieux de ses intérêts personnels que des intérêts de ses enfants, négligera de faire inscrire l'hypothèque légale de sa femme, que les mineurs perdront le bénéfice du rang déterminé par l'art. 2135-2° et n'auront pas d'autre garantie que leur propre hypothèque légale datant du jour de l'ouverture de la tutelle, c'est-à-dire du jour du décès de leur mère. Or, c'est précisément contre ce danger, contre cette lutte dans laquelle le devoir pourrait être sacrifié à l'intérêt que le législateur a voulu protéger les incapables en dispensant l'hypothèque de publicité. Ne faut-il pas en conclure que les effets de la dispense d'inscription se prolongeront jusqu'au moment où aura cessé l'incapacité des héritiers ?

Malgré ces considérations, nous croyons que les mineurs ne pourront conserver le bénéfice de l'hypothèque légale avec le rang déterminé par l'art. 2135-2° que s'ils prennent inscription dans l'année du décès de la femme. Il est certain que la rédaction de l'art. 8 manque de précision. Le texte ne s'applique pas seulement, comme sa construction grammaticale pourrait porter à le penser, aux héritiers du mineur devenu majeur et de la femme veuve ; il embrasse dans ses prévisions les héritiers du mineur décédé en tutelle, de la femme décédée pendant le mariage. On le reconnaît sans difficulté ; nul n'hésite à soumettre à cette règle les héritiers majeurs des incapables et même les héritiers mineurs lorsqu'ils sont placés sous la tutelle d'une personne autre que celle grevée de l'hypothèque légale

assujettie à la formalité de l'inscription. Or, si cette solution est, comme nous le croyons, consacrée par l'art. 8, il est impossible de distinguer, dans ce cas, entre les héritiers mineurs et les héritiers majeurs pour les soumettre à des règles différentes. La règle doit être absolue, parce que le texte est général. En le décidant ainsi, nous nous conformons à l'art. 8. La pensée dominante du législateur a été de limiter la dispense au temps pendant lequel le créancier est frappé d'incapacité ou se trouve dans l'impossibilité morale de veiller à la sauvegarde de ses droits. Or, cette incapacité, cette impossibilité morale dérivent de l'état de mariage. Les héritiers, même mineurs, de la femme ne sont pas dans la même condition que celle-ci. Par conséquent ils ne peuvent pas invoquer le bénéfice de la dispense d'inscription fondée sur l'état de femme mariée. Il est vrai qu'à une incapacité succède une autre incapacité, que l'impossibilité morale qui disparaît se trouve remplacée par une autre impossibilité de même nature. Mais à chaque mal son remède : à l'un, l'hypothèque légale de la femme mariée ; à l'autre, l'hypothèque légale du mineur ; à l'un et à l'autre une semblable dispense d'inscription ; à l'un, une hypothèque légale dont le rang varie avec la date des créances ; à l'autre, une hypothèque légale dont le rang est fixé par l'ouverture de la tutelle. Mais ces deux incapacités distinctes dans leurs causes ne sauraient réagir l'une sur l'autre ; lorsque l'une d'elles prend fin, la dispense d'inscription, qui lui était accordée cesse de pouvoir être invoquée. Le code applique cette règle au privilège du copartageant ; il l'applique à la séparation des patrimoines ; la minorité des créanciers ne suspend pas le cours des délais de 60 jours et de six mois ; la loi de 1855 l'applique aux privilèges du vendeur et du copartageant qui doivent être inscrits en cas d'aliénation transcrite dans le délai de quarante-cinq jours. N'est-ce pas se conformer aux principes généraux que d'admettre la même doctrine,

quand il s'agit d'interpréter l'art. 8 de la loi de 1855 ? Il est vrai, comme nous l'avons déjà dit, que les intérêts des mineurs seront exposés à de graves dangers. Ils sont incapables, et celui qui est chargé de requérir l'inscription est précisément celui sur les immeubles duquel elle doit être prise. Il eût été sage d'imposer alors à d'autres personnes l'obligation rigoureuse de remplir cette formalité. Mais l'oubli commis par le législateur n'est pas un motif suffisant pour écarter l'application du texte (⁹⁹³).

1515. Le délai d'un an accordé par l'art. 8 de la loi de 1855 ne saurait être restreint par la survenance de l'un des événements qui, aux termes de l'art. 2146, mettent un terme à la faculté d'inscrire les hypothèques. Nous verrons que l'inscription est destituée d'efficacité lorsqu'elle a été prise après le jour du jugement déclaratif de faillite, du décès du débiteur suivi de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou de la vacance de sa succession. Le législateur n'a pas voulu que le créancier pût se procurer une cause de préférence, au moment où la composition du patrimoine et les droits de chacun se trouvent fixés par la liquidation qui commence. Ces événements ne feraient pas obstacle à la validité d'une inscription prise dans le délai d'un an à partir de la cessation de la tutelle ou de la dissolution du mariage. Il ne s'agit pas en effet, comme dans les hypothèses prévues par l'art. 2146, de rendre opposable aux tiers une hypothèque qui n'avait pas encore acquis son efficacité à leur égard. L'inscription requise par l'art. 8 a pour but de conserver à l'hypothèque une efficacité qu'elle possédait déjà, un rang que la loi lui avait attribué ⁹⁹⁴.

1516. L'expiration du délai d'un an sans que l'inscription ait été prise n'emporte pas extinction de l'hypothèque ; elle ne lui enlève pas son caractère d'hypothèque légale. La jurisprudence en a conclu qu'inscription pouvait en être requise en se conformant purement et simplement à l'art.

2153 ⁹⁹⁵. Elle a perdu d'une part le bénéfice de la dispense d'inscription ; elle a perdu d'autre part le bénéfice de la rétroactivité attaché par l'art. 8 à l'inscription prise dans l'année. Par conséquent, elle se trouve dorénavant soumise au principe de droit commun écrit dans l'art. 2134 et qui embrasse dans sa généralité toutes les hypothèques légales, judiciaires ou conventionnelles. Son efficacité à l'égard des tiers dépend donc d'une inscription et son rang sera déterminé par la date de cette inscription ⁹⁹⁶, non par l'art. 2135.

1517. Il résulte également de là que, à partir de l'expiration de l'année ⁹⁹⁷, l'inscription doit en être requise dans les mêmes délais que pour toutes les autres hypothèques et que les événements qui mettent un terme à la faculté de s'inscrire s'opposent également à l'efficacité de l'inscription de cette hypothèque. Ainsi notamment elle ne pourrait pas être utilement inscrite après le jugement déclaratif de faillite ou le décès du débiteur si sa succession avait été acceptée sous bénéfice d'inventaire ou était vacante ⁹⁹⁸. Reste à savoir si on peut alors lui appliquer le deuxième alinéa de l'art. 448C. co. et si le tribunal de commerce peut annuler l'inscription prise depuis la cessation des paiements. Nous la retrouverons en présentant le commentaire des art. 2146 C. civ. et 448 C. co.

1518. Il est cependant un cas dans lequel le mineur devenu majeur, la femme veuve ou divorcée, les héritiers mêmes du mineur décédé pendant la tutelle, de la femme décédée pendant le mariage, sont dispensés de requérir dans l'année l'inscription de l'hypothèque légale. Il se réalise, lorsqu'avant l'expiration de ce délai l'hypothèque a produit son effet légal. De même que le renouvellement de l'inscription est alors inutile, de même l'inscription de l'hypothèque légale du mineur ou de la femme mariée devient superflue.

C'est en présentant le commentaire de l'art. 2154 que nous déterminerons les cas dans lesquels l'hypothèque a produit son effet légal. Nous ne ferons qu'une simple remarque. Il ne suffit pas que les reprises de la femme aient été liquidées, il ne suffit pas que les biens du mari aient été par elle saisis, soit sur celui-ci, soit entre les mains d'un tiers détenteur. Les immeubles du mari n'ont pas encore été transformés en une somme d'argent ; le droit de la femme n'est pas transporté de la chose sur le prix. L'hypothèque n'a pas encore produit son effet légal. L'inscription demeure la condition essentielle, requise pour la conservation du droit ⁹⁹⁹.

1519. La publicité dont l'hypothèque légale doit être entourée n'est requise par l'art. 8 qu'à l'égard des tiers. Les expressions employées par le législateur de 1855 sont identiques à celles que nous avons rencontrées dans l'art. 2134. Elles doivent avoir le même sens et la même portée. Il en résulte :

1° Que le droit de se prévaloir du défaut d'inscription appartient non seulement aux tiers acquéreurs ou aux créanciers hypothécaires du mari ou du tuteur, mais encore aux créanciers simplement chirographaires. On a cependant soutenu l'opinion contraire et prétendu que ceux-là seuls sont des tiers au point de vue de l'art. 8 de la loi de 1855 qui ont acquis des droits réels sur les immeubles grevés ¹⁰⁰⁰. Nous ne pouvons accepter cette solution. L'art. 8 de la loi de 1855 emploie l'expression de tiers dans son sens général et sans en limiter la signification. Si la loi avait voulu en restreindre la portée, elle n'aurait pas manqué d'ajouter comme dans les art. 3 et 7 : qui ont acquis des droits sur l'immeuble. En l'absence d'une manifestation formelle de volonté, nous devons donner à cette expression le sens étendu qu'elle comporte en matière d'hypothèques. La différence que nous établissons ainsi entre la transcription et l'inscription, est,

du reste, très rationnelle. La transcription n'est pas requise à l'égard des créanciers chirographaires, parce qu'ils ont été représentés par leur débiteur dans les actes d'aliénation qu'il consent. L'inscription est au contraire la condition essentielle et absolue de l'efficacité du droit hypothécaire à l'égard de tous. Il faut en conclure que l'hypothèque légale non inscrite dans les délais de l'art. 8 ne peut pas être opposée même aux créanciers chirographaires du mari ou du tuteur ¹⁰⁰¹.

2° Que le défaut d'inscription ne peut être opposé ni par le mari, ni par le tuteur, ni par leurs héritiers. C'est une conséquence du principe que nous avons établi sur l'art. 2134. Entre les parties et leurs héritiers l'efficacité de l'hypothèque n'est subordonnée à aucune condition de publicité. La cour de Nancy en a déduit cette conséquence, que l'héritier du mari ne pouvait pas opposer le défaut d'inscription de l'hypothèque légale, même dans le cas où il invoque le privilège du copartageant ¹⁰⁰².

1520. Des développements précédents, il résulte que les hypothèques légales des mineurs, des interdits et des femmes mariées sont dispensées de publicité pendant la durée de la tutelle ou du mariage et même jusqu'à l'expiration de l'année qui suit la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage. Tel est bien effectivement le principe. Mais il comporte des exceptions. Il est des cas dans lesquels l'inscription devient nécessaire avant l'expiration de ces délais, même pendant le mariage ou la tutelle. Ces cas sont au nombre de trois :

1° Lorsqu'à la suite d'une aliénation volontaire consentie par le tuteur ou le mari, le tiers acquéreur remplit les formalités prescrites par les art. 2193 et 2194 pour la purge des hypothèques dispensées d'inscription. Alors l'hypothèque légale doit être inscrite avant l'expiration du délai de deux mois déterminé par l'art. 2195 ;

2° Lorsque les immeubles du tuteur ou du mari sont l'objet d'une poursuite en expropriation forcée. Alors l'inscription de l'hypothèque doit être effectuée avant la transcription du jugement d'adjudication (art. 717 dernier al. Pr. civ.) ;

3° Lorsque les immeubles du tuteur ou du mari ont été expropriés pour cause d'utilité publique. Dans ce cas, l'hypothèque doit être inscrite dans le délai de quinzaine à partir de la transcription du jugement d'expropriation. Cette règle, écrite dans l'art. 17 de la loi du 3 mai 1841, n'a pas été abrogée par la loi du 23 mars 1855 en vertu du principe : *Legi speciali per generalem non derogatur*.

Toutefois, dans ces diverses hypothèses, l'inscription n'est requise que pour assurer la conservation du droit de suite. Le défaut d'accomplissement de cette formalité dans le délai de la loi laisse subsister au profit du mineur, de l'interdit et de la femme mariée le droit de préférence attaché à leur hypothèque légale. Ce sont des cas dans lesquels le droit de préférence survit au droit de suite.

En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, notre solution est formellement consacrée par l'art. 17 de la loi du 3 mai 1841. En effet, après avoir décidé qu'à défaut d'inscription dans le délai de quinzaine l'immeuble exproprié est affranchi de tous privilèges et hypothèques de quelque nature qu'ils soient, la loi réserve cependant les droits des femmes, mineurs et interdits sur le montant de l'indemnité tant qu'elle n'a pas été payée ou que l'ordre n'a pas été réglé définitivement entre les créanciers.

En cas d'expropriation forcée, la question était vivement controversée. La jurisprudence de la cour de cassation, après de longues hésitations, s'était prononcée en faveur des créanciers à hypothèques légales dispensées d'inscription ; elle décidait que le jugement d'adjudication ne purgeait pas ces hypothèques ¹⁰⁰³. Cette théorie avait rencontré une très vive résistance dans la doctrine ¹⁰⁰⁴ et

avait été repoussée par de nombreux arrêts ¹⁰⁰⁵. La loi du 21 mai 1858 a mis un terme à ce débat. En vertu du dernier al. du nouvel art. 717 Pr. civ., les hypothèques légales qui n'ont pas été inscrites avant la transcription du jugement d'adjudication sont purgées ; néanmoins ces créanciers peuvent encore être colloqués par préférence sur le prix, pourvu qu'ils produisent dans les conditions fixées par cet article ¹⁰⁰⁶.

La logique nous conduit à admettre la même solution dans le cas de purge sur aliénation volontaire ; car il n'y a pas de motif pour distinguer entre ces diverses hypothèses. L'inscription de l'hypothèque n'est alors requise que pour conserver le droit de suite à l'encontre des tiers acquéreurs. Cette prescription doit être sans influence sur la situation des créanciers dans leurs rapports respectifs ; le droit de préférence doit donc continuer de subsister ¹⁰⁰⁷.

Si la purge, l'expropriation forcée, l'expropriation pour cause d'utilité publique n'avaient eu lieu qu'après l'expiration d'une année à partir de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle, ces créanciers seraient soumis aux mêmes règles que tous les autres créanciers hypothécaires. Ils seraient donc tenus de requérir inscription de leur hypothèque avant la transcription de l'acte d'aliénation volontaire ou du jugement d'adjudication sur expropriation forcée ou dans la quinzaine de la transcription du jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique ¹⁰⁰⁸. Faute par eux de ce faire, ils encourraient, comme un créancier hypothécaire ordinaire, la double déchéance du droit de suite et du droit de préférence, et cette dernière déchéance pourrait être invoquée, en vertu des principes que nous avons posés, par les créanciers chirographaires aussi bien que par les autres créanciers hypothécaires.

1521. Rappelons que la loi de 1855 soumet à la publicité les subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée.

Nous nous sommes déjà expliqués à ce sujet, nous nous contentons de renvoyer au commentaire que nous avons donné de l'art. 9 de la loi de 1855 complété par la loi du 13 février 1889 ¹⁰⁰⁹.

1522. Disposition transitoire. — On lit dans l'art. 11 al. 5 de la loi du 23 mars 1855 : « L'inscription exigée par l'art.

» 8 doit être prise dans l'année à compter du jour où la loi
» est exécutoire ; à défaut d'inscription dans ce délai, l'hypo-

» thèque légale ne prend rang que du jour où elle est ulté-
» rieurement inscrite ». C'était une sorte de mise en demeure adressée à tous les créanciers à hypothèque légale dont l'incapacité avait alors cessé, mais dont les droits n'étaient pas encore liquidés, de prendre inscription dans le délai d'un an à dater du 1^{er} janvier 1856, jour où la loi est devenue exécutoire (art. 10). La sanction est celle contenue dans l'art. 8 in fine.

N. 4. Mesures tendant à assurer autant que possible la publicité des hypothèques dispensées d'inscription.

1523. Dans l'intérêt du mineur, de l'interdit et de la femme mariée, la loi a décidé que leur hypothèque légale produirait ses effets indépendamment de toute inscription. Le législateur a pensé que leur incapacité ou mieux leur état de subordination les mettait dans l'impossibilité de remplir les formalités protectrices de leurs créances. Cet intérêt sauvegardé, la loi se préoccupe du crédit immobilier qui réclame la publicité. Les prescriptions dont nous abordons le commentaire ont donc été exclusivement édictées pour avertir les tiers, comme l'ont très exactement observé Cambacérès, Tronchet et Berlier.

En conséquence, la loi prend toutes les mesures nécessaires pour assurer autant que possible l'inscription desdites hypothèques, sans cependant subordonner leur efficacité à l'accomplissement de cette formalité. Dans cette vue, le législateur oblige certaines personnes et en invite certaines autres à faire inscrire les hypothèques dont s'agit.

La situation de ces diverses personnes diffère sensiblement. L'obligation imposée aux premières est, comme nous le verrons, sanctionnée par la loi. Il en est autrement pour les secondes, qui n'encourent jamais de ce chef aucune responsabilité.

1524. La loi impose en première ligne aux maris et tuteurs l'obligation de faire inscrire l'hypothèque légale dont leurs immeubles sont grevés.

« Sont toutefois les maris et les tuteurs tenus de rendre pu-

» bliques les hypothèques dont leurs biens sont grevés, et, à

» cet effet, de requérir eux-mêmes, sans aucun délai, inscrip-

» tion aux bureaux à ce établis, sur les immeubles à eux ap-

» partenant, et sur ceux qui pourront leur appartenir par la

» suite » (art. 2136 al. 1).

Cette inscription doit être prise sans délai, c'est-à-dire immédiatement après la célébration du mariage ou l'ouverture de la tutelle.

La loi dit : « sur les immeubles à eux appartenant... » : ce qui donnerait à penser que le mari ou le tuteur doit prendre une inscription spéciale sur chaque immeuble dont il est propriétaire. Mais il résulte de l'art. 2148 al. final, qu'il suffit de prendre une seule inscription à chaque bureau dans le ressort duquel le mari ou le tuteur possède

un ou plusieurs immeubles, même pour les immeubles à venir.

1525. La loi craint que les maris et tuteurs ne soient peu disposés à remplir cette obligation ; elle redoute qu'ils ne cherchent au contraire à dissimuler les charges établies sur leurs immeubles. En conséquence, elle confie à d'autres personnes le soin de suppléer à leur négligence.

En ce qui concerne l'hypothèque légale du mineur ou de l'interdit, on trouve à côté du tuteur un subrogé tuteur spécialement appelé à le suppléer, toutes les fois que ses intérêts sont, comme dans notre hypothèse, en opposition avec ceux du pupille.

« Les subrogés tuteurs sont tenus, sous leur responsabilité

» personnelle, et sous peine de tous dommages et intérêts, de

» veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai sur

» les biens du tuteur, pour raison de sa gestion, même de faire

» faire lesdites inscriptions » (art. 2137).

A la différence de la loi du 11 brumaire an VII (art. 32), qui les déclarait personnellement et solidairement responsables, le code n'impose pas cette obligation aux parents et aux amis qui ont concouru à la nomination du tuteur. Il est facile de justifier cette différence. Sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, la publicité était requise dans l'intérêt de l'incapable ; l'inscription était la condition d'efficacité de son hypothèque. On comprend dès lors que le législateur ait multiplié le nombre des personnes chargées de requérir l'inscription ; l'incapable trouvera dans la responsabilité solidaire encourue, la garantie que lui enlève le défaut d'inscription de l'hypothèque. Au contraire, le code ordonne la publicité non pas dans l'intérêt de l'incapable qui peut toujours invoquer son hypothèque, mais dans l'intérêt des tiers, et il n'y a pas de motif pour étendre le cercle des responsabilités.

L'obligation ainsi imposée au subrogé tuteur ne s'applique d'ailleurs qu'à l'hypothèque légale qui. garantit la gestion tutélaire ; elle ne saurait être étendue aux autres hypothèques même légales, qui peuvent appartenir au mineur, notamment du chef de sa mère prédécédée ¹⁰¹⁰.

1526. Il était impossible de procéder de la même manière pour l'hypothèque légale de la femme mariée. Les pouvoirs du mari sont extrêmement étendus ; n'était la possibilité pour la femme de demander et d'obtenir la séparation de biens, nous dirions que le droit d'administration du mari est absolu. Il n'existe donc à côté de lui personne à qui la loi puisse donner la mission de faire inscrire l'hypothèque légale, comme elle l'a fait en matière de tutelle. La loi cependant a pris une dernière précaution.

1527. Elle impose en effet cette obligation au procureur de la République.

« A défaut par les maris, tuteurs, subrogés tuteurs, de faire

» faire les inscriptions ordonnées par les articles précédents,

» elles seront requises par le procureur du Roi près le tribunal

» de première instance du domicile des maris et tuteurs, ou du

» lieu de la situation des biens » (art. 2138).

Cette disposition est impérative et, quoique les termes de l'art. 2138 soient moins expressifs que ceux des articles précédents, il n'est pas douteux que la loi impose une obligation. Remarquons seulement qu'il ne s'agit pas ici de sauvegarder les intérêts des incapables ; ils ne courent aucun risque ; l'efficacité de leur hypothèque est indépendante de la publicité, au moins en ce qui concerne le droit de préférence, et même dans une certaine mesure en ce qui concerne le droit de suite ; c'est donc dans l'intérêt des tiers que cette prescription a été édictée ; or il leur appartient de veiller à leur propre sûreté. Aussi le ministère public doit-il, en cette matière, se montrer extrêmement réservé.

Il n'en fut pas ainsi à l'origine. Quelques procureurs de la République prenaient, dans tous les cas et sans examen, inscription des hypothèques légales. D'autres ne le faisaient que dans le cas où les acquéreurs des immeubles du mari procédaient à la purge des hypothèques dispensées d'inscription. L'attention du grand juge fut appelée sur ces difficultés et par une circulaire du 15 septembre 1806, il rappela « qu'en

» chargeant le ministère public de requérir d'office des ins-

» criptions hypothécaires, la loi n'avait eu pour but que de

» suppléer à la négligence ou à l'inaction de ceux qui doivent

» ou qui peuvent prendre ces inscriptions... ; que l'interven-

» tion du ministère public est donc purement subsidiaire et

» subordonnée au plus ou moins de diligence des parties,
» mais qu'il importe surtout qu'il n'intervienne qu'en parfaite
» connaissance de cause et qu'après s'être assuré qu'il y a lieu
» de prendre inscription, afin de ne point exposer les parties
» à des frais frustratoires, et les tiers qui auraient légitime-
» ment contracté à de vaines difficultés et à des lenteurs pré-
» judiciaires ».

Après cette instruction confirmée par d'autres, l'art. 2138 est tombé en désuétude et il y a peu de parquets, si même il en existe, qui requièrent inscription des hypothèques légales. Du reste, la loi n'édicte aucune sanction, et ce nouveau motif explique comment cette disposition ne reçoit plus d'application.

1528. Est-il besoin d'ajouter que les représentants du ministère public sont seuls investis du droit de faire inscrire ces hypothèques. Les conservateurs des hypothèques n'en ont pas la faculté ¹⁰¹¹. En principe, ils obéissent aux réquisitions des parties ; ils ne peuvent pas agir de leur propre mouvement. Pour les autoriser à prendre une inscription d'office, il faudrait un texte formel, comme l'art. 2108 pour le privilège du vendeur. Dans le silence de la loi, ils ne peuvent pas prendre inscription des hypothèques légales dispensées d'inscription.

1529. L'inscription de l'hypothèque légale doit être requise avec toute l'étendue qu'elle comporte suivant les circonstances. En principe, les hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit sont générales. L'inscription doit en être faite dans les mêmes termes et conformément à l'art. 2153. Mais, générale dans son principe, l'hypothèque peut avoir été restreinte par le contrat de mariage, par l'acte de nomination du tuteur ou

réduite pendant le mariage ou la tutelle. L'inscription tiendra compte de ces événements. Si l'hypothèque a été spécialisée, le mari, le tuteur et le subrogé tuteur ne seront tenus de requérir inscription que sur les immeubles indiqués (art. 2142). Cet article ne prévoit, il est vrai, que le cas où l'hypothèque a été restreinte à l'époque de sa naissance ; mais sa règle doit être étendue à l'hypothèque de la réduction effectuée pendant le mariage ou la tutelle. Il y a même raison de décider. Si au contraire on avait procédé par voie d'exclusion en désignant limitativement les immeubles qui seraient soustraits à l'hypothèque légale, l'inscription devrait être requise avec toute sa généralité, mais on y indiquerait les immeubles affranchis de cette charge.

1530. L'al. 2 de l'art. 2136 établit une sanction sévère contre le mari ou le tuteur, qui néglige de faire inscrire l'hypothèque légale dont ses biens sont grevés : « Les maris

» et les tuteurs qui, ayant manqué de requérir et de faire
» faire les inscriptions ordonnées par le présent article, au-
» raient consenti ou laissé prendre des privilèges ou des hypo-

» thèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément

» que lesdits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale

» des femmes et des mineurs, seront réputés stellionnaires,

» et comme tels contraignables par corps ».

L'art. 2136 estime aggravation du droit commun. D'après l'art. 2059, le stellionat suppose nécessairement une déclaration contraire à la vérité ; l'art. 2136 se contente d'une simple réticence. La sanction de la loi est donc particulièrement sévère. Par conséquent sa disposition doit être interprétée de la manière la plus restrictive.

La détermination précise du sens de cette disposition présentait une très grande importance à l'époque où la contrainte par corps existait en matière civile ; car cette sanction rigoureuse était attachée au stellionat ; l'art. 2059 le dit et l'art. 2136 le répète. Depuis que la contrainte par corps a été abolie en matière civile par la loi du 22 juillet 1867, la sanction principale du stellionat en général et de l'art. 2136 al. 2 en particulier a disparu, et l'intérêt de notre question a ainsi considérablement diminué, sans cependant disparaître tout à fait ; car il reste encore dans nos lois quelques dispositions rigoureuses à l'endroit des stellionataires. (V. not. art. 905 Pr. civ. et art. 540 C. co.)

1531. L'art. 2136 prévoit le cas où le mari ou le tuteur a consenti ou laissé prendre des privilèges ou des hypothèques ; il est donc étranger à l'hypothèse où le mari ou le tuteur vend un immeuble grevé de l'hypothèque légale sans prévenir l'acquéreur de l'existence de cette hypothèque.

Ce n'est pas à dire cependant que le mari ou le tuteur ne pourra pas alors être stellionataire, seulement on ne pourra pas invoquer contre eux l'art. 2136 ; c'est en vertu des règles du droit commun et de l'art. 2059, qu'on décidera s'il y a stellionat. Notamment les maris ou tuteurs qui présenteraient comme libres des biens grevés de l'hypothèque légale seraient stellionataires (art. 2059) ¹⁰¹². Mais il serait impossible de se prévaloir contre eux de l'art. 2136 et de considérer une simple réticence comme constitutive du stellionat ¹⁰¹³. La différence que la loi a établie entre ces deux hypothèses se justifie facilement. L'acquéreur, avec un peu de vigilance et de prudence peut échapper à tous les dangers. Il lui suffit de ne payer son prix qu'après avoir procédé à la purge des hypothèques légales. Il en est autrement pour un prêteur. Le silence gardé sur l'existence de l'hypothèque légale peut avoir pour lui des conséquences funestes, qu'il n'a aucun moyen

légal de prévenir. Le jour où l'immeuble sera réalisé, il verra apparaître l'hypothèque légale avec son droit de préférence ; le prix de son gage sera absorbé en totalité ou en partie ; sa sûreté deviendra insuffisante ; il sera exposé à perdre sa créance. C'est pour le mettre à l'abri de ce danger qu'a été édicté l'art. 2136. C'est pourquoi la loi a limité cette disposition au cas où le mari ou le tuteur a consenti ou laissé prendre des privilèges ou des hypothèques et ne l'a pas étendu au cas de vente ¹⁰¹⁴.

1532. L'art. 2136 ne s'applique qu'au mari ou au tuteur qui a consenti ou laissé prendre des privilèges ou des hypothèques. Ce membre de phrase est extrêmement obscur. On s'explique facilement les mots consentir des hypothèques. Ainsi un tuteur, qui n'a pas fait inscrire l'hypothèque légale dont ses biens sont grevés au profit de son pupille, consent une hypothèque sur ces mêmes biens en faveur d'un de ses créanciers, sans le prévenir que cette hypothèque sera primée par celle de son pupille. Pour cette simple réticence, et alors même qu'il n'aurait commis aucun dol, le tuteur tombe sous le coup de notre article ; il est stellionataire. Mais il faut se mettre l'esprit à la torture pour expliquer les mots consenti... des privilèges laissé prendre des privilèges ou des hypothèques.

D'une part on ne consent pas de privilèges ; les privilèges sont établis par la loi et fondés sur la qualité de la créance ; on ne conçoit guère comment la réticence du mari ou du tuteur peut nuire au créancier privilégié, puisqu'il sera préféré aux créanciers hypothécaires du même débiteur. D'un autre côté on ne s'explique pas comment le mari ou le tuteur sera stellionataire, parce qu'il aura laissé prendre des hypothèques. Ces expressions ne peuvent viser que les hypothèques légales ou judiciaires. Dans l'une et l'autre alternative, il semble impossible d'appliquer l'art. 2136. Comment le mari pourrait-il être stellionataire parce que, nommé comptable de deniers publics, il n'aura pas déclaré

à l'Etat l'hypothèque légale dont ses immeubles sont grevés du chef de sa femme ? Comment serait-il stellionataire, parce qu'il aura gardé le même silence à l'égard du tiers qui obtient contre lui un jugement de condamnation ? De ces prémisses on conclut non seulement, ce qui est juste, que l'art. 2136 est étranger à l'établissement d'hypothèques judiciaires ¹⁰¹⁵ ou de nouvelles hypothèques légales sur les biens du mari ou du tuteur, mais, ce qui ne nous paraît plus exact, que cette disposition doit être restreinte aux hypothèques conventionnelles consenties sur les immeubles déjà grevés de l'hypothèque légale. Pour justifier cette déduction, on invoque en outre l'art. 2194, qui, se référant à l'hypothèse prévue par notre art., ne parle que des hypothèques consenties par les maris et tuteurs ¹⁰¹⁶.

Nous ne pouvons admettre cette interprétation, parce qu'elle supprime purement et simplement une partie du texte. Elle le déclare absolument inapplicable aux privilèges ; elle efface les mots : laissé prendre des hypothèques. Il faut donc chercher une autre interprétation. Voici l'explication généralement admise. Un mari ou un tuteur vend à crédit un immeuble grevé de l'hypothèque légale, et acquiert ainsi le privilège du vendeur, privilège qui est primé par l'hypothèque légale dont tous ses biens sont grevés ; puis il reçoit le paiement du prix d'un tiers qu'il subroge dans son privilège, et il consent cette subrogation sans prévenir le subrogé que le privilège qu'il lui transmet est primé par l'hypothèque légale. Le mari ou le tuteur a consenti, ou plus exactement laissé prendre au subrogé un privilège inefficace, sans déclarer la cause de cette inefficacité ; il est stellionataire. Même solution si un mari ou un tuteur, ayant constitué sur ses biens pour la garantie d'une créance une hypothèque conventionnelle qui est primée par l'hypothèque légale de sa femme ou de son pupille, emprunte de l'argent pour

payer le créancier hypothécaire et subroge le prêteur dans l'hypothèque du créancier désintéressé, sans le prévenir de l'existence de l'hypothèque légale qui le primera. Ici le mari a, non pas consenti, mais laissé prendre une hypothèque sur ses biens, sans déclarer l'existence de l'hypothèque légale ; il sera encore stellionataire ¹⁰¹⁷.

1533. La loi subordonne l'existence du stellionat à deux conditions. Il faut : 1° que les maris et tuteurs aient manqué de requérir et de faire faire les inscriptions des hypothèques légales grevant leurs immeubles ; 2° qu'ils n'aient pas déclaré expressément, au moment où ils consentaient ou laissaient prendre des privilèges ou des hypothèques, que leurs immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes et des mineurs. Ces deux conditions sont cumulativement exigées par la loi. Si l'une d'elles fait défaut, il n'y a pas stellionat. C'est une conséquence des principes : le stellionat est un délit et en cette matière tout est de la plus stricte interprétation. Cette solution du reste se justifie sans peine au point de vue de l'équité La loi a voulu, par ce moyen, protéger les tiers contre les fraudes dont ils pourraient être les victimes. Ce danger n'est plus à craindre, lorsque l'existence de l'hypothèque légale leur est révélée soit par une inscription régulièrement prise, soit par une déclaration expresse. Le tiers a eu alors connaissance de l'hypothèque, ou il a dû en avoir connaissance. Il ne peut alléguer aucun dol. Il importerait peu d'ailleurs que l'inscription eût été prise par le mari, le tuteur ou toute autre personne autorisée par la loi. Il suffisait de consulter le registre des hypothèques pour être averti. Celui qui a traité avec le mari ou le tuteur sans le faire a manqué de vigilance. Il portera la peine de sa négligence.

A défaut d'inscription, la loi se contente d'une déclaration expresse ; mais cette déclaration doit porter sur l'existence de l'hypothèque légale ; il ne suffit pas que le mari et le

tuteur déclarent leur qualité de mari ou de tuteur ; le texte est formel ; les tiers pourraient être induits en erreur ; ils ont pu croire que les immeubles hypothéqués étaient affranchis de l'hypothèque légale par l'effet d'une restriction ou d'une réduction. Cela suffit pour justifier l'application de l'art. [1018](#).

Les maris et tuteurs ne seraient pas admis à prétexter de leur ignorance des dispositions de la loi. Nemo jus ignorare censetur. L'erreur qu'ils auraient alors commise serait une erreur grossière ; ils ne peuvent pas l'alléguer pour justifier de leur bonne foi [1019](#). Mais s'ils avaient eu de justes motifs ou tout au moins des raisons plausibles de croire que l'immeuble était affranchi de l'hypothèque légale, ils ne sauraient être réputés stellionataires ; le stellionat est un délit et tout délit implique la mauvaise foi [1020](#).

1534. La disposition de l'art. 2136 est rigoureuse ; la loi a voulu prévenir la fraude ; elle n'offre aux tuteurs et aux maris qui n'ont pas fait inscrire l'hypothèque légale qu'un seul moyen d'échapper à sa sanction sévère ; c'est de faire dans l'acte une déclaration expresse ; à défaut de l'accomplissement de cette formalité, ils seront réputés stellionataires. Il semble qu'il n'y ait pas lieu de se préoccuper du préjudice, ni de la connaissance que le tiers aurait pu avoir par une autre voie de l'existence de l'hypothèque. C'est en effet la conclusion qu'admet la généralité des auteurs [1021](#).

Elle n'a pas été consacrée par la jurisprudence et est controversée dans la doctrine [1022](#). S'il s'agissait d'un délit pénal, c'est-à-dire d'un fait réprimé en lui-même et en raison de son immoralité, la théorie que nous venons d'exposer serait très certainement fondée. Mais le fait prévu par l'art. 2136 consiste dans une simple réticence ; il ne constitue qu'un délit civil ; il est réprimé non à raison de la perversité de son auteur, mais à raison du préjudice qu'il cause à autrui. Il n'y a en jeu que des considérations

d'intérêt privé. Or, lorsque le tiers qui traite avec le mari ou le tuteur a eu personnellement et par une voie quelconque connaissance de l'existence de l'hypothèque légale, la conduite du mari ou du tuteur ne lui cause aucun préjudice dont il lui soit dû réparation. Scienti et volenti non fit injuria.

Donc il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 2136 ; le mari et le tuteur ne sont pas réputés stellionataires. Sous une autre forme nous dirons avec MM. Aubry et Rau : « Il ne faut d'ailleurs

- » pas perdre de vue que la contrainte par corps pro-
- » noncée par l'art. 2136 est bien moins attachée à la créance
- » même du tiers avec lequel le mari ou le tuteur a contracté,
- » qu'aux dommages-intérêts qui peuvent lui être dus en cas
- » de non-paiement de sa créance, et nous comprendrions
- » difficilement que l'on reconnût à celui qui a traité en par-
- » faite connaissance d'une hypothèque légale, un droit quel-
- » conque à des dommages-intérêts à raison du défaut de dé-
- » clarification expresse de cette hypothèque ».

Il ne faut pas oublier toutefois que l'art. 2136 établit une présomption légale : sont réputés stellionataires. Si cette présomption légale admet, comme nous venons de le dire, la preuve contraire, parce qu'elle n'est pas de celles que l'art. 1352 déclare irréfragables, les magistrats n'en doivent pas moins se montrer très sévères dans l'appréciation des moyens de défense invoqués par les maris et tuteurs.

Pour le même motif, le mari serait à l'abri de ces poursuites, si la femme offrait de subroger le tiers dans les effets de son hypothèque légale et n'avait consenti aucune subrogation antérieure au profit d'autres créanciers. Elle

ferait ainsi cesser le dommage. Le but de la loi serait atteint, sans qu'il fût nécessaire de recourir à la sanction de l'art. 2136 ¹⁰²³.

1535. L'obligation imposée au subrogé tuteur est sanctionnée par l'art. 2137 qui édicte sa responsabilité personnelle. Il est donc passible d'une condamnation à des dommages-intérêts. Les termes de la loi sont vagues ; ils n'indiquent pas les personnes envers lesquelles le subrogé-tuteur est responsable. Il en résulte que tous ceux auxquels le défaut d'inscription de l'hypothèque légale du mineur cause un préjudice ont le droit d'agir contre le subrogé-tuteur.

C'est au premier rang le mineur ¹⁰²⁴. Il semble cependant difficile que l'abstention du subrogé tuteur puisse lui causer un préjudice. En effet, son hypothèque est dispensée d'inscription ; elle conserve même son efficacité pendant une année à partir de la cessation de la tutelle, quoiqu'elle n'ait pas été rendue publique. Par conséquent, la négligence du subrogé tuteur ne prive le mineur d'aucun des avantages attachés à son hypothèque ; l'absence d'inscription ne lui nuira qu'à une époque où il aura pu veiller lui-même à ses intérêts et eu le loisir de prendre des mesures conservatoires, c'est-à-dire à une époque où la mission du subrogé tuteur aura pris fin et où la responsabilité de celui-ci ne peut plus être engagée. L'observation est parfaitement exacte ; il est certain que dans ces cas il ne peut être question d'une allocation de dommages-intérêts. Mais il existe, nous l'avons vu, des hypothèses dans lesquelles l'hypothèque légale du mineur doit être inscrite pendant la durée de la tutelle. Alors la négligence du subrogé tuteur peut devenir pour celui-là la cause d'un préjudice ; une condamnation à des dommages intérêts peut être prononcée en vertu de l'art. 2137 ¹⁰²⁵.

1536. La responsabilité du subrogé tuteur peut également être engagée envers les tiers. Car c'est surtout

dans leur intérêt que la loi lui a imposé l'obligation de faire inscrire l'hypothèque légale du mineur. L'observation que nous venons de présenter en est la meilleure preuve. Il en est certainement ainsi pour les créanciers qui, dans l'ignorance de l'hypothèque légale, ont stipulé à leur profit la garantie d'une hypothèque. La survenance du mineur, qui exerce son hypothèque légale et les prime, leur enlève en totalité ou en partie le gage sur la foi duquel ils avaient consenti à traiter et les expose à ne pas être désintéressés. Ils éprouvent un préjudice dont réparation leur est due ; le subrogé tuteur est responsable ¹⁰²⁶.

Il en serait autrement pour les créanciers chirographaires. D'une part, il leur est impossible de prouver qu'ils n'auraient pas contracté avec le tuteur sans exiger des garanties personnelles ou réelles, s'ils avaient eu connaissance de sa qualité et de l'hypothèque qui en est la conséquence. D'autre part, nous ne pouvons croire que le législateur ait entendu soumettre le subrogé tuteur à une responsabilité aussi étendue. Le rapprochement des art. 2137 et 2136 nous porte à penser qu'ils ont eu en vue la même hypothèse. Le tuteur n'est réputé stellionataire que lorsqu'il consent des hypothèques ; il n'encourt pas les peines du stellionat lorsqu'il ne contracte que des dettes chirographaires. N'est-il pas vraisemblable que la responsabilité du subrogé tuteur n'est engagée que dans la même hypothèse, c'est-à-dire à l'égard des créanciers hypothécaires du tuteur ¹⁰²⁷ ?

La généralité des termes de l'art. 2137 nous détermine à en appliquer la disposition à l'acquéreur des immeubles du tuteur, si ce dernier n'a pas dans l'acte d'aliénation déclaré l'existence de l'hypothèque légale. Sans doute, il pouvait se mettre à l'abri de tout danger en remplissant les formalités prescrites par les art. 2193 et 2194 pour la purge des hypothèques non inscrites. Mais cette circonstance n'empêche pas que l'hypothèque légale du mineur n'a pas

été portée à sa connaissance, comme le voulait la loi, que le subrogé tuteur n'a pas accompli l'obligation à lui imposée par le législateur, que cette négligence a pu être la source d'un préjudice pour l'acquéreur, que réparation de ce dommage lui est due et que la responsabilité du subrogé tuteur est engagée. Tout au plus les magistrats devront-ils, dans la fixation des dommages-intérêts, tenir compte du défaut de vigilance de l'acquéreur qui n'a pas procédé à la purge ¹⁰²⁸.

Ainsi le subrogé tuteur est responsable du préjudice que cause aux tiers l'ignorance dans laquelle les a laissés le défaut d'inscription de l'hypothèque légale du mineur. Il résulte de là que la responsabilité du subrogé tuteur ne saurait être engagée dans le cas où les tiers avaient connaissance, au moment où ils contractaient avec le tuteur, de l'existence de cette hypothèque légale. La négligence du subrogé tuteur n'est pas alors la source d'un préjudice pour les tiers ; l'existence de l'inscription n'aurait rien ajouté à leur connaissance.

Ainsi entendu, et nous croyons que telle est sa portée, l'art. 2137 fait peser sur la tête du subrogé tuteur une responsabilité qui peut être extrêmement lourde. Il n'est plus seulement chargé de surveiller dans l'intérêt du mineur la gestion du tuteur, il nous apparaît comme un fonctionnaire investi de la confiance de la loi et chargé par elle d'une mission spéciale dans l'intérêt des tiers, c'est-à-dire dans l'intérêt du crédit public ¹⁰²⁹.

Les tribunaux sont cependant portés à admettre certains tempéraments dans l'appréciation de cette responsabilité. Ainsi ils exigent avec raison que le subrogé tuteur soit en faute. S'il ne savait pas que le tuteur possédât des immeubles, s'il lui était très difficile, presque impossible de connaître les acquisitions par lui faites, si, par exemple, il s'agissait d'immeubles acquis à une très grande distance du lieu d'ouverture de la tutelle ou du domicile du subrogé

tuteur, le défaut d'inscription de l'hypothèque légale ne saurait servir de fondement à une condamnation à des dommages-intérêts ¹⁰³⁰.

1537. Sous l'empire des mêmes considérations, la loi accorde à certaines personnes la faculté de faire inscrire l'hypothèque légale :

« Pourront les parents soit du mari, soit de la femme, et les

» parents du mineur, ou, à défaut de parents, ses amis requérir lesdites inscriptions ; elles pourront aussi être

» ses par la femme et par les mineurs » (art. 2139).

Le tableau suivant indique ces personnes. ¹⁰³¹

<i>Hypothèque légale de la femme mariée.</i>	<i>Hypothèque légale du mineur.</i>
1 ^o La femme elle-même, sans qu'elle ait besoin d'aucune autorisation ^(*) ;	1 ^o Le mineur;
2 ^o Les parents du mari;	2 ^o Les parents du mineur;
3 ^o Les parents de la femme.	3 ^o Les amis du mineur, mais à défaut de parents seulement.

En comparant les deux parties de ce tableau, on voit : d'une part, que l'inscription peut être prise par les parents du mari, qui sont des alliés de la femme, mais non par ceux du tuteur, s'ils ne sont pas en même temps parents du mineur ; d'autre part, que la loi parle des amis du mineur, mais non de ceux de la femme, qui se trouvent ainsi exclus. On a craint sans doute que l'immixtion d'un ami de la femme dans les affaires de celle-ci n'eût un caractère blessant pour le mari.

1538. De là résulte la nullité de l'inscription de l'hypothèque légale de la femme lorsqu'elle a été requise par une personne étrangère à la famille, à moins qu'elle n'ait agi en vertu d'un mandat de la femme ou du mari ¹⁰³². Ce dernier aurait donc le droit de poursuivre la radiation de l'inscription qui aurait été faite dans ces conditions ¹⁰³³. La cour de cassation a cependant subordonné l'exercice de

ce droit à la condition de la justification par le mari que l'inscription a été prise par une personne sans qualité ¹⁰³⁴. Nous croyons que cette doctrine renverse les rôles. C'est à la femme ou à ses représentants à justifier de la régularité de l'inscription ; ce n'est pas au mari qu'incombe la charge de prouver qu'elle a été requise par une personne sans qualité. Sans doute, le mari est obligé par la loi de faire inscrire l'hypothèque légale de sa femme ; mais le législateur lui laisse la faculté d'y pourvoir à sa convenance ; et on ne saurait déduire de cette obligation une fin de non recevoir contre la demande en radiation. La cour suprême a donné de la loi une interprétation plus exacte dans un arrêt du 4 août 1874 ¹⁰³⁵. Elle y décide formellement que l'hypothèque légale de la femme ne peut être inscrite sur la réquisition d'une personne étrangère à la famille de l'un ou de l'autre époux. Elle va même plus loin. Elle admet que ce fait peut servir de fondement à une demande de dommages-intérêts dirigée par le mari contre l'auteur de la réquisition.

TROISIÈME PARTIE (CHAR. IV ET SUIV. DU CODE)

RÈGLES COMMUNES AUX PRIVILÈGES ET AUX HYPOTHÈQUES

1539. Les privilèges immobiliers doivent être rendus publics (art. 2106) ; il en est de même des hypothèques (art. 2134). A cette condition seulement ils deviennent efficaces à l'égard des tiers. Cette publicité est réalisée au moyen d'une inscription prise sur le registre du conservateur des hypothèques ; cette inscription, empruntée par les rédacteurs du code à la loi du 9 messidor an III (art. 19) et à la loi du 11 brumaire an VII (art. 16), a remplacé le système des oppositions organisé par l'édit de 1673. Les tiers pourront, en demandant un état des inscriptions, acquérir la connaissance des charges établies sur les immeubles qu'ils acquièrent ou qui deviennent, par la convention, leur gage spécial. Ainsi le crédit immobilier se trouve fondé sur une base solide. Les fraudes sont déjouées et la sécurité des transactions est assurée.

L'inscription est le seul mode de publicité admis par la loi. Elle ne saurait être remplacée par la connaissance que les tiers auraient acquise par une autre voie quelconque de l'existence des privilèges ou des hypothèques. Ils ont donc, malgré cela, le droit de se prévaloir de l'absence de toute inscription et de soutenir que le privilège ou l'hypothèque est destitué de toute efficacité à leur égard. Les formalités ne se suppléent pas. Il en est cependant autrement dans le

cas de dol et de fraude. Le fait illicite, dont les parties se seraient alors rendues coupables, les oblige à réparer le préjudice causé, et la meilleure réparation consiste évidemment dans l'impossibilité d'opposer le défaut d'inscription ; elle est adéquate au dommage. Rien ne s'opposerait aussi à ce qu'un tiers averti par son co-contractant de l'existence d'un privilège ou d'une hypothèque non inscrite ne renonçât à se prévaloir de cette absence d'inscription. Il n'y a en jeu que des intérêts privés : on applique la règle *Unusquisque potest juri in favorem sinon introducto renuntiare* ¹⁰³⁶.

L'importance de cette formalité explique le soin avec lequel le législateur en a réglementé l'accomplissement.

CHAPITRE PREMIER

EN QUEL LIEU ET EN QUEL TEMPS L'INSCRIPTION DOIT ÊTRE PRISE

§ I. En quel lieu.

1540. « Les inscriptions se font au bureau de conservation

» des hypothèques dans l'arrondissement duquel sont situés

» les biens soumis au privilège ou à l'hypothèque » (art. 2146 al. 1).

La loi centralise dans un bureau unique toutes les inscriptions relatives au même immeuble. C'est le seul moyen de rendre la publicité effective et de faciliter les recherches. C'est la règle qui était admise dans les pays de saisine et de nantissement. C'est la règle qu'avait consacrée l'édit de 1673 par son art. 12 : « Ceux qui auront hypothèque en vertu de quel-

» que titre que ce soit, même de sentences, jugements ou

» arrêts sur héritages, renies foncières ou constituées par

» nous sur les hôtels de ville, domaines engagés, offices do-

» maniaux et autres immeubles qui ont une situation certaine,

» pourront former leurs oppositions aux greffes des enregis-

» trements des bailliages et sénéchaussées de la situation des

» immeubles sur lesquels ils auront hypothèque ». La loi

du 9 messidor an III édicte le même principe quand, dans son art. 20, elle exige le dépôt d'un extrait du titre contenant le bordereau des créances « entre les mains du conservateur

» dans l'arrondissement duquel sont situés les biens sur les-

» quels le créancier se propose de faire frapper l'hypothèque ». La loi du 11 brumaire an VII dispose de même que « les inscriptions seront faites au bureau de la conservation » des hypothèques de la situation des biens, sur lesquels le » créancier entend exercer son hypothèque ou privilège ». Sous une formule légèrement différente, l'art. 2146 consacre le même principe.

Il y a une conservation hypothécaire par arrondissement ; elle est située au lieu où siège le tribunal de première instance, et sa circonscription est la même. La loi n'a pas voulu par trop accroître le nombre des bureaux pour ne pas multiplier les inscriptions à prendre et de peur de rendre les recherches trop coûteuses. Elle n'a pas voulu par trop les restreindre ; elle a craint de rendre les recherches trop laborieuses. Par notre art. elle a dans une sage mesure rapproché le bureau des intéressés.

Ces règles ne souffrent exception que pour le département de la Seine, où il y a trois conservations hypothécaires pour un seul arrondissement judiciaire. Elles étaient situées à Paris, Saint-Denis et Sceaux. A la suite de la loi du 16 juin 1859 relative à l'agrandissement de la ville de Paris, par l'effet de laquelle une grande partie des arrondissements de Sceaux et de Saint-Denis fut comprise dans le périmètre de la capitale, un décret du 16 novembre 1859 a procédé à la répartition du service entre trois bureaux, dont le siège est à Paris. Une loi du 12 avril 1893 a modifié les circonscriptions administratives du département de la Seine. Un décret de la même date (12 avril 1893) a apporté au décret du 16 novembre 1859 les

modifications nécessaires pour le mettre en harmonie avec la loi nouvelle.

1541. Une inscription ne pouvant produire effet que dans les limites territoriales de la conservation hypothécaire où elle est prise, il en résulte que plusieurs inscriptions seront nécessaires, si les biens hypothéqués ou grevés du privilège ne sont pas compris en totalité dans la circonscription d'un même bureau. Il faut en pareil cas prendre une inscription distincte au bureau de chaque conservation hypothécaire, dans la circonscription de laquelle se trouve situé soit un des immeubles, soit une fraction, si minime qu'elle soit, des immeubles ou de l'un des immeubles grevés du privilège ou de l'hypothèque. Autrement les immeubles ou portions d'immeubles, situés en dehors de la circonscription du bureau où l'inscription a été prise, ne seraient pas touchés par l'inscription.

L'inscription des hypothèques ou des privilèges, établis sur des actions de la Banque de France immobilisées, doit être prise au bureau des hypothèques de Paris. La formalité doit être remplie au premier bureau, dans le ressort duquel se trouve le siège de la banque. Cpr. décret du 16 janvier 1808, art. 7, et loi du 17 mai 1834 art. 5 ¹⁰³⁷.

1542. L'inscription se prend sur le propriétaire des biens grevés du privilège ou de l'hypothèque, et non sur les biens eux-mêmes. Chaque propriétaire d'immeubles a un compte ouvert à la conservation des hypothèques ; sur ce compte on mentionne les charges dont ses biens sont grevés.

Ce système de publicité personnelle présente d'incontestables inconvénients. Pour connaître l'état juridique d'un immeuble, il est indispensable d'avoir le nom de son propriétaire actuel et le nom des propriétaires antérieurs. On conçoit sans peine les difficultés très graves qu'engendre une pareille organisation. La détermination de l'immeuble auquel se réfère l'état demandé, l'identité des personnes sur lesquelles il est requis sont la source de

complications et d'incertitudes. Le conservateur peut être trompé par une similitude de nom, la désignation de l'immeuble par sa situation et ses tenants ou aboutissants laissera souvent bien des doutes dans son esprit. C'est cependant sur une base aussi fragile que repose tout l'édifice du crédit immobilier et la sécurité des transactions immobilières. Il suffit d'avoir ignoré le nom exact d'un des propriétaires pour être exposé aux plus désagréables surprises. Si la propriété des immeubles se perpétuait ordinairement dans les familles comme autrefois, si les mutations en étaient rares, ce système assez primitif, qui confond la chose avec la personne même du propriétaire, pourrait suffire aux besoins du crédit foncier. Mais depuis la rédaction du code le nombre des mutations de propriétés va croissant d'année en année. Bien des domaines ont été morcelés, tandis que de nouveaux héritages se constituaient par la réunion de petites parcelles. Ces transmissions incessantes rendent de plus en plus difficile la rédaction d'états exempts d'inexactitudes. Si l'on ajoute à celà la difficulté que le requérant peut éprouver à donner la liste des propriétaires successifs, avec l'indication des parcelles, on sera vite convaincu des imperfections de notre régime de publicité.

On comprend dès lors comment des esprits éclairés ont été conduits à proposer la substitution d'un régime de publicité réelle ou de registres fonciers à notre système de publicité personnelle. Nous n'avons pas besoin de revenir sur les avantages certains qu'offrirait cette réforme. Nous les avons exposés dans notre préface. Nous nous contentons de rappeler la question en passant.

1543. En établissant l'hypothèque maritime, la loi du 10 décembre 1874, aujourd'hui remplacée par la loi du 10 juillet 1885, devait déterminer les fonctionnaires chargés de veiller à la publicité hypothécaire en cette matière. On avait proposé de suivre les règles du droit commun et de confier ce soin aux conservateurs des hypothèques. Mais

après une longue discussion, cette proposition fut écartée et le receveur principal des douanes du bureau dans lequel le navire est immatriculé, s'il est déjà pourvu d'un acte de francisation, est chargé d'inscrire les hypothèques. On a ainsi établi un véritable parallélisme entre les règles du code sur les hypothèques immobilières et les dispositions de la loi nouvelle. Les conservateurs des hypothèques donnent la publicité aux actes entre vifs translatifs de propriété immobilière ou constitutifs de droits réels ; ils font les inscriptions d'hypothèques. Or les receveurs des douanes sont chargés, par la loi de vendémiaire an II, de tenir registre des ventes de navires. N'est-il pas logique de leur remettre également le soin d'effectuer les inscriptions d'hypothèques ? Comme les conservateurs des hypothèques, ils sont les officiers de l'état juridique des navires.

On a objecté que ces fonctions sont souvent délicates ; on a dit que les receveurs des douanes étaient peu préparés à les remplir. Les inscriptions d'hypothèques peuvent donner naissance à des questions difficiles. Les conservateurs des hypothèques ou d'autres fonctionnaires possédant la connaissance du droit s'acquitteraient de cette mission avec plus de facilité et de compétence que les receveurs des douanes.

Le rapport de la commission répond avec raison en invoquant l'expérience du passé. Les receveurs des douanes se sont acquittés sans peine de la mission que leur confiait la loi de vendémiaire an II ; ils rempliront de même les nouvelles fonctions que la loi leur confère. Elles ne sont pas d'ailleurs aussi difficiles qu'on le prétend. Les navires ne peuvent être frappés ni d'hypothèques légales ni d'hypothèques judiciaires. En fait d'hypothèques maritimes, la loi ne connaît que des hypothèques conventionnelles. Il n'y a donc pas à redouter ces nombreuses complications qui rendent parfois si délicates les fonctions des conservateurs des hypothèques.

L'intervention des receveurs des douanes ne se justifie pas seulement par des considérations théoriques. Elle répond seule aux exigences de la pratique. Il est nécessaire, dans une matière où le temps est de l'argent, où il faut restreindre autant que possible la durée des relâches, activer et multiplier les voyages, que le registre des hypothèques soit toujours à la portée du navire et de ses représentants dans le port où il est immatriculé. En réunissant dans les mêmes mains le registre des mutations et le registre des hypothèques, on donne aux opérations la célérité que réclament les besoins du commerce. Il suffit, pour connaître la situation juridique d'un navire, de s'adresser à un seul fonctionnaire ; tous les renseignements nécessaires aux parties se trouvent centralisés entre ses mains ; on peut se les procurer rapidement. Confier la tenue des registres hypothécaires à d'autres fonctionnaires, aux conservateurs des hypothèques par exemple, ce serait obliger les intéressés à s'adresser à deux bureaux, au bureau du receveur des douanes pour être renseignés sur la propriété du navire, au bureau du conservateur des hypothèques pour connaître son état hypothécaire. De là des lenteurs inévitables qui seraient préjudiciables à tous les intérêts.

Pour établir le parallélisme dont nous avons parlé, la loi de 1885 a attribué une compétence exclusive aux receveurs principaux des douanes. La loi de 1874 parlait d'une manière générale des receveurs des douanes. Or il existe dans l'administration des douanes des receveurs principaux justiciables de la cour des comptes et des receveurs buralistes. Aux premiers seuls est confié le service des mutations de propriété des navires. Seuls ils sont chargés, en vertu de la loi de 1885, de l'inscription des hypothèques.

Cette disposition a été modifiée par les lois des finances du 18 décembre 1886 et du 26 février 1887. L'art. 7 de la première et l'art. 8 de la seconde disposent en termes identiques : « Les attributions conférées, en matière

d'hypothèque

» maritime, par la loi du 10 juillet 1885, aux titulaires des
» recettes principales des douanes converties en recettes
su-

» bordonnées, seront, à l'avenir, exercées par les nouveaux
» titulaires desdites recettes subordonnées ».

1544. L'art. 6 de la loi de 1885 organise de la même manière la publicité de l'hypothèque consentie sur un navire en construction. Il remet à un décret le soin de déterminer le bureau des douanes dans le ressort duquel seront compris les chantiers de construction établis en dehors du rayon maritime. Mais aux termes de l'art. 5, la constitution de l'hypothèque doit être alors précédée d'une déclaration faite au receveur principal du bureau des douanes dans la circonscription duquel le navire est en construction.

L'art. 26 de la loi du 10 décembre 1874 permettait d'hypothéquer un navire en cours de voyage et organisait la publicité. Cette hypothèque éventuelle présentait de graves inconvénients ; elle offrait peu d'avantages ; elle était l'objet des plus vives critiques ; elle était peu usitée dans la pratique. Elle a été abolie par la loi de 1885.

Enfin l'art. 33 al. 3 de la loi de 1885 prévoit le cas où des hypothèques ont été établies sur un navire acheté à l'étranger, avant son immatriculation en France. Il en soumet l'efficacité à la publicité ; il exige qu'elles soient régulièrement inscrites par le consul français sur le congé provisoire de navigation et reportées sur le registre du receveur des douanes du lieu où le navire sera immatriculé.

§ II. En quel temps l'inscription doit être prise.

1545. Pour résoudre cette question, il faut rechercher successivement à dater de quelle époque et jusqu'à quelle époque l'inscription peut être utilement prise.

N° 1. A dater de quelle époque l'inscription peut être prise.

1546. La détermination de l'époque à laquelle les privilèges immobiliers doivent être inscrits, dépend de l'interprétation que l'on donne de l'art. 2106. Dans l'une des théories, l'inscription doit précéder la naissance de la créance et du privilège ou tout au moins concorder avec cette date. Dans un autre système, l'inscription du privilège peut être faite à toute époque à partir de sa naissance. Par exception cependant, l'inscription du premier procès-verbal, destinée à conserver le privilège du constructeur, doit précéder le commencement des travaux. Ce qui constitue dans cette théorie une exception au principe n'est au contraire qu'une application pure et simple de la règle posée dans la première opinion.

1547. L'hypothèque peut être inscrite immédiatement après sa naissance ; elle ne peut pas être inscrite auparavant ; on ne conserve pas ce qui n'existe pas encore. Nous avons vu à quel moment l'hypothèque judiciaire prend naissance ; nous avons par cela même déterminé l'époque à partir de laquelle elle peut être inscrite. Nous déciderons en conséquence que l'hypothèque judiciaire peut être inscrite immédiatement après la prononciation du jugement, sans qu'il soit besoin de le faire signifier au préalable, ou d'attendre l'expiration du délai pendant lequel l'exécution n'en peut être poursuivie, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les jugements contradictoires et par défaut, les jugements en premier et en dernier ressort ¹⁰³⁸. L'opposition formée contre le jugement par défaut, l'appel interjeté contre un jugement contradictoire n'empêchent même pas de prendre inscription. Seulement l'efficacité de l'hypothèque est alors subordonnée au résultat de l'opposition ou de l'appel ¹⁰³⁹. Ces solutions se justifient par cette considération : l'inscription n'est qu'une

mesure conservatoire ; elle ne constitue pas un acte d'exécution et elle est indispensable pour sauvegarder les droits du demandeur.

Cette règle comporte exception, en vertu de l'art. 1 de la loi du 3 septembre 1807, pour l'hypothèque qu'engendre un jugement de reconnaissance de signature ou de vérification d'écriture rendu à l'occasion d'une créance conditionnelle ou à terme. Elle ne peut pas être valablement inscrite avant l'accomplissement de la condition ou l'échéance du terme ¹⁰⁴⁰.

1548. L'hypothèque conventionnelle est constituée par l'acte notarié dans lequel elle est établie. Elle peut donc être immédiatement inscrite. Peu importe que la créance garantie soit conditionnelle ou même simplement éventuelle. L'inscription peut être requise de suite et déterminera, comme nous l'avons déjà dit, le rang de l'hypothèque ¹⁰⁴¹.

Rappelons que l'inscription de l'hypothèque conventionnelle, établie sur les biens présents et à venir du débiteur conformément à l'art. 2130, ne peut être prise sur les biens à venir qu'au fur et à mesure des acquisitions faites par le débiteur. Ils ne sont atteints par l'hypothèque qu'au moment où ils entrent dans le patrimoine du constituant ; l'inscription ne peut être faite avant cette époque, parce qu'elle doit être spéciale ¹⁰⁴².

N° 2. Jusqu'à quelle époque l'inscription peut être utilement effectuée.

1549. La fixation du délai dans lequel les privilèges immobiliers doivent être inscrits pour conserver toute leur efficacité dépend de l'interprétation que l'on donne à l'art. 2106. Si, en principe, la publicité du privilège doit précéder ou tout au moins accompagner sa naissance, on décidera sans hésitation qu'une inscription tardive sera impuissante

à le conserver ; le droit sera dégénéré en hypothèque ; si, au contraire, on pense qu'en règle générale l'inscription du privilège peut être faite à toute époque, il n'y aura pas, en principe, de délai fatal, à l'expiration duquel cette cause de préférence se transforme en hypothèque.

Quelqu'opinion qu'on adopte sur ces points, il faut reconnaître que la question n'intéresse guère les privilèges immobiliers établis par le code civil. Il est généralement admis et nous avons décidé ¹⁰⁴³ que l'inscription du procès-verbal de constat des lieux doit être faite avant le commencement des travaux pour assurer la conservation du privilège du constructeur. Pour les partisans de la première interprétation, c'est une application de leur théorie. Pour les défenseurs de sa seconde opinion, c'est une exception à leur principe. Dans l'un et l'autre cas, l'inscription tardive ne conserve qu'un droit dépourvu d'une de ses qualités originelles, un droit dégénéré en hypothèque. Pour le privilège du copartageant, la loi a édicté une règle spéciale, qui a, dans toutes les opinions, un caractère dérogatoire au droit commun. Il doit être inscrit dans les 60 jours à compter de l'acte de partage ou du jugement d'adjudication sur licitation ; à l'expiration de ce délai, il ne reste plus, s'il n'a pas été pris inscription, qu'une hypothèque ordinaire. Il en est de même pour le droit de préférence attaché à la séparation des patrimoines ; que l'on prevoie ou non un véritable privilège, il doit être inscrit dans le délai de 6 mois ; faute de quoi, le rang du créancier n'est plus déterminé que par la date de l'inscription. Il en est de même pour les privilèges du Trésor.

1550. En ce qui concerne les hypothèques, il n'y a pas aussi de délai fatal pour opérer l'inscription. Cette formalité peut être utilement remplie tant que l'hypothèque n'est pas éteinte par les voies légales, quels que soient d'ailleurs les changements survenus dans la situation du

débiteur et sauf au créancier retardataire à se voir primé par ceux qui se seraient inscrits avant lui.

Tout au plus pouvons-nous rappeler ici que l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit et de la femme mariée doit être inscrite dans l'année de la cessation de la tutelle ou de la dissolution du mariage. Publiée dans le délai légal, l'hypothèque prend rang aux dates fixées par l'art. 2135 ; sinon, l'inscription perd le bénéfice de la rétroactivité ; sa date sert alors à fixer le rang du créancier.

1551. La règle que nous venons de poser a aussi ses exceptions. Certains événements arrêtent le cours des inscriptions Ce sont : 1° la transcription de l'acte constatant l'aliénation du bien grevé du privilège ou de l'hypothèque ; 2° la faillite du débiteur sur les biens duquel existe le privilège ou l'hypothèque ; 3° sa mort suivie de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession.

1. Transcription de l'acte d'aliénation.

1552. La loi n'a pas mentionné cet événement dans notre chapitre, bien qu'il mette un terme à la faculté pour le créancier de faire inscrire son privilège ou son hypothèque et lui donne le plus grand intérêt à se hâter de remplir cette formalité. Le législateur n'en parle que dans le chapitre VI, consacré à l'effet des privilèges et hypothèques à l'égard des tiers détenteurs, et spécialement dans l'art. 2166. C'est qu'en effet l'aliénation consentie par le débiteur de l'immeuble hypothéqué met surtout en jeu le droit de suite ; il est dès lors naturel que le législateur en précise les effets, lorsqu'il étudie cet attribut de l'hypothèque en particulier. Par l'aliénation, l'immeuble grevé sort du patrimoine du débiteur ; il cesse d'être le gage de ses créanciers chirographaires ; le créancier hypothécaire ne peut plus se trouver en conflit avec ceux-ci ; il n'a pas besoin d'invoquer à leur encontre son

hypothèque et le droit de préférence qui y est attaché. C'est contre le tiers acquéreur qu'il doit agir ; celui-ci n'est pas débiteur personnel ; il ne peut être poursuivi qu'en qualité de tiers détenteur, la raison de l'immeuble qu'il possède. C'est donc le droit de suite qui sera mis en mouvement. Ainsi s'explique l'ordre suivi par le législateur.

Cependant on pourrait parfaitement concevoir un régime hypothécaire dans lequel le créancier, déchu du droit de suite, conserverait néanmoins la faculté d'exercer encore son droit de préférence sur le prix, tant qu'il serait dû par l'acquéreur. On comprendrait sans peine qu'une inscription prise après l'aliénation de l'immeuble grevé, impuissante pour ce motif à vivifier le droit de suite, fût néanmoins suffisante pour con-server le droit de préférence en faveur du créancier hypothécaire dans ses rapports avec les autres créanciers du même débiteur, soit avec des créanciers chirographaires, soit avec d'autres créanciers hypothécaires inscrits comme lui après l'aliénation. Dans ce système législatif, le droit de préférence survivrait, en règle générale, au droit de suite. Les auteurs du code n'ont pas, en principe, consacré cette théorie. L'aliénation consentie par le débiteur n'intéresse pas seulement le droit de suite ; elle intéresse également le droit de préférence ; c'est donc dans notre chapitre que ces dispositions auraient dû trouver place. Cependant, pour nous conformer à l'ordre de la loi, nous renverrons à l'art. 2166 l'exposé des diverses variations de nos lois sur les conditions dans lesquelles l'aliénation met un terme à la faculté de s'inscrire. Nous croyons cependant nécessaire de présenter dès maintenant un aperçu sommaire de ces règles.

1553. L'inscription prise après l'aliénation de l'immeuble grevé ne conserve pas le droit de suite. Pourquoi ? Parce que l'inscription est la condition de l'efficacité de l'hypothèque à l'égard du tiers acquéreur. Par l'aliénation, celui-ci devient propriétaire de l'immeuble ; l'étendue du droit qu'il acquiert se détermine par l'état juridique de

l'immeuble au moment même de la convention ; or, à cette date, l'hypothèque n'avait pas été vivifiée par l'inscription ; elle existe bien et doit sa naissance au concours des volontés ; mais faute de publicité, elle n'est pas opposable à l'acquéreur ; l'immeuble entre dans son patrimoine libre de cette charge. Il est donc indispensable, pour la conservation du droit de suite, que l'inscription soit antérieure à l'aliénation.

Nous avons dit que le droit de préférence était soumis à la même règle. Il est facile d'en donner le motif. L'aliénation substitue une somme d'argent à l'immeuble qui se trouvait dans le patrimoine du débiteur. C'est au moment même où s'opère cette substitution que doivent se régler les droits des intéressés ; leur condition respective se trouve définitivement fixée à l'instant où a lieu ce remplacement. Or le droit de préférence ne devient opposable aux tiers, parmi lesquels figurent les créanciers chirographaires du débiteur, que par l'inscription et à compter de la date à laquelle elle a eu lieu (art. 2134). Il est donc indispensable que l'inscription précède le moment où par l'aliénation la chose se trouve remplacée par une somme d'argent, qu'elle soit antérieure à l'aliénation.

Nous arrivons ainsi au principe suivant : toutes les fois que l'aliénation met un terme à la faculté de s'inscrire pour la conservation du droit de suite, elle met également un terme à la faculté de s'inscrire pour la conservation du droit de préférence. Nous solidarisons les deux attributs de l'hypothèque. La raison est satisfaite de cette solution.

1554. Sous l'empire du code, la vente d'un immeuble était efficace ergà omnes, aussitôt qu'elle était devenue parfaite par le consentement des parties (art. 711, 1138). A partir de ce moment, le créancier hypothécaire ou privilégié ne pouvait plus prendre utilement inscription.

Aujourd'hui l'aliénation d'un immeuble ne devient opposable aux tiers qui tiennent leurs droits de l'aliénateur que par la transcription (L. 23 mars 1855, art. 3). Il en

résulte que les privilèges et hypothèques, acquis du chef du vendeur, peuvent être utilement inscrits même après la vente et tant que la transcription n'a pas été opérée ; ils ne le peuvent plus, cette formalité remplie. La transcription arrête donc le cours des inscriptions de tous privilèges et hypothèques, acquis du chef du précédent propriétaire.

L'inscription, prise après la transcription de l'acte d'aliénation, serait destituée de toute efficacité, non seulement au point de vue du droit de suite, mais aussi au point de vue du droit de préférence. C'est ce qui résulte de l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855, qui dispose dans les termes les plus généraux que le créancier ne peut plus « prendre utilement inscription » ¹⁰⁴⁴.

Ce qu'il faut faire transcrire pour arrêter le cours des inscriptions, c'est l'acte d'aliénation, c'est-à-dire l'acte constatant soit la donation (art. 939), soit la vente, soit l'échange, et, au cas de vente sur saisie, le jugement d'adjudication ¹⁰⁴⁵ (L. du 23 mars 1855, art. 1).

Toutefois ni le code civil, ni la loi de 1855 n'exigent la transcription des testaments ; les donations testamentaires deviennent donc opposables aux tiers indépendamment de la transcription. De là il résulte que le créancier, ayant privilège ou hypothèque sur un immeuble, ne peut plus utilement s'inscrire après la mort du débiteur, si celui-ci en a valablement disposé par testament, à titre particulier, et que le legs ne devienne pas caduc ¹⁰⁴⁶. Peut-être cependant est-ce la délivrance volontairement consentie ou ordonnée par justice qui rend le transfert de propriété opposable aux tiers ¹⁰⁴⁷.

1555. Les dispositions dont nous venons de présenter la rapide analyse, sauf à en développer plus loin les règles, s'appliquent sans difficulté aux privilèges et hypothèques qui procèdent du chef du propriétaire qui a aliéné.

Mais en est-il de même des privilèges et des hypothèques nés du chef des précédents propriétaires ? Par exemple

Pierre, propriétaire d'un immeuble, l'a hypothéqué au profit d'un ou de plusieurs de ses créanciers ; ceux-ci n'ont pas pris inscription ; Pierre vend son immeuble à Primus qui ne fait pas transcrire ; Primus le revend à Secundus qui fait transcrire seulement son acte d'acquisition. Les créanciers hypothécaires de Pierre peuvent-ils faire utilement inscrire leurs hypothèques ? Nous serions assez disposés à admettre l'affirmative ; car, d'après l'art. 6 de la loi de 1855, la transcription qui met un terme à la faculté de requérir inscription d'une hypothèque ou d'un privilège, c'est la transcription du titre par lequel celui du chef duquel sont nés ces droits s'est dépouillé de sa propriété. L'art. 6 décide en effet qu'à partir de la transcription les créanciers hypothécaires ne peuvent plus prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire. Ce précédent propriétaire dont parle la loi, c'est manifestement celui duquel émane l'acte transcrit. Or, dans l'exemple que nous avons supposé, la vente consentie par celui qui a établi l'hypothèque n'a pas été transcrite. Donc les créanciers ont conservé le droit de faire inscrire leurs hypothèques à l'encontre des acquéreurs ultérieurs, quoique ceux-ci aient fait transcrire leur titre. Cette solution est conforme aux principes de la loi de 1855. Les créanciers peuvent faire inscrire leurs privilèges et hypothèques tant que la propriété de l'immeuble grevé continue de résider, à leur égard, sur la tête de leur débiteur. Or la vente consentie par celui-ci ne leur est pas opposable ; elle ne peut produire aucun effet contre eux ; elle ne saurait donc leur enlever le droit de prendre inscription. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait qu'elle eût été transcrite ; elle ne l'a pas été ¹⁰⁴⁸.

Peu importe même que la dernière vente, celle qui a été transcrite, mentionne les noms des propriétaires antérieurs avec la date des actes d'aliénation. Cette simple indication

ne saurait équivaloir à la transcription de ces actes requise par la loi ¹⁰⁴⁹.

1556. Le même principe sert à régler le conflit qui s'élèverait entre un créancier hypothécaire de l'acquéreur qui n'a pas fait transcrire son titre et un créancier hypothécaire du vendeur. Pierre vend à Paul un immeuble ; Paul ne fait pas transcrire l'acte de vente. Puis Paul consent une hypothèque à Primus qui la fait régulièrement inscrire. Plus tard, Pierre le vendeur hypothèque le même immeuble à Secundus qui requiert inscription.

La validité et l'efficacité de l'hypothèque consentie à Secundus ne peuvent pas être révoquées en doute. Car elle a été constituée et inscrite à une époque où, faute de transcription, Pierre était resté saisi de la propriété de l'immeuble à l'égard des tiers. Secundus peut incontestablement se prévaloir de l'inaccomplissement de cette formalité et soutenir que son hypothèque est valable et qu'elle a été utilement inscrite.

Mais il va se trouver en conflit avec Primus le créancier hypothécaire de l'acquéreur. La validité de l'hypothèque de celui-ci ne nous paraît pas discutable. Par l'effet du contrat, Paul l'acheteur est devenu propriétaire de la chose vendue. Il peut en disposer, il a le droit de l'hypothéquer ¹⁰⁵⁰. Le créancier hypothécaire du vendeur se trouve ainsi en conflit avec le créancier hypothécaire de l'acheteur.

Auquel des deux accorderons-nous la préférence ? Au créancier du vendeur, quoique la date de son inscription soit postérieure. En effet le droit du créancier hypothécaire de l'acquéreur est subordonné à l'acquisition par celui-ci de la propriété de l'immeuble. Or la vente qui lui a été consentie n'a pas été transcrite ; elle n'est pas opposable au créancier hypothécaire du vendeur ; celui-ci a donc le droit de dire que, l'acheteur n'étant pas devenu propriétaire à son égard, l'hypothèque consentie à Primus

a été constituée a non domino, qu'elle ne lui est pas opposable et ne peut pas lui nuire ¹⁰⁵¹.

1557. La transcription de l'acte d'aliénation suffit donc pour enlever aux créanciers hypothécaires du précédent propriétaire le droit de faire inscrire leurs hypothèques. La transcription purge toutes les hypothèques non inscrites ; l'immeuble en est dorénavant affranchi entre les mains de l'acquéreur. Cette règle s'applique sans contestation possible au cas d'aliénation volontaire et d'adjudication sur expropriation forcée (L. 23 mars 1855 et art. 839).

1558. Mais elle est étrangère à l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui continue d'être réglementée par les art. 16 et 17 L. du 3 mai 1841. En conséquence les privilèges et hypothèques, qui grèvent l'immeuble exproprié pour cause d'utilité publique, peuvent être inscrits utilement non seulement jusqu'à la transcription du jugement d'expropriation, mais encore pendant la quinzaine qui suit cette transcription. Cette solution n'est qu'une application d'une règle bien connue : *Legi speciali per generalem non derogatur*. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le législateur eût manifesté une volonté contraire. Loin de là, il a au contraire eu l'intention bien arrêtée de ne pas modifier la loi du 3 mai 1841. Les commissaires du gouvernement l'ont formellement dit à la commission du sénat en déclarant expressément « qu'il n'était

» nullement dérogé à la loi du 3 mai 1841, qu'ainsi les délais

» accordés par cette loi aux parties intéressées étaient inté-

» gralement maintenus ». Le texte de la loi du 23 mars 1855 confirme cette volonté. Le jugement d'expropriation n'est pas un jugement d'adjudication ; il n'est donc pas soumis à la transcription en vertu du n° 4 de l'art. 1^{er} de la loi de 1855. Il ne rentre pas non plus, quoiqu'on ait soutenu

le contraire, dans la classe des actes translatifs de propriété dont parle le n° 1 du même art. 1^{er}. Car les actes que vise cette disposition sont les actes volontaires par opposition aux jugements d'adjudication ; le jugement d'expropriation n'est pas un acte volontaire. D'un autre côté, on ne peut pas prétendre que ce jugement soit véritablement translatif de propriété. Il est plutôt, comme le font justement remarquer MM. Aubry et Rau, extinctif de toute propriété privée. L'art. 18 de la loi de 1841 le démontre, puisque l'expropriant est à l'abri de toutes actions en résolution, en revendication et d'une manière générale de toutes actions réelles. Ce n'est donc pas seulement le droit de l'exproprié qu'acquiert l'expropriant ; autrement il faudrait appliquer la règle : *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*. Au contraire, le droit dont l'expropriant est investi est désormais à l'abri de toute critique. Cette conception est du reste en harmonie avec la théorie générale du code qui dans l'art. 537 oppose les uns aux autres les biens qui appartiennent aux particuliers et ceux qui n'appartiennent pas aux particuliers.

On objecte cependant qu'à l'époque où fut édictée la loi du 3 mai 1841, l'art. 834 Pr. civ. était en vigueur ; que, d'après cette disposition, les créanciers hypothécaires pouvaient faire utilement inscrire leurs hypothèques même après l'aliénation et pendant un délai de quinzaine à partir de la transcription ; que les art. 16 et 17 L. 3 mai 1841 ne sont qu'une application pure et simple de cette règle ; que l'art. 834 Pr. civ. a été expressément abrogé par l'art. 6 L. 23 mars 1855 ; que, par une conséquence nécessaire, avec cet article ont dû disparaître les dispositions qui n'en étaient que des applications. On conclut en conséquence que les art. 16 et 17 L. 3 mai 1841 ne sont plus en vigueur.

La conclusion serait parfaitement exacte, s'il était certain que ces articles renferment seulement une application de

l'art. 834 Pr. civ. Or, il n'y a rien de moins démontré. D'après le C. de Pr. civ. la transcription était facultative ; d'après la loi du 3 mai 1841, la transcription du jugement d'expropriation est obligatoire. Il y a dans cette loi l'organisation d'une procédure spéciale, l'établissement de règles particulières. La loi du 23 mars 1855 reste donc étrangère à. cette matière.

Enfin l'application de cette loi au jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique entraînerait, contrairement à la volonté du législateur, la modification d'autres articles de la loi de 1841. Il en résulterait que les personnes investies sur l'immeuble exproprié d'un droit d'usufruit, d'habitation, d'usage ou de servitude pourraient l'opposer à l'expropriant, si l'acte constitutif de ces droits avait été transcrit avant le jugement d'expropriation, qu'elles n'en auraient pas le droit dans le cas contraire. Or l'art. 21 L. 3 mai 1841 décide que ces personnes pourront réclamer une indemnité de l'expropriant, pourvu que l'exproprié ait fait connaître l'existence de ces droits à l'expropriant, et qu'à défaut de cette notification le premier restera seul chargé de l'indemnité. La loi de 1841 ne tient aucun compte de la transcription des actes constitutifs. Appliquer en cette matière la loi de 1855 serait abroger en partie l'art. 21. Le législateur ne l'a pas voulu. Il faut donc conclure que les art. 16 et 17 de la loi de 1841 sont encore en vigueur ¹⁰⁵².

Remarquons enfin que la transcription de la L. du 3 mai 1841 ne semble pas requise pour la translation de propriété ; par le renvoi à l'art. 2181 elle nous apparaît seulement comme le préliminaire de la purge.

1559. La même solution s'applique aux cessions amiables consenties par le propriétaire des terrains soumis à l'expropriation, pourvu qu'elles aient été précédées de l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 2 L. 3 mai 1841. Les art. 13 et 19 de cette loi appliquent en effet

à ces cessions amiables les mêmes règles qu'au jugement d'expropriation ¹⁰⁵³. En conséquence, elles continuent, en vertu de cet art. 19, à être régies par les art. 16 et 17 demeurés en vigueur, comme nous venons de le démontrer ¹⁰⁵⁴.

Intervenues en dehors de ces conditions, les cessions ne seraient plus que des ventes volontaires ; elles rentreraient dans la classe des actes translatifs de propriété dont parle l'art. 1 L. 23 mars 1855. Elles seraient alors soumises aux dispositions de cette loi ¹⁰⁵⁵.

1560. La même règle doit être admise pour l'hypothèque maritime, dans le silence de la loi du 10 juillet 1885. Le moment auquel l'inscription cesse de pouvoir être utilement prise est alors déterminé non par la date de l'aliénation, mais par la date de la mutation en douane ; jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, la propriété du navire continue, à l'égard des tiers, notamment à l'égard des créanciers hypothécaires, de résider sur la tête du vendeur et l'inscription de l'hypothèque peut être utilement requise. La mutation en douane et la transcription sont deux formalités analogues qui produisent le même effet et rendent opposable aux tiers l'aliénation consentie. On admet la validité de l'hypothèque constituée sur un navire après l'aliénation et avant la mutation en douane ; il serait contraire à la raison de ne pas autoriser le créancier à prendre l'inscription qui est la condition sine qua non de l'efficacité du droit par lui valablement acquis. Il serait souverainement injuste de reconnaître moins de droits aux créanciers antérieurs à l'aliénation qu'aux créanciers postérieurs. Il faut donc permettre aux uns et aux autres de faire inscrire leur hypothèque jusqu'à la mutation en douane ¹⁰⁵⁶.

2. Faillite du débiteur.

1561. Les effets que produit la faillite sur les hypothèques grevant les biens du débiteur peuvent être envisagés à un double point de vue. On peut rechercher l'influence qu'elle exerce sur la naissance du droit et sur sa conservation.

Nous nous sommes déjà expliqués sur le premier point 1057, nous n'avons pas à y revenir.

Nous supposons donc que l'hypothèque ou le privilège a valablement pris naissance et nous ne traiterons que de leur conservation. La règle est écrite dans l'art. 2146 al. 1 in fine :

« Elles [les inscriptions] ne produisent aucun effet, si elles
» sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant
» l'ouverture des faillites sont déclarés nuls ».

Cette disposition a été empruntée à l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an VII, aux termes duquel « l'inscription qui serait

» faite dans les dix jours avant la faillite, banqueroute ou ces-

» sation publique de paiement d'un débiteur ne confère point

» hypothèque ». L'art. 2146 frappe également d'inefficacité l'inscription prise dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls. Ce délai était alors fixé par la déclaration du mois de novembre 1702 ; il comprenait les dix jours précédant la faillite publiquement connue. Ainsi, d'après l'art. 2146, l'inscription ne produisait aucun effet lorsqu'elle était prise depuis la faillite ou dans les dix jours qui avaient précédé le jour où elle était devenue notoire.

Le code de commerce de 1807 ne s'est pas occupé des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques. Il a cependant étendu la sphère d'application de l'art. 2146 en élargissant la durée de la période suspecte. Il résulte en effet de la

combinaison de ses art. 441 et 444 que le tribunal fixait souverainement l'époque de l'ouverture de la faillite. Il pouvait la faire remonter dans le passé à la date de la cessation des paiements, alors même que cet état n'était pas notoire. Certains actes consentis par le débiteur depuis cette date ou dans les dix jours précédents se trouvaient frappés de nullité. Les inscriptions de privilège ou d'hypothèque faites pendant cette période étaient atteintes par l'art. 2146. Cette règle était d'autant plus rigoureuse que le tribunal ne jouissait d'aucun pouvoir d'appréciation et que l'inefficacité de l'inscription avait lieu de plein droit. La loi, dans sa sévérité, frappait des créanciers qui avaient pu ignorer l'état de cessation de paiements du débiteur et auxquels on ne pouvait reprocher quelquefois aucune négligence.

1562. La loi du 28 mai 1838 est venue corriger ce que cette rigueur avait d'excessif. Les motifs qui ont guidé le législateur en cette matière se découvrent facilement. Au premier abord, il semble juste que l'inscription soit efficace du moment où l'hypothèque est valable. Si l'hypothèque n'est pas suspecte, on ne comprend pas de suite pourquoi il serait interdit de conserver un droit régulièrement acquis. En y réfléchissant, on perçoit cependant la fraude que la loi redoute. Si le créancier qui a stipulé une hypothèque avait la faculté de la faire utilement inscrire jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite, il pourrait la tenir secrète jusqu'à la veille du désastre. Les tiers seraient ainsi trompés sur la solvabilité d'un débiteur, dont les immeubles leur apparaîtraient francs et libres de toute hypothèque ; ils seraient naturellement portés à lui faire crédit et à lui consentir des prêts ; leur confiance serait récompensée par la perte de leur créance, tandis qu'un autre créancier mieux avisé, après les avoir induits en erreur, obtiendrait un paiement intégral grâce à son hypothèque. Ce n'est pas là le seul danger que le législateur ait voulu prévenir. Sans doute, il craint la complaisance d'un créancier véritable ;

mais il redoute la connivence d'un créancier fictif, d'autant plus porté à ne pas entraver les projets du débiteur qu'il n'a pas de créance sérieuse à sauvegarder. Si l'on peut démontrer qu'il n'est pas véritablement créancier, on parviendra à l'écarter. Mais la preuve sera bien difficile à administrer. Il vaut mieux prévenir la fraude que de poursuivre une répression presque impossible. C'est sous l'empire de ces préoccupations que le législateur a édicté l'art. 448 C. co., et introduit, en modifiant l'art. 2146, les distinctions que nous allons exposer. Disons seulement que ces règles s'appliquent également au cas où un commerçant est admis au bénéfice de la liquidation judiciaire en vertu de l'art. 5 al. 2 de la loi du 4 mars 1889 rapproché de l'art. 4 de la même loi. Brevitatis causa, nous ne parlerons dans tous nos développements que de la faillite.

1563. La loi accorde aux créanciers jusqu'au jour du jugement déclaratif pour faire inscrire leurs privilèges et leurs hypothèques. Il en résulte que l'inscription ne peut pas être prise utilement ce jour-là ; elle doit l'être au plus tard la veille. Cette règle est aussi absolue que celle de l'art. 2146 ; la nullité est nécessaire ; les tribunaux n'ont aucun pouvoir d'appréciation. La nullité est prononcée à l'égard de la masse ¹⁰⁵⁸.

1564. La disposition de l'art. 448 C. co. ne s'applique qu'aux inscriptions requises sur les immeubles du failli pour la conservation de droits de préférence nés de son chef. Il faut en conclure que les créanciers du précédent propriétaire ont la faculté de faire inscrire les hypothèques que celui-ci leur a concédées sur des immeubles vendus au failli, si la vente n'a pas été transcrite. D'une part, l'aliénation ne leur est pas opposable ; ils ont le droit de prétendre que l'inscription est par eux requise sur un immeuble qui n'a pas cessé d'appartenir à leur débiteur et qui n'est pas devenu à leur égard la propriété du failli.

D'autre part, ces hypothèques n'ont pas été constituées par le failli et la loi de l'égalité ne peut pas être ici invoquée 1059.

1565. L'hypothèse inverse peut se présenter. On suppose que le failli, après avoir constitué une hypothèque sur un de ses immeubles, l'a aliéné et que l'acte d'aliénation n'a pas encore été transcrit. Dans ces conditions, le créancier hypothécaire peut-il faire inscrire utilement son hypothèque ? L'affirmative semble bien résulter des règles que nous avons posées. L'immeuble a cessé d'être la propriété du failli ; il n'est plus le gage de ses créanciers ; la masse n'a plus intérêt à la nullité de l'inscription et comme l'art. 448 C. co. a été exclusivement édicté en sa faveur, nul n'a qualité pour en réclamer l'application 1060.

Cette solution ne nous paraît pas exacte dans tous les cas. Par l'effet du jugement déclaratif, la masse acquiert une hypothèque légale sur les immeubles du failli ; elle devient un tiers, pourvu que son hypothèque ait été régulièrement inscrite ; à partir de ce moment, elle peut opposer le défaut de transcription de l'acte d'aliénation 1061. Si elle acquiert un droit sur l'immeuble aliéné par le failli, elle doit avoir la faculté d'invoquer l'art. 448 C. co. et de se prévaloir de l'inefficacité de l'inscription tardivement prise 1062.

Mais la question devient plus difficile, lorsque l'hypothèque de la masse n'a pas été inscrite avant la transcription de l'acte d'aliénation ; nous supposons toujours que des créanciers hypothécaires du failli ont requis inscription de leur hypothèque mais avant la transcription de l'acte d'aliénation. Cette hypothèse diffère profondément de la précédente ; la masse ne peut pas prétendre que l'aliénation ne lui est pas opposable ; elle n'est pas autorisée à invoquer l'art. 3 de la loi de 1855 ; le droit qu'elle avait acquis n'a pas été conservé conformément à la loi avant la transcription de l'acte

d'aliénation. Ne peut-on pas dire alors que l'exercice de l'hypothèque ne cause aucun préjudice à la masse et que par suite l'art. 448 C. co. ne recevra pas d'application ? Si le créancier hypothécaire obtient son paiement, c'est sur une valeur qui est sortie du patrimoine du débiteur et qui n'est pas comprise dans le gage de ses créanciers. On fait cependant remarquer que le créancier hypothécaire est colloqué en réalité sur le prix dû par l'acheteur, que cette créance du prix, faisant partie du patrimoine du failli, est affectée au paiement de la masse et qu'on fait ainsi produire effet à une inscription qui est destituée de toute efficacité à l'égard de la masse en vertu de l'art. 448. L'objection est tellement pressante que MM. Lyon-Caen et Renault font à ce sujet des réserves expresses. Il est cependant un cas où le droit du créancier hypothécaire nous paraît à l'abri de toute discussion. C'est lorsque l'aliénation a été suivie du paiement du prix effectué dans des conditions telles qu'il échappe à toute critique de la part de la masse. Le créancier hypothécaire conserve alors son droit de suite contre le tiers acquéreur ; si par son exercice il obtient son paiement, il le recevra sur le prix d'un bien qui était régulièrement sorti du patrimoine du failli et sur lequel la masse n'a plus aucun droit. Dans cette hypothèse, l'inscription doit conserver toute son efficacité ; les intérêts de la masse ne sont plus en jeu.

On objecte cependant que le tiers acquéreur exercera contre la faillite un recours en garantie et réclamera la réparation du préjudice que lui cause l'exercice de l'hypothèque.

Qu'importe ? L'action du tiers acquéreur aura pour objet le remboursement de la somme par lui payée au créancier hypothécaire. Or s'il ne produisait pas à la faillite, le créancier hypothécaire qui n'aurait pas été désintéressé par le tiers acquéreur pourrait certainement se présenter comme créancier chirographaire pour une somme égale. La masse n'a donc dans ce cas aucun intérêt à ce que

l'inscription soit annulée. C'est pourquoi nous pensons que l'hypothèque aura alors toute son efficacité (1063).

1566. L'art. 448 ne parle que des droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis avant le jugement déclaratif. Il est donc étranger aux droits de préférence qui naîtraient postérieurement. Il peut en effet advenir des biens au failli au cours de la faillite ; la masse profitera de cet accroissement du patrimoine de son débiteur, mais elle devra, par une équitable compensation, supporter les charges qui l'accompagnent. S'il en était autrement, elle profiterait d'un enrichissement injuste.

Si, par exemple, le failli est appelé à recueillir une succession, les créanciers héréditaires pourront demander la séparation des patrimoines et requérir dans le délai de six mois l'inscription exigée par l'art. 2111 sans avoir à craindre qu'on leur oppose l'état de faillite de l'héritier 1064.

De même, si, postérieurement au jugement déclaratif, il intervient un partage entre le failli et ses cohéritiers, ceux-ci pourront faire inscrire leur privilège sur les immeubles attribués au failli dans les soixante jours fixés par l'art. 2109 1065. Pour le même motif, les légataires peuvent requérir inscription de leur hypothèque légale sur les immeubles de la succession dévolue au failli 1066.

Enfin nous citerons encore, à titre d'exemple, le cas où le failli aurait depuis le jugement déclaratif, acquis un immeuble. Si la masse veut profiter de cette acquisition, elle est obligée de subir l'exercice du privilège du vendeur 1067.

1567. Le deuxième alinéa de l'art. 448 C. co. prévoit le cas où des inscriptions ont été prises avant le jugement déclaratif de faillite mais depuis l'époque fixée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui l'ont précédée. Elles ne sont pas nulles de plein droit, comme le décidait l'art. 2146. L'art.

448 C. co. modifie sur ce point les dispositions du code civil. La loi, tenant compte des dangers que nous avons signalés, voulant réprimer une complicité coupable ou prévenir la négligence du créancier, fait une distinction. Elle proclame la validité des inscriptions si elles ont été prises dans la quinzaine de l'acte constitutif ; dans le cas contraire, elles peuvent être annulées ; elles ne sont pas nécessairement nulles : « Néanmoins les

» inscriptions prises après l'époque de la cessation des paie-

» ments ou dans les dix jours qui précèdent, pourront être

» déclarées nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre

» la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège

» et celle de l'inscription ». D'après le troisième alinéa, ce délai est susceptible d'augmentation à raison des distances :

« Ce délai sera augmenté d'un jour à raison de cinq myria-

» mètres entre le lieu où le droit d'hypothèque aura été acquis

» et le lieu où l'inscription sera prise ».

Les tribunaux jouissent ici d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation ; la nullité n'est pas encourue de droit, comme dans les hypothèses prévues par l'art. 446 C. co. Elle est facultative. Pour qu'elle soit encourue, il n'est pas nécessaire que le créancier soit de mauvaise foi, qu'il ait eu connaissance de l'état de cessation de paiements du débiteur comme dans les cas prévus par l'art. 447 C. co. Sa bonne foi ne le met pas à l'abri de l'application de l'art. 448 C. co. Le tribunal tiendra compte de l'intervalle de temps qui s'est écoulé entre l'acte constitutif et l'inscription ; il recherchera si ce retard implique une négligence de la part du créancier, ou s'il n'est pas la conséquence de faits de force majeure, il recherchera aussi si ce retard a été de

nature à induire les tiers en erreur sur la solvabilité du débiteur.

1568. Cette inefficacité des inscriptions est simplement relative. Elle est édictée dans l'intérêt de la masse ; la loi veut que la situation respective des différents créanciers soit définitivement fixée au moment où le failli se trouve dessaisi de l'administration de son patrimoine, dont on poursuivra la liquidation dans l'intérêt commun. Elle frappe d'inefficacité toute inscription qui pourrait être prise ultérieurement ; elle permet au tribunal de prononcer la nullité de l'inscription prise depuis l'époque fixée comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui ont précédé. Elle veut protéger la masse des créanciers contre les fraudes dont ils seraient les victimes. La masse seule peut se prévaloir de la disposition de l'art. 448 C. co. Vis-à-vis de tous autres, l'inscription produira ses effets ; elle les produira à l'égard du failli ; elle les produira même à l'égard des créanciers agissant en leur nom personnel, dans leur intérêt particulier ; c'est à la masse seule, représentée par le syndic, qu'appartient le droit de l'invoquer. Par conséquent, le failli qui aurait obtenu un concordat auquel n'aurait pas participé le créancier hypothécaire tardivement inscrit, ne serait pas fondé à demander la radiation de l'inscription en offrant de payer le dividende convenu par le concordat ¹⁰⁶⁸.

1569. Les dispositions que nous venons d'analyser dérogent au principe que l'inscription d'un privilège ou d'une hypothèque peut être prise utilement à une époque quelconque sur le débiteur propriétaire. Aussi convient-il de les interpréter restrictivement : Exceptio est strictissimæ interpretationis. Il ne faudrait donc pas appliquer à la déconfiture ¹⁰⁶⁹ ce que la loi dit de la faillite ou de la liquidation judiciaire.

1570. En ce qui concerne la cession de biens volontaire ou judiciaire nous avons déjà indiqué ¹⁰⁷⁰ les difficultés de

cette matière. Nous avons exposé les incertitudes qui planent sur le caractère de cette institution ; nous n'avons pas à prendre partie sur une controverse qui se rattache à la théorie générale des obligations. Nous nous contenterons de faire connaître les conséquences qu'engendre chacune des doctrines proposées.

Un premier point est hors de toute contestation. Si la cession de biens est translatrice de propriété et si elle a été transcrite, c'est certain que les créanciers du débiteur qui l'a consentie ne peuvent plus utilement faire inscrire leurs hypothèques. C'est une application des principes généraux ; la transcription d'un acte translatif de propriété met un terme à la faculté de s'inscrire du chef de l'aliénateur (art. 6 L. 23 mars 1855) ¹⁰⁷¹.

La question ne se présente donc que dans le cas où le débiteur conserve la propriété des biens compris dans la cession. Que celle-ci soit volontaire ou qu'elle soit judiciaire, elle n'a qu'une autorité relative (art. 1165 et 1351) ; elle ne produit d'effet qu'à l'égard de ceux qui y ont été parties, elle ne saurait être opposée aux tiers. Par conséquent les créanciers au profit desquels des hypothèques ont été valablement constituées conservent la faculté de les faire inscrire, pourvu qu'ils n'aient pas concouru au contrat d'abandonnement ou qu'ils n'aient pas figuré au jugement par lequel la cession a été admise. Il est impossible d'assimiler à ce point de vue la cession de biens à la faillite (¹⁰⁷²). L'art. 2146 est un article exceptionnel ; la cession de biens n'est pas la faillite ; alors même que ces deux institutions présenteraient certaines ressemblances, les situations ne sont pas identiques ; la cession de biens ne produit pas l'effet absolu de la faillite. L'art. 2146, spécial à la seconde, ne saurait être étendu à la première.

Pour les créanciers qui ont été parties au contrat d'abandonnement ou au jugement qui admet la cession, le principe doit être le même et pour le même motif. L'art.

2146 doit être écarté. Cependant l'efficacité de l'inscription dépend, à l'égard des autres bénéficiaires de la cession, des termes de la convention. Si les parties étaient, par exemple, convenues que les droits des créanciers seraient réglés dans l'état où les parties se trouvaient au moment de la convention, il nous paraît certain qu'aucune d'elles ne pourrait rendre opposable aux autres l'hypothèque qui lui appartiendrait. En elle-même et en droit, l'inscription est valable ; elle est efficace ; mais le créancier ne peut pas se prévaloir de son hypothèque à l'égard de ceux qui ont été parties à l'abandonnement. Il s'est interdit ce droit et y a renoncé. Par conséquent, c'est une question de consentement ; il appartient aux juges d'interpréter souverainement la convention ¹⁰⁷³.

3. Mort du débiteur, suivie de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession.

1571. « Il en est de même [c'est-à-dire que les inscriptions

» ne produisent aucun effet] entre les créanciers d'une succes-

» sion, si l'inscription n'a été faite par l'un d'eux que depuis

» l'ouverture, et dans le cas où la succession n'est acceptée

» que par bénéfice d'inventaire » (art. 2146 al. 2). Un débiteur, dont les immeubles sont grevés de privilèges ou d'hypothèques, vient à mourir. Les créanciers, qui n'ont pas pris inscription avant son décès, peuvent se mettre en règle si la succession du débiteur est acceptée purement et simplement ; l'inscription sera prise alors sous le nom du défunt ou sous celui de ses héritiers, au choix du créancier (art. 2149). Mais si la succession du débiteur n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire, la formalité de

l'inscription ne peut plus être utilement remplie. Quel en est le motif ?

Voici la première explication que l'on donne de l'art. 2146. Le lien qui paraît exister dans l'art. 2146 entre la disposition que nous venons de transcrire et la précédente relative à la faillite, permet de croire que le législateur a considéré l'acceptation sous bénéfice d'inventaire comme impliquant l'insolvabilité du défunt : ce qui l'a conduit à établir une sorte d'assimilation entre l'acceptation sous bénéfice d'inventaire et la déclaration de faillite. Le législateur a sans doute pensé que, lorsque l'insolvabilité d'un homme décédé est devenue ou va devenir notoire par l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession, le sort de tous ses créanciers doit être définitivement fixé d'après l'état de choses existant lors de son décès, et qu'il ne faut pas tenir compte par suite des inscriptions prises après cet événement. Autrement le créancier, qui, plus rapproché du domicile du défunt ou mieux renseigné, aurait pris inscription le premier, serait préféré sans motif à d'autres créanciers ayant privilège ou hypothèque sur les mêmes biens, et qui, moins favorisés par les circonstances, ne se sont inscrits qu'un peu plus tard.

1572. Cette explication se conçoit à la rigueur lorsque l'acceptation sous bénéfice d'inventaire est volontaire. Mais il existe des cas dans lesquels la loi l'impose. Ainsi la succession échue à un mineur ne peut être acceptée que sous bénéfice d'inventaire (art. 461). De même, lorsque les héritiers de celui qui est appelé à recueillir une succession et qui est décédé sans l'avoir répudiée ou acceptée, ne sont pas d'accord sur le parti à prendre, la succession doit être acceptée sous bénéfice d'inventaire (art. 782). Dans ces hypothèses, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne fait naître aucune présomption d'insolvabilité ; tout au plus peut-elle, dans le dernier cas, inspirer des doutes. Or la disposition de l'art. 2146 est générale ; il est impossible de distinguer entre l'acceptation bénéficiaire volontaire et

l'acceptation bénéficiaire forcée. La même règle les régit l'une et l'autre ; les inscriptions prises depuis le décès sont frappées de la même inefficacité. Le motif que l'on invoque pour expliquer l'art. 2146 n'existe donc pas dans tous les cas auxquels il s'applique.

Cette explication d'ailleurs ne satisfait pas la raison. Car l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne peut engendrer qu'une présomption d'insolvabilité, et cette présomption produirait des effets plus étendus qu'une insolvabilité même notoire. Nous avons vu que l'état de déconfiture du débiteur, même révélé par la saisie de ses biens, ne met pas un terme à la faculté de faire utilement inscrire les privilèges et hypothèques.

1573. M. Colmet de Santerre, qui paraît approuver cette disposition législative, la justifie par un autre motif. « L'inscription, dit cet auteur ¹⁰⁷⁴, est comme la confirmation de l'hypothèque ; or la confirmation ne peut avoir lieu quand la constitution serait impossible. L'héritier bénéficiaire ne pourrait pas, sans abdiquer sa qualité, constituer une hypothèque ; or la loi ne peut pas le dépouiller de sa qualité parce qu'un créancier prendrait une inscription ; donc l'inscription ne peut pas avoir l'effet confirmatif qu'elle a par nature, puisqu'elle a pour but de faire naître d'une façon effective le droit de préférence ».

En supposant que l'inscription puisse être considérée comme une confirmation de l'hypothèque, ce raisonnement aurait de la valeur, si l'inscription s'opérait par le fait de l'héritier, ou si tout au moins sa validité supposait nécessairement son concours, son consentement. On pourrait dire alors que l'héritier ne peut pas plus confirmer une hypothèque qu'en constituer une, sans perdre son bénéfice d'inventaire, et que par suite on doit le considérer comme refusant le consentement sans lequel l'hypothèque ne peut pas être confirmée, devenir efficace par l'inscription. Mais où voit-on dans la loi que le débiteur ou

son héritier qui le remplace et qui ne saurait avoir plus de droits que lui, ait un rôle à jouer dans l'accomplissement de la formalité de l'inscription, sinon un rôle absolument passif ? L'inscription est l'œuvre du créancier seul ; de sorte que, si elle est une confirmation de l'hypothèque, la confirmation est complètement étrangère à l'héritier, comme l'acte dont elle émane. Comment alors cette circonstance, que l'héritier ne peut pas confirmer l'hypothèque sans perdre son bénéfice d'inventaire, pourrait-elle être de quelque considération, puisqu'il ne confirme rien ?

Nous irons même plus loin. L'inscription n'est pas une confirmation de l'hypothèque. Nous savons bien que M. Colmet de Santerre n'emploie pas absolument cette formule. Il dit seulement que l'inscription est comme une confirmation de l'hypothèque. Ces atténuations de langage sont les pires ennemis de la précision et sont de nature à jeter l'incertitude sur les solutions les plus certaines. Si l'inscription était une confirmation de l'hypothèque, si le décès du débiteur suivi de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de sa succession mettait le créancier dans l'impossibilité de s'inscrire utilement, parce que l'héritier bénéficiaire ne peut pas hypothéquer les immeubles héréditaires sans perdre sa qualité, il faudrait logiquement appliquer la même solution dans toutes les hypothèses analogues. Si le débiteur, capable au jour de la constitution de l'hypothèque, devient incapable avant l'inscription, par exemple est frappé d'interdiction, l'inscription devrait être frappée d'inefficacité. Or la loi n'a nulle part posé ce principe ; nul auteur n'a proposé cette règle. Ne faut-il pas en conclure que l'explication tentée par M. Colmet de Santerre ne saurait être accueillie ? Elle ne satisfait pas la raison ; elle n'est pas conforme aux principes de la loi.

1574. La disposition de l'art. 2146 est spéciale au cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire. C'est donc dans la nature et les effets de cette acceptation qu'il faut chercher

l'explication de la loi. Elle modifie la situation des créanciers. Ce changement nous donnera, croyons-nous, la justification légale de l'art. 2146. Lorsqu'à la mort du débiteur sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, les créanciers qui avaient jusque-là un débiteur personnel engagé sur tous ses biens présents et à venir perdent le bénéfice de cette situation. Ils continuent d'avoir pour gage le patrimoine de leur débiteur décédé ; mais ce patrimoine est immuablement fixé, il n'est susceptible ni d'accroissement ni de diminution. La personne du débiteur disparaît d'une manière définitive ; elle n'est pas continuée. Il faut procéder à la liquidation de ce patrimoine. Les droits des parties seront réglés, comme si cette liquidation s'opérait instantanément, au moment même du décès. A partir de cette époque, il devient impossible de s'assurer une cause de préférence. Ainsi s'explique le rapprochement fait par la loi entre la faillite et le bénéfice d'inventaire. Dans les deux cas il y a également lieu de procéder à la liquidation d'un patrimoine ; dans les deux cas, la condition des créanciers hypothécaires sera la même et les inscriptions qu'ils pourront requérir seront également frappées d'inefficacité. Peu importe que l'acceptation bénéficiaire soit volontaire ou forcée ; par l'effet de l'une et de l'autre, le de cujus n'a pas de continuateur de sa personne, la liquidation du patrimoine s'opérera dans les mêmes conditions (¹⁰⁷⁵).

1575. Toutefois, le motif que nous proposons pour justifier la disposition que nous analysons est loin d'être péremptoire. En définitive, le sort des créanciers, qui, surpris peut-être par la mort du débiteur, n'ont pu prendre inscription qu'après cet événement, va dépendre de l'héritier, ce qui est fort injuste. Accepte-t-il la succession purement et simplement, leurs inscriptions seront valables. Au contraire, s'il accepte sous bénéfice d'inventaire, leurs inscriptions demeureront sans effet. D'autre part, comment

expliquer que le bénéfice d'inventaire, introduit uniquement en faveur de l'héritier, puisse réagir sur la situation respective des créanciers de la succession et les empêcher de conserver par une inscription des droits de privilège ou d'hypothèque valablement acquis avant le décès ?

Si on comprend la règle de la loi lorsque le créancier s'est rendu coupable de négligence, il est impossible de la justifier dans le cas contraire. Le créancier le plus vigilant peut être surpris par la mort inopinée de son débiteur, et, si la succession de celui-ci est acceptée sous bénéfice d'inventaire, il perdra les garanties sous la foi desquelles il avait consenti à traiter. C'est souverainement injuste. La loi aurait dû procéder comme l'a fait l'art. 448 C. co. en matière de faillite, fixer un délai pendant lequel les inscriptions auraient toujours pu être utilement prises et confier aux tribunaux le pouvoir d'annuler les inscriptions tardives.

Aussi la disposition qui nous occupe a-t-elle disparu de la loi belge du 16 décembre 1851, qui toutefois limite à trois mois à dater du décès la faculté de prendre utilement inscription, afin que la liquidation des successions ne soit pas indéfiniment entravée ; et chez nous, dans les discussions législatives qui se sont produites de 1849 à 1851, on paraissait à peu près d'accord pour supprimer complètement l'al. 2 de l'art. 2146.

1576. Un créancier prend inscription après la mort de son débiteur et avant que l'héritier du défunt n'ait pris parti ; plus tard l'héritier accepte la succession sous bénéfice d'inventaire. On demande si l'inscription est valable. Il faut répondre qu'elle est nulle, parce que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, comme l'acceptation pure et simple, rétroagit au jour de l'ouverture de la succession (art. 777).

Il n'y a donc pas lieu de tenir compte de l'époque à laquelle l'inscription a été prise, pourvu qu'elle soit

postérieure au décès. Qu'elle ait été requise avant ou depuis l'acceptation bénéficiaire, la solution est la même 1076.

En sens inverse, les inscriptions prises après le décès du débiteur seraient valables si le successible, ayant d'abord accepté bénéficiairement, devenait ensuite héritier pur et simple, soit parce que son acceptation bénéficiaire a été annulée, soit parce qu'il a renoncé expressément ou tacitement au bénéfice d'inventaire ; il serait en effet censé avoir toujours été héritier pur et simple (arg. art. 777) 1077.

Nous avons dit cependant que, d'après la jurisprudence, les créanciers héréditaires avaient alors un droit acquis au bénéfice de la séparation des patrimoines et qu'ils ne pouvaient en être privés par le fait de l'héritier. Ne faudrait-il pas en conclure que les inscriptions prises sur les immeubles héréditaires restent destituées de toute efficacité, lorsque l'héritier encourt la déchéance du bénéfice d'inventaire ? C'est la solution qu'a consacrée la cour de Grenoble 1078. Nous avons déjà exposé les doutes que nous laisse cette théorie 1079. Il semble toutefois impossible d'appliquer l'art. 2146 à l'inscription qui serait requise depuis la déchéance.

Si, au contraire, l'acceptation bénéficiaire était annulée, l'inscription requise depuis le décès serait très certainement valable et on ne pourrait pas invoquer l'art. 2146.

1577. La succession du débiteur est échue à un héritier mineur ou interdit ; elle est acceptée sous bénéfice d'inventaire. Les inscriptions prises après le décès seront-elles nulles ? La raison de douter est, pour certains auteurs, que la succession, échue à un mineur ou à un interdit, ne peut être acceptée autrement que sous bénéfice d'inventaire (art. 461) ; une semblable acceptation n'implique donc pas ici, comme dans les cas ordinaires, le mauvais état des affaires du défunt.

Sans doute. Mais si la succession n'est pas nécessairement mauvaise, elle peut l'être, et c'est justement dans cette hypothèse que la question présentera de l'intérêt ; car, s'il y a de quoi payer tous les créanciers, il importe peu que les inscriptions prises après le décès soient valables ou nulles. Or, quand la succession sera mauvaise, comment pourrait-on expliquer que les inscriptions prises après le décès fussent déclarées valables par suite de cette circonstance que l'héritier est mineur ou interdit ? Elles seront donc nulles. D'ailleurs la loi ne distingue pas.

Cette solution s'explique au contraire sans peine dans la théorie qui rattache l'art. 2146 aux effets particuliers de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Qu'importe que l'héritier soit majeur ou mineur ? Le défunt n'a pas de continuateur de sa personne. La liquidation de son patrimoine s'opérera dans les mêmes conditions. ¹⁰⁸⁰

1578. Le défunt a laissé plusieurs héritiers ; les uns acceptent la succession purement et simplement, les autres sous bénéfice d'inventaire. Les inscriptions prises après le décès seront-elles valables ?

Cette question se rattache intimement à une difficulté que nous avons déjà signalée en traitant de la séparation des patrimoines ¹⁰⁸¹. Si l'on admet que l'acceptation bénéficiaire de, l'un des héritiers produit un effet absolu, qu'elle engendre une véritable séparation des patrimoines pour toute l'hérédité et que cette séparation des patrimoines survit même au partage en nature des biens héréditaires, on sera naturellement porté à appliquer dans ce cas l'art. 2146 et à décider que l'inscription requise par les créanciers du défunt est complètement inopérante. C'est la conséquence à laquelle conduit la théorie de l'indivisibilité de l'état créé par l'acceptation bénéficiaire de l'un des héritiers ¹⁰⁸². Si l'on pense avec la jurisprudence que cet effet doit être limité à la durée de

l'indivision, le sort des inscriptions prises pendant ce laps de temps demeurera en suspens. Elles seront inefficaces, si les immeubles grevés sont vendus pendant cette période soit par les héritiers en commun, soit sur la poursuite des créanciers du défunt ¹⁰⁸³. Elles produiront au contraire leur effet sur les immeubles grevés qui, par suite d'un partage en nature, tomberont au lot des héritiers purs et simples ¹⁰⁸⁴. En sens inverse, on pourrait prétendre que les inscriptions sont toujours valables et produisent leur effet à l'égard de tous. On dirait, pour justifier cette solution : La loi n'annule les inscriptions prises après le décès que « dans le cas où la succession N'est acceptée QUE

» par bénéfice d'inventaire » : ce qui suppose que tous les héritiers acceptent de cette manière. On doit d'autant plus facilement adopter cette solution que la disposition de l'art. 2146 al. 2, outre qu'elle est d'une rigueur extrême, contient une exception à une règle générale, et une exception dont le mérite est fort contestable ; or exceptio est strictissimæ interpretationis.

On peut enfin soutenir que l'inscription est valable en tant qu'elle frappe la part indivise de l'héritier pur et simple, et inefficace en tant qu'elle atteindrait la part indivise de l'héritier bénéficiaire ¹⁰⁸⁵. L'art. 2146 renferme certainement une disposition rigoureuse ; elle est une exception à cette règle que les inscriptions peuvent être prises valablement après le décès du constituant, soit sur le défunt (art. 2149), soit sur tous ses héritiers nominativement désignés. Il doit être interprété limitativement. Il frappe d'inefficacité les inscriptions requises après décès, lorsque la succession n'a été acceptée que sous bénéfice d'inventaire. Son application doit donc être limitée à l'étendue de l'acceptation bénéficiaire, en vertu du principe de la division des vocations héréditaires. Par conséquent l'inscription doit

être valable pour la part indivise de l'héritier pur et simple, inefficace pour celle de l'héritier bénéficiaire.

On peut objecter que cette solution divise l'hypothèque, et est par conséquent contraire à la règle de son indivisibilité.

L'objection nous paraît exagérer la portée du principe de la loi. De l'indivisibilité de l'hypothèque on n'a pas le droit de conclure qu'elle ne peut être conservée pour partie seulement. Sans doute, si l'inscription a été régulièrement prise sur le constituant, elle produira ses effets contre les héritiers, quel que soit leur nombre, quelles que soient les modalités de leur acceptation. Mais si la publicité n'a pas été réalisée avant le décès, la conservation de l'hypothèque subira nécessairement le contre-coup de cet événement. Si l'inscription n'est prise que sur un seul des héritiers, en supposant que tous aient accepté purement et simplement, elle sera valable, mais elle ne pourra produire d'effet que sur la part indivise de celui du chef duquel elle a été requise. Pourquoi n'en serait-il pas de même dans notre hypothèse ? L'inefficacité de l'inscription pour la part indivise de l'héritier bénéficiaire sera sans influence sur sa validité en ce qui concerne la part indivise de l'héritier pur et simple. Cette solution est en harmonie parfaite avec le motif de l'art. 2146. Il est inspiré par cette pensée que le défunt a disparu sans laisser de continuateur de sa personne, que les créanciers héréditaires n'ont plus de débiteur personnel, que leur gage est désormais immobilisé et définitivement fixé aux biens délaissés par le de cujus et que la liquidation doit s'en effectuer suivant l'état de choses existant au moment du décès. Or, dans notre hypothèse, cette considération n'est que partiellement vraie. Donc l'art. 2146 ne doit recevoir qu'une application partielle.

On oppose à un autre point de vue l'indivisibilité de l'hypothèque ; on objecte qu'elle frappe la totalité et chacune des fractions de l'immeuble grevé, est tota in toto

et tota in quâlibet parte, et qu'il est impossible qu'elle soit ainsi limitée à une fraction indivise du bien affecté.

Nous ferons remarquer avec M. Colmet de Santerre que l'indivisibilité est de la nature, et non de l'essence de l'hypothèque. Il est loisible aux parties de déroger à cette règle ; l'hypothèque n'en continuera pas moins de subsister ; car ce n'est pas une condition requise pour son existence. Les parties peuvent donc convenir que l'acquittement partiel de la dette libérera proportionnellement l'immeuble grevé ; elles peuvent stipuler qu'en cas de division ou de partage chacune de ses fractions ne répondra que d'une part de la dette calculée d'après la valeur respective de chacune d'elles. Il n'y a donc aucun obstacle à ce que l'indivisibilité de l'hypothèque subisse une modification par suite des principes consacrés par notre code. L'hypothèque ne peut plus alors s'exercer que sur une partie indivise des immeubles grevés. L'hypothèque existe bien en principe, mais elle a en partie perdu son efficacité ; l'inscription nécessaire pour la vivifier ne peut être requise utilement que sur la part de l'héritier pur et simple.

1579. Cette solution donne naissance à une autre question. Quelle sera l'étendue de la garantie résultant de l'inscription ainsi valablement prise ? Le créancier pourra-t-il demander sa collocation pour le montant intégral de sa créance ou son droit sera-t-il limité à la fraction de la dette dont répond l'héritier pur et simple ? La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point et cependant la difficulté est de nature à se présenter dans la théorie qu'elle a admise. L'inscription est valable en tant qu'elle frappe les immeubles mis par l'effet d'un partage en nature au lot des héritiers purs et simples. Quels effets produira-t-elle alors ? L'équité porterait à décider que le droit de préférence doit être restreint à la part de la dette que doivent supporter les héritiers purs et simples. Par l'effet de la dévolution héréditaire, les dettes se diviseraient de

telle sorte qu'il y aurait deux obligations parfaitement distinctes garanties par deux hypothèques séparées. Cette solution est incontestable en ce qui concerne l'action personnelle. Elle est au contraire bien douteuse pour l'action hypothécaire. L'hypothèque est indivisible (art. 2114) ; elle garantit la totalité et chaque partie de l'obligation. Les art. 873 et 1221 en déduisent cette conséquence que l'héritier détenteur de l'immeuble grevé peut être poursuivi pour la totalité de la dette. Cette décision semble d'autant plus rationnelle que, nous l'avons déjà dit, la publicité des hypothèques n'est requise qu'à l'égard des tiers et que leur efficacité n'est subordonnée à l'égard des héritiers du constituant à aucune condition d'inscription ¹⁰⁸⁶. L'art. 2146 ne peut donc exercer ici aucune influence.

L'opinion contraire est cependant professée par M. Colmet de Santerre ¹⁰⁸⁷. Il décide que l'inscription ne garantit que la part de dette à la charge de l'héritier pur et simple. Il fait remarquer que les dispositions de la loi supposent une hypothèque valablement conservée avant l'ouverture de la succession et qu'elles ne sauraient s'appliquer dans l'hypothèse inverse, lorsque l'inscription ne peut plus être utilement requise à l'encontre de tous les héritiers. Le défunt n'a plus qu'un représentant partiel ; sa personnalité n'est continuée que pour partie ; l'hypothèque ne grèvera qu'une fraction de son patrimoine ; elle ne produira d'effet que pour une fraction de la dette.

La question ne se présentera que bien rarement dans la pratique. Pour éviter ces difficultés, les héritiers procéderont à la vente de l'immeuble hypothéqué et même à la liquidation complète de la succession avant tout partage. Mais si les parties avaient agi différemment, il nous semblerait bien difficile d'admettre dans ce cas une exception au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Si l'immeuble tombe au lot de l'héritier bénéficiaire, le

créancier hypothécaire du défunt ne peut pas demander à être colloqué par préférence en vertu de son hypothèque, l'art. 2146 s'y oppose. Si l'immeuble est mis au lot de l'héritier pur et simple, il en sera autrement.

1580. L'art. 2146 déroge au droit commun. Il faut donc lui appliquer le principe de l'interprétation restrictive. Nous en concluons que sa disposition ne doit pas être étendue au cas où l'héritier du défunt renonce à la succession.

Ce cas ne présente même pas d'analogie avec celui que prévoit notre texte. En effet l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, au moins quand elle n'est pas imposée par la loi, prouve toujours que l'héritier a certains doutes sur la solvabilité du défunt, tandis qu'il n'en est pas nécessairement ainsi de la renonciation : elle peut être faite pour avantager un cohéritier ou un héritier du degré subséquent, ou pour soustraire le renonçant à la nécessité d'un rapport. D'ailleurs l'art. 785 ne dit-il pas que l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier ? et l'art. 777, que l'héritier qui accepte est censé avoir toujours été héritier ? Ne résulte-t-il pas de là que, finalement, il faut s'en tenir, au point de vue du sort des inscriptions prises après le décès du débiteur, à la décision de l'héritier qui accepte après la renonciation des autres ? Ce qui conduit à valider les inscriptions, s'il accepte purement et simplement.

On peut ajouter que le défunt a alors un continuateur de sa personne dans l'héritier du degré subséquent qui accepte purement et simplement. En présence d'un débiteur personnel des dettes du défunt, il n'y a plus lieu à la liquidation pure et simple d'un patrimoine ; l'art. 2146 se trouve par cela même écarté 1088.

1581. La répudiation des héritiers successivement appelés à recueillir la succession peut conduire à la vacance de cette succession. Les inscriptions requises dans ce cas depuis le décès conserveront-elles leur efficacité ?

L'analogie entre cette hypothèse et celle que prévoit la loi n'est pas contestable. Mais un argument d'analogie, et même un argument a fortiori suffit-il pour autoriser l'extension d'une disposition qui déroge au droit commun et a un caractère aussi exceptionnel que l'art. 2146 ? Cependant la plupart des auteurs se prononcent en faveur de l'application de l'art. 2146 et décident que les inscriptions prises après le décès du débiteur ne produisent aucun effet, aussi bien lorsque la succession est vacante que lorsqu'elle est acceptée sous bénéfice d'inventaire. Cette solution peut faire doute pour ceux qui expliquent l'art. 2146 par une présomption d'insolvabilité. Mais si, comme nous l'avons proposé, on en cherche le motif dans l'absence de tout continuateur de la personne du défunt, dans la disparition de tout débiteur personnel dans la nécessité de liquider le patrimoine de la personne qui s'est éteinte, dans la volonté du législateur de procéder à cette liquidation dans l'état où les biens se trouvent au moment de son ouverture, il n'est pas contestable que la succession vacante ne soit régie par les mêmes règles que la succession bénéficiaire ¹⁰⁸⁹.

Si la vacance venait à cesser et si l'héritier acceptait la succession purement et simplement, l'inscription recouvrerait toute son efficacité.

1582. La disposition de l'art. 2146 ne vise que le cas où le défunt n'a pas laissé de continuateur de sa personne ; par conséquent elle ne saurait s'appliquer lorsque la succession a été acceptée purement et simplement. Le décès du constituant ne modifie en aucune façon la situation du créancier hypothécaire. L'hypothèque est née valablement ; elle produit ses effets à l'encontre de l'héritier ; l'inscription peut en être requise. C'est une mesure simplement conservatoire ; elle n'a pour but que de rendre l'hypothèque opposable aux tiers ; elle la conservera telle qu'elle existait contre le défunt.

Il ne faudrait pas se laisser arrêter par l'ancienne maxime que la mort fixe l'état des biens et des dettes d'un homme. Cette maxime signifiait seulement dans notre ancienne jurisprudence, comme le dit Lebrun ¹⁰⁹⁰, que « ceux qui sont simples

» créanciers chirographaires, lors de la mort de leur
» débiteur, ne peuvent jamais devenir créanciers hypothé-
» caires de sa succession, mais seulement de son héritier ». Ce serait exagérer la portée de cette maxime que d'en déduire l'inefficacité des inscriptions requises après la mort. Elle ne s'appliquait, dans notre ancien droit, qu'à la naissance du droit ; dans cette mesure, elle est encore exacte sous l'empire de notre code ; mais il n'y a pas de motif pour l'étendre aux inscriptions, que notre ancien droit ignorait, qui sont établies dans un but de publicité, qui sont sans influence sur l'existence de l'hypothèque, qui sont exclusivement prescrites pour la vivifier et la rendre opposable aux tiers. L'art. 2149 consacre du reste formellement cette solution en autorisant le créancier à prendre inscription sur une personne décédée ¹⁰⁹¹.

1583. Cette solution est unanimement admise lorsque le défunt n'a laissé qu'un seul héritier et même lorsqu'il a laissé plusieurs héritiers, si l'inscription est requise pendant l'indivision ¹⁰⁹². Elle sera valablement faite ; elle frappera d'une manière indivisible l'immeuble grevé ; elle l'atteindra dans sa totalité et dans chacune de ses parties ; elle garantira toute la dette et chacune de ses fractions. On pourrait cependant être tenté de penser qu'elle ne frappe la part indivise de chacun des héritiers que pour la fraction dont chacun d'eux est tenu dans l'obligation. On ferait remarquer que la règle de l'indivisibilité de l'hypothèque suppose que cette garantie a saisi l'immeuble du vivant du constituant et qu'il ne peut plus en être ainsi lorsque, au moment de l'inscription, la dette est déjà divisée. Nous ne

croyons pas que cette argumentation soit fondée. Elle donne trop d'importance à l'inscription ; elle n'en attribue pas assez au fait générateur de l'hypothèque, à l'acte constitutif. L'inscription n'est qu'une mesure conservatoire ; elle ne modifie pas le droit ; elle le rend opposable aux tiers, tel qu'il était né. Or au moment où le défunt a constitué l'hypothèque la dette était une ; elle a été garantie dans son unité ; l'hypothèque est née dans son unité et dans son indivisibilité ; l'inscription requise après le décès, alors que le défunt est représenté intégralement par des héritiers qui ont tous accepté sa succession purement et simplement, doit produire les mêmes effets que si elle avait été requise du vivant du constituant ; le droit est conservé tel qu'il existait et l'hypothèque garantira la totalité de la dette sur la part indivise de chacun des héritiers.

1584. M. Colmet de Santerre estime cependant qu'il en est autrement lorsque l'inscription n'est requise qu'après partage. Sans doute l'inscription est valable ; mais cet auteur pense qu'elle ne peut conserver l'hypothèque sur le bien échu à l'un des héritiers que pour la part de cet héritier, non pour la créance tout entière. Voici en quels termes il développe cette proposition ¹⁰⁹³ : « Cet héritier est censé avoir

» succédé seul et immédiatement au défunt quant à cet immeuble ; néanmoins, il ne représente le défunt que pour une part ; lors donc qu'une inscription est prise sur l'immeuble qui lui appartient exclusivement, elle ne peut être

» prise du chef de ses cohéritiers ; c'est donc comme une inscription qui, du vivant du défunt, aurait été prise seulement pour une fraction de la créance ; elle ne garantirait

» que cette fraction ; l'hypothèque ne frappait pas l'immeuble

» ble d'une façon effective quand il est entré, au décès, dans

» le patrimoine de l'héritier ; quand l'inscription est prise,
» elle ne frappe plus un immeuble héréditaire, mais un im-
» meuble appartenant à Pierre, héritier pour un quart. Son
» immeuble ne peut pas être atteint par une hypothèque pour

» un chiffre supérieur à celui de sa dette ».

Cette solution est peut-être une conséquence de la théorie qui voit dans l'inscription une sorte de confirmation de l'hypothèque. Mais nous avons déjà répudié cette doctrine et nous ne saurions en accepter cette conséquence. Si on la juge par ses résultats, elle blesse l'équité et compromettrait des droits respectables. Qu'arriverait-il si, l'hypothèque ne frappant qu'un seul immeuble, cet immeuble avait été mis tout entier dans le lot d'un seul des héritiers ? Est-ce que, dans ce cas, le créancier ne pourrait prendre inscription que pour la part de la dette dont cet héritier serait personnellement tenu ? Mais alors la créance cesserait d'être en partie une créance hypothécaire. Le partage aurait pour résultat d'éteindre en partie l'hypothèque. Cette solution serait ainsi en opposition avec la volonté des parties et porterait atteinte à des droits valablement acquis. Elle n'est consacrée par aucun texte. Tout au contraire l'art. 2149, en permettant de requérir inscription contre le défunt, admet implicitement que le décès du débiteur ne modifie aucunement la condition du créancier.

Les principes de la loi, soit en matière hypothécaire, soit en matière de succession, confirment notre manière de voir. Si l'acceptation pure et simple d'une succession opérerait novation, on pourrait dire que l'inscription est prise du chef des cohéritiers pour la garantie de la dette de ceux-ci et prétendre que l'hypothèque ne peut pas, sans le consentement du propriétaire, grever un de ses immeubles pour sûreté de la dette d'autrui. Mais tels ne sont pas les

principes de la loi. L'héritier pur et simple est le continuateur de la personne du défunt ; les dettes héréditaires qu'il doit acquitter pour sa part et portion n'ont pas pris naissance en sa personne ; elles lui ont été transmises. S'il en est tenu personnellement, elles n'en sont pas moins des dettes du défunt ; aussi peut-il invoquer toutes les exceptions de nullité que le défunt pouvait opposer. Par conséquent, ce n'est pas du chef des cohéritiers, mais du chef du défunt que l'inscription est requise. Le partage ne peut porter aucune atteinte aux droits du créancier ; ils restent ce qu'ils étaient du vivant du constituant et après son décès pendant l'indivision. S'il en était autrement, le créancier devrait avoir la faculté d'exiger que l'immeuble hypothéqué fût partagé en nature entre les héritiers proportionnellement aux droits de chacun. On sent combien une pareille manière de procéder serait contraire aux intérêts des héritiers et en opposition avec la volonté du législateur. Elle nous paraît aussi condamnée par les principes de la loi en matière hypothécaire. L'inscription n'est qu'une mesure de publicité ; elle est exigée pour assurer l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers, à l'égard des tiers seulement. Or les héritiers purs et simples du débiteur ne sont pas des tiers ; donc l'hypothèque doit produire ses effets contre eux indépendamment de toute inscription. La théorie que nous combattons, répéterons-nous encore, attache trop d'importance à l'inscription ; le droit réel est né par le consentement des parties, il est né avec tous ses attributs ; spécialement il est indivisible ; entre les parties, à l'égard de leurs héritiers, il produit tous ses effets. L'immeuble ou la fraction de l'immeuble mise au lot d'un héritier entre dans son patrimoine avec l'affectation que lui avait donnée le constituant ; il est donc entre ses mains la garantie de toute la dette ; l'inscription conserve ce droit non pas à l'encontre de l'héritier, mais à l'encontre des tiers auxquels elle le rend opposable.

1585. Il importerait peu que les créanciers du défunt eussent demandé la séparation des patrimoines ou eussent pris l'inscription prescrite par l'art. 2111. Même en admettant que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire entraîne séparation des patrimoines ¹⁰⁹⁴, il faut se garder d'en conclure réciproquement que la séparation des patrimoines produise les mêmes effets que le bénéfice d'inventaire et donne lieu notamment à l'application de l'art. 2146 al. 2. En effet la séparation des patrimoines régit les rapports des créanciers héréditaires avec les créanciers de l'héritier, elle est une cause de préférence établie en faveur des premiers à l'encontre des seconds ; mais elle n'apporte aucune modification aux relations des créanciers héréditaires les uns avec les autres. Ils conservent donc l'intégralité de leurs droits et peuvent prendre toutes les mesures nécessaires pour les sauvegarder. Si l'inscription était requise du chef de l'héritier, il en serait autrement ; mais nous avons démontré qu'elle était faite du chef du défunt et que l'héritier n'y intervenait à aucun titre. D'ailleurs, comme nous espérons l'avoir prouvé, l'art. 2146 al. 2 s'explique par l'absence de tout débiteur personnel ; or dans le cas de séparation des patrimoines, la succession a été acceptée purement et simplement. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer une règle édictée par la loi en vue d'une hypothèse toute différente ¹⁰⁹⁵.

Cette solution présente d'assez graves difficultés pour les auteurs qui assimilent l'effet de l'inscription à l'effet d'une confirmation de l'hypothèque. Ils la justifient en disant ¹⁰⁹⁶ :

« L'héritier ayant accepté purement pourrait confirmer l'hypothèque, il n'en serait empêché que par la séparation des
» patrimoines ; mais cette séparation ayant en quelque sorte

» pour objet de régler la situation comme si le débiteur n'était

» pas mort, l'inscription pourrait certainement être prise

» comme du vivant de ce débiteur ». Cette justification ne paraît guère satisfaisante, et nous trouvons ici un nouveau motif pour repousser la théorie qui assimile l'effet de l'inscription à l'effet d'une confirmation de l'hypothèque. Il nous est impossible de concevoir que l'inscription prise après la mort du constituant produise l'effet d'une confirmation ; celui qui n'existe plus ne saurait participer à un acte juridique. La fiction que l'on prétend, inexactement selon nous ¹⁰⁹⁷, donner pour base à la séparation des patrimoines, ne saurait être étendue au delà de ses limites. Introduite en faveur d'une classe de créanciers, les créanciers héréditaires, contre une autre classe de créanciers, les créanciers de l'héritier, elle ne saurait produire d'effet dans les rapports des créanciers du défunt entre eux. Par conséquent, ce serait en réalité de l'héritier qu'émanerait l'acte appelé à produire les effets d'une confirmation. Sans doute l'héritier ayant accepté purement et simplement pourrait confirmer. Mais nous ne concevons pas comment une confirmation serait efficace à l'encontre des créanciers héréditaires, alors qu'une constitution d'hypothèque serait destituée de toute efficacité à l'encontre des mêmes personnes. La vérité, c'est que l'inscription ne saurait être assimilée à une confirmation de l'hypothèque et que l'art. 2146 al. 2 s'explique par d'autres considérations que nous avons exposées et sur lesquelles nous n'avons pas à revenir.

1586. Ce que le législateur a voulu en frappant d'inefficacité les inscriptions requises après l'un des événements indiqués dans les art. 2146 C. civ. et 448 C. co., c'est ne pas laisser aux créanciers le moyen de s'assurer une cause de préférence dans une liquidation qui doit

s'opérer dans les conditions de la plus stricte égalité. Il défend en conséquence de rendre efficace, à l'encontre des tiers, spécialement des autres créanciers du même débiteur, un droit qui ne leur était pas opposable. Mais si ce droit a déjà acquis toute sa valeur, s'il s'agit pour le créancier de conserver un rang qui lui appartenait déjà, les dispositions de nos articles ne recevront plus leur application : cessante razione legis, cessat ejus dispositio.

Ainsi en est-il notamment des inscriptions prises en renouvellement. On sait que l'effet des inscriptions est limité par la loi à dix années à partir du jour de leur date, et qu'il cesse si elles n'ont pas été renouvelées avant l'expiration de ce délai (art. 2154). La faillite du débiteur, le décès de celui-ci suivi de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de sa succession ne dispensent pas les créanciers, comme nous le verrons, de renouveler leurs inscriptions ; mais ces événements ne leur enlèveraient pas la faculté de satisfaire à cette obligation légale. Il ne s'agit pas pour eux d'acquérir à l'encontre des tiers une cause de préférence qu'ils n'avaient pas encore ; ils veulent seulement conserver le bénéfice d'une situation qui leur appartenait déjà ¹⁰⁹⁸. Mais si le délai de dix ans était expiré sans que l'inscription eût été renouvelée, il en serait autrement. Sans doute, l'hypothèque n'est pas éteinte, mais elle se trouve destituée de toute valeur à l'égard des tiers ; elle a perdu l'efficacité que lui avait conférée l'inscription aujourd'hui périmée. Le créancier se trouve dans la même situation que si son privilège ou son hypothèque n'avait jamais été inscrit ; il veut acquérir un droit de préférence qu'il a eu autrefois, mais qu'il n'a plus aujourd'hui. La faillite du débiteur, son décès suivi de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de sa succession s'y opposent ; l'inscription qu'il pourrait prendre serait donc privée d'efficacité ¹⁰⁹⁹.

Cependant, s'il s'agissait d'une hypothèque générale et si la faillite du débiteur s'était terminée par un concordat, le créancier hypothécaire qui aurait conservé son hypothèque en ne votant pas au concordat, aurait le droit de requérir une nouvelle inscription sur les immeubles acquis par le failli depuis cette époque ¹¹⁰⁰.

1587. La faillite du débiteur, son décès suivi de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de sa succession empêcheront-ils les inscriptions particulières, requises pour assurer le paiement des intérêts non conservés par l'inscription prise pour sûreté de la créance principale (art. 2151), de produire leur effet ? La difficulté est très sérieuse ; car le créancier ne conserve pas par ce moyen un rang qui lui appartenait déjà ; il ne sera colloqué de ce chef qu'à la date de sa nouvelle inscription ; il acquiert donc pour la garantie de cette fraction de sa créance une sûreté nouvelle. Ne doit-on pas dès lors appliquer les art. 2146 C. civ. et 448 C. co., sauf le droit pour le créancier de se prévaloir de l'art. 1188, d'invoquer la déchéance du bénéfice du terme et de poursuivre le remboursement immédiat de sa créance ¹¹⁰¹ ?

Cette opinion nous paraît trop rigoureuse et nous serions portés à admettre la validité de l'inscription prise pour la garantie des intérêts même après l'un des événements prévus par les art. 2146 C. civ. et 448 C. co., pourvu qu'une inscription eût été valablement requise pour sûreté de la créance principale. L'art. 2151 est en effet une dérogation aux principes généraux. D'après ces principes, l'accessoire devrait suivre le sort du principal, *accessorium sequitur principale*. Par conséquent, le créancier devrait être colloqué au même rang pour le principal et pour tous les accessoires de sa créance, spécialement pour les intérêts qu'elle a pu produire. La loi a apporté une exception à ce principe ; mais elle a accompagné cette exception d'une réserve ; elle accorde au créancier le droit de prendre une

inscription pour les intérêts que ne garantit pas l'inscription primitive. Il nous semble impossible de scinder ces deux dispositions de la loi, d'appliquer la règle sans tenir compte de la réserve qui en corrige la rigueur. C'est pourquoi nous pensons que ces inscriptions peuvent être utilement requises après les événements prévus par les art. 2146 C. civ. et 448 C. co. Nous ferons en outre remarquer que la publicité de l'hypothèque garantissant le principal protège les tiers contre tout danger d'erreur, et que cette nouvelle inscription ne produisant effet qu'à sa date, le créancier sera primé par la masse de la faillite, si les syndics ont requis inscription de l'hypothèque légale de l'art. 490 C. co. ¹¹⁰².

1588. Les dispositions des art. 2146 C. civ. et 448 C. co. s'appliquent à tous les privilèges, à toutes les hypothèques, dont la conservation est subordonnée à la condition d'une inscription.

Elles s'appliquent donc, en principe, à toutes les hypothèques légales, judiciaires ou conventionnelles, parce que toutes ne peuvent pas, en règle générale, être opposées aux tiers si elles n'ont pas été régulièrement inscrites. Elles s'appliquent notamment à l'hypothèque maritime, pour laquelle le législateur n'a pas édicté de règle spéciale et qui reste en conséquence soumise aux principes du droit commun ¹¹⁰³.

1589. Nous disons d'abord que la règle s'applique à toutes les hypothèques, par conséquent aux hypothèques légales aussi bien qu'aux hypothèques conventionnelles ou judiciaires. Ainsi l'hypothèque légale de l'Etat... (art. 2121 al. 3) ou celle du légataire (art. 1017) ne pourrait pas être inscrite utilement après la faillite du débiteur ou après sa mort suivie d'acceptation bénéficiaire. On n'a pas voulu, nous l'avons déjà dit, qu'après l'arrivée de l'un des événements prévus par l'art. 2146, un créancier pût, par le moyen d'une inscription, acquérir un rang qui ne lui

appartenait pas avant l'inscription, et se créer ainsi une situation préférable à celle des autres créanciers.

Cette règle comporte exception pour l'hypothèque légale de la masse des créanciers de la faillite ou de la liquidation judiciaire (L. 4 mars 1889 art. 5 al. 2). Cette inscription n'a pas pour but de conserver un droit de préférence opposable dans les rapports des créanciers entre eux. Il n'y avait pas dès lors de motif pour la soumettre aux mêmes prescriptions que les autres hypothèques.

1590. Mais elle est nécessairement étrangère aux hypothèques dont l'efficacité à l'égard des tiers est indépendante de toute publicité, c'est-à-dire aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits. Cette dispense de publicité n'est toutefois que temporaire ; nous avons vu ¹¹⁰⁴ que la déclaration de faillite de l'ex-tuteur ou du mari, leur décès suivi de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance ne ferait pas obstacle à l'efficacité de l'inscription prise dans le délai d'un an à partir de la cessation de la tutelle ou de la dissolution du mariage.

Une fois ce délai d'un an expiré, l'hypothèque perd le bénéfice de la faveur dont la loi l'avait entourée jusque là. Elle est placée sur la même ligne que les autres hypothèques légales, judiciaires ou conventionnelles. Elle doit être vivifiée par une inscription ; elle ne prend rang qu'à la date de cette inscription. Le créancier acquiert ainsi un rang qui ne lui appartenait plus. Il rend opposable à la masse ou aux créanciers du défunt une cause de préférence qui ne pouvait pas leur être opposée. Par conséquent l'art. 2146 et l'art. 448 C. co. recevront leur application ¹¹⁰⁵.

1591. Il peut arriver que, faite dans les délais de la loi, l'inscription soit postérieure à la cessation des paiements ou ait été prise dans les dix jours précédents. Faut-il alors appliquer le deuxième al. de l'art. 448 ? Le tribunal peut-il

prononcer la nullité de l'inscription ? C'est une question que nous avons déjà posée et qu'il faut maintenant résoudre.

En faveur de l'affirmative, on peut faire remarquer que l'expiration du délai d'un an a pour conséquence de mettre ces hypothèques sur la même ligne que toutes les hypothèques et de les soumettre par suite à l'application des règles du droit commun ; or parmi ces règles figure la disposition de l'art. 448 C. co. qui, dans sa généralité, comprend toutes les hypothèques assujetties à la formalité de l'inscription. Telle est bien la situation du créancier à hypothèque légale après l'expiration du délai d'un an fixé par l'art. 8 de la loi de 1855. On peut ajouter qu'il y a même motif de décider. Le retard apporté à l'inscription de ces hypothèques légales peut induire les tiers en erreur sur la solvabilité du débiteur ; il peut être le résultat d'un concert frauduleux. Il est donc nécessaire d'appliquer l'art. 448 C. co. pour prévenir les dangers redoutés par le législateur ¹¹⁰⁶.

Cette solution cependant nous laisse des doutes ; nous serions même portés à préférer l'opinion contraire. En effet, il est certain qu'à l'époque où il fut rédigé, l'art. 448 C. co. ne s'appliquait pas aux hypothèques légales du mineur, de l'interdit et de la femme mariée. Il n'est pas douteux non plus que les auteurs de la loi de 1855 n'ont pas prévu le cas où le mari ou le tuteur seraient déclarés en état de faillite. Par conséquent, pour que l'art. 448 reçoive alors son application, il faut non seulement qu'il y ait même motif de décider, mais en outre que l'hypothèse née de l'art. 8 de la loi de 1855 rentre dans les termes mêmes, dans les prévisions de cet art. 448 C. co.

La loi en subordonne l'application à plusieurs conditions. Elle exige notamment qu'il se soit écoulé un délai de quinzaine entre la date de l'inscription et la date du titre constitutif. Or, on peut dire que s'il existe un fait

générateur de l'hypothèque légale, il n'y a pas en réalité de titre constitutif ; dès lors, l'art. 448 C. co. se trouve écarté.

Cette argumentation est loin d'être déterminante ; car il est universellement admis que l'art. 448 C. co. s'applique aux privilèges et aux hypothèques légales autres que celles des incapables et cependant dans ces cas aussi il n'y a pas à proprement parler de titre constitutif.

Si nous poussons plus loin l'analyse, nous constatons que l'hypothèque légale des incapables a été assortie, au moment de sa naissance, d'une dispense d'inscription et que certains événements mettent un terme à cette faveur. Or, il est impossible d'assimiler ces événements à un titre constitutif ; l'hypothèque est déjà née ; elle résulte du mariage ou de la tutelle. Donc nous ne nous trouvons pas dans les conditions requises par l'art. 448 C. co. Aussi l'opinion contraire se heurte-t-elle, dans la pratique, aux plus graves difficultés, quand elle veut déterminer le point de départ du délai de quinzaine. Les uns décident qu'il devrait rationnellement courir du jour de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle, mais que la loi ayant accordé alors une année pour l'inscription de l'hypothèque il n'y a pas lieu au délai supplémentaire de quinzaine ¹¹⁰⁷. Les autres au contraire voulant appliquer à la lettre l'art. 448 font courir le délai de quinzaine de l'expiration de l'année ¹¹⁰⁸. Ces divergences ne démontrent-elles pas que nous sommes en dehors des prévisions de la loi ? Il s'agit de déchéance ; ne faut-il pas en conclure que, dans une matière où l'interprétation rigoureuse s'impose, les magistrats n'ont pas le droit d'annuler l'inscription tardivement prise ¹¹⁰⁹ ?

Il est regrettable que les auteurs de la loi de 1855 n'aient pas réglementé cette situation. Rationnellement, on aurait dû soumettre les hypothèques légales qu'on assujettissait à la nécessité d'une inscription à la même règle que toutes les autres hypothèques ; il fallait alors fixer le point de

départ du délai de quinzaine ; dans le silence de la loi, l'interprète n'a pas le droit de le déterminer. Fondée sur la loi, cette solution ne satisfait pas notre raison.

1592. La règle des art. 2146 C. civ. et 448 C. co. n'est pas spéciale aux hypothèques ; elle s'étend également aux privilèges dont l'efficacité est subordonnée, à l'égard des tiers, à la condition d'une inscription. Malgré sa généralité, le texte ne doit pas cependant être appliqué sans distinctions.

En effet, il est certainement étranger aux privilèges que l'art. 2107 dispense d'inscription pour l'exercice du droit de préférence. Ce sont, on le sait, les privilèges généraux de l'art. 2101.

1593. Il existe des privilèges immobiliers pour l'inscription desquels la loi accorde certains délais au créancier. Tel est le privilège du copartageant qui doit être inscrit dans les soixante jours de l'acte de partage ou de l'adjudication sur licitation. Tels sont les privilèges du Trésor.

Prenons pour exemple le privilège du copartageant. Si l'inscription du privilège n'a pas été faite dans le délai de la loi, il dégénère en hypothèque, et est soumis aux mêmes règles que les hypothèques légales. Par conséquent, si le débiteur est déclaré en état de faillite, s'il décède et si sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire ou vacante, l'inscription ne pourra plus être prise à partir du jour du jugement déclaratif ou du décès, et si elle a été faite depuis l'époque fixée comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui ont précédé, elle pourra être frappée d'inefficacité en vertu de l'art. 448, al. 2 C. co. Car il se sera écoulé plus de quinze jours entre l'acte ou le fait générateur du privilège et l'inscription. Les tribunaux exerceront alors leur pouvoir d'appréciation.

1594. Que décider si le délai de soixante jours accordé par l'art. 2109 n'est pas encore expiré au moment où

l'inscription est requise ?

Une première opinion se prononce en faveur de l'application des art. 2146 C. civ. et 448 C. co. L'inscription sera fatalement frappée d'inefficacité si elle n'a pas été prise avant le jour du jugement déclaratif de faillite ou le décès ; elle pourra être annulée si elle a été faite depuis l'époque fixée comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents et s'il s'est écoulé plus de quinze jours (sauf augmentation à raison des distances) entre la date de l'acte constitutif ou plutôt du fait générateur du privilège (le privilège étant constitué par la loi) et la date de l'inscription. C'est évidemment en vue de cette dernière hypothèse que M. Colmet de Santerre, qui paraît professer cette opinion, a écrit : « Cette

» solution n'est pas aussi rigoureuse que celle qui résultait
» du code de 1807 ; car, d'après l'art. 448, les inscriptions ne

» sont qu'annulables et les tribunaux auront à tenir compte

» de la bonne foi des créanciers ». Ce pouvoir d'appréciation n'existe pas, nous en avons déjà fait la remarque, lorsque l'inscription est postérieure au jugement déclaratif ; alors l'inscription est nécessairement inefficace. Cette opinion se fonde sur les termes de la loi ; les art. 2146 et 448 mettent sur la même ligne les privilèges et les hypothèques. Le législateur ne pouvait pas ignorer que certains créanciers privilégiés jouissaient d'un délai pour prendre inscription. Il n'en a pas tenu compte dans la rédaction des art. 2146 et 448. Il a posé une règle absolue. Il n'y a apporté aucune exception. L'interprète n'a pas le droit d'en créer. Cette interprétation rigoureuse s'impose avec d'autant plus de puissance que l'art. 2146 était rédigé dans le même esprit et qu'il est inadmissible que les rédacteurs du code aient oublié en l'écrivant la disposition de l'art. 2109 ¹¹¹⁰.

1595. Nous croyons cependant, malgré la force de cette argumentation, devoir préférer l'opinion contraire. Remarquons tout d'abord que la situation du copartageant est analogue à celle de la femme veuve ou du mineur devenu majeur, depuis la loi de 1855. L'un et l'autre sont obligés de prendre inscription dans un certain délai. Or, on est d'accord que la déclaration de faillite du mari décédé ou de l'ancien tuteur, leur décès suivi de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de leur succession ne font pas obstacle à l'efficacité de l'inscription, pourvu qu'elle ait été requise dans le délai d'un an de l'art. 8 L. de 1855. Pourquoi en serait-il autrement pour le privilège du copartageant, s'il est inscrit dans le délai légal de 60 jours ? Dirait-on, pour expliquer cette différence, que l'hypothèque légale des incapables était, au moment de sa naissance, dispensée de publicité et que, pour ce motif, les art. 2146 et 448 lui sont étrangers ? Cette justification ne serait pas satisfaisante ; car si le privilège du copartageant doit être inscrit, la loi accorde un délai à l'intéressé ; pendant ce laps de temps, on peut dire qu'il jouit conditionnellement du bénéfice d'une dispense d'inscription ; son efficacité subsiste, pourvu qu'il soit inscrit dans les 60 jours. Or, les art. 2146 et 448 atteignent précisément l'inscription qui a pour but de donner à une cause de préférence une efficacité et un rang qu'elle n'avait pas encore. Telle n'est pas notre hypothèse.

La solution contraire conduirait du reste à des conséquences étranges ; si l'immeuble avait été aliéné et si l'aliénation avait été transcrite, le copartageant pourrait prendre une inscription utile et conserver à la fois son droit de préférence et son droit de suite en requérant inscription dans les 45 jours de l'acte de partage (art. 6 L. 23 mars 1855) et il lui serait interdit de conserver son droit de préférence à l'encontre de la masse de la faillite ou des autres créanciers héréditaires ! La masse composée des créanciers chirographaires, les créanciers chirographaires

du défunt jouiraient d'une situation meilleure que celle d'un tiers acquéreur ! Pour admettre une pareille solution, il faudrait que les textes fussent formels ; or, nous avons vu qu'ils ne le sont pas, puisqu'on ne les applique pas aux hypothèques légales des incapables. Il faudrait au moins qu'il y eût même raison de décider. Or, les dangers que les art. 2146 et 448 ont pour but de prévenir n'existent pas dans l'espèce. La loi redoute la fraude ; elle craint que le retard apporté par le créancier à la conservation de ses droits n'ait eu pour résultat d'induire les tiers en erreur sur la solvabilité du débiteur. Il faut donc que ce retard implique une véritable négligence. Or, le copartageant n'a pas été négligent, puisqu'il s'est conformé à la loi et s'est contenté d'user du bénéfice qu'elle lui accordait ; ce retard n'a pas pu tromper les tiers ; il leur suffisait de savoir que les immeubles étaient des immeubles héréditaires pour être avertis de l'existence, au moins possible, du privilège. Ces considérations nous conduisent à proclamer la validité de l'inscription ¹¹¹¹.

Terminons par une dernière observation : si le partage était postérieur à la faillite, il n'est pas douteux que l'inscription pourrait être utilement prise sur les immeubles héréditaires ¹¹¹². C'est une considération qui nous confirme encore dans notre opinion.

1596. La même question s'agite pour la séparation des patrimoines. Le droit de préférence qui y est attaché doit être rendu public par une inscription prise dans les six mois de l'ouverture de la succession. Pour ceux qui admettent avec la jurisprudence que c'est un véritable privilège, la condition des créanciers héréditaires présente la plus grande analogie avec celle du copartageant. Les mêmes considérations militent en faveur des uns et des autres ; elles conduisent à des solutions identiques. Si au contraire on voit dans la séparation des patrimoines seulement une cause de préférence non un privilège

véritable, on est d'autant plus porté à écarter l'application des art. 2146 C. civ. et 448 C. co. qu'ils parlent taxativement de privilège ¹¹¹³.

Ajoutons que, dans le cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, l'inscription prise dans ce délai rétroagit au jour de l'ouverture de la succession, et se trouve être ainsi, en droit, sinon antérieure, tout au moins concomitante à l'évènement qui arrête le cours des inscriptions ; que l'art. 2146 ne déclare inefficaces les inscriptions prises après l'ouverture de la succession que dans les rapports des créanciers de la succession les uns avec les autres (argument des mots : Il en est de même entre les créanciers d'une succession...). Or le privilège de la séparation des patrimoines s'exerce, non pas entre créanciers d'une même succession, mais bien au profit des créanciers de la succession contre ceux de l'héritier ; donc on est en dehors des termes de l'exception prévue par l'art. 2146 ; on rentre, par conséquent, dans la règle d'après laquelle l'inscription peut être prise à une époque quelconque, pourvu que le privilège ne soit pas éteint par les voies légales. D'ailleurs, l'art. 2146 paraît n'avoir été écrit qu'en vue des privilèges ou hypothèques déjà nés avant la faillite ou la mort du débiteur ; or le privilège de la séparation des patrimoines ne naît qu'au moment de la mort du débiteur ; et si l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de la succession du débiteur en rendait l'inscription impossible, il se présenterait ceci de particulier, qu'il n'y aurait pas eu un seul instant pendant lequel le privilège aurait pu être efficacement inscrit, car bien évidemment il ne peut pas l'être avant la mort du débiteur.

1597. Pour le privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers, nous avons vu que le premier procès-verbal devait être inscrit avant le commencement des travaux, sous peine de dégénérer en hypothèque. Si donc l'inscription n'a

été prise ni avant le commencement des travaux, ni avant le jour du décès du débiteur dont la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire ou est vacante, ou du jugement déclaratif de faillite, elle ne produira aucun effet. Est-il bien nécessaire de supposer le cas où elle aurait été prise avant le commencement des travaux, mais après le décès ou le jugement déclaratif ? L'hypothèse ne se réalisera guère dans la pratique, le constructeur sera peu disposé à commencer des travaux pour le compte d'un débiteur en faillite ou décédé, ou du moins il exigera des garanties. D'ailleurs l'inscription serait certainement efficace ; car le fait générateur du privilège se trouve non dans la rédaction du procès-verbal de constat des lieux, mais dans l'érection des constructions nouvelles ; ce fait est postérieur à la déclaration de faillite ou au décès ; l'inscription du privilège peut être valablement requise.

La question paraît donc n'offrir d'intérêt que dans le cas où l'inscription, prise avant le commencement de travaux et avant le jugement déclaratif, l'a été soit depuis l'époque de la cessation des paiements, soit dans les dix jours précédents. L'art. 448 ne recevra pas son application. En effet, il permet aux tribunaux d'annuler l'inscription, s'il s'est écoulé plus de quinze jours depuis la date de l'acte constitutif. Or l'inscription est antérieure au fait générateur du privilège. Par conséquent, les tribunaux n'ont pas le droit de l'annuler. Pour que l'art. 448 al. 2 puisse être invoqué il faut donc supposer que l'inscription a été prise pendant la période suspecte et plus de quinze jours depuis le commencement des travaux. Alors le privilège est dégénéré en une hypothèque soumise à la règle de l'art. 448 al. 2.

En résumé, cette règle ne s'applique pas, malgré la généralité de ses termes, au privilège du constructeur, mais elle régit l'hypothèque légale qui le remplace, lorsque l'inscription a été tardivement prise.

1598. Nous devons enfin nous expliquer sur le privilège du vendeur d'immeubles. Le failli a acheté un immeuble, mais il n'en a pas payé le prix au moment du jugement déclaratif de faillite. La vente n'a pas été transcrite ; le privilège n'a pas été inscrit. Le vendeur pourra-t-il encore le conserver soit par une transcription, soit par une inscription ? Si l'on admet que depuis la loi du 23 mars 1855 le vendeur reste propriétaire jusqu'à la transcription, il est certain que les art. 2146 et 448 sont par cela même écartés. La transcription ne peut être opérée qu'après le jugement déclaratif. A ce moment seulement, l'acheteur deviendra propriétaire ; au même instant, le vendeur deviendra créancier. Le privilège ne prendra naissance qu'à une date postérieure à la faillite et en vertu des principes, il pourra être utilement conservé, puisque les art. 2146 et 448 n'ont en vue que les droits de préférence nés avant le jugement déclaratif ¹¹¹⁴.

Mais nous croyons que cette argumentation repose sur une erreur relative à la nature de la transcription. Cette formalité est exigée dans le but unique de rendre la vente opposable aux tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. Elle n'est donc requise qu'à l'égard des ayants cause à titre particulier ; elle ne l'est pas à l'égard du vendeur et de ses ayants cause à titre universel. Dans les rapports de ces personnes avec l'acheteur, la vente continue d'être translatrice de propriété, comme sous l'empire du code, aux règles duquel la loi de 1855 n'a apporté à cet égard aucune dérogation. Le vendeur a donc immédiatement cessé d'être propriétaire ; il est devenu créancier du prix ; sa créance est garantie par un privilège ; ce privilège doit être rendu public ; il peut être soumis à l'art. 448 C. co. Faut-il appliquer cette disposition ?

On a essayé de l'écarter en disant : l'art. 448 édicte une déchéance ; il doit être interprété limitativement. Or il ne

parle que d'inscription et le privilège du vendeur se conserve par la transcription ¹¹¹⁵.

Cette solution pourrait à la rigueur être exacte, si la transcription était le seul mode de conservation du privilège du vendeur ; mais nous avons démontré ¹¹¹⁶ qu'on pouvait également avoir recours à une inscription. Or il semble impossible de ne pas appliquer dans ce dernier cas l'art. 448, et nous ne voyons pas de motif pour distinguer suivant que la publicité est obtenue au moyen d'une inscription ou d'une transcription. D'ailleurs, il importe de ne pas oublier qu'aux termes de l'art. 2108, la transcription vaut inscription. Elle en produit les effets, elle ne saurait en produire de plus étendus. Il est naturel qu'elle en suive les règles et soit régie par les mêmes principes. Nous ne pouvons pas admettre, comme on l'a proposé ¹¹¹⁷, que les effets de la transcription varient suivant qu'elle est requise par le vendeur ou par l'acheteur ; nous ne comprenons pas pourquoi elle serait efficace quand elle serait requise par l'acheteur et inefficace quand elle la serait par le vendeur ; c'est précisément de la première que parle l'art. 2108 pour dire que la transcription faite par l'acheteur vaut inscription pour le vendeur.

Nous pensons en conséquence avec la grande majorité des auteurs ¹¹¹⁸ et la jurisprudence ¹¹¹⁹ que le privilège du vendeur ne peut être conservé ni par une inscription prise, ni par une transcription opérée à sa requête ou à la requête de l'acheteur depuis le jugement déclaratif de faillite ou depuis le décès suivi de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de la succession. La disposition des art. 2146 C. civ. et 448 C. co. est générale ; elle s'applique notamment à tous les privilèges, dont l'efficacité à l'égard des tiers est subordonnée à une condition de publicité. Telle est bien la situation du vendeur d'immeubles. Il est donc soumis à la règle édictée par notre article.

1599. Il est cependant un cas bien exceptionnel, où le vendeur ne serait pas déchu de son droit. Il faut supposer pour cela que l'immeuble a été revendu par le failli, que le prix en a été payé de telle sorte que la masse ne peut pas critiquer ce paiement, que la transcription de cette revente a eu lieu avant l'inscription de l'hypothèque légale de la masse et que l'inscription du privilège du premier vendeur a été prise dans les quarante-cinq jours de la vente par lui consentie. Ces conditions se réaliseront bien rarement et l'hypothèse est en quelque sorte invraisemblable ; mais si par hasard il en était autrement, si ces conditions étaient réunies, nous croyons que l'inscription prise par le vendeur conserverait toute son efficacité ; elle serait prise sur un immeuble qui a cessé, même à l'égard de la masse, de faire partie de l'actif de la faillite et qui en conséquence n'est plus son gage.

1600. Tout en acceptant le principe même de la théorie que nous venons de développer, MM. Aubry et Rau y apportent cependant un tempérament. Dans le cas où la faillite éclate immédiatement après la vente, ils accordent au vendeur un délai de quarante-cinq jours pour la conservation de son privilège, comme en cas de revente suivie de transcription (¹¹²⁰).

Nous ne saurions accepter cette doctrine. La disposition du 2^e al. de l'art. 6 de la loi de 1855 est une disposition exceptionnelle ; elle déroge au principe écrit dans le 1^{er} al. du même art., aux termes duquel nulle inscription de privilège ne peut être utilement prise à partir de la transcription de la vente. Elle doit être interprétée d'une manière limitative. Nulle considération d'équité n'est capable d'en justifier l'extension à une autre matière. Il nous est donc impossible d'appliquer cette disposition, lorsque l'inefficacité de l'inscription est le résultat non pas de la transcription d'une revente mais de la faillite de l'acheteur ou de son admission au bénéfice de la liquidation

judiciaire. La généralité de l'art. 448 C. co. et de l'art. 5 de la loi du 4 mars 1889 ne comportent aucune distinction 1121.

1601. Le vendeur jouit d'une autre garantie, qui lui assure des avantages presque égaux et quelquefois supérieurs au privilège ; c'est l'action résolutoire. A défaut par l'acheteur d'exécuter fidèlement ses engagements, le vendeur peut demander et faire prononcer la résolution de la vente (art. 1184 et 1654). Sous l'empire du code, cette action était indépendante du privilège ; elle pouvait être exercée alors même que le privilège était perdu, ou à plus forte raison lorsqu'il ne pouvait pas être invoqué. La faillite de l'acheteur, son décès suivi de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de sa succession enlevaient bien au vendeur le droit de faire inscrire son privilège. Mais ces événements étaient sans influence sur l'action résolutoire qui pouvait toujours être intentée.

La loi du 23 mars 1855 a modifié cet état de choses ; dans un but de publicité, par des considérations sur lesquelles il est inutile d'insister, elle a solidarisé ces deux garanties en disposant par son art. 7 : « L'action résolutoire établie par

» l'art. 1654 C. civ. ne peut être exercée après l'extinction
» du privilège du vendeur, au préjudice des tiers qui ont
» acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur,
et

» qui se sont conformés aux lois pour les conserver ». La combinaison de cette disposition avec les art. 2146 C. civ. et 448 C. co. donne, dans la théorie que nous avons admise, naissance à une nouvelle question. L'impossibilité, où se trouve le vendeur de faire inscrire son privilège et de l'opposer aux créanciers de la masse ou aux créanciers du défunt, lui enlève-t-elle la faculté de poursuivre la résolution de la vente au préjudice de ces personnes ? Avant d'aborder la discussion de cette difficulté en cas de

faillite et en cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou de vacance de la succession de l'acheteur, il est nécessaire de préciser les conditions auxquelles est subordonnée l'application de cet art. 7 de la loi de 1855. Or, il résulte du texte que trois conditions sont requises. Il faut : 1° que le privilège soit éteint ; 2° que le vendeur se trouve en présence de tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur ; 3° que ces tiers se soient conformés aux lois pour conserver leurs droits c'est-à-dire aient rempli les formalités de publicité prescrites par le législateur. Abordons maintenant l'étude de la question.

1602. Parlons d'abord du cas de faillite ou d'admission au bénéfice de la liquidation judiciaire. Le vendeur, qui n'a pas fait inscrire son privilège ou dont le contrat n'a pas été transcrit avant le jour du jugement, est-il, en vertu de l'art. 7 de la loi de 1855, déchu de l'exercice de l'action résolutoire ?

L'affirmative semble bien rigoureuse pour le vendeur. La faillite de l'acheteur peut être déclarée quelques jours seulement après la vente, avant qu'on n'ait eu la possibilité de faire transcrire le contrat ou de faire inscrire le privilège. Le vendeur sera, sans qu'on puisse lui reprocher aucune faute, aucune négligence, privé de toute garantie. Il aura perdu son privilège et il ne pourra pas agir en résolution. Il sera réduit à produire à la faillite en qualité de créancier chirographaire et sera payé en monnaie de faillite. Cette solution blesse l'équité ; la masse s'enrichit au détriment du vendeur. C'est injuste. Les auteurs de la loi de 1855 n'ont pu vouloir consacrer une pareille iniquité. Ils ont protégé le vendeur contre le danger d'une revente transcrite, en lui accordant un délai de 45 jours à partir de la vente pour inscrire son privilège et conserver en même temps son action résolutoire ; il est inadmissible que la faillite de l'acheteur crée pour le vendeur une situation plus mauvaise. Sous l'empire de ces considérations, on a

cherché le moyen d'échapper à l'application de l'art. 7 de la loi de 1855.

1603. On a proposé d'abord de limiter la portée de cette disposition et de la restreindre au cas de sous-aliénation. On a dit : l'art. 7 se rattache intimement à l'art. 6, dont il est la suite et le développement. L'art. 6 indique le cas dans lequel le vendeur a perdu son privilège à la suite d'une sous-aliénation. C'est en vue de la même hypothèse que dispose l'art. 7 ; c'est lorsque le vendeur a perdu son privilège pour défaut de publicité dans le délai de 45 jours à partir de la vente, qu'il se trouve également déchu de son action résolutoire à l'encontre du second acquéreur et de ses ayants cause. La masse des créanciers de la faillite, n'étant pas un sous-acquéreur, ne peut se prévaloir du bénéfice de la disposition de l'art. 7 ¹¹²².

Ce raisonnement n'a pas triomphé et ne devait pas triompher. La disposition de l'art. 7 est conçue en termes trop généraux pour autoriser une interprétation aussi restrictive. La formule employée par le législateur est presque identique à celle qu'on peut relever dans l'art. 3 et il est naturel de lui donner une portée semblable. Cet article a du reste son origine dans un amendement proposé en 1850 par M. Rouher au projet sur les privilèges et hypothèques soumis à l'Assemblée législative et ainsi conçu : « L'action résolutoire de la

» vente établie par l'art. 1654 C. civ., et l'action en reprise
» de l'objet échangé établi par l'art. 1705 C. civ. ne peu-
» vent être exercées au préjudice ni des créanciers
inscrits, ni

» des sous-acquéreurs, ni des tiers acquéreurs de droits réels

» après l'extinction ou la déchéance du privilège établi par
» l'article précédent... ». L'art. 7 n'est sous une forme plus concise que la reproduction de cette proposition, comme un député, M. Legrand, en a fait l'observation dans la

discussion de la loi de 1855 ¹¹²³. Par conséquent, le législateur a visé dans sa pensée non seulement les tiers acquéreurs, mais encore les créanciers inscrits. C'est du reste logique ; la loi de 1855 n'a pas seulement pour but de protéger les tiers acquéreurs ; elle est également une loi de crédit immobilier. Ce qui le prouve à l'évidence, c'est en particulier le rapprochement des art. 8 et 9 édictés aussi bien en faveur des créanciers hypothécaires du mari ou des créanciers subrogés à l'hypothèque légale de la femme qu'en faveur des tiers acquéreurs d'immeubles du mari. On comprend dès lors que le législateur n'ait pas introduit dans l'art. 7 une distinction qui ne répondait ni à sa préoccupation principale ni à sa pensée. Il a voulu protéger tous ceux auxquels l'action résolutoire pourrait causer préjudice et il a édicté une disposition en vertu de laquelle, comme l'a dit M. Rouher en 1850, « la pu-

» blicité du privilège lui-même constitue la publicité de l'ac-
» tion résolutoire ».

Enfin l'exposé des motifs de la loi de 1855 confirme cette interprétation. On y lit en effet le passage suivant ¹¹²⁴ :

« La
» nouvelle règle que nous posons n'apporte aucune modifi-
» cation à l'action résolutoire du vendeur contre son
acqué-

» reur, demeuré propriétaire de l'immeuble ; elle n'exerce
» son influence qu'en faveur des tiers de bonne foi et qui
ont

» rempli les formalités pour consolider leur droit : est-ce
que

» la protection de la loi n'est pas due à ceux qui lui ont
obéi ?

» Ou le vendeur a conservé son privilège et il n'a pas
besoin

» d'action résolutoire, car il est certain d'être colloqué en

» premier ordre, ou il a laissé perdre son privilège, et, dans

» ce cas, sa négligence n'est imputable qu'à lui seul ; il est
» juste que les résultats tombent sur lui plutôt que sur des
» tiers vigilants et de bonne foi ».

L'argumentation que nous avons exposée est donc condamnée à la fois par le texte, les origines de l'article et la volonté hautement manifestée par le législateur ; c'est pourquoi cette première interprétation est généralement repoussée ¹¹²⁵.

1604. Tout en n'acceptant pas ce raisonnement, la cour de cassation a néanmoins consacré cette théorie dans un premier arrêt ¹¹²⁶ et sa doctrine a été suivie par la majorité des auteurs ¹¹²⁷. Elle justifiait sa solution par une autre argumentation. Pour que le vendeur soit, en vertu de l'art. 7 de la loi de 1855, privé de l'action résolutoire, il faut que le privilège soit éteint. Or la faillite de l'acheteur enlève bien au vendeur le droit d'inscrire son privilège et de l'opposer à la masse ; mais elle n'en entraîne pas l'extinction absolue, en vue de laquelle seule dispose l'art. 7. Le vendeur ne peut plus, il est vrai, demander à être colloqué par préférence à la masse et au préjudice de celle-ci ; mais il n'en conserve pas moins sa sûreté à l'égard du failli, à l'égard des créanciers hypothécaires postérieurs à la faillite ; bien plus, l'art. 448 C. co. est absolument écarté si la faillite est complètement effacée. Il n'y a donc pas extinction du privilège ; il n'y a pas par suite extinction de l'action résolutoire. Peu importe que les syndics aient ou non fait inscrire l'hypothèque légale de la masse. Dans l'une et l'autre hypothèse, l'une des conditions essentielles pour l'application de l'art. 7 fait défaut.

Ce raisonnement est extrêmement subtil ; car nous ne pouvons percevoir aucune différence entre un privilège dont on ne peut se prévaloir et un privilège éteint. Dans les deux hypothèses, la condition du vendeur demeuré

créancier du prix (autrement il ne saurait être question d'action résolutoire) est la même. Sans doute, dans le cas de faillite, l'extinction du privilège n'est que relative ; mais rien ne s'oppose à ce que l'extinction de l'action résolutoire soit elle-même relative et soit calquée sur le privilège. Autrement il faudrait aller jusqu'à dire que l'art. 7 est spécial aux tiers acquéreurs et ne peut profiter aux créanciers hypothécaires. C'est en effet seulement lorsque l'immeuble a été aliéné et que l'acte d'aliénation a été transcrit, que le privilège est définitivement perdu. Alors il ne peut être opposé ni sous la forme de droit de préférence aux autres créanciers du même débiteur, ni sous la forme de droit de suite aux acquéreurs de l'immeuble grevé. Mais lorsque cet immeuble est demeuré dans le patrimoine du débiteur tombé en faillite, on ne pourrait jamais dire que le privilège est éteint et que l'action résolutoire ne peut plus être exercée.

Ajoutons que l'argumentation que nous critiquons est en opposition manifeste avec la volonté du législateur. Qu'a-t-il voulu ? Il a voulu mettre les tiers à l'abri des dangers que leur ferait courir une action résolutoire dont ils n'auraient pas pu connaître l'existence. Il a voulu que la publicité du privilège assurât en même temps la publicité de l'action résolutoire. A cet effet, il a associé ces deux garanties ; il a décidé qu'elles seraient conservées ensemble ou qu'elles périraient en même temps. Par conséquent toutes les fois que le privilège ne peut plus être exercé, l'action résolutoire ne peut plus être intentée ; l'une et l'autre garantie s'éteignent en même temps ; elles s'éteignent dans la même mesure ; si l'extinction du privilège n'est que relative comme dans le cas de faillite, l'extinction de l'action résolutoire ne sera également que relative ; elle ne pourra être intentée au préjudice de la masse, à laquelle le privilège n'est pas opposable. Le vendeur perdra ainsi des garanties que le code civil lui avait conservées, même après la perte de son privilège. Cette décision nouvelle de

la loi de 1855 est en harmonie parfaite avec les principes d'égalité de la loi commerciale sur les faillites.

1605. Des explications précédentes il ne faudrait pas conclure cependant que la faillite entraîne par elle seule l'extinction de l'action résolutoire ¹¹²⁸. Nous avons déjà indiqué les conditions requises à cet effet par l'art. 7. Il ne suffit pas en effet que le privilège soit éteint ; il faut en outre que le vendeur soit en présence de tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble et ayant rempli les formalités requises par la loi pour leur conservation. La masse des créanciers de la faillite réunit-elle ces conditions ? A-t-elle acquis des droits sur les immeubles du failli ? On l'a contesté ; on a prétendu que l'inscription requise en vertu de l'art. 490 C. co. n'avait pour but que d'entourer l'état de faillite d'une plus grande publicité.

Nous avons déjà dit et nous espérons avoir démontré ¹¹²⁹ que l'art. 490 C. co. crée au profit de la masse une véritable hypothèque légale. Par conséquent, les créanciers de cette masse deviennent, par l'effet du jugement déclaratif de faillite, des tiers et ont acquis un droit réel sur les immeubles du failli. Ils répondent donc à la seconde des conditions requises par l'art. 7 de la loi de 1855. Mais cela ne suffit pas ; il faut encore que les syndics aient rempli les formalités prescrites pour la conservation de cette hypothèque, c'est-à-dire en aient requis l'inscription. Par l'accomplissement de cette condition et à partir seulement de cet accomplissement, les créanciers de la masse acquièrent le droit de se prévaloir de cet art. 7 et de repousser par une fin de non-recevoir l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix ¹¹³⁰.

Cette solution est sévère ; le droit du vendeur peut être compromis par une déclaration de faillite qui vient le surprendre au lendemain de la vente ; il est exposé à perdre toutes ses garanties sans qu'il y ait aucune faute, aucune négligence à lui reprocher, sans qu'il ait eu le

temps matériel nécessaire pour publier son privilège et par ce moyen son action résolutoire. Ces considérations sont graves ; elles sont communes au privilège et à l'action résolutoire ; elles s'adressent plutôt au législateur qu'au jurisconsulte. Les auteurs de la loi de 1855 auraient dû édicter pour le cas de faillite une règle analogue à celle qu'ils ont consacrée dans le deuxième alinéa de l'art. 6 pour le cas de revente ; ils auraient dû accorder à partir de la vente un délai dans lequel le vendeur aurait eu la faculté de faire utilement inscrire son privilège. Ils ne l'ont pas fait ; ils ont établi dans l'art. 7 une règle générale qui n'admet aucune distinction ; nous ne pouvons pas suppléer au silence de la loi ; nous devons nous incliner devant son texte.

1606. La discussion à laquelle nous venons de nous livrer nous permet de déterminer rapidement la situation du vendeur dont le privilège n'a pas été rendu public avant le décès de l'acheteur suivi de l'acceptation bénéficiaire ou de la vacance de sa succession. L'inscription n'en peut plus être utilement requise (art. 2146) (¹¹³¹) ; le privilège est éteint à l'encontre des créanciers du défunt. Mais ceux-ci n'acquièrent aucun droit spécial sur les immeubles héréditaires ; dès lors il ne peut être question pour eux de remplir les formalités auxquelles fait allusion l'art. 7 de la loi de 1855. Ils ne rentrent pas dans la catégorie des tiers au préjudice desquels l'action résolutoire de l'art. 1654 ne peut être exercée. Le vendeur ne se trouve donc pas dépouillé de toutes ses garanties ; s'il ne peut plus invoquer son privilège et demander une collocation par préférence, il conserve la faculté d'agir en résolution ; à défaut du prix dont il ne peut obtenir le paiement, il conserve la faculté de recouvrer l'immeuble ¹¹³².

L'arrêt de la cour de cassation du 24 mars 1891 ¹¹³³ pourrait, d'après un auteur ¹¹³⁴, conduire à une autre solution ; car il semble faire résulter la perte de l'action

résolutoire de la seule extinction du privilège. Mais si la cour n'insiste pas sur les autres conditions requises pour l'application de l'art. 7, si elle ne rappelle pas expressément que la déchéance de l'action résolutoire est seulement encourue à l'égard des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver, c'est manifestement parce que, comme l'arrêt le relève avec soin, l'hypothèque de la masse avait été régulièrement inscrite et que les créanciers de la faillite étaient devenus, quoique l'arrêt ne le dise pas, des tiers au sens de l'art. 7 de la loi de 1855. Le silence de l'arrêt sur ce point s'explique par l'absence de tout débat à cet égard. Mais il ne faudrait pas en conclure que l'extinction même relative du privilège entraîne d'une manière absolue et à l'égard de tous la déchéance de l'action résolutoire. Les créanciers héréditaires ne peuvent pas se prévaloir de cette déchéance ; ils ne sont pas des tiers réunissant les conditions exigées par l'art. 7. Cependant il en sera autrement, si l'on considère la séparation des patrimoines comme un véritable privilège et si l'on décide que l'acceptation bénéficiaire emporte séparation des patrimoines.

CHAPITRE II

DES FORMALITÉS DE L'INSCRIPTION ET DES ÉNONCIATIONS QU'ELLE DOIT CONTENIR. — SANCTION.

§ I. Formalités. inondations.

1607. Le droit commun de la matière est contenu dans les art. 2148 à 2150. L'art. 2153 contient un droit d'exception pour les hypothèques légales de l'art. 2121.

La loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime édicte pour son inscription des règles analogues, que nous aurons l'occasion de rapprocher des dispositions du code civil.

N° 1. Le droit commun.

1608. L'inscription s'opère par le ministère du conservateur des hypothèques, dans la circonscription duquel se trouve situé l'immeuble grevé du privilège ou de l'hypothèque.

L'inscription de l'hypothèque maritime s'opère par les soins du receveur principal du bureau des douanes dans la circonscription duquel le navire est en construction, ou du bureau dans lequel le navire est immatriculé s'il est déjà pourvu d'un acte de francisation (art. 6 L. 10 juillet 1885). Nous avons indiqué les modifications que les lois de finances du 18 décembre 1886 et du 26 février 1887 ont apportées à ces dispositions.

1609. En principe et sauf les exceptions admises par la loi, notamment pour le privilège du vendeur d'immeubles

dans l'art. 2108, les inscriptions n'ont pas lieu d'office ; elles sont faites sur la réquisition de certaines personnes et en vertu d'actes qui doivent être présentés au fonctionnaire chargé de les opérer (art. 2148 ; art. 8 L. 10 juillet 1885).

1610. L'inscription doit être prise au nom de celui auquel appartient l'hypothèque qu'on veut rendre publique, c'est-à-dire au nom du titulaire de la créance dont elle est l'accessoire. Telle est la règle.

Si le titulaire de la créance est décédé avant que l'inscription n'ait été prise, la formalité peut être remplie au nom de celui-ci pendant la durée de l'indivision. L'art. 2149 permet de prendre inscription sous le nom du débiteur défunt. Il semble qu'en sens inverse et par analogie, l'inscription qui vivifie l'hypothèque garantissant une créance indivise peut être prise au nom du créancier décédé et qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer nominativement les héritiers. Il est vrai cependant que l'analogie n'est pas absolue. Le créancier peut ignorer le nom des héritiers du débiteur décédé ; les héritiers du créancier doivent, au contraire, se connaître et on pourrait sans injustice exiger que le nom de chacun d'eux figurât dans la réquisition. Cependant il peut arriver qu'on ne sache pas exactement le nom de tous les parents appelés à recueillir une succession ; que le droit d'une personne résulte d'un testament qui n'est pas ouvert ou même dont on ignore l'existence. Pour sauvegarder tous les droits, il est plus simple de décider que l'inscription peut être prise au nom du défunt ; on conserve ainsi le droit indivis et collectif qui appartient à tous ¹¹³⁵.

Après le partage, il semblerait devoir en être autrement ; la créance et par suite l'hypothèque appartiennent exclusivement à celui des héritiers auquel le droit a été attribué ; il n'y a plus d'intérêt commun à conserver ; il est naturel que l'inscription soit prise au nom du titulaire du droit. Cependant, comme la loi n'impose pas aux héritiers

l'obligation de rendre le partage public et comme les tiers n'ont aucun intérêt à ce que l'inscription soit prise au nom de l'héritier attributaire, on a proposé de valider l'inscription requise au nom du défunt ¹¹³⁶. Ne peut-on pas, du reste, appliquer à l'héritier au lot duquel la créance a été placée la même règle qu'au cessionnaire ?

1611. Si la créance est cédée, le cessionnaire peut requérir l'inscription soit en son nom, soit au nom du cédant. Qu'il puisse requérir inscription en son nom personnel lorsque la cession a acquis sa perfection par sa signification au débiteur cédé ou par l'acceptation de celui-ci dans un acte authentique (art. 1690), c'est ce qui ne saurait être contesté ; il est, à l'égard de tous, propriétaire de la créance et de ses accessoires ; il a qualité pour accomplir en son nom personnel toutes les formalités conservatoires de ses droits. Mais il en est de même avant toute signification ou toute acceptation ; car la cession transfère par le seul consentement la créance cédée au cessionnaire ; il a dès lors qualité pour requérir en son nom l'inscription de l'hypothèque. Sans doute, la cession n'est pas opposable aux tiers qui sont : le débiteur de la créance, un subséquent cessionnaire et les créanciers du cédant. Mais de ce qu'ils peuvent faire considérer la cession comme non avenue à leur égard, il ne faudrait pas conclure que les créanciers du débiteur puissent demander la nullité de l'inscription de l'hypothèque : cette inscription est une mesure conservatoire, qui doit profiter à celui qui est ou sera reconnu propriétaire de la créance ¹¹³⁷.

1612. On se demande à l'inverse si, après la signification de la cession, le cessionnaire peut requérir l'inscription au nom du cédant. Il est certainement plus régulier qu'elle soit requise au nom du cessionnaire, puisqu'il a, à l'égard de tous, la qualité de créancier ; en faut-il conclure que l'inscription prise au nom du cédant serait frappée de nullité ? La doctrine et la jurisprudence ont également

repoussé cette solution. D'une part, on remarque que l'inscription est faite au nom de celui-là même au profit duquel l'hypothèque a été constituée, que si le cessionnaire est devenu propriétaire de la créance, la loi ne lui interdit pas de faire abstraction de cette qualité et de conserver le droit sous le nom de celui sur la tête duquel il a pris naissance. D'autre part, on observe que la loi ne prononce pas la nullité de l'inscription ainsi prise et que, cette manière d'agir n'étant pas de nature à préjudicier aux tiers, il n'y a pas de motif pour prononcer la nullité ¹¹³⁸.

1613. Dans tous les cas, il n'y a pas lieu de tenir compte de la forme en laquelle est constatée la cession et d'exiger qu'elle soit consentie par un acte authentique. L'art. 2152 impose cette condition au cessionnaire qui veut changer le domicile élu dans l'inscription. Mais sa disposition ne saurait être étendue à notre matière. On admet qu'un tiers sans titre et agissant en qualité de gérant d'affaires, que les créanciers du titulaire d'une créance peuvent prendre inscription au nom du créancier. A plus forte raison doit-il en être de même du cessionnaire. La solution contraire introduirait dans la loi une anomalie inexplicable (¹¹³⁹).

1614. Lorsque l'obligation garantie est à ordre ou au porteur, l'inscription ne peut être requise qu'au nom du premier titulaire de la créance ; il nous paraît même logique d'admettre dans le second cas que l'inscription peut être faite au profit du porteur du titre. L'indication du nom du créancier ne présente alors aucun intérêt pour les tiers ; la facilité avec laquelle s'opère sa transmission fait planer une telle incertitude sur la personne du titulaire, qu'il importe peu de connaître son nom à un moment donné ¹¹⁴⁰.

1615. La même solution s'appliquerait a fortiori au cas où une hypothèque aurait été constituée pour garantir des obligations à émettre, que ces obligations soient nominatives ou au porteur. L'inscription de l'hypothèque

pourrait être faite par un tiers agissant en qualité de gérant d'affaires des intéressés futurs, en son nom et au profit des souscripteurs ou des porteurs de ces obligations, spécialement par celui qui a concouru en qualité de stipulant à la constitution de l'hypothèque. C'est du reste le seul moyen de régulariser une convention parfaitement licite et assez fréquente dans la pratique ¹¹⁴¹.

1616. Tout créancier a le droit de requérir inscription des hypothèques appartenant à son débiteur (art. 1166 C. civ., art. 775 Pr. civ.). L'inscription doit être prise alors non pas au nom du requérant, mais au nom du débiteur dont le créancier exerce les droits ¹¹⁴². Celui-ci n'agit pas en effet dans son intérêt exclusif, mais dans l'intérêt collectif de tous les créanciers du même débiteur et dans l'intérêt de ce dernier. Le montant de la collocation sera, aux termes de l'art. 775 Pr. civ., distribué comme valeur mobilière entre tous les créanciers inscrits ou opposants.

Est-ce à dire que l'inscription, prise au nom du requérant et non pas au nom du débiteur dont il exerce les droits, sera frappée de nullité ? Il faut, à notre avis, distinguer. La nullité serait certainement encourue, si l'inscription ne fait pas connaître le nom, les prénoms, la profession et le domicile du véritable créancier. Mais si ces indications y étaient exactement et complètement mentionnées, s'il était déclaré que le créancier requérant agit en vertu de l'art. 1166 et exerce les droits de son débiteur, nous pensons que l'inscription devrait être validée. C'est ce qui résulte de l'art. 775 Pr. civ., qui n'aurait pas de raison d'être s'il ne comportait pas cette interprétation. L'art. 2148 reconnaît en effet à toute personne, même sans mandat, le droit de requérir inscription d'une hypothèque. Une disposition spéciale était donc inutile pour conférer cette faculté aux créanciers d'un débiteur. L'art. 1166^{1a} leur attribue d'ailleurs. L'art. 775 Pr. civ. va plus loin ; il met sur la même ligne l'inscription et l'opposition. Or l'opposition est faite

au nom du créancier auquel elle profite ; donc l'inscription peut être faite au nom du créancier qui en bénéficie ¹¹⁴³.

Nous ne rechercherons pas si l'inscription vaut absolument opposition, notamment si elle frappe la créance d'indisponibilité ¹¹⁴⁴ ; sans aborder cette discussion, il est impossible de ne pas décider que les créanciers inscrits ou opposants avant la clôture de l'ordre ont acquis un droit exclusif et que les créanciers, dont l'inscription ou l'opposition est postérieure à cette clôture, ne peuvent prétendre concourir avec eux ¹¹⁴⁵.

1617. Il arrive que, dans ce cas, le créancier requiert inscription non pour le montant intégral de la créance de son débiteur, mais seulement jusqu'à concurrence de sa propre créance. Quel est alors l'effet de cette limitation ? Primus est créancier de Paul pour une somme de 2,000 fr. Paul est créancier de Pierre de 10,000 fr. et cette créance est garantie par une hypothèque. Primus fait inscrire cette hypothèque, mais seulement pour 2,000 fr. Dans quelle mesure le droit de Paul est-il conservé ?

On a soutenu que le créancier agissant au nom de son débiteur ne peut limiter l'inscription au montant de sa propre créance et qu'il conserve nécessairement tout entier le droit de son débiteur avec le sien ¹¹⁴⁶.

La solution peut être exacte, si l'inscription renferme l'indication du chiffre de la créance garantie par l'hypothèque ; et encore nous paraît-elle douteuse, parce que le créancier a incontestablement le droit de ne prendre inscription que pour une partie de sa créance. Les créanciers exerçant les droits de leur débiteur jouissent certainement de la même faculté. Pourquoi dès lors l'inscription limitée à une partie de la créance en garantirait-elle nécessairement l'intégralité ? Nous ne le comprenons pas. Serait-ce par hasard parce que l'hypothèque est indivisible ? Mais l'indivisibilité de l'hypothèque ne produit d'effet à l'égard des tiers que dans

la mesure de la publicité réalisée. Or, dans la circonstance, la publicité n'existe que pour la somme indiquée dans l'inscription et nous ne voyons pas de motif pour étendre l'effet de l'hypothèque au-delà des limites dans lesquelles elle a été portée à la connaissance des tiers. A plus forte raison, en serait-il ainsi si le chiffre réel de la créance garantie n'était pas indiqué dans l'inscription et si l'on s'était contenté d'y mentionner la somme due au créancier requérant.

1618. Le créancier, auquel délégation a été faite d'une créance hypothécaire, ne peut donc pas, avant toute acceptation, requérir inscription de l'hypothèque en son nom personnel ¹¹⁴⁷. Il se trouve dans la même situation que tous les autres créanciers et ne peut agir qu'au nom du délégant. A partir de l'acceptation, il doit être assimilé à un cessionnaire et a le droit de requérir l'inscription en son propre nom. Cette acceptation n'est d'ailleurs soumise à aucune règle spéciale ; conformément aux principes généraux, elle peut être expresse ou tacite ¹¹⁴⁸.

L'acceptation est donc la condition indispensable de la validité de l'inscription requise par le délégataire en son nom personnel ; elle doit être remplie au moment où la réquisition est adressée au conservateur ; elle est en quelque sorte la cause de cette validité. Par conséquent, elle ne saurait en être la conséquence ; elle ne saurait résulter de cette réquisition même, l'effet ne peut être antérieur à la cause ¹¹⁴⁹.

1619. L'inscription ne profite en règle générale qu'à celui au nom duquel elle a été requise. Lorsqu'elle est prise au nom et dans l'intérêt de plusieurs créanciers dont le droit résulte d'un seul et même acte, il ne s'établit entre les divers intéressés aucun lien de solidarité ou d'indivisibilité ¹¹⁵⁰. Lorsque, dans le même cas, l'inscription a été faite au nom d'un seul des intéressés, les autres n'en peuvent pas tirer profit. Il faut donc pour déterminer l'effet de

l'inscription rechercher au nom et dans l'intérêt de quelles personnes elle a été faite. Ainsi l'inscription prise par l'usufruitier en son nom personnel ne profite pas au nu propriétaire ¹¹⁵¹. De même, l'inscription prise par une femme pour la conservation de son douaire ne profite pas à ses enfants, quoique le fonds du douaire leur appartienne ¹¹⁵². Ainsi l'inscription prise par un créancier pour sûreté d'une rente viagère réversible après son décès sur la tête d'un tiers ne profite pas à ce dernier, quoique la clause de réversibilité soit mentionnée dans l'inscription ¹¹⁵³. A l'inverse, l'inscription prise par l'un des héritiers d'un interdit pour sûreté et garantie de toutes les sommes qui pourraient être dues à l'interdit ou à sa succession à raison de la gestion du tuteur profite à tous les héritiers, même à ceux qui n'y sont pas dénommés ¹¹⁵⁴. La même règle s'applique à l'inscription requise par les subrogés à l'hypothèque légale de la femme mariée, ainsi que nous l'avons déjà vu ¹¹⁵⁵.

1620. Le droit de requérir inscription de l'hypothèque garantissant une créance appartient en premier lieu au titulaire de la créance. Les incapables eux-mêmes, ceux qui n'ont pas en règle générale l'exercice de leurs droits peuvent accomplir seuls, sans assistance et sans autorisation, cette formalité conservatoire. L'art. 2139 fait une application pure et simple de cette idée en décidant que les femmes mariées et les mineurs peuvent faire inscrire l'hypothèque légale qui leur appartient sur les biens de leurs maris ou tuteurs.

Nous avons vu en outre que dans ces hypothèses la loi impose à certaines personnes de requérir inscription de ces hypothèques ou en autorise d'autres à le faire (¹¹⁵⁶). Nous avons alors déterminé la sanction des devoirs créés par la loi.

Cette obligation incombe également à ceux qui sont investis, en vertu d'un mandat légal ou conventionnel, de

l'administration de la fortune d'autrui ; ils sont tenus, à peine de dommages-intérêts, de prendre inscription des hypothèques garantissant les créances qui font partie des biens dont ils ont la gestion. Spécialement l'usufruitier d'une créance hypothécaire doit requérir inscription des hypothèques non seulement en son nom, mais encore au nom et dans l'intérêt du nu propriétaire ¹¹⁵⁷. Il en est de même du mari ou du tuteur pour les créances appartenant à sa femme ou à son pupille.

Le notaire qui a reçu un acte portant constitution d'hypothèque n'est pas constitué par cela seul mandataire des parties à l'effet de remplir les formalités légales. Sa mission, telle qu'elle est déterminée par les lois organiques du notariat, consiste seulement à imprimer l'authenticité aux actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner ce caractère. Il ne saurait donc encourir de ce chef une responsabilité plus étendue. Mais il peut recevoir un mandat spécial du créancier et les tribunaux admettront d'autant plus facilement l'existence d'une pareille convention qu'elle est, dans certaines contrées, entrée dans les usages et les habitudes. Les notaires sont alors responsables non pas en qualité de notaires, mais en qualité de mandataires. On leur applique les règles du droit commun ¹¹⁵⁸.

Rappelons que les créanciers de celui auquel appartient une créance hypothécaire ont le droit de requérir inscription de l'hypothèque conférée à leur débiteur (art. 1166 C. civ., 775 Pr. civ.).

Sous l'empire des besoins de la pratique, on décide même, et avec raison suivant nous, que l'inscription peut être requise au nom et dans l'intérêt du créancier par un tiers agissant sans mandat et en qualité de simple gérant d'affaires¹¹⁵⁹. C'est ainsi que l'inscription de l'hypothèque établie pour sûreté d'obligations nominatives ou au porteur à émettre par une société pourrait être valablement faite

par le notaire qui a reçu l'acte, par le tiers qui a stipulé en faveur des souscripteurs futurs de ces obligations ou même par toute autre personne. L'inscription produirait alors ses effets ordinaires. Le créancier dans l'intérêt duquel elle aurait été prise aurait le droit de s'en prévaloir pour obtenir une collocation par préférence. Mais il pourrait aussi renoncer au bénéfice de cette mesure conservatoire et en donner main-levée.

On va même plus loin et on décide que le créancier et le débiteur pourraient d'un commun accord s'adresser à la justice pour faire ordonner la radiation de l'inscription aux frais du tiers et faire prononcer contre lui, s'il y a lieu, une condamnation à des dommages-intérêts ¹¹⁶⁰.

Les personnes, qui sont obligées de requérir ou autorisées à requérir inscription d'un privilège ou d'une hypothèque, ont la faculté d'agir par elles mêmes ou de se faire représenter par un mandataire. Ce mandat n'est soumis à aucune formalité. Il peut être constaté par écrit ou simplement verbal. Il peut être exprès ou tacite. Le mandat tacite résultera des circonstances de la cause ; il sera même suffisamment prouvé, à l'égard du conservateur des hypothèques, par ce fait que le tiers est porteur de l'original en brevet ou d'une expédition de l'acte ou du jugement duquel résulte le privilège ou l'hypothèque ¹¹⁶¹.

1621. En terminant sur ce point, nous ferons une dernière observation. Le conservateur des hypothèques n'est pas tenu en cette qualité de prendre d'office inscription des privilèges, des hypothèques légales ou conventionnelles, dont les actes présentés à la transcription lui révéleraient l'existence. Une pareille obligation ne peut être établie que par un texte formel. Ainsi en est-il spécialement pour le privilège du vendeur d'immeubles (art. 2108). En dehors de ces cas exceptionnels, qui par suite ne sauraient être étendus par

analogie, le conservateur doit attendre les réquisitions des parties.

Nous n'en concluons pas cependant que de pareilles inscriptions seraient frappées de nullité. Car la loi ne prononce expressément par aucun texte la nullité de l'inscription prise par le conservateur des hypothèques de son propre mouvement. La nullité ne pourrait donc être que virtuelle. On ne voit pas de motif pour suivre ici une règle différente de celle que nous avons admise pour un tiers agissant sans mandat. L'inscription n'est qu'une mesure de publicité organisée dans l'intérêt des tiers. Or peu leur importe la personnalité de celui qui a pris ou requis l'inscription. Ils ont besoin de connaître les charges qui pèsent sur l'immeuble ; l'inscription atteint le but. Elle suffit pour les renseigner. Il leur est indifférent de savoir par qui elle a été requise ou même si elle a été faite sans réquisition régulière. La nullité n'aurait pas de raison d'être. Le créancier pourrait donc profiter de l'inscription prise spontanément et de son propre mouvement par le conservateur, la maintenir et la faire valoir ¹¹⁶². Mais les parties-intéressées pourraient aussi en répudier les avantages, refuser de payer au conservateur ses droits et salaires et même le poursuivre en justice pour faire ordonner la radiation à ses frais.

1622. Les inscriptions sont prises sur les personnes et non sur les biens. La publicité organisée par notre code est une publicité personnelle et non une publicité réelle ¹¹⁶³.

L'inscription est prise sur la personne du chef de laquelle procède le privilège ou l'hypothèque qu'on veut rendre public. C'est pourquoi l'art. 2148 exige qu'on désigne de la manière la plus précise, dans le bordereau de l'inscription, le débiteur ou le propriétaire sur lequel elle est requise.

Il ne peut évidemment se présenter aucune difficulté, si l'hypothèque a été consentie par le débiteur personnel sur

un bien dont il est propriétaire. C'est sur lui que l'inscription doit être requise.

Si l'hypothèque a été constituée par un tiers pour sûreté de la dette d'autrui, un léger doute peut naître ; car le débiteur personnel et le débiteur hypothécaire sont deux personnes différentes. Le bon sens indique que l'inscription doit être prise sur le propriétaire constituant. La publicité a pour but de faire connaître aux tiers les charges grevant les immeubles de celui avec lequel ils traitent. Lorsque l'hypothèque a été consentie pour sûreté de la dette d'autrui, c'est le nom du constituant que les tiers ont besoin de connaître, c'est ce nom qui doit figurer dans l'inscription. Le texte de la loi est d'accord avec la raison. Il est vrai que l'art. 2148-2° parle d'abord du débiteur, semblant avoir ainsi en vue le débiteur personnel ; mais le législateur a pris soin de préciser sa pensée en ajoutant que les indications fournies doivent permettre de reconnaître l'individu grevé d'hypothèque. Dans la pensée de la loi, le débiteur dont elle parle, c'est en même temps l'individu grevé d'hypothèque ; les rédacteurs du code ont supposé que ces deux personnes n'en font qu'une ; ils ont statué de eo. quod plerumque fit. Mais si elles sont distinctes, c'est sur le débiteur hypothécaire, sur le propriétaire constituant que l'inscription doit être prise 1164.

1623. Si cette personne est décédée, l'inscription devrait régulièrement être prise sur les héritiers, et il faudrait les y désigner individuellement 1165 ; car ils sont propriétaires. Le créancier peut certainement user de cette faculté, qui est de droit commun ; l'art. 2149 consacre implicitement cette solution. Mais le législateur ne pouvait pas oublier que l'hypothèque est née du chef du défunt, que le créancier peut ignorer la mort du constituant ou ne pas connaître le nom de tous ses héritiers, ou ne pas savoir ceux qui ont accepté ou renoncé. Il a cru sage de venir au

secours du créancier et de mettre à sa disposition le moyen de sauvegarder ses droits. C'est ce qu'il a fait par l'art. 2149 : « Les inscriptions à faire

» sur les biens d'une personne décédée pourront être faites

» sous la simple désignation du défunt, ainsi qu'il est dit au » n° 2 de l'article précédent ». C'est une faculté que la loi accorde au créancier ; il peut parfaitement y renoncer, comme nous l'avons dit ¹¹⁶⁶.

Cette faculté d'option accordée au créancier n'est pas limitée par la loi à un certain délai, elle n'est subordonnée à aucune condition. Par conséquent elle ne cesse pas lorsque les héritiers ont reconnu la dette et en ont fourni titre nouvel, quoiqu'on ait soutenu le contraire ¹¹⁶⁷. En vain on objecte que le créancier a alors accepté l'héritier pour débiteur, qu'il y a eu novation suivant les termes de l'art. 879, et on conclut que l'inscription doit être prise sur l'héritier parce qu'il est à la fois le débiteur personnel et le propriétaire de l'immeuble grevé. Mais il suffit, pour répondre à l'objection, de remarquer que la novation de l'art. 879 n'est pas une véritable novation au sens de l'art. 1271. Il n'y a pas substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, puisque l'héritier est le continuateur de la personne du défunt ; s'il en était autrement, l'hypothèque serait éteinte (art. 1278) et, comme l'observe très exactement M. Martou, aucune inscription ne pourrait être prise ni contre l'héritier ni contre le défunt. Reconnaissons donc que dans ce cas l'héritier est obligé personnellement et hypothécairement du chef du défunt et que l'inscription de l'hypothèque peut être faite conformément à l'art. 2149, soit contre l'héritier, soit contre le défunt ¹¹⁶⁸.

1624. Enfin on se demande sur qui, en cas d'aliénation de l'immeuble grevé, l'inscription doit être prise. Doit-elle être faite sur le constituant ou sur le nouveau propriétaire ? Il nous paraît certain que l'inscription peut être valablement

prise sur la personne du constituant. Nous avons démontré que l'art. 2148-2° le désignait sous cette double dénomination : le débiteur, l'individu grevé d'hypothèque. Il nous est impossible d'admettre que la loi désigne sous ces dernières expressions le tiers détenteur. Cela serait d'autant plus étrange que, dans bien des cas, l'acte d'aliénation ne serait pas opposable au créancier hypothécaire (c'est même une condition essentielle quand il s'agit d'une première inscription). On ne comprendrait pas que la loi imposât au créancier hypothécaire l'obligation de tenir compte d'un acte qui ne lui est pas opposable. On le comprendrait d'autant moins que l'indication du nom du constituant a pour but de permettre aux tiers de vérifier la validité de la constitution et que l'indication du nom d'une personne complètement étrangère à l'acte constitutif ne leur fournirait aucun renseignement utile ¹¹⁶⁹. Aussi serions-nous même portés à penser que l'inscription prise sur le tiers détenteur seulement serait frappée de nullité ¹¹⁷⁰.

1625. L'inscription suppose l'existence du privilège ou de l'hypothèque dont elle a pour but d'assurer la publicité. Elle peut donc être requise en vertu de tout acte susceptible de donner naissance à un privilège ou à une hypothèque. Un acte authentique n'est pas indispensable. L'art. 2148 al. 1, dispose : « Pour opérer l'inscription, le créancier représente,

» soit par lui-même, soit par un tiers, au conservateur des hypothèques l'original en brevet ou une expédition authentique

» du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque ». Ainsi, pour faire inscrire une hypothèque conventionnelle, le créancier devra présenter au conservateur des hypothèques l'original en brevet ou une expédition authentique de l'acte constitutif de

l'hypothèque ; s'il s'agit d'une hypothèque judiciaire, il faudra une expédition authentique du jugement qui donne naissance à l'hypothèque.

Si le texte suppose que le titre qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque est authentique, c'est qu'il statue de eo quod plerumque fit. Mais ce titre sera quelquefois sous seing privé ; ainsi le privilège du copartageant peut avoir sa source dans un partage fait en la forme sous seing privé ; l'hypothèque légale du légataire peut résulter d'un testament olographe, qui est un acte sous seing privé. L'inscrivant présentera au conservateur des hypothèques un des originaux de l'acte de partage dans le premier cas, le testament olographe dans le second. Il en serait de même pour le privilège des architectes, qui naît en vertu de la loi et sans qu'on puisse parler d'un titre constitutif, ou celui du vendeur ¹¹⁷¹. Il pourrait même arriver que l'inscrivant n'eût aucun titre à présenter, parce qu'il n'en existe pas. Tel serait le cas où les créanciers d'une succession voudraient faire inscrire le privilège de la séparation des patrimoines. Il en sera spécialement ainsi pour les créances des fournisseurs du défunt. Tel serait encore le cas des hypothèques légales de l'art. 2121 ; mais pour celles-ci nous avons un texte ; l'art. 2153 n'exige pas la représentation du titre.

1626. La seule question que soulèvent ces hypothèses et qui s'est particulièrement présentée pour la séparation des patrimoines est de savoir si le conservateur est obligé d'obéir à la réquisition qui lui est adressée, sur la seule déclaration par le requérant de sa qualité de créancier du défunt. D'éminents auteurs la résolvent par l'affirmative. Le privilège de la séparation des patrimoines est accordé par la loi à tous les créanciers du défunt, à ceux qui n'ont pas de titre aussi bien qu'à ceux dont la créance est constatée par un acte authentique ou par un acte sous-seing privé. On ne peut subordonner la conservation d'un

droit incontestable à l'accomplissement d'une condition irréalisable. On ne peut pas non plus exiger l'observation de formalités de procédure dont le législateur ne paraît même pas avoir eu la pensée ¹¹⁷².

Cette solution cependant est en opposition sinon peut-être avec le texte de l'art. 2148, du moins avec son esprit. Le législateur a voulu prévenir les inscriptions prises sans droit. A cet effet, il a confié au conservateur des hypothèques la mission de s'assurer de l'existence au moins apparente de la cause de préférence dont l'inscription est requise et d'exiger la représentation du titre ou de l'expédition du titre générateur du privilège ou de l'hypothèque. Enlever à ce fonctionnaire le moyen de faire ces vérifications, n'est-ce pas aller contre la volonté certaine du législateur ? Sans doute le conservateur des hypothèques peut ne pas réclamer cette justification ¹¹⁷³. Il agit alors à ses risques et périls. Mais nous nous refusons à accorder aux parties intéressées la faculté de le priver de ces garanties.

Il faudra donc remplir quelques formalités. Quelles règles suivre ? Il nous paraît impossible, quoi qu'on en ait dit, d'exiger qu'on s'adresse à la justice pour obtenir, par un jugement de condamnation ou même s'il s'agit d'un créancier chirographaire, par un jugement de reconnaissance d'écriture, le titre qui fait défaut ¹¹⁷⁴. Une poursuite, en supposant même qu'elle ne compromit pas l'existence du privilège, pourrait être entravée par l'exception dilatoire de l'art 174 Pr. civ. ; elle entraînerait toujours des lenteurs ; le délai de six mois accordé par l'art. 2111 pourrait expirer avant qu'une décision ne fût intervenue. La conservation du droit deviendrait impossible.

Pour éviter ces inconvénients sans sacrifier les garanties légales, nous serions disposés à recourir à une ordonnance rendue sur requête comme en matière de saisie-arrêt

pratiquée sans titre (art. 558 Pr. civ.) ¹¹⁷⁵. Cette solution est assurément satisfaisante. Elle sauvegarde les intérêts de l'héritier sans compromettre les droits du créancier qui pourra facilement remplir cette formalité dans les six mois de l'art. 2111. Elle est conforme à la raison. L'inscription est une mesure conservatoire ; elle met opposition à ce que l'héritier hypothèque ou peut-être même dispose des biens héréditaires au préjudice des créanciers du défunt. Elle présente donc une incontestable analogie avec la saisie-arrêt et il nous paraît logique de suppléer de la même manière au défaut de titre dans l'une et l'autre hypothèse. Cette manière de procéder est usitée dans la pratique ¹¹⁷⁶.

En résumé, l'art. 2148 est incomplet quand il permet au conservateur des hypothèques d'exiger la représentation de l'original en brevet ou de l'expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque. Il n'a prévu ni l'inscription de l'hypothèque légale du légataire lorsque le legs résulte d'un testament olographe, ni l'inscription du privilège du vendeur et du copartageant lorsque la vente et le partage sont constatés par un acte sous signature privée, ni l'inscription du privilège de la séparation des patrimoines lorsque les créanciers du défunt n'ont qu'un titre sous seing privé ou même n'ont pas de titre, ni enfin l'inscription du privilège du constructeur. Dans tous ces cas, il faut suppléer au silence de la loi. Le conservateur pourra exiger la représentation de l'acte sous signatures privées s'il en existe un ou bien la production d'une ordonnance du juge rendue sur requête et autorisant l'inscription.

1627. Ce n'est là qu'une faculté pour le conservateur des hypothèques. De même qu'il peut procéder à une inscription sans réquisition, de même il peut l'opérer sans exiger la représentation du titre générateur du privilège ou de l'hypothèque.

Il doit, en principe, refuser d'opérer l'inscription, si l'inscrivant ne présente pas le titre ou une expédition authentique du titre qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque ; car il est tenu de s'assurer de l'existence des privilèges ou des hypothèques qu'on lui demande d'inscrire. Une instruction de l'administration de l'enregistrement du 13 avril 1865 ¹¹⁷⁷ décide que, en dehors des cas d'inscription d'hypothèque légale ou d'inscription requise par le syndic d'une faillite ou de renouvellement d'une inscription antérieure,

« les conservateurs doivent exiger la représentation des titres

» en vertu desquels il est pris inscription, et certifier ; par

» une mention spéciale sur le registre de dépôt, que les titres

» leur ont été représentés ».

Mais le conservateur n'est pas obligé de refuser de procéder à l'inscription : On admet généralement que l'inscription ne serait pas nulle, s'il l'avait opérée sans exiger la représentation du titre. Aucun texte n'en prononce dans ce cas la nullité, ni expressément, ni virtuellement. Il n'y avait pas de motif pour l'édicter. La représentation du titre intéressé le conservateur, parce qu'il doit vérifier l'existence du privilège ou de l'hypothèque : elle n'intéresse pas les tiers, qui sont suffisamment avertis par les mentions insérées aux bordereaux. Nous avons vu que l'inscription prise par le conservateur de son propre mouvement sans aucune réquisition, n'en était pas moins valable. A plus forte raison en est-il de même de l'inscription qui a été faite sur réquisition, quoique l'acte constitutif n'ait pas été représenté ¹¹⁷⁸.

1628. En matière d'hypothèque maritime, l'art. 8 de la loi du 10 juillet 1885, reproduisant l'art. 8 de la loi du 10 déc. 1874, décide que « pour opérer l'inscription, il est présenté

» au bureau du receveur des douanes un des originaux du
» titre constitutif d'hypothèque, lequel y reste déposé s'il
est
» sous seing privé ou reçu en brevet, ou une expédition s'il
» en existe minute ».

1629. Le créancier ou celui qui requiert l'inscription doit joindre à l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque deux bordereaux sur timbre : « Il [l'inscrivant] y joint

» deux bordereaux écrits sur papier timbré, dont l'un peut
» être porté sur l'expédition du titre » (art. 2148 al. 2).

Lorsqu'une hypothèque a été constituée par un seul et même acte sur les mêmes immeubles au profit de plusieurs créanciers différents, ceux-ci peuvent requérir inscription au moyen d'un bordereau collectif rédigé en double exemplaire. Cette solution, indiscutable quand il s'agit d'une créance solidaire ou indivisible, soulève au contraire des difficultés lorsque l'hypothèque garantit plusieurs créances distinctes appartenant à des créanciers différents. Elle doit cependant être accueillie dans tous les cas. L'opinion contraire aurait le grave inconvénient d'accroître les frais ; elle causerait ainsi un préjudice inutile au débiteur (¹¹⁷⁹) ; elle serait en opposition avec la volonté des rédacteurs du code. L'art. 2148 décide en effet que l'un des bordereaux peut être porté sur l'expédition du titre. Le législateur cherche donc à diminuer les frais de l'inscription, et il admet implicitement que le bordereau peut être collectif, si le titre lui-même est complexe. L'art. 21 de la loi du 21 ventôse an VII, relative à l'organisation des conservations des hypothèques, dispose dans le même esprit qu'il « ne sera

» payé qu'un seul droit d'inscription pour chaque créance,
» quelque soit d'ailleurs le nombre des créanciers
requérants

» et celui des débiteurs grevés ». Le n° 2 du tableau

annexé au décret du 21 septembre 1810 est encore plus explicite quand il alloue au conservateur un salaire d'un franc « pour l'ins-

» cription de chaque droit d'hypothèque ou privilège, quel
» que soit le nombre des créanciers, si la formalité est requise

» par le même bordereau ». Ce texte autorise formellement la réunion de plusieurs créances et de plusieurs hypothèques dans un seul et même bordereau. C'est du reste le meilleur moyen de sauvegarder les droits des intéressés. A moins de stipulation contraire, ils sont tous, dans l'hypothèse ci-dessus, bénéficiaires de la même hypothèque ; ils ont donc, en vertu de l'acte constitutif, le droit d'être colloqués au même rang. Or s'ils prenaient des inscriptions séparées, l'ordre de collocation serait déterminé entre eux par la date de leurs inscriptions respectives. C'est seulement dans le cas où ils les auraient requises le même jour qu'ils viendraient en concours (art. 2147). Le bordereau collectif atteint plus sûrement le but. Les nécessités de la pratique se joignent donc aux textes de la loi pour justifier notre opinion ¹¹⁸⁰.

Par application de cette théorie, nous avons reconnu que le créancier bénéficiaire d'une hypothèque conventionnelle et d'une subrogation à l'hypothèque légale de la femme consenties par un seul et même acte pouvait requérir par un seul bordereau l'inscription de la double sûreté qui lui appartient ¹¹⁸¹.

La remise des bordereaux, comme la présentation de l'original en brevet ou de l'expédition du titre constitutif, est exigée dans l'intérêt du créancier et du conservateur des hypothèques. Elle n'est pas requise dans l'intérêt des tiers : il leur suffit de connaître l'existence de l'hypothèque ; les bordereaux ne sont pas un élément essentiel de la publicité ; celle-ci est réalisée au moyen de l'inscription opérée sur le registre, pourvu qu'elle renferme

les énonciations requises par la loi. Par conséquent le défaut de bordereaux n'est pas une cause de nullité de l'inscription. Les tiers, dans l'intérêt desquels cette remise n'est pas exigée, ne seraient pas fondés à se prévaloir de son inobservation pour priver le créancier hypothécaire de son droit de préférence ¹¹⁸².

1630. Nous verrons tout à l'heure ce que ces bordereaux contiennent. Bornons-nous à dire pour le moment que les deux bordereaux sont identiques ; c'est une seule et même pièce en double exemplaire.

La loi n'exige pas que les bordereaux soient signés. Sans doute il y avait des motifs sérieux pour imposer cette formalité. Nous verrons que l'un des bordereaux est remis au créancier avec l'attestation de l'inscription opérée par le conservateur, et que le second reste entre les mains de ce fonctionnaire. Par ce moyen, la loi en assure la représentation pour résoudre les questions de responsabilité nées de l'annulation de l'inscription. La signature assurerait l'identité de la pièce représentée. Mais quel qu'intérêt qu'elle présente, nous ne pouvons pas l'imposer dans le silence de la loi ¹¹⁸³. Les projets de réforme hypothécaire discutés en 1851 imposaient cette obligation.

Nous verrons qu'il en est autrement en matière d'hypothèque maritime ¹¹⁸⁴.

1631. Les bordereaux sont remis au conservateur des hypothèques. Régulièrement le conservateur devrait faire l'inscription aussitôt qu'il en est requis. Mais comme il est matériellement impossible de procéder avec une semblable rapidité et comme le créancier a le plus grand intérêt à ce que son hypothèque prenne rang et date au jour de l'inscription, la loi impose au conservateur l'obligation de faire immédiatement mention de la remise sur son registre d'ordre conformément à l'art. 2200. Il opère ensuite

l'inscription à la date de la remise des pièces et dans l'ordre où elles lui ont été remises.

Comment doit-elle être faite ? L'art. 2150 répond : « Le con-

» servateur fait mention, sur son registre, du contenu aux
» bordereaux et remet au requérant, tant le titre ou l'expé-
» dition du titre, que l'un des bordereaux, au pied duquel
» il certifie avoir fait l'inscription ». Ainsi le conservateur reproduit, sur le registre des inscriptions, les énonciations contenues dans les bordereaux ; ordinairement même il se borne à transcrire, c'est-à-dire à copier purement et simplement les bordereaux sur ledit registre, et l'inscription est opérée.

L'instruction de l'administration de l'enregistrement du 13 avril 1865, que nous avons déjà citée (¹¹⁸⁵), leur ordonne d'employer ce dernier moyen et de copier en entier les bordereaux qui leur sont présentés. A ce sujet, les rédacteurs du Contrôleur de l'enregistrement font justement observer ¹¹⁸⁶ que « cette

» disposition est en opposition avec l'art. 2150 ». Le code n'a prescrit qu'une simple mention et non une copie en entier. Une instruction n'a pas pu déroger à la loi. La prescription contenue dans l'instruction du 13 avril 1865 aura pour résultat d'accroître les frais des états d'inscriptions qui seront demandés et qui seront nécessairement plus longs.

La responsabilité du conservateur est à couvert, du moment qu'il a reproduit fidèlement sur son registre le contenu des bordereaux. Il joue un rôle purement passif ¹¹⁸⁷. Il n'a pas à rechercher si les énonciations des bordereaux sont ou non suffisantes pour satisfaire aux exigences de la loi. Il n'est pas juge de la validité des inscriptions.

Pour qu'il soit en mesure de justifier, le cas échéant, de l'exact accomplissement de sa mission, la loi l'autorise à garder par devers lui l'un des bordereaux. Quant à l'autre,

il doit le remettre à l'inscrivant après avoir certifié au pied dudit bordereau que l'inscription a été opérée. Ce certificat servira d'arme à l'inscrivant pour exercer une action récursoire contre le conservateur des hypothèques qui aurait négligé d'opérer l'inscription et qui soutiendrait n'en avoir jamais été requis.

Le conservateur doit remettre en outre à l'inscrivant le titre ou l'expédition du titre qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque.

1632. Nous n'hésitons pas à appliquer les mêmes règles aux bordereaux collectifs qui pourraient être présentés, comme nous l'avons vu. Le rôle du conservateur reste alors purement passif ; il n'a pas le droit de décomposer le bordereau et de prendre des inscriptions particulières à raison de chacune des hypothèques garantissant la même créance et résultant du même titre. Ainsi lorsque le créancier requiert par un bordereau unique l'inscription : 1° de l'hypothèque conventionnelle établie à son profit pour sûreté de sa créance ; 2° de l'hypothèque légale de la femme à laquelle il a été subrogé par le même acte le conservateur ne prendra pas deux inscriptions distinctes ; il se bornera à reproduire exactement ou littéralement les énonciations portées dans le bordereau ¹¹⁸⁸. Il en est ainsi, lorsque le créancier a pris soin de déterminer lui-même et de limiter la portée de sa réquisition, lorsque par exemple il a requis le conservateur d'avoir à faire l'inscription sous un numéro unique ¹¹⁸⁹. Il en est de même, lorsque le créancier n'a pas expressément manifesté sa volonté à cet égard. La forme même du bordereau suffit pour indiquer au conservateur qu'il ne doit pas diviser les énonciations qui y sont contenues. Il n'a qu'à reproduire le bordereau soit dans son intégralité, soit dans sa substance. En prenant un rôle actif, il sort de ses attributions, il s'expose à commettre des erreurs de nature à engager sa

responsabilité. La prudence lui conseille de se renfermer dans les termes de la loi 1190.

Nous serions même portés à aller plus loin, et nous inclinons à penser que le conservateur ne serait pas tenu de se conformer à la réquisition par laquelle le créancier, en présentant un seul bordereau, en demanderait la division pour former deux inscriptions distinctes. Nous appliquerions dans cette hypothèse le même principe : le rôle du conservateur est purement passif. Si le créancier a en réalité réuni dans un seul bordereau deux bordereaux distincts pour les deux hypothèques dont il requiert l'inscription, s'il a lui-même isolé les énonciations relatives à chacune d'elles et si ces

énonciations sont complètes, le conservateur pourra prendre deux inscriptions distinctes. Mais c'est une faculté. Si au contraire pour compléter l'une des inscriptions le conservateur est obligé d'emprunter les énonciations faites pour l'autre, il ne sera pas tenu de se conformer à la réquisition ; le requérant ne peut pas lui imposer un rôle actif, le conservateur remplira sa mission en reproduisant le bordereau tout entier ou en l'analysant sous un seul numéro 1191.

1633. « Les frais des inscriptions sont à la charge du débiteur, s'il n'y a stipulation contraire ; l'avance en est faite

» par l'inscrivant, si ce n'est quant aux hypothèques légales,

» pour l'inscription desquelles le conservateur a son recours

» contre le débiteur. Les frais de la transcription, qui peut
» être requise par le vendeur, sont à la charge de l'acqué-
» reur » (art. 2155).

La loi met les frais des inscriptions à la charge du débiteur, parce que ces frais sont faits dans son intérêt, en ce sens que les inscriptions procurent au créancier la

sûreté sans laquelle il n'aurait pas consenti à traiter avec le débiteur, et sont ainsi la source du crédit qui lui est accordé.

1634. La règle que les frais des inscriptions sont à la charge du débiteur n'est pas sans exceptions. La loi en indique une par ces mots : s'il n'y a stipulation contraire, et elle en laisse deviner une autre relativement à l'hypothèque légale qui grève les biens du tuteur au profit du mineur. En effet l'art. 471 permet au tuteur de porter en compte toutes les dépenses qu'il a faites dans l'intérêt du mineur et dont l'objet a été utile ; on ne doit pas hésiter à comprendre parmi ces dépenses les frais d'inscription de l'hypothèque légale. Il n'est pas admissible que ces frais, faits dans l'intérêt exclusif du mineur, puissent être laissés au compte du tuteur, sous prétexte qu'il est le débiteur. C'est assez que la charge de la tutelle soit imposée gratuitement au tuteur, sans qu'elle puisse être pour lui la source d'un préjudice pécuniaire.

Il est vrai que le code n'a pas reproduit la disposition de l'art. 24 de la loi du 11 brumaire an VII sur ce point. Mais nous ne voudrions pas en conclure que ces frais demeurent à la charge du tuteur, parce qu'il est le débiteur. L'art. 471 et les considérations précédentes nous déterminent à adopter la solution contraire et à les mettre à la charge du pupille ¹¹⁹².

1635. Faut-il admettre une solution analogue en ce qui concerne l'hypothèque légale dont sont grevés les maris et les comptables ? Nous ne le pensons pas. Outre que nous n'avons pas ici de texte, analogue à l'art. 471, à opposer à la généralité de l'art. 2155, le mari et le comptable sont, au point de vue de l'hypothèque légale, dans une situation bien différente de celle du tuteur. Le mariage et les fonctions de comptable ne sont jamais imposés par la loi, et il n'est pas injuste que ceux qui y aspirent, et qui ne sont peut-être agréés qu'en considération des garanties que

présente leur fortune immobilière, avec l'hypothèque légale dont elle est grevée, supportent les frais des inscriptions de cette hypothèque, de même qu'un emprunteur supporte les frais de l'inscription de l'hypothèque qu'il a été obligé de consentir pour sûreté du prêt ¹¹⁹³.

Peut-être cependant devrait-on les faire supporter par la femme, si elle n'avait aucune créance contre son mari. La dépense aurait alors été faite pour conserver un droit qui n'existe pas et il semblerait juste de les laisser à la charge de la femme.

1636. Mais l'avance des frais doit être faite par l'inscrivant, sauf son recours contre le débiteur. La raison en est simple : c'est l'inscrivant qui requiert le ministère du conservateur, et il est juste qu'il paye les frais auxquels cette réquisition donne lieu. Cette règle souffre cependant exception relativement aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits. Lorsque l'inscription en est requise par un autre que le mari ou le tuteur, le conservateur ne peut pas exiger que l'inscrivant fasse l'avance des frais ; la loi a craint que l'obligation de faire cette avance n'arrêtât les personnes qu'elle invite, sans les y obliger, à faire inscrire les hypothèques légales dont il s'agit. Le conservateur sera donc tenu dans cette hypothèse de demander le paiement des frais à celui qui doit les supporter en définitive.

Lorsque l'inscription d'une hypothèque légale est requise par le ministère public, l'avance des frais est faite par l'administration de l'enregistrement (Décret du 18 juin 1811, art. 124 et suiv.).

Le créancier qui a fait l'avance des frais de l'inscription a un recours contre le débiteur, qui doit les supporter. Ce recours est garanti, comme l'action en remboursement des frais d'acte acquittés par le créancier, par l'hypothèque qui est la sûreté de la créance principale. Ils en sont l'accessoire. Mais pour obtenir une collocation de ce chef

au même rang que pour le capital de la créance, il ne suffirait pas de les avoir mentionnés dans l'inscription ; il faudrait sinon en avoir indiqué le chiffre exact que le créancier peut ignorer, du moins les y avoir évalués ¹¹⁹⁴.

1637. L'art. 2155 se termine par une disposition qui met à la charge de l'acquéreur les frais de la transcription requise par le vendeur. Le rapprochement ainsi fait par la loi entre la transcription et l'inscription s'explique sans peine sous l'empire du code. La transcription est un moyen mis par la loi à la disposition du vendeur pour assurer la conservation de son privilège ; elle vaut inscription (art. 2108). Il est naturel que les frais de la transcription soient, comme les frais de l'inscription, supportés par l'acheteur qui est débiteur du prix. On peut ajouter aujourd'hui que les frais de la transcription sont des frais de vente, puisqu'elle a pour but de rendre le contrat et la transmission de propriété, qui en est la conséquence, opposable aux tiers. Il est donc juste qu'ils soient supportés par l'acquéreur (art. 1593).

1638. L'art. 2148 indique dans cinq numéros distincts, que nous allons successivement étudier, les énonciations que doivent contenir les bordereaux.

Les bordereaux contiennent :

« 1° Les nom prénom, domicile du créancier sa profession

» s'il en a une et l'élection d'un domicile pour lui dans un lieu

» quelconque de l'arrondissement du bureau » (art. 2148-1°).

A cette prescription se rapporte une circulaire du ministre de la justice du 12 mai 1882 ¹¹⁹⁵ qui recommande aux notaires d'énoncer avec la plus grande exactitude les nom, prénoms, etc., du créancier, de manière à prévenir toute confusion. Nous croyons inutile d'en reproduire ici le texte.

Ces premières énonciations sont requises dans l'intérêt du créancier. La loi veut que la purge ne puisse pas éteindre son hypothèque, sans qu'il ait reçu les notifications prescrites par l'art. 2183. Cette désignation est aussi ordonnée dans l'intérêt des tiers. Il faut qu'ils sachent à qui ils doivent s'adresser, lorsqu'ils demandent la radiation d'une inscription ou la réduction de l'évaluation d'une créance indéterminée (art. 2159 et 2161).

L'art. veut donc que le bordereau et l'inscription renferment les indications les plus précises ; de cette manière, on pourra connaître avec certitude l'individualité du créancier.

1639. La loi exige d'abord qu'on énonce dans les bordereaux les nom et prénoms du créancier.

Si l'hypothèque ou le privilège appartient à une société qui constitue une personne morale, il suffira d'indiquer la raison sociale, sans qu'il soit nécessaire d'énoncer en outre les noms de tous les associés ¹¹⁹⁶.

Remarquons d'ailleurs que le créancier dont parle la loi, c'est celui au profit duquel l'hypothèque a été constituée, ou, d'une manière plus exacte, celui au nom duquel l'inscription peut et doit être requise. Il nous suffira donc de renvoyer à nos explications antérieures. Rappelons qu'en cas de décès du créancier, l'inscription peut être prise au nom du défunt au moins pendant la durée de l'indivision, peut-être même après le partage ; qu'en cas de cession, elle peut être requise au nom du cédant, même après que la cession est devenue opposable aux tiers. Si la créance est à ordre ou au porteur, l'inscription fera connaître le nom du premier titulaire. S'il s'agit d'une hypothèque constituée à la garantie d'obligations au porteur à émettre ultérieurement, l'inscription ne pourra pas désigner le nom des créanciers ; il suffira qu'elle fasse suffisamment connaître les créances à la possession desquelles est attachée l'hypothèque. Cette dernière

hypothèse n'est certainement pas entrée dans les prévisions des rédacteurs du code. Mais la solution que nous indiquons est raisonnable, elle satisfait dans la mesure du possible aux prescriptions de l'art. 2148. Pour ces motifs, elle doit être accueillie.

1640. La loi exige en second lieu l'indication du domicile réel du créancier, et en outre d'un domicile élu pour lui dans l'arrondissement du bureau. Les tiers en effet peuvent avoir intérêt à connaître l'un et l'autre domicile : — le domicile réel, par exemple si un créancier hypothécaire veut user de la faculté, que lui confère l'art. 1251-1°, de payer les créanciers qui le précèdent dans l'ordre des inscriptions, pour être subrogé dans leurs droits ; car c'est au domicile réel de ces divers créanciers que doivent être faites, s'il y a lieu, les offres réelles à fin de paiement ¹¹⁹⁷ ; — le domicile élu, par exemple lorsqu'il s'agit d'intenter les actions auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu contre les créanciers, ou de faire les différentes notifications prescrites par l'art. 2183 al. 1 pour opérer la purge ou la sommation par laquelle le poursuivant, en matière de saisie immobilière, met les créanciers inscrits en demeure de prendre communication du cahier des charges (art. 692-1° Pr. civ.) ou la sommation de produire à l'ordre (art. 753 Pr. civ.).

L'élection de domicile est nécessaire, alors même que le créancier aurait son domicile réel dans l'arrondissement du bureau, lex non distinguit ¹¹⁹⁸ ; sauf au créancier à faire en ce cas élection de domicile dans le lieu même où il a son domicile réel. Mais il paraît difficile d'admettre, avec un arrêt de rejet de la cour de cassation rendu toutes chambres réunies le 14 janvier 1863 ¹¹⁹⁹, que le créancier, en l'absence de toute indication sur ce point dans les bordereaux, doive être présumé de plein droit avoir fait élection de domicile au lieu de son domicile réel. Il n'y a pas de présomption légale sans une loi qui l'établisse.

L'élection de domicile est surtout indispensable lorsqu'il est impossible de désigner nominativement le créancier, dans le cas spécialement où l'hypothèque garantit des obligations au porteur à émettre.

Quelquefois l'élection de domicile est faite dans le bureau de la conservation des hypothèques où l'inscription est prise. La reproduction du bordereau sur le registre n'implique pas de la part du conservateur acceptation du mandat. Il n'est donc tenu ni de transmettre aux intéressés les significations qui lui sont faites, ni même de leur en donner avis (¹²⁰⁰).

1841. Œuvre de la volonté unilatérale du créancier, cette élection de domicile peut être changée. Aux termes de l'art. 2152 : « Il est loisible à celui qui a une inscription, ainsi qu'à

» ses représentants, ou cessionnaires par acte authentique de

» changer sur le registre des hypothèques le domicile par lui

» élu, à la charge d'en choisir et indiquer un autre dans le

» même arrondissement ».

Le changement du domicile élu est constaté dans la forme indiquée par une décision ministérielle du 28 pluviôse an IX. Il en est fait mention sur le registre par une annotation mise en marge de l'inscription. Si la place manque, on a recours à une déclaration inscrite sur le registre à la date courante, sauf indication en marge de l'inscription du volume et du numéro où est portée la déclaration. La mention est signée par le requérant, à moins qu'il ne sache ou ne puisse signer. Dans cette circonstance, la mention est remplacée par un acte notarié qui est transcrit sur le registre et demeure entre les mains du conservateur, pour sa justification, s'il y a lieu.

Le changement du domicile élu peut être fait par le créancier, ses représentants universels ou à titre universel,

ou ses cessionnaires. Dans ce dernier cas, la loi exige que la cession soit constatée par un acte authentique. Elle se défie des actes sous seing privé, qui peuvent être l'œuvre de la fraude, être simulés ou faux. Cependant même dans cette dernière hypothèse un changement du domicile élu ne serait pas impossible, mais il ne pourrait s'opérer qu'avec le concours du créancier cédant.

Nous ne parlons que du changement du domicile élu. La loi n'en admet pas et n'en pouvait pas admettre la révocation pure et simple. L'élection de domicile est un des éléments de l'inscription. Il peut cependant arriver que le créancier se contente de révoquer l'élection de domicile sans en indiquer un nouveau dans le même arrondissement. Quelle en sera la conséquence ? La question ne présente pas d'intérêt sérieux pour ceux qui ne voient pas dans l'élection de domicile une des formalités substantielles de l'inscription. Il en est autrement pour ceux qui admettent que l'inobservation de cette prescription entraîne la nullité de l'inscription. On a proposé de décider que cette révocation devait faire considérer l'inscription comme incomplète dès l'origine ¹²⁰¹. Cette solution nous paraît bien rigoureuse et elle nous semble contraire au texte de l'art. 2152. La loi, en effet, n'autorise pas la révocation pure et simple de l'élection de domicile ; elle en permet le changement. Elle subordonne même l'usage de cette faculté à cette condition que le créancier en choisira et indiquera un autre dans le même arrondissement. Ne faut-il pas en conclure qu'en l'absence de cette condition l'acte est inopérant, que le changement de domicile est frappé d'inefficacité, et qu'à défaut de modification régulière l'ancienne élection de domicile continue de produire ses effets. C'est l'opinion vers laquelle nous inclinerions.

1642. « 2° Les nom, prénom, domicile du débiteur, sa pro-

» fession s'il en a une connue, ou une désignation individuelle

» et spéciale, telle, que le conservateur puisse reconnaître et

» distinguer dans tous les cas l'individu grevé d'hypothèque » (art. 2148-2°).

A cette matière se réfère encore la circulaire du ministre de la justice du 12 mai 1882, que nous avons déjà citée. Elle recommande aux notaires d'apporter la plus grande précision dans toutes les indications relatives à la personne du débiteur ¹²⁰².

Ordinairement ce sont les biens du débiteur qui sont grevés de l'hypothèque, et on s'explique ainsi que la loi, statuant de eo quod plerumque fit, ait pu parler indifféremment du débiteur ou de l'individu grevé d'hypothèque. Mais, si l'hypothèque a été constituée par un autre que le débiteur, alors l'individu grevé d'hypothèque ne se confond plus avec le débiteur, et il est clair qu'il ne suffirait pas que le bordereau d'inscription indiquât le nom du débiteur ; il devra indiquer en outre le nom du propriétaire de l'immeuble. C'est en effet sur le compte de ce dernier que l'hypothèque figure et non sur celui du débiteur.

La loi paraît moins exigeante pour la désignation du débiteur que pour celle du créancier. On se l'explique aisément : le créancier, qui requiert ou qui fait requérir l'inscription, ne peut pas être embarrassé pour fournir toutes les énonciations qui servent à individualiser sa personne, tandis qu'il peut ignorer en partie celles qui concernent la personne du débiteur. Voilà pourquoi il suffit que ce dernier soit désigné dans des termes tels que le conservateur ne puisse pas se méprendre sur sa personne. C'est le conservateur qui a besoin d'être éclairé sur ce point ; car c'est lui qui délivre les états constatant la situation hypothécaire des propriétaires d'immeubles, et il

faut bien qu'il sache au compte de quel propriétaire il doit mettre chaque inscription. Quant à la désignation du créancier, elle intéresse moins le conservateur que les tiers qui se font délivrer des états d'inscriptions et qui peuvent avoir des notifications à adresser aux créanciers inscrits.

La loi ne fait pas de la mention des nom, prénoms, domicile du débiteur, etc., des énonciations essentielles. Elle se contente d'une désignation suffisante pour le reconnaître. Elle consacre donc, en notre matière, le système des équipollents que la jurisprudence, nous le verrons, a généralisé. Nous avons déjà vu sur qui l'inscription devait ou pouvait être requise. Rappelons seulement ici la disposition de l'art. 2149, aux termes duquel les inscriptions à faire sur les biens d'une personne décédée peuvent être faites sous la simple désignation du défunt ¹²⁰³.

1643. « 3° La date et la nature du titre » (art. 2148-3°).

Les mêmes mentions sont exigées dans les mêmes termes en matière d'hypothèque maritime par le n. 2 de l'art. 8 de la loi du 10 juillet 1885.

Quel est le titre dont la loi exige qu'on mentionne dans l'inscription la date et la nature ?

Parlons d'abord des hypothèques ; nous nous expliquerons plus loin sur les privilèges.

Il ne s'élèvera évidemment aucune difficulté si un seul et même titre constate à la fois l'existence de la créance et la naissance de l'hypothèque. C'est ce titre dont il faudra faire connaître la date et la nature. Il en sera toujours ainsi en matière d'hypothèque judiciaire, puisqu'elle résulte d'un jugement de condamnation. Il en sera souvent ainsi en matière d'hypothèque conventionnelle. Un prêt, par exemple, sera consenti par l'acte même qui renferme la constitution de l'hypothèque conventionnelle stipulée comme garantie.

1644. Mais il peut en être autrement. Il arrivera quelquefois que l'acte qui constate la créance et l'acte par lequel l'hypothèque est constituée seront deux actes distincts. Nous avons vu que, dans ce cas, le premier peut être sous signature privée, tandis que le second doit nécessairement être authentique. Faut-il alors que la date et la nature de ces deux actes soient mentionnées dans l'inscription ? Le rapport qui existe entre le 3° de l'art. 2148 et le 1^{er} al. du même art. nous porte à penser que le titre dont il est question dans le 3°, est l'acte qui donne naissance à l'hypothèque, et dont l'original en brevet ou une expédition authentique doit être représenté au conservateur.

M. Colmet de Santerre professe cependant l'opinion contraire ¹²⁰⁴ ; il exige alors qu'on mentionne dans l'inscription la date et la nature non seulement de l'acte qui donne naissance à l'hypothèque, mais encore de l'acte qui constate la créance. A l'appui de cette opinion, cet auteur fait ressortir la différence qui existe entre l'art. 2148 et l'art. 17-3° de la loi du 11 brumaire an VII qui parlait seulement de « la

» date du titre, ou, à défaut de titre, l'époque à laquelle
» l'hypothèque avait pris naissance », il fait remarquer que ces indications « intéressent singulièrement les tiers, car la
» validité de la créance, son extinction par la prescription,
» ont par voie de conséquence une influence sur l'hypothèque ».

Nous croyons que cette opinion exagère les exigences déjà si rigoureuses de l'art. 2148-3° ; il ne faut pas oublier en effet que ces prescriptions sont sanctionnées par la nullité de l'inscription. Il est dès lors logique de déterminer la portée de l'art. 2148 en tenant compte du but poursuivi par le législateur. L'inscription a été ordonnée pour avertir les tiers de l'existence de l'hypothèque, pour leur permettre de s'assurer de sa validité au moment de sa

naissance. Le législateur semble avoir envisagé cette sûreté en elle-même et non dans ses relations avec la créance, dont elle peut être la garantie. C'est ainsi qu'on doit représenter au conservateur l'original ou l'expédition authentique de l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque ; mais le conservateur ne peut pas exiger la représentation de l'acte qui constate la créance. L'existence de l'inscription suffit pour éveiller l'attention des tiers, pour leur permettre de réclamer du débiteur la représentation de l'acte constitutif et au besoin du titre de la créance. Mais l'inscription n'a pas pour but de leur faire connaître ce dernier acte. Elle n'a pas davantage été instituée pour les renseigner sur la prescription de la créance ; car elle devrait alors leur donner le moyen de savoir si la prescription n'a pas été interrompue ou suspendue. Du reste, il faut remarquer que l'inscription n'a pas été établie pour permettre aux tiers de s'assurer de l'extinction de l'hypothèque. Les radiations d'inscriptions ont été créées à cet effet. Nous concluons que l'inscription a pour but de renseigner les tiers sur l'existence de l'hypothèque et non sur l'existence de la créance garantie, sur l'existence de l'hypothèque au moment où la formalité a été remplie et non sur les événements ultérieurs susceptibles d'avoir une influence sur cette sûreté. Ce sont donc la date et la nature du titre générateur de l'hypothèque qui doivent y être mentionnées.

1645. L'accomplissement de cette formalité ne présente aucune difficulté en ce qui concerne la date ; c'est la date du jugement ou de l'acte par lequel l'hypothèque a été constituée qui doit être portée sur le bordereau.

1646. En ce qui concerne la nature du titre, la théorie que nous avons exposée en dernier lieu se contente de l'indication que l'inscription est prise en vertu d'un jugement de condamnation ou d'un acte notarié renfermant constitution d'une hypothèque conventionnelle. Elle n'exige pas qu'on fasse connaître la nature de la créance pour

sûreté de laquelle l'hypothèque se trouve établie, v. g. prêt, cautionnement, ouverture de crédit, constitution de rente, dommages-intérêts, etc. Elle distingue deux choses absolument dissemblables et que le législateur n'a certainement pas confondues dans l'art. 2148 : la cause et la nature du titre qui a déterminé la constitution ou la naissance de l'hypothèque ¹²⁰⁵. La publicité a été édictée dans l'intérêt des tiers. Il leur importe de connaître la nature du titre en vertu duquel l'inscription est requise, pour apprécier la valeur de l'hypothèque. Il leur est indifférent de connaître les causes qui expliquent pourquoi l'hypothèque a pris naissance. Pour subordonner la validité de l'inscription à une condition aussi rigoureuse, il faudrait un texte formel et l'art. 2148 n'est pas assez explicite pour nous déterminer à imposer une pareille formalité. Un arrêt a même décidé qu'il n'était pas nécessaire d'indiquer le nom du notaire qui avait reçu l'acte portant règlement du compte et constitution de l'hypothèque conventionnelle (¹²⁰⁶). Il justifie cette solution par le silence de l'art. 2148 à cet égard.

1647. Ces prescriptions n'ont plus de raison d'être quand il s'agit d'hypothèques légales. Le titre générateur de l'hypothèque se trouve dans la loi. Aussi le législateur n'exige-t-il pas une semblable mention dans l'inscription. Nous verrons en commentant l'art. 2153 qu'il suffit alors de faire connaître la qualité du créancier. Les tiers auraient cependant eu intérêt à connaître la date de la célébration du mariage, la date de l'ouverture de la tutelle. La loi ne s'en est pas préoccupée. Elle a pensé que l'inscription portée sur le registre, si elle l'a été, serait pour eux un avertissement suffisant et qu'ils pourraient facilement se procurer les autres renseignements nécessaires.

1648. Mais l'art. 2148 ne s'applique pas seulement aux hypothèques ; il embrasse aussi dans sa disposition les privilèges. Or, pour les privilèges, il n'existe pas, comme

pour les hypothèques conventionnelles et judiciaires, à proprement parler, de titre qui leur donne naissance. Ils résultent de la loi. Ils sont attachés par le législateur à la qualité de la créance. Comment, dès lors, réaliser la publicité exigée par l'art. 2148 et satisfaire aux prescriptions de ce texte ?

Il semble nécessaire, pour fournir aux tiers les renseignements qui leur sont nécessaires, d'indiquer dans l'inscription la qualité de la créance, c'est-à-dire la cause qui lui a donné naissance, puisque de cette cause dépend l'existence du privilège ¹²⁰⁷. Rien ne sera plus facile pour les privilèges du vendeur et du copartageant. Dans ces hypothèses, le privilège prend naissance au même instant que la créance garantie. Le même fait juridique les engendre. Sans doute, le privilège est établi par la loi et ne peut être établi que par la loi, mais le titre qui constate la créance constate en même temps la naissance du privilège. On peut dire avec une certaine apparence de vérité qu'il y a un titre générateur du privilège, et exiger avec l'art. 2148 que la date et la nature, c'est-à-dire la qualité de ce titre, soient mentionnées dans l'inscription.

Mais il existe un autre privilège qui ne naît pas avec les créances qu'il garantit, qui est attaché par la loi à des événements postérieurs. Nous voulons parler du privilège de la séparation des patrimoines accordé ou plutôt offert par la loi aux créanciers dont le débiteur est décédé. Ici, le titre générateur de la créance et le titre générateur du privilège ne peuvent pas se confondre, comme dans les hypothèses précédentes, en un titre unique, une seule et même convention. Le privilège ne trouve pas sa raison d'être dans la qualité de la créance. Il a sa cause dans le fait du décès du débiteur et dans la qualité de créancier du défunt. C'est cette cause qu'il nous paraît indispensable de faire connaître par l'inscription ; elle est véritablement génératrice du privilège ; elle en constitue le titre, dans le

sens que l'art. 2148 donne à cette expression en matière ; de privilège. Il faut donc indiquer dans l'inscription le fait du décès du débiteur, sa date et la qualité de créancier du défunt ¹²⁰⁸.

1649. En vertu du même principe, il suffit de relater la date et la nature du titre qui a donné naissance au privilège ou à l'hypothèque ; il n'est pas nécessaire de mentionner les autres titres qui s'y réfèrent, titre nouvel, prorogations de délais, actes interruptifs de prescription, actes de cession ¹²⁰⁹. Pour le même motif, il n'est pas nécessaire de mentionner dans l'inscription ou en marge de cette inscription la subrogation qui aurait été consentie dans l'effet d'une hypothèque. L'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 en dispose autrement pour les subrogations à l'hypothèque légale de la femme mariée. Mais sa règle, spéciale à cette hypothèse, ne saurait être étendue au delà de ses termes ; elle est donc étrangère aux autres subrogations (¹²¹⁰).

1650. Lorsque l'inscription est prise en vertu d'un titre infecté de nullité et rendu inattaquable par une confirmation ultérieure, on se demande s'il suffit de prendre inscription en vertu du titre primitif, ou s'il n'est pas nécessaire d'y mentionner l'acte confirmatif. On a proposé de décider que l'inscription devait mentionner l'un et l'autre acte ¹²¹¹. En effet c'est par la réunion des deux actes que l'hypothèque se trouve valablement constituée ; c'est en vertu des mêmes actes que l'inscription doit être requise.

Cette opinion nous laisse bien des doutes. L'acte entaché de nullité produit ses effets, tant que la nullité n'en a pas été prononcée par la justice. L'inscription peut donc être requise et elle l'est valablement, si les formalités prescrites par la loi ont été observées. La confirmation a bien pour effet d'anéantir l'action en nullité de l'hypothèque ; mais l'acte confirmatif n'est pas l'acte constitutif. Or l'art. 2148 exige qu'on indique la date et la nature de ce titre ; il

n'exige pas qu'on indique également l'acte confirmatif. Ce serait ajouter à la loi qu'imposer une pareille obligation. Nous serions portés à penser qu'elle n'existe pas et que le créancier n'a pas à faire connaître la date et la nature de l'acte confirmatif ¹²¹². La cour de cassation a consacré cette doctrine en décidant que le créancier n'était pas tenu de publier l'acte par lequel un mineur devenu majeur avait ratifié la constitution d'hypothèque consentie par le tuteur sans l'observation des formalités légales et entachée en conséquence de nullité pour vice de forme ¹²¹³.

1651. Nous avons déjà exposé les motifs qui nous déterminent à penser que l'inscription, prise en vertu d'une constitution d'hypothèque consentie par un non dominus ou même par un porte-fort, est destituée de toute efficacité à l'égard des tiers. Nous en avons conclu qu'une nouvelle inscription prise en vertu de l'acte de ratification, ou tout au moins une mention de la ratification en marge de l'inscription prise en vertu de l'acte émané du porte-fort, était indispensable pour vivifier cette hypothèque ¹²¹⁴. Nous ne pouvons que persister dans notre opinion et renvoyer à nos développements antérieurs.

1652. « 4° Le montant du capital des créances exprimées
» dans le titre, ou évaluées par l'inscrivant, pour les rentes
et

» prestations, ou pour les droits éventuels, conditionnels
ou in-

» déterminés, dans les cas où cette évaluation est
ordonnée ;

» comme aussi le montant des accessoires de ces capitaux,
et

» l'époque de l'exigibilité » (art. 2148-4°).

C'est la spécialité quant à la créance hypothécaire, que la loi exige dans l'inscription, après l'avoir exigée déjà dans le titre constitutif de l'hypothèque (art. 2132). C'est un élément essentiel de la publicité. Il ne suffit pas que les

tiers soient avertis de l'existence de l'hypothèque ; il faut encore qu'ils sachent le montant des charges hypothécaires établies sur l'immeuble pour pouvoir apprécier, en connaissance de cause, les garanties de solvabilité qu'offre le débiteur.

La loi veut d'abord qu'on indique le montant des créances exprimées dans le titre.

Trois hypothèses doivent être distinguées.

a. — La créance garantie par le privilège ou par l'hypothèque est certaine et liquide. Il faudra en indiquer le montant dans les bordereaux d'inscription.

b. — La créance est conditionnelle ou éventuelle. Les bordereaux devront contenir l'indication du montant de la créance ; on ajoutera qu'elle est conditionnelle ¹²¹⁵ ou éventuelle.

La loi commet de nouveau ici l'inexactitude que nous avons relevée dans l'art. 2132. Il faut opérer la même rectification. La créance éventuelle ou conditionnelle peut être déterminée dans son quantum. Il faut faire figurer ce chiffre dans l'inscription, en prenant soin d'indiquer l'événement auquel l'existence de la créance ou son montant est subordonné. Il n'y a pas lieu de procéder à une évaluation qui serait ordinairement inexacte. C'est seulement dans le cas où la créance est indéterminée que cette formalité devient nécessaire.

c. — La créance est indéterminée. Le créancier devra, dans les bordereaux d'inscription, évaluer la créance, sauf le droit pour le débiteur de faire réduire cette évaluation si elle est exagérée ¹²¹⁶.

Sous la dénomination de prestations, la loi comprend toutes les obligations qui ont pour objet autre chose qu'une somme d'argent, par exemple les obligations de faire ou de ne pas faire ou celles qui consistent dans la livraison d'objets en nature. Peu importe que ces prestations soient

ou non périodiques, dans tous les cas l'évaluation est également nécessaire ; la loi ne distingue pas ¹²¹⁷.

1653. La loi ordonne aussi l'évaluation des rentes. Ceci appelle quelques observations. Il est certain que si la rente a pour objet des prestations en nature, il est nécessaire d'en évaluer le montant, comme s'il s'agissait d'une créance ordinaire. Mais la généralité des termes de l'art. 2148 porte à penser que la règle s'applique aux rentes en argent de la même manière qu'aux rentes en nature, aux rentes viagères de la même manière qu'aux rentes perpétuelles.

1654. En ce qui concerne ces dernières, tout d'abord la nécessité de l'évaluation n'apparaît pas. Si on a indiqué la somme moyennant laquelle elle est rachetable, est-ce que cette indication n'est pas par elle-même une évaluation faite d'un commun accord par les parties intéressées ? Ne suffit-il pas dès lors de la mentionner dans l'inscription ? Allons plus loin ; on a indiqué la somme moyennant laquelle la rente a été constituée, ou bien on a spécifié le taux de sa capitalisation, le taux auquel elle a été établie. Est-ce que ces mentions insérées dans l'inscription ne suffisent pas pour avertir les tiers ? La charge qui grève l'immeuble n'est-elle pas connue ? Ce n'est pas douteux, si on indique le prix moyennant lequel la rente est constituée. N'en est-il pas de même lorsqu'une simple multiplication permet de déterminer cette somme ? Cette indication n'est-elle pas équipollente à la mention du capital ? ¹²¹⁸

1655. La question se présente sous un autre jour quant aux rentes viagères, parce qu'elles ne sont pas rachetables (art. 1979). Dans ce cas, une évaluation semble bien nécessaire ; car la valeur capitale de la rente ne peut pas être déterminée par une opération arithmétique ; le caractère aléatoire du contrat s'y oppose. La jurisprudence cependant a une tendance marquée vers l'opinion contraire ; elle se fonde sur l'art. 1978, aux termes duquel

le crédirentier a le droit d'exiger l'emploi, sur le prix des biens aliénés et spécialement de l'immeuble hypothéqué, d'une somme suffisante pour assurer le service des arrérages. La connaissance des arrérages suffit donc pour permettre aux tiers de déterminer par une simple multiplication la valeur de la charge dont l'immeuble est grevé ¹²¹⁹.

Cette solution pourrait être acceptée si le taux de capitalisation de l'argent était fixe ; mais il varie suivant les fluctuations du marché monétaire et nous ne voyons pas comment les tiers pourront, en l'absence de toute évaluation, apprécier avec certitude le montant des charges hypothécaires. La cour de Poitiers, dans l'arrêt du 7 décembre 1885, a décidé que le crédi-rentier devait être colloqué seulement pour la somme nécessaire pour produire au taux de 5 p. 0/0 un revenu égal aux arrérages. On peut expliquer cette décision en disant qu'au moment où l'inscription a été prise le taux des placements était de 5 p. 0/0 et que la charge hypothécaire ne pouvait excéder cette limite. Mais la jurisprudence et l'arrêt de Poitiers lui-même posent en principe que le crédi-rentier n'est pas tenu d'évaluer sa créance que l'évaluation par lui faite dans l'inscription ou l'indication du capital moyennant lequel la rente a été constituée ne sauraient lui nuire et qu'il a toujours le droit d'être colloqué au rang de son hypothèque pour un capital calculé au denier 20, pourvu qu'il ait pris soin d'indiquer dans l'inscription la quotité de la rente. N'est-ce pas la meilleure preuve que le montant de la créance est indéterminé, qu'il serait juridique d'appliquer l'art. 2148 et d'exiger une évaluation ? La jurisprudence a été certainement touchée par cette considération que les intérêts des créanciers postérieurs sont sauvegardés par ses décisions ; car le capital ainsi placé pourra leur être attribué lors de l'extinction de la rente. Il nous semble cependant que cette doctrine n'applique pas le texte de

l'art. 2148 avec toute la généralité qu'il comporte et est de nature à compromettre le crédit du débiteur ¹²²⁰.

1656. L'évaluation faite dans l'inscription n'a pas pour effet de limiter l'hypothèque et de fixer le montant de la créance ; elle restreint seulement l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers.

Elle ne limite pas l'hypothèque ; cette sûreté continue de garantir la créance, telle qu'elle a été créée, telle qu'elle sera reconnue exister. Les erreurs commises dans le bordereau ne sauraient nuire ni au créancier, ni aux tiers, ni au débiteur. Elles ne nuisent pas au créancier ; il conserve l'intégralité de son droit ; il pourra, en cas d'insuffisance de son évaluation, requérir une inscription complémentaire pour le surplus de sa créance, mais l'effet de cette nouvelle inscription ne se produira qu'à sa date. En sens inverse, ces erreurs ne peuvent nuire aux tiers ni au débiteur. Ceux-ci sont toujours autorisés à contester l'évaluation faite par le créancier, à en demander la réduction si elle est excessive (art. 2132) et même à demander des dommages-intérêts (¹²²¹). Dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix, le créancier ne sera colloqué que pour le montant réel de sa créance, s'il est inférieur à l'évaluation et s'il se trouve à ce moment définitivement arrêté.

L'évaluation limite l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers ; le créancier ne peut en invoquer le bénéfice en vertu et à la date de son inscription que jusqu'à concurrence de la somme qui y est portée ¹²²². L'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers est en effet subordonnée à la condition d'une inscription, et la collocation du créancier ne saurait dépasser la somme pour laquelle la publicité a eu lieu.

1657. Après avoir ainsi déterminé les créances dont l'évaluation est ordonnée par la loi, nous avons à

rechercher s'il y a lieu de tenir compte de la nature ou de l'espèce des sûretés qu'il s'agit de conserver.

En ce qui concerne les hypothèques, nous trouvons dans le code une disposition qui déroge à notre principe ; c'est l'art. 2153 ; il dispense de la nécessité de l'évaluation les hypothèques légales de l'art. 2121. Nous reviendrons bientôt sur ce point.

Nous ne rencontrons pas de disposition semblable en ce qui concerne les hypothèques judiciaires. Faut-il en conclure qu'elles restent soumises à la règle de l'art. 2148 et que le créancier est obligé d'évaluer dans l'inscription le montant de sa créance ?

S'en tenant à la lettre de l'art. 2148-4°, la jurisprudence ne l'a pas pensé ¹²²³. En effet le créancier n'est tenu d'évaluer le montant de sa créance que dans les cas où cette évaluation est ordonnée. Or il n'existe dans le code qu'un seul art. qui la prescrive, c'est l'art. 2132 ; il est spécial à l'hypothèque conventionnelle ; donc sa disposition doit être restreinte à cette hypothèse et ne saurait être étendue aux créances indéterminées garanties par une hypothèque judiciaire.

1658. Cette interprétation restrictive ne satisfait pas la raison et elle est en opposition avec les principes fondamentaux de notre régime hypothécaire. Il repose sur les deux bases de la publicité et de la spécialité. La loi veut que le montant de la créance garantie soit déterminé et porté à la connaissance des tiers ; lorsque la créance est indéterminée au moment de la naissance de l'hypothèque, elle veut qu'une évaluation en soit faite ultérieurement dans l'inscription. Ces prescriptions doivent être générales, comme les principes dont elles ne sont qu'une application ; elles doivent donc être observées pour les hypothèques judiciaires, aussi bien que pour les hypothèques conventionnelles ; car il n'y a pas de motif pour distinguer entre les unes et les autres. Les tiers ont dans tous les cas

un égal intérêt à connaître les charges grevant les immeubles qui leur sont offerts en garantie ; il importe au débiteur qu'ils en soient avertis ; autrement son crédit hypothécaire serait compromis, peut-être même anéanti.

On objecte le texte même de l'art. 2148. Mais est-il bien aussi formel qu'on l'affirme ? D'une part, il porte que l'inscription doit contenir une évaluation des créances indéterminées dans les cas où cette évaluation est ordonnée par la loi. Il existe donc plusieurs cas dans lesquels cette prescription recevra son application. Or dans la doctrine consacrée par la jurisprudence, ces cas multiples se réduisent à un seul, celui de l'hypothèque conventionnelle. Cette interprétation n'est-elle pas contraire au texte ?

Cette argumentation se corrobore par le rapprochement de l'art. 2153-3°, dont la disposition n'a pas de raison d'être dans la théorie de la jurisprudence. A quoi bon, en effet, dispenser les inscriptions des hypothèques légales de l'art. 2121 de la nécessité de l'évaluation, si cette évaluation n'est exigée que pour l'inscription des hypothèques conventionnelles et si l'inscription des autres hypothèques, légales ou judiciaires, n'y est pas soumise ? Ce rapprochement montre en même temps pourquoi le législateur a employé le pluriel dans l'art. 2148-4°. L'évaluation de la créance indéterminée n'est pas ordonnée seulement dans le cas unique d'une hypothèque conventionnelle, mais dans tous les cas, sauf les exceptions admises par la loi. La formule de l'art. 2148-4° a été édictée en vue de l'exception que devait y apporter l'art. 2153-3°. Elle a ainsi le caractère de généralité que nous lui attribuons, l'art. 2148 n'est pas seulement un art. de renvoi, il complète les dispositions antérieures et notamment l'art. 2132 ; il impose dans tous les cas, sauf exception admise par la loi, au titulaire d'une créance indéterminée l'obligation d'en faire l'évaluation dans l'inscription.

L'interprétation que nous proposons de l'art. 2148 a l'avantage d'en faire une reproduction de l'art. 18 de la loi du 11 brumaire an VII, qui disposait également : « Le requérant

» sera tenu de déclarer la somme en numéraire à laquelle il

» évalue les renies et prestations pour lesquelles il s'inscrit ». Nous retrouvons la même formule dans l'art. 2148. Il est probable que les rédacteurs du code, en l'empruntant à la loi du 11 brumaire an VII, ont entendu lui conserver le sens et la portée qu'elle avait alors. Cette interprétation est d'autant plus vraisemblable que le code a consacré les deux principes sur lesquels reposait la loi de brumaire, la publicité et la spécialité. Or l'art. 18 de cette loi était général et s'appliquait à toutes les hypothèques, spécialement à l'hypothèque résultant d'une condamnation judiciaire, et ne comportait que les exceptions énumérées dans l'art. 21. L'hypothèque garantissant l'exécution des jugements restait soumise à la règle générale. N'est-il pas logique de conclure que l'art. 2148 a la même portée ? Sa disposition n'est pas seulement une référence à des règles antérieures, elle est générale et ne comporte pas d'autres exceptions que celles édictées par un texte formel comme l'art. 2153 ¹²²⁴.

1659. Le silence que garde la loi en ce qui concerne les privilèges donne naissance à une difficulté identique à celle que nous venons d'examiner pour les hypothèques judiciaires. Les mêmes solutions ont été proposées et, dans la théorie de la jurisprudence, il faut décider que le créancier n'est pas alors tenu d'évaluer dans l'inscription le montant de sa créance, si elle est indéterminée. Les considérations précédentes nous portent au contraire à penser qu'il faut également appliquer à cette hypothèse la règle générale par nous admise.

En conséquence si le prix d'une vente consiste dans une rente en nature, il faudra en faire l'évaluation dans l'inscription.

Le copartageant qui prend inscription du privilège de l'art. 2103-3° est obligé d'évaluer dans le bordereau l'obligation de garantie dont il veut ainsi assurer l'exécution.

De même le créancier du défunt qui prend inscription pour conserver le privilège de la séparation des patrimoines est tenu d'évaluer sa créance, si elle est indéterminée.

Ce ne sont là que des exemples ; ces solutions sont la conséquence logique du principe général que nous avons cru trouver dans la loi.

1660. Le créancier doit en outre indiquer dans les bordereaux le montant des accessoires de la créance.

Sous cette dénomination d'accessoires, il faut comprendre les intérêts ou arrérages échus, les frais de l'acte d'où résulte le privilège ou l'hypothèque, si, quoique dus par le débiteur, ils ont été avancés par le créancier, le coût des bordereaux et de l'inscription, les dommages-intérêts auxquels le débiteur pourrait être condamné pour inexécution de ses engagements ¹²²⁵, les frais et dépens dus par le débiteur à raison des procès relatifs à la validité ou à l'exécution de son titre. Il en serait de même des frais exposés dans la procédure de saisie-arrêt ; ils constituent des accessoires de la créance, et le créancier a le droit, à ce titre, d'en exiger le paiement sur le prix des immeubles hypothéqués ¹²²⁶.

Nous ne mentionnons pas ici les frais exposés pour parvenir à la réalisation des immeubles hypothéqués et à la distribution par voie d'ordre du prix produit par l'expropriation forcée. Le paiement de ces frais est assuré par des dispositions spéciales, auxquelles il nous suffira de renvoyer (art. 712, 714, 759, 766, 774 Pr. civ., art. 2104,

2107, 2181 C. civ.). Rappelons seulement qu'ils sont garantis par un privilège ¹²²⁷.

Quant aux intérêts ou arrérages à échoir, il n'est pas nécessaire de les mentionner dans l'inscription et dans la pratique ils n'y figurent que pour mémoire. Ils sont conservés de plein droit par l'inscription prise pour sûreté du capital, dans la mesure déterminée par l'art. 2151. Il faut seulement que l'inscription porte l'indication que le capital est productif d'intérêts et en spécifie le taux. Les tiers ont besoin d'être avertis ; car ces charges venant s'ajouter au capital diminuent le crédit hypothécaire du débiteur. Le silence, que garderait sur ce point l'inscription, n'empêcherait pas l'hypothèque de produire tous ses effets quant au capital ; il priverait seulement le créancier du droit d'être colloqué au rang de son hypothèque pour les intérêts. Il pourrait cependant prendre des inscriptions spéciales pour les intérêts échus au fur et à mesure des échéances, mais ces inscriptions ne produiraient d'effet qu'à leur date. De même, le créancier serait colloqué pour les intérêts calculés d'après le taux indiqué dans l'inscription ; il n'aurait pas le droit de réclamer par préférence le paiement des intérêts d'après le taux porté dans l'obligation, s'il était supérieur (¹²²⁸).

Aux accessoires il faut d'ailleurs appliquer la même règle qu'au capital. L'inscription doit faire connaître le montant des accessoires s'ils sont déterminés ; elle doit en contenir l'évaluation s'ils sont indéterminés. Il ne suffit pas qu'ils y figurent pour mémoire ¹²²⁹. L'inobservation de cette formalité n'entraîne pas, comme nous venons de le dire, la nullité de l'inscription ; celle-ci garantit seulement alors le capital de la créance ; pour rendre opposable aux tiers en ce qui concerne les accessoires la cause de préférence qui lui appartient, le créancier serait obligé de recourir à des inscriptions complémentaires, qui naturellement ne lui assureraient rang de ce chef qu'à leur date respective.

1661. La loi exige en outre que l'inscription fasse connaître l'époque d'exigibilité de la créance. Les tiers ont à cette mention le plus grand intérêt, car l'importance d'une charge hypothécaire s'apprécie non solum ex quantitate, sed ex die solutionis. Pour juger le crédit immobilier d'une personne, il est nécessaire de tenir compte de l'époque à laquelle on est exposé à voir poursuivre la réalisation de ses immeubles ¹²³⁰.

Sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, comme sous l'empire de l'art. 113 de la loi belge du 16 décembre 1851, les tiers acquéreurs avaient un intérêt évident à connaître l'époque d'exigibilité des créances garanties par une hypothèque sur les immeubles par eux acquis ; car, aux termes des art. 15 et 30, la vente volontaire ou forcée ne rendait pas exigibles les capitaux aliénés et les créances non échues. En conséquence, l'acquéreur et l'adjudicataire jouissaient, même dans le cas de purge, des termes et délais qu'avaient les précédents propriétaires de l'immeuble pour acquitter les charges et dettes hypothécaires inscrites. Il leur importait donc de savoir les délais qui leur étaient accordés pour se libérer ou plutôt pour libérer l'immeuble. Aujourd'hui, aux termes de l'art. 2184, l'acquéreur qui veut purger est obligé d'offrir d'acquitter sur le champ les dettes et charges hypothécaires, jusqu'à concurrence de son prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles. A ce point de vue, l'acquéreur n'a plus le même intérêt que sous la loi de brumaire à être averti de l'époque d'exigibilité des créances. Est-ce à dire, comme on paraît le supposer (¹²³¹), qu'il ne lui importe pas d'en avoir connaissance ? L'affirmative est certaine, s'il est prêt à payer son prix comptant et à purger. Mais n'en est-il pas autrement, si le prix n'est payable qu'à terme ? L'acheteur n'a-t-il pas intérêt à connaître par la date d'exigibilité l'époque à laquelle il est exposé à une poursuite hypothécaire ? Cette

considération ne suffit-elle pas pour justifier les auteurs du code qui, reproduisant sur ce point l'art. 18 de la loi du 11 brumaire an VII, ont exigé l'indication de l'époque d'exigibilité de la créance ?

1662. Dans la disposition de l'art. 2148-4°, le législateur a eu en vue le cas d'une créance qui n'est pas encore échue au moment où l'inscription est requise ; s'il en était autrement, il suffirait de mentionner que la créance est échue ou exigible ¹²³², il ne serait pas nécessaire d'indiquer l'époque à laquelle a eu lieu l'échéance ¹²³³ ; si l'époque de l'échéance était incertaine, il suffirait de mentionner l'acte ou le fait qui déterminera l'exigibilité de la créance ¹²³⁴. La loi n'exige pas du reste l'emploi d'une formule sacramentelle ; toutes les indications, quels que soient leurs termes, peuvent satisfaire à ses prescriptions. Il faut et il suffit que les tiers aient pu connaître cette date avec certitude et qu'ils n'aient pas été exposés à des erreurs. La jurisprudence a eu très souvent l'occasion de faire l'application de ces principes. Nous ne pouvons rapporter ici toutes les décisions qui, à côté de la question de droit, soulèvent toujours et en même temps des questions de fait, puisqu'il s'agit de savoir si les tiers ont pu connaître sans équivoque ¹²³⁵ l'époque de l'exigibilité.

1663. Quand l'inscription est prise pour sûreté d'une rente perpétuelle ou viagère, il est inutile d'y mentionner les circonstances qui peuvent, exceptionnellement et en vertu de la loi, rendre exigible le capital de la rente. Pour la rente viagère, le doute n'est pas possible. D'une part, elle n'a pas de capital, d'autre part le crédi-rentier ne peut, en aucun cas, réclamer le remboursement de la somme par lui versée ; il n'a que le droit d'exiger, sur le produit de la vente conformément à l'art. 1978, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages. Il en est de même dans le cas d'une rente perpétuelle, parce que le capital n'en devient jamais exigible en principe (art. 1909). Il n'est

même pas nécessaire d'énoncer expressément dans l'inscription que le remboursement du capital pourra être réclamé dans les circonstances déterminées par l'art. 1912. Dans l'un et l'autre cas, les tiers seront suffisamment avertis par l'indication précise de la nature du droit garanti. Du moment où ils sauront qu'il s'agit d'une rente perpétuelle ou viagère, ils seront prévenus de l'application éventuelle des art. 1912 et 1978 ¹²³⁶.

En ce qui concerne les arrérages, la jurisprudence et la doctrine décident également que les époques d'échéance sont suffisamment déterminées par cela seul que la nature du droit est indiquée. En effet, annuler l'inscription quant aux arrérages et la valider quant au droit, c'est évidemment admettre deux solutions contradictoires, les arrérages étant seuls in obligatione, comme le fait justement remarquer M. Delvincourt. D'un autre côté, il est de la nature du contrat que les arrérages soient exigibles chaque année, il suffit donc de connaître la date du titre pour connaître l'époque des échéances ¹²³⁷.

1664. « 5° L'indication de l'espèce et de la situation des
» biens sur lesquels il entend conserver son privilège ou son
» hypothèque » (art. 2148-5°).

Cette mention constitue la spécialité quant au gage hypothécaire, qui est requise dans l'inscription comme dans le titre constitutif de l'hypothèque (art. 2129) ¹²³⁸. Il est logique d'en conclure que la spécialité de l'inscription est régie par les mêmes règles que la spécialité de la constitution d'hypothèque. Cette corrélation semble d'autant plus justifiée que l'art. 2148 exige l'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels l'inscription est requise, de même que l'art. 2129 prescrit de déclarer dans l'acte constitutif la nature et la situation des biens hypothéqués.

Mais si, à ce point de vue, les deux formules sont identiques, il existe cependant entre elles une différence. L'art. 2148 s'exprime d'une manière générale en parlant des biens hypothéqués ; l'art. 2129 paraît exiger une désignation plus détaillée, quand il dit : la nature et la situation de chacun des immeubles. De la différence des formules on a prétendu déduire une différence de principes. La spécialité de l'inscription serait soumise à des règles moins rigoureuses que la spécialité de la constitution ¹²³⁹. Nous ne saurions accepter cette théorie. La spécialité de l'hypothèque est aussi nécessaire dans l'intérêt des tiers que dans l'intérêt du débiteur ; or elle se réalise à l'égard des tiers par l'inscription. Elle doit dans les deux cas être régie par les mêmes principes. Les indications doivent être formulées dans des termes identiques. C'est d'autant plus rationnel que la spécialité dans l'acte constitutif prépare la spécialité dans l'inscription.

Nous retrouvons ici la controverse que nous avons déjà examinée en présentant le commentaire de l'art. 2129. Conséquente avec son principe, la jurisprudence se contente d'une désignation collective des immeubles hypothéqués, pourvu qu'elle fasse connaître même par équivalent la nature et la situation des immeubles sur lesquels l'inscription est requise ¹²⁴⁰. Elle s'est montrée plus facile en notre matière qu'en matière de constitution d'hypothèques. Ainsi elle n'exige pas, d'une manière absolue, l'indication de la commune dans laquelle les biens sont situés ¹²⁴¹, elle n'exige pas l'indication de la nature et de l'espèce des biens grevés et a validé l'inscription prise sur tous les biens immeubles situés dans telle commune, ou dans l'arrondissement de tel bureau, ou sur les biens immeubles adjugés au débiteur par tel jugement et situés dans telle commune ¹²⁴². Cependant si l'inscription n'indique pas la nature, la situation des biens grevés et

qu'il soit impossible de les reconnaître avec certitude, elle sera frappée de nullité ¹²⁴³.

1665. Quant à nous, nous serions portés à donner aux termes de l'art. 2148 la même interprétation qu'aux expressions correspondantes de l'art. 2129. La spécialité de l'hypothèque est exigée dans l'intérêt du débiteur, la spécialité de l'inscription dans l'intérêt des tiers. Il faut qu'en consultant le registre des hypothèques ils puissent déterminer l'immeuble grevé, sans avoir besoin de se reporter à d'autres actes. A cette condition seulement, la publicité des hypothèques sera une réalité et le crédit hypothécaire reposera sur des bases solides. Or les facilités admises par la jurisprudence sont à nos yeux de véritables dangers. Un débiteur, par exemple, a hypothéqué tous ses immeubles situés sur le territoire de telle commune en en faisant connaître la nature en termes généraux ; l'inscription a été requise dans les mêmes termes. D'après la jurisprudence, la constitution d'hypothèque et l'inscription sont également valables. Plus tard le débiteur contracte une nouvelle obligation et à sa sûreté il offre d'hypothéquer tous les immeubles qui lui appartiennent dans la même commune. Pour apprécier exactement la valeur du gage qui lui est offert, il ne suffira pas au créancier de connaître les immeubles qui appartiennent actuellement à son débiteur et de déduire de leur valeur intégrale le montant des charges hypothécaires, il lui faudra rechercher quels biens appartenaient à ce débiteur au moment de la constitution de la première hypothèque. La jurisprudence, par l'interprétation qu'elle donne à l'art. 2148, enlève à la publicité une grande partie de ses avantages et apporte de nuisibles entraves au crédit immobilier. C'est pourquoi nous sommes portés à penser que la spécialité de l'inscription devrait être régie par les mêmes règles que la spécialité de la constitution hypothécaire ; l'identité presque absolue des formules

employées dans les art. 2129 et 2148, malgré la légère différence signalée ci-dessus, est pour nous la preuve que telle a été la volonté du législateur. Il nous suffira donc de renvoyer aux explications déjà fournies ¹²⁴⁴.

En conséquence, nous déciderons que l'inscription de l'hypothèque établie sur un domaine, un corps de ferme, sera valable si elle désigne le domaine ou le corps de ferme par son nom et fait connaître sa situation. Il n'est pas nécessaire d'indiquer chaque parcelle qui dépend de ce domaine. Il constitue une universalité de fait, individualisée par son nom. Il faudra seulement faire connaître la nature des diverses pièces de terre qui le composent ¹²⁴⁵. Pour remplir absolument le but de la loi, il faudrait que l'inscription fût précédée d'une description exacte du domaine. C'est le résultat qu'on atteint au moyen des registres fonciers. Une feuille spéciale est consacrée à chaque propriété formant un corps d'exploitation ; elle en indique exactement la composition ; elle fait connaître dans l'ordre de leur date les morcellements subis, les accroissements reçus, ainsi que les charges établies.

1666. Apportant une exception au principe de la spécialisation des immeubles grevés, l'art. 2148 ajoute : « Cette der-

» nière disposition n'est pas nécessaire dans le cas des hypo-

» thèques légales ou judiciaires : à défaut de convention,

» une seule inscription, pour ces hypothèques, frappe tous :

» les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau ».

Il suffit donc, dans ces cas particuliers, que l'inscription soit prise sur la généralité des biens présents et à venir du débiteur ou sur tous ses biens ¹²⁴⁶. Il n'est pas nécessaire d'indiquer chacun des immeubles sur lesquels elle est requise. Faite en termes généraux, elle frappe tous les

biens qui appartiennent actuellement au débiteur, tous ceux qu'il acquerra dans l'avenir, au fur et à mesure des acquisitions, sans qu'il soit besoin d'en requérir une nouvelle à chaque acquisition ¹²⁴⁷. Mais la loi décide avec la raison que l'effet en est limité au ressort du bureau pour lequel la condition de publicité se trouve ainsi remplie.

1667. Comme les exceptions sont de droit étroit, il est nécessaire de déterminer la portée de cet al. de l'art. 2148. Il s'applique sans difficulté aux hypothèques judiciaires qui, comme nous l'avons vu, sont générales et grèvent les immeubles présents et à venir du débiteur. La dispense que la loi leur accorde se justifie sans peine. La spécialité de l'inscription est requise dans l'intérêt des tiers ; elle est prescrite pour leur faire connaître les biens atteints par l'hypothèque. Elle n'a plus de raison d'être lorsque l'hypothèque est générale. Il suffit que les tiers soient avertis de l'origine judiciaire de l'hypothèque pour savoir qu'elle grève nécessairement tous les immeubles du débiteur. La règle de l'art. 2148 sur ce point se rattache ainsi au système de publicité personnelle organisé par notre code ; elle disparaîtrait nécessairement par l'adoption d'un système de publicité réelle. Cependant il en serait autrement et nous retomberions sous l'empire de la règle générale de l'art. 2148, si ces hypothèques avaient été réduites par voie de spécialisation.

1668. L'exception s'étend, d'après le texte, aux hypothèques légales. Mais à quelles hypothèques légales s'applique-t-elle ? Le motif que nous venons d'invoquer pour justifier la règle relative aux hypothèques judiciaires prouve sans doute aucun que notre disposition se réfère aux hypothèques légales générales, à celles qui grèvent les immeubles présents et à venir du débiteur. Nous reviendrions à la règle, comme pour les hypothèques judiciaires, si elles avaient été réduites et spécialisées.

L'exception s'appliquera donc sans difficulté à l'hypothèque légale des communes et établissements publics, qui est une hypothèque générale. Mais nous n'étendrions pas la même solution à l'hypothèque légale de l'Etat, qui, générale sous l'empire du code, est devenue spéciale en vertu de la loi du 5 septembre 1807. Nous verrons dans un instant que le privilège du Trésor, qui frappe les immeubles acquis à titre onéreux par le comptable, rentre dans l'application de la règle générale. Il en est de même de l'hypothèque légale qui, formant la contre-partie du privilège, frappant les immeubles que celui-ci n'atteint pas, doit participer de sa nature et être spéciale comme lui. L'exception s'appliquera aussi à l'hypothèque légale de la Régie des douanes sur les immeubles des redevables ¹²⁴⁸.

Pour le même motif, ne rentrent pas dans l'exception les inscriptions de privilèges dégénérés en hypothèques ; ces dernières sont spéciales comme les privilèges qu'elles remplacent. Il en est de même pour l'hypothèque légale établie par l'art. 490 C. co. sur les immeubles du failli, si on la considère avec nous comme une hypothèque légale spéciale et non comme une hypothèque judiciaire ¹²⁴⁹. De même nous exigerons l'indication des immeubles grevés, de la part du légataire particulier qui fait inscrire son hypothèque légale. Nous avons, en effet, décidé que cette hypothèque est spéciale ¹²⁵⁰. Rappelons cependant que la jurisprudence a une tendance à se prononcer en sens contraire au point de vue de l'inscription ¹²⁵¹, comme au point de vue de la réduction ¹²⁵².

1669. La règle de l'art. 2148-5° s'applique au contraire à tous les privilèges, même au privilège du Trésor sur les biens des comptables ; tous, sans exception, ils frappent des immeubles déterminés ; ils ne sont pas généraux et n'atteignent pas tous les biens présents et à venir du débiteur ; il en est de même pour le privilège de la

séparation des patrimoines ; il s'exerce non pas sur les biens, même sur les biens présents du débiteur, c'est-à-dire de l'héritier pur et simple, mais seulement sur les biens du défunt confondus dans le patrimoine de l'héritier avec le patrimoine de ce dernier. L'art. 2111 consacre formellement cette solution, quand il nous parle de l'inscription prise sur chacun des immeubles héréditaires 1253.

1670. Des explications que nous venons de fournir il résulte que l'inscription de l'hypothèque, établie sur des biens à venir en vertu de l'art. 2130, doit être spéciale. En effet, l'exception apportée à ce principe par le dernier alinéa de l'art. 2148 est limitée par le texte aux hypothèques judiciaires et aux hypothèques légales ; même en ce qui concerne ces dernières, elle se restreint dans notre opinion à celles des hypothèques légales, dont l'art. 2122 a édicté la généralité. Pour ce double motif, elle reste étrangère à l'hypothèque conventionnelle constituée sur les biens à venir. En conséquence, le créancier devra, en requérant la première inscription, désigner spécialement chacun des immeubles présents sur lesquels elle est prise, soit que le débiteur en fût propriétaire au moment de la constitution de l'hypothèque, soit qu'il le soit devenu depuis mais avant l'inscription. Il sera tenu en outre de requérir, au fur et à mesure des acquisitions faites par le débiteur, une inscription particulière sur chacun des immeubles nouvellement acquis. C'est une conséquence nécessaire des principes de la loi. L'hypothèque ne saisit ces immeubles qu'au moment où ils entrent dans le patrimoine du débiteur ; elle ne les affecte donc qu'à ce moment et, pour produire ses effets, elle a besoin d'être vivifiée par une inscription spécialisée conformément à notre art. 2148 ; elle ne prendra donc rang qu'à la date de cette inscription 1254.

1671. Il résulte de là une grande inégalité de situation entre le créancier pourvu d'une hypothèque judiciaire ou d'une hypothèque légale générale et celui au profit duquel a été consentie une stipulation d'hypothèque conventionnelle subsidiaire sur les biens à venir. L'inscription requise par le premier saisit les immeubles nouvellement acquis par le débiteur au moment même où ils entrent dans le patrimoine de celui-ci, et prend rang aussitôt. Au contraire, le créancier bénéficiaire d'une hypothèque conventionnelle sur les biens à venir est obligé de requérir une nouvelle inscription et son hypothèque ne prendra rang qu'à la date de celle-ci. Il arrivera donc nécessairement que le créancier à hypothèque générale, primé sur les biens présents du débiteur par un créancier à hypothèque conventionnelle, primera ce dernier sur les biens à venir également affectés à sa garantie. Cette conséquence des principes blesse l'équité. Le législateur aurait dû fournir le moyen de la prévenir. Il semble qu'on pouvait le faire facilement ; il suffirait, comme le fait remarquer M. Thézard, d'accorder au créancier bénéficiaire d'une hypothèque conventionnelle sur les biens à venir un délai, avant l'expiration duquel il serait tenu de prendre inscription de manière à conserver son rang à l'égard des créanciers à hypothèque générale. La loi ne l'a pas fait. On peut le regretter. Cependant nous hésiterions à approuver pleinement ce reproche. La rétroactivité de l'inscription prise pourrait nuire aux créanciers auxquels le débiteur aurait depuis l'acquisition consenti de nouvelles hypothèques et qui les auraient fait inscrire dans ce délai. Il y aurait là une véritable injustice ou bien nul ne consentirait à traiter avec le débiteur sur la foi de semblables garanties avant l'expiration du délai. Toutefois il serait possible de concilier tous les intérêts en limitant à un temps assez court le délai accordé au créancier muni d'une hypothèque conventionnelle sur les biens à venir.

1672. Nous terminerons par une dernière observation. Les hypothèques légales générales et les hypothèques judiciaires sont également dispensées de l'indication spéciale des immeubles sur lesquels l'inscription est requise. Le créancier, pourvu d'une hypothèque judiciaire, peut, à son choix, requérir une inscription générale ou spéciale ¹²⁵⁵. Quels que soient les termes de sa réquisition, il conserve en principe l'intégralité de son droit, et il pourra toujours le conserver utilement ; mais l'hypothèque ne produira ses effets à l'égard des tiers que dans la mesure où la publicité aura été réalisée.

Au contraire, les personnes chargées de prendre, au nom des intéressés, inscription d'une hypothèque légale générale ne rempliraient pas leur obligation en spécialisant l'inscription. Sans doute l'hypothèque, dont l'efficacité à l'égard des tiers ne serait pas soumise à la condition de la publicité, n'en continuerait pas moins d'être opposable avec toute son étendue ; mais la responsabilité du requérant pourrait être engagée, même vis à vis des tiers (V. not. art. 2137).

1673. L'hypothèque maritime, qui ne peut être établie que par la convention des parties, est soumise, comme l'hypothèque conventionnelle sur les immeubles, à des mesures de publicité analogues à celles de l'art. 2148. Nous allons les faire connaître très rapidement en insistant seulement sur les points par lesquels cette législation spéciale diffère du droit commun.

Comme l'art. 2148, l'art. 8 de la loi du 10 juillet 1885, reproduisant l'art. 8 de la loi du 22 déc. 1874, décide que le requérant devra présenter l'original sous seing privé ou en brevet ou une expédition authentique, s'il en existe minute, de l'acte constitutif de l'hypothèque. A la différence de l'art. 2150, l'original sous seing privé ou en brevet restera déposé entre les mains du receveur des douanes. Cette formalité n'est pas cependant substantielle, conformément

aux règles de la loi civile. Un amendement présenté par M. Clapier proposait d'en sanctionner l'inaccomplissement par la nullité de l'inscription. Il n'a pas été adopté.

1674. Le requérant y joint deux bordereaux, dont l'un peut être porté sur le titre présenté. C'est évidemment celui-ci que le receveur conservera, en exécution de l'art. 8, lorsque le titre constitutif sera sous signature privée ou en brevet ; c'est au contraire celui-ci qu'il rendra, lorsqu'on lui aura présenté une expédition du titre dressé en minute.

Ces bordereaux doivent être signés par le requérant. C'est là une différence importante avec les règles du code civil.

Cette innovation avait été critiquée en 1874, par M. Scbert, qui proposait d'appliquer à l'hypothèque maritime la règle admise sous le code civil pour l'hypothèque immobilière. Le rapporteur répondit : « L'acte sous seing privé ne présen-

- » tant pas certaines des garanties qu'offre l'acte authentique,

- » nous avons cru trouver un supplément de garantie dans la

- » nécessité de faire signer le bordereau par le bénéficiaire de

- » l'acte hypothécaire. J'ajoute que cela est utile à un autre

- » point de vue. Il ne faut pas, si des questions de responsa-

- » bilité, d'insuffisance de rédaction du bordereau, d'insuffi-

- » sance de la formule d'inscription hypothécaire sur le regis-

- » tre des douanes, viennent à se soulever, il ne faut pas qu'on

- » puisse ignorer sur qui faire retomber la responsabilité,

- » tandis que, sur un bordereau signé, la garantie est inscrite

- » textuellement, *ipsis verbis*, sur les registres des douanes.

- » S'il y a alors une faute commise par l'auteur du bordereau,

» par la partie qui doit en retirer bénéfice, il ne peut s'en
» prendre qu'à lui du préjudice qu'il peut éprouver ».

Cette dernière considération est générale et s'appliquerait aussi bien à l'hypothèque immobilière qu'à l'hypothèque maritime. Or, elle n'a pas touché les rédacteurs de notre code civil, qui n'impose pas cette formalité. Nous ne voyons aucun motif pour soumettre à cet égard l'hypothèque maritime à une règle différente.

Reste la première considération invoquée par le rapporteur. Elle est spéciale à l'hypothèse de la constitution de l'hypothèque sous signature privée ; elle ne peut être invoquée, lorsque cette garantie a été établie par un acte notarié en brevet ou en minute. Elle ne suffit donc pas pour justifier une disposition qui s'applique dans toutes les hypothèses. La règle de l'art. 8 est en effet générale, la signature du requérant est exigée dans tous les cas, quelle que soit la forme de l'acte constitutif, sous signature privée ou notariée ¹²⁵⁶.

Aussi serions-nous portés à penser que cette formalité n'est pas substantielle, que son inobservation n'est pas sanctionnée par la peine de la nullité de l'inscription. L'inscription n'est qu'une mesure de publicité ; il ne saurait y avoir de substantielles que les énonciations prescrites dans l'intérêt des tiers, pour leur faire connaître les charges qui grèvent les biens à eux offerts en garantie. La personnalité du requérant leur est indifférente. Par conséquent, la signature, qui a pour but de la leur faire connaître, ne saurait être considérée comme une formalité substantielle.

On pourrait cependant concevoir une autre théorie beaucoup plus large et bien plus satisfaisante. L'inscription ne peut être requise que par le créancier ou par un tiers agissant en son nom. La validité de l'inscription dépendrait de la régularité de la réquisition et de la qualité du requérant. La signature du requérant serait un moyen de

vérifier l'accomplissement des formalités légales. Les tiers auraient, dans cet ordre d'idées que nous croyons-absolument vrai en thèse, intérêt à connaître le nom du requérant pour pouvoir vérifier la validité de l'inscription. La signature du bordereau deviendrait une formalité substantielle. Mais cette théorie devrait être générale, elle s'appliquerait à l'hypothèque immobilière aussi bien qu'à l'hypothèque maritime. Or elle n'a pas été édictée pour la première ; elle n'a pas davantage été consacrée en matière maritime. Ce n'est pas dans l'intérêt des tiers que la signature des bordereaux y est exigée. L'intérêt du créancier a été le motif déterminant de la législation nouvelle. On a voulu lui donner un moyen facile de connaître celui auquel il peut s'adresser pour obtenir la réparation du préjudice causé par la nullité de l'inscription. Dans ces conditions, il nous paraît impossible de considérer la signature des bordereaux comme une formalité substantielle, exigée à peine de nullité.

1675. Les énonciations que les bordereaux doivent contenir sont à peu près celles que nous avons déjà rencontrées dans l'art. 2148. En voici l'énumération :

1° Les noms, prénoms et domicile du créancier et du débiteur, et leur profession, s'ils en ont une ;

2° La date et la nature du titre ;

3° Le montant de la créance exprimée dans le titre ;

4° Les conventions relatives aux intérêts et au remboursement ;

5° Le nom et la désignation du navire hypothéqué, la date de l'acte de francisation ou de la déclaration de la mise en construction ;

6° Election de domicile, par le créancier, dans le lieu de la résidence du receveur des douanes.

Empruntée en majeure partie à l'art. 2148, cette disposition de l'art. 8 de la loi de 1885 est sanctionnée de la même manière.

La loi ne parle pas, comme l'art. 2148-4°, des accessoires de la créance et en particulier des frais. D'excellents auteurs en concluent que les frais ne sont pas garantis de plein droit par l'hypothèque ¹²⁵⁷. Il faut, à cet égard, une stipulation formelle et alors les frais seront ajoutés au montant de la créance et devront être exprimés dans l'acte.

1676. Le receveur des douanes (art. 9 L. 10 juillet 1885) comme le conservateur des hypothèques (art. 2150) « fait
» mention sur son registre du contenu aux bordereaux, et
» remet au requérant l'expédition du titre, s'il est authenti-
» que, et l'un des bordereaux au pied duquel il certifie avoir

» fait l'inscription ». Il n'y a plus lieu, comme sous l'empire de l'art. 6 de la loi de 1874, de mentionner l'inscription 1° sur l'acte constitutif de l'hypothèque, 2° sur l'acte de francisation. Ces formalités ont été supprimées par la loi de 1885, qui n'en parle pas.

Le rôle du receveur des douanes présente donc la plus grande analogie avec le rôle du conservateur des hypothèques. En principe, il est purement passif. Il se borne à transcrire les énonciations portées sur les bordereaux. Cependant la circulaire de 1875 semble lui confier une mission plus étendue. Elle lui conseille d'avertir les intéressés des irrégularités que les pièces remises en vue de l'inscription lui paraissent présenter, spécialement en ce qui concerne les énonciations relatives à la désignation du navire hypothéqué. Elle fait ressortir l'importance qu'il y aurait à reproduire les principales indications de l'acte de francisation, pour prévenir toute confusion. « Si, nonobstant les observations du

» receveur, ajoute la circulaire, les intéressés persistaient à

» requérir une inscription immédiate, le receveur pourrait
» l'opérer, mais en exigeant que le créancier en fît la réqui-
» sition expresse ».

1677. La circulaire de 1875 permet au receveur d'exiger que la déclaration relative au changement du domicile élu soit constatée par acte devant notaire, s'il ne connaît pas personnellement le créancier ou s'il a des doutes sur sa capacité. La circulaire nous paraît contraire à la loi. De quel droit le receveur pourrait-il réclamer une déclaration notariée du changement de domicile, alors que l'hypothèque peut être constituée par acte sous signature privée ? Pourquoi imposer un acte notarié, alors qu'il ne s'agit en réalité que d'un certificat d'individualité et que les notaires n'ont pas de monopole pour les actes de cette nature ? Les critiques, formulées à ce point de vue contre la circulaire ¹²⁵⁸, nous semblent donc absolument fondées.

1678. En outre, et sans entrer dans des développements plus étendus, qui nous entraîneraient en dehors de notre sujet, la circulaire permet au receveur des douanes de refuser de mentionner sur ses registres les mutations opérées par suite d'héritage ou de donation, de subrogation aux droits du créancier primitif ou de transmission même par voie d'endossement, si ces mutations ne résultent pas d'actes ou de titres authentiques. Ici encore les prescriptions de la circulaire nous paraissent en opposition avec l'esprit et les principes des lois de 1874 et de 1885. L'hypothèque maritime peut être constituée par acte sous signature privée. Comment les transmissions qui s'en opèrent seraient-elles soumises à des règles plus rigoureuses, à moins que l'acte qui les produit ne soit un acte solennel, soumis à ce titre à des formalités particulières ¹²⁵⁹ ?

N° 2. L'exception.

1679. Les règles que nous venons d'exposer et qui constituent le droit commun en matière d'inscriptions reçoivent exception relativement aux hypothèques légales

de l'art. 2121. Toutefois, l'exception ne s'applique qu'à celles de ces hypothèques qui sont purement légales (art. 2153). Celles qui auraient été restreintes à certains immeubles spécialement désignés devraient être inscrites conformément aux règles du droit commun.

L'inscription des hypothèques purement légales de l'art. 2121 a été soustraite, par la force même des choses, à une grande partie des exigences de l'art. 2148, qui contient le droit commun de la matière. Ainsi, tout d'abord, les hypothèques dont il s'agit ayant leur source dans la loi, il ne sera pas nécessaire (ce serait d'ailleurs impossible) de présenter au conservateur le titre qui a donné naissance à l'hypothèque, ni par suite d'indiquer dans les bordereaux d'inscription la date et la nature de ce titre. Il aurait pu y avoir intérêt à connaître la date du fait générateur de l'hypothèque lorsqu'il s'agit d'une hypothèque dont le rang est déterminé par la loi ou de l'acte qui a donné naissance à la créance de la femme, par exemple lorsqu'il s'agit de l'aliénation d'un de ses propres ou d'une obligation par elle contractée conjointement ou solidairement avec son mari. La loi ne l'exige pas ; nous ne pouvons imposer cette formalité. Le législateur a pensé que les tiers seraient facilement renseignés sur la date de la célébration du mariage ou de l'ouverture de la tutelle. Cela suffisait dans le système primitif du code ; l'hypothèque légale de la femme avait une date unique, comme l'hypothèque légale du mineur. Après les modifications profondes qu'a subies l'art. 2135, il aurait été bon de corriger sur ce point la disposition de l'art. 2153. On a oublié de le faire. Cet oubli s'explique facilement, si on se rappelle que l'efficacité de l'hypothèque légale de la femme est indépendante de toute publicité.

1680. Ce n'est pas la seule particularité que présentent ici les bordereaux d'inscription. La loi n'exige pas qu'ils contiennent :

1° L'évaluation de ceux des droits garantis par l'hypothèque légale, dont le montant n'est pas connu et déterminé à l'avance ;

2° L'époque de l'exigibilité. Comment savoir en effet quand finira la tutelle, quand se dissoudra le mariage... ?

3° L'indication de chacun des immeubles sur lesquels porte l'hypothèque (art. 2148-5°). A quoi cette indication servirait-elle, puisque les tiers savent ou doivent savoir que l'hypothèque est générale, et qu'elle affecte par suite tous les immeubles du débiteur ?

1681. Que doivent donc contenir les bordereaux d'inscription ? L'art. 2153 va nous l'apprendre. « Les droits d'hypothèque

» purement légale de l'Etat, des communes et des établisse-

» ments publics sur les biens des comptables, ceux des mi-

» neurs ou interdits sur les tuteurs, des femmes mariées sur

» leurs époux, seront inscrits sur la représentation de deux

» bordereaux, contenant seulement, — 1° Les nom, prénom

» profession et domicile réel du créancier, et le domicile qui

» sera par lui, ou pour lui, élu dans l'arrondissement ; —

» 2° Les nom, prénom, profession, domicile, ou désignation

» précise du débiteur ; — 3° La nature des droits à conserver,

» et le montant de leur valeur quant aux objets déterminés,

» sans être tenu de le fixer quant à ceux qui sont condition-

» nels, éventuels ou indéterminés ».

1682. De ces énonciations une seule appelle des explications particulières. Les autres contenues aux 1° et 2° de l'art. sont identiques à celles que nous avons rencontrées dans l'art. 2148 et sont régies par les mêmes règles.

Il n'en est pas de même en ce qui concerne les droits à conserver. La loi exige l'indication de leur nature et du montant de leur valeur quant aux objets déterminés, sans qu'on soit tenu de le fixer quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés. Remarquons, sans insister, que la loi commet ici l'inexactitude que nous avons déjà signalée dans les art. 2132 et 2148-4°. Elle paraît soumettre à la même règle les droits conditionnels ou éventuels et les droits indéterminés. Cette assimilation serait une erreur. Les droits conditionnels ou éventuels peuvent avoir pour objet une valeur déterminée ou indéterminée. Dans le premier cas, il ne peut être question d'exiger une évaluation qui serait ordinairement inexacte ; supérieure ou inférieure à la vérité. Nous l'avons dit en parlant des hypothèques conventionnelles. Il faut alors indiquer le montant exact de la créance et faire connaître l'évènement à l'accomplissement duquel l'existence en est subordonnée. C'est dans le cas seulement où la créance est indéterminée que l'évaluation en est prescrite par la loi. C'est dans ce cas seulement que le créancier pourvu d'une hypothèque légale en est dispensé. Lorsque le montant de la créance est déterminé, c'est ce montant qui doit alors figurer dans l'inscription en indiquant le fait à la réalisation duquel elle est subordonnée.

1683. Examinons ce dernier cas et recherchons dans quelles hypothèses la créance du mineur ou de la femme mariée sera déterminée et dans quelles hypothèses la validité de l'inscription dépendra de la mention de son chiffre.

En ce qui concerne le mineur, il semble bien qu'aucune difficulté ne peut se présenter. Il n'a contre son tuteur qu'une seule créance, il est créancier du reliquat de son compte de tutelle. Par conséquent, tant que dure la tutelle, sa créance est indéterminée ; l'inscription qui peut être prise de son hypothèque garantit donc une créance dont il est impossible de fixer actuellement le chiffre et que

l'inscrivant est dispensé d'évaluer par l'art. 2153. Cette solution est incontestable, si le mineur ou l'interdit jouit encore du bénéfice de la dispense d'inscription. Il est évident que l'inexactitude commise dans le bordereau ne peut pas nuire à l'incapable, puisque l'absence de toute inscription ne porterait aucune atteinte à son droit. Mais il pourrait en être autrement si, pendant la tutelle ou après sa cessation, il devenait nécessaire de faire inscrire l'hypothèque. La même solution doit cependant être admise. La créance du mineur est nécessairement indéterminée, tant que le compte de tutelle n'a pas été rendu. Il suffira donc que l'inscription soit prise pour sûreté des droits de créance appartenant au mineur contre son tuteur à raison de la gestion de celui-ci. Même après la reddition du compte de tutelle, le mineur a encore contre son tuteur un droit indéterminé ; c'est l'action en redressement de ce compte. L'inscription devra en conséquence indiquer d'une part le montant exact de la créance déterminée par le compte de tutelle, d'autre part mentionner les autres droits et créances que le mineur pourrait avoir contre son tuteur sans qu'on soit tenu d'en faire une évaluation. Elle serait par trop incertaine ; la loi, qui protège l'incapable, n'a pas voulu que ses droits fussent exposés à un aussi grave danger. Elle le dispense de toute évaluation, même après la majorité.

1684. La règle de l'art. 2153 s'applique à l'hypothèque légale de la femme mariée ; l'inscription devra donc mentionner le montant des créances de la femme, lorsque le chiffre en aura été fixé au moyen d'une liquidation faite après la dissolution du mariage ou la séparation de biens. L'absence d'une indication précise entraînerait la nullité.

Mais supposons que cette liquidation n'ait pas été faite soit parce qu'il n'y a pas encore été procédé, soit parce que le mariage n'est pas dissous et que les époux ne sont pas séparés de biens. La femme peut avoir contre son mari des créances dont le chiffre est dès à présent connu. Elle peut

avoir droit à la restitution de son apport dotal, dont la valeur a été indiquée dans le contrat de mariage ; elle peut avoir droit à la restitution de sommes à elle advenues pendant le mariage par succession, donation ou legs, et dont le montant est déterminé soit dans un acte de partage, soit dans l'acte de donation, soit dans le testament. Elle peut être créancière du prix d'un de ses biens personnels aliéné pendant le mariage, si ce prix a été versé entre les mains du mari. Elle peut aussi prétendre à des dommages-intérêts à raison des fautes commises par le mari dans son administration ou à une indemnité à raison de fruits perçus pour son compte. De ces créances, les unes sont dès à présent déterminées, les autres sont indéterminées. Pour ces dernières, il est certain que leur évaluation n'est pas requise dans l'inscription de l'hypothèque légale prise par la femme ou en son nom. Mais l'art. 2153 n'impose-t-il pas l'obligation d'indiquer le montant des premières dans l'inscription ?

Dans la doctrine, cette question est résolue par la négative ¹²⁶⁰. On soutient que jusqu'à leur liquidation les droits de la femme sont indéterminés, que leur chiffre dépend des éventualités de l'avenir, que le mari peut, de son côté, acquérir des créances contre la femme par suite de grosses réparations faites à un de ses immeubles personnels ou de constructions élevées sur un de ses propres, que ces créances se compenseront avec les créances de la femme et que, par suite, les droits de celle-ci sont indéterminés. Un arrêt de cour d'appel a consacré cette opinion ¹²⁶¹. Cette solution serait conforme à la théorie d'après laquelle chacun des époux n'est, en définitive, créancier ou débiteur de récompenses que d'après les résultats de la balance faite lors de la dissolution de la société conjugale.

On invoque également en ce sens les travaux préparatoires. M. Bigot-Préameneu, dans le premier

rapport présenté au nom d'une partie de la section de législation sur les motifs du régime hypothécaire adopté dans le projet de code civil, s'exprime ainsi (séance du 12 pluviôse an XII) ¹²⁶² : « Les hypothèques indéterminées ne sont pas

» susceptibles d'évaluation, même approximative.
Comment

» apprécier les droits qui peuvent, pendant tout le cours du

« mariage, devenir l'objet de l'hypothèque d'une femme sur

» les biens de son mari ? Comment prévoir les résultats d'une

» mauvaise administration, les droits qu'il aura laissé pres-

» crire, les biens qui surviendront à la femme par succession

» ou autrement et qu'il n'aura ni constatés ni conservés, en

» un mot, tous les genres de fautes dont il est responsable ?

» Comment évaluer les gains nuptiaux qui dépendent de

» l'évènement de la survie ?... ». Dans la même séance, Tronchet s'est exprimé dans le même sens ¹²⁶³ : « C'est contre le

» mari dissipateur que l'hypothèque légale est établie ; or un

» tel mari se gardera bien de prévenir son épouse des chan-

» gements qui seront survenus dans sa fortune. Que si la

» femme le découvre par quelque autre moyen, il lui est bien

» difficile d'en tirer avantage n'ayant sous la main ni le con-

» trat de mariage qui forme son titre, ni les fonds nécessaires

» pour payer les frais d'inscription... Supposons cependant,

» contre toute vraisemblance, que l'inscription puisse être
» prise, comment la spécialiser ? Les reprises de la femme
» sont indéterminées. On a proposé à ce sujet de les évaluer

» et de les inscrire, pour ainsi dire, à forfait. Il en résulterait

» d'abord un procès sur l'évaluation. Ensuite, peut-on prévoir

» les événements qui, peut-être, changeront l'état actuel des

» choses ? Il est possible qu'une femme dont les droits pré-
» sents ne s'élèvent qu'à une modique somme de 3 ou 4,000 fr.

» recueille une succession mobilière qui porte les reprises à

» 200,000 fr. D'ailleurs, c'est détruire l'essence du contrat que

» de déterminer à l'avance les reprises, car le mari est indé-

» finiment engagé à restituer tous les biens qui écherront à

» la femme ». Le premier consul donne la conclusion de ce débat dans ces termes ¹²⁶⁴ : « Il faut la publicité, il faut la

» spécialité, mais il faut aussi qu'elle ne puisse nuire aux
» hypothèques légales ».

Dans la séance du 19 pluviôse an XII, Portalis développe les mêmes idées ¹²⁶⁵. Bigot-Préameneu dit aussi dans cette

même séance ¹²⁶⁶ : « La faveur due aux droits des femmes,

» des mineurs, du gouvernement, a fait établir les hypothè-
» ques légales ; elles sont nulles si elles n'ont leur effet par la

» seule disposition de la loi, parce que de leur nature elles

» répondent d'obligations indéterminées. En effet, la respon-

» sabilité des comptables, des maris, des tuteurs, des admi-

» nistrateurs, est éventuelle ; personne ne peut en prévoir
» d'avance les limites ».

C'est à la suite de ces discussions que fut rédigé le projet de notre titre ; dans lequel nous trouvons à l'art. 62 les dispositions qui sont devenues l'art. 2153.

1685. Ces documents lèveraient tous les doutes, si les règles du projet de code n'avaient pas été modifiées profondément sur la demande du tribunal, comme nous l'avons dit ¹²⁶⁷, Dans le système du projet, l'hypothèque légale de la femme avait un rang unique déterminé par la date de la célébration du mariage. On pouvait donc soutenir avec quelque apparence de raison que sa créance était une, et que par suite elle était indéterminée.

Mais ce système a été complètement changé sur la proposition du tribunal, dans la séance du conseil d'Etat du 22 ventôse an XII. Cette considération enlève toute valeur aux arguments tirés des travaux préparatoires. Ils sont empruntés à une discussion qui a précédé l'adoption du double principe de la publicité et de la spécialité et extraits des observations présentées par des adversaires de ces règles. La discussion au cours de laquelle elles ont été présentées est en outre antérieure aux modifications que le législateur a apportées à l'art. 2135. Désormais, l'hypothèque légale de la femme prend rang à des dates diverses, suivant l'origine de la créance qu'elle garantit. On connaît les motifs qui ont déterminé le législateur. N'en résulte-t-il pas nécessairement qu'on doit agir, à l'égard des tiers, comme si la femme avait contre son mari autant de créances distinctes que son hypothèque légale a de rangs différents ? Par conséquent, ne faut-il pas apprécier le caractère de chacune de ces créances en elle-même et déterminer en conséquence les règles qui régissent l'inscription de l'hypothèque de ces différents chefs ? La femme peut avoir contre son mari des créances dont le chiffre est connu pendant le mariage, bien que ces

créances soient soumises à certaines éventualités. Cette incertitude lui fait refuser le droit de recevoir actuellement le montant de ces sommes, comme nous le verrons en matière de purge, mais elle n'empêche pas les créances d'avoir un objet déterminé, et c'est entrer dans l'esprit de la loi et se conformer à son texte que d'exiger la mention du montant de ces créances, sans obliger d'ailleurs l'inscrivant à évaluer les créances indéterminées, surtout lorsqu'elles sont simplement éventuelles. C'est l'opinion vers laquelle incline la jurisprudence la plus récente. Elle a prononcé la nullité de l'inscription prise par une femme mariée ou en son nom au cours du mariage, parce qu'on n'y avait pas mentionné la valeur de celles de ses créances, dont le montant était déterminé par le contrat de mariage ou par un autre titre connu de la femme ¹²⁶⁸.

Mais si la femme possède contre son mari, indépendamment de la créance dont le montant est déterminé, d'autres créances dont l'objet est indéterminé, elle ne sera pas tenue d'en faire l'évaluation dans l'inscription. Il en est certainement ainsi pendant le mariage, même après la séparation de biens, et aussi après la dissolution du mariage si l'inscription est requise dans le délai d'un an qui suit cette dissolution. Nous croyons même que cette règle continue de s'appliquer après l'expiration de ce délai. On objecte cependant que l'hypothèque légale perd alors les privilèges qui y étaient attachés, qu'elle rentre dans le droit commun au point de vue de l'inscription, qu'elle est régie par l'art. 2148 et que l'évaluation des créances indéterminées devient une des conditions substantielles de cette inscription. L'objection ne nous paraît pas fondée. L'absence d'inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage enlève bien à l'hypothèque légale de la femme le bénéfice du rang que lui attribue l'art. 2135, mais elle ne peut lui enlever sa qualité d'hypothèque légale pour la transformer en hypothèque

judiciaire ou conventionnelle. Pour opérer un semblable changement il faudrait une convention ou un jugement ; aucun de ces événements ne s'est produit. L'hypothèque de la femme conserve donc son caractère, elle demeure une hypothèque légale, mais son efficacité à l'égard des tiers est subordonnée, comme celle des autres hypothèques légales (art. 2134), spécialement celle des communes et établissements publics, à la condition d'une inscription, et son rang sera déterminé par la date de cette inscription. Les conditions dans lesquelles se réalise cette publicité continuent d'être déterminées par l'art. 2153, parce qu'il s'agit d'une hypothèque légale et que la loi de 1855 n'a pas dérogé à cette disposition ¹²⁶⁹. Nous concluons que la femme reste dispensée de l'évaluation des créances indéterminées qui lui appartiennent contre son mari.

1686. L'interprétation que nous donnons ainsi à l'art. 2153 n'est pas sans présenter dans la pratique quelques inconvénients. On peut admettre à la rigueur que la femme doit connaître le montant exact des créances déterminées qu'elle a contre son mari. Elle est obligée de les énoncer dans l'inscription qu'elle requiert ; elle se contente de mentionner ses autres créances indéterminées. Mais cette inscription peut aussi être faite à la requête des parents soit du mari, soit de la femme (art. 2139). Ceux-ci pourront ignorer le chiffre exact des créances déterminées de la femme ; l'inscription qu'ils requerront ne sera-t-elle pas frappée de nullité pour absence d'une formalité qu'ils n'ont pas pu remplir ? La femme n'est-elle pas exposée à perdre le bénéfice d'une protection que la loi a voulu lui assurer ? Pour écarter complètement l'objection, il suffit d'observer que l'intervention des tiers est toujours facultative. Si la femme, si le mari chargé de la gestion des intérêts de celle-ci, ne veillent pas à leur conservation, ce n'est pas un motif pour sacrifier les tiers et le crédit public. La loi renferme dans une juste mesure la protection qu'elle accorde à la

femme ; elle n'a pas voulu que les droits des tiers fussent trop gravement compromis. Ainsi s'explique la disposition transactionnelle de l'art. 2153.

Du reste, c'est seulement dans des cas exceptionnels que l'inscription de l'hypothèque légale devient nécessaire pendant le mariage ; en dehors de ces hypothèses, la femme n'est exposée à aucun danger, puisque son hypothèque est dispensée d'inscription.

1687. Les principes que nous venons de poser nous donneront la solution d'une autre question. On suppose que l'inscription de l'hypothèque légale a été prise pour des sommes spéciales et déterminées et qu'on a omis d'y faire figurer les droits éventuels qui appartenaient ou pouvaient appartenir à la femme. On suppose que l'inscription a été prise pour une somme fixe ne représentant qu'une fraction de la somme déterminée due à ce moment à la femme. On se demande alors quelle est la valeur de cette inscription, et l'étendue de la garantie qu'elle procure à la femme. Nous nous plaçons, bien entendu, dans une des hypothèses où l'inscription est indispensable pour assurer l'effet de l'hypothèque. Autrement la question ne se présenterait même pas.

Il nous paraît certain que le défaut de mention des créances indéterminées de la femme la met dans l'impossibilité de réclamer sa collocation au rang que lui donnerait l'inscription faite. Sans doute, si elle est encore dans le délai utile, elle pourra faire valoir son droit de préférence survivant au droit de suite. Sans doute, s'il ne s'est pas encore écoulé une année depuis la dissolution du mariage, elle pourra compléter son inscription incomplète et en requérir une nouvelle qui assurera pleinement l'exercice de ses créances ¹²⁷⁰. Mais si le délai d'un an est expiré, la femme retombe sous l'empire du droit commun au point de vue du rang de son hypothèque et de l'époque à laquelle l'inscription peut être utilement requise. Et si

certaines évènements l'empêchent de conserver son hypothèque, elle sera privée du droit de l'invoquer pour ses créances indéterminées.

La même règle doit, dans les mêmes conditions, être suivie, lorsque la femme a pris inscription pour une somme déterminée inférieure au montant des créances déterminées qui lui appartiennent alors contre son mari. Elle ne peut invoquer son hypothèque que pour les créances spécifiées dans l'inscription et jusqu'à concurrence des sommes qui y sont portées. L'efficacité de l'hypothèque dépend de la validité de l'inscription, et l'effet de celle-ci dépend de la régularité des mentions qu'elle contient. Or, elle ne satisfait que pour partie aux exigences de l'art. 2153 ; dans la même mesure seulement, l'hypothèque est conservée ; pour le surplus, elle ne peut pas être opposée aux tiers. La jurisprudence s'est à bon droit prononcée en ce sens ¹²⁷¹.

1688. Nous avons vu que la loi dispensait la femme de l'obligation de désigner spécialement l'espèce et la situation des immeubles sur lesquels elle requiert inscription. C'est une conséquence de la généralité de son hypothèque. Il suffit donc que l'inscription ait été requise sur tous les biens présents et à venir du mari pour atteindre non seulement les immeubles qui lui appartiennent actuellement ainsi que ceux qui lui adviendront dans l'avenir, mais encore ceux qu'il aurait antérieurement aliénés, s'ils sont grevés de l'hypothèque ¹²⁷². L'art. 2153 n'exige même pas cette mention ; il suffit que l'inscription ait été faite de l'hypothèque légale pour que tous les immeubles du mari soient frappés. Les tiers sont suffisamment avertis par l'indication de la nature de l'hypothèque ¹²⁷³.

Il peut arriver en fait que dans l'inscription on ait spécialement indiqué certains immeubles du mari et limité ainsi quant aux biens la portée de l'inscription. Quel est

l'effet de cette limitation ? Il est évident qu'elle ne peut pas restreindre le droit de la femme et l'étendue de son hypothèque au moins pendant le mariage. La restriction de l'hypothèque légale de la femme ne peut s'opérer que dans les conditions déterminées par les art. 2144 et 2145. Après la dissolution du mariage, ces dispositions cessent de recevoir leur application. La femme peut alors consentir à la restriction de son hypothèque, mais cette restriction implique une renonciation et nous ne croyons pas qu'on puisse induire un acte aussi grave du seul fait de la limitation de l'inscription. La femme pourrait donc prendre une inscription complémentaire sur les autres immeubles du mari.

Quels sont les effets de cette limitation, lorsque pendant le mariage la femme s'est trouvée dans la nécessité de faire inscrire son hypothèque ? Plusieurs immeubles du mari ont été vendus. Les acheteurs accomplissent les formalités de la purge des hypothèques dispensées d'inscription. La femme ne requiert inscription que sur quelques-uns des immeubles aliénés. Quelle est sa situation ? Elle ne peut invoquer le bénéfice de son hypothèque que sur ces immeubles ¹²⁷⁴. Sur les autres elle ne conserve que son droit de préférence qui a survécu à son droit de suite, et encore doit-elle le faire valoir dans les délais déterminés par la loi.

La même règle s'appliquerait aux inscriptions requises après la dissolution du mariage. Si l'inscription faite dans l'année avait été limitée à certains immeubles, l'hypothèque ne prendrait rang aux dates fixées par l'art. 2135 que sur le prix de ces immeubles ; sur le prix des autres immeubles du mari, la femme n'aurait rang que du jour des nouvelles inscriptions requises, conformément à l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855. De ces principes la jurisprudence a justement déduit cette conséquence qu'après la radiation de l'inscription limitée à certains

immeubles du mari, le conservateur des hypothèques ne doit pas la faire figurer dans l'état délivré sur les autres immeubles du mari 1275.

1 V. cep. en sens contraire : Marcadé, II, sur l'art. 526, n. 4, qui a essayé en vain de contester la réalité du droit hypothécaire et prétendu qu'il est seulement un jus ad ou in rem conférant au créancier la faculté d'agir contre l'immeuble en même temps que contre la personne de l'obligé.

2 Valette, n. 124 ; Duranton, XIX, n. 241 ; Martou, II, n. 660 ; Pont, I, n. 127 s. ; Laurent, XXX, n. 174 ; Thézard, n. 35. — V. cep. en sens contraire : Demolombe, Distinct. des biens, I, n. 471 s. ; Aubry et Rau, II, p. 24, § 165, note 4. — Cpr. Demante, Cours anal., II, n. 350 bis, I.

3 V. supra, I, n. 787.

4 V. supra, I, n. 634.

5 V. Pont, I, n. 330, s. ; Aubry et Rau, III, p. 412 s., § 284 ; Laurent, XXX, n. 175, s. ; Colmet de Santerre, IX, n. 75 bis, IV s. ; Thézard, n. 36.

6 L. 8, D., De distractione pignorum (XX, 5). — Cpr. Req., 18 novembre 1844, D., 45. 1. 55, S., 46. 1. 567.

7 V. Req., 1^{er} février 1848, D., 48. 5. 237.

8 Civ. rej., 20 décembre 1848, D., 49. 1. 81.

9 V. supra, I, n. 633.

10 Req., 29 juillet 1858, D., 59. 1. 125, S., 60. 1. 750.

11 Dumoulin, Extricatio labyrinthi dividui et individui, p. 3, n. 27 et 28.

12 Pont, I, n. 331 ; Laurent, XXX, n. 175.

13 Rodière, Traité de l'indivisibilité, n. 466.

14 Leroux de Bretagne, Prescr., I, n. 543 ; Pont, I, n. 333. — Req., 12 fév. 1829, J. G., v^o Prescr. civile, n. 633, S., 30. 1. 201. — V. aussi Vazeille, Prescr., n. 244 ; Troplong, II, n.

878 bis et Prescr., II, n. 658 s. ; Rodière, Tr. de l'indivisibilité, n. 470.

15 Pont, I, n. 333. — Bourges, 6 août 1828, J. G., v° Cont. de mar., n. 2296, S., 30. 2. 74. — Paris, 19 janv. 1831, J. G., v° Oblig., n. 1529, S., 31. 2. 676. — Grenoble, 8 juin 1847, S., 48. 2. 178. — Req., 9 nov. 1847, D., 48. 1. 49, S., 48. 1. 289.

16 Req, 9 nov. 1847, D, 48. 1. 49, S., 48. 1. 289.

17 Delvincourt, III, p. 298 ; Battur, II, n. 263 ; Pont, II, n. 721.

18 Req., 2 mars 1840, J. G., v° Faillite. n. 701, S., 40. 1. 564. — Civ. cass., 18 juillet 1843, J. G., v° Minorité, n. 514, S., 43. 1. 778. — Paris, 17 juillet 1866, J. G. Suppl., v° Faillite, n. 916, S., G7. 2. 23.

19 V. supra, II, n. 894.

20 Delvincourt, III, p. 293 ; Persil, I, sur l'art. 2118, n. 6 ; Demante, Cours anal., II, n. 350 ; Duranton, XIX, n. 241 ; Tessier, Quest. sur la dot, n. 111 ; Troplong, Louage, I, n. 17 ; Marcadé, II, sur l'art. 526, n. 4 ; Demolombe, Distinct, des biens, I, n. 471 et 472 ; Benech, Du nantiss. appliq. aux droits et reprises de la femme, p. 79 ; Gauthier, De la subrog., n. 571 ; Colmet de Santerre, IX, n. 75 bis, III.

21 Demante, op. cit., II, n. 350 bis, II.

22 Valette, n. 124 ; Martou, II, n. 691 ; Pont, I, n. 328 ; Aubry et Rau, II, p. 24, § 165, texte et note 4 ; Laurent, V, n. 486, XXX, n. 174 ; Vaugeois, Disl. des biens, p. 249. — Cpr. Thézard, n. 35.

23 Aubry et Rau, III, p. 455, § 288, texte et note 2. — V. dans le même sens Proudhon, Usufr., V, n. 2236 ; Mourlon, Des subrog., n. 585 ; Gauthier, Des subroy., n. 562 s. ; Benech, Du nantiss. appliqué aux droits et reprises de la

femme, n. 18 s. ; Larombière, Des oblig., III, p. 226, 235 et 239 ; Sevin, Rev, crit., 1862, XX, p. 504 s. ; Bertauld, De la subrog. à l'hypot. lég. des femmes mariées, 2^e édit., n. 11 s. ; Laurent, XXXI, n. 324 et 325. — Req, 25 janv. 1853, D., 53. 1. 12, S., 53. 1. 423.

24 Championnière et Rigaud, Des dr. d'enregist., II, n. 1135 ; Valette, n. 129 ; Troplong, Transcr., n. 323 s. ; Pont, I, n. 334 et 459 ; Mourton, Transcr., II, p. 565 ; Martou, I, n. 174 ; Verdier, Transcr., II, n. 722 ; Rivière et Huguet, Quest. sur la transcr., n. 384 ; Bressolles, Exposé des règles résultant de la loi du 23 mars 1855, n. 101 ; Beudant, De la subrog. aux droits d'hyp. et des sous-ordres, n. 57 s. ; Colmet de Santerre, IX, n. 75 bis, VI à IX ; Thézard, n. 35 ; Mérignhac, Contrats relatifs à l'hyp. lég. de la femme mariée, n. 14 s. : Gillard, La constitut. de l'hyp. convent., n. 225. — Caen, 11 mars 1854, D., 55. 5. 446. — Req., 31 janvier 1883, D., 83. 1. 316, S., 84. 1. 321. — Cpr. Toulouse, 29 fév. 1892, D., 92. 2. 277.

25 Aubry et Rau, III, p. 456, 288, texte et note 4.

26 Pont, I, n. 480 en note ; Aubry et Rau, III, p. 458, § 288 ; Mérignhac, Tr. des cont. relat. à l'hyp. lég. de la femme mariée, n. 94, 116 s. — Riom, 3 août 1863, D., 63. 2. 171 et sur pourvoi Civ. rej., 9 août 1865, D., 66. 1. 32, S., 65. 1. 447. — V. cep. en sens contraire Proudhon, Usuf., V, n. 2339. — Paris, 24 août 1853, D., 54. 2. 105, S., 53. 2. 545.

27 Req., 25 janv. 1853, D., 53. 1. 12, S., 53. 1. 423.

28 Pau, 17 juin 1889, D., 90. 2. 21.

29 Nancy, 13 juillet 1886, D., 87. 2. 141.

30 Mérignhac, op. cit., n. 120 ; de Loynes, Note dans D., 95. 1. 105. — Paris, 15 déc. 1881 et sur pourvoi Req., 31 janv. 1883, D., 83. 1. 316, S., 84. 1. 321. — Req., 9 janv. 1893, D., 95. 1. 105, S., 94. 1. 73. — V. cep. en sens

contraire Bertauld, De la subrog. à l'hyp. lég. de la femme mariée, n. 21.

31 V. supra, I, n. 594.

32 Cpr. Dijon, 6 juillet 1883, J. G. Supp., v° Priv. et hyp., n. 420, S., 84. 2. 44.

33 Douai, 16 déc. 1886, D., 88. 2. 43, S., 88. 2. 115.

34 Douai cité à la note précédente.

35 Troplong, II, n. 400, note 3 ; Battur, II, n. 245 et 246 ; Pont, I, n. 381 ; Laurent, XXX, n. 211.

36 Martou, II, n. 735 ; Aubry et Rau, III, p. 125, § 259, note 6 ; Thézard, n. 39 ; de Loynes, Femme mariée sous le régime dotal. Obligations nées pendant le mariage. Exécution, n. 14. — Civ. cass., 12 avril 1836, J. G., v° Priv. et hyp., n. 735, S., 36. 1. 366.

37 Civ. cass., 15 juin 1842, J. G., v° Enreg., n. 3976, S., 42. 1. 695.

38 Duranton, IV, n. 486 ; Valette, sur Proudhon, II, p. 266 et 267 à la noie ; Demolombe, Puisse pater., n. 527 ; Demante, Cours anal., II, n. 120 bis ; Aubry et Rau, VI, p. 84, § 550 bis, texte et note 5 ; Martou, II, n. 736 ; Pont, I, n. 379 ; Thézard, n. 39. — Bordeaux, 19 juin 1849, D., 50. 2. 22, S., 49. 2. 681. — V. en sens contraire Proudhon, Usufr., I, n. 125 et 221 ; Duvergier, De la vente, I, n. 213 ; Laurent, XXX, n. 209 bis et 210.

39 Pont, I, n. 380.

40 Salviat, Usufr., II, p. 41 ; Proudhon, Usufr., IV, n. 2071 s. ; Demolombe, Distinct, des biens, II, n. 747 et 748 ; Aubry et Rau, II, p. 515, § 234 ; Laurent, VII, n. 58 ; Pont, I, n. 383. — Cpr. Martou, II, n. 734 ; Laurent, XXX, n. 212.

41 V. supra, II, n. 920.

42 V. le traité De l'usufr. et surtout le traité Des obligations, sur l'art. 1167.

43 Aubry et Rau, II, p. 518, § 234. — Cpr. Troplong, Transcr., n. 94 ; Rivière et Huguet, Quest. sur la transcr., n. 72 ; Flandin, Transcr., II, n. 447 à 452 ; Verdier, Transcr., I, n. 158. — V. cep. Martou, II, n. 714 ; Laurent, XXX, n. 212.

44 Proudhon, Usufr., V, n. 2476 ; Laurent, VII, n. 16.

45 Fenet, XI, pp. 182 et 183 ; Locré, VIII, p. 243.

46 Demolombe, Distinct. des biens, II, n. 750 ; Mourlon, Transcr., n. 536 ; Verdier, Transcr., II, n. 430. — Cpr. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 229 ; Demante, Cours anal., II, n. 465 bis.

47 Proudhon, Usufr., I, n. 48, VI, n. 2751 ; Duranton, V, n. 23, XIX, n. 266 ; Troplong, II, n. 403 ; Valette, n. 128 ; Baudot, Foon. hypoth., n. 187 ; Pont, I, n. 384 ; Aubry et Rau, III, p. 126, § 259 ; Laurent, XXX, n. 213 ; Colmet de Santerre, IX, n. 78 bis, III ; Thézard, n. 39. — V. cep. en sens contraire Grenier, I, n. 140 ; Battur, II, n. 232.

48 Duranton, XIX, n. 269 ; Troplong, II, n. 401 et 402 ; Pont, I, n. 393 ; Aubry et Rau, III, p. 126, § 259 ; Laurent, XXX, n. 213 ; Colmet de Santerre, IX, n. 78 bis, III.

49 Dumoulin sur Paris, § 30, n. 108 s. ; Coquille sur Nivernais, quest. 202 ; Brodeau sur Louet, lettre L, somm. 4, II, p. 23 ; Brillon, Dict., v° Bail. n. 19, 42, 45 ; Bretonnier sur Henrys, IV, p. 27 ; Despeisses, Œuvres, I, p. 119 ; Ferrière sur Paris, art. 171, glose I, n. 52 ; Rousseau de Lacombe, Recueil de jurisp., v° Bail, sect. 1 et 2 ; Pothier, Louage, n. 288 s., Communauté, n. 71.

50 Marcadé, II, sur l'art. 526, n. 5 ; sur l'art. 578, n. 2 ; sur l'art. 595, n. 1 ; VI, sur l'art. 1743, n. 1 ; Proudhon, Usufr., I, n. 102 ; Delvincourt, III, p. 185, 188 et 198 ; Toullier, III, n. 388, VI, n. 435, XII, n. 105 ; Poncet, Des actions, n. 124 ;

Duranton, IV, n. 73, XVII, n. 139 ; Curasson, Comp. des juges de paix, I, n. 252 ; Championnière et Rigaud, Dr. d'enregist., IV, n. 3032 ; Duvergier, Louage, n. 28, 279 s. ; Ferry, Rev. de dr. fr. et étr., 1841, VIII, p. 609 et 849, 1842, IX, p. 123 ; Taulier, VI, p. 210 à 214 ; Valette, p. 195 ; d'Hauthuille, De la révis. du rég. hyp., p. 121 ; Rodière et Pont, Contr. de mariage, I, n. 337 ; Odier, Contr. de mariage, I, n. 84 ; Demolombe, Distinct. des biens, I, n. 492 et 493 ; Flandin, Transcr., I, n. 196 ; Pont, I, n. 385 ; Aubry et Rau, IV, p. 471, § 365 texte et note 7 ; Colmet de Santerre, VII, n.198 bis, XIII s. ; Guillouard, Louage, I, n. 26 s. ; Laurent, XXV, n. 9 s. ; Mourlon, Rev. prat., 1870, XXIX, p. 193 s. ; Méplain, Tr. du bail à portion de fruits ou colonage partiaire, p. 83 ; Lefort, Hist. des contr. de loc. perpét. ou à longue durée, p. 327 s. — Req., 14 nov. 1832, S., 33. 1. 32. — Caen, 24 janv. 1848, D., 49. 2. 254, S., 49. 2. 533. — Bourges, 27 fév. 1852, D., 53. 2. 31, S., 52. 2. 638. — Grenoble, 21 janv. 1860, D., 60. 2. 190, S., 61. 2. 126 et sur pourvoi Req., 6 mars 1861, D., 61. 1. 418, S., 61. 1. 713. — Civ. cass., 21 fév. 1865, D., 65.1. 133, S., 65. 1. 113. — Lyon, 1^{er} juill. 1881, D., 82. 2. 231, S., 83. 2. 212. — V. cep. en sens contraire, Troplong, Louage, II, n. 491 à 496 ; de Fréminville, Minorité, I, n. 528 ; Bélime, Posses., n. 309 ; Jozon, Rev. prat., 1865, XX, p. 358 ; Rozy, Rev. prat., 1865, XX, p. 488. — Paris, 24 juin 1858, D., 59. 2. 217, S., 59. 2. 146. — Paris, 29 mars 1860, D., 60. 2. 185, S., 60. 2. 122. — Paris, 8 juill. 1861, D., 61. 2. 198, S., 62. 2. 274. — Paris, 12 mars 1863, J. G. Suppl., v^o Louage, n. 130, S., 63. 2. 221.

51 Demolombe, Distinct, des biens, I, n. 107 ; Laurent, V, n. 411 ; Aubry et Rau II, p. 6, § 164. — Req., 10 avril 1867, D., 67. 1. 397, S., 67. 1. 277.

52 Duvergier sur Toullier, III, n. 11, note c ; Marcadé, II, sur l'art. 519, n. 2 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n.

16 ; Demante, Cours anal., II, n. 341 bis, II ; Demolombe, Distinct, des biens, I, n. 104 ; Vaugeois, Distinct. des biens, n. 167 ; Aubry et Rau, II, p. 6, § 164 ; Laurent, V, n. 412. — Civ. cass., 2 fév. 1842, J. G., v° Biens, n. 22, S., 42. 1. 101. — Civ. cass., 26 juillet 1843, J. G., cod. v°, n. 22, S., 43. 1. 805. — Civ. cass., 3 juillet 1844, J. G., cod. v°. n. 22., S., 44. 1. 682. — Douai, 10, 19 juillet 1844, S., 44. 2. 551 et 554. — Civ. cass., 1^{er} juillet 1845, D., 45.1. 317, S., 45. 1. 491. — Rouen, 20 août 1859, S., 59. 2. 647. — Civ. rej., 7 avril 1862, D., 62. 1. 281, S., 62. 1. 459. — Paris, 30 mai 1864, D., 66. 2. 174, S., 64. 2. 266. — Paris, 27 août 1864, S., ibid. — Orléans, 19 avril 1866, D., 66. 2. 94. — Lyon, 14 août 1868, D., 71. 3. 33, note, S., 69. 2. 115. — Bordeaux, 22 décembre 1868, D., 71. 2. 190, S., 69. 2. 268. — Lyon, 18 mars 1871, D., 71. 2.191, S. : 71. 2. 81 et sur pourvoi Req., 13 février 1872, D., 72. 1. 256, S., 72. 1. 104. — V. cep. en sens contraire Grenoble, 2 février 1827, S., 27. 2. 107.

53 Delvincourt, III, p. 185 ; Grenier, I, n. 143 ; Foelix et Henrion, Des renies foncières, n. 1, lettre b, p. 24 s. ; Valette, n. 128 ; Rodière et Pont, Du cont. de mar., I, n. 338 ; Demolombe, I, Distinct, des biens, n. 489 à 491 et 529 ; Pont, I, n. 388 ; Aubry et Rau, II, p. 452 s., § 224 bis ; Guillouard, Louage, I, n. 10.

54 Merlin, Quest., v° Emphytéose, sect. V, § 8 ; Favard, Rép., v° Hyp., sect. I, n. 2 ; Proudhon, Du domaine privé, II, n. 710 ; Persil, I, sur l'art. 2118, n. 15 : — Civ. cass., 26 juin 1822, J. G., v° Action possessoire, n. 534, S., 22. 1. 362. — Civ. cass. et Civ. rej., 1^{er} avril 1840, J. G., v° Enregist., n. 3032 et 3033, S., 40. 1. 433 et 436. — Civ. cass., 24 juillet 1843, J. G., cod. v°, n. 3034, S., 43. 1. 830. — Civ. cass., 18 mai 1847, D., 47. 1. 176, S., 47. 1. 623. — Civ. rej., 17 nov. 1852, D., 52. 1. 262, S., 52. 1. 747. — Civ. cass., 23 fév. 1853, D., 53. 1. 53, S., 53. 1. 206. — Civ. cass., 26 avril 1853, D., 53. 1. 145, S., 53. 1. 445. — Grenoble, 4 janv.

1860, D., 60. 2. 190, S., 61. 2. 126 et sur pourvoi Req., 6 mars 1861, D., 61. 1. 418, S., 61. 1. 713. — Civ. rej., 26 janv. 1864, D., 64. 1. 83, S., 64. 1. 91.

55 Troplong, II, n.405, Louage, I, n. 50 ; Duvergier, Louage, I, n. 142, 155 s. ; Duranton, IV, n. 80, XIX, n. 268 ; Pépin le Halleur, De l'emphytéose, p. 339 s. ; Marcadé, II, sur l'art. 526, n. 3 ; Battur, II, n. 46 ; Demante, Cours anal., II, n. 378 bis, IV s. ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, n. 70 ; Lefort, Hisl. des loc. perpét. ou à longue durée, p. 346 s. ; Thézard, n. 40. — Cons. Garsonnet, Hist. des local. perpét., p. 549.

56 Fenet, XV, p. 360 ; Locré, XVI, p. 253.

57 V. en ce sens Aubry et Rau, III, p. 125, § 259, note 1 ; Colmet de Santerre, IX, n. 78 bis, VII.

58 V. en ce sens, outre les autorités citées notes 2 de la p. 36 et 1 de la p. 37, Bourbeau, De la justice de paix, n. 124. — Paris, 10 mai 1831, J. G., v° Louage emphyl., n. 9, S., 31. 2. 153, et sur pourvoi Req., 19 juillet 1832, J. G., loc. cit., S., 32. 1. 531. — Douai, 15 déc. 1832, J. G., v° Priv. et hyp., n. 820, S., 33. 2. 65. — Civ. rej., 26 janv. 1864, D., 64. 1. 83, S., 64. 1. 91.

59 Merlin, Quest., v° Biens nationaux, § 1 ; Troplong, Louage, I, n. 30 ; Demolombe, Distinct. des biens, I, n. 483 quater ; Aubry et Rau, II, p. 438, § 223-2°. — Besançon, 12 déc. 1864, D., 65. 2.1, S., 65. 2. 197 et sur pourvoi Req., 5 nov. 1866, D., 67. 1. 32, S., 66. 1. 441. — Req., 27 avril 1891, D., 92. 1. 219, S., 91. 2. 369. — V. cep. Laurent, V, n. 458, qui considère ce droit comme un immeuble par l'objet auquel il s'applique.

60 Proudhon, Usufr, VIII, n. 3727 ; Troplong, II, n. 404 et 405 ; Pont, I, n. 391 ; Massé et Vergé sur Zacharie, V, p. 127, § 788, note 5 ; Aubry et Rau, III, p. 125, § 259 ; Lefort, Hist. des cont. de local, perpét. ou à longue durée, p. 334.

61 Proudhon, Pont, Massé et Vergé, locc. citt.

62 Cons., Garsonnet, Hist. des local, perpét., p. 394 s.

63 Troplong, I, n. 61 ; Pont, I, n. 392 ; Guillouard, Louage, II, n. 664 ; de Villeneuve, Du domaine congéable, n^{os} 204 et 257 ; Le Cerf, Etude sur le domaine congéable, p. 43 et 162.

64 Garsonnet, Hist. des local, perpét., p. 425.

65 Civ. Cass., 28 juin 1854, D., 54. 1. 220, S., 54. 1. 465.

66 Civ. cass., 27 janvier 1868 (2 arrêts) et 10 mars 1868 (2 arrêts), D., 68. 1.200 à 205, S., 68. 1. 105.

67 Garsonnet, Hist. des locat. perpét., p. 393.

68 Avis du Conseil d'Etat du 4 thermidor an VIII, J. G., v^o Louage à complant et à champart, n. 4. — Civ. rej., 7 août 1837, J. G., cod. v^o, n. 4, S., 37. 1. 864. — Il confère cependant un droit réel. Civ. cass., 9 mars 1870, D., 70. 1. 279, S., 70. 1. 196.

69 Valin, sur l'art. 6 de la Coût, de La Rochelle ; Merlin, Rép., v^o Vignes, § 2 ; Garsonnet, op. cit., p. 423. — Poitiers, 18 août 1806, et sur pourvoi Civ. rej., 10 octobre 1808, J. G., v^o Propriété féodale, n. 227, S., 9. 1. 119.

70 Avis du Conseil d'Etat des 21 ventôse-23 messidor an XI, J. G. (24 messidor an X), v^o Propriété féodale, n. 227, S., 3. 2. 152.

71 Merlin, Rép., v^o Vignes, § 2 ; Troplong, Louage, I, n. 59 ; Bourbeau, Justice de paix, n. 124. — Civ. rej., 16 ou 26 janvier 1826, J. G., v^o Action possessoire, n. 538, S., 27. 1. 228. — Civ. rej., 20 juillet 1828, J. G., cod. v^o, n. 503, S., 28. 1. 317. — Civ. cass., 9 août 1831, J. G., cod. v^o, n. 538, S., 31. 1. 387. — Civ. cass., 11 février 1833, cité J. G., cod. loc., S., 33. 1. 183.

72 Duvergier, Louage, I, n. 189 ; Hérold, Rev. prat., 1857, III, p. 364. — Poitiers, 19 février 1894, Gaz. des Trib., 18 mars 1894. — Cpr. jug. du tribunal de Fontenay-le-Comte, 20 décembre 1867, joint à Cass., 9 mars 1870, D., 70. 1. 279, S., 70. 1. 196. On y lit cette affirmation étrange : « 3° en ce qu'en fait, sinon

» en droit, le complant est aux mains du complanteur susceptible d'être hypothéqué..... ».

73 Civ. rej., 11 août 1840, J. G., v° Louage à colon. perpét., n. 4, S., 40. 1. 673.

74 Duvergier, Louage, I, n. 200 ; Troplong, Louage, I, n. 56 ; Championnière et Rigaud, Dr. d'enreg., IV, n. 3062. — Req., 14 germinal an IX, J. G., v° Louage à colon. perpét., n. 4. — Limoges, 9 fév. 1839, S., 40. 1. 673, ad notam. — Civ. rej., 11 août 1840 cité à la note précédente. — Civ. rej., 30 mars 1842, J. G., cod. loc., S., 42. 1. 617. — Bastia, 26 nov. 1861, S., 62. 2. 173. — Req., 23 déc. 1862, D., 63. 1. 173, S., 63. 1. 96.

75 Boutaric, Instit., liv. III, tit. XXV, § 3, et Tr. des dr. seigneur., chap. XIV ; Fonmaur, Tr. des lods et ventes, n. 536 ; arrêt du Parlement de Toulouse du 14 août 1705.

76 Julien, Statuts de Provence, I, p. 269.

77 Merlin, Quest., v° Locatairie perpét., § 1 ; Duvergier, Louage, I, n. 195 ; Demolombe, Distinct, des biens, I, n. 505 ; Aubry et Rau, II, p. 449, § 224. — Civ. cass., 7 ventôse an XII, S., 4. 1. 236. — Civ. cass., 30 mars 1808, J. G., v° Enreg., n. 3148. — Civ. cass., 5 oct. 1808, J. G., cod v° n. 3057, S., 9.1. 115 et 118. — Civ. cass., 29 juin 1813, J. G., v° Propriété féodale, n. 207, S., 13. 1. 382. — Nîmes, 25 mai 1852, D., 55. 2. 262, S., 52. 2. 539. — Agen, 11 juillet 1859, S., 60. 2. 316. — Agen 24 mai 1876, D., 79. 5. 265.

78 Liège, 17 déc. 1842, J. G., v° Louage héréditaire, n. 3.

79 Metz, 22 juill. 1856, D., 57. 2. 207.

80 Cass. ch. réun. rej., 23 nov. 1837, J. G., v° Enreg., n. 3058, S., 37. 1. 954. — V. dans le même sens Aubry et Rau, II, p. 451, § 224, texte et note 15 ; Lefort, Hist. des local. perpét. ou à longue durée, p. 330.

81 Cet avis est rapporté dans Merlin, Rép., v° Emphytéose, § 5, n. 4.

82 Req., 16 juin 1852, D., 52. 1. 285, S., 52. 1. 547. — V. dans le même sens Guillouard, Louage, I, n. 39.

83 V. supra, II, n. 933.

84 V. Garsonnet, Hist. des locat. perpét., p. 419 ; Lefort, Hist. des local. perpét. ou à longue durée, p. 258 s.

85 V. supra, II, n. 910. — Cpr. Laurent, VI, n. 29 à 31.

86 Cotellet, Cours de dr. adminis., II, n. 19 s., II, n. 4 et 5, IV, n. 57 ; Delalleau, Rev. de légis. et de jurispr., 1837, V, p. 140 ; Dumay, Etudes sur les concessions de chemins de fer, p. 187 s. ; Lamé-Fleury, Code des chemins de fer, 3^{me} édit., p. 103, note 3.

87 Laurent, VI, n. 35.

88 Dufour, Dr. administ., III, n. 215 ; Aucoc, Conférences sur l'administ., III, n. 1312 ; Vigouroux, Légis. et jurispr. des chemins de fer et des tramways, n. 56. — Trib. civ. Seine, 27 juillet 1850, D., 51. 5. 78, S., 50. 2. 599. — Civ. cass., 15 mai 1861, D., 61. 1. 225, S., 61. 1. 888. — Req., 5 nov. 1867, D., 68 : 1. 117, S., 67. 1. 417. — Cour d'appel de Bruxelles, 10 juillet 1882, S., 83. 4. 33. — Civ. cass., 20 juillet 1886, D., 87. 1. 302, S., 87. 1. 332. — Paris, 2 fév. 1888, D., 89. 2. 163, et sur pourvoi Civ. rej., 3 mars 1890, D., 91. 1. 415, S., 91. 1. 65. — V. aussi Douai, 9 mars 1857, D., 57. 2. 145, S., 57. 2. 577.

89 Aucoc, De l'hyp. sur les chemins de fer, Rev. crit., 1876, nouvelle série, V, p. 81 s.

90 Tarrible, Rép. de Merlin, v° Hyp., sect. II, § 3, art. 3, n. 5 ; Grenier, II, n. 152, 153 ; Delvincourt, III, p. 292 ; Persil, I, sur l'art. 2118, n. 9, et Quest., II, p. 279 ; Battur, II, n. 234 ; Berriat-Saint-Prix, Code de proc., II, p. 633 ; Valette, p. 204 ; Troplong, II, n. 406 ; Duverreier, Vente, II, n. 18 ; Carré et Chauveau, Lois de la proc., quest. 2198, § 3 ; Pont, I, n. 395 ; Aubry et Rau, III, p. 126, § 259 ; Martou, II, n. 741 ; Laurent, XXX, n. 219 ; Thézard, n. 41 ; Colmet de Santerre, IX, n. 78 bis, IV. — Req., 14 avril 1847, D., 47. 1. 217, S., 47. 1. 341. — V. cep. en sens contraire Pigeau, Proc. civ., p. 207 ; Duranton, XVI, n. 409 et XXI, n. 7. — Cpr. Duranton, IV, n. 17.

91 L. 4, C., Quæ res pignori oblig. poss. (VIII, 17). — Jourdan, L'hyp., p. 280.

92 L. 1, C., Si pignus pignori dolum sit (VIII, 23).

93 L. 40, § 2, D., De pigneramt. act., (XIII, 7).

94 L. 13, § 2, D., De pignor. et hypoth. (XX, 1).

95 V. en faveur de l'affirmative Jourdan, L'hypothèque, p. 296 s. — V. en faveur de la négative, Valette, p. 208.

96 Pothier, Cout. d'Orléans, Introd. au titre des criées, tit. XXI, § 17, édit. Bugnet, n. 142, p. 715.

97 Persil, I, sur l'art. 2118, n. 16 ; Grenier, I, n. 157 ; Duranton, XIX, n. 272 ; Troplong, II, n. 407 ; Valette, p. 206 s. ; Pont, I, n. 394 ; Aubry et Rau, III, p. 126, § 259 ; Laurent, XXX, n. 218 ; Colmet de Santerre, IX, n. 78 bis, VIII ; Thézard, n. 41.

98 V. supra, II, n. 905 s.

99 V. supra, II, n. 906.

100 Cpr. Troplong, II, n. 414.

101 Duranton, XIX, n. 280 ; Delvincourt, III, p. 293 ; Demante, Cours anal., IX, n 79.

102 Loyseau, Des offices, liv. III, ch. V, n. 23 s.

103 V. supra, I, n 695 s.

104 V. supra, 1, n. 73.

105 Mallet, L'hyp. marit. au point de vue th. et prat., p. 41 ; Laurin, Dr. marit., n. 1262 bis ; Lyon-Caen et Renault, Précis de dr. comm., II, n. 2409 ; de Valroger, Dr. marit, III, n. 1178 ; Desjardins, Tr. de dr. comm. triant., V, n. 1210 ; Bédarride, Hyp. marit., n. 92 ; T. Morel, Comm. de la loi du 10 décembre 1874, n. 45 s. ; Boistel, Pr. de dr. comm., p. 897 ; Pont, I, n. 403, F.

106 En ce sens les auteurs cités note précédente. — V. cep. en sens contraire-Bédarride, loc. cit.

107 V. supra, I, n. 300.

108 Merlin, Rép., v° Hyp., sect. III, § 3, n. 5 ; Duranton, XIX, n. 288 ; Troplong, II, n. 432 ter, et Don. et test., III, n. 1928 ; Murlon, Ex, crit., n. 306 ; Demolombe, Succ., V, n. 217 ; Don. et test., IV, n. 6-73 ; Cabantous, Rev. de législ. et de jurisp., IV, 1836, p. 39 ; Bonnier, ibid., XIV, 1841, p. 485 ; Pont, I, n. 424 ; Thézard, n. 124 ; Colmet de Santerre, IV, n. 162 bis, III. — Cpr. Laurent, XIV, n. 174. — V. en sens contraire Toullier, V, n. 567 à 569 ; Aubry et Rau, III, p. 205, § 264 et VII, p. 493, § 722, note 24 ; Grenier, II, n. 421 s. ; G. Demante, Rev. crit., 1854, V, p. 179.

109 Toulouse, 23 déc. 1870, D., 72. 5. 271, S., 72. 2. 41. — Rennes, 21 mai 1875, sous Civ. cass., 22 janv. 1879, D., 79. 1. 121, S., 79. 1. 252. — Bordeaux, 5 mai 1887, D., 89. 2. 7, S., 90. 2. 124.

110 Locré, Esprit du C. de co. sur l'art. 500 ; Pardessus, Dr. comm., V, n. 1168 ; Troplong, III, n. 655 bis ; Grenier, I, n. 127.

111 Bourges, 20 août 1832, J. G., v° Faillite, n. 494, S., 33. 2. 641. — Nîmes, 27 janv. 1840, J. G., cod. loc., S., 40. 2. 368. — Req., 22 juin 1841, J. G., cod. loc., S., 41. 1. 542. — Caen, 29 fév. 1844, J. G., v° Surenchère, n. 216, S., 44. 2. 299. — Paris, 22 juin 1850, D., 52. 2. 213, S., 51. 2. 542.

112 Renouard, Faillite, I, p. 497 ; Esnault, Faillite, II, n. 350 ; Lainé, Faillite, p. 163 ; Alauzet, C. de comm., VII, n. 2603 ; Girault, Rev. prat., 1867, XXIV, p. 80 s. ; Lyon-Caen et Renault, Précis de dr. comm., II, n. 2075 ; Aubry et Rau, III, p. 203, § 264, texte et note 15 ; Boistel, Manuel de dr. comm., n. 914 ; Laurin, Manuel de dr. comm., n. 992 ; Flandin, Transcr., II, n. 857. — Req., 29 déc. 1858, p., 59. 1. 102, S., 59. 1. 209. — Paris, 24 avril 1861, S., 61. 2. 440. — Besançon, 16 avril 1862, D., 62. 2. 85, S., 62. 2. 283. — Dijon, 5 août 1862, D., 62. 2. 149, S., 62. 2. 544. — Paris, 27 mai 1865, D., 65. 2. 174, S., 65. 2. 227. — Req., 5 août 1869 (motifs), D., 70. 1. 161, S., 69. 1. 393. — Cpr. Bédarride, Faillites, I, n. 416 et 599 ; Bravard et Demangeat, Tr. de dr. comm., V, p. 314 s., p. 447 s. — V. en Sens contraire Pardessus, Dr. comm., V, n. 1168 et 1248 ; Pont, II, n. 904. — Paris, 22 juin 1850, D., 52. 2. 213, S., 51. 2. 542.

113 Bravard et Demangeat, op. cit., V, p. 314 ; Lyon-Caen et Renault, op. cit., II, n. 2707 ; Aubry et Rau, III, p. 204, § 264, texte et note 12. — Caen, 10 juill. 1886, Journ. des Faillites, 1886, p. 430. — V. en sens contraire Alauzel, C. de comm., VI, n. 2603 ; de Vareilles-Sommières, L'hyp. judic., p. 81. — Dijon, 5 août 1862, 3., 62. 2. 149, S., 62. 2. 544. — Paris, 27 mai 1865, D., 65. 2. 174, S., 65. 2. 227. — Cpr. Valette, De l'hyp. judiciaire, Rev. de dr. fr. et étr., 1849, VI, p. 979, lote 2. — Cet auteur décide que cette hypothèque

est une véritable hypothèque judiciaire, parce qu'elle est la conséquence d'un jugement ; mais il s'empresse l'ajouter que ce n'est pas l'hypothèque judiciaire du code civil ; celle-ci suppose un jugement de condamnation ; le jugement déclaratif n'est pas un jugement de condamnation. Cette hypothèque judiciaire est donc une hypothèque judiciaire sui generis. Cpr. Rouen, 27 avril 1887, Journ. des faill., 1887, p. 473. Que cette hypothèque soit judiciaire ou légale, son efficacité est subordonnée à la nécessité d'une inscription prise et renouvelée en temps utile. V. de Loynes, Note, dans D., 95. 2.41.

114 Aubry et Rau, III, p. 250, § 264 quater, texte et note 10. — V. en sens contraire Valette, Rev. de dr. fr. et étr., 1847, IV, p. 841.

115 V. supra, I, n. 651 s.

116 L. 74, D., De jure dotium (XXIII, 3).

117 L. un., C., De rei uxoriæ actione (V, 13).

118 L. 12, C., Qui potiores in pignore (VIII, 18).

119 Cette hypothèque n'existe ni en Autriche, ni en Allemagne, ni en Russie, ni en Angleterre, pour des motifs que nous ne pouvons exposer ici.

120 Req., 20 mai 1878, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 450, S., 79. 1. 49.

121 V. Trib. civ. Nice, 1^{er} décembre 1873, sous Cass., S., 75. 1. 347.

122 Murlon, Rev. de dr. fr. et étr., 1844, I, p. 835 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I, n. 290 ; Demolombe, Mariage, I, n. 229 ; Troplong, II, n. 513 bis ; Aubry et Rau, V, p. 127, § 468, texte et note 30 ; Laurent, III, n. 3G ; Thézard, n. 88. — Civ. rej., 23 novembre 1840, J. G., v° Priv. et hyp., n. 865, S., 40. 1. 929. — V. en sens contraire,

Duranton, II, n. 240 ; Marcadé, I, sur l'art. 171. — Req., 6 janvier 1824, J. G., cod. v°, n. 865. — Montpellier, 3 juin 1830, J. G., cod. v°, n. 836, S., 31. 2. 151.

123 Liège, 16 mai 1823, J. G., v° Priv. el hyp., n. 8G8, Dev. et Car., Coll. nouv., VII. 2. 212. — Bordeaux, 17 mars 1834, J. G., cod. loc. — Douai, 24 juin 1844, J. G., cod. loc., S., 44. 2. 239. — Bordeaux, 14 juillet 1845, D., 46. 2. 163, S., 46. 2. 394. — Metz, 6 juillet 1853, D., 54. 2. 106, S., 53. 2. 547. — Civ. cass., 20 mai 1862, D., 62. 1. 201, S., 62. 1. 673 et sur renvoi Grenoble, 23 avril 1863, D., 63. 2. 186, S., 63. 2. 124. — Alger, 20 déc. 1886, Journ Clunet ; 1889, p. 269. — Paris, 13 août 1889, D., 90. 2. 161. — Grenier, I, n. 246 et 247 ; Duranton, XIX, n. 202 ; Battur, II, n. 351 ; Gaudry, Rev. de législ. et. de juri p., 1835, II, p. 300 ; Foelix, Rev. étr. et fr., 1842, IX, p 25, et Tr. de dr. internat, privé, I, p. 636 ; Soloman, Cond. des étrangers, p. 61 s. ; Potel, De l'hyp. légale, p. 132 s. ; Demolombe, Dr. civils, n. 88 ; Massé, Dr. comm., II, n. 227 ; Aubry et Rau, I, p. 304, § 78, note 62 ; Laurent, Dr. civ. internat., III, n. 328 ; Colmet de Santerre, IX, n. 81 bis, II ; Thézard, n. 88, — V. cep. en sens contraire Merlin, Rép., v° Remploi, § 2, n. 9 ; Troplong, II, n. 513 ter ; Rodière et Pont, Cont. de mariage, I, n. 174 ; Pont, I, n. 433. — V. aussi de Rolland, Journ. Clunet, 1890, p. 66. — Grenoble, 10 juillet 1849, D., 51. 2. 11, S., 50. 2. 261. — Alger, 21 mars 1860, cassé par l'arrêt dit 20 mai 1862, supra cit.

124 Civ. rej., 4 mars 1884, D., 84. 1. 205, S., 84. 1. 273.

125 Aix, 8 nov. 1875 (motifs), D., 77. 2.225, S., 76. 2.134. — V. ce sens Tessier, De la dot, II, note 1092.

126 V. en ce sens Civ. rej., 4 mars 1884, D., 84. 1. 205, S., 84. 1. 273 — Valette, n. 139, p. 278, note 2 ; Aubry et Hau, I, p. 306, § 78 texte et note 64. — Cpr. Civ. cass., 5 février 1872, D., 73. 1. 76, S., 72. 1.190.

127 Valette, n. 139, p. 276 ; Demangeat, Coud. civ. des étr., n. 82 ; Demangeat sur Fœlix, Dr. internat, priv., p. 153, note ; Cubain, Dr. des femmes, n. 679 ; Laurent, I, n. 116, XXX, n. 253 ; Bard, Tr. de dr. internat, privé, n. 162 ; Colmet de Santerre, IX, n. 81 bis, II. — V. en sens contraire Merlin, Rép., v° Remploi, § 2, n. 9 ; Troplong, II, n. 429 et 513 ter ; Rodière et Pont, Contr. de mariage, I, n. 193 ; Pont, I, n. 333. — Grenoble, 19 juill. 1849, D., 51. 2. 10, S., 50. 2. 261. — Comp. Demolombe, Dr. civils, n. 88. — Dans notre ancien droit on considérait que l'hypothèque légale appartenait au statut réel, tel qu'on le comprenait à cette époque. La femme étrangère avait ou n'avait pas d'hypothèque suivant que la loi de la situation des biens admettait ou n'admettait pas cette institution. Sa loi personnelle n'était pas prise en considération. V. Pothier, Introd. au titre XX de la Cout. d'Orléans, ch. I, n. 9 ; Brodeau, sur les art. 107 et 164, n. 9 de la Cout. de Paris ; et sur Louet, lettre H, § 5 ; Malicostes, Cout. du Maine, sur l'art. 186 ; Arrêtés de Lamoignon, Tit. des hyp., art. 25 ; Montholon, § 136 ; Rousseau de Lacombe, v° Hyp., sect. II, n. 5 ; Roussilhe, De la dot, I, p. 316 ; Arrêt du grand conseil du 18 mars 1748, rapporté par Merlin, Rép., v° Hyp., sect. I, § 5, n. 12.

128 Aubry et Rau, I, p. 37, § 31, note 19 et p. 306, § 78, note 63.

129 Fœlix, Tr. de dr. internat, privé, I, n. 67, et Rev. étr. et fr., IX, 1842, p. 25 s. ; Laurent, XXX, n. 253 ; Fiore, Dr. internat, privé, trad. Fédéré, n. 231, 2^e édit. trad. Antoine, II, n. 894 ; Bard, Précis de dr. internat, privé, n. 162 ; Durand, Essai de dr. internat, privé,, n. 210 ; Despagnet, Précis de dr. internat. privé, 2^e édit., n. 640.

130 V. notamment Fœlix, loc. cit.

131 Metz, 6 juill. 1853, D., 54. 2. 106. — Civ. rej., 4 mars 1884, D., 84.1. 205, S., 84. 1. 273. — V. en ce sens Grenier, I, n. 246 et 247 ; Battur, II, n. 351 ; Duranton, XIX, n. 292 ; Massé, Dr. comm., II, n. 827 ; Foelix, Rev. étr. et fr., 1842, IX, p. 25 ; Soloman, Cond. des étr., p. 61 à 65 ; Demolombe, Dr. civils, n. 88 ; Aubry et Rau, I, p. 304, § 78 texte et note 62 ; Mérygnac, Tr. des cont. relatifs à l'hyp. légale de la femme mariée, n. 8.

132 Grenoble, 19 juill. 1849, D., 51. 2.10, S., 50. 2. 261. — Grenoble, 29 mars 1855, D., 56. 2. 125, S., 56. 2. 484. — Civ. cass., 5 fév. 1872, D., 73. 1. 76, S., 72.1.190, — Civ. rej., 5 nov. 1878, D., 78. 1. 476, S., 79. 1. 126. — V. Le Bourdellès, Journ Clunet, 1882, p. 393, n. 7..

133 Paris, 19 août 1851, D., 54. 2. 13. — Trib. civ. Seine, 9 juill. 1878, Journ. Clunet, 1879, p. 392.

134 Paris, 13 août 1889, D., 90. 2. 161. — Cette question n'a pas été soulevée lors du pourvoi devant la cour de cassation Civ. rej., 23 mai 1892, D., 92. 1. 473, S., 92.1. 521. — Même en admettant cette théorie de l'équivalence, il est douteux qu'on rencontre ici la réciprocité diplomatique indispensable, en vertu de l'art. 11, pour justifier cette solution. — V. Journ Clunet, 1889, p. 825, note 2.

135 Bordeaux, 14 juillet 1845, D., 46. 2. 163, S., 46. 2. 394. — Alger, 21 mars 1860, D., 62. 1. 201.

136 Beudant, Note dans D., G9. 1. 5.

137 Renouard, Faillites, I, n. 352 ; Pardessus, Dr. comm., III, n. 1135 ; Bravard et Demangeat, Tr. de dr. comm., V, p. 233 et 242 à la note ; Namur, Cod. de com. belge révisé, II, n. 1655 ; Massé, Dr. comm., II, p. 383 ; Lyon-Caen et Renault, Précis de dr. comm., II, n. 2766 ; Aubry et Rau, III, p. 223, § 264 ter ; Pont, II n. 886 ; Beudant, Note dans D., 69. 1.5. — Req., 7 novembre 1848, D., 48. 1. 241, S., 49. 1

121. — Colmar, 20 novembre 1855, S., 56. 2. 580. — Douai, 29 janv. 1857, D., 57. 2. 113, S., 57. 2. 401. — Civ. rej., 25 juil. 1860, D., 60. 1. 330, S., 61. 1. 93. — Civ. cass., 24 décembre 1860, D., 61.1.71, S., 61.1.538. — Dijon, 6 fév. 1868 et sur pourvoi, Req., 9 décembre 1868, D., 69. 1. 5, S., 69. 1. 117. — Bourges, 1^{er} avril 1870, D., 72. 2. 30, S., 71. 2. 72. — Bordeaux, 12 mai 1873, S., 73. 2. 220. — Lyon, 6 janvier 1876, S., 76. 2. 207. — Nancy, 19 mars 1879, D., 80. 2. 10, S., 79. 2. 113. — Poitiers, 5 mai 1879, D., 79. 2. 165, S., 79. 2. 254. — Poitiers, 20 avril 1885, D., 86. 2. 6, S. (sous cassation), 87.1. 173. — Cpr. cep. Coin-Delisle, Rev. crit., 1853, III, p. 221 ; Bédarride, Faillites, I, n. 124 ter.

138 V. infra, II, n. 990.

139 Troplong, II, n. 418 ; Aubry et Rau, III, p. 217, § 264 1^{er}, texte et note 7 ; Thézard, n. 90 ; Colmet de Santerre, IX, n. 81 bis, I ; André, n. 632. — Civ. cass., 25 fév. 1891, D., 91. 1. 201, S., 91. 1. 157.

140 Aubry et Rau, III, p. 217, § 264 1^{er}, 2^o.

141 Thézard, n. 90.

142 Colmet de Santerre, IX, n. 81 bis, I.

143 Laurent, XXX, n. 333.

144 Martou, III, n. 891 ; Colmet de Santerre, IX, n. 105 bis, XVI ; Laurent, XXX, n. 346 ; de Loynes, Note dans D., 94. 2. 25. — Nancy, 3 juin 1882, J. G. Suppl., v^o Priv. et hyp., n. 471, S., 82. 2. 248. — Cass. belg., 2 juill. 1891, S., 91. 4. 30. — Dijon, 16 juin 1893, D., 94. 2. 25. — V. en sens contraire, Troplong, II, n. 418 bis ; Aubry et Rau, III, p. 217, § 264 ter, note 6 ; Thézard, n. 90 ; André, n. 632-80. — Grenoble, 6 fév. 1868, J. G. Suppl., cod. v^o, n. 471. — Lyon, 16 juill. 1881, D., 82. 2.175, S., 82. 2. 237. — Caen, 21 août 1883, J. G. Suppl., cod. loc., S., 84. 2. 30.

145 Troplong, loc. cit.

146 Cpr. à ce sujet : Troplong, II, n. 418 1^{er} ; Pont, I, n. 439 ; Aubry et Rau, III, p. 218, § 264 1^{er}, texte et note 10 ; Thézard, n. 96 ; Laurent, XXX, n. 363 ; Colmet de Santerre, IX, n. 105 bis, XVI ; André, n. 632. — Paris, 28 juillet 1853, D., 55. 2. 64, S., 54. 2. 203.

147 Bordeaux, 22 mars 1889, D., 89. 2. 280, S., 90. 2. 52.

148 Pont, I, n. 435 ; Aubry et Rau, III, p. 218 et 219, § 264 ter ; Laurent, XXX, n. 335 s. : Thézard, n. 91. — Rennes, 25 juillet 1891, D., 91. 2. 403.

149 Pont, I, n. 443 ; Aubry et Rau, III, p. 236, § 264 ter ; Renouard, Faillite, II, p. 340 ; Esnault, Faillite, III, n. 589 ; Lyon-Caen et Renault, Précis de dr. comm., II, n. 3056. — Req., 5 juillet 1837, J. G., v^o Commerçant, n. 89, S., 37. 1. 923. — Nîmes, 10 juillet 1851, D., 52. 2. 216, S., 51. 2. 634. — Besançon, 13 fév. 1856, D., 56. 2. 118, S., 56. 2. 367. — Req. (sol. impl.), 24 janv. 1872, D., 72. 1. 93, S., 72. 1. 231.

150 Angers, 23 déc. 1868, D., 69. 2. 33, S., 69. 2. 194. — Poitiers, 21 juin 1881, D., 82. 2. 224. — V. en ce sens Alauzet, C. de comm., IV, n. 1877 ; Lyon-Caen et Renault, Précis de dr. comm., II, n. 3054. — V. en sens contraire Esnault, Faillite, III, n. 586 bis ; Gadrat, Faillite, p. 393 s.

151 Req., 21 nov. 1887, D., 88. 1. 204, S., 90. 1. 471.

152 Req., 13 août 1868, D., 70. 1. 126, S., 69. 1. 348.

153 Civ. cass., 22 nov. 1886, D., 87. 1. 113, S., 89. 1. 465.

154 Persil, I, sur l'art. 2135, n.7 ; Pont, I, n. 435 in fine ; Aubry et Rau, III, p. 221, § 264 ter.

155 Montpellier, 9 août 1886, S., 87. 2. 76. — V. en sens contraire Toulouse, 30 juill. 1888, D., 89. 2. 25.

156 Grenoble, 8 fév. 1879, D., 80. 2. 149, S., 80. 2. 69.

157 Req., 16 mai 1855, D., 55. 1.245, S., 55, 1.490. — Civ.cass., 12 mai 1875, D., 75. 1. 347, S., 76. 1. 77.

158 Cpr. Dijon, 11 fév. 1887, D., 88. 2. 42.

159 Duranton, XX, n. 27 ; Troplong, II, n. 585 ; Aubry et Ran, III, p. 221, § 264 ter, texte et note 23 ; Laurent, XXX., n. 343. s. ; Thézard, n. 91 ; André, n. 632. — Req., 19 août 1840, J. G., v° et hyp., n. 886, Sn 40. 1. 849. — Bordeaux, 21 fév. 1851, D., 54. 2. 150. — Paris, 18 juin 1870, D., 71, 2. 156. — Paris 15 juin 1874, D., 77. 2. 208. — Paris, 7 juill. 1874, D., 76. 2. 65. — amiens, 11 déc. 1876 J. G. Suppl., cod. v°, n. 468, S., 77. 2. 216. — Grenoble, 8 fév. 1879, D., 80. 2. 149, S., 80. 2. 69. — V, en sens contraire Pont, I, n. 438. — 16 mai 1855 ; D., 55. 1. 245, S., 55. 1. 490. — Rouen, 11 juillet et 2 décembre 1856. De 57. 2. 109 S., 57. 2. 359. — Bordeaux, 15 déc. 808, D, 69. S. 9 2. 251. — cr. aris, 9 fév. 1875, D., 75. 2. 155, S., 5. 2. 2°, (4) Proudhon, Usufr., I, n. 212 ; Aubry et 7, p 22, ter, texte et e 5 ; Laurent, XXX, n. 345 ; Thézard, n. 91 ;. nd é, n. 6. -8° — Toulouse, décembre 1824, J. G., v° Priv. et hyp.,n. 2203, C. 26. — Civ rej., 29 août 1838, J. G., v° Cont. de mar., n. 4202, S, 38. 1 769. — Alge, 6 mars 1882, J. G pl., v° Priv, et hyp., n. 470, S., 84. 2. 137. — sens contraire, -Merlin, v° Deuil, § 1, n. 8 ; Toullier, XIII, n. 269 ; Bene il, n. 23 ; Trop II. n. 418 bis ; Pont, I, n. 437. J. G Suppl., v° Priv. e, hyp., n. 470, S., 58. 2. 410.

160 V. supra, I, n. 321.

161 Civ. rei.. 18 avril 1882, D., 83. I., -Caen ult, Précis de dr. comm., II, n. 3057.

162 Bordeaux, 8 mai 1867, J. G. Suppl., v° Faillites, n. 1173.

163 V. sur cette question, Lyon-Caen et Renault, op. cit., II, n. 3057 ; Demangeat sur Bravard, Tr. de dr. comm., V, p. 571 ; Ruben de Couder, Dict. de dr. comm., n. 991. — Req., 2 mars 1881, D., 81 1. 401, S., 81. 1. 145.

164 Civ. cass., 28 janv. 1879, D., 79. 1. 83, S., 79. 1. 214. — Nîmes, 28 janv. 1879, D., 80. 2. 127, S, 79. 2. 263. — Pau, 17 juin 1889, D., 90. 2. 24..

165 Laurent, XXX, n. 358. — Civ. cass., 29 août 1870, D., 70. 1. 353, S., 71. 1. 157.

166 De Loynes sur Tessier, Société d'acquêts, n. 136, note 2, p. 211. — Orléans, 24 mai 1848, D., 48. 2. 185, S., 50. 2. 145. — Paris, 30 juin 1853, D., 55. 2. 356. — Caen, 31 août 1863, D., 64. 2. 138. — Civ. rej., 24 mai 1869, D., 69. 1. 276, S., 69.1. 345 — Nancy, 20 déc. 1871, D., 72. 2. 36 et sur pourvoi Civ. rej., 26 janv. 1875, D., 75.1. 52 et 53. — Agen, 20 mars 1889, D., 90. 2. 143.

167 Coin-Delisle, Rev. crit., 1853, III, p. 221 s. ; Pont, I, n. 447. — Poitiers, 16 janv. 1860, D., 60. 2. 25, S., 60. 2. 289. — Nancy, 4 août 1860, D., 60. 2. 166, S., 61. 2. 119. — Nancy, 4 mars 1876, et sur pourvoi Req., 11 déc. 1876, D., 77. 1. 359, S., 77. 1. 406. — Nancy, 19 mars 1879, D., 80. 2. 10, S., 79. 2. 113, cassé par Civ. cass., 27 avril 1881, D., 81. 1. 295, S., 81. 1. 393.

168 Bordeaux, 29 fév. 1888, J. G. Suppl., vo Faillite, n. 380, S., 89. 2. 125.

169 Demolombe, Du mariage, II, n. 234 à 236 ; Aubry et Rau, V, p. 148 et 149, § 472, texte et notes 46 et 47 ; Laurent, II. n. 134. — Bordeaux, 29 fév. 1888, J. G. Suppl., v° Faillite, n. 380, S., 89. 2. 125.

170 Bédarride, Faillites, I, p. 212. — Cp. Mérignhac, Tr. des contrats relatifs à l'hyp. légale de la femme mariée, n. 111

171 Beudant, Note, dans D., 69. 1. 5. — V. aussi Ortlieb, Voie dans S., 79. 2.113

172 V. Lyon-Caen et Renault, Précis de dr. comm., II, n. 3092.

173 V. notamment Crim. rej., 17 nov. 1870, D., 70. 1. 377, S., 71. 1. 62. — Crim. rej., 10 fév. 1876, D., 76. 1. 406.

174 Lyon-Caen et Renault, op. cit., n. 3097.

175 Civ. cass., 27 avril 1881, D., 81. 1. 295, S., 81. 1. 393. — V. aussi Aix, 8 avril 1892, S., 92. 2. 145.

176 Demangeat sur Bravard Tr. de Dr. comm., V, p. 242. note ; Alauzet, C. de comm., VIT, n. 2510 ; Aubry et Rau, III, p. 223, § 264 let, texte et note 27 ; Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. comm., II, n. 2767.

177 La jurisprudence décide que le recours de la femme est garanti par l'hypothèque légale dans l'effet de laquelle elle peut subroger le créancier de son mari, pourvu qu'il n'y ait pas de fraude. — V. Angers, 21 janvier 1846, D., 46. 2. 33. — Req. 7 novembre 1848, D., 48.1. 241, S., 49.1. 122. — Civ. rej., 25 juillet 1300, D., 60.1. 330. — Besançon, 10 avril 1865, D., 65. 2. 82. — Req., 9 décembre 1868, D., 69. 1. 5 S., 69.1.117. — Bourges, 1^{er} avril 1870, D., 72. 2. 30, S., 71.2.72. — Bordeaux, 12 mai 1873, S., 73. 2. 220. — Lyon, 6 janvier 1876, S., 76.2. 207. — Poitiers, 5 mai 1879, D., 79. 2. 165, S., 79. 2. 254. — Civ. cass., 27 avril 1881, D., 81. 1. 295, S., St. 1. 393. — Poitiers, 20 avril 1885, D., 86. 2. 6 et sur pourvoi Req 18 avril 1887, D., 87. 1. 155, S., 87. 1. 173. — Cpr. Req., 11 décembre 1876, D., 77. 1. 359, S., 77. 1 406.

178 Cpr. Req., 16 novembre 1892, D., 93. 1. 68, S., 94. 1. 9. — V. supra, I, n. 25.

179 Cpr. Req., 9 décembre 1868, D., 69. 1. 5, S., 69. 1. 117.

180 Thézard, n. 96. — Agen, 15 nov. 1847 D., 48. 2.29, S., 48. 2. 681.

181 Merlin, Rép., v° Hyp., sect. II. § 3. art. 4. n. 2, v° Inscr. hyp., § 3, n. 9 ; Battur, II, n. 358 ; Troplong, II, n. 410 s. ;

Valette, n. 130 ; Pont, I, n. 439 ; Aubry et Hau, III, p. 218, § 204 ter, texte et note 13 ; Colmet de Santerre, IX, n. 105 bis, VIII ; Laurent, XXX, n. 349. — Civ. cass., 11 juin 1822, J. G., v° Priv. et hyp., n. 881 2°, S., 22. 1. 379. — Lyon, 16 août 1823, J. G., cod. loc., S., 24. 2. 63. — Req., 6 juin 1826, J. G., cod. loc., S., 26. 1. 461. — Civ. cass., 28 juill. 1828, J. G., cod. loc., S., 28. 1. 297. — Civ. cass., 5 déc. 1832, J. G., cod. loc., S., 33. 1. 113. — Grenoble, 30 mai 1831, J. G., cod. loc., S., 34. 2. 478. — Req, 9 août 1852. D., 53. 1 155, S., 53. 1. 197. — Cpr. cep. Planel, Note dans S., 19. 2.89. — Grenoble, 18 juill. 1814, S, 18. 2. 294.

182 Troplong, II, n. 410 ; Sériziat, Du rég. dot., n. 353 ; Aubry et Rau, III, p. 218, 204 ter, texte et note 14 : Laurent, XXX, n. 339. — Montpellier, 27 avril 1840, 47. 2. 70, S, 47. 2. 459. — Civ. cass., 4 fév. 18G8, D., 68.1. 57, S., 68. 1. 113. — Paris, 7 juill. 1874, D., 70. 2. 65. — Montpellier, 20 juin 1891 et sur pourvoi Req.. 1^{er} mai 1893, D., 94. 1. 57, S., 94. 1. 281.

183 V. à ce sujet Pont, I, n. 441 ; Eyssautier, Journ. de Grenoble et Chambéry, 1866, p. 383 à la note ; Aubry et Rau, III, p. 247, § 264 ter, texte et note 23 ; Laurent, XXXI, n. 864 s. ; Thézard, Rev. crit., 1888, nouv. sér., XVII, p. 210 s. — Grenoble, 28 déc. 1833, J. G., v° Priv. et Hyp., n. 888-1°, S., 34. 2.297 et sur pourvoi Req., 3 déc. 1834, J. G., cod. loc., S., 35. 1.51. — Paris, 15 janv. 1836, J. G., cod. loc., S., 36. 2. 158. — Civ. cass., 15 nov. 1837, J. G., cod. loc., 2°, S., 38. 1. 124. — Paris, 9 mars 1844. cité J. G., cod. loc., S., 44. 2. 497. — Douai, 4 mai 1846, D., 46. 2. 154, S., 46. 2. 470. — Grenoble, 4 janv. 1854, D., 54. 2. 137, S., 54. 2. 741. — Bourges, 6 mars 1855, D., 55. 2. 300, S., 55. 2. 343. — Req., 27 nov. 1855, D., 56. 1. 25, S., 56, 1. 534. — Paris, 7 avril 1858, D., 81. 2. 21 note, S., 58, 2. 521. — Civ. cass., 27 juin 1876, D., 77. 1. 121, S., 77. 1. 241. — Toulouse, 14 fév. 1879, D., 80. 2.12, S., 80. 2. 51. — Limoges, 25 fév. 1879,

D., 80. 2. 126, S., 80. 2. 52. — Req., 15 nov. 1886, D., 87. 1. 499. — Trib. civ. de Boulogne-sur-Mer, 13 juin 1890, D., 92. 1. 6. — Civ. cass., 9 déc. 1891, D., 92.1. 68, S., 92. 1. 59. — V. une application de ces principes dans un jugement du Trib. civ. d'Orange, du 12 juill. 1890, D., 93. 2. 276.

184 V. supra, I, n. 668, 670 s. PRIVIL. ET HYP., II.

185 V. Laurent, XXX, n. 399.

186 Thiry, Rev. crit., 1854, V, p. 414 et les auteurs cités sur la question suivante. — Metz, 31 déc. 1867, D., 68. 2.145, S., 69. 2. 5.

187 Troplong, II, n. 434 et Des sociétés, n. 860 ; Persil, Quest., I, p. 240 ; Tessier, De la dot, II, n. 137 ; Massé, Dr. comm., IV, n. 3000 ; Pont, I, n. 512. — V. notamment Req., 29 mai 1865, D., 65. 1. 380, S., 65. 1. 325. — Orléans, 26 août 869, D., 69. 2. 185, S., 70. 2. 113. — Cpr. Req., 23 fév. 1891, D., 91. 1. 337, S., 12. 1. 73.

188 Troplong, II, n. 434 bis ; Pont, I, n. 515 ; Aubry et Rau, III, p. 201, § 264.

189 V. en ce sens pour l'hypothèque légale soit de la femme, soit du mineur : de Tréminville, De la minor., II, n. 1148 ; Cubain, Tr. des dr. des femmes, n. 527 ;)emolombe, Minor., II, n. 30 s. ; Pont, 1, n. 509 ; Valette, n. 137 ; Boileux, sur art. 2122, p. 366, note ; Aubry et Rau, III, p. 201, § 264, texte et note 3 ; Massé \ et Vergé sur Zachariæ, V, p. 155, § 794, note 1. — Req., 17 juill. 1844, J. G., v° Priv. et hyp., n. 879, S., 44. 1. 611. — Lyon, 25 nov. 1850, D., 51. 2. 241, S., 51. 87. — Lyon, 3 juill. 1867 (sous cass.), D., 69. 1. 276, S., 69. 1. 345.

190 V. une application de ce principe en matière d'échange Toulouse, 13 fév. 1858, D., 58. 2. 156. — A l'inverse, l'immeuble recouvré par le mari à la suite de l'annulation de l'échange est grevé de l'hypothèque légale, quoique la

femme ait concouru à l'acte d'échange, Bordeaux, 27 janv. 1891, D., 92. 2. 464.

191 V. Baudry-Lacantinerie et Colin, Des donat. entre vifs et des testam., I, n. 1516, 1520 s.

192 Colmet de Santerre, IX, n. 81 bis, IV. — Cpr. cep. art. 27 et 28 L. 9 messidor an III.

193 Denizart, v° Echange, n. 7 ; Domat, Lois civiles, part. I, liv. III, tit. I, sect. 1, n. 12 ; Troplong, II, n. 434 bis ; Pont, I, n. 515 ; Aubry et Rau, III, p. 201, § 264. — Req., 9 nov. 1815, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1746, S., 16. 1. 151. — Riom, 6 déc. 1848, D., 49. 2. 140, S., 49. 2. 147. — Bourges, 30 juillet 1853, D., 56. 2. 205, S., 55. 2. 586. — Toulouse, 13 fév. 1858, D., 58. 2. 156. — Req., 11 fév. 1867, D., 67. 1. 465, S., 67. 1. 111. — V. en sens contraire Grenier, I, n. 106. — Cpr. Req., 18 nov. 1828, J. G., cod. v°, n. 1746.

194 Civ. cass., 28 août 1860, D., 60. 1. 354, S., 61. 1. 67.

195 Aubry et Rau, III, p. 225, § 264 ter, texte et noie 29 ; de Loynes sur Tessier, Sociétés d'acquêts, n. 8, note 37. — Rouen, 11 mars 1846, D., 46. 2. 182, S., 46. 2. 503. — Req., 16 nov. 1847, D., 48. 1. 46, S., 48. 1. 25. — Colmar, 1^{er} mars 1855, D., 57. 2. 37, S., 56. 2. 577. — Bordeaux, 28 juin 1870, D., 71. 2. 99, S., 70.2.326. V. aussi en sens divers les auteurs et arrêts cités aux notes suivantes.

196 Nous supposons que la communauté n'est pas une personne morale. Cette théorie ne subira-t-elle pas le contre-coup de la jurisprudence (Req., 23 fév. 1891, D., 91. 1. 337, S., 92. 1. 73 ; Req., 2 mars 1892, D., 93. 1. 169, S., 92. 1. 497) qui reconnaît la personnalité morale des sociétés civiles ? Considèrera-t-on la communauté comme une société ou comme une simple association ? Nous nous contentons de poser la question parce qu'elle est étrangère à notre sujet.

197 V. pour l'anc. droit : Rousseau de Lacombe, Rec. de Jurisp., v^o Hyp., sect. III, n. 5 ; Bourjon, Droit comm., liv. III, tit. X, 7^e partie. De la commun., ch. II, sect. X, n. 136, I, p. 671 ; Renusson, De la commun., part. 2, ch. III, n. 47 ; Lebrun, De la commun., liv. III, ch. 3, sect. II, dist. 5, n. 85 s ; Pothier, De la commun., n. 568 ; Bacquet, Des droits de justice, ch. XV, n. 42. — Sous le code, V. en ce sens Battur, Comm., II, n. 521 ; Grenier, I, n. 248 ; Toullier, XII, n. 305 ; Duranton, XIV, n. 516, et XIX, n. 330 ; Baudot, Tr. des form. hyp., n. 388 et 389 ; Bertauld, Hyp. lég. des femmes mariées sur les conquêts de la commun., n. 51 ; Gauthier, Subrog. des pers., n. 590 s. ; Glandaz, Encyclop. du dr., v^o Comm., n. 189 ; Troplong, II, n. 433 ter, et Contr. de mar., III, n. 1816 ; Pont, I, n. 524 à 526 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, p. 124, § 644, note 28 ; Gauthier sur Colmar, Journal du Palais, 1858, p. 199, sur Paris, ibid., 1861, p. 137 ; Rodière et Pont, Contr. de mar., II, n. 1188 ; Aubry et Rau, III, p. 225, § 264 ter, texte et note 30 ; Laurent, XXX, n. 371 ; de Loynes sur Tessier, Société d'acquêts, n. 192, note 1 ; Colmet de Santerre, IX, n. 81 bis, X ; Thézard, n. 98 ; André, n. 634 ; Brésillon, Note dans D., 69. 2. 161. — Angers, 26 août 1812, S., 13. 2. 38. — Civ. cass., 8 nov. 1813, S., 20. 1. 120. — Paris, 12 déc. 1816, S., 17. 2. 228. — Orléans, 14 novembre 1817, S., 19. 2. 216. — Civ. cass., 9 nov. 1819, J. G., v^o Priv. et hyp., n. 928, S., 20. 1. 118. — Req., 16 nov. 1847, D., 48. 1. 46, S., 48. 1. 25. — Civ. rej. 4 février 1856, D., 56. 1. 61, S., 56. 1. 225. — Bastia, 25 janvier 1862, D., 68. 2. 147, S., 62. 2. 458. — Paris, 13 juin 1874 et sur pourvoi, Civ. rej., 26 janvier 1876, D., 76. 1. 62, S., 76. 1. 241. — Paris, 6 juin 1882, J. G. Supp., va Mariage, n. 503-2^o, S., 85. 2. 116. — Pau, 23 juin 1884, D., 85. 2. 253. — Cpr. Orléans, 16 mars 1850, D., 50. 2. 76. — V. aussi Dijon, 19 novembre 1876, D., 78. 2. 58, S., 77. 2. 261. — V. ccp. en sens contraire, Persil, I, sur l'art. 2121, n. 10 et Questions, I, p. 233 ; Delvincourt, III, p. 165 ; Cubain,

Droits des femmes, n. 528 ; Valette, p. 258 ; Labbé, Note, dans S., 1876. 1. 241. — V. dans le même sens un arrêt de la Cour de Paris de 1867 rapporté dans la Rev. crit., 1868, XXXIII, p. 482.

198 . V. infra, n^{os} 1060 s.

199 Cpr. Civ. rej., 28 juin 1847, D., 47. 1. 299, S., 47. 1. 493. V. sur cet arrêt Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, III, n. 1252 bis. — V. aussi Req., 16 février 1841, J. G., v^o Contrat de mar., n. 2401, S., 41. 1. 550.

200 Aubry et Rau, III, p. 226, § 264 ter, note 31 ; Laurent, XXX, n. 370 ; Thézard, n. 98 ; André, n. 634. — Colmar, 1^{er} mars 1855, D., 57. 2. 37, S., 57. 2. 577. — Paris, 6 juin 1882, J. G. Suppl., v^o Mariage, n. 503-2^o, S., 85. 2. 116. — Cpr. Civrej., 4 février 1856, D., 56. 1. 61, S., 56. 1. 225. — Pau, 23 juin 1884, D., 85. 2. 253. — V. en sens contraire Pont, I, n. 526 ; Bertauld, De l'hyp. lég. sur les conquêts, n. 37 s. — Cpr. Colmet de Santerre, IX, n. 81 bis, VIII s.

201 V. sur l'exception de garantie opposée à la femme, dont un propre a été aliéné par le mari seul, de Loynes sur Tessier, Société d'acquêts, n. 122, note 2.

202 Req., 16 nov. 1847, D., 48. 1. 46, S., 48. 1. 25.

203 Civ. rej., 4 fév. 1856, D., 56. 1. 61, S., 56. 1. 225.

204 Paris, 15 juin 1868, D., 69. 2. 161.

205 Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 162, § 796, note 12 ; Aubry et Rau, III, p. 228, § 264 ter. — Rouen, 11 mars 1846, D., 46. 2. 182, S., 46. 2. 503. — Lyon, 7 avril 1854, S., 54. 2. 577. — Bastia, 25 janv. 1862, D., 68. 2. 147, S., 62. 2. 458. — Pau, 23 juin 1884, D., 85. 2. 253. — V. cep. en sens contraire Metz, 31 déc. 1867, D., 68. 2. 145, S., 69. 2. 5.

206 Orléans, 24 mai 1848, D., 48. 2. 185, S., 50. 2. 145. — Paris, 30 juin 1853, D., 55. 2. 356, S., 55. 2. 177. —

Orléans, 12 juill. 1854, S., 54. 2. 561 et sur pourvoi Civ. rej., 4 fév. 1856, D., 56.1. 61, S., 56. 1. 225. — Colmar, 20 nov. 1855, S., 56. 2. 580.

207 Grenoble, 28 juin 1858, D., 59. 2. 191, S., 59. 2. 249.

208 Nancy, 27 mai 1865, J. G. Suppl., v° Faillite, n. 1158, S., C6. 2. 343.

209 Lyon-Caen et Renault, Précis de dr. comm., II, n. 3051 ; Demangeat sur Bravard, Tr. de dr. comm., V, p. 565, note ; Pont, I, n. 535.

210 V. les auteurs cités à la note précédente. — V. en sens contraire Pont, I, n. 535 ; André, n. 659.

211 V. les autorités citées en sens divers par de Loynes sur Tessier, Société d'acquêts, n. 44, notes 2 et 3, auxquelles il convient d'ajouter Guillouard, Tr. du contrat de mariage, II, n. 466.

212 Bordeaux, 13 mai 1872, D., 73. 2. 39.

213 Rouen, 29 déc. 1855, D., 57. 2. 197, S., 57. 2. 753 et dans ce dernier recueil la note critique de M. Rodière. — Cpr. Grenoble, 28 juin 1858, D., 59. 2. 191, S., 59. 2. 250.

214 Renouard, Des faill., II, p. 302 ; Gadrat, Des faill., p. 397 ; Alauzet, C. de co., 3^e édit., VIII, n. 2804 ; Bédarride, Tr. des faill. et banq., 4^e édit., III, n. 1034 ; Massé, Dr. comm., 3^e édit., II, n. 1345 ; Laroque-Saissinel, Formul. des faill. et banq., 3^e édit. par Dutruc, II, n. 1457 ; Bravard et Demangeat, Tr. de dr. comm., V, p. 567 ; Boistel, Précis de dr. comm., 3^e édit., n. 1022 ; Rivière, Rép. sur le C. de co., 8^e édit., p. 771 ; Lyon-Caen et Renault, Précis de dr. comm., II, n. 3052 ; Pont, I, n. 535. — Cpr. Boileux sur Boulay-Paty, Des faillites, II, n. 915 ; Esnault, Des faill., n. 599 ; Aubry et Rau, III, p. 235, § 264 ter ; André, n. 659. — Caen, 3 juin 1865, S., 65. 2. 310.

215 Montpellier, 29 juill. 1867, J. G. Suppl., v° Faillites, n. 1163, S., 68. 2. 190. — Grenoble, 8 mars 1892, D., 92. 2. 205.

216 V. en ce sens Aubry et Rau, III, p. 235, § 264 ter, texte et note 52 ; Lyon-Caen et Renault, Précis de dr. comm., II, n. 3053 ; André, n. 659.

217 Esnault, Des faillites, III, n. 600 ; Massé, Dr. comm., II, n. 1435 ; Demo-Jombe, Succ., V, n. 328 ; Bertauld, Rev. crit., 1864, XXIV, p. 392. — Cpr. Aubry et Rau, III, p. 235, § 264 ter, texte et note 52 ; Lyon-Caen et Renault, Précis de dr. comm., II, n. 3053. — Bourges, 2 fév. 1836, J. G., v° Priv. et hyp., n. 875, S., 37. 2. 465. — Paris, 8 avril 1851 (non 1853), D., 54. 2. 112, S., 53. 2. 565. — Caen, 21 avril 1866, D., 69. 2. 44, S., 68. 2. 270.

218 V. leur résumé dans Pont, I, n. 536.

219 Renouard, Des faillites, II, n. 313 ; Alauzet, C. de comm., IV, n. 1881 ; Pont, I, n. 536 ; Demangeat sur Bravard, Tr. de dr. comm., V, p. 565, à la note ; Laroque-Saissinel, Formul. des faill. et banq., II, n. 1454 s. ; Labbé, Note dans S., 1870.1. 5 ; Namur, Cours de dr. comm., III, n. 1996. — Limoges, 14 mai 1853, D., 54. 2. 113, S., 53. 2. 567. — Grenoble, 5 avril 1857, D., 66. 2. 11, note 1, S., 58. 2. 633. — Angers, 27 mai 1864, S., 64. 2. 270. — Metz, 20 déc. 1865, D., 66. 2. 10. — Metz, 14 nov. 1867, D., 69.2. 43, S., 68. 2. 270, et sur pourvoi Civ. rej., 10 nov. 1869, D., 69. 1. 501, S., 70. 1. 5. — Douai, 26 nov. 1868, D., 69. 2. 43, S., 68. 2. 334, et sur pourvoi Civ. rej., 10 nov. 1869, D., 69. 1. 501, S., 70. 1. 5.

220 Massé, Dr. comm., II, n. 1350 ; Aubry et Rau, III, p. 237, § 264 ter, texte et note 59 ; Lyon-Caen et Renault, Précis de dr. comm., II, n. 3060. — Toulouse, 7 avril 1865, D., 65. 2. 77, S., 65. 2. 212. — V. cep. Demangeat sur Bravard, Tr. de dr. comm., V, p. 567.

221 Civ. cass., 1^{er} déc. 1858, D., 59. 1. 11

222 Pont, I, n. 549 ; Jouitou, De la restrict. de l'hyp. lég. de la femme, n. 8.

223 Grenier, I, n. 269 ; Persil, I, sur l'art. 2140, n. 4 ; Troplong, II, n. 636 ; Pont, I, n. 551 ; Aubry et Rau, III, p. 230, § 264 ter, texte et note 41 ; Colmet de Santerre, IX, n. 111 bis, III ; Thézard, n. 100. — Cpr. cep. en sens contraire Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 163. § 796, note 14 ; Clément, Quest. prat. sur l'hyp. lég. de la femme, n. 37 ; Jouitou, De la restrict, de l'hyp. lég. de la femme, n. 11.

224 Merlin, Rép., v° Inscr. hyp., § 3, n. 18 ; Persil, I, sur l'art. 2140, n. 4 ; Grenier, I, n. 269 ; Troplong, II, n. 637 bis ; Duranton, XX, n. 56 ; Pont, I, n. 551 ; Aubry et Rau, III, p. 231, § 264 ter, texte et note 42 ; Colmet de Santerre, IX, n. 111 bis, IV ; Thézard, n. 100 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 163, § 796, note 14 ; Rodière et Pont, Contr. de mar., I, n. 41 ; Guillouard, Contr. de mar., I, n. 304 ; Jouitou, op. cit., n. 10. — Civ. rej., 19 juill. 1820, J. G., v° Priv. et hyp., n. 2595 1°, S., 20. 1. 356. — Caen, 15 juill. 1836, J. G., cod. v°, n. 180, S., 37. 2. 229. — Lyon, 30 mai 1844, J. G., cod. v°, n. 2595-2°, S., 44. 2. 449. — Grenoble, 25 août 1847, cité J. G., cod. v°, n. 2595-1°, S., 48. 2. 301. — Limoges, 2 avril 1887, S., 88. 2. 216. — V. cep. en sens contraire Taulier, VII, p. 319. — Paris, 10 août 1816, J. G., v° Priv. et hyp., n. 2596.

225 Req., 25 janvier 1859, D., 59. 1. 407, S., 60. 1. 353.

226 Aubry et Rau, III, p. 231, § 264 ter.

227 Aubry et Rau, III, p. 231, § 264 ter. — V. Merlin, Rép., v° Inscript. hyp., § 3, n.19 ; Persil, I, sur l'art. 2141, n. 4 ; Pont, I, n. 543 et 544.

228 Pont, I, n. 545 s. ; Jouitou, op. cit., n. 28. — Paris, 29 mai 1819, J. G., v° Priv. et hyp., n. 2601, S., 20. 2. 72. —

Cpr. sur les devoirs du conservateur auquel est dans ce cas demandé un état des inscriptions, Bordeaux, 24 juillet 1863, S., 64. 2. 47 et sur pourvoi Civ. cass., 6 décembre 1865, D., 66 1. 34, S., 66. 1. 117.

229 Civ. rej., 18 août 1856, D., 56. 1. 365, S., 56. 1. 872.

230 Troplong, II, n. 638 ; Duranton, XX, n. 58 ; Pont, I, n. 547 ; Aubry et Rau, III, p. 231, § 264 ter, note 45. — Cpr. Paris, 29 mai 1819, J. G., v° Priv. et hyp., n. 2601, S., 20. 2. 72.

231 Civ. rej., 18 août 1856, D., 56. 1. 365, S., 56. 1. 872.

232 Duranton, XX, n. 57.

233 Pont, I, n. 552

234 Nîmes, 4 mai 1888, D., 89. 2. 195, S., 89. 2. 238.

235 V. Civ. cass., 9 mars 1886, D., 86.1. 353, S., 88. 1. 241. — Req., 16 avril 1888, .1. 249, S., 88. 1. 216. En serait-il autrement si un tiers se portait adjudica-N’y aurait-il pas lieu, si la licitation était un acte préparatoire du partage, de compte de l’attribution ultérieure du prix ? V. en sens divers sur ceLte question nent controversée : Civ. rej., 14 déc. 1887, D., 88. 1. 385, S., 89. 1. 194. — use, 30 juillet 1888, D., 89. 2. 25, S., 89. 2. 99. — Dijon, 20 mars 1889, S., 178, et sur pourvoi Civ. cass., 17 fév. 1892, D., 92. 1. 191. — Orléans, 25 1890, D., 91. 2. 238.

236 Alger, 26 mai 1888, D., 89. 2. 77, S., 90. 2. 157.

237 Jouitou, De la restrict. de l’hyp. lég. de la femme, n. 21.

238 Aubry et Rau, III, p. 232, § 264 ter, texte et note 46 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, V, p. 163, § 796, note 13 ; Rodière, Note dans Journ. du Palais, 1855. 2. 546 ; Massé, Note dans S., 1852.1. 189 ; Pont, I, n. 547. — Civ. cass., 5 mai 1852, D., 52.1.129, S., 52.1. 189 et sur renvoi Lyon, 26 janv. 1854, D., 54. 2.147, S., 54. 2. 245. — V. en sens

contraire Grenoble, 12 mars 1849, cassé par l'arrêt ci-dessus, D, 49. 2. 186, S., 49. 2. 385.

239 Pont, I, n. 548 ; Thézard, n. 100 ; Notes de MM. Rodière et Massé, citées à la note précédente.

240 Aubry et Rau, III, p. 232, § 264 ter, texte et note 46. — Lyon, 26 janv. 1854, D., 54. 2. 147, S., 54. 2. 245.

241 Jouitou, De la restriction de l'hyp. lég. de la femme, n. 22.

242 Thézard, n. 100.

243 V. en ce sens sur la question de principe, qu'il s'agisse de la restriction ou de la réduction de l'hypothèque légale de la femme ou du mineur : Pont, I, n. 552 ; Aubry et Rau, III, p. 212, § 264 bis, texte et note 19 ; Jouitou, op. cit., n. 103. — Paris, 10 janv. 1857, D., 57. 2. 125, S., 57. 2. 124. — Cpr. Grenoble, 18 janv. 1833, J. G., v° Priv. el hyp., n. 2756, S., 33. 2. 457.

244 Nîmes, 4 mai 1888, D., 89. 2. 195, S., 89. 2. 238.

245 Jouitou, De la restrict. de l'hyp. lég. de la femme, n. 109. — Agen, 28 décembre 1887, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1566, S., 89. 2. 194.

246 Duranton, XX, n. 208 ; Taulier, VII, p. 321 ; Jouitou, De la restrict. de l'hyp. lég. de la femme, n. 65 et s. — Paris, 16 juil. 1813, J. G., v° Priv. et hyp., n. 2643, S., 14. 2. 33. — Paris, 25 avril 1823, J. G., cod. v°, n. 2607, Dev. et Car., Coll. nouv., VII. 2. 201. — Nancy, 26 août 1825, J. G, cod. v°, n. 2606-2°, S., 26. 2. 149. — C. de la Réunion, 11 mai 1861, D., 61. 2. 232, S., 61. 2. 468.

247 Tarrible, Rép. de Merlin, v° Inscript. hyp., § 3, n. 22 ; Grenier, I, n. 270 ; Persil, I, sur l'art. 2144, n. 2 ; Rolland de Villargues, Rép. du not., v° Réduct. des hyp., n. 40 ; Martou, III, n. 942 ; Cubain, Dr. des femmes, n. 554 ;

Troplong, III, n. 641 ; Pont, I, n. 559 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, V, p. 205, § 812, note 15 ; Boileux, sur l'art. 2144 ; Aubry et Rau, III, p. 401, § 282 ; Colmet de Santerre, IX, n. 115 bis, I ; Thézard, n. 101. — Req., 9 déc. 1824, J. G., v° Priv. et hyp., n. 2607-1°, S., 25. 1. 213. — Rouen, 3 fév. 1834, J. G., cod. v°, n. 2607-3°, S., 34. 2. 584. — Rouen, 27 avril 1844, J. G., cod. v°, n. 2607-4°, S., 44. 2. 315. — Rouen, 11 mars 1846, D., 46. 2. 182. — Paris, 1^{er} avril 1848, D., 48. 2. 60, S., 48. 2. 224. — Paris, 31 mai 1851, D., 52. 2. 111, S., 51. 2. 357. — Limoges, 9 mars 1859, D., 59. 2. 155, S., 59. 2. 449. — Civ. cass., 2 juin 1862, D., 62. 1. 358, S., 62. 1. 261 et sur renvoi, Agen, 18 mars 1863, P., 63. 2. 51, S., 63. 2. 116. — Caen 26 décembre 1867, D., 68. 2. 212. — Civ. rej., 23 juin 1868, D., 68. 1. 318, S., 68.1. 393. — Civ. cass., 9 mars 1886, D., 86. 1. 353, S., 8P. 1. 241.

248 Civ. cass., 9 mars 1886, D., 86. 1. 353, S., 88. 1. 241.

249 Tarrible, Rép. de Merlin, v° Inscript. hyp., § 3, n. 22 ; Duranton, XX, n. 67 ; Pont, I, n. 558 ; Aubry et Rau, III, p. 402, § 282 ; Colmet de Santerre, IX, n. 115 bis, I ; Jouitou, De la restrict. de l'hyp. lég. de la femme, n. 61. — V. cep. Persil, I, sur l'art. 2144, n. 4.

250 Troplong, II, n. 640 ; Aubry et Rau, III, p. 401, § 282 ; André, n. 648. — Aix, 28 juin 1824 et sur pourvoi Req., 20 avril 1826, J. G., v° Priv. et hyp., n. 2625-1°, S., 26. 1. 439. — Montpellier, 17 déc. 1851, D., 52. 2. 188, S., 52. 2. 664. — Bordeaux, 4 août 1891, D., 94. 1. 113. — Cpr. Req., 6 nov. 1860, D., 61. 1. 84.

251 Caen, 7 fév. 1863, D., 63. 2. 74, S., 63. 2. 122. — V. dans le même sens, Jouitou, De la restrict. de l'hyp. lég. de la femme, n. 62.

252 V. en ce sens, Aubry et Rau, III, p. 402, § 282, note 17.

253 Boulanger et de Récy, Tr. des radiat. hyp., I, n. 140 ; Jouitou, loc. cit. — Trib. civ. Nice, 16 mars 1863, Journ. des conserv. des hyp., art. 1826.

254 Merlin, Rép., v° Inscript. hyp., 3, n. 23 ; Persil, I, sur l'art. 2143, n. 3 ; Troplong, III, n. 642 bis ; Pont, I, n. 564 ; Aubry et Rau, III, p. 401, § 282, note 12.

255 Chambéry, 28 mars 1874, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1568, S., 75. 2. 39.

256 Les tribunaux ont un pouvoir souverain pour apprécier les irrégularités commises. — Trib. civ. du Puy, 1^{er} mars 1888, D., 91. 1. 313.

257 Maleville sur l'art. 2144 ; Persil, I, sur l'art. 2144, n. 6 : Aubry et Rau, III, p. 401, § 282, note 13 ; Boulanger et de Récy, Tr. des radiat. hyp., I, n. 139 ; Jouitou, op. cil., n. 41. — Grenoble, 18 janv. 1833, J. G., v° Priv. et hyp., n. 2756, S., 33. 2. 457. — Agen, 28 déc. 1887, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1566, 5., 89. 2. 194. — Trib. civ. du Puy, 1^{er} mars 1888, D., 91. 1. 313. — V. en sens contraire Troplong, II, n. 644 ; Pont, I, n. 561.

258 Pont, I, n. 562 ; André, n. 649.

259 V. en sens contraire Thézard, n. 101.

260 Pont, I, n. 563. — Cpr. Troplong, II, n. 644.

261 Civ. cass., 9 mars 1886, D., 86. 1. 353, S., 88. 1. 241.

262 Clément, Quest. prat. sur l'hyp. lég. de la femme mariée, n. 38. — Civ. cass., 9 mars 1886, D., 86. 1. 353, S., 88. 1. 241, et sur renvoi Agen, 28 déc. 1837, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1566, S., 89. 2. 194.

263 La loi n'exige pas que cet avis soit favorable. — V. Aubry et Rau, III, p. 401, § 282, note 12 ; Jouilou, op. cil., n. 42 s. — Civ. cass., 2 juin 1862, D., 62. 1. 358, S., 62. 1. 261.

— Chambéry, 28 mars 1874 (motifs), J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1568, S., 75. 2. 39.

264 V. les auteurs cités, II, p. 132, note 1, qui exigent le consentement de la femme, — Grenoble, 10 janv. 1833, J. G. v° Priv. el hyp., n. 2756, S., 33. 2. 457. — Civ. cass., 2 juin 1862, D., 62. 1. 358, S., 62. 1. 661, et sur renvoi Agen, 18 mars 1863, D., 63. 2. 51, S., 63. 2. 116.

265 V. les autorités citées note 5 ci-dessous.

266 Rousseau et Laisney, Dict. de proc. civ., v° Appel, n. 4.

267 Civ. cass., 9 mars 1886, cité supra.

268 Troplong, II, n. 644 ; Pont, I, n. 565 ; Aubry et Rau, III, p. 401, § 282. — Civ. cass., 3 décembre 1844, D., 45. 1. 5, S., 45. 1. 14. — Grenoble, 7 août 1849, D., 50. 2. 157, S., 50. 2. 398. — Ces arrêts ont été rendus à une époque où l'on attribuait à la demande en réduction un caractère contentieux et au jugement une autorité de chose jugée que l'arrêt du 9 mars 1886 lui refuse formellement. — V. en sens contraire, Grenoble, 18 janvier 1833, J. G., v° Priv. el hyp., n. 2756, S., 33. 2. 457. — Rouen, 16 août 1843, D., 45. 2. 3, S., 44. 2. 76.

269 Grenoble, 18 janv. 1833, cité à la note précédente. — Paris, 10 fév. 1857, D., 57. 2. 125, S., 57. 2. 124. — Civ. cass., 9 mars 1886, D., 86. 1. 353, S., 88. 1. 241. — Cpr. cep. Req., 6 nov. 1860, D., 61. 1. 84, S., 61. 1. 25. — Civ. cass., 28 avril 1875, D., 75. 1. 316. — V. aussi Boulanger et de Récy, Tr. des radiat, hyp., I, n. 137.

270 Civ. cass., 22 juin 1862, D., 62. 1. 358, S., 62. 1. 261, et sur renvoi, Agen, 18 mars 1863, D., 63. 2. 51, S., 63. 2. 116. — Civ. cass., 26 avril 1864, D., 64. 1. 181, S., 64. 1. 396 et sur renvoi, Montpellier, 30 novembre 1864, D., 65. 2. 216, S. (10 déc), 65. 2. 143. — Civ. cass., 9 mars 1886, cité note précédente. — Nîmes, 4 mai 1888, D., 89. 2. 195, S., 89. 2.

238. — V. en sens contraire, Nîmes, 5 août 1862 ; D., sous cassation, 26 avril 1864, S., 63. 2. 402, cassé par l'arrêt du 26 avril 1864, cité supra.

271 Paris, 10 fév. 1857, D., 57. 2. 125, S., 57. 2. 124. — Civ. cass., 9 mars 1886, cité supra. — Cpr. sur le principe, eu matière d'adoption, Civ. cass., 10 fév. 1892, D., 92. 1. 329.

272 Aubry et Rau, III, p. 402, § 282 ; Jouitou, De la restrict. de l'hyp. lég. de la femme, n. 60. — Bordeaux, 10 août 1853, D., 54. 2. 26, S., 54. 2. 98.

273 Montpellier, 17 déc. 1851, D., 52. 2. 188, S., 52. 2. 664. — Req., 6 nov. 1860, D., 61. 1. 84, S., 61. 1. 25.

274 Aubry et Rau, III, p. 403, § 282, texte et note 21. — Limoges, 9 mars 1850, D., 53. 2. 205, S., 53. 2. 300. — Req., 6 nov. 1860, D., 61. 1. 84, S., 61. 1. 25.

275 Montpellier, 17 déc. 1851, supra cit. — Aubry et Rau, loc. cit.

276 Grenier, I, n. 269 ; Duranton, XX, n. 59 ; Pont, I, n. 552, 557, II, n. 709 ; Aubry et Rau, III, p. 403, § 282 texte et note 24 ; Colmet de Santerre, IX, n. 115 bis, III ; Jouitou, De la restrict. de l'hyp. lég. de la femme, n. 95 et 101. — Rouen, 6 juillet 1840, J. G. ; v° Priv. et hyp., n. 2617, S., 40. 2. 537. — Paris, 10 février 1857, D., 57. 2. 125, S., 57. 2. 124. — Il en serait autrement, s'il ne s'était produit aucune des modifications que nous avons citées. Paris, 30 août 1876 et sur pourvoi Civ. cass., 28 avril 1875, (rej. sur ce point) D., 75. 1. 316, S., 75. 1. 304.

277 Duranton, XX, n. 59 ; Jouitou, De la restrict. de l'hyp. lég. de la femme, n. 98.

278 Cpr. Persil, I, sur l'art. 2140, n. 6.

279 V. supra, II, n. 1022.

280 Un décret du 23 mars 1889 a rendu la loi du 13 février 1889 applicable aux colonies.

281 Mérignhac, Tr. des cont. relatifs à l'hyp. lég. de la femme mariée, n. 27 ; André, n. 1074.

282 Mérignhac, op. cit., n. 95.

283 Nîmes, 5 août 1862, D., 63. 2. 29, S., 62. 2. 402.

284 Aubry et Rau, III, p. 463, § 288 bis ; Mérignhac, op. cit., n. 27. — Req., 14 nov. 1866, D., 67. 1. 58, S., 67. 1. 21. — Req., 6 déc. 1882, D., 83. 1. 219, S., 84. 1. 27. — Montpellier, 4 août 1890, D., 91. 2. 234.

285 V. sur cette question Troplong, Cont. de mar., IV, n. 3453 ; Aubry et Rau V, p. 593, § 537, note 130 ; Colmet de Santerre, VI, n. 230 bis, XI ; Guillouard, Cont. de mar., IV, n. 2004 ; Mérignhac, op. cit., n. 29. — Req., 24 oct. 1892, D., 92.1. 620.

286 Troplong, Cont : de mariage, IV, n. 3397 ; Pont, I, n. 453 ; Bertauld, De la subrog. à l'hyp. légal. 39 ; Gérardin, Rev. prat., 1867, XXX, p. 97 ; Baudry-Lacantinerie, Pr. de dr. civ., III, n. 1233 ; Mérignhac, op. cit., n. 28. — Req., 1^{er} juin 1853, D., 53.1. 241, S., 53. 1. 730. — Bordeaux, 16 août 1853, D., 55. 2. 80, S., 54. 2. 263.

287 V. en ce sens Aubry et Rau, V, p. 576, § 537, texte et note 65, p. 602, § 537 bis. — Riom, 22 déc. 1846, D., 47. 2. 105, S., 47. 2. 193. — Civ. rej., 16 déc. 1856, D., 56. 1. 433, S., 57. 1. 582. — Civ. cass., 4 juin 1866 ; Civ. cass., 2 juillet 1866, D., 66. 1. 321, S., 66. 1. 281 et 315. — Civ. rej., 17 déc. 1866, D., 67. 1. 24, S., 67.1. 114. — Req., 7 avril 1868, S., 68. 1. 270. — Lyon, 3 fév. 1883, D., 83. 2. 142, S., 85. 2. 154.

288 Lyon, 9 août 1867, et sur pourvoi Civ. rej., 2 fév. 1870, D., 70. 1. 385, S., 70. 1. 284.

289 Cons. Aubry et Rau, V, p. 524 et 525, § 733, texte et note 11 ; Mérygnhac, op. cit., n. 33. — Req., 14, 15 déc. 1858, D., 59.1. 49 et 52, S., 59.1.129. — Req., 13 août 1860, D., 61. 1. 263, S., 61. 1. 154. — Req., 29 janv. 1866, D., 66. 1. 276, S., 66. 1. 141. — Civ. rej., 21 déc. 1869, D., 70. 1. 52, S., 70. 1. 437. — Civ. cass., 2 déc. 1872, D., 72. 1. 398, S., 72. 1. 437. — Caen, 12 juin 1878, D., 80. 2. 92, S., 78. 2. 251, et sur pourvoi Req., 14 juillet 1879, D., 80. 1. 328, S., 80.1. 448. — Riom, 24 juillet 1886, D., 87. 2. 252.

290 Laurent, XXI, n. 121 et 389 ; Daniel de Folleville, Du cont. de mar., I, n. 255 ; Guillaouard, Du cont. de mar., I, n. 90, II, n. 506 ; Mérygnhac, op. cit., n. 34. — V. sur cette question en ce sens Bordeaux, 16 avril 1842, J. G., v° Cont. de mar., n. 1458. — Req., 23 août 1847, D., 47. 1. 331, S., 47. 1. 657. — Bordeaux, 11 mai 1848, D., 48. 2. 141, S., 48. 2. 482. — Caen, 28 mai 1849, D., 52. 2. 105, S., 49. 2. 694, et sur pourvoi Req., 5 mai 1850, D., 50. 1. 204. — Civ. cass., 6 nov. 1854, D., 54. 1. 439, S., 54. 1. 712, et dans la même affaire Ch. réun. cass., 8 juin 1858, D., 58. 1. 233, S., 58. 1. 417.

291 Mérygnhac, op. cit., n. 36.

292 V. not. Paris, 10 février 1873, D., 74. 2. 133, S. (sous cass.), 75. 1. 145. — Dijon, 4 août 1880, D., 80. 2. 241, S., 80. 2. 323.

293 Civ. rej., 3 juill. 1866, D., 66. 1. 291, S., 66. 1. 345.

294 Toulouse, 29 fév. 1892, D., 92. 2. 277.

295 V. supra, II, n. 905.

296 Gauthier, Note dans S., 55. 1. 193. et Subrog., n. 577.

297 Bertauld, De la subrog. à l'hyp. lég. des femmes mariées, n. 4 et 51.

298 Pont, I, n. 472.

299 Aubry et Rau, III, p. 458 et 459, § 288. — V. en ce sens les considérants d'un arrêt de la cour de Caen, du 11 mars 1854, D., 55. 5. 446, S., 55. 2. 69. — Cpr. Mourlon, Subrog., p. 593 s. ; Benech, Du nanliss. appliqué aux droits et créances de la femme, p. 13.

300 Cpr. Mérygnac, op. cit., n. 19 s.

301 Toulouse, 24 février 1892, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 533.

302 Mérygnac, op. cit., n. 165 s.

303 Req., 11 février 1867, D., 67. 1. 465 et la note de M. Beudant sur cet arrêt.

304 Troplong, Transcr., n. 324 ; Pont, I, n, 334 ; Beudant, Rev. crit., 1866, XVI, p. 213 ; Aubry et Rau, III, p. 456, § 288, note 3 ; Laurent, XXXI, n. 330 s. ; Colmet de Santerre, IX, n. 75 bis, XVI. — Req., 25 janvier 1853, D., 53. 1. 12, S., 53. 1. 423. — Req., 11 février 1867 (motifs), D., 67. 1. 465, S., 67. 1. 101. — Req., 8 avril 1872, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1012, S., 72. 1. 242. — Lyon, 10 août 1880, D., 81. 2. 160. — V. cep. en sens contraire Bertauld, De la subrog. à l'hyp. lég., n. 21.

305 V. supra, II, n. 907, 908.

306 Paris, 11 mars 1813, J. G., v° Priv. et hyp., n. 975-1°, S., 13. 2.161. — Paris, 26 janv. 1819, S., 19. 2. 148. — Lyon, 22 juill. 1819, J. G., cod. v°, n. 967. — Angers, 19 juin 1823, S., 23. 2. 315. — Req., 2 avril 1829, J. G., cod. v°, n. 989, S., 9. 1. 194. — Req., 4 fév. 1839, S., 39. 1. 107. — Lyon, 24 mai 1850, D., 55. 2. 117, S., 50. 2. 532. — Paris, 31 mars 1853, S., 53. 2. 337. — Req., 8 août 1854, D., 55.. 337, S., 54. 1. 521. — Civ. rej, 2G juin 1855, D., 55. 1. 273, S., 55. 1. 670. — Metz, 22 janv. 1856, D., 56. 2. 152, S., 56. 2. 395. — Amiens, 11 nov. 1858, D., 9. 2. 128, S., 59. 2. 316. — Civ. cass., 25 fév. 1862, D., 62. 1. 240, S., 62. 1. 356.

307 Caen, 15 juill. 1840, J. G., v° Priv. et hyp., n. 961. — Caen, 3 mai 1852, D., 4. 2. 20, S., 53. 2. 79. — V. cep. en sens contraire, Gauthier, Subrog., n. 378.

308 Consulter sur ces deux questions, en laveur de notre opinion, Troplong, II, 603 ; Duranton, XII, n. 144 ; Benech, op. cit., n. 26 ; Bertauld, op. cit., n. 63 à 8 et 72 ; Larombière, Des obligat., sur l'art. 125U, n. 53 ; Pont, I, n. 464 ; Flandin, Transcr., II, n. 1550 ; Verdier, Transcr., II, n. 668 ; Aubry et Rau, III, p. 464, 288 bis ; Colmet de Santerre, IX, n. 81 bis, XIX et XXI ; André, n. 1070 ; Thézard, n. 110 ; Mérygnhac, op. cit., n. 127 et 129. — V. aussi Murlon, Transcr., n. 995,

309 Limoges, 3 juin 1854 et sur pourvoi Req., 4 juin 1855, D., 55. 1. 389, S., 55. 743.

310 Cpr. Mérygnhac, op. cit., n. 129, qui admet toujours la subrogation. — Cpr. aussi Bertauld, Subrog. à l'hyp. lég., n. 72 ; Troplong, II, n. 603, qui refusent d'admettre la subrogation.

311 Grenier, I, n. 254 ; Proudhon, Usufr., V, n. 2334 ; Duranton, XII, n. 143 et XIX, n. 273 ; Persil, I, sur l'art. 2121, n. 20 ; Troplong, II, n. 603 ; Bertauld, op. cit., n. 69 ; Pont, I, n. 463 ; Gauthier, Subrog., n. 584 s. ; Verdier, Transcr., II, n. 668 bis ; Flandin, Transcr., II, n. 1550 ; Larombière, Des oblig., sur l'art. 1250, n. 53 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 166, § 796, note 25 ; Aubry et Rau, III, p. 464, § 288 bis ; Colmet de Santerre, IX, n. 81 bis, XX ; Thézard, n. 110 ; Mérygnhac, op. cit., n. 125. — Nancy, 24 janv. 1825, J. G., v° Priv. et hyp., n. 989, S., 35. 2. 84. — Paris, 2 janv. 1836, J. G., cod. v°, n. 961, S., 36. 2. 149. — Caen, 15 juill. 1840, J. G., cod. v°, n. 961, S., 40. 2. 522. — Orléans, 24 mai 1848, D., 48. 2. 185, S., 50. 2. 145. — Paris, 8 avril 1851 (non 1853), D., 54. 2. 212. — Orléans, 12 juill. 1854, S., 54. 2. 561. — Civ. cass., 14 mars 1865, D., 65. 1. 129, S., 65. 1. 209. — Amiens, 26 mai 1874, D., 76. 2.

130. — V. en sens contraire Req., 17 avril 1827, J. G., v° Priv. et hyp., n. 961, S., 28. 1. 94. — Bourges, 4 mars 1831, S., 32. 2. 31.

312 Grenier, I, n. 254 ; Gauthier, Subrog., n. 385 ; Pont, I, n. 463 ; Bertauld, Subrog. à l'hyp. lég., n. 70 ; Aubry et Rau, III, p. 465, § 288 bis ; Mérygnhac, op. cit., n. 126. — Paris, 2 janv. 1836 ; Caen, 15 juill. 1840 ; Orléans, 24 mai 1848 ; Paris, 8 avril 1851 ; Orléans, 12 juill. 1854 ; Civ. cass., 14 mars 1865 cités à la note précédente. — Orléans, 9 juin 1874, S., 74. 2. 302.

313 Mérygnhac, op. cit., n. 126.

314 V. cep. en ce sens, Proudhon, Usufr., V, n. 2339 ; Murlon, Subrog., p. 605 s., et Transcr., I, n. 338.

315 Grenier, I, n. 550 ; Troplong, II, n. 600 s. ; Rivière et Huguet, Transcr., n. 385 s. ; Gauthier, Subrog., n. 583 ; Pont, I, n. 476 ; Bertauld, op. cit., n. 30 s. ; Aubry et Rau, III, p. 470, § 238 bis, texte et note 28 ; Thézard, n. 109 ; Mérygnhac, op. cit., n. 23 s. — Paris, 1^{er} juin 1807 ; Amiens, 17 mars 1823 ; Req., 15 juin 1825 ; Nancy, 22 mai 1826 ; Req., 2 avril 1829, J. G., v° Priv. et hyp., n. 967, 975, 989 ; Dev. et Car., Coll. nouv., II. 2. 251 ; VII. 2. 182 ; VIII. 1. 137 ; VIII. 2. 236 ; IX. 1. 266. — Lyon, 7 avril 1854, S., 54. 2. 577. — Req. ; 8 août 1854, D., 55. 1. 337, S., 54. 1. 321.

316 Aubry et Rau, III, p. 465, § 233 bis ; Mérygnhac, op. cit., n. 118 s., 128. — Cpr. Benech, Nantiss. appl. aux dr. de la femme, n. 10. — Amiens, 11 nov. 1858, D., 59. 2. 128, S., 59. 2. 316.

317 L. 11, D., Quib. mod. pign. solv. (XX, 6) ; L. 158, D., De regulis juris (L. 17. V. Troplong, II, n. 599 ; Pont, I, n. 465 ; Aubry et Rau, III, p. 463, § 288 bis ; Colmet de Santerre, IX, n. 81 bis, XVIII et XIX : Mérygnhac, op. cit., n. 141 : Didier, Etude sur la loi du 13 février 1889, p. 16. — V. notamment

comme applications du principe, Req., 4 juin 1854, S., 55. 1. 743. — Metz, 13 décembre 1854, D., 56. 2. 243, S., 55. 2. 193. — Civ. rej., 6 novembre 1855, D., 55. 1. 449, S., 56. 1. 235. — Limoges, 29 juin 1854 et sur pourvoi Req., 30 juin 1856, D., 57. 1. 93, S., 57. 1. 260. — Req., 9 février 1859, D., 59. 1. 460, S., 60. 1. 647. — Civ. cass., 26 août 1862, D., 62. 1. 344, S., 62. 1. 920. — Angers, 27 mai 1864, D., 64. 2. 152. — Agen, 14 mars 1866, D., 67. 2. 129, S., 67. 2. 53. — Agen, 21 mars 1866, D., 67. 2. 129. — Poitiers, 10 juillet 1866 et sur pourvoi Req., 12 fév. 1868, D., 68. 1. 346, S., 68. 1. 389. — Metz, 31 décembre 1867, D., 68. 2. 145, S., 69. 2. 5. — Dijon, 17 novembre 1876, D., 78. 2. 57, S., 77. 2. 261. — Trib. civ. la Flèche, 26 août 1878, D., 80. 3. 134. — Dijon, 4 août 1880, D., 80. 2. 241, S., 80. 2. 323.

318 Escorbiac, Hyp. légale de la femme, Commentaire de la loi du 13 février 1889, dans les Lois nouvelles, 1890, p. 140 et suiv. ; César-Bru, Etude sur la renonc. par la femme mariée à son hyp. lég. au profit de l'acquéreur d'imm. du mari, p. 57 et suiv., Thèse, p. 124 s. ; Didier, Etude sur la loi du 13 février 1889, p. 17 ; Tissier, Rev. crit., 1889, nouvelle série, XVIII, p. 643, n. 13.

319 Req., 9 février 1859, D., 59. 1. 460, S., 60. 1. 647.

320 Cpr. Nancy, 10 août 1875, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 556, S., 76. 2. 245.

321 Didier, op. cit., p. 17.

322 V. en ce sens César-Bru, op. cit., p. 64 s. ; Thèse, p. 129 s.

323 V. en ce sens Wable, Tr. des renonc, par la femme à son hyp. lég. au profit du tiers acquéreur, n. 42.

324 Req, 13 juillet 1874, D., 76. 1. 121, S., 75. 1. 145.

325 En ce sens Labbé, Note dans S., loc. cit., et la note de D., loc. cit. — Cpr. Civ. cass., 31 mars 1851, D., 51. 1. 65, S.,

51. 1. 305.

326 Pont, I, n. 485 ; Aubry et Rau, III, p. 464, § 288 bis. — Civ. cass., 14 janv. 1817, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1003, S., 17.1.146. — Amiens, 19 décembre 1846, D., 47. 2. 97, S., 47. 2. 193. — Lyon, 15 mai 1847, S., 48. 2. 230. — Req., 21 février 1849, D., 49. 1. 157, S., 49. 1. 643. — Amiens, 16 fév. 1854, D., 54. 2. 148, S., 54. 2. 260 et sur pourvoi, Civ. rej., 6 nov. 1855, D., 55. 1. 449, S., 56. 1. 235. — Angers, 16 fév. 1864, D., 64. 2. 152. — Agen, 14 mars 1866, D., 67. 2. 129, S., 67. 2. 55. — Agen, 21 mars 1866, D., 67. 2. 129. — Paris, 10 février 1873, D., 74. 2.133, S., 75. 1. 145 (sous cassation). — Dijon, 17 et 19 novembre 1876, D., 78. 2. 57, S., 77. 2. 261. — Cpr. Amiens, 3 mars 1853, D., 54.5.427. — Metz, 31 décembre 1867, D., 68. 2. 145, S., 69. 2.5.

327 Troplong, II, n. 643 bis ; Duranton, XX, n. 72 ; Pont, I, n. 454 et 543 ; Aubry et Rau, III, p. 246, § 264 ter ; Thézard, n. 102 ; Colmet de Santerre, IX, n. 115 bis, IV ; Mérignhac, op. cit., n. 16. — Civ. cass., 12 février 1811, J. G., v° Priv. et hyp., n. 2687, S., 11. 1. 157. — Metz, 13 juil. 1820, J. G., cod. v°, n. 978, S., 21. 2. 176. — Req., 9 janvier 1822, J. G., cod. v°, n. 979, S., 23. 1. 148. — Civ. rej., 28 juillet 1823, J. G., cod. v°, n. 978, S., 23.1.414. — Nancy, 24 janv. 1825, J. G., cod. v°, n. 989, S., 35. 2. 84. — Lyon, 13 avril 1832, S., 32. 2. 492. — Paris, 28 août 1844, J. G., cod. v°, n. 981, S., 44. 2. 540. — Douai, 20 mars 1851, D., 52. 2. 137, S., 51. 2. 481. — Metz, 13 déc. 1854, D., 5G. 2. 243, S., 55. 2. 193. — Chambéry, 19 novembre 1877, J. G. Suppl., cod. v°, n. 517, S., 78. 2. 5.

328 Lyon, 21 décembre 1840, J. G., v° Priv. et hyp., n. 978, S., 41. 2. 268.

329 Trib. civ. de Nantes, 17 juil. 1871, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 561, S., 72. 2. 26.

330 Civ. cass., 26 avril 1864, D., 64, 1. 181, S., 64. 1. 396 et sur renvoi, Montpellier, 30 novembre 1864, D., 65. 2. 216, S., 65. 2. 143. — V. cep. en sens contraire, Nancy, 4 mai 1886, sous Civ. cass., 11 mai 1890, D., 91. 1. 35. Mais cet arrêt a été cassé pour défaut de motifs.

331 Pont, I, n. 466 ; Aubry et Rau, III, p. 465, § 288 bis. — Nancy, 24 juin 1825, J. G., v° Priv. et hyp., n. 989, S., 35. 2. 84. — Civ. rej., 24 janvier 1838, J. G., cod. v°, n. 985, S., 38. 1. 97. — Bordeaux, 10 avril 1845, D., 47. 2. 166. — Paris, 18 mars 1848, D., 48. 2. 65, S., 48. 2. 307. — Paris, 30 juin 1853, D., 55. 2. 356. — Req., 13 novembre 1854, D., 55.1. 113, S., 55. 1. 193. — Metz, 22 janvier 1856, S., 56. 2. 395.

332 Art. 11, L. 23 mars 1855. — Flandin, Transcr., II, n. 1514 ; Verdier, Transcr., II, n. 708 et 723 ; Aubry et Rau, III, p. 465, § 288 bis. texte et note 16. — Civ. rej., 9 mai 1860, D., 60. 1. 217, S., 60. 1. 613. — Civ. rej., 3 juill. 1866, D., 66. 1. 291, S., 66. 1. 345.

333 Rivière et Huguet, Quest. sur la transcr., n. 390 ; Flandin, Transcr., II, n. 1547 ; Bressolles, Exp. des règles de dr. civ. résultant de la loi du 23 mars 1855, n. 104 ; Pont, II, n. 798.

334 Verdier, Transcr., n. G70 et les auteurs cités infra, n. 1032 et 1087 à propos du caractère de la nullité.

335 Mérignhac, Tr. des contr. relatifs à l'hyp. lég. de la femme marié, n. 47. — Req., 24 mai 1886, D., 87. 1. 222. S., 86. 1. 247.

336 V. supra, n. 1058.

337 Troplong, Transcr., n. 334 à 336 ; Mourlon, Ex. crit., n. 392, et Transcr., n. 1104 ; Flandin, Transcr., II, n. 1555 et 1559 ; Verdier, Transcr., II, n. 673 ; Pont, I, n. 469 ; Bertauld, op. cil., n. 93 ; Aubry et Rau, III, p. 468, § 288 bis, texte et note 20 ; Thézard, n. 112. — Cpr. Toulouse, 24 fév.

1892, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 533. — V. en sens contraire Rivière et Huguet, Quest. sur la transcr., n. 393 s.

338 Toulouse, 24 ou 29 fév. 1892, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 533, S., 93. 2.105.

339 J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 573.

340 V. infra, n. 1082 et 1087.

341 Req., 22 nov. 1880, D., 81. 1. 58. S., 81. 1. 473.

342 Mérignhac, op. cit., n. 48 et 61. — Cpr. Req., 14 déc. 1858, D., 59. 1. 150, S., 60. 1. 987.

343 Rivière et Huguet, Quest. sur la transcr., n. 390 ; Flandin, Transcr., II, n. 1547 ; Rivière et François, Explic. de la loi du 23 mars 1855, n. 138 quater ; Bressolles, Exp. des rég. de dr. civ. résultant de la L. du 23 mars 1855, n. 104 ; Thézard, n. 112. — Cpr. Troplong, Transcr., n. 362 ; Pont, I, n. 467. — Rapp., Nancy, 4 mai 1886, D, 91. 1. 35, sous cassation.

344 Mourlon, Transcr., II, n. 1005 ; Bertauld, Subrog. à l'hyp. lég. des femmes mariées, n. 81 et 82 ; Verdier, Transcr., II, n. 670 ; Aubry et Rau, III, p. 468, § 288 bis, texte et note 19 ; Barafort, Fragments sur le rég. hyp., p. 89 ; Georges le Baron, Etude sur l'hyp. lég., n. 603 s. ; Jules Garnier, Subrog. à l'hyp. lég., n. 280 s. ; Colmet de Santerre, IX, n. 81 bis, XVII. — Cpr. Mérignhac, op. cit., n. 48 et 49. — Trib. de Bourgneuf, 27 fév. 1869, D., 74. 5. 290, S., 69. 2. 88. — Req., 22 nov. 1880, D., 81. 1. 58, S., 81. 1. 473. — Cpr. Amiens, 26 mai 1874, D., 76. 2. 130.

345 Pont, I, n. 486 et Rev. du notar., VIII, p. 161, n. 1703 ; Mourlon., Transcr., II, n. 970 et 1105 ; Berger, Transcr., n. 347 ; Thézard, n. 114 ; Mérignhac, op. cit., n. 149 s. ; Tissier, Rev. crit., 1889, nouv. série, XVIII, p. 634.

346 Bertauld, Subrog. à l'hyp. lég. des femmes mariées, n. 83 ; Aubry et Rau, III, p. 466, § 288 bis, texte et note 18 ; Garnier, Subrog. à l'hyp. lég. de la femme mariée, n. 603 s. ; Le Baron, Et. sur l'hyp. lég., n. 603 ; Labbé, Rev. crit., 1881, nouv. série, X, p. 339 ; Verdier, Transcr. hyp., II, n. 754. — Cpr. Lyon, 6 mars 1880 et sur pourvoi Req., 22 nov. 1880, D., 81. 1. 58 et le rapport de M. le conseiller Crépon, S., 81. 1. 473 et la note de M. Bufnoir.

347 Supra, II, n. 1080.

348 Wable, Tr. des renonc. par la femme à son hyp. lég. au profit du tiers acquéreur, n. 74. — V. en sens contraire Escorbiac, Lois nouv., 1890, p. 134.

349 Wable, op. cit., n. 75.

350 Req., 19 nov. 1855, D., 56. 1. 175, S., 56. 1. 145. — Nîmes, 5 août 1862, D., 63. 2. 29, S., 62. 2. 402.

351 Wable, op. cit., n. 76 s.

352 V. notamment le discours prononcé par M. Trarieux au Sénat dans la séance du 29 octobre 1888, Journal Officiel, 30 octobre 1888, Débats parlementaires, Sénat, p. 1993.

353 V. en ce sens Dalmbert, De la purge des priv. et hyp., 2^e édit., p. 358, n. 9 bis ; Wable, op. cit., n. 82.

354 Wable, op. cit., n. 85.

355 Cpr. supra, II, n. 1007.

356 Mourlon, Transcr., n. 1011 ; Wable, op. cit., n. 84.

357 Aubry et Rau, III, p. 465, § 283 bis. — Paris, 12 déc. 1817, Dev. et Car., Coll. Nouv., V. 2. 338. — Nancy, 24 juin 1825, J. G., v^o Priv. et hyp., n. 989. S., 35. 2. 84. — Civ. rej., 24 janv. 1838, J. G., cod. v^o, n. 985, S., 38. 1. 97. — Bordeaux, 10 avril 1845, D., 45. 4. 16, S., 47. 2. 166. — Paris, 18 mars 1848, D., 48.2. 65, S., 48. 2. 307. — Amiens,

11 mars 1854, et sur pourvoi Req., 8 août 1854, D., 54. 1. 337, S., 54. 1. 521. — Req., 13 nov. 1854, D., 55. 1. 113, S., 55. 1. 193. — Metz, 22 janv. 1856, D., 56.2. 152, S., 56. 2. 395.

358 Flandin, Transcr., II, n. 1514 ; Verdier, Transcr. hyp., II, n. 708 et 723 ; Aubry et Rau, III, p. 465, § 288 bis, texte et note 16. — Rennes, 21 juill. 1858, D., 59. 2. 67. — Bourges, 4 juin 1858 et sur pourvoi Civ. rej., 9 mai 1860, D., 60. 1. 217, S., 60. 1. 613. — Paris, 4 mars 1863, et sur pourvoi Civ. rcj., 3 juill. 1866, D., 66. 1. 289, S., 66. 1. 345.

359 Troplong, Transcr., n. 358 ; Flandin, Transcr., II, n. 1516 s. ; Bertauld, Subrog. à l'hyp. lég. des femmes mariées, n. 103 ; Pont, II, n. 821 ; Mérygnhac, op. cit., n. 70. — Trib. civ. Dûle, 20 mai 1857, D., 57. 3. 36. — Bourges, 20 août 1859, D., 59. 2. 80, S., 60. 2. 241. — Riom, 1^{er} mai 1860, D., 61. 5. 261, S., 60. 2. 523. — Metz, 19 mars 1861, D., 61. 2. 135, S., 61. 2. 177. — Paris, 30 nov. 1861, J. G. Suppl., v^o Priv. et hyp., n. 581. — V. cep. en sens contraire, Murlon, Transcr., II, n. 1115. — Paris, 8 janv. 1859, D., 59. 2. 65, S., 59. 2. 65. — Paris, 4 mars 1863, sous Civ. rej., 3 juill. 1866, D., 66. 1. 289, S., 66. 1. 345.

360 V. en ce sens les arrêts cités à la note 2 de la page précédente. M. Pont, qui dans la première édition de son traité des privilèges et hypothèques avait enseigné l'opinion contraire (II, n. 821), ne l'a pas reproduite dans sa nouvelle édition.

361 Dijon, 24 fév. 1869, D., 74. 2. 19. — Paris, 9 déc. 1890, D., 91. 2. 368.

362 Mérygnhac, op. cit., n. 51.

363 Mérygnhac, op. cit., n. 51.

364 Murlon, Rev. prat., 1856, I, p. 560 ; Aubry et Rau, III, p. 369, § 288 bis. — Cpr. Thézard, n. 232. — Bourges, 30

avril 1853, D., 54. 2. 52. — Civ. rej., 4 février 1856, D., 56.1. 61, S., 56. 1. 225. — Paris, 27 février 1857, D., 58. 2. 22, S., 57. 2. 283. — Douai, 8 juillet 1858 et sur pourvoi Req., 1^{er} juin 1859, D., 60.1. 381, S., 61. 1. 223. — V. en sens contraire Pont, Rev. crit., 1856, IX, p. 97 s. — Paris, 30 juin 1853 et 31 août 1854, D., 55. 2. 336, S., 55. 2. 177. — Bourges, 20 avril 1859, D., 60. 2. 80, S., 60. 2. 241.

365 Troplong, Transcr., n. 343 ; Pont, II, n. 781 s. ; Bertauld, op. cit., n. 98 ; Rivière et François, Explic. L. 23 mars 1855, n. 136 ; Aubry et Rau, III, p. 469, § 288 bis ; Mérignhac, op. cit., n. 52 et 53. — Orléans, 20 février 1857, D., 57. 2. 135, S., 57. 2. 200. — Dijon, 13 juillet 1858, D., 58. 5. 196, S., 59. 2. 366. — Saint-Denis (La Réunion), 15 décembre 1871 et sur pourvoi Req., 9 décembre 1872, D., 73. 1.339, S., 73. 1. 146.

366 Bertauld, op. cit., n. 96 ; Aubry et Rau, III, p. 469, § 288 bis ; Mérignhac, op. cit., n. 55. — V. cep. en sens contraire Mourlon, Transcr., II, n. 1022 s.

367 Paris, 30 nov. 1861, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 581.

368 Aubry et Rau, III, p. 386, § 280, texte et note 42 ; Mérignhac, op. cit., n. 59. — Caen, 18 déc. 1878, D., 79. 2. 241, S., 79. 2. 297.

369 Chavegrin, Note dans S., 89. 1. 17. — Riom, 3 juill. 1884 et sur pourvoi. Civ. rej., 6 juin 1887, D., 88.1. 33, S., 89.1. 17. — V.cep. en sens contraire Mérignhac, op. cit., n. 65.

370 Cpr. Chavegrin, loc. cit.

371 Bufnoir, Note dans S., 81. 1. 473. — Cpr. Mourlon, Transcr., II, n. 1101 ; Amiaud, Renonc. à son hyp. lég. par la femme du vendeur, p. 215 s. ; Didier, op. cit., p. 30.

372 V. infra, II, n. 1098.

373 Aubry et Rau, III, p. 474, § 288 bis, texte et note 41 ; Mérygnhac, op. cit., n. 64 ; Albert Tissier, op. cit., p. 644, n. 14. — Cpr. Civ. rej., 29 août.1866, D., 67. 1. 49, S., 67. 1. 9. — Paris, 18 août 1876, D., 78. 2. 78, S., 79. 2. 295.

374 Bertauld, op. cil., n. 24 et 101 ; Pont, II, n. 800, et Rev. crit., 1857, XI, p. 25 ; Aubry et Rau, III, p. 470, § 288 bis ; Mérygnhac, op. cit., n. 57. — Civ. cass., 5 fév. 1861, D., 61.1. 65, S., 61. 1. 209. — Civ. rej., 21 juill. 1863, D., 63. 1. 339, S., 63. 1. 493. — Dijon, 2 janv. 1865, D., 65. 2. 55. — Req., 1^{er} mai 1866, D., 66. 1. 293, S., 66. 1. 187. — Cpr. Toulouse, 30 déc. 1859, S., 60. 2. 244.

375 Aubry et Rau, III, p. 470, § 288 bis. — Paris, 27 fév. 1857, D., 58. 2. 22, S., 57.2. 283. — Req., 1^{er} juin 1859, D., 60. 1. 381, S., 61. 1. 223. — Req., 1^{er} mai 1866, D., 66. 1. 293, S., 66. 1. 187.

376 Cpr. cep. Civ. cass., 5 fév. 1861, D., 61. 1. 65, S., 61. 1. 209. — Cet arrêt semble poser en principe « que les créanciers ne sont pas chargés de veiller pour

» la femme, qu'en dehors de leur intérêt (il s'agissait dans l'espèce de créanciers

» subrogés), ils n'ont pas mission pour prendre sans son autorisation ou même contre

» son gré, une inscription dont ils ne peuvent le plus souvent vérifier les causes

» ou l'opportunité ».

377 Aubry et Rau, III, p. 470, § 288 bis. — Civ. cass., 25 fév. 1862, D., 62. 2. 240, S., 62. 2. 356. — Civ. rej., 3 juill. 1866, D., 66, 1. 291, S., 66. 1. 187.

378 V. Thézard, n. 231.

379 Dijon, 6 fév. 1889, D., 90. 2. 326, S., 89. 2. 79.

380 Colmet de Santerre, IX, n. 107 bis, IX ; Mérygnhac, op. cit., n. 60, 62 s. ; Lyon-Caen, Note dans S. sur l'arrêt de la

cour de Caen ; Bressolles, Transcr., n. 104 ; Verdier, Transcr., II, n. 685. — Caen, 18 décembre 1878, D., 79. 2. 241, S., 79. 2. 297.

381 Mourlon, Transcr., II, n. 1103 ; Bertauld, Subrog. à l'hyp. lég. des femmes mariées, n. 95.

382 V. Rivière et Huguet, Quest. sur la Transcr., n. 391 ; Bertauld, op. cit., n. 93 ; Ducruet, Etudes sur la Transcr., n. 42 ; Verdier, Transcr., II, n. C61 et 662 et Rev. prat., 1867, XXIV, p. 209 ; 1868, XXVI, p. 6 ; Aubry et Rau, III, p. 466, § 288 bis, texte et note 18 ; Garnier, Subrog. à l'hyp. lég., n. 349 s. ; Le Baron, Etude sur l'hyp. lég., n. 627 ; Hervieu, Journ. des conserv., II, p. 296 ; Leroux, Contrôl. de l'enregistr., art. 10689 ; Moreau, Note dans S., 1867. 1. 9. — Lyon, 22 déc. 1863, D., 64, 2. 193 et sur pourvoi Civ. rej., 29 août 1866, D., 67.1. 49, S., 67. 1. 9. — Trib. de Charolles, 6 sept. 1879, J. G. Supp., v° Priv. et hyp., n. 663, S., 80. 2. 148, réformé par l'arrêt de Dijon, du 4 août 1880. — Douai, 22 déc. 1887, D., 90. 1. 467 (sous cassation), S., 89. 2. 79 (cassé par l'arrêt du 5 mai 1890).

383 V. en faveur de cette opinion quoique avec des nuances diverses Pont, I, n. 486, et Rev. du not., VII, p. 829 ; Grosse. Comment. L. 23 mars 1855, sur l'art. 9 ; Dict. du not., v° Subrog. ; Amiaud, Rev. prat., XXIV, 1867, p. 481, XXVII, 1868, p. 58 ; Duchesneau, Rev. crit., 1857, XI, p. 188 ; Paul Gide, Condit. privée de la femme, p. 500 ; Berger, Transcr., II, n. 343 s. ; Mourlon, Transcr., II, n. 970 et 1105 ; Larombière, Des oblig., sur l'art. 1250, n. 57 s. ; Boileux, VII, p. 442 ; Boulanger et de Récy, Radiat. hyp., I, n. 112 s. ; Thiercelin, Note dans D., 64. 2. 193 ; Bufnoir, Note dans S., 81.1. 473 ; Labbé, Note dans Journ. Pal., 64. 231, et Rev. crit., 1881, Nouv. série, X, p. 336 s. ; Mérignhac, op. cit., n. 155 s. ; Thézard, n. 114 ; Tissier, Rev. crit., Nouv. série, 1889, XVIII, p. 634. — Trib. civ. la Flèche, 26 août 1878. — Trib. civ. Beaune, 28 août 1879, D., 80. 3. 134, S., 80. 2.

148. — Trib. civ. le Mans, 28 janv. 1880, D., 80. 3. 134. — Dijon, 4 août 1880, D., 80. 2. 241, S., 80. 2. 323. — Dijon, 6 fév. 1889, D., 90. 2. 326, S., 89. 2. 79. — La cour de cassation, qui, par arrêt du 29 août 1866 (Civ. rej., 29 août 1866, D., 67. 1. 49, S., 67. 1. 9), avait décidé que l'art. 9 de la loi de 1855 s'appliquait à la renonciation faite au profit de l'acquéreur lorsqu'elle était translatrice, a décidé au contraire qu'il est étranger à la renonciation purement extinctive. Civ. cass., 5 mai 1890, D., 90. 1. 467, S., 90. 1. 392.

384 César Bru, Etude sur la renonc. par la femme mariée à son hyp. lég., p. 86, Thèse, p. 143.

385 Escorbiac, Lois nouvelles, 1890, p. 127 ; César-Bru, Etude sur la renonc. par la femme à son hyp. lég., p. 82 s. ; Wable, Tr. des renonc. par la femme à son hyp. lég., n. 86.

386 Escorbiac, op. cit., p. 130 ; César-Bru, op. cit., p. 88 s., Thèse, p. 145 ; Wable, op. cit., n. 95.

387 Civ. cass., 5 mai 1890, D., 90. 1. 467, S., 90. 1. 392.

388 Tissier, op. et loc. cit., p. 645, n. 15.

389 Wable, op. cit., n. 96.

390 César-Bru, op. cit., p. 86 s., Thèse, p. 144 s.

391 V. supra, II, n. 1099.

392 Wable, op. cit., n. 97.

393 Cpr. Verdier, Transcr., II, n. 366 ; Mérignhac, op. cil., n. 66.

394 Mourlon, Subrog., p. 609 ; Bertauld, Subrog. à l'hyp. lég. des femmes mariées, n. 140 ; Aubry et Rau, III, p. 471 et 472, § 288 bis. — V. supra, II, n. 1072.

395 Mourlon, Subrog., n. 598 s.

396 Troplong, II, n. 906 et Transcr., n. 332 ; Gauthier, Subrog., n. 583 ; Rivière et Huguet, Quest. sur la transcr., n. 385 s. ; Berlauld, Subrog. à l'hyp. lég. des femmes mariées, n. 50 ; Pont, I, n. 476 et 477 ; Aubry et Rau III, p. 470, § 288 bis, note 28. — Paris, 1^{er} juin 1807 ; Amiens, 17 mars 1823 ; Req., 15 juin 1825 ; Nancy, 22 mai 1826 ; Req., 2 avril 1829, J. G., v^o Priv. et hyp., n. 967, 975, 989, Dev. et Car., Coll. nouv., II, 2, 251 ; VII. 2. 182 ; VIII. 1.137 ; VIII. 2. 236 ; IX. 1. 266. — Lyon, 7 avril 1854, S., 54. 2. 577. — Req., 8 août 1854, D., 55. 1. 337, S., 54. 1. 321.

397 Thézard, n. 106 ; Mérignhac, op. cit., n. 75 s.

398 Aubry et Rau, III, p. 463, § 288 bis ; Colmetde Santerre, IX, n. 81 bis, XXVI ; Thézard, n. 107 ; Mérignhac, op. cit., n. 77. — Bordeaux, 10 août 1853, D., 54. 2. 26. S., 54. 2. 98.

399 Aubry et Rau, III, p. 472, § 288 bis, texte et note 32. — V. cep. en sens contraire Bertauld, op. cit., n. 116 s.

400 Pont, I, n. 482 ; Aubry et Rau, III, p. 472, § 288 bis ; Thézard, n. 107. — Paris, 3 fév. 1855, D., 55. 2. 285, S., 55. 2. 307. — Cpr. Lyon, 3 juill. 1867 et sur pourvoi Civ. rej., 24 mai 1869, D., 69.1. 276, S., 69.1. 345. — V. en sens contraire Mérignhac, op. cit., n. 77. — Toulouse, 22 juill. 1859, sous Req., 19 janv. 1860, D., 60. 1. 400.

401 Pont, I, n. 483 ; Bertauld, op. cit., n. 126 ; Aubry et Rau, III, p. 472, § 288 bis ; Thézard, n. 108. — Req., 30 avril 1849, D., 50. 1.117, S., 49. 1. 465.

402 V. supra, n. 1007 s.

403 Civ. rej., 1^{er} août 1848, D., 48.1. 189, S., 48.1.727. — Colmar, 1^{er} mars 1855, D., 57. 2. 37, S., 56. 2. 577.

404 Colmar, 1^{er} mars 1855, précité. — Paris, 31 mars 1853 et sur pourvoi, Civ. rej., 26 juin 1855, D., 55. 1. 273, S., 55.

1. 670.

405 Mérignhac, op. cit., n. 81.

406 Pont, I, n. 483 ; Aubry et Rau, III, p. 473, § 288 bis ; Thézard, n. 108 ; Mérignhac, op. cit., n. 82. — Orléans, 16 mars 1849, D., 49. 2. 156, S., 49. 2. 449. — V. en sens contraire Bertauld, op. cit., n. 117 et 118.

407 Baudry-Lacantinerre et Wahl, Traité des successions, III, n. 4153.

408 Civ. rej., 8 août 1894 (Gaz. des Trib., 15 août 1894).

409 Aubry et Rau, III, p. 473, § 288 bis.

410 Thézard, n. 107.

411 Cpr. Civ. rej., 26 juin 1855, D., 55. 1. 273, S., 55. 1. 670. — Agen, 23 mars 1870, D., 70. 2. 248, S., 70. 2. 274.

412 Aubry et Rau, III, p. 474, § 288 bis. — Orléans, 12 juillet 1854, S., 54. 2. 561. — Metz, 22 janv. 1856, D., 56. 2. 152, S., 56. 2. 395. — Paris, 8 janv. 1859, D., 59. 2. 65, S., 59. 2. 65. — Caen, 31 août 1863, D., 64. 2. 138. — Lyon, 3 juillet 1867, et sur pourvoi Civ. rej., 24 mai 1869, D., 69. 1. 276, S., 69. 1. 345. — Nancy, 20 déc. 1871, D., 72. 2. 35, et sur pourvoi Civ. cass. (rejet sur ce point), 26 janv. 1875, D., 75. 1. 52. — Agen, 20 mars 1889, D., 90. 2. 143.

413 Req., 11 fév. 1867, D., 67. 1. 465, S., 67.1. 101.

414 Mérignhac, op. cit., n. 96. — Orléans, 12 juillet 1854, S., 54. 2. 561, et sur pourvoi Civ. rej., 4 fév. 1856, D., 56. 1.61, S., 56.1.225. — Cpr. Civ. cass., 14 janvier 1817, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1003, S., 17.1. 146. — Metz, 20 janv. 1859, J. G. Suppl., cod. v°, n. 633, S., 59. 2. 367.

415 Thézard, n. 107.

416 Aubry et Rau, III, p. 474, § 288 bis ; Mérignhac, op. cit., n. 99. — Angers, 3 avril 1835, J. G., v° Priv. et hyp., n.

2211, S., 35. 2. 226. — Paris, 24 août 1840, J. G., cod. v°, n. 2211, S., 41. 1. 336 à la note. — V. cep. en sens contraire Amiens, 10 juill. 1843, D., 46. 2. 164, S., 46. 2. 395.

417 Troplong, Transcr., n. 339 ; Pont, II, n. 797 ; Bressolles, Exposé des règles de dr. civ. résultant de la loi du 23 mars 1855 sur la transcr., n. 106 ; Mérygnhac, op. cit., n. 67. — V. cep. en sens contraire Murlon, Transcr., II, n. 1093.

418 Cpr. Mérygnhac, op. cit., n. 95.

419 V. en ce sens pour cette première hypothèse Murlon, Subrog., p. 21 à 26 et 575 ; Bertauld, Subrog. à l'hyp. lég. des femmes mariées, n. 166 à 168 ; Aubry et Rau, III, p. 461, § 288, texte et note 20. — V. en sens contraire Grenier, I, n. 393 ; Troplong, I, n. 367 ; Benech, Du nantiss. appliqué aux droits et reprises de la femme, p. 103 s — Comme il ne s'agit pas d'une subrogation opérée à la suite d'un paiement dans les conditions des art. 1249 s., il ne saurait être question d'appliquer ici l'art. 1252 et la maxime Nemo contra se subrogasse censetur.

420 V. en ce sens pour cette deuxième hypothèse Grenier, I, n. 389 ; Murlon, op. cit., p. 575 et 576 ; Bertauld, op. cit., n. 169 à 173 ; Aubry et Rau, III, p. 462, § 288, texte et note 21. C'est du moins ce qu'à notre avis ont dû avoir en vue ces derniers auteurs, quand ils parlent de la subrogation à une portion déterminée des droits de la femme.

421 Cpr. Dalmbert, De la purge des priv. et hyp., 2^e édit., p. 363 et 364, n. 20.

422 V. infra, II, n. 1165 s.

423 V. en ce sens Req., 11 juillet 1894.

424 Bertauld, Subrog. à l'hyp. lég. des femmes mariées, n. 174 s. ; Aubry et Rau, III, p. 462, § 288, texte et note 22.

425 V. Req., 11 juill. 1894.

426 Aubry et Rau, p. 475, § 288 bis ; Mérygnhac, op. cit., n. 114.

427 Toulouse, 24 (ou 29) fév. 1892, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 533, S., 93. 2. 105.

428 Aubry et Rau, III, p. 476, § 288 bis ; Mérygnhac, op. cil., n. 107. — Bourges, 30 juillet 1853, D., 56. 2. 205, S., 55.2. 586. — Req., 11 février 1867, D., 67. 1. 465, S., 67. 1. 101. — V. sur ce dernier arrêt qui semble avoir admis que la créance de la femme est transmise au subrogé la Note de M. Beudant dans D. loc. cit.

429 Gauthier, Subrog., n. 587 et 588 ; Aubry et Rau, III, p. 476, § 288 bis. — V. en sens contraire Bertauld, op. cit., n. 129 s.

430 Amiens, 12 mars 1842 et sur pourvoi Req., 30 déc. 1844, D., 45.1. 72, S., 45. 1. 367. — Lyon, 4 août 1853 et 11 août 1855, D., 57. 2. 127, S., 55. 2. 30 et 687. — Cpr. Laurent, XVIII, n. 105.

431 V. en ce sens Gauthier, Subrog., n. 587 s. ; Aubry et Rau, III, p. 476 s., § 288 bis ; Thézard, n. 108 ; Mérygnhac, op. cit., n. 105 s.

432 Aubry et Rau, III, p. 477, § 288 bis.

433 Paris, 27 mai 1848, D., 48. 2. 128, S., 49. 2. 283.

434 Aubry et Rau, III, p. 477, § 288 bis.

435 Pont, I, n. 484 et 488 ; Mérygnhac, op. cil., n. 137 s.

436 V. en ce sens, Mourlon, Subrog. pers., p. 609 ; Bertauld, Subrog. à l'hyp. lég. des femmes mariées, n. 140 ; Aubry et Rau, III, p. 471 s., § 288 bis, texte et notes 29 et 30 ; Garnier, Subrog. à l'hyp. lég., n. 230 ; Le Baron, Etude sur l'hyp. lég. de la femme mariée, n. 574 ; Didier, Elude sur la loi du 13 février 1889, p. 6 s. — V. en ce sens Civ.

cass., 14 janv. 1817, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1003, S., 17. 1.146.

437 Pont, I, n. 485 ; Aubry et Rau, III, p. 464, § 288 bis. — Civ. cass., 20 août 1816, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1002, Dev. et Car., Coll. nouv., V. 1. 232. — Civ. cass., 14 janv. 1817, J. G., cod. v°, n. 1003, S., 17. 1. 146. — Amiens, 19 déc. 1846, D., 47. 2. 97, S., 47. 2. 193. — Lyon, 15 mai 1847, S., 48. 2. 230. — Req., 21 fév. 1849, D., 49. 1. 157, S., 49.1. 643. — Angers, 27 mai 1864, D., 64. 2. 152. — Agen, 14 mars 1866, D., 67. 2. 129, S., 67. 2. 55. — Paris, 10 fév. 1873, D., 74. 2. 133. — Dijon, 17 nov. 1876, D., 78. 2. 57, S., 77. 2. 261. — V. en sens contraire, Lyon, 31 juill. 1839, sous Req., 24 déc. 1873, D., 74. 1. 147. — Cpr. Mourlon, Transcr., II, n. 856 s.

438 Pont, I, n. 485 ; Mérygnac, op. cit., n. 145. — Amiens, 3 mars 1853, D., 54. 5. 427. — Metz, 31 déc. 1867, D., 68. 2. 145, S., 69. 2. 5.

439 Bertauld, Subrog. à l'hyp. lég. des femmes mariées, n. 49 ; Aubry et Rau, III, p. 464, § 288 bis. — Amiens, 16 fév. 1854, D., 54. 2. 148, S., 54. 2. 260. — Agen, 21 mars 1866, D., 67. 2. 129. — Dijon, 19 nov. 1876, D., 78. 2. 57, S., 77. 2. 261. — Cpr. Civ. rej., 6 nov. 1855, D., 55. 1. 449, S., 56. 1. 235. — Req., 12 fév. 1868, D., 68. 1. 346, S., 68. 1. 289.

440 Dalmbert, De la purge des priv. et hyp., 2^e édit., p. 354, n. 12.

441 Séance du 6 fév. 1888, Sénat, Débats parlementaires, 1888, p. 109.

442 V. en ce sens Wable, Tr. des renonc. par la femme à son hyp. lég. au profit du tiers acquéreur, n. 106 s.

443 Dalmbert, op. cit., p. 356, n. 13 ; Wable, op. cit., n. 121.

444 V. supra, II, n. 1103.

445 Wable, op. cit., n. 108 ; César-Bru, Etude sur la renonc. par la femme mariée à son hyp. lég., p. 130, Thèse, p. 144 s. — V. cep. en sens contraire Dalmbert, op. cit., p. 355, n. 12.

446 Amiens, 3 mars 1853, D., 54. 5. 427. — Civ. cass., 26 août 1862, D., 62. 1. 344, S., 62. 1. 920. — Dijon, 4 août 1880, D., 80. 2. 241, S., 80. 2. 323. — V. cep. en sens contraire Amiens, 19 décembre 1846, D., 47. 2. 97, S., 47. 2. 193. — Angers, 27 mai 1864, D., 64. 2. 152. — Dijon, 17 novembre 1876, D., 78. 2. 57, S., 77.2.261.

447 Journ. des not., 1889, art. 24199, p. 133 ; Journ. des conserv. des hyp., 1890, art. 4075, p. 256 ; Wable, op. cit., n. 111.

448 Wable, op. cit., n. 111.

449 Journ. des conserv. des hyp., 1890, art. 4075, p. 258.

450 César-Bru, op. cit., p. 108 s., Thèse, p. 156 s. ; Wable, op. cit., n. 101.

451 Séance du 7 fév. 1888, Sénat, Débats parlementaires, 1888, p. 123.

452 Cpr. Paris, 10 fév. 1873, D., 74. 2. 133.

453 V. en ce sens, César-Bru, op. cit., p. 104 s., Thèse, p. 155 s. ; Wable, op. cit., n. 112 s.

454 V. supra, II, n. 1140.

455 Wable, op. cit., n. 135.

456 V. en ce sens, César-Bru, op. cit., p. 135 s., Thèse, p. 174 s. ; Tissier, op. et loc. cit., p. 646, n. 17.

457 Escorbiac, Lois nouvelles, 1889, Commentaire de la loi du 13 fév. 1889, p. 136 ; Wable, op. cit., n. 139.

458 Dalmbert, op. cit., p. 256 s., n. 14 s. ; Wable, op. cit., n. 120.

459 Tissier, Rev. crit., 1889, nouv. série, XVIII, p. 649, n. 22 ; César-Bru, op. cit., p. 119 s., Thèse, p. 164 s. ; Dalmbert, op. cil., p. 359, n. 20 ; Wable, op. cit., n.140 s. — Cpr. Riom, 3 juill. 1884 sous Civ. rej., 6 juin 1887, D., 88. 1. 33, S., 89. 1. 17 et la Noie de M. Chavegrin. — V. en sens contraire Didier, op. cit., p. 34 ; Escorbiac, Lois nouvelles, 1890, op. cit., p. 127.

460 Escorbiac, Lois nouvelles, 1890, op. cit., p. 154.

461 D., 88. 1. 33, S., 89. 1. 17.

462 V. supra, II, n. 1084.

463 Sic, Tissier, Rev. crit., 1889, nouvelle série, XVIII, p. 652, n. 22 ; César-Bru, op. cit., p. 150 s., Thèse, p. 182 s. ; Dalmbert, op. cit., p. 360, n. 18 ; Wable, op. cit., n. 131 ; Didier, op. cit., p. 33 s.

464 V. Didier, op. cit., p. 13 s.

465 Dalmbert, op. cit., p. 360, n. 18 ; Wable, op. cit., n. 143 ; César-Bru, op. cit., p. 159, Thèse, p. 189 ; Tissier, loc. cit., p. 651, n. 23.

466 V. supra, II, n. 1152.

467 Dalmbert, op, cit., p. 362, n. 20 ; César-Bru, op. cit., p. 160 s., Thèse, p. 188 s. ; Wable, op. cit., n. 149. — V. en sens contraire Escorbiac, Lois nouvelles, 1890, op. cit., p. 162 ; Didier, op. cit., p. 39.

468 V. Tissier, Rev. crit., 1889, nouvelle série, XVIII, p. 652, n. 25 ; César-Bru, op. cit., p. 163 s., Thèse, p. 194 s.

469 V. en ce sens Journ. des not., De la renonc. à l'hyp. lég., mai 1889, p. 262 s. ; Journ. des conserv. des hyp.,

Commentaire de la loi du 13 février 1889, 1890, art. 4026, p. 53 ; Escorbiac, Lois nouvelles, 1890, p. 164.

470 Circ, du comité des not. des départ., n. 211, p. 526. — Eressolles, Rec. de l'Acad. de législ. de Toulouse, 1889, p. 155.

471 Dalmbert, op. cit., p. 362 s., n. 20 ; Wablé, op. cit., n. 157 s.

472 Wablé, op. cit., n. 163.

473 V. supra, II, n. 1127 et s.

474 V. supra, II, n. 1100.

475 L. 19, § 1 ; L. 20 21. 22 pr. ; L. 23, D., De reb. auct. judic. possid. (XLII, 5).

476 L. 20, C., De administ. tutor. (V, 37).

477 L. 7, § 5 et 6, C., De curat, fur. (V, 70).

478 Aubry et Rau, III, p. 206, § 264 bis.

479 Duranton, XIX, n. 314 ; Troplong, II, n. 423 ; Valette, n. 142 ; Pont, I, n. 496 ;

480 Valette, n. 142 ; Pont, I, n. 496 ; Aubry et Rau, III, p. 207, § 264 bis ; Thézard, n. 116. — Montpellier, 14 janvier 1823, S., 23. 2. 222 et sur pourvoi Req., 27 avril 1824, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1037, S., 24. 1. 268.

481 Pont, I, n. 492 ; Aubry et Rau, III, p. 206, § 264 bis ; Colmet de Santerre, IX, n. 82 bis, VI.

482 Aubry et Rau, III, p. 203, § 264 bis, note 2 ; Colmet de Santerre, IX, n. 82. bis, V.

483 Merlin, Rép., v° Puiss. patern., sect. II, n. 17 ; Delvincourt, III, p. 316 ; Duranton, III, n. 415 ; Grenier, I, n. 277 à 279 ; Magnin, Des minor., II, n. 1280 ; de Fréminville, De la minor., I, n. 18 ; Troplong, II, n. 424 ; Valette, n. 142 ;

Demolombe, Puiss. patern., n. 420 ; Martou, I, n. 775 ; Pont, I, n. 493 ; Taulier, VII, p. 292 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 157, § 795, note 6 ; Aubry et Rau, III, p. 206, § 264 bis ; Laurent, XXX, n. 271 ; Colmet de Santerre, IX, n. 82 bis, IV ; Thézard, n. 116 ; André, n. 672. — Civ. rej., 3 décembre 1821, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1035, S., 22. 1. 81. — Riom, 23 mai 1822, S., 25. 2. 152. — Lyon, 3 juillet 1827, S., 30. 2. 101. — Poitiers, 31 mars 1830, S., 30. 2. 138. — Bordeaux, 10 avril 1845, D., 45. 4. 16, S., 47. 2. 166. — Nîmes, 5 février 1849, D., 50. 1. 266. — Grenoble, 4 janvier 1850, D., 52. 2. 47, S., 50. 2. 543. — Toulouse, 2 janvier 1863, D., 63. 2. 215, S., 63. 2. 191. — Bordeaux, 19 mars 1875, D., 77. 2. 25, S., 76. 2. 97. — V. en sens cont. Persil, I, sur l'art. 2121, n. 36 ; Bâtur, II, n. 365. — Toulouse, 23 décembre 1818, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1035, S., 19. 2. 201.

484 Fenet, XV, pp. 333, 401 et 414 ; Locré, XVI, p. 228, p. 316, n. 12 et p. 324, n. 3.

485 Merlin, Rép., v° Hyp., sect. II, § 3, art. 4, n. 3 ; Grenier, I, n. 274 ; Duranton, XIX, n. 313 ; Troplong, II, n. 422 ; Valette, n. 142 ; de Fréminville, De la minor., I, n. 166 et II, n. 1124 ; Demolombe, De la minor., I, n. 389 et 390 ; Pont, I, n. 497 ; Aubry et Rau, III, p. 207, § 264 bis ; Laurent, XXX, n. 269 ; Colmet de Santerre, IX, n. 82 bis, IV ; Thézard, n. 116 ; André, n. 673.

486 Persil, I, sur l'art. 2121, n. 24 et 25 ; Grenier, I, n. 274.

487 Merlin, Rép., v° Hyp., sect. II, § 3, art. 4, n. 3 ; Valette, n. 143 ; Duranton, XIX, n. 314 ; de Fréminville, De la minor., II, n. 1125 ; Pont, I, n. 497 ; Aubry et Rau, III, p. 208, § 264 bis ; Colmet de Santerre, IX, n. 82 bis, IV ; Thézard, n. 116.

488 L. 20, C., De admin. tul. (V, 37) ; L. 19, § 1 et L. 23, D., De reb. auctor. judic. possid. (XLII, 5).

489 Basnage, Des hyp., ch. VI ; Brodeau sur Louet, Hyp., somm. 23 ; Pothier, De l'hyp., ch. I, sect. I, art. 3.

490 Troplong, II, n. 421 ; de Fréminville, De la minor., II, n. 1131 ; Pont, I, n. 500 ; Demolombe, De la minor., I, n. 390.

491 Grenier, I, 273 ; Aubry et Rau, III, p. 208, § 264 bis, texte et note 9 ; Thézard, n. 116 ; André, n. 673.

492 Aubry et Rau, loc. cit. ; Thézard, n. 117.

493 Valette, n. 142 ; Pont, I, n. 491 ; Aubry et Rau, III, p. 208, § 264 bis ; Thézard, n. 117 ; André, n. 686. — Pau, 19 août 1850, D., 51. 2. 5, S., 50. 2. 587.

494 Un arrêt de la cour d'Alger a appliqué cette règle à l'enfant trouvé sur la voie publique auquel un tuteur avait été nommé par un conseil de famille convoqué d'office, alors même qu'il aurait été placé dans un hospice sur la demande du tuteur. La cour a refusé de l'assimiler aux enfants assistés. Alger, 28 juin 1875, D., 77. 2. 178, S., 77. 2. 319.

495 Delvincourt, III, p. 316 ; Persil, I, sur l'art. 2121, n. 37 ; Grenier, I, n. 281 ; Duranton, XIX, n. 310 ; Troplong, II, n. 425 ; Valette, n. 142 ; de Fréminville, De la minor., II, n. 1130 ; Magnin, Tr. des minor., I, n. 551 ; Taulier, VII, p. 289 ; Demolombe, De l'adop., n. 236 ; Aubry et Rau, III, p. 209, § 264 bis, texte et note 12 ; Laurent, XXX, n. 266 ; Thézard, n. 117 ; Colmet de Santerre, IX, n. 82 bis, II ; André, n. 676. — V. en sens contraire, Pont, I, n. 495.

496 Delvincourt, III, p. 316 ; Persil, 1, sur l'art. 2121, n. 29 ; Duranton, III, n. 431 ; Valette, n. 142 ; Demolombe, De la min., I, n. 135 et 211 ; Pont, I, n. 499 ; Aubry et Rau, III, p. 208, § 264 bis ; Thézard, n. 117 ; Colmet de Santerre, IX, n. 82 bis, II ; Laurent, XXX, n. 264. — Cf. Req., 22 nov. 1836, J. G., v° Priv. et hyp., n. 968, S., 37. 1. 83.

497 Grenier, I, n. 280 ; Magnin, Des minor., I, n. 457 ; de Fréminville, De la minor., I, n. 51 ; Valette, sur Proudhon, II, p. 289, n. 6 ; Marcadé, II, sur l'art. 395, n. 1 ; Demolombe, De la minor., I, n. 124 ; Pont, I, n. 500 ; Aubry et Rau, III, p. 209, § 264 bis, texte et note 13 ; Thézard, n. 117 ; Colmet de Santerre, IX, n. 82 bis, III. — Req., 15 déc. 1825, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1029, S., 26. 1. 298. — V. en sens contraire Duranton, XIX, n. 312 ; Laurent, XXX, n. 264.

498 Persil, I, sur l'art. 2121, n. 32 ; Grenier, I, n. 380 ; Troplong, II, n. 426 ; Taulier, VII, p. 287 ; Magnin, Des minor., I, n. 457 ; de Fréminville, De la minor., I, n. 51 ; Demolombe, De la minor., I, n. 128 ; Aubry et Rau, III, p. 210, § 264 bis, texte et note 14 ; Thézard, n. 117 ; André, n. 680. — Paris, 22 déc. 1822, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1030, S., 34. 2. 231 à la note. — Poitiers, 28 déc. 1824, S., 25. 2. 51. — Nîmes, 30 nov. 1831, J. G., v° Minor., n. 109, S., 32. 2. 139. — Colmar, 26 nov. 1833, S., 34. 2. 231. — Civ. cass., 14 déc. 1836, J. G., v° Disp. entre vifs, n. 351, S., 37. 1. 88. — Req., 27 juin 1877, D., 78. 1. 412, S., 79. 1. 55. — V. en sens contraire Delvincourt, I, p. 217 ; Duranton, III, n. 426 ; Valette, sur Proudhon, II, p. 290, n. 7 ; Marcadé, II, sur l'art. 395 ; Laurent, XXX, n. 264 ; Colmet de Santerre, IX, n. 82 bis, IV. — Cpr. Pont, I, n. 500.

499 Supra, II, n. 976 s.

500 V. notamment Troplong, II, n. 429 ; Pont, I, n. 489 ; Despagnet, Précis de dr. internat. privé, 2^e édit., n. 638 s. — V. aussi Grenoble, 19 juill. 1849, D., 51. 2.10, S., 50. 2. 261.

501 Grenier, I, n. 284 ; Duranton, XIX, n. 307 ; Gaudry, Rev. de législ., 1835, II, p. 400 ; Massé, Dr. comm., II, n. 830 ; Masse et Vergé sur Zachariæ, V, p. 155, § 795, note 1 ; Aubry et Rau, I, p. 307, § 78. — Amiens, 18 août 1834, J. G.,

vo Priv. et hyp., n. 1040, S., 35. 2. 481. — Rennes, 30 août 1845, D., 46. 2. 164, S., 45. 2. 606. — Trib. civ. de Versailles, 13 juill. 1877, Journ. de Clunet, 1878, p. 41. — Trib. civ. de la Seine, 12 juill. 1883, Journ. de Clunet, 1883, p. 514. — Gand, 4 juin 1846, D., 46. 2. 213. — Cpr. aussi Grenoble, 19 juill. 1849 cité supra.

502 Cette disposition a été modifiée par la loi du 26 juin 1889, qui exige une autorisation du gouvernement.

503 Civ. rej., 13 janv. 1873, D., 73. 1. 297, S., 73. 1. 13.

504 Aubry et Rau, I, p. 307, § 78, texte et note 66. — Bourges, 4 août 1874, S., 75. 2. 69, Journ. Clunet, 1876, p. 31.

505 Merlin, Rép., v° Hyp., sect. II, § 3, art. 4, n. 3 ; Persil, I, sur l'art. 2135, § 1, n. 5 ; Grenier, I, n. 282 ; Duranton, XIX, n. 317 ; Troplong, II, n. 427 ; Pont, I, n. 501 ; Aubry et Rau, III, p. 212, § 264 bis ; Laurent, XXX, n. 273 ; Colmet de Santerre, IX, n. 81 bis, I ; Thézard, n. 119 ; André, n. 687. — Turin, 25 janvier 1811, S., 12. 2. 285. — Req., 12 mars 1811, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1009, S., 11. 1. 227. — Paris, 26 mars 1836, J. G., cod v°, n. 1047, S., 36.2. 259. — Pau, 17 juin 1837, J. G., cod. v°. n. 1065, S., 38. 2. 161.

506 Aubry et Rau, III, p. 213, § 264 bis. — Rouen, 18 janvier 1839, S., 39. 2. 208.

507 Aubry et Rau, loc. cit. — Req., 9 déc. 1829, J. G., v° Minorité, n. 729, S., 30.1. 8.

508 Bourges, 6 mars 1855, D., 55. 2. 300, S., 55. 2. 354. — Paris, 21 février 1875, S., 75. 2. 77. — Req., 16 janvier 1878, D., 78. 1. 268, S., 78, 1. 338. — Bordeaux, 18 déc. 1878, S., 79. 2. 174.

509 Aubry et Rau, III, p. 213, § 264 bis, texte et note 23.

510 Esnault, Des faillites, III, n.590 ; Demangeat sur Bravard, TV. de dr.com., V, p. 569, note 2 ; Aubry et Rau, III, p. 213, § 264 bis. — Grenoble, 7 juin 1834, J. G., v° Faillite, n. 120, S., 34. 2. 438. — Colmar, 2fév. 1857, D., 57. 2. 61, S., 57. 2. 681.

511 Riom, 3 août 1863, D., 63. 2. 133, S., 63. 2. 171, et sur pourvoi Civ. rej., 9 août 1865, D., 66. 1. 32, S., 65. 1. 447.

512 Pont, I, ni 501 ; Aubry et Rau, III, p. 214, § 264 bis ; Thézard, n. 119. — Dijon, 31 juill. 1824, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1029. — Toulouse, 18 déc. 1826, S., 27. 2. 242. — Grenoble, 18 juill. 1849, D., 51. 2. 10, S., 50. 2. 261.

513 Grenoble, 16 janv. 1832, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1054. — Bourges, 28 avr. 1838, J. G., cod. v°, n. 1054. — Angers, 24 fév. 1853, D., 53. 2. 42, S., 53. 2. 289.

514 Arrêtés de Lamoignon, Des tutelles, art. 130 ; Bourjon, Dr. com. de la Fmnce, liv. I, tit. VI, ch. II, n. 151, I, p. 65 ; Meslé, Tr. des tutelles, p. 131. — MM. Aubry et Rau (I, p. 485, § 120 et III, p. 214, § 264 bis) admettent cette solution en principe, mais ils y font exception pour le cas où il résulterait des circonstances que, par suite d'un nouvel accord entre les parties, il s'est opéré une interversion dans le titre auquel l'ancien tuteur a continué de gérer. — V. en faveur de cette opinion, Pau, 19 août 1850, D, 51. 2. 5, S., 50. 2. 587.

515 Demolombc, De la minor., II, n. 27 à 29 ; Pont, I, n. 502 ; Thésard, n. 119 ; André, n. 691. — Rouen, 29 mars 1870, D., 73. 2. 70.

516 V. supra, II, n. 998 s.

517 V. supra, II, n. 1017.

518 Pont, I, n. 554 ; Aubry et Rau, III, p. 211, § 264 bis ; Colmet de Santerre, IX n. 112 bis, I.

519 V. supra, II, n. 1021.

520 Merlin, Rép., v° Inscrip. hyp., § 3, n. 23 ; Troplong, II, n. 644 bis ; Pont, I, n. 553 ; Aubry et Rau, III, p. 211, § 264 bis.

521 Merlin, Rép., v° Inscrip. hyp., § 3, n. 19 ; Persil, I, sur l'art. 2141, n. 4 ; Pont, I, n. 543, 544, 555 ; Aubry et Rau, III, p. 212, § 264 bis.

522 Aubry et Rau, III, p. 211, § 264 bis, texte et note 17 ; Colmet de Santerre, IX, p. 242, n. 112 bis, II ; Thézard, n. 121. — V. en sens contraire, Persil, I, sur l'art. 2141, n. 2 ; Pont, I, n. 549.

523 V. supra, II, n. 1026.

524 Troplong, II, n. 638 et 644 : Pont, I, n. 563 ; Aubry et Rau, III, p. 400, § 282 ; Colmet de Santerre, IX, n. 115 bis, I. — Bourges, 1^{er} février 1831, J. G., v° Cont. de mar., n. 1424, S., 31. 2. 253. — Paris, 11 juin 1834, J. G., v° Priv. et hyp., n. 2132, S., 34. 2. 386. — Civ. cass., 3 juin 1834, J. G., cod. v°, n. 2632, S., 34. 1. 434. — La cour de cassation a décidé en conséquence qu'il y avait lieu de procéder à la nomination d'un subrogé tuteur ad hoc auquel la signification du jugement de réduction doit être également faite pour que les délais d'appel puissent courir (art. 444 Pr. civ.). Req., 3 déc. 1889, D., 90. 1. 21, S., 90. 1. 261. — V. cep. Rodière, Rev. de législ., 1835, I, p. 148.

525 V. supra, II, n. 1032.

526 Massabiau, Man. du min. publ., I, n. 902 ; G. Debacq, Act. du min. publ. en mat. civ., p. 283 s. ; Pont, I, n. 563 et 565 ; Troplong, II, n. 644 ; Boulanger et de Récy, Tr. des rad. hyp., II, n. 668. — V. supra, II, n. 1034, les arrêts relatifs à la réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée.

527 Aubry et Rau, III, p. 400, § 282, texte et note 10.

528 V. supra, II, n. 1028, 1034.

529 Merlin, Rép., v° Inscr. hyp., § 3, n. 23 ; Troplong, II, n. 644 bis ; Pont, I, n. 553 ; Aubry et Rau, III, p. 403, § 282.

530 V. supra, II, n. 1037.

531 Pont, I, n. 552 ; Aubry et Rau, III, p. 212, § 264 bis, texte et note 19, et p. 403 § 282 ; Thézard, n. 121 ; Colmet de Santerre, IX, n. 115 bis, III.

532 Douai, 22 avril 1857, D., 57. 2. 32, S., 57. 2. 746. PRIVIL. ET HYP., II.

533 Aubry et Rau, III, p. 248, § 264 quater ; Colmet de Santerre, IX, n. 83 bis, I ; Thézard, n. 122.

534 Ducrocq, Dr. admin., II, n. 1333.

535 Aubry et Rau, III, p. 248, § 264 quater ; Laurent, XXX, n. 417 s. ; Colmet de Santerre, IX, n. 83 bis, I ; Thézard, n. 122.

536 De Champeaux, Code des fabriques, II, p. 473 ; Gaudry, Législ. des cultes, III, n. 1138 ; Pont, I, n. 505 ; Aubry et Rau, III, p. 248 et 249, § 264 quater, texte et note 5 ; Laurent, XXX, n. 420 ; Thézard, n. 122. — Trib. civ. Langres, 10 mars 1864, S., 64. 2. 306.

537 Delcour, Tr. de l'administ. des fabriques, I, n. 109 ; Carré, Tr. du gouvern. des paroisses, n. 482 et 490 ; Affre, Administr. tempor. des paroisses, 5^e édit., p. 105 ; G. de Champeaux, Le dr. civ. ecclésiast. français ancien et moderne, I, p. 420, note 1 ; Bost, Encyclop. du contentieux des conseils de fabrique et des communautés religieuses, p. 457 ; Batbie, Tr. de dr. pub. et administ., 2^e édit., V, p. 207 ; Planiol, Note dans D., 90. 2. 273. — C. cass. du grand-

duché de Luxembourg, 17 déc. 1889, D., 90. 2. 273, S., 90. 4. 30.

538 Pont, I, n. 505. — Amiens, 22 mars 1855, D., 55. 2. 306, S., 55. 2. 350, cassé par l'arrêt du 8 juill. 1856 cité à la note suivante.

539 Lamache, Rev. crit., 1861, XVIII, p. 385 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 170, § 797, note 1 ; Aubry et Rau, III, p. 248, § 264 ter ; Ducrocq, Dr. admin., II, n. 1338 et 1583 ; Thézard, n. 122 ; Laurent, XXX, n. 419. — Paris, 17 mars 1854, D., 54. 2. 167, S., 55. 2. 564. — Caen, 18 mai 1854, D., 54. 2. 264, S., 55. 2. 697 et sur pourvoi Civ. rej., 5 mars 1856, D., 56.1.121, S., 56.1. 517. — Civ. cass., 8 juill. 1856, D., 56. 1. 278, S., 56.1. 878.

540 V. supra, I, n. 665.

541 Aubry et Rau, III, p. 249, § 264 quater ; Colmet de Santerre, IX, n. 83 bis, II Thézard, n. 122.

542 V. supra, I, n. 666. — V. en sens contraire, Aubry et Rau, III, p. 249, § 264 quater ; Colmet de Santerre, IX, n. 83 bis, II ; Thézard, n. 122.

543 Pothier, Tr. de l'hyp, ch. I, art. 3, n. 32.

544 V. en ce sens Léon Say, Dict. des finances, I, v° Comptabilité occulte, p. 1132 s. ; Béquet, Rép. de dr. administ., v° Comptabilité de fait, n. 401 ; de Swarte, Tr. de la comptabilité occulte, p. 95 et 96. — V. aussi Ducrocq cité par Batbie, Tr. th. et prat. du dr. administratif, VIII, p. 207 ad notam. — Bordeaux, 1^{er} juillet 1890, S., 92. 2. 33.

545 V. supra, I, n. 670 s.

546 V. supra, II, n. 962.

547 V. supra, II, n. 967.

548 Aubry et Rau, III, p. 204, § 264, note 13-1° et p. 332, § 272, texte et note 24.

549 Aubry et Rau, loc. cit.

550 Dijon, 5 août 1862, D., 62, 2. 149, S., 62. 2. 544. — Paris, 27 mai 1865, D., 65. 2. 174, S., 65. 2. 227.

551 V. supra, II, n. 967.

552 Demangeat sur Bravard, Tr. de dr. comm., 2^e édit., V. p. 453, note 1 ; Boistel, Manuel de dr. comm., n. 194.

553 Aubry et Rau, III, p. 204 et 205, § 264, texte et notes 14 et 15 ; Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. com., II, n. 2707.

554 V. cep. Valette, Rev. de dr. fr. et étr., 1849, VI, p. 912 ; Bonjean, Tr. des actions, II, p. 177.

555 L'origine de l'hypothèque judiciaire est fort obscure. Il n'est pas facile de dire si, dans le très ancien droit, la préférence n'appartenait pas au créancier le plus ancien et si la rédaction d'un acte authentique n'a pas été seulement un moyen de prouver cette antériorité. S'il en était ainsi, on comprend sans peine comment l'hypothèque judiciaire a été tout d'abord la garantie des cédules privées reconnues en justice (Cout. de Paris de 1510). On peut aussi soutenir que l'hypothèque judiciaire a été attachée aux jugements parce que, comme les actes notariés, ils avaient la force exécutoire. Ce serait sous l'empire de cette dernière idée que l'Ord. de Moulins de 1566 aurait attribué une hypothèque judiciaire au créancier porteur d'un jugement de condamnation. V. sur cette question la très curieuse et très remarquable étude de M. J. Challamel, L'hypothèque judiciaire.

556 V. aussi Déclaration de 1566 ; Ordonnance de 1667, tit. XXXV ; Déclaration du 2 janvier 1717.

557 Pont, I, n. 590 ; Aubry et Rau, III, p. 258, § 265 ; Colmet de Santerre, IX, n. 86 bis, III. — Bruxelles, 9 janv. 1807, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1153, S., 7. 2.230.

558 V. Pont, I, n. 590.

559 Pont, I, n. 590. — Orléans, 15 fév. 1854, D., 55. 2. 247 et sur pourvoi Req., 20 juin 1854, D., 54. 1. 231, S., 54. 1. 476.

560 De Vareilles-Sommières, De l'hyp. jud., p. 30 s.

561 Aubry et Rau, III, p. 252, § 265-2° ; de Vareilles-Sommières, L'hyp. jud., p. 69.

562 Troplong, II, n. 442 quater ; Duranton, XIX, n. 337 bis ; Pont, I, n. 588 ; de Vareilles-Sommières, L'hyp. jud., p. 84 ; Aubry et Rau, III, p. 253, § 265 ; Thézard, n. 77. — Grenoble, 28 mai 1831, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1118, S., 32. 2. 95. — V. en sens contraire Limoges, 30 juillet 1889, D., 92. 2. 183. — Cpr. Bordeaux, 30 avril 1840, J. G., cod. v°, n. 1120. — Rcq., 24 déc. 1890, D., 92. 1. 183.

563 Merlin, Rép., v° Hyp., sect. il, § 2, art. 4, n. 1 ; Grenier, I, n. 202 ; Rauter, Cours de proc., § 168 ; Battur, II, n. 328 ; Troplong, I, n. 448 ; Valette, Rev. de dr. franç. et étr., 1847, IV, p. 973 ; Pont, I, n. 588 ; Aubry et Rau, III, p. 253, § 265 ; de Vareilles-Sommières, L'hyp. jud., p. 60 ; Thézard, n. 75. — Cpr. Civ. cass., 22 déc. 1806, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1175, S., 7. 1. 110. Grenier, I,

564 Rauter, Cours de proc., § 308 ; Persil, I, sur l'art. 2123, n. 11 ; Grenier, I, n. 200 ; Troplong, I, n. 444 ; Valette, Rev. de dr. fr. et étr., 1847, IV, p. 978 ; Pont, I, n. 577 ; de Vareilles-Sommières, L'hyp. jud., p. 61 ; Aubry et Rau, III, p. 253, § 265, texte et note 14 ; Colmet de Santerre, IX, n. 87 bis, II ; Thézard, n. 77. — Il a même été décidé que toute clause contraire devrait être considérée comme nulle et non avenue. Limoges, 3 mars 1854, D., 55. 2. 29. Il semble

cependant que les parties pourraient stipuler une hypothèque conventionnelle sous les conditions du droit commun.

565 Persil, I, sur l'art. 2123, n. 13 ; Troplong, I, n. 440 ; Valette, Rev. de dr. fr. et étr., 1847, IV, p. 976 et 977 ; Pont, I, n. 575 ; de Vareilles-Sommières, L'hyp. jud., p. 62 s. ; Aubry et Rau, III, p. 253, § 265, texte et note 13 ; Thézard, n. 77. — Bordeaux, 25 mars 1834, S., 34. 2. 373. — V. en sens contraire Paris, 12 déc. 1833, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1124, S., 34. 2. 103.

566 De Vareilles-Sommières, L'hyp. judic., p. 36.

567 De Vareilles-Sommières, L'hyp. judic., p. 76. — Civ. cass., 18 avril 1855, D., 55. 1. 258, S., 55. 1. 861. — Cpr. Req., 22 février 1864, D., 64.1. 276, S., 64.1. 418.

568 Cpr. Paris, 4 janv. 1868, D., 68. 2. 136.

569 Civ. cass., 6 mai 1868, D., 68.1.316, S., 68.1. 391. — Req., 4 août 1879, D., 81. 1. 174, S., 80. 1. 59. — Riom, 22 déc. 1886, D., 87. 2. 230.

570 Civ. cass., 8 déc. 1857, D., 58. 1. 87. — Riom, 22 déc. 1886, D., 87. 2. 230.

571 De Vareilles-Sommières, L'hyp. judic., p. 39.

572 Req., 20 mai 1839, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1121.

573 Req., 1^{er} août 1881, D., 82. 1. 416, S., 82.1. 337 et la Note de M. Lacointa.

574 Rennes, 12 janv. 1891, D., 92. 2. 24.

575 Req., 19 août 1878, D., 79. 1. 264, S., 79. 1. 29. — V. aussi Riom, 4 juill. 1864 et sur pourvoi Req., 23 mars 1867, D., 68. 1. 423.

576 De Vareilles-Sommières, L'hyp. judic., p. 70 s.

577 De Vareilles-Sommières, L'hyp. judic., p. 74.

578 De Vareilles-Sommières, L'hyp. judic., pp. 62 et 83.

579 V. notamment Exposé des motifs par Treilhard : Fenet, XV, p. 454 et 455 ; Locré, XVI, p. 339, n. 12. — Rapport du tribun Grenier ; Fenet, XV, p. 497 et 498 Locré, XVI, p. 390, n. 27.

580 V. supra, I, n. 676 s.

581 Merlin, Rép., v° Hyp., sect. II, § 2, art. 3, n. 2 et 3 ; Persil, I, sur l'art. 2123, n. 33 à 36 ; Delvincourt, III, p. 295 ; Grenier, I, n. 194 ; Battur, II, n. 327 ; Duranton, XIX, n. 338 ; Troplong, II, n. 443 bis et ter et 444 ; Valette. Rev. de dr. fr. et étr., 1849, VI, p. 926, n. 6 ; Pont, I, n. 596 ; Aubry et Rau, III, p. 258, § 2'65 ; Thézard, n. 74 ; de Vareilles-Sommières, L'hyp. judic., p. 46 s.

582 Persil, I, sur l'art. 2123, n. 6 ; Grenier, I, n. 197 ; Pont, I, n. 578 ; Aubry et Rau, III, p. 255, § 265 ; de Vareilles-Sommières, op. cit., p. 51 s. ; Thézard, n. 75.

583 Battur, II, n. 324 ; Persil, I, sur l'art. 2123, n. 11 ; Rauter, Cours de proc., S 161 ; Merlin, Rép., v° Hyp., sect. 11, § 8, art. 5, n. 2 ; Pont, I, n. 577 ; Aubry et Rau, III, p. 254, § 265 ; de Vareilles-Sommières, L'hyp. jud, p.58 ; Thézard, n. 75.

584 Thézard, n. 75.

585 Civ. rej., 19 nov. 1872, D., 73. 1. 425, S., 73. 1. 49. — Req., 18 fév. 1873, D., 74. 1. 166, S., 73. 1. 397. — Req., 17 mai 1887, D., 87. 1. 252.

586 Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. comm., II, n. 2762.

587 Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. com., II, n. 2762. — Cpr. Rouen, 16 mai 1878, J. G. Suppl., v° Faillites, n. 638. Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'une hypothèque conventionnelle constituée pour sûreté d'une dette de

dommages-intérêts née d'un délit. Mais les motifs de l'arrêt sont généraux et s'appliquent aussi à l'hypothèque judiciaire, que l'art. 446 C. co. soumet à la même règle que l'hypothèque conventionnelle.

588 Bravard, Tr. de dr. comm., V, p. 247.

589 Demangeat sur Bravard, op. cit., V, p. 247, note 1 ; Lyon-Caen et Renault, op. cit., II, n. 2762 ; Renouard, Faillite, I, p. 389 ; Ruben de Couder, Dict. de dr. comm., indust. et marit., v^o Faillite, n. 382.

590 Req., 6 mars 1894, D., 94. 1. 489.

591 V. cep. en sens contraire Seignouret, Rev. gén. d'admin., 1893, II, p. 257 s.

592 Foucart, Dr. admin., III, n. 1765 ; de Vareilles-Sommicres, L'Hyp. judic., p. 177 s. ; Cormeuin, Dr. admin., I, p. 424 ; Chauveau, Code d'inst. admin., II, n. 867 ; Rousseau et Laisney, Dict. de proc. civ., IV, v^o Exéc. des jug., n. 206. — Agen, 18 juin 1892, S., 94. 2. 1 et sur pourvoi Req., 18 déc. 1893, D., 94.1. 97, S., 94. 1. 456. — V. en sens contraire Seignouret, op. cit., p. 266 ; Laferrière, Jurid. admin., I, n. 302 ; Brémond, Rev. crit, 1893, nouv. sér., XXII, p. 645 s. — V. aussi un article de M. des Cilleuls dans Gaz. des Trib., 29 juin 1894.

593 V. supra, II, n. 910.

594 V. supra, I, n. 274.

595 V. en ce sens Michoud, Note, dans S., 94. 2. 1.

596 V. en ce sens le rapport de M. le conseiller Marignan, D., 94. 1. 97. — V. en sens contraire Michoud, loc. cit.

597 V. Batbie, Traité de dr. public et admin., VI, n. 264, p. 207, note 1 ; Serrigny, Rev. crit., 1856, IX, p. 554 ; Aubry et Rau, III, p. 254, § 265, note 15 ; Durieu, Pours. en mat. de contrib. dir., I, p. 466.

598 Serrigny, Tr. de l'organ., de la compét. et de la procéd. content. administ., 2^e édit., III, n. 1341. Rev. crit., 1856, IX, p. 554 ; Valette, Rev. de dr. franç. et étr., 1847, IV, p. 832 ; Pont, I, n. 581 et 582 ; Duranton, XIX, n. 334 ; Foucart, Dr. administ., 4^e édit., II, n. 1206 ; Ducrocq, Cours de dr. administr., 5^e édit., II, n. 1103 ; Aubry et Rau, III, p. 254, § 265, note 15 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 171, § 798, note 8 ; de Vareilles-Sommières, L'hyp. jud., p. 104 s. ; Thézard, n. 72.

599 Lyon, 7 août 1829, J. G., v^o Priv. et hyp., n. 1111, S., 29. 2. 339.

600 Civ. rej., 28 janv. 1828, J. G., v^o Enregistrement, n. 5176, S., 28. 1. 128.

601 Paris, 16 déc. 1879, S., 80. 2. 141, et sur pourvoi Req., 9 nov. 1880, D., 81. 1. 249, S., 81. 1. 304.

602 Troplong, II, n. 447 ; Favard de Langlade, Rép., v^o Exéc. desjug., § 1, n. 3 ; Durieu, Pours. en matière de contrib. dir., I, p. 466 ; Dumesnil, Tr. de la législ. du Trésor public, n. 257.

603 d'Héricourt, De la vente des immeubles, ch. II, sect. II, n. 30 ; Persil, I, sur l'art. 2123, n. 23 ; Duranton, XIX, n. 342 ; Troplong, II, n. 452 ; Pont, I, n. 583 ; de Vareilles-Sommières, op. cit., p. 156 ; Thézard, n. 72.

604 Merlin, Rép., v^o Etranger, § 1, n. 8 ; Troplong, II, n. 429 ; Demangeat, Cond. civ. des étr., n. 76 ; Soloman, Cond. des étr., p. 60 ; Aubry et Rau, I, p. 303, § 78, et III, p. 251, § 265.

605 Application à toute l'Italie. — Montpellier, 10 juill. 1872, D., 72. 2. 240, S., 72. 2. 139.

606 Aix, 16 déc. 1869, D., 71. 2. 15.

607 V. en ce sens : Malleville, sur les art. 14 et 2123 ; Valette, Rev. de dr. fr. et étr., 1849, VI, p. 597 ; Foucher sur Carré, Lois d'organis. judic., III, p. 250 s. ; Demangeat, Condit. civ. des étr., n. 88, et sur Fœlix, Dr. internat, priv., II, p. 82, note a ; Fœlix, op. cit., n. 350 à 357 ; Colmet-Daage, Leçons de proc. civ., 12^e éd., II, p. 180, note 1 ; Griollet, Autorité de la chose jugée, p. 95 s. ; Aubry et Rau, VIII, p. 414, § 769 ter, texte et note 4. — Req., 7 janvier 1806, J. G., v^o Dr. civ., n. 422, S., 6. 1.129. — Req., 27 août 1813, S., 13. 1. 226. — Toulouse, 27 décembre 1819, J. G., v^o Exceptions, n. 149, S., 20. 2. 312. — Grenoble, 3 janvier 1829, J. G., v^o Dr. civ., n. 438, S., 29. 2. 176. — Angers, 4 juillet 1866, D., 66. 2. 156, S., 66. 2. 300. — Paris, 8 août 1866, J. G. Suppl., v^o Dr. civ., n. 238, S., 67. 2. 101. — Trib. civ. Le Mans, 20 mai 1868 ; Angers, 23 avril 1869, D., 69. 2. 218.

608 Massé, Dr. comm., II, n. 800 à 802 ; Soloman, Condit. jurid. des étr., p. 408 s., Marcadé, I, sur l'art. 15, n. 3 ; Boitard, Leçons de proc., 12^e édit., II, n. 801 ; Pont, I, n. 585 et 586 ; Bournat, Rev. prat., 1858, V, p. 338 s. ; Bonfils, Compét. des trib. fr. à l'égard des étr., n. 262 s. ; L. Durand, Essai de dr. internat. privé, n. 223 s. ; Trochon, Les étr. devant la justice fr., p. 115 s., p. 138 s. ; de Vareilles-Sommières, L'hyp. judic., p. 115 à 150. — Aix, 9 fév. 1888, D., 89. 2. 281, S. (sous cass.), 91. 1. 389. — Cpr. Demolombe, Public. des lois, etc., n. 263. — Paris, 23 fév. 1866, J. G. Suppl., v^o Dr. civ., n. 237, S., 66. 2. 300.

609 Merlin, Quest., v^o Jugement, § 14, n. 2 ; Toullier, X, n. 81, 82, 85 ; Grenier, I, n. 114 et 222 ; Troplong, II, n. 451 ; Chauveau sur Carré, Lois de la procéd., quest. 1899 ; Rauter, Cours de proc. civ., n. 157 ; Légat, Code des étr., p. 380 à 383 ; Larombière, Des oblig., V, sur l'art. 1351, n. 6 ; Colmet de Santerre, IX, n. 89 bis, IV s., X ; Rodière, Tr. de comp. et de proc., II, p. 188 ; Ruben de Couder, Dict. de dr.

comm., V, vo Jug. étr., n. 13 et 14 ; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, Leçons de proc. civ., 14^e édit., II, n. 801, note 1, note de M. Glasson. — Poitiers, 8 prairial an XIII, J. G., v^o Dr. civ., n. 423, S., 6. 2. 40. — Paris, 27 août 1816, S., 16. 2. 269, et sur pourvoi Civ. rej., 19 avril 1819, J. G., cod. v^o, n. 422, S., 19. 1. 288. — Req., 11 janvier 1843, J. G., cod. v^o, n. 473, S., 43. 1. 671. — Paris, 22 juin 1843, D., 45. 1. 77, S., 43. 2. 345. — Douai, 3 janvier 1845, D., 48. 2. 66, S., 45. 2. 513. — Bordeaux, 6 août 1847, D., 48. 2. 65, S., 48. 2. 153. — Douai, 22 décembre 1863, D., 65. 2. 111, S., 65. 2. 60. — Colmar, 10 février 1864, J. G. Suppl., v^o Dr. civ., n. 276, S., 64. 2. 122. — Paris, 22 avril 1864, D., 65. 2. 110, S., 65. 2. 60. — Pau, 6 janvier 1868, J. G. Suppl., cod. v^o, n. 239, S., 68. 2. 100. — Chambéry, 12 février 1869, D., 71. 2. 118, S., 70. 2. 9. — Pau, 17 janvier 1872, D., 75. 2. 193-194, S., 72. 2. 233. — Civ. cass., 20 août 1872, D., 72. 1. 342, S., 72. 1. 327. — Req., 28 juin 1881, D., 81. 1. 337, S., 82. 1. 33. — Req., 21 août 1882, D., 83. 1. 258, S., 84. 1. 425. — Aix, 24 mars, 30 juillet et 3 août 1885, S., 87. 2. 217. — Civ. cass., 9 février 1892, D., 92. 1. 609, S., 92. 1. 201. — Cpr. Demolombe, Publication des lois, etc., n. 263. — Paris, 22 novembre 1851, D., 52. 2. 209, S., 51. 2. 783. — Paris, 11 mai 1869, D., 71. 2. 119, S., 70. 2. 10. — Aix, 9 février 1888, D., 89. 2. 281, S., 91. 1. 389 (sous cass.).

610 Conclusions de M. l'avocat général Saulnier de la Pinelais rapportées dans Dalloz, 1880. 2. 52 ; Thézard, n. 73 ; Despagne, Pr. de dr. internat, priv., 2^e édit., n. 308. — Nancy, 6 juillet 1877, D., 78. 2. 220. — Rennes, 26 décembre 1879, D., 80. 2. 52, S., 81. 2. 81. — Cpr. Trib. civ. le Mans, 6 février 1866, D., 66. 2. 156.

611 V. Merlin, Quest., v^o Hyp., § 2.

612 Cpr. cep. de Vareilles-Sommières, L'hyp. judic., p. 149.

613 Grenier, I, n. 213 ; Delvincourt, I, p. 203 ; Troplong, II, n. 453 ; Pont, I, n. 587. — Cpr. de Vareilles-Sommières, L'hyp. judic., p. 149.

614 Thézard, n. 74.

615 Despagnet, Pr. de dr. internat, privé, 2^e édit., n. 324. — Cpr. Pont, I, n. 587.

616 Despagnet, op. cit., n. 324.

617 Trib. civ. Douai, 31 mai 1879, D., 81. 3. 40.

618 Amiaud, Explicat. de la loi du 5 août 1881, n. 46 ; Aubertin, Des honor. et frais d'actes des notaires, p. 180 s. — Trib. civ. Privas, 13 (ou 15) juillet 1886, cassé par arrêt du 3 août 1887, cité infra p. suiv. note. — Trib. de Brives, 18 novembre 1886, S., 87. 2. 22.

619 Teslout, Rev. crit., 1882, nouv. série, XI, p. 169 ; Didio, Comment. L. 5 août 1881, n. 35 ; Rev. du notar., 1882, p. 253 ; Vignancour, Et. sur L. 5 août 1881, n. 36 ; A. de Cosnac, Rev. du notar., 1888, p. 323 ; Defresnois, Comment., L. 5 août 1881, n. 24 ; Dutruc, Bull. de la taxe, V, p. 92. — Trib. civ. Valence, 30 juillet 1884, J. G. Suppl., v^o Priv. et hyp., n. 738, S., 85. 2. 189. — Trib. civ. La Châtre, 13 mars 1884 ; Trib. civ. Langres, 14 mai 1884, S., 86. 2. 46. — Trib. civ. Bourges, 21 juillet 1887, J. G. Suppl., cod. v^o, n. 738. — Civ. cass. (motifs), 3 août 1887, D., 88. 1. 259, S., 88. 1. 225. — De même, il a été jugé qu'un simple exécutoire de frais n'emporte pas hypothèque judiciaire. Nancy, 30 janvier 1892, D., 92. 2. 538.

620 Merlin, Rép., v^o Hyp., sect. II, § 2, art. 3, n. 2 et 3 ; Persil, I, sur l'art. 2123, n. 33 à 36 ; Delvincourt, III, p. 295 ; Grenier, I, n. 194 ; Battur, II, n. 327 ; Duranton, XIX, n. 338 ; Troplong, II, n. 443 bis et ter, et 444 ; Valette, Rev. de dr. fv. et étr., 1849, VI, p. 926, n. 6 ; Pont, I, n. 596 ; Aubry et Rau, III, p. 258, § 265 ; Thézard, n. 80. — Riom, 6

mai 1809, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1160, S., 10. 2. 39. — Bruxelles, 13 déc. 1810, J. G., cod. v°, n. 1158, S., 11. 2. 321. — Civ. rej., 21 mai 1811, J. G., cod. v°, n. 1160, S., 11. 1. 261. — Besançon, 12 août 1811, J. G., cod. v°, n. 1158. — Rouen, 7 déc. 1812, J. G., cod. v°, n. 1158, S., 13. 2. 367. — Req., 9 ou 19 déc. 1820, J. G., cod. vo, n. 1163, S., 21. 1. 369. — Toulouse, 24 fév. 1821, J. G., cod. v°, n. 1160-2°. — Civ. cass.. 29 nov. 1824, J. G., cod. v°, n. 1158, S., 25. 1. 132. — Toulouse, 27 mai 1830, S., 31. 2. 50. — Civ. rej., 19 juin 1833, J. G., cod. v°, n. 1164, S., 33. 1. 641. — Rouen, 27 mai 1834, J. G., cod. v°, n. 1158, S., 34. 2. 579. — Paris, 23 juill. 1840, J. G., cod. v°, n. 1162, S., 40. 2. 420. — Bordeaux, 22 août 1854, D., 55. 2. 123. — V. cep. Riom, 9 avril 1807, J. G., cod. v°, n. 1161, S., 7. 2. 646. — Toulouse, 10 déc. 1824, S., 25. 2. 411.

621 V. supra, II, n. 1260.

622 Loysel, Instit. cout., livre III, tit. VII, § 21, n. 503. — V. également Pocquet de Livonnière, Règles du dr. fr, liv. X, chap IV, art. 24 ; Pothier, Introd. au tit. XX de la coutume d'Orléans, n. 20 ; Bourjon, Dr. comm. de la France, liv. VI, tit. VI, sect. 6, n. 41, II, p. 539.

623 Montpellier, 16 nov. 1889, D., 90. 2. 170. — Récq., 5 janv. 1891, D., 91.1.331, S., 91. 1. 14 6.

624 Murlon, Transcr., II, n. 490 ; Binet, Rev. crit., 1877, nouv. série, VI, p. 433 s. — Nancy, 14 juin 1876, D., 78. 2. 129, S., 78. 2. 33.

625 Binet, loc. cit., p. 437.

626 Demangeat sur Bravard, Tr. de dr. comm., V, p. 300 ; Aubry et Rau, II, p. 307, § 209, texte et note 80 ; Labbé, Note, dans S., 78. 2. 33 ; Beudant, Note, dans D., 78. 1. 49. — Nancy, 27 déc. 1879, D., 80. 2. 119, S., 80. 2. 174. — Civ. cass., 23 avril 1884, D., 85. 1. 19, S., 84. 1. 209. — Req., 16 fév. 1887, D., 87. 1. 259, S., 88. 1. 257.

627 V. notamment à cet égard Req., 22 février 1881, D., 81. 1. 409, S., 84. 1.117. — Civ. rej., 14 décembre 1887, D., 88. 1. 385, S., 89. 1. 193. — Toulouse, 30 juillet 1888, D., 89. 2. 25, S., 89. 2. 99. — Orléans, 25 juillet 1890, D., 91. 2. 238, S., 91. 2. 167. — Civ. cass., 17 février 1892, D., 92. 1. 191. — V. Baudry-Lacantinerie et Wahl, Des successions, III, n. 4370.

628 V. sur tous ces points de Loynes, Femme mariée sous le régime dotal. Obligations nées pendant le mariage. Exécution, n. 7 s. — Cpr. de Vareilles-Sommières, L'hyp. judic., p. 158 s.

629 Pothier, Commun., n. 752 et 753. — Cpr. Duplessis, Commun., livre 1^{er}, p. 408 à la note.

630 Lebrun, Commun., livre II, chap. III, sect. 3, n. 12, p. 281.

631 Bourjon, Le droit commun de la France, liv. III, tit. X de la communauté, 3^e partie, chap. VII, n. 9, I, p. 563.

632 Troplong, II, n. 436 ter ; Persil, Quest., v^o Hyp. judic., § 4.

633 Delvincourt, III, p. 65 ; Aubry et Rau, III, p. 258 et 259, § 265, texte et notes 27 à 29 ; de Vareilles-Sommières, L'Hyp. judic., p. 163 s.

634 Troplong, Contr. de mar., III, n. 1676 ; Pont, I, n. 593 ; Duranton, XIV, n. 498 ; Valette, Rev. de dr. fr. et étr., 1849, VI, p. 991 ; Odier, Contr. de mar., I, n. 567 ; Toullier, XIII, n. 263 ; Bertauld, De l'hyp. lég. des femmes mariées, n. 66 s.

635 Lebrun, Tr. de la comm., loc. sup. cit.

636 Troplong, Cont. de mar., III, n. 1804.

637 Bertauld, De l'hyp, des femmes mariées, n. 74.

638 Cpr. Duranton, XIV, n. 499 ; Odier, Contr. de mar., I, n. 568. Nous n'osons citer ces auteurs dans un sens ou dans l'autre. Il plane quelque incertitude sur le point de savoir si leur solution est spéciale au cas où la dette ne tombe pas en communauté ou si elle s'étend même à l'hypothèse où elle est définitivement à la charge de la communauté.

639 V. Grenier, I, n. 185 ; Merlin, Rép., v° Titre confir., n. 3 et 4 ; Troplong, I, n. 442 ter ; Valette, Rev. de dr. fr. et étr., 1849, VI, p. 982 et 983 ; Pont, I, n. 594 ; Aubry et Rau, III, p. 259, § 265 texte et note 30 ; Thézard, n. 79. — Riom, 25 mai 1816, J. G., vo Priv. et hyp., n. 1145, S., 17. 2. 360. — Req., 29 (non 23) avril 1823, J. G., cod. v°, n. 1149, S., 23.1.333. — Civ. cass., 12 ou 13 décembre 1824, J. G., cod. v°, n. 1147, S., 25. 1. 184. — Req., 20 avril 1825, J. G., cod. v°, n. 1151, S., 26. 1. 230 ; Req., 1^{er} février 1830, S., 30. 1. 137. — Nîmes, 5 janvier 1831, J. G., cod. v°, n. 1150-1°, S., 31. 2. 94. — Orléans, 17 mars 1837, J. G., v° Exceptions, n. 563, S., 37. 2. 291. — Colmar, 24 juillet 1851, D., 52. 2.294, S., 52.2. 506. — Nancy, 8 mars 1854, D., 55. 5. 202, S., 54. 2. 512. — Paris, 8 décembre 1854, S., 54. 2.782. — Paris, 15 mai 1865, J. G. Suppl., cod. v°, n. 898, S., 65. 2. 257. — V. en sens contraire Montpellier, 12 janvier 1832, J. G., v° Prêt à intérêt, n. 197, S., 32. 2. 528.

640 Merlin, op. et v° cit., n. 2. — Req., 29 (non 23) avril 1833 ; Req., 20 avril 1825 ; Nîmes, 5 janvier 1831, cités à la note précédente. — Paris, 10 août 1850, D., 51. 2. 173.

641 Bordeaux, 29 juillet 1824, J. G., cod. v°, n. 1147, S., 24. 2. 246.

642 Cons. de Vareilles-Sommières, Hyp. judic., p. 219 s. ; J. Challamel, Hyp. judic.

643 V. le rapport de M. J. Challamel dans les Procès-verbaux de celle commission, fasc. 2, p. 205 s. et la discussion de la sous-commission, fasc. 2, p. 681 s., fasc. 3,

p. 65 s. — Cpr. Journ. des conserv. des hyp., art. 4329, p. 450 s.

644 Bourges, 16 août 1814, J. G., v° Priv. et hyp., n. 729.

645 Delvincourt, III, p. 298 ; Battur, II, n. 283. — Colmar, 18 avril 1806, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1321-1°, S., 6. 2. 981. — Liège, 7 janv. 1811, J. G., cod. v°, n. 1321-2°. — Cpr. Pont, II, n. 712.

646 Gillard, Const. hyp. conv., n. 309. — V. les autorités citées à la note suivante.

647 Merlin, Quest., v° Hyp., § 3, n. 2 ; Persil, Quest., I, ch. IV ; Toullier, VI, n. 546 ; Grenier, I, n. 26 ; Troplong, II, n. 480 ; Duranton, XIX, n. 244 ; Championnière et Rigaud, Dr. d'enreg., II, n. 934 ; Pont, Rev. crit., 1858, XII, p. 193 s. ; Doublet, Rev. prat., 1859, VII, p. 191 s. ; Aubry et Rau, III, p. 281, § 266, texte et note 66 ; Laurent, XXX, n. 528 ; Thézard, n. 69 ; Gillard, Const. hyp. conv., n. 310. — Rouen, 24 avril 1812, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1322-2°, S., 13. 2. 370. — Caen, 11 août 1812, S., 13. 2 : 128. — Req., 26 janv. 1814, J. G., cod. v°, n. 1322-21, S., 14. 1. 41. — Rouen, 9 mars 1830, S., 31. 2. 245. — Req., 10 août 1831, J. G., cod. v°, n. 1267, S., 31. 1. 371. — Paris, 20 août 1841, J. G., cod. v°, n. 1322-2°, S., 41. 2. 541. — Paris, 30 mars 1842, J. G., cod. v°, n. 1322-2°, S., 43. 2. 113. — Bruxelles, 27 déc. 1843, J. G., cod. v°, n. 1322-2°. — Gand, 29 juillet 1848, D., 48. 2. 149. — Besançon, 30 nov. 1848, D., 48. 2. 198, S., 48. 2. 729. — Req., 11 déc. 1848, D., 48. 1. 234, S., 49. 1. 115. — Civ. cass., 21 nov. 1849, D., 49. 1. 275, S., 50. 1. 91, et sur renvoi Metz, 14 mars 1850, D., 55. 5. 244. — Paris, 15 janv. 1852, D., 54. 5. 419, et sur pourvoi Req., 8 mars 1853, D., 54.1. 341, S., 55. 1. 214.

648 Pont, II, n. 715 ; Aubry et Rau, III, p. 282, § 266 ; Thézard, n. 69 ; Gillard, Const. hyp. conv., n. 314. — Civ. cass., 22 mars 1852, D., 52. 1. 86, S., 52.1.308. — Paris, 21

déc. 1852, D., 53. 2. 81, S., 53. 2. 5. — Civ. rej., 23 mars 1874, D., 74. 1. 316, S., 74. 1. 355. — Bordeaux, 19 août 1874, D., 77. 2. 230.

649 Pont, Rev. crit., 1858, XII, p. 198 s., n. 4 ; Aubry et Rau, III, p. 282, § 266, texte et note 67. — Civ. cass., 22 mars 1852 ; Paris, 21 déc. 1852 ; Bordeaux, 19 août 1874. — Cpr. Civ. rej., 23 mars 1874, cités à la note précédente.

650 Pont, Rev. crit., 1858, XII, p. 201 s., n. 5 ; Aubry et Rau, III, p. 282, § 266, texte et note 68. — Paris, 21 déc. 1852, cité supra. — Cpr. Req., 11 déc. 1848, D., 48. 1. 234, S., 49. 1. 115. — Civ. cass., 22 mars 1852, cité supra.

651 Req., 9 mars 1869, D., 69. 1. 398, S., 69. 1. 263.

652 V. des applications de cette solution dans Nîmes, 3 août 1854, sous Req., 13 août 1855, D., 56. 1. 165. — Req., 2 juin 1863, D., 63. 1. 337, S., 63. 1. 335. — Caen, 21 mars 1867, D., 69. 1. 202. — Req., 3 août 1870, D., 71. 1. 181, S., 72. 1. 219. — Dijon, 7 nov. 1872, D., 73. 2. 238, S., 73. 2. 84. — Limoges, 23 août 1873, D., 74. 5. 287, S., 73. 2. 277. — Paris, 4 juin 1886, D., 87. 2. 100. — Pau, 12 mars 1888, D., 89. 2. 276. — Req., 12 avril 1892, D., 93. 1. 503. — Cpr. sur les limites de ce pouvoir d'interprétation, Civ. cass., 29 nov. 1892, D., 93. 1. 85, S., 93. 1. 70.

653 Merlin, Quest., 2^e édit., v^o Hyp., § 3.

654 Merlin, Quest., 3^e édit., v^o Hyp., § 3, n. 1 ; Troplong, II, n. 477 et 508 ; Pont, Rev. crit., 1858, XII, p. 203 s., n. 7 ; Doublet, op. cit., p. 201 et 202 ; Aubry et Rau, III, p. 283, § 266 ; Thézard, n. 69 ; Laurent, XXX, n. 529 et 537 ; Gillard, Const. hyp. conv., n. 313. — Douai, 17 déc. 1833, J. G., v^o Priv. et hyp., n. 1323, S., 34. 2. 279. — Aix, 29 mai 1841, J. G., ibid., S., 41. 2. 520. — Poitiers, 9 janv. 1844, J. G., ibid. — Gand, 29 juill. 1848, D., 48. 2. 149.

655 Alger, 8 nov. 1870 (avec cassation), D., 74. 1. 316, S., 74. 1. 355.

656 V. en ce sens les auteurs cités supra, note 1.

657 Grenier, I, n. 296 ; Persil, I, sur l'art. 2114, n 3 ; Pardessus, Dr. comm., IV, n. 1137 ; Pont, II, n. 719 et Rev. crit., 1858, XII, p. 206 s, n. 8 ; Doublet, op. cit., pp. 199 à 201 ; Demolombe, Des contrats, II, n. 392 et 394 ; Aubry et Rau, III, p. 283, § 266, texte et note 71 ; Thézard, n. 69 ; Lyon-Caen et Renault, Tr. de dr. comm., IV, n° 729 ; Gillard, Const. hyp. conv., n. 311. — Liège, 28 juin 1823, S., 23. 2. 348. — Req., 10 août 1831, S., 31. 1. 371. — Douai, 17 décembre 1833, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1323-1°, S., 34. 2. 279.. — Paris, 20 août 1841, S., 41. 2. 541. — Paris, 30 mars 1842, S., 43. 2. 113. — Poitiers, 9 janvier 1844, J. G., ibid. — Gand, 29 juillet 1848, D., 48. 2. 149. — Besançon, 30 novembre 1848, D., 49. 2. 198, S., 48. 2. 729. — Paris, 15 janvier 1852, D., 54. 5. 419 et sur pourvoi Req., 8 mars 1853, D., 54. 1. 341, S., 55. 1. 214. — Rouen, 3 août 1864, S., 66. 2. 127. — V. en sens contraire Pothier, De l'hyp., n. 62 ; Domat, Lois civiles, liv. III, tit. I, sect. 1, art. 4 ; Basnage, Des hyp., chap. I, sect. 3 ; Toullier, VI, n. 546 ; Merlin, Quest., v° Hyp., § 3, n. 2 ; Troplong, II, n. 479 et 480 ; Championnière et Rigaud, Dr. d'enregist., II, n. 934.

658 Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. comm., I, n. 1089, et Tr. de dr. comm., IV, n. 732 ; Alauzet, C. de co., IV, n. 1349 ; Boistel, Cours de d. comm., n. 752 ; Bédarride, Lettre de change, I, n. 317 ; Demangeat, sur Bravard, Tr. de dr. comm., III, p. 142, note 1 ; Nouguier, Lettre de change, I, n. 715. — Colmar, 30 mars 1850 et 29 mars 1852, D., 54. 2. 145 et 190, S., 51. 2. 487. — V. aussi sur le principe de la transmission de l'hypothèque qui garantit une créance constatée par des effets de commerce et ses conséquences : Paris, 6 juin 1850, D., 51. 2. 181. — Colmar, 30 déc. 1850, D., 54. 2. 145, S., 54. 2. 487. — Paris, 25

février 1854, D., 55. 2. 295. — Rouen, 9 mai 1854, D., 54. 2. 247. — Civ. rej., 20 juin 1854, D., 54. 1.305, S., 54.1. 593. — Dijon, 5 août 1858, J. G. Suppl., v° Effets de comm., n. 150-5°, S., 59. 2. 50. — Alger, 7 mai 1870, D., 71. 2. 1, S., 71. 2. 105. — Toulouse, 18 mars 1885, D., 86. 2. 204.

659 V. supra, I. n. 128 s., et 198 s.

660 Bordeaux, 29 nov. 1849, D., 52. 2. 2, S., 52. 2. 97.

661 Bordeaux, 27 avril 1885, D., 86. 2. 263.

662 Orléans, 31 juillet 1883, D., 85. 2. 20.

663 Civ. rej., 22 août 1849, D., 49. 1. 273.

664 Troplong, Vente, I, n. 77 ; Duvergier, Vente, I, n. 119 ; Aubry et Rau, III, p. 285, § 266. — Toulouse, 16 mars 1812 et 1^{er} mars 1822, J. G., v° Nantissement, n. 275-1°, S., 24. 2. 14 et 15. — Montpellier, 26 juillet 1833, J. G., ibid., S., 34. 2. 29. — Montpellier, 6 mars 1840, J. G., cod. v°, n. 275-2°, S., 40. 2. 531. — Civ. cass., 1^{er} juillet 1844, J. G., cod. v°, n. 313, S., 45.1. 17. — Req., 26 fév. 1856, D., 56. 1. 116, S., 56. 1. 667.

665 Aubry et Rau, loc. cit. — Cpr. Troplong, Duvergier, locc. cilt.

666 Montpellier, 1^{er} mars 1855, D, 56. 2. 219.

667 V. supra, I, n. 5, 12, 171.

668 V. supra, II, n. 894.

669 V. Préface, p. XXXIII

670 Cpr. Angers, 1^{er} avril 1868, D., 68. 2. 83. — Il s'agissait, dans l'espèce, d'une attribution par partage qui, constatée par un acte sous seing privé n'ayant pas acquis date certaine, n'était pas opposable aux créanciers hypothécaires. Aujourd'hui la même règle s'applique aux

actes même ayant acquis date certaine, s'ils sont assujettis à la transcription et s'ils n'ont pas été transcrits.

671 V. supra, II, n. 930.

672 Championnière et Rigaud, Dr. d'enreg., IV, n. 3184 ; Demolombe, Distinct, des biens, I, n. 170, 171. — Cpr. cep., Pont, II, n. 635.

673 Merlin, Rép., v° Hyp., sect. III, § 3, art. 3, n. 6 ; Persil, Quest., II, p. 291 ; Championnière et Rigaud, Dr. d'enreg., IV, n. 3177, note 1 ; Duranlon, XXI, n. 6 ; Demolombe, Distinct, des biens, I, n. 168 ; Martou, III, n. 955 ; Mourlon, Transcr., I, n. 13 ; Dubois, Rev. prat., 1862, XIV, p. 185, n. 8 ; Laurent, V, n. 415, XXX, n. 215 ; Guillouard, Du louage, I, n. 299. — Besançon, 22 mai 1845, S., 47. 2. 273. — Req., 14 février 1849, D., 49. 1. 166, S., 49. 1. 231. — Trib. civ. Lyon, 10 janvier 1868, D., 71. 3. 33, note 1. — Trib. civ. Seine, 17 février 1870, D., 71. 3. 33, S., 71. 2. 181 réformé par Paris, 23 février 1872 cité note 1 de la p. suiv.

674 Req., 27 mai 1873, D., 73. 1. 410, S., 73. 1. 254. — V. aussi les arrêts cités à la note 1 de la page suivante.

675 Pont, II, n. 634 ; Aubry et Rau, II, p. 6 et 7, § 164, texte et notes 8 et 10, et p. 440, § 223. — Cpr. Planiol, Note dans D., 92. 2. 409. — Paris, 30 mai 1864, D., 66. 2. 174, S., 64. 2. 266. — Orléans, 19 avril 1866, D., 66. 2. 94. — Lyon, 14 août 1868, D., 71. 3. 33, note 1, S., 69. 2. 115. — Lyon, 18 février ou 18 mars 1871, D., 71. 2. 191, S., 71. 2. 81 et sur pourvoi Req., 13 février 1872, D., 72. 1. 256, S., 72. 1. 104. — Rouen, 26 août 1871 ; Nîmes, 3 janvier 1872, S., 72. 2. 170. — Paris, 23 février 1872, D., 74. 2. 21, S., 72. 2. 170. — Req., 5 novembre 1873, D., 74. 1. 373. — Paris, 4 novembre 1886, D., 88. 2. 4, S., 88. 2. 126. Paris, 9 août 1889, D., 90. 2. 119. — Paris, 8 février 1892, D., 92. 2. 409. — Cpr. Civ. rej., 7 avril 1862, D., 62. 1. 281, S., 62. 1. 459, qui décide également que dans ce cas on doit suivre la

procédure de la saisie-immobilière. — V. Flandin, Trancr., I, n. 32.

676 Pont, II, n. 634.

677 D., 49. 1. 166, S., 49. 1. 231.

678 Civ. rej., 7 août 1862, D., 62. 1. 281, S., 62. 1. 459.

679 Lyon, 18 fév. ou 18 mars 1871, D., 71. 2. 191, S., 71. 2. 81 et sur pourvoi, Req., 13 fév. 1872, D., 72. 1. 256, S., 72. 1. 104. — Rouen, 26 août 1871, S., 72. 2. 170. — Paris, 23 fév. 1872, D., 74. 2. 21, S., 72. 2. 170.

680 Nîmes, 3 janvier 1872, S., 72. 2. 170.

681 Pont, II, n. 634.

682 Paris, 8 fév. 1892, D., 92.2.409. On peut aussi invoquer en faveur de cette opinion un autre arrêt de la même cour du 9 août 1889, D., 90. 2. 119, aux termes duquel la résiliation et l'expulsion ordonnée par justice ne sauraient faire rétroactivement disparaître les droits concédés par le locataire.

683 V. notamment Civ. cass., 13 mai 1879, D., 79. 1. 417, S., 80. 1. 2G. — Req., 4 août 1885, D., 86. 1. 310, S., 86. 1.120. — Angers, 2, 3, 9 avril 1894, Gaz. des Tribunaux, 21 avril 1894. — V. cep. en sens contraire, C. de cass. de Belgique, 11 juill. 1878, D., 79. 2. 35, S., 79. 2. 108.

684 Req., 3 juill. 1877, D., 77. 1. 429, S., 78. 1. 38. — Trib. civ. Toulouse, 29 mars 1889, Gaz. des Trib. du Midi, 28 avril 1889. — Trib. civ. Lyon, 3 juill. 1889, Mon. jud. de Lyon, 6 nov. 1889.

685 V. Biudry-Lacaulinerie eL Wahl, Des success., I, n. 1233 s.

686 V. not. L. 15, § 1, D., De pignoribus et hypothecis XX, 1) ; L. 6 C., Si aliena res pignori (VIII, 16).

687 Grenier, I, n. 51 ; Persil, 1, sur l'art. 2124 ; Duranion, XIX, n. 367 ; Martou, III, n. 1002 s. ; Pont, II, n. 624 ; Thézard, n. 48 ; Daniel de Folleville, Essai sur la vente de la chose d'autrui, n. 139 ; Zachariæ, Massé et Vergé, V, p. 174, § 799, texte et note 5 ; Aubry et Rau, III, p. 261, § 266, texte et note 4 ; Laurent, XXX, n. 469 s. — Req., 12 juin 1807, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1192. — Cour sup. de Bruxelles, 11 juin 1817, J. G., ibid., S., 21. 2. 223. — Bordeaux, 24 janvier 1833, J. G., cod. v°, n. 1194-1°, S., 33. 2. 569. — Bordeaux, 16 juillet 1838, J. G., cod. v°, n. 1194, S., 38. 2. 502. — Nancy, 30 mai 1843, J. G., cod. v°, n. 1192, S., 43. 2. 547. — Dijon, 25 avril 1855, D., 55. 2. 218, S., 55. 2. 403. — Civ. cass., 24 mai 1892, D., 92. 1. 327, S., 92. 1. 289. — V. cep. en sens contraire Merlin, Quest., v° Hyp., § 4 bis ; Troplong, II, n. 518 à 521 ; Colmet de Santerre, IX, n. 92 bis, III s. ; Labbé, Rev. prat., 1875, XL, p. 180 ; Gillard, Constil, d'hyp. convent., n. 99 et 100. — Bordeaux, 21 décembre 1832, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1190, S., 33. 2. 205. — Metz, 20 avril 1836, J. G., cod. v°, n. 1193, S., 38. 2.197.) — Bruxelles, 10 août 1840, Pasic. belge, 41. 2.158. — Trib. Neufchâteau, Pasic. belge, 75. 3.139.

688 Aubry et Rau, Thézard, locc. citt. — Civ. cass., 24 mai 1892, cité à la note précédente.

689 Aubry et Rau, loc. cit.

690 Loc. cit.

691 Colmet de Santerre, IX, n. 92 bis, IV.

692 V. notamment Riom, 17 janv. 1889 et sur pourvoi, Civ. cass., 4 mars 1891, D., 91. 1. 313, S., 94. 1. 413.

693 Gillard, op. cit., p. 153, note 1.

694 L. 7, § 2, D., De senatusc. Macedon. (XIV, 6) ; L. 41, D., De pignorat. act. XIII, 7) ; L. 5, C., Si aliena res pignori data sit (VIII, 16).

695 Aubry et Rau, III, p. 262, § 266, texte et note 5 ; Laurent, XXX, n. 472 ; Thézard, D. 49. — V. en sens contraire Troplong, II, n. 528 ; Colmet de Santerre ; IX, n. 92 bis, III s. ; Gillard, op. cit., n. 99 et 104.

696 Pothier, Introd. à la cout. d'Orléans, tit. XX, ch. I, sect. 2 n. 24 ; Thézard, n. 49 ; Aubry et Rau, III, p. 262, § 266, note 6 ; Lauréat, XXX n. 450 ; Labbé, Note, dans S., 81. 1. 441. — Paris, 5 juill. 1877, D., n°, 2 168. — Cpr. aussi Req., 2 août 1859, S., 59. 1. 801 et 808. — V. cep. en sens contraire Renckhoff, Confir. des actes entachés de nullité, n. 38 ; Gillard, Constitut. de l'hyp. convent., n. 241. — Rennes, 29 oct, 1885, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp n. 848.

697 Req., 3 août 1859, D., 59. 1. 419, S., 59. 1. 801 et 811. — Civ. cass., 13 déc. 1875, D., 76. 1. 97, S., 76. 1. 213. — Cpr. Civ. rej., 25 avril 1856, D., 56. 1. 385. — V. en ce sens Pont, II, n. 626 ; Garsonnet, Note dans D., 76. 1. 97.

698 Aubry et Rau, III, p. 262, § 266, texte et note 6 ; Laurent, XXX, n. 473 ; Thézard, n. 50 ; Aubry, Rev. du not., nov. 1879 ; Gillard, op. cit., n. 102. — Cpr. Labbé, Ratif. des actes d'un gén. d'aff., n. 61. — Besançon, 17 déc 1873, sous Civ. cass., 13 déc. 1875, précité.

699 Aubry et Rau, III, p. 262, § 266, texte et note 10 ; Colmet de Santerre, IX, n. 92 bis, VI.

700 Bordeaux, 21 déc. 1832, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1190, S., 33. 2. 205. — Nancy, 30 mai 1843, J. G., cod. v°, n. 1192, S., 43. 2. 547. — Cpr. Aubry et Rau, III, p. 264, § 266 ; Pont, II, n. 630.

701 Aubry et Rau, loc. cit.

702 Colmet de Santerre, IX, n. 92 bis, V.

703 Delvincourt, III, p. 292 et 293 ; Grenier, I, n. 153 ; Duranton, XIX, n. 276 et 277 ; Pont, II, n. 642 et 643 ;

Martou, III, n. 965 ; Aubry et Rau, III, p. 264, § 266, texte et note 11.

704 V. supra, II, n. 1001.

705 Troplong, Vente, II, n. 691 ; Martou, III, n. 970 ; Coulon, Quest. de dr., III, p. 436 ; Pont, II, n. 646 et 647 ; Aubry et Rau, III, p. 267 et 268, § 266. — Req., 10 mars 1836, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1743, S., 36. 1. 167. — Bourges, 12 fév. 1853, D., 53. 2. 175, S., 53. 2. 441. — Riom, 11 déc. 1865, D., 66. 2. 179, S., 66. 2. 362. — V. cep. en sens contraire Laurent, XXIV, n. 371.

706 Grenier, I, n. 153 ; Aubry et Rau, III, p. 265 et 266, § 266, texte et notes 13 et 14. — Req., 21 déc. 1825, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1199, S., 26. 1. 275. — Bordeaux, 5 janv. 1833, J. G., v° Vente, n. 1463, S., 33. 2. 188. — Grenoble, 17 fév. 1849, D., 51. 2. 235, S., 49. 2. 544. — Nîmes, 18 déc. 1849, D., 52. 2. 122, S., 50. 2. 164. — Paris, 12 août 1871, D., 73. 2. 133, S., 71. 2. 193. — Cpr. Turin, 16 mars 1811, J. G., v° Priv. et hyp., n. 2071, S., 11. 2. 423. — Civ. cass., 18 mai 1813, J. G., v° Montpellier, 4 mars 1841, J. G., v° Priv. et hyp., n. 2214, S., 42. 2. 27 et sur pourvoi Req., 14 avril 1847, D., 47. 1. 217, S., 47. 1. 341. — Req., 23 août 1871, D., 73. 1. 321, S., 71. 1. 118. Vente, n. 1463, S., 13. 1. 326. — Req., 4 août 1824, J. G., cod. v°, n. 1463. —

707 V. en ce sens : Tarrible, Rép. de Merlin, v° Hyp., sect. II, § 3, art. 3, n. 5 ; Delvincourt, III, p. 154 ; Rolland de Villargues, Rép. du not., v° Réméré, n. 60 s ; Battur, II, n. 234 ; Persil, I, sur l'art. 2124, n. 11 ; Valette, p. 202 ; Duranton, XIX, n. 278 ; Troplong, II, n. 469 et Vente, II, n. 698, 749 s. ; Pont, II, n. 639 et 1286 ; Duvergier, Vente, n. 29 ; Martou, III, n. 964 ; Larombière, Oblig., II, sur l'art. 1181, n. 8 ; Colmet de Santerre, IX, n. 109 bis, III ; Demolombe, Contrats, II, n. 411 ; Verdier, Transcr., I, n. 73 ; Labbé, Rev. crit., 1856, VIII, p. 220 s. ; 1872, nouv. série, I, p. 497 s. ; Laurent, XXX, n. 477. — Douai, 22 juill.

1820, S., 21.2. 247. — Bordeaux, 13 août 1872, D., 73. 2. 209, S., 72. 2. 277. — Alger, 2 novembre 1885, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 788, S., 86. 2. 132. — Cpr. Rennes, 6 avril 1870, D., 71. 2. 67, S., 70. 2. 245. — Req., 12 mai 1880, D., 81. 1. 19, S., 81. 1. 295.

708 Labbé, Rev. crit., 1872, nouv. série, I, p. 197 ; Thézard, n. 135 ; Gillard, Constit. de l'hyp. conv., n. 109.

709 Cpr. Pont, I, n. 516 ; Demolombe, Contrats, II, n. 411 bis.

710 Proudhon, Usufr., V, n. 2392 ; Rodière, Rev. de législ., 1852, I, p. 309 ; Duquaire, Rev. crit., 1853, III, p. 806 s. ; Aubry et Rau, VI, p. 563, § 625, texte et note 24 ; Daniel de Folleville, Rev. gén. du dr., de la législ. et de la jurispr., 1877, p. 403, n. 24. — Aix, 23 janv. 1835, J. G., v° Success., n. 2092, S., 35. 2. 267. — Alger, 4 avril 1877, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 219.

711 Demolombe, Succ., V, n. 320 ; Laurent, X, n. 419 ; Le Sellyer, Succ., III, n. 1807 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, Succ., III, n. 4370. — Paris, 11 janvier 1867, S., 67. 2. 258. — Nîmes, 6 nov. 1869, D., 71. 2. 37, S., 71. 2. 157. — Angers, 8 mars 1876 ; Alger, 8 janv. 1877 ; Caen, 18 mai 1877, D., 78. 2. 185-187, S., 77. 2. 169 et 78. 2. 141. — Pau, 28 fév. 1887, S., 87. 2. 145 et sur pourvoi, Req., 16 avril 1888, D., 88.1. 249, S., 88.1. 216. — Il en est autrement en Belgique, où la survie du droit de préférence au droit de suite a été consacrée par l'art. 2 d'une loi du 15 avril 1854.

712 Civ. cass., 16 mai 1886, D., 86. 1. 281. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Wahl, Succ., III, n. 4374.

713 Pont, II, n. 640 ; Aubry et Rau, III, p. 266, § 266 ; Laurent, X, n. 404 ; Gillard, Const. de l'hyp. conv., n. 110 s. — Civ. cass., 6 décembre 1826, J. G., v° Success., n. 2087, S., 27. 1. 171. — V. aussi Caen, 18 août 1871, D., 73. 2. 228, S., 72. 2. 273.

714 Aubry et Rau, III, p. 266, § 266 ; Thézard, n. 52 ; Gillard, Const. de l'hyp. conv., n. 115. — Aix, 23 janvier 1835, J. G., vo Success., n. 2092, S., 35. 2. 267. — Grenoble, 27 janvier 1859, D. (sous Cass., note) 88. 1. 385, S., 60. 2. 11.

715 V. supra, II, n. 1270.

716 Colmet de Santerre, Rev. crit., 1864, XXIV, p. 490 s. ; Laurent, X, n. 400 ; Gillard, Const. de l'hyp. conv., n. 115 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, Success., III, n. 4310 s. — Civ. rej., 14 décembre 1887, D., 88, 1. 385, S., 89. 1. 193 et la Note de M. Labbé. — Civ. cass., 17 février 1892, D., 93. 1. 191, S., 94. 1. 417 et la Note de M. Wahl. — V. en sens contraire Demante, III, n. 225 bis, IV ; Demolombe, Success., V, n. 273 ; Aubry et Rau, VI, p. 564, § 625, note 25 ; Le Sellyer, Success., III, n. 1796. — Aix, 23 janvier 1835, J. G., v° Success., n. 2092, S., 35. 2. 267. — Grenoble, 2 juin et 10 ou 19 août 1863, D., 64. 2. 100, S., 63. 2. 249. — Douai, 5 juin 1866, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 804, S., 67. 2. 257. — Orléans, 19 mai 1870, S., 71. 2. 160. — Paris, 3 juillet 1872, D., 74. 2. 23. — Alger, 24 déc. 1877, S., 78. 2. 214. — Dijon, 20 mars 1889, D., 93. 1. 191.

717 Req., 23 février 1891, D., 91. 1. 337, S., 92. 1. 73.

718 Grenier, I, n. 243 ; Duranton, IV, n. 120 ; Demolombe, Distinct, des biens, I, n. 419 ; Massé, Dr. comm., IV, n. 3000 ; Pont, I, n. 512 ; Aubry et Rau, III, p. 267, § 266 texte et note 19. — Civ. rej., 8 février 1847, D., 48. 1. 149, S., 48.1. 43.

719 Req., 29 mai 1865, D., 65. 1. 380, S., 65. 1. 325.

720 V. supra, II, n. 894 et 914.

721 Demolombe, Mariage, II, n. 194 ; Aubry et Rail, V, p. 151, § 472, note 54 ; Laurent, III, n. 119 ; Gillard, Const. hyp. conv., n. 248. — Cpr. Labbé, Note dans S., 81. 1. 442.

722 Demolombe, Minor., II, n° 757 ; Aubry et Rau, I, p. 568, § 139. — V. cep. en sens contraire, Laurent, V, n° 351.

723 Gillard, Const. hyp. conv., n° 248.

724 La cour d'appel de Riom a justement décidé que la constitution d'hypothèque faite par le tuteur sans les formalités légales pouvait être ratifiée de la même-manière que la constitution consentie par le mineur seul. — Riom, 27 mai 1884, D., 85. 2. 229.

725 Grenier, I, n. 47 ; Battur, I, n. 128.

726 Persil, I, sur l'art. 2124, n. 12 ; Duranton, XIX, n. 345 ; Troplong, II, n. 502 ; Pont, II, n. 616 ; Thézard, n. 56.

727 Larombière, Des oblig., IV, sur l'art. 1338, n. 56 ; Aubry et Rau, III, p. 270, § 266 ; Laurent, XVIII, n. 667. — Civ. rej., 25 novembre 1856, D., 56. 1. 385, S., 57. 1. 119. — Cpr. Req., 3 août 1859, D., 59. 1. 419, S., 59. 1. 801 et 811. — Civ. cass., 13 décembre 1875, D., 76. 1. 97, S., 76. 1. 273.

728 Pont, II, n. 981 ; V. supra, II, n. 1300. — V. en sens contraire ; Laurent, XXXI, n. 61. — Cpr. Civ. rej., 25 nov. 1856, D., 56.1. 385, S., 57. 1. 119. — Riom, 27 mai 1884, D., 85. 2. 229.

729 Persil, I, sur l'art. 2124, n. 12 ; Grenier, I, n. 42 ; Battur, I, n. 160 ; de Fréminville, De la minor., II, n. 926 ; Marcadé, V, sur l'art. 1338, n. 5 ; Larombière, Des oblig., IV, sur l'art. 1338, n. 53 et s. ; Martou, III, n. 979 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, III, p. 486, § 586, notes 27 et 29 ; Demolombe, Des contrats, VI, n. 797 s. ; Laurent, XVIII, n. 664 s. ; Thézard, n. 56. — Nancy, 1^{er} mai 1812, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1234, S., 13. 2. 50. — Paris, 23 juillet 1838, J. G., ibid., S., 39. 2. 5. — Douai, 18 mars 1840, S., 40. 2. 289. — Montpellier, 6 janvier 1866, D., 66. 2. 41, S., 66. 2. 380.

730 Delvincourt, II, p. 813 ; Duranton, XIII, n. 285, XIX, n. 344 et s.

731 Merlin, Quest., v° Hyp., § 4, n. 6 et 7 ; Toullier, VII, n. 524, VIII, n. 564 ; Troplong, II, n. 487 s. ; Taulier, IV, p. 508 ; Valette sur Proudhon, II, p. 501 ; Pont, II, n. 616 ; Aubry et Rau, III, p. 270, § 266, texte et note 31 ; Labbé, Ratif. des actes d'un gér. d'affaires, n. 74 ; Gillard, Constit. de l'hyp. conv., n. 169. — Paris, 15 déc. 1830, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1235, S., 31. 2. 83. — V. aussi Colmet de Santerre, V, n. 311 bis, II. — D'après cet auteur, ce serait une question de fait et d'intention plutôt que de droit.

732 Aubry et Rau, IV, p. 270, § 337, texte et note 35.

733 Delvincourt, III, p. 584 ; Persil, II, sur l'art. 2146, n. 11 ; Boulay-Paty, Faillites, n. 10 ; Troplong, III, n. 661 ; Duranton, XX, n. 80. — V. aussi les auteurs cités infra. — Bordeaux, 17 août 1848, D., 49. 2. 61, S., 49. 2. 46. — Civ. cass., 3 mars 1869, D., 69. 1. 200, S., 69. 1. 149.

734 Demolombe, Des cont., II, n. 225 ; Aubry et Rau, IV, p. 140, § 313 ; Laurent, XVI, n. 480. — Lyon, 13 juillet 1843, S., 45. 1. 417. — Civ. cass., 3 mars 1869, D., 69. 1. 200, S., 69. 1. 149. — Req., 22 août 1882, D., 83.1. 296, S., 83. 1. 25.

735 Proudhon, Usufr., V, n. 2367 ; Capmas, Des actes faits par le débiteur en fraude des droits du créancier, n. 64 ; Larombière, Des oblig., I, sur l'art. 1167, n. 40 ; Demolombe, Aubry et Rau, Laurent, locc. citt. — V. Douai, 4 mai 1846, D., 46. 2.154, S., 46. 2. 470. — Req., 12 février 1849, D., 49. 1. 127, S., 49. 1. 505. — Req., 14 décembre 1858, D., 59. 1. 150, S., 60. 1. 987. — Req., 22 janvier 1868, D., 68. 1.167.

736 V. en faveur de la validité de l'hypothèque, Favard de Langlade, Rép., p. 54, n. 1 ; Pigeau, Proc., II, p. 299 ; Troplong, II, n. 413 bis ; Delaporte, Formul. de proc., II, p. 299. — V. en faveur de la nullité, Carré, Lois de la proc. civ., quest. 2295.

737 V. en ce sens, outre les auteurs cités à la note précédente, Chauveau sur Carré, loc. cit. ; Persil fils, Comment. de la loi du 2 juin 1841, p. 131 ; Pont, I, n. 353, II, n. 623 ; Aubry et Rau, III, p. 271, § 266, texte et note 37 ; Boitard et Colmet- Daâge, Leç. de proc., II, n. 932. — V. en sens contraire Tarrible, Rép. de Merlin, v° Saisie immob., § 6, art. 1, n. 14 ; Taulier, VII, p. 228 s. ; Glasson, in Leç. de pr. de Boitard, loc. cit., note ; Gillard, Constit. hyp. conv., n. 164.

738 Aubry et Rau, III, p. 272, § 266, texte et note 38. — V. en ce sens Laurent, XXX, n. 495 ; Gillard, Const. hyp. conv., n. 200. — Cpr. Civ. cass., 30 janv. 1872, D., 74. 1. 99, S., 73. 1. 404. Cet arrêt décide que la cession de biens ne confère aux créanciers bénéficiaires aucun droit privatif ou de préférence à l'encontre des autres créanciers du même débiteur.

739 Merlin, Rép., v° Inscrip. hyp., § 4, n. 6 ; Persil, II, sur l'art. 2146, n. 10 Grenier ; I, n. 124 ; Pont, II, n. 621 ; Colmet de Santerre, V, n. 214 bis. — Cpr. Demolombe, Des contrats, V, n. 205 s., 229 s.

740 Aubry et Rau, III, p. 272, § 266, note 39.

741 Cette expression est générale et comprend même les hypothèques constituées pour sûreté d'une dette antérieure née d'un délit ou de toute autre cause. — Rouen, 16 mars 1878, J. G. Suppl., v° Faillite, n. 638, S., 80. 2. 53. — V. ce que nous disons à cet égard pour l'hypothèque judiciaire supra, II, n. 1242.

742 Bravard et Demangeat, Tr. de dr. comm., V, p. 239 et 240 ; Bédarride, Faillites, I, n. 121 ; Boistel, Préc. de dr. comm., n. 952 ; Ruben de Couder, Dict. de dr. comm., industr. et marit., IV, v° Faillites, n. 374 ; Pont, II, n. 883 ; Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. comm., II, n. 2759. — Req., 8 mars 1853, D., 54. 1. 341, S., 55. 1. 214. — Req., 8 mars 1854, D., 54. 1. 149. — Civ. rej., 29 déc. 1880, D., 81. 1. 54. — Req., 11 juill. 1881, D., 82. 1. 296, S., 83. 1. 315. — Il en est ainsi alors même qu'elle ne serait que la réalisation d'une promesse d'hypothèque faite antérieurement et constatée par un acte sous-seing privé n'ayant pas date certaine, Paris, 7 juill. 1886, J. G. Suppl., v° Faillites, n. 638, S., 87. 2. 65.

743 Il en est de même pour le gage, supra, I, n. 25 s. — Civ. rej., 25 nov. 1891, D., 92. 1. 505.

744 Poitiers, 20 avril 1885, D., 86. 2. 6, S. (sous cass.), 87. 1. 173.

745 Orléans, 16 juin 1852, D., 54. 2. 222, S., 53. 2. 663.

746 V. en sens divers suivant les circonstances mais consacrant le principe de notre théorie, notamment : Nancy, 4 août 1860, D., 60. 2. 196. — Req., 17 mars 1873, D., 74. 1. 571, S., 74. 1. 244. — Req., 7 janv. 1879, D., 79. 1. 186, S., 79. 1. 400. — Civ. rej., 29 déc. 1880, D., 81. 1. 54, S., 81. 1. 162. — Lyon, 7 fév. 1883, D., 83. 2. 236. — Req., 13 août 1883, D., 84. 1. 207, S., 85. 1. 218. — Poitiers, 20 avril 1885, D., 86. 2. 6, S. (sous cass.), 87. 1. 173. — Paris,

4 juin 1886, D., 87. 2. 100. — Trib. comm. de Marseille, 24 août 1886, J. G. Suppl., v° Faillites, n. 640. — V. Bédarride, Faillites, I, n. 123 ; Demangeat et Bravard, Tr. de dr. comm., V, p. 241 et la note ; Alauzet, C. de comm., VI, n. 2515 et 2518 ; Ruben de Couder, Dict. de dr. comm., indust. et marit., IV, v° Faillites, n. 379 ; Laroque-Saissinel et Dutruc, Form. des faill., I, n. 355 ; Rousseau et Defert, Code ann. des faill., p. 114, n. 135 ; Nicolas, Des effets de la faillite relativ. aux priv. et hyp., p. 83.

747 Lyon-Caen et Renault, Préc. de dr. comm., II, n. 2761.

748 V. supra, I, n. 25 s.

749 Bravard et Demangeat, Tr. de dr. comm., V, p. 252 ; Lyon-Caen et Renault, Préc. de dr. comm., II, n. 2760.

750 Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. comm., II, n. 2772. — V. des applications de cette théorie notamment dans les arrêts suivants, Req., 8 mars 1854, D., 54. 1. 149, S., 56. 1. 170. — Civ. cass., 24 déc. 1860, D., 61. 1. 71, S., 61. 1. 538. — Req., 17 mai 1887, D., 87. 1. 252. — V. aussi Civ. cass., 30 mai 1870, D., 70. 1. 254, S., 70. 1. 340.

751 Valabrègue, Notice sur la loi du 4 mars 1889, p. 12 ; Goirand et Périer, Comment. L. du 4 mars 1889, p. 202 s. ; Boistel, Notes dans D., 90. 2. 33 et 177. — Douai, 4 nov. 1889, D., 90. 2. 33, S., 91. 2. 30. — V. en sens contraire Rousseau et Defert, Code annoté des faill., sur l'art. 5 de la loi du 4 mars 1889.

752 V. notamment Civ. cass., 22 février 1888, D., 88. 1. 310, S., 90. 1. 535.

753 Cons. not. sur cette question Boistel, Pr. de dr. comm., n. 898 ; Bravard et Demangeat, Tr. de dr. comm., V, p. 66 et note 2 ; Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. comm., II, n. 2647 à 2653.

754 V. Lyon-Caen et Renault, Préc. de dr. comm., II, n. 2730 et 2789 ; Alauzet, C. de comm., VII, n. 2528 ; Demangeat sur Bravard, Tr. de dr. comm., V, p. 215 et 217 ; Boistel, Pr. de dr. comm., p. 663. — Req., 17 juillet 1861, D., 62. 1. 118, S., 62. 1. 374. — Lyon, 23 décembre 1862, D., 63. 2. 179. — Grenoble, 1^{er} juin 1865, D., 65. 2. 181, S., 65. 2. 332. — Dijon, 27 déc. 1871, D., 74. 2. 237. — Paris, 29 déc. 1887, D., 90. 1. 194 (note) S., 92. 1. 145 (note).

755 Orléans, 16 janvier 1861, D., 61. 5. 225. — Req, 13. nov. 1867, D., 68. 1.212, S., 68. 1. 116. — Cpr. Lyon-Caen et Renault, op. cit., II, n. 2755, note 3.

756 Il résulte de là que la radiation de l'inscription ne doit pas être ordonnée par le juge. — Besançon, 2 mai 1884, J. G. Suppl., v^o Priv. et hyp., n. 826.

757 V. sur ce point Alauzet, op. cit., VII, n. 2703 : Lyon-Caen et Renault, op. cit., n. 2922 ; Boistel, op. cit., n. 1051 et 1052. — Civ. cass., 11 nov. 1856, D., 57. 1. 153, S., 57. 1. 858. — Aix, 7 août 1856, D., 56. 5. 214, S., 56. 2. 561 et sur pourvoi Req., 15 juillet 1857, D., 57. 1. 385, S., 58. 1. 705. — Paris, 23 juillet 1857, D., 57. 2. 207. — Douai, 17 février 1859, D., 59. 2. 63, S., 59. 2. 294. — Req., 10 février 1863, D., 63. 1.300, S., 63. 1. 262. — Req., 30 juillet 1866, D., 67. 1. 38, S., 66.1. 385. — Bourges, 1^{er} avril 1870, D., 72. 2. 30, S., 71. 2. 70. — Aix, 23 août 1871, D., 73. 2. 225. — Req., 18 février 1878, D., 78. 1. 291, S., 78. 1. 165. — V. cep. en sens contraire Poitiers, 2 mai 1854, D., 55. 2. 115, S., 58. 1. 705 (note). — Colmar, 10 juillet 1866, J. G. Suppl., v^o Faillite, n. 708, S., 67. 2. 1.

758 Lyon-Caen et Renault, op. cit., II, n. 2967 ter. — Dijon, 8 février 1865, D., 65. 2. 89, S., 65. 2. 31 et sur pourvoi Req., 2 août 1866, D., 67. 1. 37, S., 66. 1. 388

759 Paris, 28 juin 1876, D., 76. 1. 193 à la note, S., 92. 1. 145 à la note. — Civ. rej., 11 décembre 1889, D., 90. 1. 193

et la Note, S., 92. 1. 145 et la Note de M. Lacoste.

760 Paris, 29 déc. 1887, D., 90. 1. 194 à la note, S., 92. 1. 145 à la note. — Trib. de comm. de la Seine, 24 avril 1888, S., 92. 1. 146 à la note.

761 Trib. civ. Seine, 29 déc. 1885, réformé sur appel par l'arrêt de la cour de Paris du 29 déc. 1887, cité à la note précédente,

762 Note dans D., sur l'arrêt du 17 décembre 1889, loc. cit.

763 Locré, XVII, p. 136 s.

764 Laurent, XXX, n. 490 bis ; Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. comm., I, n. 168, et Tr. de dr. comm., I, n. 228 ; Gillard, Constit. hyp. conv., n. 181.

765 L. 15, § 1, D., De pignor. et hyp. (XX, 1) ; Paul, Sent., V, 6, § 16.

766 L. 9, C., Quæ res pign. (VIII, 17).

767 L. 6, D., De pign. et hyp. (XX, 1) ; L. 7, 8, 9, 11, C., De remiss. (VIII, 26).

768 Du déguerpissement, liv. III, ch. I, n. 14-16.

769 V. Observations du Tribunal de cassation, Fenet, II, p. 615 s.

770 Fenet, XV, p. 484 ; Locré, XVI, p. 388, n. 24.

771 Fenet, XV, p. 485 ; Locré, XVI, p. 388, n. 24.

772 V. Colmet de Santerre, IX, n. 96 bis, II.

773 Aubry et Rau, III, p. 280 s., § 266 ; Laurent, XXX, n. 499 et 510.

774 Civ. cass., 20 février 1810, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1292, S., 10. 1. 178. — V. aussi Civ. cass., 23 août 1808, J.

G., cod. v°, n. 1292, S., 8. 1. 489. — Civ. rej., 26 avril 1852, D., 52. 1. 131, S., 52. 1. 513.

775 V. notamment en cc sens, Req., 12 mars 1867, D., 67. 1. 347, S., 67. 1. 221. — Req., 25 nov. 1868, D., 69. 1. 149, S., 69. 1. 128. — Chambéry, 3 juin 1889, D., 91. 2. 307. — Paris, 11 avril 1892, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1063-3°, S., 94. 2. 131. — Req., 27 nov. 1893, D., 94. 1. 566, S., 94. 1. 349.

776 V. Bourges, 1^{er} fév. 1831, J. G., v° Conl. de mar., n. 1424, S., 31. 2. 253. — Montpellier, 6 janv. 1866, D., 66. 2. 40 et sur pourvoi Req., 12 mars 1867, D., 67. 1. 347, S., 67. 1. 221. — Chambéry, 3 juin 1889, D., 91. 2. 307. — V. aussi Douai, 28 fév. 1882, D., 82., 2. 16. — Cpr. en ce sens Troplong, II, n. 536 bis.

777 Merlin, Quest., v° Insc. hyp., § 12 ; Grenier, I, n. 71 ; Aubry et Rau, III, p. 279, § 266, texte et note 59. — Req., 15 juin 1815, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1290, S., 15. 1. 348. — Riom, 24 février 1816, J. G., cod. v°, n. 1290, S., 17. 2. 205. — Civ. rej., 1^{er} avril 1817, J. G., cod. v°, n. 1624, S., 17. 1. 348. — Req., 10 février 1829, J. G., cod. v°, n. 1290.

778 Besançon, 22 juin 1810, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1290, S., 11. 2. 378. — Agen, 27 novembre 1812, J. G., cod. v°, n. 1291, Dev. et Car., Coll. nouv., IV, 2. 204. — Bordeaux, 17 août 1814, S., 15. 2. 147. — Paris, 6 mars 1815, J. G., cod. v°, n. 1624, S., 16. 2. 329. — Civ. rej., 24 janvier 1825, J. G., cod. v°, n. 1624, S., 26. 1. 38.

779 Req., 28 août 1821, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1623, S., 21. 1. 420. — Rennes, 2 juin 1824, J. G., cod. v°, n. 1292. — Riom, 15 avril 1826, J. G., cod. v°, n. 1292, S., 28. 2. 188. — Grenoble, 27 juillet 1829, J. G., cod. v°, n. 1292. — Toulouse, 2 août 1833, J. G., cod. v°, n. 1293. — Pau, 23 août 1834, J. G., v° Rentes constit, n. 202, S., 35. 2. 120. — Bourges, 23 avril 1841, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1623, S.,

42. 2. 585. — Nancy, 30 mai 1843, J. G., cod. v°, n. 1292, S., 43. 2. 547. — Cpr. Poitiers, 6 avril 1827, sous Req., 19 février 1829, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1299. — V. dans le même sens Grenier, I, n. 71 ; Troplong, II, n. 536 bis.

780 Civ. cass., 23 août 1808, J. G., v° Priv. et hyp. ; n. 1292, Dev. et Car., Coll. nouv., II, 1. 571. — Aix, 30 août 1809, J. G., cod. v°, n. 1292, S., 10. 2. 82. — Civ. cass., 20 février 1810, J. G., cod. v°, n. 1292, S., 10. 1. 178. — Bordeaux, 17 août 1814, S., 15. 2. 147. — Civ. rej., 16 août 1815, J. G., cod. v°, n. 1625, S., 15. 1. 368. — Angers, 16 août 1826, J. G., cod. v°, n. 1622, S., 26. 2. 322. — Req., 19 février 1828, J. G., cod. v°, n. 1292, S., 28. 1. 354. — Montpellier, 7 juin 1849, D., 51. 2. 156 et sur pourvoi Civ. rej., 26 avril 1852, D., 52. 1. 131, S., 53. 1. 513. — Rapp. Req., 12 juillet 1881, D., 83. 1. 30, S., 82. 1. 222. — V. en ce sens Merlin, Rép., v° Hyp., sect. II, § 3, art. 6, n. 6⁴ ; Persil, I, sur l'art. 2129, n. 4 ; Duranton, XX, n. 371.

781 Cette solution est enseignée par les auteurs cités à la note précédente, implicitement admise par les arrêts qui y sont indiqués et expressément consacrée par les arrêts suivants : Paris, 10 juin 1812, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1294, S., 12. 2. 405. — Metz, 21 mai 1813, J. G., cod. v°, n. 1294. — Req., 12 mars 1867, D., 67. 1. 347, S., 67. 1. 221. — Req., 25 nov. 1868, D., 69. 1. 149, S., 69. 1. 128. — Chambéry, 3 juin 1889, D., 91. 2. 307. — Req., 12 nov. 1890, D., 91. 5. 306, S., 91. 1. 199. — Paris, 11 avril 1892, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1063-3°, S., 94. 2. 131. — Req., 27 nov. 1893, D., 94. 1. 566, S., 94. 1. 349.

782 Pont, II, n.674 ; Aubry et Rau, III, p. 278, § 266, texte et note 58 ; Laurent, XXX, n. 503 s. ; Thézard, n. 63 ; Gillard, Constit. hyp. conv., n. 264,

783 Pont, II, n. 675 ; Aubry et Rau, II, p. 280, § 266. — Req., 12 juillet 1881, D. 83. 1. 30, S., 82. 1. 222.

784 Merlin, Rép., v° Hyp., sect. II, § 3, art. 6, n. 6³ ; Aubry et Rau, loc. cit. — V. aussi sur cette question ou sur la question analogue qui s'agit pour la validité des inscriptions : Aix, 13 nov. 1812, S., 13. 2. 177. — Civ. rej., 25 nov. 1813, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1619, S., 14. 1. 44. — Req., 6 février 1821, J. G., cod. v° n. 1621. — Grenoble, 10 juillet 1823, S., 24. 2. 79. — Nancy, 28 avril 1826, J. G., cod. v°, n. 1619, S., 27. 2. 230. — Req., 14 juin 1831, J. G., cod. v°, n. 1627, S., 31. 1. 357. — Lyon, 27 mars 1832, J. G., cod. v°, n. 1297, S., 33. 2. 282. — Bordeaux, 6 mai 1848, D., 50. 2. 11, S., 49. 2. 609.

785 Aubry et Rau, III, p. 280, § 266 texte et note 60.

786 Req., 12 mars 1867, D., 67.1. 347, S., 67.1. 221. — V. aussi Civ. rej., 16 août 1815, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1625, S., 18. 1. 145. — Civ. rej., 15 février 1836, J. G., cod. v°, n. 1626, S., 36. 1. 471.

787 Req., 25 nov. 1868, D., 69. 1. 149, S., 69. 1. 128.

788 Req., 11 mars 1834, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1299, S., 34. 1. 345. — V. cep. Req., 10 fév. 1829, J. G., cod. v°, n. 1299.

789 Toulouse, 6 mars 1819, J. G., cod. v, n. 1299, Dev. et Car., Coll. nouv., VI. 2.38.

790 Grenier, I, n. 65 ; Troplong, II, n. 515 ; Aubry et Rau, III, p. 280, § 266 ; Laurent, XXX, II. 512. — Bourges, 17 janv. 1816, J. G., cod. v°, n. 1300, Dev. et Car., Coll. nouv., V, 2. 95.

791 Persil, I, sur l'art. 2129, n. 1 ; Laurent, XXX, n. 513 ; Gillard, Const. hyp. conv., n. 269. — Cpr. Grenier, I, n. 67. — Bruxelles, 27 juin 1821, J. G., v° Privet hyp., n. 1298. — V. en sens contraire, Duranton, XIX, n. 364 ; Troplong, II, n. 515 Martou, III, n. 1000 ; Pont, II, n. 678. — Aix, 16 août

1811, J. G., cod. v°, n. 1346. — Cpr. Req., 27 août 1848, J. G., cod. v°, n. 1258.

792 V. supra, II, n. 1368.

793 Aubry et Rau, III, p. 281, § 266. — Lyon, 27 mars 1832, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1297, S., 33. 2. 282.

794 V. supra, II, n. 1304 s. — V. en ce sens, Aubry et Rau, III, p. 262, § 266, note 5 ; Laurent, XXX, n. 472 ; Thézard, n. 49. — V. en sens contraire Colmet de Santerre, IX, n. 96 bis, III-3° ; Gillard, Const. hyp. conv., n. 99 et 104.

795 Cpr. cep. Observations des cours d'Angers, de Grenoble, de Montpellier, de Pau. Documents hypothécaires, III, p. 332, 338 s. ; Gillard, op. cil., n. 273.

796 Duranton, XIX, n. 373 ; Persil, I. sur l'art. 2130, n. 7 ; Pont, II, n. 688 ; Delvincourt, III, p. 538 ; Taulier, VII, p. 265 ; Aubry et Rau, III, p. 268, § 266 ; de Saint-Nexent, Réforme hyp., n. 113 s. ; Coulon, Quest. de dr., II, p. 403. — Riom, 25 nov. 1830, S., 33. 2. 526. — Nancy, 16 août 1831, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1308, S., 38. 2. 431 ad notam. — Caen, 26 juillet 1830 et 21 fév. 1831, S., 42. 2. 399 ad notam. — Lyon, 12 déc. 1837, J. G., cod. v°, n. 1308, S., 38. 2. 431. — Caen, 4 avril 1842, J. G., cod. v°, n. 1308, S., 42. 2. 399. — Lyon, 9 avril 1845, D., 46. 2. 113, S., 46. 2. 185. — Dijon, 25 avril 1855, D., 55.2. 218. — Nancy, 22 août 1867, D., 68. 2.117, S., 68. 2. 109. — Civ. cass., 30 janv. 1872, D., 74. 1. 99, S., 73. 1. 404. — Rapp. Rouen, 8 août 1820, J. G., cod. v°, n. 1304, Dev. et Car., Coll. nouv., VI. 2. 30G.

797 Grenier, I, n. 63 ; Rolland de Villargues, Rép., v° Hyp., n. 274 ; Troplong, II, n. 538 bis ; Baudry-Lacantinerie, Pr. de dr. civil, III, n. 1302 ; Colmet de Santerre, IX, n. 97 bis, II ; Thézard, n. 66 ; Gillard, Const. hyp. conv., n. 279. — Besançon, 22 août 1811, J. G., cod. v°, n. 1308, S., 15. 2. 189.

798 Gillard, Constit. hyp conv., n. 274. — V. cep. en sens contraire, Colmet de Santerre, IX, n. 97 bis, II.

799 Colmet de Santerre, IX, n. 97 bis, IV.

800 Pont, II, n. 684 ; Troplong, II, n. 539 ; Thézard, n. 66 ; Gillard, Const. hyp. conv., n. 276.

801 Troplong, II, n. 539.

802 Paris, 2 mai 1849, D., 50. 5. 276. — Paris, 22 nov. 1853, D., 55. 2. 172. — Paris, 15 mai 1865, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 898, S., 65. 2. 257.

803 Civ. cass., 19 décembre 1888, D., 89. 1. 57.

804 Thézard, n. 67 ; Demolombe, Cont., II, n. 685 et les autor. citées.

805 Aubry et Rau, III, p. 435, § 286. — Orléans, 24 mars 1859, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1222, S., 59. 2. 673.

806 Delvincourt, III, p. 309 ; Persil, I, sur l'art. 2131, a. 2 ; Grenier, I, n. 64 ; Duranton, XI, n. 121, XIX, n. 380 ; Troplong, II, n. 542 ; Pont, II, n. 692 ; Aubry et Rau, III, p. 435, § 286, texte et note 29 ; Laurent, XXX, n. 524 ; Thézard, n. 67. — Rouen, 10 mai 1839, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1338. — V. cep. en sens contraire Civ. cass., 17 mars 1818, J. G., cod. v°, n. 1333, S., 18. 1. 260.

807 Pont, II, n. 696 ; Laurent, XXX, n. 524.

808 V. cep. en sens contraire Colmet de Santerre, IX, n. 98 bis, II.

809 Duranton, XIX, n. 382 ; Pont, II, n. 693 ; Aubry et Rau, III, p. 436, § 286 ; Laurent, XXX, n. 517 ; Thézard, n. 67.

810 Persil, I, sur l'art. 2131, n. 5 ; Duranton, XIX, n. 383 ; Pont, Aubry et Rau, loc. cit. — V. cependant en sens contraire, Riou, 24 août 1810, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1337, S., 13. 2. 221.

811 V. Req., 30 mars 1868, D., 68. 1. 417, S., 68. 1. 201. — Cpr. Dijon, 6 juillet 1883, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 420, S., 84. 2. 44.

812 Delvincourt, III, p. 537 ; Grenier, I, n. 268 ; Duranton, XX, n. 59 ; Rolland de Villargues, Rép. du not., v° Réduct. des hyp., n. 54 ; Pont, II, n. 699 s. ; Thézard, n. 67. — V. supra, II, n. 1037 et 1206. — Rouen, 6 juillet 1840, J. G., v° Priv. et hyp., n. 2617, S., 40. 2. 537.

813 Gillard, Const. hyp. conv., n. 294.

814 V. supra, I, n. 282.

815 Daffry de la Monnoye, Lois de l'exprop., p. 101 ; Pont, II, n. 698 ; Martou, III, n. 1009 ; Aubry et Rau, III, p. 418, § 285, note 7 ; Laurent, XXX, n. 521. — C. cass. belge, 26 août 1850, Pasic. belge, 51. 1. 138. — Paris, 13 fév. 1858, D., 58. 2. 57, S., 58. 2. 170. — Cpr. Rouen, 12 juin 1863, S., 63. 2. 175. ! — V. cep. Delalleau, Tr. de l'exprop. pour cause d'util. publ., I, n. 408 ; de Peyronny et Delamarre, Tr. de l'exprop. pour cause d'util. pub., n. 219 ; Del Marmol), Rev. prat., 1858, XII, p. 209 s.

816 Cpr. cep. Rouen, 8 août 1820, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1304, Dev. et Car., Collec. nouv., VI, 2. 306. — Dijon, 25 avril 1855, D., 55. 2. 218, S., 55. 2. 403. — Ces arrêts voient dans la convention un pacte sur succession future, si le débiteur déclare que les immeubles à venir par lui hypothéqués doivent lui provenir de la succession d'une personne déterminée.

817 Grenier, I, n. 62 ; Persil, I, sur l'art. 2130, n. 5 ; Duranton, XIX, n. 379 ; Troplong, II, n. 540 ; Pont, II, n. 685 ; Aubry et Rau, III, p. 337, § 273 ; Colmet de Santerre, IX, n. 97 bis I ; Thézard, n. 66-4° ; Gillard, Const. hyp. conv., n. 277. — Paris, 23 fév. 1835, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1303, S., 35. 2. 209. — Paris, 20 juill. 1836, J. G., ibid. — Poitiers, 23 fév. 1844, J. G., ibid., S., 45. 2. 212. — Civ. cass.,

27 avril 1846, D., 46. 1. 224, S., 46. 1. 369. — Grenoble, 17 fév. 1847, D., 48. 2. 52, S., 48. 2. 55. — Caen, 18 août 1871, D., 73. 2. 228, S., 72. 2. 273. — V. cep. en sens contraire Favard, Rép., v° Hyp., sect. II, § 3, n. 10 ; Rolland de Villargues, Rép. du not., v° Hyp., n. 282. — Angers, 14 juill. 1842, S., 42. 2. 469 (cassé par Civ. cass., 27 avril 1846 cité supra).

818 V. notamment Cout. d'Orléans, art. 278.

819 Ils ne pouvaient instrumenter que dans le ressort de la justice où ils étaient reçus. Par exception, les notaires du Châtelet de Paris, de Montpellier et d'Orléans avaient le droit de passer des actes par tout le royaume.

820 Pont, II, n. 658 ; Aubry et Rau, III, p. 275, § 266 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 179, § 800, note 4 ; Laurent, XXX, n. 453 ; Thézard, n. 58. — Pau, 16 juillet 1852, D., 54. 2. 205, S., 52. 2. 417. — Req., 5 nov. 1860, D., 61. 1. 301, S., 61. 1. 858. — Cpr. Civ. rej., 27 août 1844, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1258, S., 44. 1. 740.

821 Gillard, Const. hyp., conv., n. 252. — Paris, 14 déc. 1893, Gaz. des Trib., 23 déc. 1893.

822 Valette, Rev. de dr. fr. et étr., 1849, VI, p. 981 ; Aubry et Rau, loc. cit..

823 Pont, loc. cit. — Civ. rej., 27 août 1844, J. G., v° Priv. et hyp, n. 1258, S., 44. 1. 740.

824 Civ. cass., 1^{er} déc. 1852, D., 54. 1. 275, S., 54. 1. 93. — Cpr. Req., 7 déc. 1880, D., 81. 1. 312.

825 Merlin, Rép., v° Hyp., sect. II, § 3, art. 6, n. 4 ; Persil, I, sur l'art. 2127, n. 7 ; Troplong, II, n. 508 ; Grenier, I, n. 29 ; Pont, II, n. 660.]

826 V. supra, II, n. 1285.

827 V. Basnage, Des hyp., I, chap. XII. On soutenait même qu'un acte sous seing privé emportait hypothèque s'il était contrôlé. On décidait qu'une obligation sous seing privé donnait hypothèque du jour du décès du débiteur, même en l'absence de toute reconnaissance ou contrôle.

828 Civ. rej., 7 déc. 1807, J. G., v° Priv. et hyp., n 1284, Dev. et Car., Coll. nouv., II, 1. 457. — Bourges, 17 mai 1827, S., 29. 2. 109.

829 Merlin, Rép., v° Enreg., § 4 et v° Hyp., sect. II, § 3, art. 6, n. 4 ; Grenier, I, n. 17.

830 Favard de Langlade, Rép., v° Acte notarié, § 1, n. 3 ; Rolland de Villargues, Jurisp, du not. (1828), p. 147 ; Troplong, II, n. 507 (V. dans Troplong, la démonstration détaillée de cette solution) ; Pont, II, n. 664. — Toulouse, 12 déc. 1835r J. G., v° Priv. et hyp., n. 1285, S., 36. 2. 432.

831 Duranlon, XIX, n. 357, XX, n. 98 ; Martou, III, n. 1057.

832 Rolland de Villargues, Rép., v° Brevet, n. 11 et 12 ; Sébire et Carteret, Encyclop., cod. v°, n. 11 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 178, § 800, note 2 ; Aubry et Rau, III, p. 273, § 266, texte et note 46 ; Pont, II, n. 665 et 942 ; Taulier, VII, p. 261 ; Lyon-Caen, Note dans S., sur l'arrêt d'Alger cité infra ; Laurent, XXX, n. 432 ; Gillard, Const. hyp. conv., n. 214. — Alger, 7 mai 1870, D., 71. 2. 1, S., 71. 2. 105.

833 Pothier, De l'hyp., n. 19. — V. aussi Pothier, Cout. d'Orléans, Introd. au tit. XX, n. 13 ; Basnage, Des hyp., ch. XII.

834 Fenet, XV, p. 360 ; Locré, XVI, p. 254.

835 Grenier, I, n. 67 et 68 ; Merlin, Rép., v° Hyp., sect. II, § 3, art. 6 ; Per sil, I, sur l'art. 2127, n. 4 ; Durantou, XIX, n. 361 ; Pont, If, n. 661 ; Aubry et Rau, III, p. 273, § 266 ; Larombière, Des oblig., V, sur l'art. 1317, n. 40 ; Thézard,

n. 58-4° ; Gillard, Const. hyp. conv., n. 228. — Civ. rej., 11 juillet 1815, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1245, S., 15. 1. 336. — Req., 25 fév. 1824, J. G., cod. v°, n. 1247, Dev. et Car., Coll. nouv., VII, 1, 403. — Civ. rej., 15 fév. 1832, J. G., v° Succ., n. 1361, S., 32. 1. 790. — Paris, 5 déc. 1885, D., 87. 2. 55, et sur pourvoi Civ. rej., 3 déc. 1889, D., 90. 1. 105, S., 91. 1. 525. — V. aussi Paris, 5 déc. 1887, D., 89. 2. 185. — Rapp. Req., 4 août 1864, D., 64. 1. 437, S., 64. 1. 401, qui décide qu'une simple prorogation de délai accordée par le créancier ne saurait valider l'hypothèque nulle pour violation de l'art. 2127. — V. cep. en sens contraire Delvincourt, III, p. 159 ; Bugnet sur Pothier, De l'hyp., n. 19 ; Colmet de Santerre, IX, n. 95 bis, IV.

836 Metz, 24 mars 1819, J. G., v° Oblig., n. 3228, S., 19. 2. 332.

837 Pont, loc. cit. — V. cep. en sens contraire Caen, 22 juin 1824, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1246.

838 Grenier, I, n. 68 ; Merlin, Rép., v° Hyp., sect. II, § 3, art. 6 ; Taulier, VII, p. 260 ; Mourlon, Transcr., n. 1006 ; Ducruet, Comment. L. 23 mars 1855, p. 40 ; Merville, Rev. prat., 1856, II, p. 97 ; Pont, I, n. 470, II, n. 657 ; Aubry et Rau, III, p. 274, § 266, texte et note 49 ; Colmet de Santerre, IX, n. 94 bis, V ; Thézard, n. 58-2° ; Gillard, Const. hyp. conv., n. 231. — V. cep. en sens contraire Persil, I, sur l'art. 2127, n. 6 ; Battur, I, n. 168 ; Troplong, I, n. 510 ; Marcadé, Rev. crit., 1852, II, p. 199 s. ; Pascaud, Rev. cril., 1882, Nouv. sér., XI, p. 157 s.

839 Riom, 31 juillet 1851, D., 52. 2. 222, S., 51. 2. 698. — Civ. rej., 7 fév. 1854, D., 54. 1. 49, S., 54. 1. 322. — Civ. cass., 12 nov. 1855, I., 55. 1. 433, S., 56. 1. 254. — Amiens, 9 avril 1856, D., 57. 2. 20, S., 56. 2. 333. — Toulouse, 9 juillet 1859, D., 59. 2. 201, S., 59. 2. 407. — Req., 19 janv. 1864, D., 64. 1. 292, S., 64. 1. 221. — Bordeaux, 26 avril 1864, D., 64. 2. 220, S., 64. 2. 262. — Amiens, 24 fév. 1880,

S., 82. 2. 198. — Req., 15 nov. 1880, D., 81. 1. 118, S., 81. 1. 253. — Req., 27 juin 1881, D., 82. 1. 175, S., 81. 1. 441. — Civ. cass., 29 juin 1881, D., 82. 1. 106, S., 83. 1. 218, et sur renvoi Orléans, 11 mai 1882, D., 83. 5. 288. — Civ. cass., 23 déc. 1885, D., 86. 1. 97, S., 86. 1. 145. — Req., 24 mai 1886, D., 87. 1. 222, S., 86. 1. 247. — V. aussi Civ. rej., 3 déc. 1889, D., 90.1.105, S., 91. 1. 525. — V. cep. en sens contraire Civ. rej., 25 mai 1819, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1264, S., 19. 1. 324. — Caen, 22 juin 1824, J. G., cod. v°, n. 1246. — Req., 5 juillet 1827, J.G., v° Lois, n. 436, S., 28. 1.105. — Rennes, 9 août 1854, cassé par Civ. cass., 12 nov. 1855, cité supra.

840 Req., 23 fév. 1891, D., 91. 1. 337, S., 92. 1. 73.

841 Paris, 5 déc. 1885, D., 87. 2. 55. — Civ. cass., 23 déc. 1885, D., 86. 1. 97, S., 87. 1. 145. — Paris, 5 déc. 1887, D., 89. 2. 185. — V. en sens contraire Rataud, Rev. crit., 1882, Nouv. sér., XI, p. 209 ; Labbé, Note dans S., 86. 1. 97 ; Gillard, Const. hyp. conv., n. 234 s.

842 Civ. rej., 3 déc. 1889, D., 90. 1. 105, S., 91. 1. 525. — Cpr. cep. Rennes, 29 octobre 1885, J. G. Suppl., v° Pria, et hyp., n. 848. — Vavasseur, Tr. des soc. civ. et comm., n. 166 bis ; Lyon-Caen et Renault, Tr. de dr. comm., II, n. 587. — V. supra, II, n. 1412. — V. cep. Houpin, Tr. des soc. civ. et comm., I, n. 351.

843 Civ. cass., 23 déc. 1885 cité supra.

844 Troplong, Sociétés, n. 686 ; Delangle, Sociétés, n. 146 ; Pardessus, Dr. comm III, n. 1014 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, IV, p. 439, § 718, note 2 ; Pont, Des soc., n. 526 ; Laurent, XXVI, n. 308 ; Lyon-Caen et Renault, Tr. de dr. comm., II, n. 260 ; Guillouard, Sociétés, n. 126. — Req., 21 avril 1841, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1223-3°, S., 41. 1. 395. — Paris, 5 juill. 1877, D., 77. 2. 168, S., 77. 2.295.

845 Civ. rej., 7 mai 1844, D., 51. 5. 484, S., 45. 1. 53. — Req., 3 mai 1853, D., 53. 1. 186, S., 53. 1. 617. — Paris, 11 déc. 1866, D., 67. 2. 165 et sur pourvoi Req., 27 janv. 1868, D., 69.1. 410, S., 68. 1. 53. — Paris, 5 juill. 1877 cité supra.

846 Lyon-Caen et Renault, Tr. de dr. comm., II, n. 586. — Paris, 5 juill. 1877, D., 77. 2. 168, S., 77. 2. 295. — Paris, 7 août 1880, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 845-20, S., 81. 2. 93. — Récq., 27 juin 1881, D., 82. 1. 175, S., 81. 1. 141. — Civ. cass., 29 juin 1881, D., 82. 1. 107, S., 83. 1. 218 et sur renvoi Orléans, 11 mai 1882, D., 83. 5. 288-289. — Paris, 5 déc. 1887, D., 89. 2. 185.

847 Lyon-Caen et Renault, op. et loc. cit. — Amiens, 24 février 1880, S., 82. 2. 198. — Req., 15 nov. 1880, D., 81. 1. 118, S., 81. 1. 253. — Req., 27 juin 1881, D., 82. 1. 175, S., 81. 1. 401. — Civ. cass., 23 déc. 1885, D., 86. 1. 97, S., 86. 1. 145.

848 Paris, 5 juillet 1877, D., 77. 2. 168, S., 77. 2. 295. — Orléans, 11 mai 1882, D., 83. 5. 288-289.

849 Lyon-Caen et Renault, L. 1^{er} août 1893, n. 51 ; Faure, L. 1^{er} août 1893, p. 142 et 143. — V. cep. en sens cont. Bouvier-Bangillon, L. 1^{er} août 1893, p. 27 ; Perrin, L. 1^{er} août 1893, p. 25 et 26 ; Houpin, Tr. des soc. civ. et comm., I, n 202.

850 Aubry et Rau, III, p. 274, § 266. — Req. ou Civ. rej., 5 août 1839, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1260, S., 39. 1. 753.

851 Pont, II, n. 659 ; Aubry et Rau, III, p. 275, § 266 texte et note 51 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 179, § 800, note 4 ; Thézard, n. 58-3° ; Gillard, Const. conv., n. 243. — Paris, 22 avril 1835, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1260, S., 35. 373. — Lyon, 9 mai 1837, J. G., cod. v°, n. 1260, S., 37. 2. 468. — Req. ou Civ. ej., 5 août 1839, cité à la note précédente. — Req., 4 déc. 1867, S., 68. 1. 252. —

Chambéry, 20 janv. 1872, D., 73. 2. 146, S., 72. 2. 125. — V. cep. en sens con-raire Laurent, XXX, n. 423 s., n. 428 s., n. 448 s.

852 Pont, II, n. 659 ; Thézard, n. 58. — Chambéry, 20 janvier 1872, D., 73. 2. 46, S., 72. 2. 125.

853 Merville, Rev. prat., 1856, I, p. 308 ; Aubry et Rau, III, p. 275, §266 ; Gillard, Const. hyp. conv., n. 245. — Rouen, 2 février 1829, S., 30. 2. 175. — Toulouse, 31 juillet 1830, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1261, S., 31. 2. 133. — Besançon, 17 juillet 1844, D., 45. 2. 171, S., 46. 2. 171. — Civ. rej., 3 août 1847, D., 47. 1. 405, S., 47. 1. 725. — Limoges, 11 juillet 1854, D., 55. 2. 50, S., 54. 2. 769. — Amiens, 9 avril 1856, D., 57. 2. 20, S., 56. 2.333. — Grenoble, 8 juillet 1858, D., 59. 2. 83, S., 60. 2. 188. — Civ. cass., 11 juillet 1859, D., 59.1. 401, S., 59.1. 551.

854 Troplong, II, n. 505 bis ; Pont, II, n. 663 ; Laurent, XXX, n. 46. — Pau, 16 juin 1832, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1276, S., 32. 2. 572 cassé par Civ. cass., 12 février 1835 cité infra.

855 Favard de Langlade, Rép., v° Louage, sect. I, § 4, n. 2 ; Aubry et Rau, III, p. 275, § 266, note 55 ; Ducrocq, Dr. admin., I, n. 533, 572, 576. — Req., 26 mars 1806, S., 6. 2. 758. — V. en sens contraire Paris, 29 mars 1830, J. G., v° Priv. et hyp., n. 578, S., 30. 2. 231.

856 Favard de Langlade, op., v° et loc. cit. ; Grenier, I, n. 9 ; Duranton, XIX, n. 360 ; Foucart, Dr. admin., II, n. 1117 ; Aubry et Rau, III, p. 275, § 266, texte et note 55 ; Gillard, Const. hyp. conv., n. 210 ; Ducrocq, Dr. adm., II, n. 1036. — Cpr. Thézard, n. 59. — Req., 3 juill. 1817, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1076, S., 18. 1. 368. — Civ. cass., 12 janv. 1835, J. G., cod. v°, n. 1276, S., 35. 1. 11. — Cpr. Civ. rej., 3 mai 1843, J. G., cod. v°, n. 1572, S., 43.1. 368. — Civ. rej., 9 juin 1847, D., 53. 1. 306, S., 48. 1. 54 relatifs à des actes antérieurs à la loi de brumaire.

857 Décret sur conflit du 29 mai 1811, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1275.

858 V. notamment conventions avec : Etats-Unis, 23 fév. 1853, art. 6. — Brésil, 10 déc. 1860, art. 6. — Espagne, 7 janv. 1862, art. 19. — Italie, 2G juill. 1862, art. 8. — Portugal, 11 juill. 1866, art. 7. — Autriche, 11 déc. 1866, art. 9. — Russie, 1^{er} avril 1874, art. 9. — Grèce, 7 janv. 1874, art. 10 et 11. — Rép. de Salvador, 5 juin 1878, art. 10 et 11.

859 Le Bourdellès, Journ. de Clunet, 1882, p. 391.

860 Civ. rej., 10 mai 1831, J. G., v° Dr. civ., n. 477, S., 31. 1. 195.

861 Lyon-Caen, Et. de dr. intern. privé marit., p. 29 et 30 ; Renault, Rev. crit., 1882, Nouv. sér., X, p. 485.

862 Civ. cass., 25 nov. 1879, D., 80. 1. 56, S., 80. 1. 257, et sur renvoi Grenoble, 11 mai 1881, D., 83. 2. 65, S., 81. 2. 225.

863 Levillain, Note, D., 83. 2.65.

864 Aix, 22 mai 1876, D., 78. 2. 103. — V. aussi dans le même sens Sarrut, journal La loi, 22 mai 1881.

865 Levillain, Note dans D., 83. 2. 65. — Cpr. Civ. cass., 25 nov. 1879, D., 80. 1. 56, S., 80. 1. 257 et sur renvoi Grenoble, 11 mai 1881, D., 83. 2. 65, S., 81. 2. 225.

866 V. notamment F. Dareste, Une loi Ephésienne, p. 9.

867 Cons. Dareste, Les inscrip. hyp. en Grèce ; Besson, Les livres fonciers et la réforme hyp., p. 25 s.

868 L. 11, C. Qui potiores (VIII, 18).

869 Loyseau, Du déguerpissement, liv. III, De l'action hyp, ch. I, n. 34 s. — V. aussi Lamoignon, Arrêtés, tit. 2.

870 Op. cit. et loc. cit., n. 36.

871 Exposé des motifs, Fenet, XV, p. 451, Locré, XVI, p. 335.

872 V. supra, II, n. 1364.

873 Op. et loc. cit., n. 16.

874 Chap. 12.

875 V. supra, I, préface, p. XXXI et s.

876 V. supra, I, n. 787, 800 s.

877 Persil, I, sur l'art. 2134, n. 1 ; Martou, III, n. 1028.

878 Troplong, II, n. 554.

879 Pont, II, n. 725.

880 Grenier, I, n. 60 ; Laurent, XXX, n. 546 ; Pont, II, n. 731. — Cpr. cep. Tarrible, Rép. de Merlin, v° Insc. hyp., § 2.

881 Grenier, I, n. 66 ; Battur, III, n. 383 ; Troplong, II, n. 567 ; Pont, II, n. 730 ; Aubry et Rau, III, p. 286, § 267 ; Laurent, XXX, n. 553 ; Thézard, n. 137 ; André, n. 757. — Civ. cass., 16 avril 1839, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1404, S., 39. 1. 511. — Limoges, 16 juin 1886, D., 89. 2. 31.

882 Merlin, Quest., v° Insc. hyp., § 1 in fine ; Aubry et Rau, III, p. 286, § 267 ; Thézard, n. 264 ; Laurent, XXX, n. 553. — Besançon, 22 juin 1809, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1403, S., 13. 2. 318.

883 Aubry et Rau, op. et loc. cit. — Civ. cass., 16 avril 1839, cité supra, note 1. — Req., 24 juillet 1855, D., 55. 1. 396.

884 Aubry et Rau, III, p. 286, § 267 ; Thézard, n. 137. — Cpr. cep. Laurent, XXX, n. 554.

885 Flandin, De la transcr., II, n. 925 ; Mourlon, De la transcr., II, n. 519 ; Verdier, Transcr. hyp., 2^e édit., I, n. 389 ;

Pont, II, n. 736 bis. — Trib. civ. Arras, 5 juill. 1860, S., 60. 2. 481. — Trib. civ. Die, 17 juin 1868, D., 69. 3. 90, S., 69. 2. 153. — Trib. civ. Forcalquier, 30 déc. 1880, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 987. — Bastia, 12 déc. 1881, D., 82. 2. 194. — Cpr. dans le même sens Bordeaux, 3 mai 1888, D., 90. 2. 4. — Req., 18 déc. 1888, D., 89. 1. 185, S., 89. 1. 64. — Cpr. Troplong, De la transcr., n. 195. — V. cep. en sens contraire Trib. de Bagnères-de-Bigorre, 24 fév. 1859, S., 60. 2. 427. Ce jugement décide que la transcription ne produit d'effet qu'à partir du lendemain de sa date. Cette opinion ne trouve aucun appui dans la loi. — V. aussi Bressolles, Explication de la loi sur la transcr., n. 85 ; Godoffre, Journ. des avoués, LXXX, art. 2243. Cet auteur donne la préférence à celle des parties dont l'acte est le plus ancien en date. C'est en quelque sorte une prime accordée au plus négligent. — Comp. Fons, Pr. sur la transcr., n. 54 ; Ducruet, Etude sur la transcr., n. 14 bis ; Sellier, Commentaire de la loi du 23 mars 1855, n. 225.

886 Tarrible, Rép. de Merlin, v° Inscr. hyp., § 2 ; Delvincourt, III, p. 314 ; Persil, I, sur l'art. 2134, n. 1 ; Grenier, I, n. 60 ; Troplong, II, n. 568 ; Pont, II, n. 729 ; Flandin, De la transcr., II, n. 1539 ; Aubry et Rau, III, p. 286, § 267, texte et note 3 ; Colmet de Santerre, IX, n. 101 bis, II ; Thézard, n. 137. — Req., 19 décembre 1809, S., 10. 1. 101. — Civ. rej., 11 juin 1817, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1411, S., 18. 1. 41. — Civ. cass., 17 août 1868, D., 68. 1. 398, S., 68. 1. 377. — Cpr. Laurent, XXX, n. 551.

887 V. supra, I, n. 811 et s.

888 Tr. des substitutions, n. 35. — Rapp. Tr. des donat. entre vifs, n. 119,

889 Troplong, II, n. 509 ; Pont, II, n. 728 ; Aubry et Rau, III, p. 287, § 267. — Paris,, 21 juillet 1807, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1364, S., 7. 2. 179. — Bruxelles,. 6 juin 1809, J. G., cod. v°, n. 1370, S., 14. 2. 62. — Turin, 16 mars 1811, J. G., cod.

v°, n. 1588, S., 11. 2. 423. — Civ. rej., 27 mars 1849, D., 49. 1. 168, S., 49. 1. 509. — Cpr. Laurent, XXX, n. 552.

890 Pont, II, n. 728 ; Aubry et Rau, III, p. 287, § 267, note 9. — C'est par cette considération que s'explique un arrêt de la chambre des requêtes du 7 déc. 1831, S., 33. 1. 315 que M. Pont, loc. cit., critique très vivement. — Cpr. dans le même sens Limoges, 26 juin 1866 et sur pourvoi Req., 22 janv. 1868, D., 68. 1. 167.

891 Aubry et Rau, toc. cit.,. Laurent, XXX, n. 548.

892 Pont, II, n. 736 ; Aubry et Rau, III, p. 486, § 291.

893 Aubry et Rau, III, p. 486, § 291. — Agen, 3 janv. 1844, J. G., v° Priv. et hyp., n. 2316, S., 45. 2. 405.

894 V. supra, II, n. 1286.

895 Fons, Pr. sur la transcr., n. 45 ; Sellier, Transcr., II, n. 170 ; Flandin, Transcr., II, n. 920 à 923 ; Aubry et Rau, II, p. 61 et 62, § 174, texte et note 23. — V. cep. en sens divers Bressolles, Exp. sur la transcr., n. 45 ; Troplong, Transcr., n. 192 s. ; Rivière et Huguet, Quest. sur la transcr., n. 203 et 204 ; Mourlon, Rev. prat., 1856, I, p. 477 s., Transcr., II, n. 517 ; Verdier, Transcr., 2^e édit., I, n. 336 s.

896 Verdier, op. cil., I, n. 388. — Paris, 9 fév. 1877, D., 77. 2. 74, S., 77, 2. 55. — Bourges, 12 déc. 1887, D., 88. 2. 298, S., 88. 2. 59 et sur pourvoi Req., 18 déc. 1888, D., 89. 1. 185, S., 89. 1. 64.

897 V. la critique de cette disposition dans T. Morel, De l'hyp. marit., n. 92 s.

898 V. supra, II, n. 1382 et s.

899 V. supra, II, n. 1398.

900 Req., 5 nov. 1873, D., 74. 1. 373, S., 74. 1. 81.

901 Pont, II, n. 735 ; Aubry et Rau, III, p. 487, § 291.

902 Pothier, De l'hyp., n. 54. — V. aussi Basnage, Tr. des hyp., ch. V ; d'Héricourt, Vente des imm., ch. XI, sect. 2, n. 13. — V. cep. en sens contraire Guy-Coquille, Cout. du Nivernais, ch. VII, art. 10.

903 Persil, I, sur l'art. 2121, n. 7 ; Delvincourt, III, p. 318 s. ; Bugnet sur Pothier, loc. cit. ; Duranton, XIX, n. 325.

904 Persil, Quest., I, ch. VI, § 7 ; Grenier, I, n. 52 ; Battur, II, n. 370 ; Pont, II, n. 732 ; Aubry et Rau, III, p. 485, § 291, texte et note 2 ; Colmet de Santerre, IX, n. 101 bis, III ; Thézard, n. 130 ; André, n. 742. — Lyon, 18 février 1829, J. G., v° Priv. el hyp., n. 1392, S., 29. 2. 239. — Caen, 5 avril 1856, J. G. Suppl., cod. v°, n. 940, S., 57. 2. 63. — Req., 5 novembre 1873, D., 74. 1. 373, S., 74. 1. 81.

905 De Fréminville, De la minor., II, n. 1149 ; Aubry et Rau, III, p. 486, § 291. — V. cep. en sens contraire Duranton, XIX, n. 325.

906 V. supra, II, n. 1431.

907 V. supra, II, n. 1432.

908 Duranton, XX, n. 391 ; Aubry et Rau, III, p. 301, § 269. — Caen, 23 août 1839, J. G., v° Surenchère, n. 47, S., 40. 2. 111.

909 Paris, 20 juill. 1833, J. G., v° Conl. de mar., n. 1054, S., 33. 2. 395. — Civ. cass., 14 déc. 1863, D., 64. 1. 111, S., 64. 1. 36.

910 De Fréminville, De la minor., I, n. 1141 ; Pont, I, n. 509 ; Flandin, Transc., II, n. 1532 à 1534 ; Aubry et Rau, III, p. 302, § 269. — Req., 17 juill. 1844, J. G., v° Priv. et hyp., n. 879, S., 44. 1. 641. — Lyon, 23 nov. 1850, D., 51. 2. 241. — V. cep. en sens contraire Duranton, XIX, n. 327 ; Rivière et François, Explic. L. 23 mars 1855, n. 124.

911 Aubry et Rau, III, p. 302, § 269. V. supra, II, n. 980 s., 1189 s. et les autorités qui y sont citées. — Riom, 20 fév. 1819, J. G., v° Priv. et hyp., n. 881, S., 20. 2. 275. — V. en sens contraire, Toulouse, 6 décembre 1824, J. G., cod. v°, n. 881, S., 26. 2. 106.

912 Civ. cass., 23 août 1837, J. G., v° Faillite, n. 331, S., 37. 1. 873.

913 Toulouse, 5 août 1806, J. G., v° Priv. et hyp., n. 881. — Aix, 19 août 1813, J. G., ibid. — Grenoble, 18 juillet 1814, J. G., ibid., S., 18. 2. 294. — Grenoble, 24 août 1814, J. G., ibid., S., 18. 2. 205. — Riom, 4 mars 1822, J. G., ibid., Dev. et Car., Coll. nouv., VII, 2. 34. — Montpellier, 22 déc. 1822, J. G., ibid., S., 23. 2. 229. — Grenoble, 8 déc. 1823, J. G., ibid. — Toulouse, 6 déc. 1824, J. G., ibid., S., 26. 2. 106. — Grenoble, 22 juin 1825, J. G., ibid. (cassé). — Grenoble, 28 déc. 1825, J. G., ibid. — Grenoble, 16 janv. 1830, J. G., ibid. (cassé).

914 Tarrible, Rép. de Merlin, v° Inscr. hyp., § 3, n. 9 ; Merlin, Rép., XVI, Add. ; Persil, Quest., I, p. 226 ; Demante, Thémis, VI, p. 20 ; Duranton, XX, n. 33 ; Rolland de Villargues, Rép., v° Hyp., n. 358 ; Favard, Rép., v° Hyp., p. 719, n. 6 ; Battur, II, n. 359 ; Troplong, II, n. 418 et 575 ; Aubry et Rau, III, p. 302, § 269 ; Colmet de Santerre, IX, n. 105 bis, VII. — Riom, 20 fév. 1819, J. G., v° Priv. et hyp., n. 881, S., 20. 2. 275. — Limoges, 29 déc. 1821, J. G., ibid. — Civ. cass., 11 juin 1822, J. G., ibid., S., 22. 1. 379, et sur renvoi, Lyon, 16 août 1823, J. G., ibid., S., 24. 2. 62. — Pau, 15 janv. 1823, J. G., ibid. — Civ. cass., 6 juin 1826, J. G., ibid., S., 26. 1. 461. — Civ. cass., 28 juillet 1828, J. G., ibid., S., 28. 1. 297. — Toulouse, 14 fév. 1829, J. G., ibid., S., 29. 2. 161. — Toulouse, 7 avril 1829, J. G., ibid., S., 30. 2. 31. — Civ. cass., 5 nov. 1832, J. G., ibid. — Civ. cass., 5 déc. 1832, J. G., ibid., S., 33. 1. 113. — Montpellier, 13 déc. 1833, J. G., ibid. — Grenoble, 30 mai 1834, J. C., ibid., S., 34. 2. 478. —

Bordeaux, 20 juin 1835, J. G. ; ibid. — Req., 9 août 1852, D., 53. 1. 155, S., 53. 1. 197. La jurisprudence est définitivement fixée en ce sens. — V. infra, n. 1464 s., les arrêts qui déterminent le rang de l'hypothèque légale dans les cas non prévus par l'art. 2135.

915 V. infra, n. 1465, l'observation du consul Cambacérès et la réponse de M. Treilhard.

916 Troplong, II, n. 588 bis ; Aubry et Rau, III, p. 238 et 239, § 264 ter, texte et note 62. — V. en sens contraire Delvincourt, III, p. 327.

917 Aubry et Rau, III, p. 239, § 264 ter, texte et note 63. — Grenoble, 7 mars 1868, D., 68. 2. 171, S., 68. 2. 339.

918 Aubry et Rau, III, p. 239, § 264 ter, note 62. — Cpr. cependant Req., 26 février 1829, J. G., v° Priv. et hyp., n. 925. Il s'agissait d'une convention antérieure au code, par laquelle il était dérogé à l'art. 429 Cout. de Bretagne, et attribué à la femme une hypothèque du jour du contrat de mariage. Cet arrêt ne nous semble d'aucune autorité sous le code.

919 Merlin, Rép., v° Inscr. hyp., § 3, n. 6 ; Troplong, II, n. 572 ; Pont, II, n. 747 ; Aubry et Rau, III, p. 215, § 264 bis.

920 Cpr. Troplong, II, n. 428 ; Pont, II, n. 748 ; Thézard, n. 225.

921 Colmet de Santerre, IX, n. 103 bis, I.

922 Fenet, XV, p. 335 et 326 ; Locré, XVI, p. 229.

923 Fenet, XV, p. 414 ; Locré, XVI, p. 317.

924 Fenet, XV, p. 419 ; Locré, XVI, p. 318.

925 Fenet, loc. cit. ; Locré, loc. cit.

926 Fenet, XV, p. 471 ; Locré, XVI, p. 356 et 357, n. 26.

927 Fenet, XV, p. 501 ; Locré, XVI, p. 393 et 394, n. 34.

928 Pothier, Commun., n. 692 bis ; Tessier, Soc. d'acquêts, n. 273.

929 Labbé, Note dans S., 72. 1. 313 ; Laurent, XXII, n. 487 et 488 ; de Loynes, sur Tessier, op. cit., 2^e édit., p. 411, n. 273, note 1 ; Guillouard, Cont. de mar., II, n. 977 ; de Loynes, Note, dans D., 90. 2. 138.

930 Civ. cass., 15 mai 1872, D., 72. 1. 197, S., 72. 1. 313. — Caen, 27 juin 1874, D., 76. 2. 138, S., 79. 2. 146. — Amiens, 16 mai 1877, D., 80. 2. 215, S., 79. 2. 145. — Caen, 9 juill. 1889, D., 90. 2. 137, S., 90. 2. 73.

931 Baudry-Lacantinerie, Pr. de dr. civ., III, n. 1311. — Cpr. Colmet de Santerre, IX, n. 105 bis, VII s.

932 Pont, II, n. 751.

933 Aubry et Rau, III, p. 239, § 264 ter ; Colmet de Santerre, IX, n. 105 bis, IX.

934 V. le texte supra, n. 1465.

935 Fenet, XV, p. 401.

936 V. supra, II, n. 980 s.

937 Cpr. Civ. cass., 23 juin 1895 qui fixe le rang de l'hypothèque à la date de la célébration du mariage pour toutes les créances, dont le principe se trouve dans le mariage lui-même.

938 Thézard, n. 226.

939 Colmet de Santerre, IX, n. 105 bis, III.

940 V. Thézard, n. 228. — Paris, 9 fév. 1856, D., 56. 2. 95, S., 6. 2. 368. — Cpr. Grenoble, 8 fév. 1879, D., 80. 1. 149, S., 80. 2. 69.

941 Grenier, I, n. 243 ; Persil, I, sur l'art. 2135, § 2, n. 2 ; Delvincourt, III, p. 327 ; Tessier, De la dot, II, p. 298, n. CXXXIV, note 1093 ; Coulon, Dialogues, II, p. 23 ; Duranlon, XX, n. 20 ; Benech, De l'emploi et du remploi, n. 111 ; Bellot des Minières, Rég. dol. et comm. d'acquêts, II, n. 1397 ; Pont, II, n. 753 ; Massé et Vergé, sur Zachariæ, V, p. 164, § 596, note 19 ; Potel, Hyp. lég. de la femme, p. 217 ; Audier, Rev. prat., 1863, XVI, p. 491 ; Rodière et Pont, Contrat de mariage, III, n. 1965 ; Aubry et Rau, III, p. 239, § 264 1^{er}, texte et note 64 ; de Loynes, sur Tessier, Soc. d'acquêts, 2^e édit., p. 29, n. 8, note 35 ; Thézard, n. 226. — Nîmes, 26 mars 1833, S., 34. 2. 89. — Caen, 5 juin 1876, S., 77. 2. 118 et sur pourvoi Req., 22 janvier 1878, D., 78. 1. 154, S. : 78. 1. 306. — V. en sens contraire Delaporte, Pandectes franç., XV, p. 275 ; Tarrible, Rép. de Merlin, v^o Inscr. hyp., § 3, n. 8 ; Wolowski, Rev. de légist., 1834, I, p. 278 ; Benoît, De la dot, II, n. 47 ; Troplong, II, n. 578 s. — Trib. de Montpellier, 7 janvier 1870, D., 71. 3. 7, S., 71. 2. 100. — Grenoble, 8 février 1879, D. 80. 2. 149, S., 80. 2. 69. Cet arrêt résout la question sans la discuter.

942 Cpr. Aubry et Rau, III, p. 210, § 264 ter, note 65.

943 Troplong, II, n. 586 s. ; Aubry et Rau, III, p. 240 et 241, § 264 ter, texte et acte 66. — Civ. rej., 5 mai 1841, J. G., v^o Priv. et hyp., n. 919, S., 41. 1. 449.

944 Nancy, 20 juill. 1889, S., 90. 2. 155.

945 Tarrible, Rép. de Merlin, v^o Inscr. hyp., n. 10 ; Thézard, n. 226.

946 Persil, I, sur l'art. 2135, § 5, n. 7 ; Bellot des Minières, Cont. de mar., I, 343 ; Pont, II, n. 754 et 757 ; Aubry et Rau, III, p. 141, § 264 ter, texte et te 67.

947 C'est avec cette précision qu'il faut accepter l'opinion émise par de Loynes, ir Tessier, Soc. d'acquêts, n. 8, note

38.

948 Cpr. Demolombe, Don., VI, n. 323 ; Aubry et Rau, VIII, p. 80, § 739 texte et note 64. — Req., 22 janv. 1873, D., 73. 1. 473, S., 73. 1. 57.

949 Civ. cass., 28 janv. 1879, D., 79. 1. 83, S., 79. 1. 214.

950 Persil, I, sur l'art. 2135, § 2, n. 7 ; Bellot des Minières, Cont. de mar, I, p. 313 ; Pont, II, n. 761 ; Demolombe, Rev. crit., 1851, I, p. 527 ; Aubry et Rau, III, p. 241, § 264 ter, texte et note 70 ; Potel, De l'hyp. lég. de la femme mariée, p. 250 s. ; Demolombe, Contrats, VI, n. 554 s. ; Larombière, Des oblig., sur l'art. 1328, n. 33 et 34. — Civ. cass., 5 février 1851, D., 51. 1. 14, S., 51. 1. 192 et sur renvoi Rouen, 24 mars 1852, D., 53. 2. 143, S., 52. 2. 535. — Agen, 21 mars 1851, D., 51. 2. 150, S., 52. 2. 224. — Rennes, 21 août 1851, D., 54. 5. 425. — Douai, 29 janvier 1857, D., 57. 2. 113 et sur pourvoi Civ. cass., 15 mars 1859 (motifs), D., 59. 1. 105, S., 59. 1. 193. — Req., 13 août 1870, D., 70. 1. 126. — Bordeaux, 1^{er} mars 1887, D., 88. 2. 96, S., 89. 2. 131. — V. cep. en sens contraire Colmet de Santerre, IX, n. 105 bis, V. — Orléans, 24 mai 1848, D., 48. 2. 185.

951 Aubry et Rau, loc. cit. — Civ. cass., 15 mars 1839, D., 59. 1. 105, S., 59. 1. 193. — Amiens, 26 mars 1860, S., 60. 2. 126. — Civ. rej., 19 fév. 1862, D., 62. 1. 127, S., 62. 1. 382. — Cpr. Req., 13 août 1868, D., 70. 1. 126, S., 69. 1. 348.

952 Paris, 18 juin 1863, D., 64. 5. 208, S., 64. 2. 208.

953 Aubry et Rau, III, p. 241, § 264 ter, texte et note 69. — Req., 6 juill. 1831, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1230, S., 31. 1. 307.

954 Civ. cass. (rejet sur ce point), 22 nov. 1886, D., 87. 1. 113, S., 89. 1. 465.

955 V. en faveur de notre opinion, Duranton, XX, n. 31 ; Massé, Note dans S., 54. 1. 11 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 165, § 796, note 22 ; Aubry et Rau, III, p. 242, § 264 ter, texte et note 74 ; de Loynes sur Tessier, Société d'acquêts, 2^e éd., p. 32 et 33, n. 8, note 39 ; Thézard, n. 227 ; Colmet de Santerre, IX, n. 105 bis, VI. — Caen, 7 juill. 1851, D., 52. 2. 243, S., 52. 2. 92. — Agen, 10 juil. 1859, J. G. Suppl., va Priv. et hyp., n. 489, S., 59. 2. 341. — Gaen, 29 nov. 1872, D., 74. 2. 107, S., 73. 2. 134. — Trib. civ. Orange, 17 fév. 1891, D., 92. 2. 612.

956 Toulouse, 12 juin 1860, D., 61. 2. 35, S., 60. 2. 545. — Civ. rej., 16 mai 1865, D., 65. 1. 265, S., 65. 1. 345. — Riom, 16 juin 1877, D., 78. 2. 150, S., 78. 2. 295. — Nîmes, 28 janv. 1879, D., 80. 2. 127, S., 79. 2. 264. — Toulouse, 18 nov. 1889, D., 90. 2. 199. — Civ. cass., 10 fév. 1892, D., 92. 1. 118, S., 92. 1. 181.

957 Tessier, De la dot, II, p. 305, n. 134-2° ; Benech, De l'emploi et du remploi, n. 111 ; Troplong, II, n. 589 bis ; Pont, II, n. 767 s., et Rev. crit., 1852, II, p. 386 ; Rodière et Pont, Contr. de mar., III, n. 1968.

958 Riom, 16 juin 1877, cité supra.

959 V. Nîmes, 28 janv. 1879, cité supra.

960 V. aussi en ce sens, outre les autorités citées sur la question de principe, Pont, II, n. 770 ; Rodière et Pont, Contr. de mar., III, n. 1969.

961 Aubry et Rau, III, p. 244, § 264 ter, texte et note 77 ; de Loynes sur Tessier, Soc. d'acq., 2^e éd., n. 8, note 39 ; Thézard, n. 227. — Req., 27 juill. 1826, J. G., v° Priv. et hyp., n. 902, S., 27. 1. 246. — Grenoble, 6 janv. 1831, J. G., v° Disp. entre vifs, n. 1434, S., 32. 2. 200.

962 V. supra, II, n. 1465, l'observation du consul Cambacérès.

963 Colmet de Santerre, IX, n. 105 bis, IX.

964 Pont, II, n. 772 ; Rodière et Pont, Contrat de mariage, III, n. 2029 ; Aubry et Rau, III, p. 245, § 264 ter, texte et noie 78 ; de Loynes sur Tessier, Soc. d'acquêts, 2^e édit., n. 8, note 41 ; Thézard, n. 228. — Civ. cass., 4 févr. 1868, D., 68. 1. 57, S., 68. 1. 113. — Cpr. Colmet de Santerre, IX, n. 105 bis, XII et XIII. Cet auteur n'admet cette solution que pour le cas où le mari a agi en vertu d'un mandat exprès. D'après lui, le rang de l'hypothèque serait déterminé par la date des recouvrements lorsque le mandat est tacite et lorsque le mari a agi sans mandat. Nous croyons au contraire que le mandat tacite doit produire les mêmes effets que le mandat exprès. — V. cep. en sens contraire Grenier, I, n. 232 ; Troplong, II, n. 590. Ces auteurs ne font dater l'hypothèque dans tous les cas que du jour des recouvrements. — V. aussi Baudry-Lacantinerie, Pr. de dr. civ., III, n. 1341.

965 Montpellier, 20 juin 1891 et sur pourvoi Req, 1^{er} mai 1893, D., 94. 1. 57, S., 94. 1. 281. — Aubry et Rau, III, p. 245, § 264 ter ; de Loynes sur Tessier, Soc. d'acquêts, n. 8, note 4 ; Thézard, n. 228 ; Colmet de Santerre, IX, n. 105 bis, XIII.

966 Aubry et Rau, III, p. 245, § 264 ter.

967 Pont, II, n. 773 ; Rodière et Pont, Cont. de mar., III, n. 2027 ; Aubry et Rau, III, p. 245, § 264 ter, texte et note 79 ; de Loynes sur Tessier, Soc. d'acquêts, 2^e édit., n. 8, note 42 ; Thézard, n. 228 ; Colmet de Santerre, IX, n. 105 bis, XIV. — Toulouse, 7 avril 1829, S., 30. 2. 31. — Montpellier, 13 déc. 1833, S., 34. 2. 359. — Civ. cass., 27 avril 1852, D., 52. 1. 162, S., 52. 1. 401 et sur renvoi Paris, 7 mai 1853, D., 54. 5. 426, S., 53. 2. 351. — Trib. d'Aix, 23 mars 1867 et Aix, 17 août 1867 joints à Civ. cass., 21 avril 1869, S., 69. 1.

350 et sur renvoi Grenoble, 23 nov. 1870, D., 71. 2. 173, S., 71. 2. 12.

968 V. supra, II, n. 981 et 996.

969 Colmet de Santerre, IX, n. 105 bis, XV. — Toulouse, 30 décembre 1891, D., 92. 2. 93. — Rapp. Civ : cass., 4 fév. 1868, D., 68. 1. 57, S., 68. 1. 113.

970 V. dans le même sens Civ. cass., 14 fév. 1868, cité supra.

971 V. Paris, 28 juillet 1853, D., 55. 2. 64.

972 V. supra, II, n. 981.

973 Colmet de Santerre, IX, n. 103 bis, XVI. — Civ. cass., 25 juin 1895, Gaz. des Trib., 26 juin 1895.

974 Colmet de Santerre, IX, n. 105 bis, XVI.

975 Bordeaux, 22 mars 1889, D., 89. 2. 280, S., 90. 2. 52. La cour d'appel n'a pas statué sur le rang de l'hypothèque dans ce cas.

976 V. cep. en ce sens Trib. civ. Seine, 28 nov. 1891, cité J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 499.

977 V. supra, II, n. 891.

978 Colmet de Santerre, IX, n. 105 bis, XVI ; de Loynes, Note dans D., 94. 2. 25. — Montpellier, 16 nov. 1889, D., 90. 2. 171, S. (sous Cass.), 91.1.146. — Dijon, 16 juin 1893, D., 94. 2. 25. — Civ. cass., 25 juin 1895, Gaz. des trib., 26 juin 1895.

979 Cpr. de Loynes, Note dans D., 94. 2. 25.

980 Turin, 10 janvier 1812, S., 12. 2. 448. — Nîmes, 5 mai 1812, S., 12. 2. 449. — Terrible, Rép. de Merlin, v° Insc. hyp., § 3, n. 5. — V. cep. en sens contraire Agen, 8 mai 1810, S., 11. 2. 167.

981 V. sur ce sujet, de Loynes, Note dans D., 94. 2. 577.

982 Pont, II, n. 814 ; Flandin, Transcr., II, n. 1523 ; Rivière et François, Explic. L. du 23 mars 1855, n. 122 ; Rivière et Huguet, Quest. sur la transcr., n. 378 et 379 ; Lesenne, Transcr., n. 134 ; Fons, Transer., n. 73 ; Gauthier, Transcr., n. 154 ; Aubry et Rau, III, p. 304, § 269, note 16 ; Thézard, n. 229. — Amiens, 6 fév. 1864, D., 64. 5. 209, S., 64. 2. 93. — Agen, 6 déc. 1864, D., 65. 2. 26, S., 65. 2. 138. — Alger, 26 avril 1880, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1138, S., 81. 2. 264.

983 Troplong, Transc., n. 311 ; Rivière et Huguet, Quest. sur la transc., n. 380 ; Grosse, Comment. L. du 23 mars 1855, n. 250 ; Lesenne, Transc., n. 135 ; Pont, II, n. 815 ; Lemarcis, Transc., p. 40.

984 V. en faveur de cette solution les auteurs cités infra, n. 1514. — Civ. cass., 22 août 1876, D., 78. 1. 212, S., 76. 1. 471. — Trib. civ. Gray, 4 décembre 1877, D., 78. 3. 24.

985 Mourlon, Transcr., II, n. 865 ; Flandin, Transcr., II, n. 1526 ; Pont, II, n. 814 ; Gauthier, Transcr., n. 153 ; Rivière et Muguet., Quest. sur la Transcr., n. 378 et 379 ; Rivière et François, Explic. L. du 23 mars 1855, n. 120 ; Lesenne, Comment. L. du 23 mars 1855, n. 134 ; Lemarcis, Comment. L. sur la transcr., p. 39 ; Bioche, Dict. de proc., v° Transcr., n. 148 ; Colmet de Santerre, IX, n. 107 bis, III. — Metz, 8 fév. 1859, Rec des arrêts de celle cour, 1859, p. 158. — Grenoble, 10 juillet 1867, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1139, S., 68. 2. 45. — V. cep. en sens contraire : Verdier, Transcr., II, n. 628 ; Audier, Rev. prat., 1865, XX, p. 181. — V. aussi Ducruet, Et. sur la loi de 1855, p. 35.

986 Carpentier, Tr. du divorce, n. 345 ; Vraye et Gode, Le divorce, II, n. 565 ; de Loynes, Note dans D., 94. 2. 577. — Trib. civ., Bordeaux, 15 janv. 1894, D., 94. 2. 577.

987 Baudry-Lacantinerie, Pr. de dr. civ., I, 5^e édit., n. 790 bis in fine. — Rapport de M. Arnault, Journ. Off., 24 déc. 1887, Annexes, p. 440, col. 3.

988 De Loynes, Note dans D., 94. 2. 577.

989 V. supra, II, n. 1505.

990 Troplong, Transcr., n. 311 ; Rivière et Huguet, Quest. sur la transcr., n. 380 ; Lesenne, Transcr., n. 135 ; Lemarcis, Transcr., p. 40 ; Pont, II, n. 809 et Rev. du not. et de l'enreg., I, p. 105, n. 31 ; Ducruet, Et. sur la transcr., n. 33 ; Flandin, Transcr., II, n. 1016, 1017, 1527 et 1528 ; Mourlon, Transcr., II, n. 866 à 872 ; Verdier, Transcr., II, n. 627 ; Aubry et Rau, III, p. 304, § 269, texte et note 17 ; Colmet de Santerre, IX, n. 107 bis, II ; Thézard, n. 229. — Bordeaux, 12 mars 1860, D., 61. 2. 67, S., 60. 2. 524. — Aix, 10 janv. 1861, J. G. Suppl., v^o Priv. et hyp., n. 1154, S., 61. 2. 177. — Metz, 19 mars 1861, D., 61. 2. 135, S., 61. 2. 179. — Orléans, 26 août 1869, D., 69. 2. 185, S., 70. 2. 113. — Req., 2 juill. 1877, D., 18. 1. 408, S., 77.1. 415. — V. aussi les arrêts cités au numéro suivant.

991 V. supra, II, n. 1505.

992 Aix, 10 janv. 1861, J. G. Suppl., v^o Priv. et hyp., n. 1154, S., 61. 2. 177.

993 Pagès, Rec. de l'Ac. de légis. de Toulouse, VII, p. 406 ; Eyssautier, Journal de Grenoble et de Chambéry, 1863, p. 369 et Rev. prat., 1866, XXII, p. 448 ; Flandin, Transcr., II, n. 1018 à 1022 ; Mourlon, Transcr., II, n. 871 ; Verdier, Transcr., II, n. 626 ; Bressolles, Transcr., n. 98 ; Rivière et Huguet, Questions sur la transcr., n. 380 ; Gauthier, Code des placements fonciers, n. 395, note 1 ; Bioche, Dict. de proc., v^o Transcr., n. 147 ; Aubry et Rau, III, p. 305, § 269, texte et note 19 ; Thézard, n. 229 ; Colmet de Santerre, IX, n. 107 bis, II ; Labbé, Note dans S., 66. 1. 233 ; Mourlon,

Note dans D., 66. 1. 241 ; de Loynes, Note dans D., 94. 2. 577. — Grenoble, 29 avril 1858, D., 61. 2. 68, S., 59. 2. 70. — Bordeaux, 12 mars 1860, D., 61. 2. 673, S., 60. 2. 524. — Aix, 10 janv. 1861, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1154, S., 61. 2. 177. — Metz, 19 mars 1861, D., 61. 2. 135, S., 61. 2. 177. — Toulouse, 2 janv. 1863, D., 63. 2. 215, S., 63. 2. 191. — Grenoble, 26 fév. 1862, D., 63. 2. 68, S., 63. 2. 75 et sur pourvoi Civ. rej., 2 mai 1866, D., 66. 1. 241, S., 66. 1. 233. — Bourges, 17 fév. 1872, J. G. Suppl., cod. v°, n. 1142, S., 72. 2. 133. — Aix, 9 janv. 1875, D., 76. 2. 178, S., 76. 2. 294. — Paris, 21 janv. 1875, J. G. Suppl., cod. v°, n. 1142, S., 75. 2. 77. — Civ. cass., 22 août 1876, D., 78. 1. 212, S., 76. 1. 471. — Req., 2 juill. 1877, D., 78. 1. 408, S., 77. 1. 415. — Trib. civ. Gray, 4 déc. 1877, D., 78. 3. 24. — Alger, 12 mai 1880, J. G. Suppl., v° Minor., n. 577, S., 81. 2. 37. — Angers, 19 janv. 1892, D., 92. 2. 212. — V. cep. en sens contraire, Nicollet, Rev. crit., 1858, XIII, p. 548, 1867, XXX, p. 369 ; Troplong, Transcr., n. 251 ; Grosse, Transcr., n. 251 ; Pont, II, n. 809, et Rev. du not. et de l'enreg., I, n. 31 et VII, n. 1390 ; Bonniceau-Gesmon, Rev : prat., 1866, XXI, p. 449, 1867, XXIII, p. 97. — Riom, 3 août 1863, D., 63. 2. 133, S., 63. 2. 171. — Agen, 6 déc. 1864, D., 65. 2. 27, S., 65. 2. 138. — Trib. civ. du Puy, 12 janv. 1865, D., 65. 3. 13. — La Martinique, 23 juill. 1866, D., 66. 2. 173, S., 67. 2. 20. — Lyon, 11 janv. 1876, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1140, S., 76. 2. 203.

994 Pont, II, n. 890 et 895 ; Mourlon, Transcr., II, n. 873 ; Demangeat sur Bravard, Tr. de dr. comm., V, p. 293 à la note ; Aubry et Rau, III, p. 305, § 269 ; Guyard, Rev. crit., 1870, XXXVI, p. 401 s. ; Laroque -Saissinel et Dutruc, Formul. gén. des faill., n. 391 in fine ; Colmet de Santerre, IX, n. 120 bis, VI ; Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. comm., II, n. 2713. — Civ. cass., 17 août 1868 (motifs), D., 68. 1. 398, S., 68. 1. 377. — Caen, 27 janvier 1870, D., 71. 2. 99, S., 70. 2. 331.

995 Caen, 18 janv. 1879, S., 80. 2. 201. — De Loynes, Note dans D., 95. 2. 42.

996 V. not. Agen, 5 mai 1858, D., 59. 2. 66, S., 59. 2. 364. — Limoges, 14 juin 1860, D., 60. 2. 222. — Paris, 30 nov. 1861, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 581, — Req, 2 juillet 1877, D., 78. 1. 408, S., 77. 1.415. — Trib. civ. Gray, 4 déc. 1877, D., 78 3. 24.

997 Il en était autrement avant la loi de 1855.

998 Pont, II, n. 890, 895, 926 ; Troplong, Transc., n. 317 ; Mourlon, Transcr. n. 878 ; Carette, Note dans S., 63. 1. 425 ; Briguiboul, Rev. prat., 1864, XXV, p. 150. ; Verdier, Transc., II, n. 638 ; Aubry et Rau, III, p. 306, § 269, texte et note 21 ; Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. comm, II, n. 2713 ; de Loynes, Note dans D., 94. 2. 577. — Paris, 24 juin 1862, D., 63. 2. 1, S., 63. 2. 37. — Civ. cass., 17 août 1868, D., 68. 1. 398, S., 68. 1. 377. — Rouen, 17 juin 1869, D., 72. 2. 215, S., 71. 2, 174. — Orléans, 26 août 1869, D., 69. 2. 185, S., 70. 2. 113. — Caen, 27 janvier 1870, D., 71, 2. 69. — Lyon, 19 août 1871, D., 72. 5. 270, S., 72. 2. 80. — Trib. civ. Seine, 4 août 1891, Journ. des conserv. des hyp., art. 4237, 1892, p. 74. — V. cep. en sens contraire Thiercelin, Note dans D., 63. 2. 1. — Trib. civ. Valence, 1^{er} mars 1866, D., 66. 3. 62.

999 Aubry et Rau, III, p. 307, § 269. — Agen, 5 mai 1858, D., 59. 2. 66, S., 59. 2. 364. — Toulouse, 19 mars 1861, D., 61. 2. 83, S., 62. 2. 280. — Montpellier, 28 juin 1868, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1152, S., 69. 2. 35.

1000 Lesenne, Comment. L. 23 mars 1855, n. 136 ; Pont, II, n. 836.

1001 Flandin, Transcr., II, n. 1537 s. ; Aubry et Rau, III, p. 311, § 269, texte et note 30. — Civ. cass., 17 août 1868, D.,

68. 1. 398, S., 68 1, 377. — Orléans, 26 août 1869, D., 69. 2. 185, S., 70. 2. 113.

1002 Nancy, 28 nov. 1877, sous Cass., D., 81. 1. 183, S., 82.1. 13.

1003 Ch. réun. rej., 22 juin 1833, J. G., v° Priv. et hyp., n. 2201, S., 33. 1. 448. — Civ. cass., 30 juillet 1834, J. G., ibid., S., 34. 1. 625. — Req., 26 mai 1836, S., 36. 1. 775. — Civ. cass., 18 déc. 1839, D, 39 1. 137. — Civ. rej., 27 mars 1844, S., 45. 1. 20.

1004 Persil, II, sur l'art. 2182, n. 21 ; Battur, II, n. 457 ; Grenier, II, n. 490 ; Troplong, IV, n. 996 ; Aubry et Rau, III, p. 308, § 269, note 25.

1005 Civ. rej., 27 nov. 1811, S., 12. 1. 171. — Civ. rej., 21 nov. 1821, J. G., cod. v°, n. 2200, S., 22. 1. 214 — Civ. rej., 30 août 1825, S., 26. 1. 65.

1006 Aubry et Rau, III, p. 309, § 269, texte et noie 27, et les autorités qui y sont citées.

1007 Aubry et Rau, III, p. 310, § 269, texte et note 28. — Civ. rej., 21 juill. 1863, D., 63. 1. 339, S, 63. 1. 489.

1008 Aubry et Rau, III, p. 310, § 269, texte et note 30. — Cpr. Flandin, Transcr, II, n. 1531. — V. cep. en sens contraire pour les cas d'expropriation pour cause d'utilité publique Cabantous, Rev. crit., 1855, VII, p. 96 et 101 ; Fons, Transcr., n. 74.

1009 V. supra, II, n. 1090 et s.

1010 Douai, 18 mars 1840, J. G., v° Priv. et hyp, n. 1382, S., 40. 2. 289. — Nancy, 28 fév. 1880, D., 81. 2. 221, S., 82. 2. 38. — V. dans le même sens Aubry et Rau, III, p. 317, § 269. — Il a cependant été jugé qu'il était tenu de cette obligation et on peut appuyer cette solution sur l'art. 420.

— Angers, 24 janv. 1892, D., 92. 2. 212. — Cpr. Civ. rej., 6 mai 1866, D., 66. 1. 241.

1011 Persil, I, sur l'art. 2138, n. 2 ; Pont, II, n. 844 ; Aubry et Rau, III, p. 312, § 269 ; Thézard, n. 157. Circulaire du ministre de la justice du 15 septembre 1808 rapportée par Persil, loc. cit.

1012 Pont, II, n. 849 ; Aubry et Rau, III, p. 314, § 269, texte et note 40. — Civ. rej., 25 juin 1817, J. G., v° Contrainte par corps, n. 156, S., 18. 1. 13. — Rapp. Agen, 8 avril 1813, J. G., cod. v°, n. 154, Dev. et Car., Coll. nouv., IV, 2. 288. — Bordeaux, 9 juillet 1830, J. G., cod. v°, n. 171, S., 30. 2. 361. — Req., 7 janvier 1863, D., 63. 1. 242, S., 63. 1. 175.

1013 V. cep. Civ. cass., 20 nov. 1826, J. G., v° Contrainte par corps, n. 170, S., 27. 1. 170. — En fait, l'arrêt est exactement rendu ; l'acle de vente renfermait une clause par laquelle l'immeuble vendu était déclaré libre de toute hypothèque. — Rapp. Riom, 5 mai 1813, J. G., cod. v°, n. 156.

1014 Grenier, I, n. 264 à la note ; Duranton, XX, n. 42 ; Coin-Delisle, Contrainte par corps, sur l'art. 2059, n.15 ; Troplong, Contrainte par corps, n. 71 s. ; F. Berriat-Saint-Prix, Rev. crit., 1856, VIII, p. 552 à la note.

1015 V. cep. en sens contraire Duranton, XX, n. 48 et 49.

1016 Tarrible, Rép. de Merlin, v° Inscrip. hyp., § 3, n. 14 ; Persil, I, sur l'art. 2136, n. 3 ; Taulier, VII, p. 314 ; Troplong, II, n. 633 bis.

1017 Pont, II, n. 850 ; Aubry et Rau, III, p. 313, § 269, texte et note 37 ; Colmet de Santerre, IX, n. 108 bis, VI.

1018 Pont, II, n. 850 ; Aubry et Rau, III, p. 314, § 269, texte et note 41. — Cpr. Poitiers, 29 décembre 1830, J. G., v° Contrainte par corps, n. 158, S., 31. 2. 264.

1019 Aubry et Rau, III, p. 314, § 269. — Civ. cass., 30 nov. 1826, J. G., cod. v°, n. 170, S., 27. 1. 170. — Bordeaux, 15 mars 1833, J. G., cod. v°, n. 170, S., 33. 2. 364. — Paris, 27 novembre 1835, J. G., cod. v°, n. 170, S., 36 ; 2. 164.

1020 Troplong, Contrainte par corps, n. 63 et 64 ; Aubry et Rau, III, p. 314, § 269 ; Pont, II, n. 855. — Civ. rej. (sur ce point), 21 fév. 1827, J. G., v° Faillite, n. 1093, S., 27. 1. 336.

1021 Persil, I, sur l'art. 2136, n. 3 ; Troplong, II, n. 633 ; Duranton, XX, n. 45 ; Pont, II, n. 854.

1022 Aubry et Rau, III, p. 315, § 269, texte et note 44. — Civ. rej., 26 juin 1844. J. G., v° Contrainte par corps, n. 171, S., 45. 1. 77. — Cpr. Civ. rej., 25 juin 1817. J. G., cod. v°, n. 156, S., 18. 1. 13.

1023 Duranton, XX, n. 43 ; Pont, II, n. 856 ; Aubry et Rau, III, p. 316, § 269 — V. cep. Paris, 12 déc. 1816, S., 17. 2. 228.

1024 Pont, II, n. 859 ; Aubry et Rau, III, p. 316, § 269 ; Colmet de Santerre, IX, n. 109 bis, I ; Thézard, n. 157. — V. cep. Persil, I, sur l'art. 2137 ; Troplong, II, n. 633 ter.

1025 Paris, 26 fév. 1891, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1115.

1026 Persil, I, sur l'art. 2137 ; Troplong, II, n. 633 ter ; Taulier, VII, p. 316 ; Pont, II, n. 860 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 190, § 806, texte et note 9 ; Aubry et Rau, III, p. 316, § 269, texte et note 48 ; Colmet de Santerre, IX, n. 109 bis, II ; Thézard, n. 157. — Nancy, 28 fév. 1880 (motifs), D., 81. 2. 221, S., 82. 2. 38. — Angers, 19 janv. 1892, D., 92. 2. 212 et sur pourvoi Req., 15 nov. 1892, D., 93. 1. 37, S., 93. 1. 145.

1027 Pont, Massé et Vergé, Aubry et Rau, op. et loc. cit.

1028 Aubry et Rau, III, p. 316, § 269, note 48 ; Thézard, n. 157.

1029 Cons. à ce sujet les rapports faits au nom des cours d'appel de Douai, Paris, Pau, Rennes et de la Faculté de droit de Dijon, Documents relatifs au régime hypothécaire, II, p. 240, 319, 323, 348 et 395.

1030 V. une appl. de cette idée dans un arrêt de la cour de Paris du 30 avril 1894 (Gazette des Tribunaux du 10 octobre 1894).

1031 Pont, II, n. 846. — Paris, 31 août 1810, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1383, S., 17. 2. 397.

1032 Tarrible, Rép. de Merlin, v° Inscr. hyp., § 2, n. 17 ; Persil, I, sur l'art. 2139 ; Pont, II, n. 845 ; Aubry et Rau, III, p. 312, § 269. — Caen, 8 mai 1839, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1386.

1033 Pont, II, n. 801.

1034 Req., 29 juin 1870, D., 71. 1. 225, S., 71.1. 29. — La réquisition d'inscription portait, dans l'espèce, une signature illisible.

1035 Civ. cass., 4 août 1874, D., 75. 1. 163, S., 74. 1. 462.

1036 Troplong, II, n. 509 ; Martou, III, n. 1029 ; Grenier, I, n. 60 ; Pont, II, n. 728 ; Aubry et Rau, III, p. 287, § 267, texte et note 9 ; Thézard, n. 137. — Paris, 21 juill. 1807, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1364, S., 7. 2. 179. — Bruxelles, 6 juin 1809, S., 14. 2. 62. — Cpr. Req., 7 déc. 1831, S., 33. 1. 315.

1037 Pont, II, n. 868 ; Aubry et Rau, III, p. 288, § 268 ; André, n. 766 ; Buchère, Tr. des val. mobil., n. 241, et Tr. des opér. de Bourse, p. 271.

1038 L'art. 22 de la loi du 9 messidor an III le décidait formellement pour les jugements susceptibles d'appel. — Persil, I, sur l'art. 2123, n. 30 ; Grenier, I. n. 194 ; Battur, II,

n. 327 ; Delvincourt, III, p. 295 ; Merlin, Rép., XVII, Add., v^o Hyp., p. 68 ; Duranlon, XIX, n. 338 ; Troplong, II, n. 443 bis et 444 ; Pont, II, n. 596 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 171, § 798 ; Aubry et Rau, III, p. 258, § 265 ; Baudot, Formal, hyp., I, n. 442. — V. en ce sens pour les jugements contradictoires Civ. cass., 29 nov. 1824, J. G., v^o Priv. et hyp., n. 1158, S., 25. 1. 132. — Toulouse, 27 mai 1830, S., 31. 2. 50 et sur pourvoi Civ. rej. (sur ce point), 19 juin 1833, J. G., cod. v^o, n. 1164, S., 33. 1. 641. — Rouen, 20 mars 1877, D., 77. 2. 78, S., 77. 2. 258. — Chambéry, 22 déc. 1879, S., 80. 2. 241. — V. en ce sens pour les jugements par défaut Riom, 6 mai 1809, S., 10. 2. 39. — Rouen, 7 déc. 1812, S., 13. 2. 367. — Rouen, 27 mai 1834, S., 34. 2. 570. — Paris, 23 juill. 1840, J. G., cod. v^o, n. 1162, S., 43. 2. 420. — Cpr. Riom, 9 avril 1807, S., 7. 2. 646.

1039 Pont, Baudot, Massé et Vergé sur Zachariæ, locc. supra citt.

1040 V. supra, II, n. 1260 et 1261.

1041 V. supra, II, n. 1286 et 1444.

1042 V. supra, II, n. 1398 et 1447.

1043 V. supra, I, n. 843 s.

1044 V. cep. supra, I, n. 837 ; II, n. 1096.

1045 Civ. rej., 4 mai 1891, D., 92. 1. 9.

1046 Aubry et Rau, III, p. 330, § 272 ; Laurent, XXXI, n. 21.

1047 Thézard n. 167.

1048 Humbert, Nouv. observ. sur la loi relat. à la transcr., n. 408, in Rev. hist., 1855. I, p. 464 ; Lesenne, Comment. L. du 23 mars 1855, n. 63 à 65 ; Fons, Pr. sur la transcr., n. 43 ; Ducruet, Et, sur la transcr., n. 14 et 24 ; Mourlon, Transcr., II, n. 447 à 450, 593 à 601 ; Larombière, Oblig., I, sur l'art. 1138, n. 47 ; Paul Gide, Rev. crit., 1865, XXVI, p.

372 s. ; Demolombe, Contrats, I, n. 465 ; Aubry et Rau, III, p. 315, § 209, texte et note 99 ; Laurent, XXIX, n. 182 ; André, n. 102. — Dijon, 10 juin 1891, D., 92. 2. 469. — V. en sens contraire Rivière et François, Expl. Loi du 23 mars 1855, n. 52 ; Rivière et Huguet, Quest. sur la transcr., n. 212 ; Lemarcis, Comment, de la loi sur la transcr., p. 35, n. 8 ; Pont, I, n. 265, II, n. 1292 ; Flandin, Transcr., II, n. 887 et 892 ; Verdier, Transcr., II, n. 344 et 345.

1049 Bressolles, Transcr., n. 86 ; Lesenne, op. cit., n. 64 ; Ducruet, op. cit., n. 14 ; Flandin, op. cit., II, n. 888 à 891 ; Mourlon, op. cit., II, n. 600 ; Paul Gide, loc. cit. ; Demolombe, op. cit., I, n. 466 ; Aubry et Rau, II, p. 318, § 209, texte et note 103.

1050 Paris, 9 messidor an XII, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1723, S, 7. 2. 1021. — Lyon, 9 mars 1882, D., 82. 2. 154. — Trib. civ. Seine, 23 fév. 1883 sous Paris, 5 déc. 1885, D., 87. 2. 55.

1051 Lesenne, op. cit., n. 66 ; Domenget, Rev. crit., 1860, XVII, p. 334 ; Aubry et Rau, II, p. 316 et 317, § 209, texte et note 100. — Dijon, 10 juin 1891, D., 92. 2. 469. — V. cep. en sens contraire Bressolles, op. cit., n. 48 et 86 ; Flandin, op. cit., II, n. 893 à 895.

1052 Bressolles, op. cit., n. 34 et 87 ; Sellier, Comment. L. 23 mars 1855, n. 268 Rivière et Huguet, op. cit., n. 353 ; Troplong, op. cit., n. 103 ; Ducruet, op. cit., p. 5 ; Gauthier, Transcr., n. 117 et 158 ; Cabantous, Rev. crit., 1855, VII, p. 92 ; Aubry et Rau, II, p. 297, § 209 texte et note 43 ; Colmet de Santerre, IX, n. 147 bis, XXVI. — V. en sens contraire Flandin, op. cit., n. 599 s. ; Mourlon, op. cit., I, n. 88, II, n. 581 et 585. — Ce dernier auteur avait admis l'opinion contraire Examen crit., n. 335.

1053 Elles produisent les mêmes effets que le jugement d'expropriation, lorsqu'elles ont été précédées d'une

déclaration régulière d'utilité publique. Paris, 27 août 1864, D., 64. 5. 167, S., 64. 2. 209. — Civ. rej., 2 août 1865, D., 65. 1. 256, S., 65. 1. 458. — Civ. rej., 1^{er} août 1881, J. G. Suppl., v^o Exprop. pour cause d'utilité publique, n. 21.

1054 Troplong, Transcr., n. 104 ; Bressolles, Transcr., n. 27 ; Cabantous, Rev. crit., 1855, VII, p. 92 ; Aubry et Rau, II, p. 298, § 209. — V. en sens contraire Flandin, Transcr., I, n. 599 s. ; Mourlon, Transcr., I, n. 88, II, n. 581 et 585.

1055 Bressolles, loc. cit. ; Troplong, op. cit., n. 105 ; Aubry et Rau, II, p. 299, § 209.

1056 Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. com., II, n. 2427.

1057 V. supra, II, n. 1342 et s.

1058 Aubry et Rau, III, p. 331, § 272, texte et note 18 ; Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. comm., II, n. 2656 et 2710. — Amiens, 26 déc. 1855, D., 57. 2. 35, S., 56. 2.563.

1059 Grenier, II, n. 364 ; Troplong, III, n. 655 ter ; Pont, II, n. 907 ; Aubry et Rau, III, p. 332, § 272, texte et note 24 ; Lyon-Caen et Renault, op. cit., n. 2170, note 2.

1060 Persil, II, sur l'art. 2146, n. 11 ; Troplong, III, n. 655 ter ; Pont, II, n. 908 ; Aubry et Rau, III, p. 332, § 272, texte et note 25.

1061 Rivière et François, Explic. L. 23 mars 1855, n. 60 ; Rivière et Huguet, Quest. sur la transcr., n. 189 s. ; Lesenne, Comment. L. du 23 mars 1855, n. 68 ; Flandin, Transcr., n. 854 à 859 ; Aubry et Rau, II, p. 312, § 209. texte et note 94 ; Lyon-Caen et Renault, op. cit., n. 2718. — V. en sens contraire, Troplong, Transcr., n. 148 et 149 ; Mourlon, Transcr., II, n. 488 ; Demangeat sur Bravard, Tr. de dr. comm., V, p. 301 s.

1062 Lyon-Caen et Renault, loc. cit.

1063 Cpr. Lyon-Caen et Renault, loc. cit.

1064 Lyon-Caen et Renault, op. cit., n. 2711. — Req., 29 déc. 1858, D., 59. 1. 102.

1065 Colmet de Santerre, IX, n. 120 bis, XVI ; Boistel, Pr. de dr. comm., 3^e éd., n. 917 ; Lyon-Caen et Renault, loc. cit.

1066 Boistel, Lyon-Caen et Renault, loc. cit.

1067 Lyon-Caen et Renault, op. cit., n. 2711, note 3.

1068 Aubry et Rau, III, p. 332, § 272. — Req., 10 fév. 1863, D., 63. 1. 300, S., 63. 1. 262.

1069 Merlin, Rép., v^o Inscr. hyp., § 13 ; Persil, II, sur l'art. 2146, n. 11 ; Fournier-Verneuil, Note dans S., 11. 2. 273 ; Grenier, I, n. 123 ; Troplong, III, n. 661 ; Pont II, n. 876 ; Aubry et Rau, III, p. 332, § 272 ; Thézard, n. 154 ; Laurent, XXXI, n. 25 ; Garraud, De la déconfiture, p. 82 s. — Nancy, 5 décembre 1811 ; Rennes, 24 mars 1812, S., 14. 2. 61. — Paris, 29 juin 1812 ; Paris, 18 août 1812, S., 13. 2. 14. — Req., 11 février 1813 (an 1812), J. G., v^o Priv. et hyp., n. 1428, S., 13. 1. 124. — Paris, 9 juin 1814, S., 15. 2. 337. — Cpr. Lyon, 13 mai 1886, J. G. Suppl., v^o Faillite, n. 744. — V. en sens contraire Bruxelles, 17 (ou 7, d'après Merlin) février 1810, J. G., cod. v^o, n. 1428, S., 10. 2. 235.

1070 V. supra, II, n. 1341.

1071 Cpr. Paris, 14 mars 1826, J. G., v^o Priv. et hyp., n. 1696, S., 27. 2. 62.

1072 Persil, II, sur l'art. 2146, n. 10 ; Troplong, III, n. 662 ; Martou, III, n. 1047 ; Pont, II, n. 877 ; Aubry et Rau, III, p. 332, § 272. — V. cep. en sens contraire Tarrible, Rép. de Merlin, v^o Inscr. hyp., § 4, n. 6 ; Grenier, I, n. 124.

1073 Aubry et Rau, III, p. 333, § 272, texte et note 28 ; Larombière, Oblig., IV, sur l'art. 1269, n. 5. — Cpr.

Demolombe, Contrats, V, n. 210 et 230.

1074 Colmet de Santerre, IX, n. 119 bis, I.

1075 Aubry et Rau, III, p. 333, § 272, note 30.

1076 Merlin, Quest., v° Succ. vac., § 1 ; Grenier, I, n. 120 ; Troplong, III, n. 658 ter ; Pont, II, n. 918 ; Aubry et Rau, III, p. 333 et 334, § 272.

1077 Tambour, Du bénéfice d'inventaire, n. 410 ; Demolombe, Tr. des succ., III, n. 397 ; Pont, II, n. 920 ; Aubry et Rau, III, p. 334, § 272 ; Colmet de Santerre, IX, n. 119 bis, III ; Thézard, n. 154. — Caen, 16 juill. 1834, J. G., v° Succ., n. 540, S., 35. 2. 559.

1078 Grenoble, 26 déc. 1891, D., 92. 2. 279, S., 93. 2. 33 et la note de M. Wahl.

1079 V. supra, I, n. 862.

1080 Persil, II, sur l'art. 2146, n. 13 ; Duranton, XX, n. 82 ; Troplong, III, n. 659 ; Pont, II, n. 917 ; Colmet de Santerre, IX, n. 119 bis, II ; Thézard, n. 154 ; Demolombe, Succ., III, n. 174. — Toulouse, 2 mars 1826, J. G., v° Priv. et hyp., n. 673-3°, S., 26. 2. 216. — Bordeaux, 24 juin 1826, S., 26. 2. 306. — V. en sens contraire Grenier, I, n. 122.

1081 V. supra, I, n. 862.

1082 Delvincourt, III, p. 355 ; Pont, II, n. 919.

1083 Rouen, 1^{er} mars 1817, S., 17. 2. 173 et sur pourvoi Req., 19 fév. (non août) 1818, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1152, S., 19. 1. 131. — Civ. cass., 18 nov. 1833, J. G., v° Succ., n. 788, S., 33. 1. 817. — Cpr. Duranton, XX, n. 84.

1084 Aubry et Rau, III, p. 335, § 272, texte et note 36 ; Thézard, n. 154. — V. Civ. cass., 25 août 1858, D., 58. 1. 356, S., 59. 1. 65. — Cpr. Civ. cass., 3 août 1857, D., 57. 1.

336, S., 58. 1. 286. — Metz, 25 juillet 1865, D., 65. 2. 157, S., 66. 2. 249.

1085 Colmet de Santerre, IX, n. 119 bis, IV.

1086 V. supra, II, n. 1438 et 1439.

1087 Colmet de Santerre, IX, n. 119 bis, IV et V.

1088 Colmet de Santerre, IX, n. 119 bis, II.

1089 Tarrible, Rép. de Merlin, v^o Inscr. hyp., § 4, n. 5 ; Merlin, Quest., n^o Succ. vac., § 1^{er} ; Persil, II, sur l'art. 2146, n. 14 ; Grenier, I, n. 120 ; Favard, Rép., v^o Inscr. hyp., sect. II, § 2 ; Battur, III, n. 413 ; Troplong, III, n. 659 ter ; Duranton, XX, n. 83 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 197, § 808 ; Pont, II, n. 916 ; Flandin, Transcr., II, n. 1183 ; Rolland de Villargues, Rép. du not., v^o Inscr. hyp., n 107 s. ; Aubry et Rau, III, p. 335, § 272, texte et note 39 ; Thézard, n. 154 ; Colmet de Santerre, IX, n. 119 bis, II ; Garraud, De la déconfiture, p. 164 — Orléans, 26 août 1869, D., 69. 2. 185, S., 70. 2. 113. — V. en sens contraire, Mourlon, Transcr., II, n. 660 ; Guyard, Revue crit., 1870, XXXVI, p. 396 s. — Grenoble, 28 janv. 1818, J. G., v^o Priv. et hyp., n. 1445, Dev. et Car., Coll. nouv., V. 2. 347.

1090 Tr. des succ., liv. IV, ch. II, sect. 1, n. 12 in fine.

1091 Grenier, I, n. 128 ; Troplong, III, n. 660 ; Aubry et Rau, III, p. 334, § 272, texte et note 33 ; Thézard, n. 154.

1092 Colmet de Santerre, IX, n. 119 bis, VII.

1093 Colmet de Santerre, IX, n. 119 bis, VIII.

1094 V. supra, I, n. 862.

1095 Aubry et Rau, III, p. 334, § 272, texte et note 34 ; Thézard, n. 154.

1096 Colmet de Santerre, IX, n. 119 bis, IX.

1097 V. de Loynes, Note dans Dalloz, 1894. 1. 5.

1098 Mourlon, Transcr., II, n. 638 ; Démangeat sur Bravard, Tr. de dr. comm., V, p. 293, note ; Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. comm., II, n. 2712 ; Aubry et Rau, III, p. 382, § 280 ; Colmet de Santerre, IX, n. 120 bis, V ; Thézard, n. 154. — Civ. rej., 2 décembre 1863, D., 64. 1. 105, S., 64. 1. 57. — Civ. rej., 24 mars 1891, D., 91. 1. 145, S., 91. 1. 209. — V. aussi Paris, 5 décembre 1885, D., 87. 2. 55.

1099 Colmet de Santerre, IX, n. 120 bis, V ; Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. comm., II, n. 2712. — V. aussi les arrêts cités à la note précédente et pour le cas de succession bénéficiaire Civ. rej., 17 juin 1817, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1671-1°, S., 17. 1. 287. — Lyon, 6 février 1890, D., 91. 2. 377.

1100 Dutruc, Dict. du Content, comm., v° Faillite, n. 1310. — Paris, 6 janvier 1847 et sur pourvoi Req., 1^{er} mars 1848, D., 48. 1. 124, S., 48. 1. 478. — Req., 18 février 1878, D., 78. 1. 291, S., 78. 1. 165. — Cpr. en ce sens pour le cas d'union, lorsque l'état d'union a cessé, Req., 2 août 1866, D., 67. 1. 37, S., 66. 1. 388.

1101 V. en ce sens Demangeat sur Bravard, Tr. de dr. commerc., V, p. 298, Note ; Weber, Rev. prat., 1879, XLVI, p. 338 s. ; Boistel, Précis de dr. comm., n. 916 ; Ruben de Couder, Dict. du content. comm., v° Faillite, n. 452 et 453.

1102 Renouard, Faillites, I, n. 399 ; Pont, II, n. 889, 925 et 1024 ; Laurin, Man. de dr. commerc., n. 988 ; Aubry et Rau, III, p. 425, § 285, texte et note 27 ; Colmet de Santerre, IX, n. 131 bis, X et XI ; Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. comm., II, n. 2714 ; Rousseau et Defert, Code ann. des faillites, sur l'art. 448, n. 22 ; Nicolas, Effets de la faillite sur les priv. et hyp., p. 104. — Civ. rej., 20 fév. 1850, D., 50. 1. 102, S., 50. 1. 185. — Rapp. Poitiers, 30 janv. 1878, D., 78. 2. 70, S., 78. 2. 176. — Poitiers, 7 déc. 1885, D., 87. 2. 60, S., 86. 2. 81.

1103 Lyon-Caen et Renault, op. cit., II, n. 2427, et p. 692, note 1.

1104 V. supra, II, n. 1515.

1105 V. les autorités citées supra, II, n. 1517.

1106 Aubry et Rau, III, p. 307, § 26S, note 21 ; Audier, Effets de la loi de 1855 sur les hyp. lég., n. 70 s. — Bordeaux, 4 avril 1876, D., 79. 2. 267. — Alger, 23 juin 1879, D., 80. 2. 33, S., 79. 2. 201. — MM. Aubry et Rau citent encore un arrêt de la chambre des requêtes du 2 mars 1863, D., 64. 1. 25, S., 63. 1. 425. — Mais il faut remarquer que, dans l'espèce, les juges du fait avaient validé l'hypothèque par appréciation des circonstances. La cour de cassation a rejeté le pourvoi parce que les juges n'avaient pas excédé leurs pouvoirs, qu'ils avaient spécialement usé de la faculté à eux accordée par l'art. 448 C. co. ; la cour de cassation n'était pas saisie de la question de savoir si l'art. 448 s'appliquait à l'espèce.

1107 Alger, 23 juin 1879 cité à la note précédente.

1108 Aubry et Rau, loc. cit.

1109 V. Troplong, Transcr., n. 317 ; Laroque-Sayssinel et Dutruc, Formul. gén. des faillites, n. 398, et Dict. du content. comm., v° Faillite, n. 487 ; Rousseau et Defert, Code annoté des faillites, p. 138, n. 18 ; Lyon-Caen, Rev. crit., 1884, Nouvelle série, X, p. 282 ; Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. comm., II, n. 2788. — Colmar, 15 janvier 1862, D., 62. 2. 101, S., 62. 2. 122. — Caen, 18 juin 1879, S., 80. 2. 201. — Cpr. Pont, II, n. 895.

1110 Boistel, Pr. de dr. comm., n. 918 ; Demangeat sur Bravard, Tr. de dr. comm., p. 295, noie ; Lyon-Caen et Renault, op. cit., II, n. 2715. — Cpr. Colmet de Santerre, IX, n. 120 bis, VIII.

1111 Pont, II, n. 899 et 927 ; Aubry et Rau, III, p. 364, § 278, texte et note 27 ; Thézard, n. 314 ; Ruben de Couder, Dict. du content, comm., v° Faillite, n. 457 ; Laurin, Man. de dr. comm., n. 989.

1112 V. supra, II, n. 1566.

1113 V. en sens divers les autorités citées au n° précédent.

1114 Pont, II, n. 903, et Rev. crit., 1860, XVI, p. 289 ; Ruben de Couder, Dict. du content, comm., v° Faillite, n. 458. — Cpr. Bordeaux, 15 février 1875, D., 77. 2.191.

1115 Cpr. Pont, II, n. 903.

1116 V. supra, I, n. 813.

1117 Laurin, Man. de dr. comm., n. 990.

1118 Troplong, III, n. 650 et Transcr., n. 282 ; Rivière, Rev. crit., 1859, XV, p. 433 ; Mourlon, Exam. crit., n. 379 ; Flandin, Transcr., II, n. 1177 à 1180 ; Demangeat sur Bravard, Tr. de dr. comm., V, p. 295 s., note ; Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. comm., II, n. 2716 ; Colmet de Santerre, IX, n. 120 bis, X et XI ; Thézard, n. 307 ; André, n. 405.

1119 Grenoble, 13 mars 1858, D., 58. 2. 176. — Nancy, 6 août 1859, S., 59. 2. 594. — Lyon, 23 février 1861 et sur pourvoi Civ. rej., 2 décembre 1864, D., 64. 1. 105, S., 64. 1. 57. — Alger, 19 mai 1865, S., 65. 2. 187. — Agen, 5 décembre 1888 et sur pourvoi Civ. rej., 24 mars 1891, D., 91. 1. 145, S., 91. 1. 209.

1120 Aubry et Rau, III, p. 358, § 278, note 8 in fine.

1121 Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. comm., II, n. 2716, p. 694, note 2 ; Dalloz, J. G. Suppl., v° Faillite, n. 740.

1122 Demangeat sur Bravard, Tr. de dr. comm., V, p. 297, note.

1123 Sirey, Lois annotées de 1855, p. 36, nolè 14, 2^e col. in fine.

1124 Dalloz, 1855, IV, p. 29, 1^{re} col., n. 12 in fine ; Sirey, Lois annotées de 1855, p. 25, 3^e col., n. 9 in fine.

1125 V. les auteurs cités au n. suivant.

1126 Civ. rej., 1^{er} mai 1860, D., 60. 1. 236, S., 60. 1. 602.

1127 Pont, Rev. crit., 1860, XVI, p. 385 ; Dumolard, Rev. prat., 1861, XI, p. 401 ; Murlon, Transcr., II, n. 817 s. ; Verdier, Transcr., 2^e édit., II, n. 651 à 653 ; Aubry et Rau, III, p. 359, § 278, texte et notes 10 et 11 ; Colmet de Santerre, IX, n 120 bis, XII s. ; Thézard, n. 307. — Bordeaux, 15 juillet 1857, D., 57. 2. 185, S., 57. 2. 641 et sur pourvoi Civ. rej., 1^{er} mai 1860, D., 60. 1. 236, S., 60. 1. 602. — Grenoble, 24 mai 1860, S., 60. 2. 526. — Dijon, 13 juin 1864, S., 64. 2. 144.

1128 V. cep. en ce sens Troplong, Transcr., n. 295, 296 ; Sellier, Transcr., n. 239 ; Flandin, Transcr., II, n. 1188 à 1199.

1129 V. supra, II, n. 967.

1130 Rivière et Huguet, Quest. sur la transcr., n. 374 ; Rivière, Rev. crit., 1859, XV, p. 433 ; Lyon-Caen et Renault, Pr. de dr. commerc., II, n. 2717 ; Lyon-Caen, Note dans S., 1891. 1. 209. — Riom, 1^{er} juin 1859, D., 59. 2. 124, S., 59. 2.597. — Civ. rej., 24 mars 1891, D., 91. 1. 145, S., 91. 1. 209.

1131 Troplong, III, n. 659 bis ; Demangeat sur Bravard, Tr. de dr. comm., V, p. 299, note ; Aubry et Rau, III, p. 360, § 278, texte et note 12 ; André, n. 406. — Toulouse, 2 mars 1826, J. G., v^o Priv. et hyp., n. 673-3^o, S., 26, 3. 216. — Nîmes, 23 juin 1829, J. G., cod v^o, n. 1545-3^o, S., 30. 2. 45. — Montpellier, 6 avril 1859, D., 59. 2. 113, S., 59. 2. 593 et

sur pourvoi Civ. rej., 27 mars 1861, D., 61. 1. 102, S., 61. 1. 758. — V. en sens contraire Grenier, I, n. 125. — Besançon, 14 déc. 1861, D., 62. 2. 104, S., 62. 2. 129.

1132 Pont, Rev. crit., 1860, XVI, p. 385 ; Dumolard, Reu. prat., 1861, XI, p. 401 ; Demangeat sur Bravard, Tr. de dr. comm., V, p. 299, note ; Aubry et Hau, III, p. 360, § 278, texte et note 13 ; Colmet de Santerre, IX, n. 120 bis, XV ; Thézard, n. 307. — Montpellier, 6 avril 1859, D., 59. 2. 113, S., 59. 2. 593 et sur pourvoi Civ. rej., 27 mars 1861, D., 61. 1. 102, S., 61. 1. 758. — Trib. civ. Seine, 21 fév. 1891, Journ. des Conserv. des hyp., 1891, art. 4170, p. 193.

1133 D., 91. 1.145, S., 91.1. 209.

1134 J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 365, in fine.

1135 Proudhon, Usuf., III, n. 1040 ; Pont, II, n. 931 ; Aubry et Rau, III, p. 317, § 270 ; Thézard, n. 141 ; Laurent, XXXI, n. 46 ; André, n. 782. — V. aussi le rapport de M. le conseiller Denis, sous Req., 9 fév. 1891, D., 92. 1. 11. — Paris, 16 fév. 1809, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1489-2°, S., 9. 2. 208. — Civ. rej., 15 mai 1809, J. G., cod. v°, n. 1489-3°, S., 10. 1. 22. — Req., 17 mars 1852, D., 52. 1. 116, S., 52. 1. 455.

1136 Aubry et Rau, III, p. 317, § 270, note 1. — V. Persil, II, sur l'art. 2148, § 1, n. 3 ; Laurent, XXXI, n. 4 et 46 ; Pont, II, n. 963.

1137 Merlin, Rép., v° Hyp., sect. II, § 2, art. 10, n. 1 ; Troplong, I, n. 365 ; Martou, III, n. 1052 ; Duranlon, XX, n. 95 ; Pont, II, n. 931 ; Aubry et Rau, III, p. 318, § 270 ; Thézard, n. 141 ; Laurent, XXXI, n. 8. — Paris, 13 ventôse an XII, S., 5. 2. 278. — Req., 4 avril 1811, Dev. et Car., Coll. nouv., III, 1. 319. — Civ. cass., 7 octobre 1812, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1557, S., 12.1. 111. — Civ. cass., 25 mars 1816, J. G., cod. v°, n. 1499-4°, S., 16. 1. 233. — Req., 11 août 1819, J. G., cod. v°, n. 1641-1°, S., 19. 1. 450. — Bourges, 12

février 1841, J. G., cod. v°, n. 1641-1°, S., 41. 2. 617. — Paris, 17 août 1877, D., 78. 2. 36. — V. aussi Grenoble, 13 mars 1858, D., 58. 2. 176.

1138 Merlin, Quest., v° Inscr. hyp., § 11, n. 1 ; Delvincourt, III, pp. 332 et 333 ; Persil, II, sur l'art. 2148, n. 4 ; Grenier, I, n. 74 ; Duranton, XX, n. 95 ; Martou, III, n. 1052 ; Aubry et Rau, III, p. 318, § 270 ; Thézard, n. 141 ; Laurent, XXXI, n. 8. — Req., 15 (non 5) ventôse an XIII, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1499-1°, Dev. et Car., Coll. nouv., II, 1. 81. — Req., 16 novembre 1840, J. G., cod. v°, n. 1641-4°, S., 40. 1. 961.

1139 Delvincourt, III, p. 335 ; Troplong, I, n. 364 ; Aubry et Rau, III, p. 318, § 270, texte et note 5. — V. en sens contraire Grenier, II, n. 389. — Cpr. Toulouse, 2 janv. 1841, J. G., cod. v, n. 1500.

1140 V. cep. en sens contraire Poitiers, 15 déc. 1829, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1487, S., 30. 2. 92.

1141 Aix, 8 avril 1878, J. G. Suppl., cod. v°, n. 1019-10, S., 79. 2. 313. — Douai, 12 mai 1880, D., 82. 2. 243. — La cour de Paris, par un arrêt du 15 mai 1878 (sous Cass., D., 82. 1. 106, S., 83. 1. 218), a admis la validité de la société civile constituée entre tous les obligataires et de l'inscription prise au nom des membres actuels de cette société et au profit des obligataires futurs. Il est peut-être difficile de concevoir dans l'espèce l'existence d'une société civile.

1142 Duranton, XX, n. 90 ; Martou, III, n. 1054 ; Pont, II, n. 932 ; Aubry et Rau, III, p. 319, § 270, texte et note 9.

1143 Tarrible, Rép. de Merlin, v° Inscr. hyp., § 5, n. 5 ; Persil, II, sur l'art. 2148, n. 3 ; Aubry et Rau, III, p. 319, § 270, texte et note 10.

1144 Seligman, Des saisies imm., n. 659 s. ; Garsonnet, TV. th. et prat. de proc.. VI, § 820. — V. cep. en sens contraire Ollivier et Murlon, Comment. L. 21 mai 1858, n. 557.

1145 Boitard, Colmet-Daage et Glasson, Leç, de proc., II, n. 1038.

1146 Ollivier et Mourlon, Comment. L. 21 mai 1858, n. 561 s.

1147 Toullier, VII, n. 289 ; Grenier, II, n. 388 ; Troplong, I, n. 368 et 370 ; Duvergier, Vente, II, n. 241 et 242 ; Martou, III, n. 1053 ; Pont, II, n. 931 ; Aubry et Rau, III, p. 318, § 270. — Civ. rej., 21 février 1810, J. G., V Priv. el hyp., n. 1502, S., 10. 1. 209. — Metz, 24 nov. 1820, J. G., cod. v, n. 1503, S., 21. 2. 315. — Aix 27 juillet 1846, S., 46. 2. 443. — Civ. cass., 7 mars 1865, D., 65. 1. 121, S., 65. 1. 165.

1148 La jurisprudence avait d'abord exigé une acceptation expresse et authentique : — Civ. rej., 21 février 1810 ; Metz, 24 novembre 1820, cités note précédente ;. mais elle ne tarda pas à reconnaître qu'une acceptation tacite était parfaitement suffisante : — Montpellier, 1^{er} août 1832, J. G., v^o Oblig., n. 2476, S., 33. 2. 426. — Civ. rej., 8 juillet 1834, S., 34. 1. 504. — Req, 27 janvier 1856, S., 56. 1. 605. — Orléans, 19 déc. 1863, sous Cass., D., 65. 1. 254, S., 65.1. 190. — Civ. cass., 7 mars 1865, D., 65. 1.121, S., 65. 1. 165. — Poitiers, 25 juillet 1882 et sur pourvoi Req... 5 février 1884, D., 84. 1. 367, S., 86. 1. 423.

1149 Troplong, I, n. 368 ; Aubry et Rau, III, p. 319, § 270. — Aix, 27 juillet 1846, S., 46. 2. 443. — Civ. cass., 7 mars 1865, D., 65, 1.121, S., 65.1. 165. — Trib. civ.. Mont-de-Marsan, 26 mai 1887, la Loi, 7 août 1887. — V. cep. en sens contraire Dijon, 4 février 1847, D., 47. 4. 152, S., 47. 2. 407.

1150 V. une application de ce principe dans Bordeaux, 1^{er} décembre 1885, D., 87. 2.12.

1151 Proudhon, Usuf.. III, n. 1039, s. ; Troplong, III, n. 675 ; Aubry et Rau, III, p. 369, § 270. — Req., 4 frimaire an

XIV, J. G., v° Priv. et hyp ;, n. 1493-10, S., 6. 1. 209.

1152 Caen, 9 déc. 1824, J. G, cod. v°, n. 1493-10.

1153 Aubry et Rau, loc. cil. — Poitiers, 2G janv. 1832, J. G., cod. v° n. 1493-2° S., 32. 2. 209.

1154 Req., 4 août 1890, D., 91. 1. 359, S., 90. 1. 456.

1155 V. supra, II, n. 1097.

1156 V. supra, n. 1523 et s.

1157 Proudhon, Usufr., III, n. 1038 ; Aubry et Rau, III, p. 320, § 270.

1158 Pont, II, n. 937 et Rev. crit., 1855, VII, p. 35 s. ; Aubry et Rau, III, p. 320, § 270 ; Laurent, XXVII, n. 361 s. ; Eloy, Respons. des not., II, n. 854 s. ; Didio, Encyc. du notar., v° Respons. notar., n. 328 s. — Bordeaux, 26 mars 1844, S., 44. 2. 463. — Req., 4 juillet 1847, D., 47. 1. 350, S., 48. 1. 205. — Ricm, 7 décembre 1848, D., 49. 2. 55, S., 49. 2. 88. — Paris, 28 juillet 1851, D., 52. 2. 145, S., 52. 2. 791. — Lyon, 13 août 1852, D., 53. 2. 94. — Rouen, 24 novembre 1852, D., 54. 2. 75, S., 53. 2. 263. — Req., 14 février 1855, D., 55. 1. 170, S., 55. 1. 171. — Req., 15 décembre 1874, D., 75. 1. 453, S., 75. 1. 212. — Montpellier, 30 juin 1890, D., 91. 2. 181.

1159 Delvincourt, III, p. 332 ; Troplong, III, n. 674 ; Pont, II, n. 936 ; Aubry et Rau, III, p. 321, § 270. — V. cep. Tarrible, Rép. de Merlin, v° Inscr. hyp., § 5, n. 5.

1160 Aubry et Rau, loc. cit.

1161 Troplong, III, n. 673 ; Duranton, XX, n. 88 ; Baudot, Formal, hyp., n. 217 ; Pont, II, n. 935 ; Aubry et Rau, III, p. 321, § 270.

1162 Aubry et Rau, III, p. 322, § 270, texte et note 21 ; Thézard, n. 141. — Cpr. Persil, II, sur l'art. 2148, n. 5 ;

Delvincourt, III, p. 334 ; Pont, I, n. 270, II, n. 933 :. Flandin, Transcr., II, n. 1123. — Civ. rej., 13 juillet 1841, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1456-1°, S., 41. 1. 731. — Agen, 4 janv. 1854, D., 55. 2. 42, S., 54. 2. 350. — V. en sens contraire, Poitiers, 1^{er} juillet 1831, J. G., cod. v°, n. 662, S., 31. 2. 241. — Nîmes, 29 nov. 1854, S., 55. 2. 512. — Cpr. Colmar, 30 mai 1865, J. G. Suppl., cod. v°, n. 206, S., 65. 2. 348.

1163 V. supra, I, Préface, p. XXXIX s., et II, n. 1542.

1164 Martou, III, n. 1074 ; Pont, II, n. 976 ; Aubry et Rau, III, p. 322, § 271 ; Laurent, XXXI, n. 11 ; Colmet de Santerre, IX, n. 126 bis, I.

1165 Pont, II, n. 973 ; Aubry et Rau, III, p. 323, § 271, texte et note 3.

1166 Persil, II, sur l'art. 2149, n. 2 ; Pont, II, n. 973 ; Aubry et Rau, III, p. 323, § 271, texte et note 2. — Rapp. Civ. rej., 2 mars 1812, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1511-1°, S., 12. 1. 257.

1167 Persil, II, sur l'art. 2149, n. 3.

1168 Martou, III, n. 1113 ; Pont, II, n. 974 ; Aubry et Rau, III, p. 323, § 271, texte et note 4.

1169 Merlin, Rép., v° Hyp., sect. II, § 2, art. 16, n. 2 ; Grenier, I, n. 87 ; Duranton, XX, n. 110 ; Troplong, III, n. 681 ter ; Pont, II, n. 975 ; Aubry et Rau, III, p. 323, § 271, texte et note 5 ; Laurent, XXXI, n. 14. — Bruxelles, 7 mars 1807, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1515-1°, S., 7. 2. 721. — Paris, 10 fév. 1808, J. G., ibid.-3°, S., 8. 2. 289. — Bruxelles, 2 janv. 1812, S., 12. 2. 325. — Caen, 6 mai 1812, J. G., ibid.-4°, S., 12. 2. 451. — Civ. cass., 27 mai 1816, J. G., ibid.-5°, S., 16. 1. 265. — Metz, 5 août 1819, S., 21. 2. 7. — Rapp. Civ. cass., 5 avril 1892, D., 92. 1. 489. — V. cep. en sens contraire Colmet de Santerre, IX, n. 126 bis, V et VI.

— Req., 13 thermidor an XII, J. G., cod. v°, n. 1514, S., 5. 1. 45.

1170 Grenier, loc. cit. ; Duranton, XX, n. 110 et 111 ; Aubry et Rau, III, p. 323, § 271. — Civ. cass., 27 mai 1816, cité note précédente.

1171 Persil, I, sur l'art. 2108, n. 7 ; Delvincourt, III, p. 283 et 332 ; Grenier, II, n. 286 ; Duranton, XX, n. 98 ; Troplong, I, n. 285 bis ; Pont, I, n. 266 ; Flandin, Transcr., II, n. 1107, 1116 ; Aubry et Rau, III, p. 324, § 271. — Civ. cass., 6 juill. 1807, J. G., v° Priv. et hyp., n. 638-4°, S., 7. 2. 1137.

1172 Vazeille, Succ., sur l'art. 878, n. 12 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, II, p. 338, § 385, note 26 ; Pont, II, n. 944 ; Aubry et Rau, III, p. 342, § 275. — Cpr. cep. Aubry et Rau, VI, p. 483, § 629. — Agen, 18 juill. 1894, D., 95. 2. 217.

1173 Cpr. Civ. cass., 2 fév. 1885, D., 85. 1. 286, S., 86. 1. 57. — Cet arrêt valide l'inscription prise par le créancier même sans autorisation du juge, parce que l'existence de la créance n'était pas contestée et que le débat portait exclusivement sur le montant de la somme due.

1174 V. cep. en ce sens, Pujol, Succ., sur l'art. 878, n. 17.

1175 Duranton, VII, n. 492 et XX, n. 39 ; Demolombe, Succ., V, n 106 ; de Loynes, Note sur Agen, 17 juill. 1894 cité supra. — Cpr. Aubry et Rau, VI, p. 483, § 629.

1176 V. Aix, 4 déc. 1893, D., 95. 2. 273.

1177 D., 66. 3, 36, S., 66. 2. 35.

1178 Tarrible, Rép. de Merlin, v° Inscr.-hyp. ; § 5, n. 6 : Persil, II, sur l'art. 2148, n. 4 ; Troplong. III, n. 677 ; Pont, II, n. 940 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 215, § 814, note 2 ; Aubry et Hau, III, p. 312, § 275, texte et note 4. — Riom, 6 mai 1809, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1164-1°, S., 10. 2. 39. — Civ. cass., 18 juin 1823, J. G., cod. v°, n. 1452-2°,

S., 23. 1. 337. — Req., 19 juin 1833, J. G., loc. cit., S., 33. 1. 641.

1179 V. Pont, II, n. 952.

1180 Pont, II, n. 953 ; Aubry et Rau, III, p. 342, § 276 ; Thézard, n. 146 ; Cire. min., 12 janvier 1813. — Civ. rej., 17 déc. 1845, D., 46. 1. 42, S., 46. 1. 185. — V. en sens contraire Baudot, Formal, hyp., I, p. 356 ; Mourlon, Rev. prat., 1856, I, p. 96.

1181 V. supra, II, n. 1093.

1182 Delvincourt, III, p. 334 ; Troplong, III, n. 678 ; Pont, II, n. 949 ; Aubry et Rau, III, p. 342, § 275, texte et note 6. — V. cep. Tarrible, Rép. de Merlin, v° Inscrip. hyp., § 5, n. 7.

1183 Pont, II, n. 947 ; Laurent, XXXI, n. 35 ; André, n. 769. — V. en sens contraire Baudot, Formal, hyp., n. 321 ; Martou, III, n. 1062 bis.

1184 V. infra, II, n. 1674.

1185 D., 66. 3. 36, S., 66. 2. 35. — V. supra, II, n. 1627.

1186 Art. 12903.

1187 Il n'est tenu ni de rectifier les erreurs commises — Civ. cass., 26 avril 1882, D., 82. 1. 331, S., 82. 1. 351. — Civ. cass. Belg., 17 juin 1886, D., 89. 2. 173, ni même de les signaler au requérant — Paris, 26 janvier 1872, D., 72. 2. 121, S., 72. 2. 19 et sur pourvoi, Req., 25 novembre 1872, D., 73. 1. 134, S., 73. 1. 65.

1188 Dijon, 13 juil. 1858, D., 60. 5. 196, S., 59. 2. 366. — Req., 9 déc. 1872, D., 73. 1. 339, S., 73. 1. 146.

1189 Pont, II, n. 1009. — Orléans, 20 fév. 1857, D., 57. 2. 135, S., 57. 2. 200.

1190 Pont, II, n. 1010.

1191 Pont, II, n. 1011, et Rev. cril., 1857, XI, p. 20 et 21.

1192 Persil, II, sur l'art. 2155, n. 4 ; Taulier, VII, p. 355 ; Martou, III, n. 1175 ; Aubry et Rau, III, p. 343, § 275, note 9 ; Colmet de Santerre, IX, n. 135 bis, II ; Laurent, XXXI, n. 39 ; André, n. 770. — V. cep. en sens contraire Troplong, III, n. 730 bis ; Pont, II, n. 1065.

1193 Colmet de Santerre, IX, n. 135 bis, I.

1194 Civ. cass., 14 août 1883, D., 84. 1. 64, S., 84. 1. 24. — V. infra, II, n. 1660.

1195 D., 83. 5. 292.

1196 Pont, II, n. 963 ; Laurent, XXXI, n. 47 ; André, n. 781. — Paris, 15 avril 1809, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1484, S., 10. 2. 67. — Req., 1^{er} mars 1810, J. G., cod. v°, n. 1485.

1197 Aubry et Rau, III, p. 344, § 276, note 1. — Civ. rej., 5 décembre 1854, D., 55. 1. 72, S., 55. 1. 282.

1198 Persil, II, sur l'art. 2148, n. 9 ; Pont, II, n. 966 ; Aubry et Rau, III, p. 344, § 276 ; Colmet de Santerre, IX, n. 125 bis, II.

1199 D., 63. 1. 101, S., 63. 1. 73.

1200 Rennes, 25 février 1892, D., 92. 2. 517.

1201 Cpr. Pont, II, n. 967.

1202 V. supra, II, n. 1633. — V. le texte de cette circulaire, D., 83. 5. 292.

1203 V. supra, II, n. 1623.

1204 Colmet de Santerre, IX, n. 127 bis, I. — Cpr. Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 217, 814, note 6.

1205 Aubry et Rau, III, p. 349, § 276, note 15 ; de Loynes, Note dans D., 95. 2. 217. — Req., 11 mars 1816, J. G., v°

Priv. et hyp., n. 1546-4°, S., 16. 1. 407. — Douai, 7 janv. 1819, J. G., cod. v°, n. 1527-1° et 1546-6°, S., 20. 2. 99. — Toulouse, 23 mai 1820, J. G., cod. v°, n. 1546-7°, S., 20. 2. 292. — Req., 1^{er} fév. 1825, J. G., cod. v°, n. 1526, S., 25. 1. 287. — Req., 26 juill. 1825, J. G., cod. v°, n. 1521-1°, S., 26. 1. 92. — V. cep. en sens contraire Tarrible, Rép. de Merlin, v° Inscr. hyp., § 5, n. 10 ; Troplong, III, n. 682 ; Pont, II, n. 982.

1206 Lyon, 23 déc. 1881, D., 83. 2. 204. — Dans le même sens sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, Civ. rej., 17 nov. 1812, S., 13. 1. 364. — Cpr. Agen, 16 fév. 1887, D., 87. 2. 220, S., 87. 2. 239.

1207 Aubry et Rau, III, p. 349, § 276, note 15 ; Pont, II, n. 982.

1208 De Loynes, Note dans D., 95. 2. 217. — Cpr. Agen, 17 juillet 1894, D., 95. 2. 217.

1209 Pont, II, n. 981 ; Aubry et Rau, III, p. 344, § 276, texte et note 4 ; André, n. 797. — Req., 4 avril 1810, J. G., v° Priv. et hyp., n. 2996, S., 10. 1. 218. — Civ. cass., 7 octobre 1812, J. G., cod. v°, n. 1557, S., 16. 1. 111. — Paris, 3 juillet 1815, S., 16. 2. 1. — Civ. cass., 25 mars 1816, J. G., cod. v°, n. 1499-4°, S., 16. 1. 233. — Req., 11 août 1819, J. G., cod. v°, n. 1641-1°, S., 19. 1. 450. — Req., 30 mai 1843, J. G., cod. v°, n. 1553, S., 43. 1. 476. — Cpr. Bordeaux, 6 mai 1848, D., 50. 2. 11, S., 49. 2. 649. — V. cep. Grenier, I, n. 91 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 216, § 814, note 6.

1210 Troplong, Transcr., n. 344. — Toulouse, 21 juin 1887, D., 88. 2. 77.

1211 Grenier, 1, n. 46 ; Pont, II, n. 981 ; André, n. 796.

1212 Aubry et Rau, III, p. 324, § 271 ; Laurent, XXXI. n. 61. — V. supra, II, n. 1335. — Riom, 27 juin 1884, D., 85. 2. 229.

1213 Civ. rej., 25 nov. 1856, D., 56. 1. 385, S., 57. 1. 117.

1214 V. supra, II, n. 1309 et 1310. — Aubry et Rau, III, p. 324, § 271, texte et note 9.

1215 Cpr. supra, II, n. 1401 et 1402.

1216 V. supra, II, n. 1401 et 1402.

1217 Colmet de Santerre, IX, n. 128 bis, III.

1218 Aubry et Rau, III, p. 338, § 274 ; note 3.

1219 Persil, II, sur l'art. 2148, § 4, n. 4 ; Pont, II, n. 990, Petits contrats, I, n. 759. — Nîmes, 11 avril 1807, J. G., v° Rente viagère, n. 143, Dev. et Car., Coll. nouv., II. 2. 224. — Paris, 30 mai 1831, S., 31. 2. 198. — Paris, 10 mars 1832, J. G., v° Priv. et hyp., n. 2315, S., 32. 2. 407. — Riom, 18 janvier 1844, D., 51. 2. 206, S., 44.2.166. — Caen, 24 janvier 1851, D., 51. 2. 207, S., 51. 2. 495. — Poitiers, 7 déc. 1885, D., 87. 2. 60, S., 86. 2. 81. — Montpellier, 25 mars 1890, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1593. — Cpr. Req., 5 nov. 1862, D., 63. 1. 299, S., 63. 1. 261.

1220 Aubry et Rau, III, p. 338, § 274 texte, et note 3 ; Laurent, XXVII, n. 323 ; Thézard, n. 143.

1221 Paris, 7 fév. 1866, J. G. Suppl., cod. v°, n. 1050, S., 66. 2. 234.

1222 V. en ce sens sur ces divers points, Tarrible, Rép. de Merlin, v° Insc. hyp., § 5, n. 11 ; Troplong, III, n. 683 ; Pont, II, n. 990 ; Aubry et Rau, III, p. 339, § 274 ; André, n. 799. — Liège, 24 août 1809, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1575, S., 10. 2. 372. — Nîmes, 23 nov. 1869 et sur pourvoi Req., 20 mars 1872, D., 72. 1. 401, S., 72. 1. 165. — Paris, 27 juill. 1878 et sur pourvoi Req., 8 juill. 1879, D., 80. 1. 293, S., 81. 1. 61. — V. cep. en sens contraire Orléans, 9 avril 1829, J. G., cod. vo, n. 1576, S., 29. 2. 204. — V. aussi en matière de rente viagère les arrêts cités au numéro précédent. Partant de

cette idée que le crédi-rentier n'est pas alors tenu d'évaluer le montant de sa créance, ils décident que l'évaluation par lui faite ne limite pas son hypothèque et qu'il peut l'invoquer néanmoins pour toute sa créance. Il nous paraît difficile de concilier cette théorie avec le régime de la publicité et nous serions portés à penser que le crédi-rentier ne peut rien demander au delà de son évaluation, comme un créancier qui n'a pris inscription que pour partie de sa créance.

1223 Paris, 16 mars 1822, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1568-1°, S., 22. 2. 381. — Req., 4 août 1825, J. G., cod. v°, n. 1568-1°, S., 26.1.122. — Rouen, 19 fév. 1828, J. G., cod. v°, n. 1568-1°, S., 28. 2. 171. — Limoges, 5 déc. 1839, J. G., cod. v°, n. 1568-1°, S., 40. 2. 245. — Rouen, 8 fév. 1851, D., 52. 2. 53, S., 51. 2. 715. — V. dans le même sens Duranton, XX, n. 116 et 117 ; Troplong, III, n. 684 ; Zachariæ, Massé et Vergé, V, p. 201, § 811, texte et note 2 ; Vaugeois, Rev. prat., 1875, XL, p. 5.

1224 Tarrible, Rép. de Merlin, v° Insc. hyp., § 5, n. 11 ; Grenier, I, n.83 ; Battur, III, n. 442 ; Pont, II, n. 989 ; Aubry et Rau, III, p. 339, § 274, texte et note 7 ; Colmet de Santerre, IX, n. 128 bis, V. — Chambéry, 22 décembre 1879, S., 80. 2. 241.

1225 V. Civ. rej., 30 déc. 1868, D., 69. 1. 88, S., 69. 1. 170. — Trib. civ. de Grenoble, 2 mai 1870, D., 71. 5. 217. — Civ. cass., 14 août 1883, D., 84. 1. 64, S., 84. 1. 24.

1226 Civ. cass., 9 mars 1870, D., 70. 1. 298, S., 70. 1. 207. — V. Pont, II, n. 991 ; Aubry et Rau, III, p. 340 et 341, § 274 ; Colmet de Santerre, IX, n. 128 bis, IV ; Thézard, n. 143 ; Laurent, XXXI, n. 64, 65 et 67.

1227 Pont, Aubry et Rau, Laurent, locc. citt.

1228 Civ. rej., 13 mars 1874, S., 75. 1. 5.

1229 Trib. civ. de Grenoble, 2 mai 1870, D., 71. 5. 217. — Civ. cass., 14 août 1883, D., 84. 1. 64, S., 84. 1. 24. — V. en ce sens Duranton, XX, n. 123, 125 ; Grenier, I, n. 98 ; Persil, II, sur l'art. 2148, § 4, n. 3 ; Troplong, III, n. 683 ; Pont, II, n. 991 ; Boileux, VI, p. 491 ; Aubry et Rau, III, p. 340 et 341, § 274 ; Colmet de Santerre, IX, n. 128 bis, IV. — Cpr. Laurent, XXXI, n. 64.

1230 Colmet de Santerre, IX, n. 128 bis, VI ; Laurent, XXXI, n. 81. — Cpr. cep. Pont, II, n. 992.

1231 Pont, loc. cit.

1232 Req., 1^{er} février 1825, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1526, S., 25.1. 287. — Req., 26 juillet 1825, J. G., cod. v°, n. 1589-1°, S., 26. 1. 92. — Ch. réun. rej., 6 déc. 1844, D., 45. 1. 15, S., 45. 1. 31. — Req., 15 mars 1852, D., 52. 1. 74, S., 52. 1. 793. — Req., 8 mars 1853, D., 54. 1. 341, S., 55. 1. 214. — Grenoble, 13 mars 1858, D., 58. 2. 176. — Chambéry, 22 déc. 1879, S., 80. 2. 241. — Nancy, 27 déc 1879, D., 80. 2. 119, S., 80. 2. 174. — Rennes, 21 juillet 1888, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 830. — V. en ce sens Aubry et Rau, III, p. 345, § 276 ; Colmet de Santerre, IX, n. 128 bis, VII.

1233 Nîmes, 23 déc. 1810, J. G., cod. v°, n. 1589-1°, S., 11. 2. 73. — Req., 9 juill. 1811, J. G., ibid., S., 11. 1. 320. — Req., 23 juill. 1812, J. G., cod. v°, n. 1589-2°, S., 13. 1. 257. — Rennes, 30 déc. 1819, J. G., cod. v°, n. 1589-1°. — V. cep. Nîmes, 13 juill. 1808, J. G., cod. v°, n. 1590, S., 10. 2. 544.

1234 Req., 1^{er} mai 1876, D., 76. 1. 481, S., 76. 1. 303.

1235 V. Req., 15 juin 1864, D., 64.1. 421, S., 64. 1. 254. — Cpr. Alger, 13 fév.1869, sous Req., 26 mars 1872, D., 72. 1. 425, S., 74. 1. 313.

1236 Tarrible, Rép. de Merlin, v° Inscr. hyp., § 5, n. 11 ; Aubry et Rau, III, p. 345 § 276 ; Thézard, n. 143. — V. dans

le même sens Décision du Grand Juge du 21 juin 1808, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1601, S., 8. 2. 230.

1237 Delvincourt, III, p. 348 ; Duranton, XX, n. 126 ; Persil, II, sur l'art. 2148, § 4, n. 6 ; Troplong, III, n. 688 ; Pont, II, n. 994 ; Aubry et Rau, III, p. 345, § 276. — Req., 2 avril 1811, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1603-30. — V. cep. en sens contraire Décision du Grand Juge du 21 juin 1808 citée supra.

1238 V. supra, II, n. 1367 s.

1239 Pont, II, n. 1004 s.

1240 Liège, 21 janv. 1809, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1624-1° — Req., 25 nov. 1813, J. G., cod. v°, n. 1619-2°, S., 14.1. 44. — Req., 7 juin 1814, J. G., cod. v°, n. 1624-2°. — Req., 1^{er} avril 1817, J. G., cod. v°, n. 1624-3), S., 17. 1. 348. — Rennes, 25 juill. 1817, J. G., cod. v°, n. 1624-5°. — Req., 27 mars 1822, J. G., cod. v°, n. 1624-6°. — Nancy, 28 avril 1826, J. G., cod. v°, n. 1619-1°, S., 27. 2. 230. — Civ. rej., 15 fév. 1836, S., 36. 1. 471. — Req., 12 nov. 1890, D., 91. 5. 306, S., 91. 1. 199. — Paris, 11 avril 1892, J. G. Suppl., cod. v°, n. 1063. — Cpr. cep. Req., 6 déc. 1817, J. G., cod. v°, n. 1626.

1241 V. en ce sens plusieurs des arrêts cités à la note précédente, notamment Nancy, 28 avril 1826. De même la cour de Bordeaux a décidé par arrêt du 6 mai 1848, D., 50. 2.11, S., 49. 2. 509, que l'erreur dans la désignation de la commune n'est pas une cause de nullité de l'inscription, lorsque néanmoins la situation des biens est suffisamment indiquée, que l'erreur n'a donné lieu à aucune méprise et n'a pas été pour les tiers la cause d'un préjudice.

1242 Civ. rej., 6 mars 1820, J. G., cod. v°, n. 1623-1°, S., 20. 1. 173. — Req., 28 août 1821, J. G., cod. v°, n. 1623-1°, S., 21. 1. 420. — Bourges, 23 avril 1841, J. G., cod. v°, n. 1623-

2°, S., 41. 2. 585. — Req., 4 mars 1873, D., 73. 1. 247, S., 73.1. 405. — V. cep. en sens contraire Cour de cass. Belg., 11 juin 1842, J. G., cod. v°, n. 1622-4°.

1243 Req., 22 mai 1812, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1616-20. — Bruxelles, 3 déc. 1812, J. G., cod. v°, n. 1622-10, Dev. et Car., Coll. nouv., IV. 2. 208. — Angers, 16 août 1826, J. G., cod. v°, n. 1622-2°, S., 26. 2. 322. — Agen, 1^{er} juill. 1830, J. G., cod. v°, n. 1616-6°, S., 33. 2. 108.

1244 Aubry et Rau, III, p. 336, § 273 et p. 350, § 276, texte et note 19 ; Thézard, n. 143. — V. supra, II, n. 1372 s.

1245 Buranton, XIX, n. 372. — Liège, 13 janv. 1823, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1619-30. — Req., 24 nov. 1824, J. G., cod. v°, n. 1624-70. — Civ. rej., 24 janv. 1825, J. G., cod. v°, n. 1624-8°, S., 26. 1. 38.

1246 Pont, II, n. 1000 ; Aubry et Rau, III, p. 336, § 273.

1247 Tarrible, Rép. de Merlin, v° Inscr. hyp., § 5, n. 12 ; Persil, II, sur l'art. 2148, §5, n. 3 ; Grenier, I, n. 193 ; Troplong, III, n. 690 et 691 ; Duranton, XX, n. 132 s. ; Aubry et Rau, III, p. 336, § 273. — Rouen, 22 mai 1818, S., 18. 2. 230. — Civ. cass., 3 août 1819, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1388. — Metz, 23 avril 1823, S., 25. 2. 88. — Rapp., Paris, 23 fév. 1835, J. G., cod. v°, n. 1303, S., 35. 2. 209.

1248 V. supra, II, n. 968.

1249 V. supra, II, n. 1217. — V. aussi en ce sens outre les auteurs cités, Lyon-Caen et Renault, Préc. de dr. comm., II, n. 2707. — V. cep. en sens contraire Boistel, Mail, de dr. comm., n. 914 ; Colmet de Santerre, IX, n. 129 bis, II.

1250 V. supra, II, n. 966. — Colmet de Santerre, IX, n. 129 bis, I.

1251 Toulouse, 23 décembre 1870, D., 72. 5. 271, S., 72. 2. 41. — Bordeaux, 5 mai 1887, D., 89. 2. 7, S., 90. 2. 124.

1252 Rennes, 21 mai 1875, sous Civ. cass., 22 janvier 1879, D., 79. 1. 121, S., 79. 1. 252.

1253 Colmet de Santerre, IX, n. 129 bis, I.

1254 Tarrible, Rép. de Merlin, v° Inscr. hyp., § 5, n. 12, in fine ; Persil, I, sur l'art. 2130, n. 5 ; Grenier, I, n. 62 ; Troplong, II, n. 540 ; Duranton, XIX, n. 379 ; Pont, II, n. 685, et Rev. de législ., 1846, II, p. 327 ; Aubry et Rau, III, p. 337, § 273 ; Colmet de Santerre, IX, n. 97 bis, I ; Thézard, n. 66 ; Gillard, Constit. hyp. couvent., n. 277. — Paris, 23 février 1835, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1303, S., 35. 2. 209. — Paris, 20 (ou 26) juillet 1836, J. G., cod. v°, n. 1303. — Poitiers, 23 fév. 1844, J. G, cod. vo, n. 1303, S., 45. 2. 212. — Civ. cass., 27 avril 1846, D., 46. 1. 224, S., 46. 1. 369. — Grenoble, 17 février 1847, D., 48. 2. 52, S., 48. 2. 55 — Caen, 18 août 1871, D., 73. 2. 228. — V. en sens contraire Favard, Rép., v° Hyp., sect. II, § 3, n. 10 ; Rolland de Villargues, Rép. du not., v° Hyp., n. 282. — Angers, 14 juillet 1842, S., 42. 2. 469, cassé par l'arrêt du 27 avril 1846 cité supra.

1255 Aubry et Rau, III, p. 337, § 273. — Req., 21 nov. 1827, J. G., v° Priv. et hyp., n. 1389, S., 28. 1. 163.

1256 Mallet, L'hyp. marit., p. 68 ; Desjardins, Tr. de dr. comm. marit., V, n. 1219.

1257 De Valroger, Dr. marit., III, n. 1214 ; Desjardins, Tr. de dr. comm. marit., V, n. 1219.

1258 Desjardins, Tr. de dr. comm. marit., V, n. 1221.

1259 Desjardins, Tr. de dr. comm. marit., V, n. 1222.

1260 Pont, II, n. 997 ; Aubry et Rau, III, p. 345 et 346, § 276 ; André, n. 840 ; Labbé, Note dans S., 82. 2. 185. — V. aussi Planiol, Note dans D., 92. 2. 585.

1261 Rouen, 13 juin 1850, D., 50. 2. 120.

1262 Fenet, XV, p. 235 ; Locré, XVI, p. 119 s.

1263 Fenet, XV, p. 292 ; Locré, XVI, p. 181 s.

1264 Fenet, XV, p. 303 ; Locré, XVI, p. 193.

1265 Fenet, XV, p. 305 ; Locré, XVI, p. 195 s.

1266 Fenet, XV, p. 316 ; Locré, XVI, p. 208.

1267 V. supra, II, n. 1465.

1268 Montpellier, 4 août 1890, D., 91. 2. 134. — Aix, 20 nov. 1891, D., 92. 2. 585, S., 92. 2. 17.

1269 Caen, 18 juin 1879, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1149, S., 80. 2. 201. — Bordeaux, 18 nov. 1890, D., 94. 2. 569. — Cpr. Req., 20 mars 1872, D., 72. 1. 401, S., 72. 1. 164. — V. en sens contraire, André, n. 856.

1270 Cpr. en ce sens Chambéry, 1^{er} mai 1874, D. (sous cassation), 75 1. 486, S., 75. 2. 257.

1271 Nîmes, 23 novembre 1869, et sur pourvoi, Req., 20 mars 1872, D., 72. 1. 401, S., 72.1. 164. — Grenoble, 15 janvier 1880, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1130, S., 82. 2. 185. — Civ. cass., 25 avril 1882, D., 82. 1. 371, S., 82. 1. 441.

1272 Trib. civ. de Sens, 27 déc. 1872, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1132.

1273 Paris, 9 déc. 1890, D., 91. 2. 308.

1274 Paris, 15 fév. 1858, D., 58. 2. 54, S., 58. 2. 555.

1275 Limoges, 6 août 1861, J. G. Suppl., v° Priv. et hyp., n. 1131 ; S., 2. 479. — V. aussi Trib. civ. de Pont-l'Evêque, 28 mai 1878, D., 79. 3. 111.

Traité théorique et pratique de droit civil...

<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65035373>

À propos de cette édition numérique

Cette édition numérique est issue d'un programme de numérisation du patrimoine mené par la Bibliothèque nationale de France pour enrichir Gallica, la bibliothèque numérique de la BnF et de ses partenaires. En ligne depuis 1997, Gallica s'enrichit chaque semaine de milliers de nouveautés et offre aujourd'hui accès à plusieurs millions de documents numérisés : imprimés (livres, revues et fascicules de presse), manuscrits, estampes et photographies, documents sonores, partitions, cartes et plans... Les imprimés sont d'abord numérisés en mode image (prise de vue photographique) puis le texte est extrait de manière automatique grâce aux techniques de reconnaissance optique de caractères (*optical character recognition* ou OCR). Les algorithmes informatiques utilisés définissent également de manière automatique la structure de l'ouvrage (en-têtes et pieds de page, illustrations, tableaux, etc.). L'état du document imprimé (taches, pages déchirées) et les caractéristiques de la typographie employée peuvent

entraîner des erreurs lors de l'OCR. Le texte ainsi produit est ensuite relu, corrigé, et converti au format ePub (*electronic publication* ou « publication électronique »), format ouvert standardisé pour les livres numériques. Malgré tous nos efforts pour respecter au mieux le format original du livre, il est possible que vous retrouviez des coquilles ou des problèmes de mise en page qui auraient échappé au relecteur. N'hésitez pas à nous signaler ces anomalies à l'adresse gallica@bnf.fr.

Conditions d'utilisation

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'œuvres 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/ 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.

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

4/ 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.

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

6/ Pour obtenir la reproduction d'un document de Gallica en haute définition, contacter reproduction@bnf.fr

7/ Pour utiliser un document de Gallica sur un support de publication commercial, contacter

utilisation.commerciale@bnf.fr

Mais c'est là une ressource de droit commun, dont tous les créanciers, même les créanciers chirographaires, peuvent se prévaloir. Les créanciers hypothécaires n'ont-ils pas une situation meilleure? Nous serions portés à le croire. En vertu de l'art. 1-2° de la loi du 23 mars 1855, la renonciation à un usufruit immobilier doit être transcrite. Par l'accomplissement de cette formalité seulement, elle devient opposable aux tiers et spécialement aux créanciers ayant hypothèque sur cet usufruit. Ne résulte-t-il pas de là qu'elle ne peut porter aucune atteinte à leurs droits, pourvu qu'ils aient été régulièrement conservés par une inscription antérieurement prise? (*).

926. Enfin l'usufruit s'éteint par l'abus de jouissance. Cette déchéance nuira-t-elle aux créanciers hypothécaires? On a proposé de répondre négativement et on a enseigné qu'enfourue par l'usufruitier, elle ne pouvait pas priver les créanciers de la sûreté spéciale par eux stipulée ⁽³⁾.

Cette solution se concilie difficilement avec le pouvoir conféré aux tribunaux par l'art. 618 et la faculté d'intervention

[Retour](#)

(³) Duranton, XX, n. 27; Troplong, II, p. 585; Aubry et Rau, III, p. 221, § 264 *ter*, texte et note 23; Laurent, XXX, n. 343 *sc.*; Thézard, p. 94; André, p. 632. — Req., 19 août 1840, *J. G.*, *no* *Prêt et hyp.*, p. 886, S., 40. 1. 849. — Bordeaux, 21 fév. 1851, D., 54. 2. 150. — Paris, 18 juin 1870, D., 71. 2. 156. — Paris 15 juin 1874, D., 77. 2. 208. — Paris, 7 juill. 1874, D., 76. 2. 65. — Amiens, 11 déc. 1876, *J. G. Suppl.*, cod. v^o, n. 468, S., 77. 2. 216. — Grenoble, 8 fév. 1879, D., 80. 2. 149, S., 80. 2. 69. — V. en sens contraire Pont, I, n. 438; — Req., 16 mai 1855, D., 55. 1. 245, S., 55. 1. 490. — Rouen, 11 juillet et 20 décembre 1856, D., 57. 2. 409

[Retour](#)

et 110, G., 57. 2. 359. — Bordeaux, 15 déc. 1868, D., 69. 2. 244, S., 69. 2. 251. — Cpr. Paris, 9 fév. 1875, D., 75. 2. 155, S., 75. 2. 129.

(4) Proudhon, *Usufr.*, I, n. 212; Aubry et Rau, III, p. 232, § 261 *ter*, texte et note 25; Laurent, XXX, n. 345; Thézard, n. 91; André, n. 632-8°. — Toulouse, 6 décembre 1824, *J. G.*, *vo Priv. et hyp.*, n. 2203, S., 26. 2. 103. — Civ. rej., 29 août 1838, *J. G.*, *vo Cont. de mar.*, n. 4202, S., 38. 1. 769. — Alger, 6 mars 1882, *J. G. Suppl.*, *vo Priv. et hyp.*, n. 470, S., 84. 2. 137. — V. en sens contraire, Merlin, *Rép.*, *vo Deuil*, § 1, n. 8; Toullier, XIII, n. 269; Benoît, *De la dot*, II, n. 25; Trop-Long, II, n. 418 *bis*; Pont, I, n. 437. — Bordeaux, 25 janv. 1858, *J. G. Suppl.*, *vo Priv. et hyp.*, n. 470, S., 58. 2. 410.

(5) V. *supra*, I, n. 321.

(6) Civ. rej., 18 avril 1882, D., 83. 1. 73, S., 83. 1. 161. — Cpr. Lyon-Caen et Renauld, *Précis de dr. comm.*, II, n. 3057.

[Retour](#)

cette manière de procéder : « Ce n'est pas du cautionnement
» même que résulte un avantage à la charge de l'actif, ce
» serait de l'acquisition de l'hypothèque légale... Or le cau-
» tionnement est absolument indépendant du recours plus ou
» moins efficace qu'il ouvre à la femme, il n'est nullement
» subordonné à l'efficacité de l'hypothèque légale. La femme
» mariée, pourvu qu'elle ait l'autorisation de son mari, est
» pleinement capable de s'engager ; aucune raison appréciable
» n'autorise à l'affranchir de l'obligation qu'elle a contractée,
» à moins toutefois que son consentement n'ait été obtenu
» par violence ou surpris par dol (art. 1109) ; peu importe
» que l'hypothèque qu'elle a cru acquérir lui échappe. Ce
» résultat d'ailleurs n'a rien d'injuste : si la femme vient au
» secours de son mari menacé par la faillite, connaissant la
» situation de celui-ci, elle le fait à ses risques et périls ; si
» elle ne la connaît pas, elle ne doit s'en prendre qu'à son
» imprudence ; n'est-il pas bien plus naturel, dans tous les
» cas, de laisser à sa charge les conséquences de son acte que
» de les faire supporter à la masse » ? M. Boudant s'efforce
de démontrer que la femme ne peut pas alors invoquer son
hypothèque légale. Pour que l'hypothèque légale échappe à
l'application de l'art. 446 C. co., il faut qu'elle conserve son
caractère et ne naisse pas en réalité par la volonté des per-
sonnes. Or ici c'est le consentement de la femme qui lui donne
naissance. L'art. 446 doit donc recevoir son application, et le
savant auteur conclut que l'art. 598 ne peut être invoqué.
L'avantage que reçoit le créancier est à la charge du patri-
moine personnel de la femme ; il n'est pas à la charge de l'actif
du failli.

Il y a dans cette division des effets de la convention quel-
que chose qui ne satisfait pas absolument la raison. L'enga-
gement de la femme et son recours résultent du même con-
trat. L'existence de ce recours est le fait qui donne lieu à
l'exercice de l'hypothèque légale ; celle-ci en est la consé-
quence nécessaire, immédiate, instantanée. Comment séparer
l'accessoire du principal, alors que cet accessoire est né en
vertu de la loi et que la femme ne peut pas abdiquer par sa
volonté cette garantie. Si l'hypothèque légale peut être invo-

[Retour](#)

p. 218, § 264 *ter*, texte et note 14; Laurent, XXX, n. 339. — Montpellier, 27 avril 1846, D., 47, 2, 70, S., 47, 2, 459. — Civ. cass., 4 fév. 1868, D., 68, 1, 57, S.,

[Retour](#)

998. « Le créancier qui a une hypothèque légale peut exercer son droit sur tous les immeubles appartenant à son débiteur, et sur ceux qui pourront lui appartenir dans la suite, sous les modifications qui seront ci-après exprimées » (art. 2122).

Les hypothèques légales auxquelles se réfère cette disposition sont les hypothèques légales de l'art. 2121, c'est-à-dire celles des mineurs, des interdits, des femmes mariées, des communes et établissements publics. L'hypothèque légale de l'Etat a été spécialisée par la loi du 5 septembre 1807 et ne porte que sur les immeubles des comptables qui ne sont pas grevés du privilège ⁽¹⁾. Remarquons cependant que ces hypothèques n'atteignent pas malgré leur généralité, des navires appartenant au débiteur (L. 10 juillet 1885, art. 14).

L'art. 2122 établit une antithèse entre les hypothèques légales, qui sont générales et les hypothèques conventionnelles, qui sont spéciales.

Pourquoi cette différence? Elle tient à ce que le montant des créances garanties par l'hypothèque conventionnelle est presque toujours déterminé, dans les cas assez rares où il ne l'est pas, les parties peuvent facilement évaluer la créance; il devient ainsi facile de proportionner exactement l'importance du gage hypothécaire au chiffre de la créance; une convention librement discutée entre le créancier et le débiteur déterminera les immeubles affectés à l'hypothèque. Au contraire, le montant des créances garanties par l'hypothèque légale est presque toujours plus ou moins indéterminé. Comment connaître, à l'ouverture d'une tutelle, le chiffre des sommes dont le tuteur se trouvera débiteur envers le mineur par son compte de tutelle? Comment connaître, lors de l'entrée en fonctions d'un comptable, l'étendue des créances qu'il y aura lieu d'exercer contre ce comptable à raison des faits relatifs à sa gestion? Enfin, en ce qui concerne l'hypothèque de la femme mariée, s'il y a certaines créances garanties par cette

(1) V. *supra*, I, n. 668, 670 s.

Fréminville, *De la minor.*, II, n. 1148; Cubain, *Tr. des dr. des femmes*, n. 527; Demolombe, *Minor.*, II, n. 30 s.; Pont, I, n. 509; Valette, n. 137; Boileux, sur l'art. 2122, p. 366, note; Aubry et Rau, III, p. 201, § 264, texte et note 3; Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 155, § 794, note 1. — Req., 17 juill. 1844, *J. G.*, v^o *Priv. et hyp.*, n. 879, S., 44. 1. 641. — Lyon, 25 nov. 1850, D., 51. 2. 241, S., 51. 1. 87. — Lyon, 3 juill. 1867 (sous cass.), D., 69. 1. 276, S., 69. 1. 345.

[Retour](#)

ou subrogations à l'hypothèque légale, tandis que la restriction a lieu dans l'intérêt du mari; c'est ensuite qu'elle n'en limite pas l'étendue, ne la cantonne pas sur certains immeubles et la laisse frapper tout le patrimoine immobilier du mari, à la différence de la restriction.

1020. Sous les conditions que nous avons déterminées, les parties jouissent de la faculté de restreindre par le contrat de mariage l'hypothèque légale de la femme. Il n'y a pas à se préoccuper du régime matrimonial par elles adopté. Elles peuvent faire une semblable stipulation, alors même qu'elles seraient soumises au régime dotal. On ne peut tirer aucune objection de l'impossibilité pour la femme dotale de renoncer à son hypothèque légale. La restriction diffère complètement de la renonciation; elle intervient, nous l'avons déjà dit, dans l'intérêt exclusif du mari. D'un autre côté, cette convention précède le mariage, comme le contrat de mariage, dont elle forme une partie intégrante; elle a donc lieu à une époque où l'inaliénabilité de la dot n'est pas encore entrée en vigueur ⁽¹⁾.

1021. Divers procédés peuvent être employés pour restreindre par le contrat de mariage l'hypothèque légale de la femme.

Les parties peuvent recourir au moyen de la *spécialisation*. Le procédé consiste à désigner les immeubles qui demeureront grevés de l'hypothèque légale, tous ceux qui ne sont pas mentionnés dans la convention en étant par cela même affranchis.

Elles peuvent aussi procéder par voie d'exclusion ⁽²⁾. On désigne les immeubles qui seront affranchis de l'hypothèque légale; tous les autres y demeurent par cela même soumis.

Ces deux procédés ne conduisent pas aux mêmes résultats. En effet, quand on a eu recours à la voie de la spécialisation, tous les immeubles non désignés dans la convention demeurent affranchis de l'hypothèque légale, même les immeubles à venir; tandis que, si l'on a procédé par la voie de l'exclu-

⁽¹⁾ Aubry et Rau, III, p. 231, § 264 *ter*.

⁽²⁾ Aubry et Rau, III, p. 231, § 264 *ter*. — V. Merlin, *Rép.*, v^o *Inscrip. hyp.*, § 3, n. 19; Persil, I, sur l'art. 2141, n. 4; Pont, I, n. 543 et 544.

La doctrine et la jurisprudence se montrent justement sages en cette matière. Ce que les parties ne peuvent pas faire par une clause expresse, elles ne peuvent pas davantage le faire indirectement. Or la femme atteindrait ce résultat si, dans le but d'éluder la loi, elle consentait à cantonner son hypothèque sur des immeubles d'une valeur insignifiante ⁽¹⁾ ou manifestement inférieure au montant de ses reprises ⁽²⁾. Une telle convention serait frappée de nullité comme contraire à l'art. 2140. Serait également entachée de nullité la clause par laquelle l'hypothèque légale de la femme serait cantonnée sur les immeubles du mari qu'elle désignerait pendant le mariage ⁽³⁾. Il en serait de même, pour le même motif, si le cantonnement était stipulé sur la part indivise du mari dans un immeuble. L'éventualité d'un partage ou d'une licitation, à l'effet duquel la femme serait exposée à voir évanouir son hypothèque lorsque l'immeuble serait attribué ou adjugé ⁽⁴⁾ à l'un des copropriétaires du mari, suffit pour démontrer que la convention peut équivaloir à une véritable abdication de son hypothèque et pour justifier la solution. Un arrêt a cependant validé cette convention ⁽⁵⁾. Cette doctrine nous paraît exempte de dangers. Si, par l'effet du partage ou de la licitation, l'immeuble est attribué à l'un des copropriétaires du mari, la femme ne pourra pas invoquer son hypothèque sur un bien qui sera censé n'avoir jamais été la propriété de son mari. Si la convention était valable, le cantonnement équivaldrait à une véritable renonciation prohibée par l'art. 2140. Il faut donc, dans ce cas, prononcer la nullité de la restric-

Duranton, XX, n. 57.

Pont, I, n. 552.

Nîmes, 4 mai 1888, D., 89. 2. 195, S., 89. 2. 238.

V. Civ. cass., 9 mars 1886, D., 86. 1. 353, S., 88. 1. 241. — Req., 16 avril 1888, D., 88. 1. 249, S., 88. 1. 216. En serait-il autrement si un tiers se portait adjudica-

N'y aurait-il pas lieu, si la licitation était un acte préparatoire du partage, de tenir compte de l'attribution ultérieure du prix? V. en sens divers sur cette question la controverse : Civ. rej., 14 déc. 1887, D., 88. 1. 385, S., 89. 1. 194. — Cass., 30 juillet 1888, D., 89. 2. 25, S., 89. 2. 99. — Dijon, 20 mars 1889, S., 89. 1. 178, et sur pourvoi Civ. cass., 17 fév. 1892, D., 92. 1. 191. — Orléans, 25 mai 1890, D., 91. 2. 238.

Alger, 26 mai 1888, D., 89. 2. 77, S., 90. 2. 157.

[Retour](#)

(²) Troplong, *Cont. de mariage*, IV, n. 3397; Pont, I, n. 453; Bertauld, *De la subrog. à l'hyp. légale*, n. 39; Gérardin, *Rev. prat.*, 1867, XXX, p. 97; Baudry-Lacantinerie, *Pr. de dr. civ.*, III, n. 1233; Mérignac, *op. cit.*, n. 28. — Req., 1^{er} juin 1853, D., 53. 1. 241, S., 53. 1. 730. — Bordeaux, 16 août 1853, D., 55. 2. 80, S., 54. 2. 263.

[Retour](#)

1062. La jurisprudence a même étendu cette solution au cas où la femme ne concourt pas directement à la constitution d'hypothèque, et se contente de s'obliger conjointement et solidairement avec son mari par l'acte même dans lequel a eu lieu la constitution d'hypothèque ⁽¹⁾. Elle voit dans cet acte une renonciation tacite par la femme à son hypothèque légale au profit du créancier du mari. Car par l'obligation contractée solidairement, elle s'engage à ne rien faire de nature à porter atteinte aux droits nés pour le créancier de la convention à laquelle elle a participé. Elle ne peut donc pas, par l'exercice de son hypothèque, frapper d'inefficacité l'hypothèque constituée. *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. La sécurité, qu'elle a promise au créancier, ne peut être obtenue que par une subrogation au bénéfice de l'hypothèque légale. C'est ainsi qu'on a été conduit à voir dans ces circonstances une renonciation tacite à l'hypothèque légale en faveur du créancier ⁽²⁾. Mais il faut que le concours de la femme ne comporte pas d'autre explication ⁽³⁾.

Il importerait assez peu que l'engagement de la femme résultât d'un acte postérieur et distinct de celui qui constate

[Retour](#)

hypothèque. Mais il faut toujours une acceptation, au moins tacite; car un contrat, quel qu'il soit, ne peut pas se former sans le concours des volontés des parties, concours qui constitue le consentement.

1417. Nous ne verrions aussi aucun obstacle à ce que la constitution d'hypothèque fût acceptée par un mandataire verbal ou même par un tiers agissant sans mandat exprès du créancier et en qualité de gérant d'affaires.

L'acceptation peut-elle émaner du notaire même qui reçoit l'acte constitutif et déclare accepter au nom du créancier absent? Dans notre ancienne jurisprudence, cette pratique était suivie et la validité de l'hypothèque était admise, suivant un usage constaté par un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 8 mai 1716. Sous l'empire de notre code, on a proposé de suivre la même solution ou plutôt de considérer l'acceptation faite par le notaire comme nulle et non avenue et de valider en conséquence la constitution d'hypothèque. On reconnaît que le notaire ne peut pas figurer à l'acte en une double qualité, instrumenter comme notaire et accepter le bénéfice de l'hypothèque au nom du créancier. Mais on soutient qu'il n'a pas pu agir en cette dernière qualité, d'une part parce qu'il n'était investi d'aucun mandat, d'autre part parce que la loi lui défend de représenter les parties dans les actes qu'il passe. On conclut qu'il a agi exclusivement en qualité d'officier public. L'acte subsiste, mais la constitution d'hypothèque n'a pas été acceptée : *utile per inutile non tunc* (¹).

Nous ne pouvons accepter cette conclusion, car l'argument qu'on invoque conduirait, s'il était poussé à ses dernières limites, à valider tous les actes dans lesquels un notaire serait intervenu au nom de l'une des parties, pourvu qu'en les recevant il eût pris la précaution de parler comme gérant d'affai-

[Retour](#)

voagir à la même date. Ne peut-on pas signaler une véritable confusion dans cette argumentation? Le droit de la femme existe bien en germe dès l'instant de l'acceptation. Mais c'est contre le donateur qu'il existe; il n'existe pas encore contre le mari; c'est seulement au moment de l'accomplissement de la condition que commencera pour celui-ci le pouvoir d'administration, seul fondement de l'hypothèque et, partant, n'est-ce pas de ce moment seulement que date l'hypothèque ⁽¹⁾? Cette solution cependant nous laisse des doutes. Le créancier conditionnel acquiert, par le fait seul de la convention, un droit et il a la faculté de prendre, *pendente conditione*, toutes les mesures propres à le conserver (art. 1180). Or le mari, en sa qualité d'administrateur des biens de la femme, n'est-il pas tenu d'accomplir tous les actes conservatoires de ses droits? Sa négligence n'engage-t-elle pas sa responsabilité? Cette responsabilité n'est-elle pas une base suffisante pour l'hypothèque? Ne faut-il pas conclure qu'elle date du jour de l'acceptation même dans le cas de donation conditionnelle? Seulement cette hypothèque garantira moins la restitution des sommes dotales que la conservation du droit de la femme jusqu'à l'accomplissement de la condition ⁽²⁾.

1482. Le caractère particulier de la donation de biens à venir ne permet guère de lui appliquer la même règle. Le donataire acquiert un droit éventuel de succession; d'un autre côté, il est même douteux qu'il ait le droit de prendre les mesures conservatoires de son droit ⁽³⁾. Nous ne pouvons entrer dans l'examen de cette difficulté. Si l'on refuse au donataire de biens à venir le droit de prendre du vivant du donateur des mesures conservatoires, l'hypothèque légale ne peut dater, pour les donations de biens à venir faites par un tiers à la femme dans son contrat de mariage, que du jour du décès du donateur. C'est un droit héréditaire qui a fait l'objet

⁽¹⁾ Persil, I, sur l'art. 2135, § 5, n. 7; Bellot des Minières, *Cont. de mar.*, I, p. 343; Pont, II, n. 754 et 757; Aubry et Rau, III, p. 141, § 264 *ter*, texte et note 67.

⁽²⁾ C'est avec cette précision qu'il faut accepter l'opinion émise par de Loynes, voir Tessier, *Soc. d'acquêts*, n. 8, note 38.

⁽³⁾ Cpr. Demolombe, *Don.*, VI, n. 323; Aubry et Rau, VIII, p. 80, § 739 texte et note 64. — Req., 22 janv. 1873, D., 73, I. 473, S., 73, I. 57.

1569. Les dispositions que nous venons d'analyser dérogent au principe que l'inscription d'un privilège ou d'une hypothèque peut être prise utilement à une époque quelconque sur le débiteur propriétaire. Aussi convient-il de les interpréter restrictivement : *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. Il ne faudrait donc pas appliquer à la déconfiture ⁽¹⁾ ce que la loi dit de la faillite ou de la liquidation judiciaire.

1570. En ce qui concerne la cession de biens volontaire ou judiciaire nous avons déjà indiqué ⁽²⁾ les difficultés de cette matière. Nous avons exposé les incertitudes qui planent sur le caractère de cette institution ; nous n'avons pas à prendre part sur une controverse qui se rattache à la théorie générale des obligations. Nous nous contenterons de faire connaître les conséquences qu'engendre chacune des doctrines proposées.

Un premier point est hors de toute contestation. Si la cession de biens est translatrice de propriété et si elle a été transcrite, il est certain que les créanciers du débiteur qui l'a consentie ne peuvent plus utilement faire inscrire leurs hypothèques. C'est une application des principes généraux ; la transcription d'un acte translatif de propriété met un terme à la faculté de l'inscrire du chef de l'aliénateur (art. 6 L. 23 mars 1855) ⁽³⁾.

La question ne se présente donc que dans le cas où le débiteur conserve la propriété des biens compris dans la cession. Que celle-ci soit volontaire ou qu'elle soit judiciaire, elle n'a qu'une autorité relative (art. 1163 et 1351) ; elle ne produit l'effet qu'à l'égard de ceux qui y ont été parties, elle ne saurait être opposée aux tiers. Par conséquent les créanciers au pro-

[Retour](#)

l'absence de tout continuateur de la personne du défunt,

[Retour](#)

[24] D., 66, 3, 36; S., 66, 2, 35.

Retour