21874

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

DE L'ORIGINE
DE LA NATURE ET DES SOURCES
DE L'HYPOTHÈQUE
EN DROIT ROMAIN.

DU DÉLAISSEMENT PAR HYPOTHÈQUE
EN DROIT FRANÇAIS.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

PAR M. GAIRAL (GEORGES), AVOCAT

Né à Castelnau d'Auzan (Gers).

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE

TOULOUSE
TYPOGRAPHIE DE BONNAL ET GIBRAC
RUE SAINT-ROME, 44.
1870

BIBLIOTHÈQUE
TOULOUSE
UNIVERSITÉ

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE.

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

MM. Dufour ✻, doyen, *professeur de Droit commercial.*
Delpech ✻, doyen honoraire en retraite.
Rodière ✻, *professeur de Procédure civile.*
Molinier ✻, *professeur de Droit criminel.*
Bressolles ✻, *professeur de Code Napoléon.*
Massol ✻, *professeur de Droit romain.*
Ginoulhiac, *professeur de Droit français, étudié dans ses origines féodales et coutumières.*
Huc, *professeur de Code Napoléon.*
Humbert, *professeur de Droit romain.*
Rozy, *professeur de Droit administratif.*
Poubelle, *professeur de Code Napoléon.*

Bonfils, agrégé.
Arnault, agrégé.
Delloume, agrégé.

M. Darrenougué, Officier de l'Instruction publique, Secrétaire Agent-comptable.

Président de la thèse : M. Humbert,

Suffragants { MM. Molinier, Poubelle, Rozy, *Professeurs.* ; Bonfils, *Agrégé.*

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

DROIT ROMAIN.

De l'origine, de la nature et des sources de l'hypothèque (1).

PREMIÈRE PARTIE.

DU DÉVELOPPEMENT ET DES CARACTÈRES ESSENTIELS DU DROIT DE GAGE.

Aussi longtemps que la vente en masse des biens du débiteur fut en usage, on ne put facilement (2) établir des droits de préférence propre-

(1) Dig., XX, 1.

(2) A moins de supposer que le cahier des charges, *lex bonorum vendendorum*, ne réservât les droits des créanciers privilégiés. (Voy. Demangeat, *Cours élémentaire*, II, p. 138, 2e édition.)

ment dits, entre les créanciers d'une même personne. Les anciennes dettes s'éteignaient et disparaissaient avec leurs accessoires : l'acheteur des biens était tenu de payer à chacun des créanciers une partie du prix d'achat proportionnelle à sa créance, et cette obligation se substituait rigoureusement à la première; il y avait novation.

Cependant, dès cette époque, le droit de gage fournit au créancier gagiste un moyen d'échapper aux conséquences de cet état de choses. En effet, si considéré dans son objet immédiat, ce contrat n'avait d'autre efficacité que de conférer au créancier la possession d'une chose pour sûreté de sa créance, cependant, il pouvait conduire (1) à une vente particulière de l'objet engagé (*distractio pignoris*). En sorte que, dès cette époque et avant l'institution de l'hypothèque, le créancier gagiste se payait de sa créance hors concours, si je puis dire ainsi. Ce n'était point qu'il eût un véritable droit de préférence, car il n'y a véritablement préférence que s'il y a concours, et les autres créanciers ne pouvaient concourir sur le prix de la chose engagée par la raison qu'ils n'avaient d'autre moyen d'exécution que la *missio in possessionem* et la *venditio bonorum*, tous modes de procéder par lesquels ils ne pouvaient atteindre que les biens encore placés entre les mains du débiteur. En ce qui touche le débiteur lui-même, s'il venait à récla-

(1) D'abord, par mandat exprès.

mer le prix de la chose vendue, le créancier pouvait le repousser par l'exception de dol ou du moins invoquer la compensation (Loi 2, *pr. de excep.* D.).

Dans le principe (1) un débiteur qui veut donner une garantie à son créancier se dépouille de la propriété de la chose, et la fait passer sur la tête du créancier à l'aide des moyens ordinaires. On ajoute seulement à l'acte d'aliénation un contrat dit de fiducie (2) par lequel le créancier s'engage à transférer de nouveau au débiteur, la propriété de la chose après le paiement de la dette.

Ce mode primitif de constitution du gage était dangereux, en ce qu'il enlevait la propriété de la chose engagée au débiteur, lequel ne gardait plus qu'une action personnelle pour obtenir l'exécution du contrat de fiducie. En outre, le fiduciaire pouvait vendre valablement le gage. Néanmoins, ces procédés dont on peut faire remonter l'origine jusqu'à la loi des 12 tables restèrent usités même pendant la période classique (3).

D'autre part le droit des prudents avait donné naissance au contrat de *pignus :* contrat *re*, parfait par la tradition de la chose. Le constituant demeure

(1) Sur l'*Histoire du gage et de la fiducie*, voy. Thierbach, *Historia jur. civ. de pignoribus*, Leipsig, 1814; Stas, *De contractu fiduciæ*, Leyd, 1834; Büchel, *De fiducia*, Marburg, 1828; H. A. Zachariæ, *De fiducia*, Gothæ, 1830; *Dernburg*, *Das Pfandrecht*, Leipsig, 1860.

(2) Gaius, II, 60 et 61.

(3) Voy. Paul, *Sent. recept.*, II, 13. — Gaius, *Inst.* II, § 60.

propriétaire de la chose : il en pourra revendiquer la possession dès après le paiement de la dette. Le créancier n'acquiert plus ainsi que la possession *ad interdicta* (1).

Dans le principe, le contrat de *pignus* n'emportait pas pour le gagiste le droit de vendre le gage au cas de non paiement. Il était besoin d'une convention expresse (Loi 73, D. *de furtis*) (2). Plus tard, on considéra le droit de vente comme une conséquence naturelle du *Pignus*. Enfin, on put dire, qu'il était de l'essence du contrat, en ce sens qu'une convention destinée à la paralyser demeurait inefficace (Const. 8, *de distr. pign.* C.) (3).

On s'est demandé si le fondement de ce droit était demeuré le même à toutes les époques de la législation romaine. Dans le principe, lorsque le gagiste ne pouvait vendre que s'il y avait stipulation expresse, on le considérait, s'il venait à user de ce droit, comme le mandataire de son débiteur. A l'époque où le gagiste eut le *jus distrahendi*, indépendamment de toute convention (4), on ne fit que supposer le mandat dont l'existence effective avait été requise dans le premier état du droit : rien ne prouve, en effet, une modification essentielle dans les idées antérieurement acceptées.

(1) Loi 12, pr. Dig. XX, 5.
(2) Gaius, *Inst.* II, § 64.
(3) Loi 4, Dig. *De pign. act.*
(4) Gaius II, 64; fr. 4, Dig. 13, 7.

Mais le jour où le droit de vente fut considéré comme de l'essence du gage (1), son principe demeura-t-il le même ? On pourrait le contester. Les textes, cependant, considèrent toujours le créancier qui opère la *distractio pignoris*, comme le mandataire du débiteur. Il y a seulement mandat nécessaire. Le gagiste n'est, en effet, tenu ni de l'action en garantie ni de la restitution du prix. (Lois 38 et 68, *de evict. et dup. stip.*). Pouvait-on stipuler qu'au défaut de paiement à l'échéance le créancier disposerait du gage ? En d'autres termes, le pacte commissoire en matière de gage est-il autorisé ? La prohibition de ces sortes de conventions résulte d'une constitution de Constantin (C. *ult.*, C. *de pact. pign.*, 8, 35). Mais antérieurement à cette constitution, le pacte commissoire était-il toléré ? Le § 9, Frag. Vat., paraît décisif dans le sens de l'affirmative. On objecte, il est vrai, que les textes du Digeste ne font pas d'allusion à la *lex commissoria* (2) en matière de gage, ce qui prouverait une prohibition antérieure. Mais il ne faut pas oublier que les textes du Digeste ont été recueillis par Justinien à une époque où depuis longtemps la *lex commissoria* n'était plus autorisée.

J'ai dit qu'en principe, et avant l'invention de

(1) Fr. 4 et 5, Dig. 13, 7 ; Paul, *Sent.* II, 5, 1, ch. I, II, Cod. Just. 8, 29.

(2) Paul en parlait dans ses *Sentences*, II, 13, mais le texte en est mutilé.

l'action quasi-servienne, le contrat de *pignus* ne conférait, par son efficacité propre, que la possession de la chose engagée : j'étudierai successivement les caractères de cette possession et les droits qui en découlent.

§ 1.

CARACTÈRES DE LA POSSESSION DU CRÉANCIER GAGISTE.

Le constituant demeure propriétaire. Il a dès lors la jouissance de la chose, sauf au cas de convention contraire. Toute augmentation ou diminution dans la valeur de la chose se produit à son avantage ou à son préjudice. Il peut l'aliéner, mais il ne saurait la vendre à l'insu du créancier sans se rendre coupable d'un vol. Enfin, il pourra la revendiquer après le paiement de la dette. Il conserve la possession *ad usucapionem*.

On distingue trois sortes de possession : 1° la possession civile ou *ad usucapionem*, qui suppose le *corpus*, la *bona fides*, la *justa causa* et l'*animus domini*, c'est-à-dire l'intention de traiter la chose comme sienne ; 2° la *possessio ad interdicta* ou quelquefois *possessio naturalis*, par opposition à la *possessio ad usucapionem*, qui suppose le *corpus*, c'est-à-dire le pouvoir physique sur la chose, et l'*animus possidendi* ou *sibi habendi*,

qui est l'intention de posséder pour soi, *pro suo*, ou *suo nomine*. Cette possession, qui ne saurait conduire à la propriété, est protégée par les interdits possessoires ; 3° enfin, la simple *possessio naturalis* par opposition à la *possessio ad interdicta*, le simple état de fait, le pouvoir physique en dehors de toute idée d'appropriation individuelle.

J'ai dit que le débiteur conservait la *possessio ad usucapionem*. Les textes ne permettent point le doute à cet égard. (Loi 16, D., *de usurpat.*). Les commentateurs n'expliquent point cette situation. Que le propriétaire conserve l'*animus domini*, malgré le contrat de gage : qu'il ait toujours la *justa causa*, la *bona fides*, ceci est hors de doute et personne n'y contredit. Mais cela ne suffit point pour le constituer possesseur : la possession est un état de fait, et on comprend difficilement une fiction de droit, se substituant à la puissance physique sur la chose. Sans doute, on a pu dire que si l'*animus domini* était tout personnel, il était possible d'exercer le *corpus* par le moyen d'intermédiaires. On a cité l'exemple du commodataire du dépositaire. Mais le gagiste possède *pro suo ;* je l'établirai ailleurs : il a, de son chef, l'exercice des interdits (1). Je dis de son chef, car il en peut user à l'encontre du propriétaire lui-même.

En résumé, le débiteur peut usucaper, et il ne

(1) Fr. 35, Dig. 13, 7.

possède pas (1). C'est une dérogation, si l'on veut, fort équitable à ce principe : *Sine possessione usucapio contingere non potest* (Loi 25, *de usurp.*). Les jurisconsultes romains ne s'en sont point préoccupés, et je ne crois pas qu'on la puisse accorder avec la rigueur des princpes du droit.

Quant au gagiste, il a la possession *ad interdicta* (2). Il a l'*animus sibi habendi* ou *possidendi* et le *corpus*. Ceci s'induit suffisamment, de ce que les textes lui reconnaissent l'exercice des interdits, *retinendæ vel recuperandæ possessionis*.

Cependant on a soutenu (3) que la possession du gagiste était une possession dérivée : que si par rapport au propriétaire et par l'effet du contrat de *pignus*, il possédait en vertu d'un droit propre, à l'égard des tiers, il représentait le débiteur. Cette possession *sui generis*, n'est pas sa *possessio ad usucapionem*, puisque les textes la réservent au débiteur. Elle n'est pas non plus, dit-on, la *possessio ad interdicta*, laquelle ne subsiste pas sans l'*animus sibi habendi*. Or, le gagiste n'a point l'*animus sibi habendi*. — Et, d'abord, il n'est point douteux que l'*animus domini* est resté au propriétaire. Qu'a-t-il été transmis au gagiste ? Rien que la détention matérielle de la chose. Il l'a et la garde,

(1) Sinon par fiction.

(1) Loi 16, Dig., *De usurp.* XL, 1, 3.

(2) Voy. de Savigny, *Possession*, traduct. Stadler, § 9, p. 102 et suiv.; Paris, 1866.

comme ferait un dépositaire ou un commodataire : que si, cependant, le débiteur veut l'expulser et reprendre son bien, il le repousse par l'exception de dol. Mais son droit, ses intentions mêmes ne vont pas au-delà. Comment soutiendrait-on, dès lors, qu'il possède au vrai sens du mot, c'est-à-dire qu'il a l'*animus sibi habendi*? Quels sont les actes que peuvent révéler chez lui l'intention de s'appliquer personnellement les bénéfices de la possession? Il a la main sur la chose, il la conserve et rien de plus. Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, que le gagiste n'est pas le maître de la chose engagée, qu'il doit la vendre pour se payer, mais qu'en aucune manière, il ne la saurait garder par devers lui. Le droit de vente lui-même n'est pas absolu puisque le paiement de la dette en empêche l'exercice. Enfin, aux yeux des jurisconsultes romains, le créancier gagiste qui vendait la chose engagée n'était qu'un intermédiaire, le mandataire du débiteur.

Les partisans du système contraire, notamment M. Machelard, *dans ses textes choisis sur la possession* (1), paraissent considérer le droit de vente comme impliquant l'*animus sibi habendi* ou *possidendi*. Mais il fut un temps où un créancier gagiste pouvait posséder la chose engagée, et, le cas échéant, exercer les interdits possessoires, sans cependant avoir le droit de vente. Quel était à cette époque le caractère de la possession du créancier

(1) Paris, 1856.

gagiste ? Le même que par la suite. Il n'est mentionné nulle part que le jour où l'on fit du droit de vente un droit essentiel du gagiste, la possession de ce dernier ait changé de caractère.

Qu'est-ce donc, disent les partisans de la possession dérivée, que cet *animus sibi habendi* dont on parle et qui ne se manifeste pas extérieurement ? Qui, d'ailleurs, ne saurait se manifester, puisque dès le principe, les jurisconsultes ont considéré le gagiste comme possédant pour le compte du débiteur auquel ils ont toujours laissé la *possessio ad usucapionem* : or, on le sait, il ne saurait y avoir *possessio ad usucapionem*, que si le pouvoir physique sur la chose subsiste, et s'il est exercé par le possesseur lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers. Le gagiste possède donc *nomine alieno*, pour le compte du débiteur. Que s'il exerce les interdits possessoires, c'est au lieu et place du propriétaire, qui est demeuré le véritable possesseur.

Donc, en résumé, la possession du gagiste serait une possession dérivée (1), qu'il tiendrait du constituant, et qu'il exercerait dans son intérêt. Il y aurait en quelque sorte délégation du *jus possessionis* : en ce qui touche plus particulièrement l'exercice des interdits possessoires, on supposerait que le débiteur, avec la détention de la chose, donnerait au gagiste les moyens de défendre sa pos-

(1) Voy., en ce sens, les auteurs cités par de Vangerow, ***Manuel de Pandectes***, 7e édition, I, § 200, p. 553 et suiv.

session tant contre ses propres attaques que contre celles des tiers.

Et c'est en ceci que le système de la possession dérivée que je viens de développer est surtout attaquable. Jusqu'à un certain point, on peut expliquer l'exercice des interdits possessoires conféré au gagiste, même alors qu'on lui refuse le titre de détenteur *pro suo*. On peut soutenir qu'il agit comme le représentant du débiteur lorsqu'il se défend contre les tiers. Mais que dire lorsqu'il repousse (1) les entreprises du débiteur lui-même ? Tout le monde est d'accord, en effet, sur ce point que le gagiste n'a pas seulement l'exception de dol pour se défendre, s'il est attaqué par le propriétaire. Il peut le repousser aussi au moyen des interdits possessoires. Il a donc l'exercice de ces interdits par la vertu d'un droit propre.

Et, en effet, si l'*animus domini* reste au débiteur, le gagiste a, de son côté, l'*animus sibi habendi* ou *possidendi* nécessaire pour la *possessio ad interdicta*. Sans doute, il ne faut point trouver la preuve de cet *animus* dans le droit de vendre la chose engagée, droit éventuel, et qui, d'ailleurs, ainsi que le démontrent les textes cités (2) déjà, n'a point son principe dans le droit de gage. Mais sans aller aussi loin que M. Machelard, dans ses textes choisis sur la possession, sans prêter au gagiste une

(1) Loi 6, 4, *De prec.*, XLIII, 26.
(2) Gaius, II, 64, et fr. 4, Dig. XIII, 7.

sorte d'*animus domini* que les textes lui refusent (Loi 13, § 1, *de public. act.* ; loi 22, *de non act.*), on peut dire, cependant, qu'il possède en vertu d'un droit propre puisqu'il possède en vertu du contrat de *pignus*, et qu'il possède pour son compte puisqu'il est devenu possesseur précisément afin de pouvoir opposer cette possession à son débiteur, afin de l'en priver, et ce faisant, garantir le paiement de sa créance (1).

Enfin, les textes ne parlent nulle part de possession *dérivée :* on possède ou on ne possède point ; parfois à la vérité, un tiers détient pour le compte du véritable possesseur, mais dans cette hypothèse il n'a jamais l'exercice des interdits possessoires.

Qu'opposeraient à ces idées simples, si nettes, les partisans de la possession *dérivée ?* qu'il devient dans ce système impossible d'expliquer comment le débiteur conserve la possession *ad usucapionem*? Mais n'est-il pas aussi impossible dans le système opposé de dire par quelle raison le gagiste a l'exercice des interdits possessoires à l'encontre du propriétaire lui-même?

En résumé : le gagiste possède *pro suo ;* il a l'*animus sibi possidendi*, et par suite la *possessio ad interdicta*. Le débiteur conserve l'*animus domini* et la *possessio ad usucapionem*.

(1) Voy. Machelard, *Des interdits*, p. 165 et suiv. ; Paris, 1864.

§ 2.

DES DROITS QUI DÉCOULENT DE LA POSSESSION.

Le gagiste a l'exercice des interdits (1) *retinendæ vel recuperandæ possessionis*. Il n'y a rien d'innové à son endroit en ce qui touche l'exercice de ces interdits, dont l'objet est de le défendre plus particulièrement contre l'usurpation des tiers qui tendraient à le troubler ou à le déposseder.

A l'encontre du propriétaire (2), il a le droit de retention, c'est-à-dire, l'exception de dol : le débiteur, en effet, conservait avec son droit de propriété l'exercice de l'action en revendication : et il eût pu troubler la possession du gagiste d'après les principes du *Jus civile*. Sans toucher directement à ce droit que consacrait la rigueur des principes, le prêteur en paralysa les effets par le moyen d'une exception. Le défendeur repoussait le demandeur en lui disant : vous commettriez un dol si vous usiez de votre droit.

Or, le droit d'action d'une part n'en subsistait pas moins, en principe : il demeurait transmis-

(1) Loi 16, Dig., XLI, 3, loi 6, § 4, Dig. XLIII, 26.
(2) Loi 8, pr. Dig. XIII, 7, loi 1, pr. XX, 1.

sible à toutes personnes, tandis que l'exception qui était la conséquence d'un rapport particulier entre deux individus demeurait, en général, personnelle.

Tels furent les traits caractéristiques du droit de gage antérieurement à l'institution de l'hypothèque : le créancier reçoit une chose pour sûreté de sa créance. Il en conserve la possession jusqu'au paiement. Il défend cette possession au moyen des interdits possessoires et de l'exception de dol.

DEUXIÈME PARTIE.

DE L'HYPOTHÈQUE. — NATURE ET CARACTÈRES ESSENTIELS DU DROIT D'HYPOTHÈQUE.

Le droit de gage, tel qu'il avait été organisé par le prêteur, présentait encore de graves inconvénients : le constituant demeurait privé de la possession de la chose engagée jusqu'au paiement de la créance ; à la vérité, on pouvait recourir au bail ou au précaire, mais ce dernier moyen n'était qu'un palliatif insuffisant, le créancier était toujours le maître de rentrer en possession. Enfin, on ne pouvait affecter la même chose à la garantie de deux créances différentes, bien que, d'ailleurs, la

valeur du gage dépassât le montant de la créance qu'il garantissait dès le principe.

Le premier, le préteur Servius, se préoccupe, dans un cas spécial, de rendre possible l'affectation de certains objets à la garantie de créances, tout en en laissant la possession au débiteur. Il donne au bailleur d'un fond rural un droit de gage sur les meubles du colon affectés par convention à la sûreté des fermages (1). Le colon demeurera en possession de ces objets qui sont les instruments de son industrie, et pour que, dans ces conditions, le droit du bailleur ne soit pas illusoire, on institue à son profit une action réelle sans doute pour suppléer à l'impossibilité où se trouve ce gagiste d'une espèce particulière d'invoquer le droit de rétention.

Dans la suite, cette exception fut généralisée (2), et on admit qu'une simple convention pourrait affecter une chose à la garantie d'une créance.

Il n'est plus nécessaire de recourir au contrat de *pignus*, le débiteur conserve la possession de la chose. A l'échéance seulement, le créancier agit par l'action *quasi servienne* pour posséder à son tour.

Ainsi fut établi le droit d'hypothèque. Or, comme

(1) *Instit.* Just., IV, 6, 7.

(2) M. Demangeat pense, d'après Bachofen, que l'hypothèque ne fut admise, à Rome, que sous l'empire ; mais puisque les Romains employaient ce droit en Grèce et en Asie, les gouverneurs devaient l'avoir réglé dans l'édit provincial, et le préteur urbain l'admit à Rome dès le temps de Cicéron (*Ep. Ad famil.*, 13, 56.)

l'ancien *pignus* présentait des caractères analogues à ceux de cette combinaison nouvelle : comme il avait ainsi que l'hypothèque pour objet essentiel de servir à la sûreté d'une créance, on lui attacha une action réelle, l'action hypothécaire (1). Comme le pacte d'hypothèque, le contrat de *pignus* devint générateur de droits réels, ainsi que j'essaierai de l'établir ailleurs.

C'est alors que Marcien peut dire avec une certaine vérité : *inter pignus et hypothecam sonus tantum differt.* Néanmoins il existe des différences à d'autres points de vue. Ainsi, le *pignus* ne peut s'établir que sur les biens présents, et ne peut être concédé à plusieurs successivement ; il peut donner lieu à l'action réelle avant l'échéance de la dette, etc. (V. Demangeat, II, p. 533 et suiv.).

L'action quasi servienne (2) ou hypothécaire est une action *in rem ;* comme l'action en revendication elle est rédigée contre le détenteur de la chose, quel qu'il soit. Elle est *in factum* : ce n'est point une question de droit qui est posée dans l'*intentio.*

(1) C. 18, Cod. VIII, 14.

(2) Voici la formule restituée par Rüdorff, *Hist. du Droit,* II, § 50, p. 171, Berlin, 1859. *Si paret hominem propter pecuniam mutuam ab eo cujus in bonis tùm fuit pignori hypothecæve datum neque eam pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse, neque per eum stetit quominus solveretur, satisve fieret, nisi arbitratu tuo aut rem restituat aut pecuniam solvat, quanti ea res erit Judex condemna.* (Voy. fr. 15, § 1, Dig. 20, 1 ; fr. 15, Dig. 12, 6 ; C. 5, Cod. 8, 16.) — Voy. une autre formule sur M. Demangeat, II, p. 555.

Elle est arbitraire : le juge ne condamnera le défendeur que s'il ne donne pas la satisfaction déterminée par l'*arbitrium*.

Considérée au point de vue de son objet, l'action hypothécaire ne tend à rien plus qu'à procurer au créancier la possession de la chose (1), par conséquent à le placer dans la position d'un gagiste ordinaire, s'il n'est que créancier hypothécaire, et, s'il tient son droit d'un contrat de *pignus*, à lui rendre la possession perdue (2).

Ainsi protégé par une action réelle, le droit d'hypothèque fut un véritable droit réel, et, comme tel, entraînant droit de préférence et droit de suite.

Ainsi que j'ai essayé de l'établir ailleurs, avant l'institution de l'action hypothécaire, il n'y avait pas concours entre le gagiste et les créanciers ordinaires, et dès lors, s'il les excluait, ce n'était pas en vertu d'un véritable droit de préférence à exercer contre la masse. Jusqu'à la vente, il gardait la possession et repoussait au moyen d'une exception ou des interdits (3) toutes les tentatives du débiteur ou des créanciers pour l'évincer. Il vendait en vertu d'un mandat exprès ou tacite, et dès la vente, se payait par ses mains, sans qu'il fût possible aux créanciers d'intervenir en aucune façon pour faire rentrer dans la masse le prix du gage.

(1) Loi 16, § 5, XX, 1. Loi 66, XX, 2, Dig.
(2) Loi 28, pr. Dig., XIII, 7.
(3) Loi 12, Dig. XX, 4. Loi 16, Dig., XLI, 3.

Mais le jour où il fut possible d'hypothéquer la même chose à plusieurs créanciers, ou d'hypothéquer un objet déjà engagé, on put concevoir le concours des divers créanciers hypothécaires, sur le prix de la chose : alors, la priorité des uns sur les autres fut l'effet d'un droit de préférence. Il est à remarquer qu'en Droit romain, le droit de suite est, en général (1), on peut le dire, la conséquence du droit de préférence, ou pour parler plus exactement si chaque créancier hypothécaire a l'investiture du droit de suite par un effet de sa qualité, le créancier hypothécaire le premier en date, c'est-à-dire celui qui doit être préféré sur le prix de la chose, en a seul l'exercice : le créancier dont l'hypothèque est la première en date peut seul agir par le moyen de l'action quasi servienne. Les créanciers hypothécaires postérieurs n'ont que le *jus offerendæ pecuniæ*, c'est-à-dire de se substituer à celui-ci, dans l'exercice de son droit exclusif en le désintéressant.

D'après un système moderne (2) et d'origine

(1) En général, car les *privilegia inter personales actiones* n'ont pas de droit de suite.

(2) Système produit en 1833 par Büchel, et adopté depuis par Mulhenbruch, Sintenis, Warnkonig, etc. Mais il a été combattu énergiquement par Puchta, Keller, Bachofen, etc. De Vangerow lui-même, dans la 7e édition de son *Manuel de Pandectes*, § 363, p. 797 et suiv., admet que l'hypothèque est un *droit réel accessoire* d'une créance : « Il faut se garder, dit-il, de conclure de ce caractère accessoire du droit de gage, qu'il existe un véritable rapport d'obligation entre le créancier gagiste et la chose ; de même qu'une chose grevée de servitude est dite *serviens* sans être *ancilla*, il est évident que la *res obligata* n'est pas réellement *debitrix* ! »

allemande, le droit d'hypothèque ne serait point un véritable droit réel, mais un droit d'obligation sur la chose engagée ou hypothéquée, que l'on considère dès lors comme débitrice.

Cette doctrine se fonde, en premier lieu, sur le langage des jurisconsultes romains, qui appellent *obligatio pignoris* le droit de gage (Liv. 2, *Inst.*, tit. 8, § 20). Le créancier hypothécaire ou gagiste n'a pas un droit propre, indépendant : il est le mandataire de son débiteur (*Inst.*, liv. 1, tit. 8, § 1). D'autre part, la constitution d'hypothèque est considérée non point comme une aliénation de la chose ou d'une portion de la chose, mais comme un engagement, une obligation de la chose. Les textes disent : *obligare rem* et non pas *alienare rem* (*Inst.*, liv. 2, tit. 8, *princip.*, et loi 1, § 2, liv. 27, tit. 9, D.). De plus, un époux peut renoncer sans compensation à son hypothèque sur le fonds de son conjoint : si les jurisconsultes avaient vu dans cette opération l'abandon d'un droit réel, c'est-à-dire une aliénation, ils l'auraient prohibée. On sait en effet que les aliénations à titre gratuit sont rigoureusement prohibées entre époux. Enfin, l'hypothèque n'est point un *jus in re* : elle n'est point un démembrement de la propriété, car elle n'a qu'un objet, garantir le paiement d'une créance. Elle n'a point une existence permanente, et un tiers peut l'anéantir en payant la dette principale.

Ce système est contredit par deux textes de Gaius (Loi 19, liv. 39, tit. 2, D., et *Inst.*, liv. 4, § 3).

Dans le premier, Gaius assimile le droit du créancier hypothécaire à celui de l'usufruitier ou du superficiaire. Dans le paragraphe 3 de son Commentaire quatrième, il définit l'action réelle : toute action par laquelle on se prétend propriétaire ou investi d'un droit réel. L'action hypothécaire est une action réelle : si le créancier n'avait qu'une action fondée sur une obligation, il n'aurait qu'une action personnelle.

D'ailleurs l'hypothèque entraîne les droits de suite et de préférence qui sont les attributs des droits réels.

Enfin, si l'on admettait le système que je combats, il faudrait décider aussi que le tiers détenteur sera *principalement* tenu de payer la créance et accessoirement de délaisser pour éviter la saisie : or, il n'en est rien. Le tiers détenteur qui n'est pas en même temps spécialement et personnellement obligé, n'est tenu que de délaisser. En vain Zimmern a-t-il prétendu que le créancier n'était que le représentant du constituant. De Vangerow répond, avec raison, que le créancier a des droits que n'aurait pas le propriétaire, par exemple l'action réelle contre les successeurs du débiteur, et même contre lui l'interdit Salvien. En outre, le droit d'aliéner, qui est devenu de l'essence de l'hypothèque, n'est plus un simple mandat *alienandi* (Loi 18, ff. 3, *de pign. et hyp.*).

En ce qui touche les arguments tirés de la terminologie du droit romain, qui appelle l'hypothèque

obligatio rei, on peut répondre que cette expression est une simple métaphore, et non pas une manifestation doctrinale. D'ailleurs il n'est pas possible d'expliquer autrement l'emploi de ces termes, qui, pris dans leur sens littéral, sont absolument inexacts. Une chose en effet ne saurait être le sujet passif d'une obligation, l'obligation étant par nature un rapport de droit entre deux personnes. D'ailleurs s'il est vrai que les jurisconsultes désignent parfois l'hypothèque par ces mots : *obligatio rei*, nos adversaires ne sauraient soutenir que l'expression *alienare* ne s'applique jamais à la constitution du gage ou de l'hypothèque (V. Const. 7, Cod. liv. IV, tit. 51). Le droit d'hypothèque est donc un droit réel.

Il est *accessoire*, c'est-à-dire qu'il suppose l'existence d'une obligation antérieure qu'il est destiné à garantir (1). Mais il n'est point nécessaire que cette obligation soit civile : elle peut être *naturelle* (Loi 5, *pr.*; loi 14, § 1, liv. 20, tit. 1, D. *de pign. et hyp.*). Encore cependant faut-il que cette obligation naturelle subsiste : si elle est illicite, contraire aux bonnes mœurs, l'hypothèque est inexistante.

Toutefois, les obligations futures à terme ou conditionnelles peuvent servir de base à des constitu-

(1) C'est ce qui explique comment ce droit peut être éteint par quiconque paie la dette ; mais il y a erreur à en induire la négation du droit réel.

tions d'hypothèques (Loi 5, D. *de pign. et hyp.*).

L'extinction de l'obligation principale n'entraîne point toujours nécessairement celle de l'hypothèque (1). Si donc, dans le principe, et au moment de sa naissance, il est rigoureusement exact de qualifier le droit d'hypothèque d'accessoire, cette expression cesse d'être absolument juste par la suite. Jusqu'à un certain point, l'hypothèque a une existence distincte de celle de la créance principale : *Suas conditiones habet hypothecaria actio : id est si soluta est pecunia, aut satisfactum est : quibus cessantibus tenet.* (Loi 13, § 4, *de pign. et hyp.*). Ainsi donc, il ne suffit pas que la dette principale disparaisse, qu'elle soit éteinte d'après les principes du droit civil. L'hypothèque subsiste jusqu'à ce que le créancier ait été payé ou ait été désintéressé en quelque manière.

Du reste, il est à remarquer que si le préteur n'eût admis ce principe d'équité, l'hypothèque fût demeurée inefficace dans un très grand nombre d'hypothèses. Et d'abord, toute créance *deducta in judicium* était éteinte par la délivrance de la formule (*Litis contestatio*). Il y avait quasi-novation judiciaire. L'obligation nouvelle substituée à la première, disparaissait elle-même par la suite, et était remplacée par une autre, après la condamnation. Si donc la jurisprudence n'eût dérogé aux principes

(1) Dig. XX, 6 ; voy. Machelard, *Textes*, p. 157 et suiv. ; de Vangerow, I, §, 392.

rigoureux du droit civil, le créancier n'aurait pu attaquer judiciairement son débiteur par la voie de l'action personnelle, sans perdre la garantie de l'hypothèque : or, il n'en est pas ainsi (1).

Ce qui vient d'être dit au cas de novation judiciaire, ne subsistait pas dans l'hypothèse de novation conventionnelle. Les jurisconsultes voyaient dans cette opération une sorte de dation en paiement. Le créancier, en effet, acceptait de son plein gré une créance au lieu et place de l'obligation antérieure : c'était à lui de songer à se pourvoir de sûretés nouvelles (Loi 18, *de Novat.* D.).

De même qu'au cas de quasi-novation judiciaire, toutes les fois que le créancier perdait, d'après les principes du droit civil, le droit d'agir directement contre son débiteur, l'hypothèque n'était pas éteinte, s'il subsistait encore une obligation naturelle (2) (Loi 14, § 1, *de pig. et hyp.*). C'est ainsi que la *minima capitis deminutio*, tout en libérant le débiteur de ses obligations aux yeux du droit civil, ne suffisait pas pour éteindre les hypothèques qui grevaient ses biens, et sans qu'il fût besoin pour le créancier de demander au prêteur une *restitutio*. Dans le cas où le demandeur était repoussé pour *plus petitio*, il conservait ses hypothèques, bien que l'obligation civile disparût. Enfin, en thèse générale, dans toutes les hypothèses où, par suite d'er-

(1) Voy. fr. 18 et 29, Dig. 46, 2, *De novat.*

(2) Voy. Machelard, *Obligat. nat.*, p. 325, 374 et 423.

reur ou de négligence dans la procédure, le créancier perdait son action, et en usait sans qu'elle aboutît, il en était de même.

Le droit d'hypothèque est indivisible (1). Si donc la chose hypothéquée vient à être morcelée entre plusieurs propriétaires, chaque parcelle répond toujours de la totalité de la dette. D'autre part, l'hypothèque subsiste sur la totalité du bien hypothéqué, malgré des paiements partiels, tant que la dette n'est pas intégralement payée. C'est par application de ce principe que, dans l'hypothèse où l'un des héritiers d'un débiteur vient à payer sa part héréditaire de la dette, l'hypothèque persiste cependant sur la totalité du fonds hypothéqué (Loi 8, § 2, *de pign. act.* D.).

Au cas inverse, c'est-à-dire dans l'hypothèse où c'est le créancier qui meurt laissant plusieurs héritiers, en est-il de même? et la chose hypothéquée demeure-t-elle affectée pour le tout au paiement de chacun des héritiers? On n'en saurait douter; la loi 1, C. *Si unus ex plur. hered.* l'affirme. Après la mort du créancier, sa créance se divise entre les divers héritiers qu'il laisse après lui; mais l'hypothèque subsiste pour le tout au profit de chacun d'eux.

Du reste, en fait, la chose donnée en gage ou hypothéquée, lorsque par le moyen de l'action hypo-

(1) Voy. de Vangerow, I, § 365; Demangeat, *Cours élém.*, II, p. 534; Machelard, *Textes*, p, 145 et suiv.

thécaire elle se trouve aux mains des héritiers du créancier, doit entrer dans le partage (Loi 29, *fam. ercisc.*). Mais comme on ne saurait procéder à un partage en nature, on a recours à une adjudication. Cette adjudication n'aboutit pas à l'acquisition de la chose, mais seulement du droit de *pignus* (Loi 7, § 12, *Com. Divid.* D.). En conséquence, le débiteur demeure libre d'éteindre la dette et de reprendre la chose après avoir indemnisé l'adjudicataire.

Ulpien semble repousser, du moins en ce qu'il a d'absolu, le principe que j'émettais plus haut (L. 11, § 4, *de pign. act.* D.). Dans l'hypothèse où l'un des héritiers d'un créancier hypothécaire a été désintéressé par le débiteur, il n'accorde que conditionnellement aux autres cohéritiers le droit de faire vendre tout l'immeuble hypothéqué : *oblato debitori eo quod coheredi eorum solvit.* M. Demangeat explique cette décision d'Ulpien, en supposant qu'elle « se réfère à l'ancien système de » l'aliénation avec fiducie : l'héritier *Secundus* » n'est propriétaire que de la moitié du fonds et » alors, dans la rigueur des principes, il ne pourrait » vendre que cette moitié qui lui appartient, mais » on vient à son secours en lui disant : « Il vous » est permis de vendre le fonds tout entier à » charge de rembourser d'abord au débiteur ce » qu'il a payé à votre cohéritier (1). »

C'est à tort qu'on a accusé Justinien d'avoir

(1) Demangeat, *Cours élémentaire.*

méconnu le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, en décidant que l'action hypothécaire ne pourrait être exercée à l'encontre des cohéritiers d'un testateur que pour la part dont chacun d'eux était personnellement tenu à l'acquittement des legs.

Sans doute lorsqu'une créance a subsisté sur la tête d'un débiteur, qu'une hypothèque a été constituée pour en garantir le paiement, et que, par la mort de ce débiteur, elle est passée à ses héritiers, la division de l'action personnelle entre les cohéritiers n'entraîne pas la division de l'hypothèque, et cela parce que l'hypothèque est indivisible. Mais l'hypothèse est bien autre, lorsqu'il s'agit de la sûreté particulière accordée aux légataires. L'obligation de payer les legs, naît dans la personne de chaque héritier, à raison de sa qualité. Chacun d'eux est tenu de payer les legs pour sa part : l'hypothèque ne naît qu'avec la créance qu'elle garantit ; dans tous les cas elle ne saurait être plus étendue qu'elle.

L'indivisibilité de l'hypothèque est de la nature et non de l'essence de ce droit. Les parties peuvent donc convenir que les paiements partiels opérés par le débiteur éteindront l'hypothèque dans la même proportion que la dette (Loi 8, § 3, *quib. mod. pign.*).

TROISIÈME PARTIE.

DES SOURCES DE L'HYPOTHÈQUE.

Considéré au point de vue de ces sources, le droit d'hypothèque est volontaire ou nécessaire.

Volontaire, s'il naît par un effet de la volonté de celui sur le bien de qui il est établi : dans cette hypothèse, il est conventionnel au testamentaire.

Nécessaire, s'il résulte d'une disposition légale (*tacitum pignus, tacita hypotheca*) ou d'un ordre du magistrat (*missiones in bona*; *pignoris capio*).

CHAPITRE PREMIER.

DE L'HYPOTHÈQUE VOLONTAIRE.

I.

HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE.

L'hypothèque résulte d'une simple convention. Le pacte d'hypothèque appartient à la catégorie des *pacta prætoria*, pactes auxquels le préteur avait

attaché une action. A ce point de vue, il se rapproche du pacte *de constitut.*, qui, comme lui, suppose d'ailleurs l'existence d'une obligation antérieure.

Le pacte d'hypothèque présente ceci de particulier : qu'il donne naissance à un droit réel, qui se trouve ainsi constitué en dehors de toute formalité, *nuda voluntate*, par la simple convention des parties (1).

C'était une anomalie : du reste, les Romains ne se préoccupèrent pas des dangers que devait présenter ce mode de constitution si absolument dégagé des formes et des solennités qui présidaient en général aux transmissions de propriété et que l'on pouvait considérer comme des modes de publicité. Ils crurent avoir assez fait en punissant sévèrement comme stellionataire le débiteur qui hypothéquait un bien déjà affecté à la garantie d'une première dette, sans avertir son créancier.

Le premier, l'empereur Léon, donna l'avantage aux hypothèques revêtues de certains caractères d'authenticité et par conséquent de publicité sur les hypothèques purement conventionnelles (Loi 11, C. *qui pot.*, liv. 8, tit. 18).

(1) Fr. 4, Dig. *De pignor.* XX, I.

SECTION PREMIÈRE.

QUI PEUT HYPOTHÉQUER.

Le droit d'hypothèque conventionnel peut être constitué par quiconque a la libre disposition de la chose, du moins sous ce rapport (1).

Le propriétaire, et j'entends parler de celui qui a l'*in bonis* aussi bien que du *dominus ex jure quiritium*, le copropriétaire pour sa part, l'emphytéote, le superficiaire, l'usufruitier, le créancier gagiste, le fils de famille et l'esclave relativement à leur pécule, peuvent constituer des droits d'hypothèque (2).

En résumé, il faut avoir sur la chose que l'on prétend hypothéquer un droit réel, puisque l'on tend à établir un droit de cette nature. Du reste, ni l'usufruitier, ni le créancier gagiste, ni l'emphytéote, ni le superficiaire n'hypothèquent, à proprement parler, la chose sur laquelle porte leur droit, mais bien ce droit lui-même.

(1) Loi 8, C. VIII, 16, *Nexum non facit prædiorum nisi personæ quæ jure potuit obligare.*

(2) Loi 18 et 21, § 1, XX, I. — Loi 1, pr. Dig. XX, 3. — Loi 6, § 8 et 9, X, 3. — Loi 1, ff. I, XX, 3.

Le droit réel constitué sera soumis aux mêmes vicissitudes que le droit originaire (1).

J'ai dit qu'il n'était point nécessaire que le constituant fût propriétaire *ex jure quiritium* : il suffit qu'il ait l'*in bonis*, le droit réel d'hypothèque étant d'origine prétorienne, c'était assez que le débiteur eût la propriété prétorienne.

De ce qui précède, il résulte *à priori* que la constitution d'un droit de gage sur la chose d'autrui était inutile, à moins que le propriétaire n'y consentît (2).

D'ailleurs il devenait impossible, en ce cas, de mettre en mouvement l'action hypothécaire. L'action *quasi Servienne* était, c'est vrai, conçue *in factum;* l'*intentio* posait une question de fait : Y a-t-il eu pacte d'hypothèque? Mais il fallait prouver, en outre, que la chose hypothéquée était la propriété du débiteur au moment où était intervenu le pacte d'hypothèque (loi 23, *de probat.*). Ainsi seulement on prouvait la validité de la constitution du droit réel.

Ceci ne veut point dire, du reste, que le pacte d'hypothèque fût radicalement nul lorsque le constituant n'était pas propriétaire. La ratification ultérieure du propriétaire de la chose pouvait couvrir

(1) Loi 16, § 2, XIII, 7. — Loi 15, Dig. XX, 4. — Loi 40, § 2, *De pign. act.* XIII, 7. (Voy. Büchel, p. 122, Sintenis p. 134.

(2) Loi 2, XIII, 7.

cette nullité (1) dont on pouvait dire, du moins dans la plupart des cas, que ses effets se résumaient en ceci : il n'y avait pas constitution de droit réel opposable au propriétaire de la chose (2). C'est ainsi que si le débiteur avait hypothéqué une chose dont il n'était pas propriétaire, mais qu'il avait l'espoir d'acquérir, parce qu'il en était créancier, par exemple, la constitution était efficace (loi 1, *pr. de pign. et hyp.*). De même encore si le débiteur était dans l'intention d'acquérir la chose qu'il hypothéquait, il pouvait hypothéquer une chose qui ne lui appartenait pas. Enfin on admettait en principe la validité de constitutions d'hypothèques faites pour valoir dans l'éventualité où le constituant deviendrait propriétaire. « *Aliena res utiliter potest obligari sub conditione si debitoris facta fuerit.* » (Loi 16, § 7, *de pign. et hyp.*).

Dans les deux premiers cas, qui viennent d'être cités, cette circonstance que le constituant n'était pas propriétaire n'avait d'autre conséquence que celle-ci : au lieu d'accorder au créancier l'action hypothécaire, qui n'eût point abouti entre ses mains, par la raison qu'il n'aurait pu établir la qualité de propriétaire chez le débiteur au moment du pacte, on lui donnait une action utile (3).

(1) Loi 20, pr. XIII, 7, Dig. — Loi 2, VIII, 16. — Loi 7, C. VIII, 16, — Loi 5, § 2, Dig., *In quib. caus. pign. tac.* XX, 2.
(2) Loi 16, § 7, XX, 1.
(3) Loi 41, Dig. XIII, 7. — Loi 5, ch. VIII, 16.

Dans l'hypothèse où l'hypothèque n'était constituée que conditionnellement, son existence était subordonnée à l'acquisition de la chose par le débiteur; et cette condition ne modifiait en rien la situation des parties.

Ainsi donc, en principe, on peut dire, que l'hypothèque de la chose d'autrui n'est absolument inefficace que si le constituant ne devient pas propriétaire, si, *ex post facto*, il acquiert cette qualité, on accordera au concessionnaire, non pas l'action *quasi servienne* elle-même, mais une action utile (1).

Cependant M. Machelard, dans ses *Textes choisis sur la possession et les hypothèques*, page 114, soutient qu'en dehors des hypothèses spéciales dont j'ai parlé, il y avait lieu de se demander si le créancier était de bonne foi, c'est-à-dire, s'il avait cru le débiteur propriétaire lors de la constitution de l'hypothèque. Dans ce cas, seulement, on pourrait lui accorder l'action utile (2). Telle serait d'après M. Machelard, la doctrine de Papinien (Loi 1, *pr.*

(1) Loi 16, § 7, XX, 1. — Loi, 3, § 1, *Qui pot. in pugn.*

(2) En ce sens, Muhlembruck, *Doctrina pandect.*, p. 298; Meyer, p. 248 et 256. Dans *Archiv.*, f. d. *civil*, *Prax.*, t. IX. Meyer et Muhlembruck soutiennent que l'*utilis actio* dont nous nous occupons appartient au créancier pendant le temps seulement qu'elle demeure entre les mains du débiteur. Ils se fondent sur la loi 9, § 3, XX, 4. Mais le texte dont il s'agit ne peut être interprété qu'en un sens : il décide que la condition dont l'accomplissement n'est possible que par la volonté du constituant ne rétroagit pas en sens contraire la majorité des auteurs allemands, de l'aveu de Muhlembruck lui-même.

de pign. et hyp.). « Cette doctrine, dit l'éminent » romaniste trouva de l'écho..... à la vérité les » textes se taisent sur la condition de bonne foi » de la part du créancier, que semble exiger Papi- » nien. Faut-il la sous-entendre ou admettre que » le relâchement de la doctrine est allé jusqu'à » mettre sur la même ligne les créanciers de bonne » ou de mauvaise foi? » Ainsi M. Machelard reconnait lui-même que les textes ne reproduisent pas la doctrine developpée, suivant lui, par Papinien, dans la loi 1, *de pign. et hyp.* On peut d'ailleurs contester l'interprétation qu'il donne de cette décision.

Papinien suppose qu'un créancier a reçu une hypothèque sur une chose, qu'il savait ne pas appartenir à son débiteur. Si ce créancier de mauvaise foi possède, dit Papinien, il a l'exception de dol. S'il ne possède pas, a-t-il sinon l'action hypothécaire du moins l'action utile? *Difficilius dabitur :* il ne dit point qu'on la lui refusera; il ne dit pas non plus qu'en certain cas on pourra la lui refuser; seulement le jurisconsulte, par la pensée oppose, on peut le supposer du moins, la situation du créancier de bonne foi à celle du créancier de mauvaise foi. Le premier comptait avoir acquis l'exercice de l'action hypothécaire, puisqu'il croyait son débiteur propriétaire au moment de la convention. Il est dans de bonnes conditions pour demander l'action utile. L'autre connaissait la situation de son débiteur, il savait qu'il n'était point propriétaire; Papinien lui accorde une action utile, parce qu'on

conçoit très bien que s'il a accepté une hypothèque sur la chose d'autrui, c'est sans doute qu'il n'en pouvait acquérir d'autre, qu'en fait c'est l'acte le plus innocent du monde ; seulement on la lui donne *difficilius :* ce qui signifie, je crois, qu'il est moins facile d'expliquer l'obtention de cette action utile, au cas de mauvaise foi chez le créancier, que dans l'hypothèse contraire, et rien de plus.

Ainsi en thèse générale, la constitution d'hypothèque faite sur une chose dont le constituant n'avait point la propriété est inefficace à l'encontre du véritable propriétaire. Que si le constituant *ex post facto* devient propriétaire, l'hypothèque vaut, et le concessionnaire a une action utile à défaut de l'action *quasi servienne* elle-même.

A l'inverse, si la personnalité du constituant vient se confondre avec celle du propriétaire de la chose hypothéquée (ce qui arrivera dans l'hypothèse où le débiteur meurt, laissant pour héritier le propriétaire du fonds qu'il avait grevé d'hypothèque), l'hypothèque vaut-elle? Paul (Loi 41, *de pign. et hyp.*) résout la question dans le sens de la négative, et l'on en peut aisément déduire les raisons. L'héritier est sans doute tenu des obligations contractées par son auteur; mais l'adition d'hérédité est impuissante à donner naissance par elle-même à un droit réel. Il n'est point possible de concevoir une constitution d'hypothèque, c'est-à-dire le démembrement de la propriété, survenue sans la volonté du propriétaire.

Sans doute, les qualités de propriétaire et de débiteur constituant se trouvent réunies sur une même tête, en cette hypothèse, comme en celle que j'examinerai plus haut : cependant la situation n'est plus la même. Dans le cas inverse, le débiteur a entendu constituer un droit d'hypothèque ; s'il n'y est pas parvenu, c'est qu'il n'était pas propriétaire. Il le devient *ex post facto*, toutes les conditions requises pour la naissance du droit réel sont remplies, le droit d'hypothèque subsiste.

On oppose cependant au texte de Paul (Loi 41, *de pign. et hyp.*) une loi de Modestin (Loi 22, *de pign. et hyp.*). L'antinomie est difficile à réduire ; le texte de Modestin est formel : « Si Titia qui rem » meam, ignorante me, creditori suo pignori obliga- » verit heres exstitero : ex post facto pignus directo » non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur » creditori (1). »

Divers systèmes se sont cependant produits dans le but de concilier ces textes, en apparence contradictoires.

D'après Favre, s'il y a divergence dans les décisions, c'est que les situations ne sont pas les mêmes. Paul s'occuperait d'un héritier qui aurait refusé de laisser hypothéquer sa chose (*sine voluntate mea*, et d'après les *Basiliques contra voluntatem*

(1) Consulter Gluck, XIV, p. 32. — Smallenburg, *Ad Leg.* 41. — Gesterd, p. 80. — Mayer, p. 260. — *Puchta in Ephem. jur.*, t. V, p. 296. — Büchel, l. 1, p. 15, *in not.*, et Sintenis, l. 1, p. 99.

meam) Modestin parle d'un héritier qui aurait ignoré l'acte de son auteur : de là, deux solutions ; mais l'explication n'est pas admissible. A l'égard du propriétaire, il importe peu que l'on hypothèque sa chose contre sa volonté, ou sans sa volonté, elle ne peut être hypothéquée que par un effet de sa volonté.

Meyer, Buchel ont successivement donné des explications qu'on doit, ce semble, repousser parce qu'elles sont basées sur des altérations arbitraires des textes.

Cujas et Pothier ont simplement admis l'antinomie. Ils se prononcent entre les deux opinions en présence, et donnent la préférence au système de Modestin, qu'ils considèrent, en définitive, comme celui qui dut prévaloir dans la pratique : c'est, en effet, le dernier.

M. Machelard qui, dans ses textes choisis sur les hypothèques, page 123, se prononce aussi dans le même sens, ajoute que : « Les rédacteurs des Pan-
» dectes ont placé le jugement de Modestin au cœur
» même de la matière, là où il faut aller chercher
» les règles sur la validité des hypothèques. Enfin,
» ce qui nous décide, en ce sens, c'est l'analogie
» assez directe qu'on peut tirer des décisions du
» droit romain pour l'hypothèse où le défunt aurait
» vendu la chose de son héritier. Ce dernier est
» obligé de reconnaître l'aliénation tentée par son
» auteur. »

Mais M. Machelard prend soin de réfuter lui-

même la raison qu'il donne de sa préférence dans la note placée au bas de la page 123 : dans le cas ou l'auteur a vendu la chose de son héritier, il y a obligation de procurer une chose à l'acheteur, et cette obligation passe à l'héritier : le pacte d'hypothèque, au contraire, n'a d'autre effet que de faire naître un droit réel, s'il est possible. Il n'y a donc pas analogie dans les situations.

Doneau s'efforce de concilier les deux textes. D'après lui, Modestin parlerait non point d'une hypothèque, mais d'un véritable gage. Il suppose que la chose d'autrui a été engagée : il y a eu contrat de *pignus* et tradition. Le propriétaire du gage devient l'héritier de celui qui a constitué le *pignus*. Telle est l'hypothèse. *Ex post facto pignus directo non convalescit* : le contrat de *pignus* qui avait été inefficace en ce qui se rapporte, du moins, à la constitution du droit réel ne sera point ramené à effet, à ce point de vue; mais on accordera au créancier une action utile *pigneratitia*, c'est-à-dire l'action *pigneratitia contraria*. Ainsi, Modestin ne se prononce pas sur la question : Paul se préoccupait de rechercher s'il y avait lieu de donner à l'encontre de l'héritier une action hypothécaire : Modestin n'a en vue qu'une des actions personnelles résultant du contrat de *pignus*.

Il est difficile d'accueillir cette explication : ces mots *ex post facto pignus directo non convalescit* prouvent, jusqu'à l'évidence, que le jurisconsulte s'occupe non du contrat de *pignus* et des obliga-

tions qui en découlent, mais du droit réel de gage. Que si le texte parle d'une action utile *pigneratitia*, il faut regarder d'attribuer à cette expression une portée qu'elle ne saurait avoir. *Actio pigneratitia* s'entend de l'action quasi-servienne aussi bien que des actions personnelles, nées du contrat de gage. Enfin, s'il s'agissait ici de l'*actio pigneratitia contraria*, ce devrait être l'action elle-même et non une action utile qu'il faudrait accorder au créancier.

Ainsi, l'antinomie subsiste et il faudrait l'admettre comme tant d'autres. Il semble cependant qu'on doive préférer la solution de Paul ; quant à celle de Modestin, ainsi que je me suis efforcé de l'établir ailleurs, il n'est point aisé de l'expliquer, en tant du moins qu'on prétend lui reconnaître un caractère de généralité. On comprendra difficilement comment, en principe, une constitution d'hypothèque faite à *non domino* viendra grever le bien du propriétaire, en quelque sorte malgré lui, par l'effet de cette circonstance qu'il deviendra l'héritier du constituant.

Peut-être est-il permis de supposer que Modestin ne se prononçait pas ici sur un point de doctrine générale, mais sur une question spéciale, en sorte que les rédacteurs du Digeste n'auraient fait que généraliser par erreur une solution particulière.

Peut-être s'agissait-il d'une constitution d'hypothèque en quelque sorte conditionnelle : peut-être, d'après la volonté des parties, l'adition d'hérédité

devait-elle être considérée comme une ratification émanée du propriétaire, le *de cujus* subordonnant l'institution de son héritier à cette ratification. Ce qui serait au moins étrange.

Quoi qu'il en soit, on ne saurait donner ici que des explications arbitraires et en quelque sorte divinatoires, impuissantes d'ailleurs à satisfaire complètement la raison.

Il ne suffit pas d'être propriétaire pour pouvoir constituer une hypothèque : c'est ainsi que l'immeuble dotal ne saurait être hypothéqué (Inst. liv. 2, tit. 8, p.). Le pupille ne peut donner hypothèque sans l'autorisation de son tuteur. Il faut, outre la qualité de propriétaire, avoir la liberté de dispositions, ce que les textes appellent la *libera administratio* (1).

SECTION II.

QUELLES CHOSES ON PEUT HYPOTHÉQUER.

En général, toutes les choses qui sont dans le commerce peuvent servir d'objet au droit d'hypothèque : *eam rem quam quis emere non potest quia commercium ejus non est jure pignoris*

(1) Loi 38, XIII, 7.

accipere non potest. (Loi 4, § 2, *quæ res pign. vel hyp. dar.*) (1).

Il en faut exclure celles dont l'engagement est prohibé par des lois spéciales.

Le magistrat, la volonté d'un testateur, la convention des parties aussi bien que la loi peuvent, à cet égard, produire les mêmes effets.

Il semble qu'en principe les choses incorporelles ne devraient pouvoir être ni hypothéquées, ni engagées, par la raison qu'on ne saurait les posséder au vrai sens du mot et que la possession est l'élément constitutif par excellence du droit de gage, et aussi l'objet essentiel du droit d'hypothèque. Il ne serait point exact, en effet, de distinguer entre le gage et l'hypothèque : si le contrat de *pignus* est un contrat *re* qui suppose la remise de la possession au gagiste, le droit d'hypothèque, d'autre part, se résume dans l'action hypothécaire qui n'a pas d'autre objet : mettre le créancier en la possession de la chose hypothéquée.

Les créances (loi 4, C. *quæ res oblig. pign. poss.*), le droit de gage lui-même, certaines charges militaires (*militia*), le droit d'emphytéose, de superficie, d'usufruit, d'habitation, les servitudes rustiques peuvent être hypothéquées.

(Loi ult. C. *de pign.* Loi 16, § 2, *de pign. action.* Loi 11, § 2, D. *de pign.* Loi 12, *de pign. et hyp.*) Quant aux servitudes urbaines, on ne les engageait

(1) Loi 9, § 1, XX, 1.

pas : le droit du gagiste ou du créancier hypothécaire, en effet, aboutira sinon nécessairement, du moins le plus souvent à la vente, et les servitudes urbaines se prêtent mal à cet objet.

Dans la loi 15, § 8 et 9, *de re judic.* au Digeste, Ulpien dit qu'il est permis de donner des créances en gage : on en fait la *quasi* tradition par le moyen de la remise du titre.

En ces diverses hypothèses et, en général, toutes les fois que la chose hypothéquée est incorporelle, M. Pellat fait remarquer qu'aux yeux des jurisconsultes romains, c'est plutôt la chose sur laquelle portent ces divers droits que le droit lui-même qui est considéré comme l'objet du droit de gage : c'est une explication des décisions diverses autorisant l'hypothèque sur les choses incorporelles.

SECTION TROISIÈME.

DE L'ÉTENDUE DE L'HYPOTHÈQUE.

Le droit d'hypothèque est susceptible de s'appliquer à une chose spécialement, individuellement déterminée. Ainsi, le fonds Cornélien, la maison de Titius, on a un tout intellectuel, comprenant une universalité de choses d'un genre déterminé, ce que les interprètes appellent *universitas;* c'est

ainsi que je puis hypothéquer tous les immeubles, tous les chevaux, tous les esclaves de mon patrimoine, une bibliothèque, un troupeau ou un fonds de magasin (*taberna*) (1).

Dans ces conditions, on dit que l'hypothèque est spéciale.

Elle est générale dans l'hypothèse où elle porte sur l'ensemble des biens qui composent le patrimoine (2).

L'hypothèque constituée sur des choses particulières, individuellement déterminées, porte sur les fruits, dépendances et généralement sur tous les accessoires de la chose.

Le créancier hypothécaire a une action utile, confessoire de la servitude établie au profit du fonds hypothéqué ; l'alluvion, *incrementum latens*, est frappé du même titre que l'immeuble lui-même. (Loi 16, pr. *De pign. et hyp.*, D.) (3).

Peu importe, d'ailleurs, que la forme, la manière d'être du bien hypothéqué vienne à être modifiée,

(1) Loi 15, pr. ; loi 32, loi 34, Dig. XX, 1.

(2) Certains auteurs, cependant, distinguent entre le *pignus generale* et *universale* : le premier serait celui qui embrasse plusieurs espèces de choses ; le second, celui qui s'étend sur l'ensemble des biens.

(3) Loi 16, Dig. VIII, 1 ; loi 5, ch. VIII, 15. — Les fruits perçus n'appartiennent au gagiste que s'ils ont été perçus après l'action intentée, ou si perçus avant les poursuites ils subsistent encore. Dans tous les cas, ce droit n'existe que si la chose principale ne satisfait point pleinement le créancier.

l'hypothèque persiste. Ainsi, sans que l'hypothèque s'éteigne, on établira un jardin sur l'emplacement d'une maison affectée au paiement d'une dette, ou, réciproquement, on substituera une maison à un jardin. (Loi 21, *De pign., act.* — Loi 16, § 2, *De pign. et hyp.*, D.)

On s'est demandé si, dans l'hypothèse où une maison est ainsi bâtie sur le fonds hypothéqué par un possesseur de bonne foi, le créancier, lorsqu'il viendra à exercer l'action hypothécaire, sera tenu de rembourser les frais de construction.

La loi 29, § 2, *De pign. et hyp.* décide que le possesseur ne sera tenu d'abandonner la possession qu'après un remboursement préalable. — Mais ce n'est point de tous les frais faits qu'il doit lui être tenu compte, il suffit au créancier hypothécaire de lui payer la plus-value.

Africain (loi 44, § 1, *De damno infecto*, D.) décide, au contraire, que le créancier hypothécaire est obligé de payer au possesseur la totalité des impenses.

On peut expliquer l'antinomie apparente de ces solutions par la différence des situations. Ainsi, tandis que dans l'hypothèse prévue par la loi 29 il s'agit d'un possesseur ordinaire qui, en définitive, n'avait qu'à ne pas bâtir sur le sol d'autrui et pouvait, dans tous les cas, se renseigner et savoir si le fonds en question était grevé d'hypothèque, la loi 44, *De damno infecto*, au contraire, s'occupe d'un possesseur placé dans des circonstances excep-

tionnelles : Le propriétaire d'une maison *ruinosa* n'a point fourni la caution qui lui était demandée, le voisin a été envoyé en possession et a dû, dès le début, avancer les frais nécessaires à la consolidation de l'édifice ; c'est ce qu'entend le jurisconsulte, lorsqu'il parle des *impensas ad refectionem factas*.

J'ai dit que les accessoires de la chose sont frappés par l'hypothèque au même titre que la chose elle-même ; mais ce qui ne lui est uni en quelque sorte que transitoirement, demeure franc et libre. C'est ainsi que dans l'hypothèse où un fonds rustique a été hypothéqué, alors même qu'il aurait été convenu *ut quæcumque in prædia pignori data, inducta, invecta, importata, ibi nata paratave essent, pignori essent*, cependant, les choses seules et les esclaves qui y auront été introduits à demeure et non temporairement, sont frappés par l'hypothèque. (Loi 32, *De pign. et hyp.*)

De même les objets acquis en échange de la chose hypothéquée ou avec les fruits qu'elle a pu produire, ne tombent point sous le coup de l'hypothèque (1). Il faut en dire autant des nouvelles espèces, qui proviennent de la chose hypothéquée et en sont en quelque manière la représentation : elles ne se substituent point à la chose sur laquelle reposait l'hypothèque dès le principe, à moins cependant de convention particulière sur ce point. Celui à qui une forêt a été hypothéquée n'aura pas hypothèque

(1) Loi 7, § 1, XX, 4 ; loi 5, Cod. VIII, 15.

sur le vaisseau fait avec les bois qu'elle a pu fournir : *aliud*, dit ce texte, *est materia, aliud navis, et ideo nominatim in dando pignori adjiciendum esse, aït Cassius, quœque ex sylva facta natave sint* (Loi 18, § 3, *de pign. act.*).

Néanmoins, en certains cas, les textes étendent l'hypothèque établie sur les esclaves femelles à leur part.

La loi 29, § 1, *de pign. et hyp.*, déclare que dans l'hypothèse où on a hypothéqué des esclaves, l'hypothèque frappe aussi les enfants qui sont nés des *ancillæ*, si l'accouchement a eu lieu alors que le constituant était encore propriétaire des mères.

Paul, dans ses sentences (*Sent.*, liv. 2, tit. 5, § 2), se contredit lui-même, et déclare que le part des esclaves ou des animaux n'est atteint par l'hypothèque que s'il y a convention expresse. Enfin, la loi 18, § 2, du même juriconsulte, semble en opposition avec les deux décisions, contradictoires elles-mêmes, qui viennent d'être rapportées : le part de l'esclave né après la vente de la mère, est hypothéqué comme la mère elle-même.

M. Pellat donne une explication aussi ingénieuse que décisive de ces diverses solutions, qu'il justifie en les supposant appliquées à des hypothèses différentes.

En principe, l'enfant conçu et né, depuis la vente de l'esclave faite par le débiteur, n'est point hypothéqué (*Sent.*, liv. 2, tit. 5, § 2). Mais si l'enfant a été conçu alors que sa mère était encore

la propriété du débiteur, bien qu'il soit né chez le tiers acquéreur, il est considéré comme un accessoire de sa mère et hypothéqué comme elle; c'est l'hypothèse prévue par la loi 18, § 1, *de pign. act.* Enfin, il en est de même dans l'hypothèse où l'enfant est né chez le constituant (Loi 29, § 1. *De pign. et hyp.*) (1).

On ne saurait se dissimuler, à la vérité, ce que cette explication a de divinatoire; mais il semble qu'on doit l'admettre plutôt que d'accepter l'existence de trois contradictions aussi absolues dans l'œuvre du même jurisconsulte.

Ce qui vient d'être dit s'applique assurément au part des animaux.

Dans l'hypothèse où un tout intellectuel, un ensemble de choses déterminées quant à leur genre, ce que les commentateurs appellent une *universitas*, a été hypothéqué, l'hypothèque s'appliquera non seulement aux objets particuliers compris dans l'*universitas* au moment de la convention, mais encore celles qui y entreront par la suite (2).

Il n'y a d'exception à cette règle que dans le cas où l'on hypothèque une *taberna*, c'est-à-dire un fonds de magasin. L'hypothèque ne porte alors que sur les marchandises qui se trouveront dans le magasin au moment où le créancier exercera

(1) Huschke, *Stud. des Rœm. Rechts*, p. 371 et suiv.

(2) Loi 15, pr. D. XX, 1; loi 26, § 2; loi 20, § 1, XX, 1; loi 18, § 2, XIII, 7.

l'action hypothécaire. Cette dérogation à une règle générale est assez justifiée par l'intérêt du commerce (1).

J'ai dit que l'hypothèque générale comprenait tous les biens présents et à venir : l'universalité du patrimoine (2). En même temps qu'elle frappe la masse générale des biens, elle porte sur chacun des objets qui y sont compris et dont la possession est assurée au créancier, par l'exercice de l'action hypothécaire.

Cependant il est des biens qui échappent à la convention d'hypothèque générale : les esclaves pour lesquels le constituant est présumé avoir le plus d'affection, les objets affectés à son usage personnel. (Loi 6, de *pign.* et *hyp.*)

Dans l'hypothèse où le créancier a des hypothèques spéciales, outre l'hypothèque générale, le possesseur des objets frappés par l'hypothèque générale peut exiger de lui qu'il se fasse payer sur le gage spécial, et seulement sur les choses qu'il détient au cas d'insuffisance du premier (3).

Enfin, il faut remarquer que le créancier qui agit en vertu d'une hypothèque générale, n'est point

(1) Loi 34, pr. XX, 1.

(2) Loi 15, § 1 ; loi 34, § 2, Dig. XX, 1. — A l'origine, il fallait indiquer que les biens à venir étaient compris dans la constitution. On peut le supposer d'après les formules. Paul, *Sent.* V, 6, § 16. — Justinien, loi 9, Cod. VIII, 17, déclare cette précision inutile.

(3) Loi 2, C. VIII, 14 ; Sintenis, p. 494.

tenu de prouver qu'au moment où est intervenue la convention génératrice de son droit, le constituant était propriétaire (1).

Du reste, il doit en être à peu près de même pour le créancier à qui l'on a hypothéqué une *universitas*, lorsqu'il demande la possession de quelqu'un des objets qui y sont compris.

Il suffit qu'il établisse le droit de propriété du constituant, au moment du pacte d'hypothèque, non point sur l'objet qu'il réclame, mais sur l'*universitas* dont cet objet fait partie.

II.

Hypothèque testamentaire (2).

La loi 26, de *pign. actione*, reconnaît l'existence d'hypothèques testamentaires, « *testamento quoque pignus constitui posse imperator noster sæpissime rescripsit*. L'hypothèque testamentaire avait pour principal objet de garantir le paiement des legs. Jusqu'à Justinien, en effet, il n'y eut pas d'hypothèque légale en faveur des légataires. A la vérité, ceux-ci pouvaient se défendre contre les créanciers personnels de l'héritier, ou contre l'héritier lui-même,

(1) Loi 6; loi 34; § 2, XX, 1.
(2) Voy. de Vangerow, I, § 875.

par le moyen de la séparation des patrimoines : mais on conçoit aisément que le testateur pouvait se préoccuper de donner à certains d'entr'eux des sûretés plus immédiates en affectant spécialement quelques-uns de ses biens au paiement de leurs legs.

Il y a tout lieu de supposer que le testateur pouvait en user de même à l'égard de ses créanciers : le texte de la loi 26 de *pign.* et *hyp.*, par sa généralité même, justifie assez cette proposition. Cependant il semble au moins singulier, qu'un débiteur pût constituer des droits de préférenee, pour après sa mort, et frustrer ainsi la masse de ses créanciers au profit de certains d'entr'eux. On peut, à la vérité, répondre à cette objection, que rien ne s'opposait à ce qu'il en agit de même de son vivant.

En matière de constitution hypothécaire par testament, on suivait les règles admises en matière de legs. Les commentateurs s'accordent, du reste, pour voir en cette opération une sorte de legs, le legs d'un droit réel sur une chose.

Dès lors, il était logique d'appliquer à l'hypothèque testamentaire les principes admis en matière de legs ordinaires.

L'hypothèque subsiste au moment même de l'adition d'hérédité, à l'insu du légataire, sauf à s'évanouir, si ce dernier répudie le legs. Il en est ainsi, du moins dans la doctrine admise par les Sabiniens.

Toutes les choses qui pouvaient être l'objet d'une hypothèque conventionnelle, peuvent l'être également d'une hypothèque testamentaire.

On s'est demandé si le testateur pouvait hypothéquer la chose de son héritier aussi bien que sa propre chose.

Ailleurs, je me suis attaché à démontrer que la constitution d'hypothèque conventionnelle, faite par un débiteur sur la chose de son héritier, inefficace du vivant du constituant, demeurait telle après sa mort : et sans essayer une conciliation impossible entre deux textes, j'ai choisi la solution de Paul (loi 41, *de pign. et hyp.*) et repoussé celle de Modestin (loi 22, *de pign. et hyp.*). J'ai fondé cette décision sur ce principe qu'on ne saurait, en dehors de toute intervention du propriétaire, constituer sur la chose d'autrui un droit réel qui lui fût opposable.

Il semble que cette doctrine doive recevoir ici son application.

Que si, d'ailleurs, on examine les principes en matière de legs on n'arrive pas à une autre solution.

Le legs *per vindicationem* était le seul (1) par lequel on pût léguer la propriété ou un autre droit réel : par les autres legs on ne pouvait que créer un droit de créance au profit du légataire, et dans le cas où il se serait agi de la constitution d'un droit réel,

(1) Sauf l'opinion des proculiens, sur le legs *per præscriptionem*, Gaius II, 221, 222.

l'obliger à l'établir : or, un legs, *per vindicationem* ne vaut comme tel que si le testateur a de son chef la propriété ou le droit qu'il prétend transmettre directement. Le testateur ne saurait léguer la chose de son héritier.

De même, il ne saurait hypothéquer la chose de son héritier : il pourrait, sans doute, imposer à celui-ci l'obligation de constituer une hypothèque sur sa chose, mais il ne peut opérer lui-même cette constitution.

Dans le dernier état du droit, Justinien décida qu'il n'y aurait plus qu'une seule espèce de legs, et qu'en tous les cas, le légataire aurait le choix entre l'action personnelle ou l'action en revendication : mais l'universalité des commentateurs se refuse à admettre cette proposition. Ils s'accordent pour nier, malgré l'allégation de Justinien, que le légataire puisse toujours revendiquer la chose léguée. Toutes les fois que le testateur aura légué une *res aliena*, l'héritier sera seulement obligé envers le légataire qui ne pourra faire usage que de l'action personnelle. De même, si le testateur lègue une hypothèque sur la chose de l'héritier, dans le dernier état du droit, l'héritier sera seulement obligé de constituer sur cette chose un droit réel d'hypothèque. Le testateur aura été impuissant à l'établir lui-même (1).

(1) Consulter, sur le *Gage testamentaire*, Müller, l. 1, § 12; Bachov, l. 1, 1, 7, pr. 5, 11, 5, pr. 3; Gluck, XVIII, p. 191.

CHAPITRE II.

DE L'HYPOTHÈQUE NÉCESSAIRE (1).

Dans les diverses hypothèses où le juge prononce la *missio in possessionem*, avec la prise de possession effective commence ce droit de gage que les textes et les interprètes appellent le *pignus prætorium* : parce que, en effet, il a son fondement dans l'édit du préteur.

La *missio in bona* a lieu (2) :

1° *Crediti servandi causa :* au cas d'insolvabilité du débiteur, s'il se cache, ou si les cautions qu'il avait promis de fournir font défaut.

2° *Legatorum seu fideicommissorum servandorum causa,* dans l'hypothèse où l'héritier demeuré en possession ne fournit caution qu'à l'époque prescrite il s'exécutera.

3° *Damni infecti causa.* Lorsque le voisin n'a point obtenu la caution qu'il demandait.

4° *Hereditatis tuendæ causa.* Loi 1. D, *de ventre in posses. mittendo* ; Loi 1, C. *de carboniano edicto.*

(1) Cujas, Mayer, Dabelow, Kustner, *Pignus in causa judicati captum ;* Lips., 1744.

(2) Muhlembruck, *Doctrina pandectarum,* § 156 et 157.

En même temps que la possession, on obtient un droit de gage spécial ou général, suivant les cas.

L'objet essentiel du *prætorium pignus* est de créer un droit de préférence sur les choses possédées, au profit du possesseur, en le prémunissant contre les actes d'aliénation qu'aurait pu accomplir celui qu'il dépossède. En outre, bien que les textes n'en disent rien, les envoyés *in possessionem* seront sans doute préférés aux créanciers de leurs débiteurs postérieurs à l'envoi, si c'est comme créancier qu'ils ont obtenu la possession.

Ainsi que le fait remarquer Cujas, le droit de gage dont il s'agit ne modifiait en rien la situation respective des créanciers en ce qui touchait leurs droits réciproques ; la demande d'envoi en possession faite par l'un d'eux profitait aux autres sans constituer à son profit aucun droit de préférence.

De ce qui précède, il résulte que le *pignus prætorium*, proprement dit, était, non pas un droit d'hypothèque mais de gage : il prenait naissance avec la possession effective des biens par les *missi*, et j'ajoute qu'il disparaissait avec elle.

Jusqu'à Justinien, en effet, le droit de *pignus prætorium* ne fut point protégé par l'action quasi-servienne. Les *missi in possessionem* avaient l'exercice des interdits comme les gagistes ordinaires, ils n'avaient point l'action réelle. Justinien (Const. 2, *de præt. pig.*), le premier leur concéda la faculté d'user de l'action hypothécaire pour recouvrer la possession perdue.

A côté du *prætorium pignus* prit naissance un droit nouveau dont l'institution n'est pas antérieure, selon toutes les probabilités, à Antonin le Pieux et qui présente jusqu'à un certain point les caractères essentiels de l'hypothèque. Je veux parler du *pignus in causa judicati captum*.

Ainsi que le fait remarquer Cujas (Not. au Cod., tit. *si in causa jud.*), le *pignus in causa judicati captum* ne saurait être qualifié de prétorien au même titre que le droit de gage résultant de la *missio in possessionem* : il ne tire point son origine de l'édit du préteur : il fut introduit par un rescrit impérial, on le suppose du moins.

Le *pignus in causa judicati captum* a pour principe la saisie de certains objets par ordre du magistrat : c'est un mode d'exécution contre le débiteur condamné et qui ne s'exécute pas.

Le créancier s'adresse an magistrat qui juge *extra ordinem*, et *ex officio*, ordonne la saisie d'un objet déterminé entre les mains du débiteur. Ce sont les *executores*, *apparitores*, *viatores*, ou même *præcones* qui procèdent à la saisie.

Ils prendront possession d'un objet dont la valeur soit suffisante pour garantir la créance. L'ordre des saisies est ainsi fixé : on saisit les meubles ; au cas d'insuffisance, les immeubles ; enfin, les créances (Loi 15, *de re jud.*, D.).

Constantin (C. 7, *Quæ res pign.*, C.) prohibe la saisie des esclaves et des animaux attachés à l'exploitation d'un fonds que l'on ne saisirait pas.

Lorsque l'objet désigné a été valablement saisi, un droit de préférence est acquis au créancier. Donc, comme au cas d'une constitution de gage proprement dit, le droit du créancier a pour point de départ la dépossession du débiteur; mais au contraire de ce qui se passe en matière de gage, ce n'est pas le créancier qui obtient la possession, ce sont les agents du magistrat. Ils la doivent garder jusqu'à la vente de la chose. (Cujas, sur le tit. : *Si in causa judic.*)

A partir de la saisie, le débiteur ne peut plus aliéner la chose dont il a perdu la possession; il ne saurait davantage constituer sur elle des droits préjudiciables au créancier.

Ce dernier a un droit de préférence, à l'encontre de tous autres créanciers dont le droit serait postérieur au sien.

Nous avons vu qu'en matière de *pignus prætorium* proprement dit, du moins en ce qui touche leurs rapports respectifs, les créanciers ne modifiaient point la situation qu'ils devaient à leurs titres, et que chacun d'eux agissait en quelque sorte comme le mandataire de ses créanciers.

Donc, on peut le dire, le créancier se trouve investi d'un droit de préférence qui se rapproche singulièrement de l'hypothèque. A un point de vue seulement, le *pignus in causa judicati captum* s'en éloigne et touche au *pignus* proprement dit. Ce n'est point de l'ordonnance de saisie, mais de la

saisie effective que date le droit de préférence. (Loi 26, § 1, *De pign.*)

D'autre part, ce n'est point le créancier lui-même qui entre en possession, c'est l'*apparitor* désigné par le juge qui prend la chose et la garde pour la vendre.

En ceci, du reste, le droit du créancier romain ressemble singulièrement à celui du créancier hypothécaire en droit français. On saisit pour faire vendre et non plus pour posséder, comme lorsqu'on agit par la voie de l'action quasi-servienne.

Donc, l'*apparitor* ou l'*executor*, après la saisie, conserve la chose et se dispose à en opérer la *distractio*.

La vente doit avoir lieu deux mois après la saisie. Elle a lieu aux enchères, si personne n'en offre à l'amiable un prix suffisant. Enfin, dans l'hypothèse où personne ne se présente comme acquéreur, le créancier peut se la faire adjuger.

En ce cas, le prix d'adjudication est égal au montant de la créance : « Addicantur autem pignora » utique ea quantitate quæ debetur. Nam si creditor » maluerit pignora in creditum possidere, iisque » esse contentus, rescriptum est non posse eum » quod amplius sibi debetur petere quia velut pacto » transegisse de credito videatur, qui contentus » fuerit pignora possidere : nec posse eum in quanti- » tatem certam pignora tenere et superfluum petere. » (Loi 15, § 3, *De re jud.*, D.) »

Le créancier a donc à choisir entre deux voies :

enchérir dans le cas où les enchères sont ouvertes, et si la valeur du gage lui paraît inférieure au montant de sa créance, se faire adjuger la chose au cas contraire.

En résumé, le *pignus in causa judicati captum* présente de grandes analogies avec l'hypothèque : c'est un droit de préférence sur la chose subsistant en dehors de la possession de l'objet sur lequel il porte.

Il place le créancier, dans une situation assez analogue à celle du créancier hypothécaire poursuivant l'expropriation de son débiteur dans notre Droit français.

CHAPITRE III.

DES HYPOTHÈQUES LÉGALES (1).

On distingue les hypothèques légales, en les considérant au point de vue de leur étendue, en deux grandes classes : les hypothèques générales, et les hypothèques spéciales.

Que si l'on se préoccupe de rechercher leur origine, elles apparaissent dans les premiers temps de la législation romaine, et même pendant la période

(1) Voy. Dig. XX, 2; Cod. Just., VIII, 15; Lauterbach, *De pignore tacito*, Trib. 1663; de Vangerow, I, § 374 et 375.

classique, pour la plupart du moins comme de simples *privilegia inter personales actiones*.

Ces *privilegia exigendi*, qui consistent dans le droit d'être préféré sur le prix des biens du débiteur aux simples créanciers chirographaires, sont de deux sortes : *privilegia personæ* et *privilegia causæ*.

On pourrait diviser les hypothèques légales elles-mêmes, en deux catégories, suivant que la loi les a instituées au profit de personnes plus particulièrement intéressantes, ou de dettes dont la cause a paru plus favorable.

SECTION I.

HYPOTHÈQUES LÉGALES SPÉCIALES.

En premier lieu, se place l'hypothèque du locateur d'un *prædium rusticum* sur les fruits qu'il produit, et du locateur d'un *prædium urbanum* sur les meubles qui le garnissent (1).

Ce ne sont pas d'anciens *privilegia* transformés en hypothèque, on peut même dire que le législateur ne s'est point préoccupé de garantir le paiement de ces créances à raison de leur qualité : il n'a fait

(1) Dig., XX, 2, C. VIII, 15; Gluck XVIII, p. 441, Mayer. Dans *Ephemerid. Jur. Tub.*, t. II, p. 73-75; Sintenis, p. 295-297.

que supposer l'existence de stipulations passées dans les mœurs au point de devenir des clauses de style.

Dès l'institution de l'hypothèque, il fut d'usage d'affecter à la garantie des obligations du bail, les fruits que produirait l'immeuble loué, et cette coutume s'affermit au point de devenir générale.

D'autre part, comme les fonds urbains n'étaient point frugifères et que les locateurs voulaient avoir des sûretés spéciales, on fit pour les meubles garnissant le fonds ce qu'on avait fait pour les fruits du *prædium rusticum*, on les hypothéqua.

Or, comme le dit Cujas (loi 4, *de pactis*) : « Quod » vulgo fieri solet abit in legem. Denique paulatim » obtinuit ut, locato prædio rustico, fructus ob mer- » cedem tacite pignorati essent, non inducta et » illata, nisi id nominatim convenisset ; locato autem » prædio urbano, ut inducta et illata ob mercedem » pignori essent, etiamsi nihil nominatim conve- » nerit, idque indistincte sive locator scivisset, quæ » inductæ essent, sive ignorasset.

C'est ainsi qu'une hypothèque (1), légale ou mieux tacite, fut établie au profit du locateur de fonds urbains, sur les meubles garnissant le fonds loué, au profit du locateur de fonds ruraux sur les fruits de ces fonds. (Loi 4, *in quib. causis pign. vel hyp. tacit.* loi 7, *hoc tit.*)

A la vérité, en ce qui touche l'hypothèque des

(1) Gluck XVIII, p. 422, 415, 418 ; Meissner, § 59-63.

fruits d'un fonds rural, on pourrait, se fondant sur la loi 61, § 8 *de furtis*, soutenir qu'elle était conventionnelle et non légale : mais en présence des termes de la loi 7, *in quib. causis*, il faut supposer qu'Africain parle d'une clause de style demeurée en usage même après l'institution de l'hypothèque tacite.

L'hypothèque s'appliquant aux choses apportées dans la maison louée, commence sur ces choses au moment même où elles y sont introduites.

Spéciale d'abord aux immeubles de la ville de Rome et des environs, elle fut étendue à tout l'empire par Justinien (1).

II. Un sénatus-consulte, rendu sous Marc-Aurèle (2), accorde expressément une hypothèque tacite à celui qui a prêté de l'argent pour la construction d'un édifice. C'était, dans un cas spécial, renforcer d'une hypothèque le *privilegium* que les textes reconnaissent à quiconque a prêté de l'argent pour construire, réparer ou conserver la chose. « Qui in navem extruendam vel instruen-» dam credidit vel etiam emendandam, privilegium » habet. »

De même, celui qui a prêté pour faire construire un édifice a un *privilegium exigendi*.

Enfin, celui qui prête une somme d'argent des-

(1) Loi 7, C. IV, 65.

(2) Loi 1, Dig. XX, 2 ; loi 21, XIII, 7 ; voy. Sintenis, p. 298-303 ; Gluck, Erlœut. *De Pand.*, t. XIX, p. 19.

tinée à l'acquisition d'une charge militaire, jouit du même bénéfice.

Mais ces divers créanciers quoique privilégiés n'ont pas d'hypothèque, leur droit de préférence ne se spécialise pas sur la chose qui a été acquise de leurs deniers : ils n'ont qu'un droit de préférence général, *inter personales actiones.*

Cependant, dans l'hypothèse où le créancier a conservé la chose, bien que, sauf au cas spécial prévu par le sénatus-consulte rendu sous Marc-Aurèle, les textes ne lui reconnaissent qu'un privilége purement personnel, on le voit, primer des créanciers hypothécaires.

Doneau suppose que c'est dans des cas où une convention intervenue entre les parties avait créé un droit d'hypothèque ; en sorte que le conservateur, bien que ne tenant pas son hypothèque de la loi, se trouverait avoir une hypothèque privilégiée dans le cas où il prendrait soin d'en obtenir la constitution.

Il faut reconnaître que les textes sont tous favorables à cette interprétation (Loi 5, *qui pot. in pign.*)

III. La loi 7, *qui pot. in pign.*, D., accorde une hypothèque au pupille sur la chose achetée par son tuteur, de son argent et au nom de ce tuteur (1).

Les mineurs de 25 ans n'ont pas cette hypothèque toute personnelle d'ailleurs. Mais si leur cura-

(1) Loi 7, pr. Dig. XX, 4; loi 3, Dig. XXVII, 9.

teur achète, pour lui-même, une chose avec leur argent, ils la réclament par la voie d'une action en revendication utile (Loi 2, *quando ex fact. tut.*, D.) (1).

IV. La femme mariée a aussi une hypothèque sur les choses acquises avec l'argent dotal, qui sont assimilées aux choses dotales (Loi 54, *de jure dotium*, D.).

Les choses dotales elles-mêmes peuvent être revendiquées à la dissolution du mariage. Et la femme repousse l'action hypothécaire des créanciers : elle est *potior*. Elle a donc une hypothèque sur ces choses (Loi 30, *de jure dotium*, C.).

V. Enfin, Justinien accorde aux légataires une hypothèque sur les biens que l'héritier a reçus du testateur.

L'hypothèque commence avec l'acquisition des legs.

SECTION DEUXIÈME.

HYPOTHÈQUES TACITES GÉNÉRALES.

I. L'hypothèque du fisc pour les contributions publiques : et aussi au cas d'obligation contractuelle.

Le fisc embrasse l'ensemble des ressources appar-

(1) Voy. Von-Buchkolz ; Versuche, p. 203; Sintenis, p. 303.

tenant à l'Empereur, et destinées à faire face aux dépenses de l'état et du souverain, entre lesquels on ne distingue pas dans le dernier état du droit impérial : tout ce qui est à l'Etat est à l'Empereur : l'inverse n'est point vrai, et le souverain peut posséder comme un simple particulier. Cette confusion entre l'*ærarium* qui était le trésor du peuple Romain, et le *fiscus* qui était le trésor de l'Empereur, date de l'époque où cessa toute distinction entre les provinces du Sénat et du prince.

Dans le principe, le fisc a un *privilegium exigendi* portant sur l'ensemble du patrimoine. Il n'a point d'hypothèque, s'il n'y a eu convention à cet égard.

L'Empereur Caracalla institue l'hypothèque (1) légale portant sur les biens du *primipilus*, sorte d'intendant militaire chargé de faire rentrer les subsistances destinées aux armées. Cette (2) hypothèque frappe la dot de sa femme, et le patrimoine de ceux qui l'ont présenté à l'administration impériale.

D'autre part, les biens des particuliers qui doivent les impôts sont également grevés : « Universa bona » eorum qui censentur vice pignorum tributis » obligata sunt. » Loi 1. C. *in quib. caus. pign.*

Enfin, l'hypothèque du fisc grève les biens de ces administrateurs pour les obligations qui naîtront de

(1) Loi 1, C. *in fine*, IV, 46.

(2) Gluck, t. XIX, p. 73, note 87. En sens contraire, loi 4, C. VIII, 14.

leur gestion à partir de leur entrée en fonction (1).

En ce qui touche les créances contractuelles du fisc, l'hypothèque commence au moment où le contrat prend naissance.

Jusqu'à Marc-Aurèle, il est certain qu'en matière de contrats ordinaires, le fisc n'avait d'hypothèque que s'il en avait obtenu la constitution (loi 21, D. *qui pot.*).

L'hypothèque du fisc en matière de contributions est privilégiée. Pour les créances simplement contractuelles, il n'en est pas de même : « in re tantum » postea acquisita fiscus potiorem esse debet » (loi 28, *de jure fisci* C.

II. Une hypothèque légale est accordée aux mineurs de 25 ans et aux pupilles sur les biens de leurs tuteurs et curateurs pour les obligations résultant de la tutelle et de la curatelle.

Cette hypothèque prend naissance au moment où le tuteur est chargé de la tutelle (loi 20, C. liv. 5, tit. 37.)

Dans le droit classique, il n'y avait qu'un simple *privilegium inter personales actiones*. L'institution de l'hypothèque légale n'est point antérieure, selon toutes les probabilités, à Constantin (2).

III. Les enfants ont encore une hypothèque sur

(1) L'administration du fisc est déférée par un contrat.

(2) Loi 20, XIII, 15. Cependant, Gluck, t. XIX, p. 140, et Sintenis, p. 289, font remonter cette hypothèque à Marc-Aurèle.

les biens de leurs père et mère, lorsque ceux-ci convolent en secondes noces.

Cette hypothèque frappant les biens de la mère, a pour objet de garantir le droit des enfants aux *lucra nuptialia* (loi 3, C. *de sec. nupt.*). Tous les biens que la mère a acquis par sa première union à titre de donation, de legs, etc., doivent être réservés aux enfants du premier lit. Elle en garde seulement la jouissance, l'hypothèque garantit la restitution (loi 6, *de sec. nupt.* C.)

Justinien étendit cette hypothèque aux biens du père qui se remarie.

(Loi 8, § 4 *de sec. nupt.* C.) L'hypothèque prend naissance au moment de la célébration du nouveau mariage.

Les enfants qui se trouvent placés sous la puissance paternelle, ont encore dans le dernier état du droit, une hypothèque tacite générale sur les biens de leur père, pour la restitution des biens provenant de la succession de leurs mères, ou de succession à eux dévolue et provenant de la ligne maternelle dont le père a l'administration et la jouissance (loi 8, § 5, C. *de sec. nupt.*)

Cette hypothèque subsiste dès l'instant où la jouissance est déférée au père.

IV. Justinien, en 530, crée une hypothèque tacite en faveur des femmes mariées. En l'ancien droit les femmes ont un *privilegium exigendi*, pour se faire préférer aux créanciers du mari.

Mais l'hypothèque devait être stipulée.

La femme aura donc, à partir de Justinien, une hypothèque tacite sur les biens du mari :

1° Pour la restitution de la dot.

Cette hypothèque est privilégiée. (Loi 30, C. V. 12.)

2° Pour sûreté de ses paraphernaux.

L'hypothèque date du jour où le mari a reçu l'argent ou les titres (Loi 26, liv. 5, tit. 14).

3° Pour sûreté de la donation *propter nuptias*.

L'hypothèque date du jour où la donation a été faite.

Elle n'est point privilégiée (Loi 28, liv. 5, tit. 12).

V. Justinien crée une hypothèque tacite générale dans l'hypothèse prévue par la Nov. 22, Const. 44. Un époux ou un tiers a fait une libéralité à l'époux survivant, à condition qu'il ne se remariera pas : le donataire reçoit la donation qui est ainsi faite sous condition résolutoire : mais son bien est grevé d'une hypothèque tacite pour la restitution de la donation si la condition n'est point remplie.

DROIT FRANÇAIS.

Du délaissement par hypothèque.

INTRODUCTION.

DE LA NATURE ET DES CARACTÈRES ESSENTIELS DU DROIT D'HYPOTHÈQUE.

L'hypothèque est un droit réel, dit l'art. 2114, accessoire de sa nature, indivisible et qui suit l'immeuble affecté à l'acquittement d'une obligation dans quelques mains qu'il passe.

On définit le droit réel, opposable aux tiers, le droit d'agir directement sur une chose pour en retirer tout ou partie de l'utilité qu'elle est susceptible de produire. Considéré au point de vue spécial de l'utilité qu'il permet de retirer de la chose sur laquelle il porte, le droit réel d'hypothèque consiste dans la faculté pour le créancier de faire saisir en

toutes mains et vendre l'immeuble grevé pour se faire payer sur le prix par préférence à tous autres.

L'action hypothécaire n'a pas d'autre objet, et c'est par une erreur fondée sur le texte de l'art 2168, qu'on a voulu regarder le tiers détenteur comme personnellement obligé au délaissement.

Je reviendrai ailleurs sur ce point.

Tout droit réel est essentiellement exclusif, ce qui implique à l'encontre des tiers l'obligation négative de le respecter. De là, le droit de préférence et le droit de suite. En général, un acte quelconque émanant du constituant ou des tiers, ne saurait modifier la situation des créanciers hypothécaires qui pourront faire saisir et vendre le bien hypothéqué, alors même qu'il n'appartiendra plus au débiteur. Le droit d'hypothèque étant réel, constitue un démembrement de la propriété, ou, si l'on veut, une limitation du droit du propriétaire (1).

Cette proposition est vivement controversée. Le propriétaire dont le bien est hypothéqué, dit M. Bugnet, conserve le *jus utendi fruendi et abutendi*. Le droit d'hypothèque ne serait un démembrement de la propriété, que s'il consistait en une portion de l'*usus* du *fructus* ou de l'*abusus*; à la vérité, l'hypothèque est un droit réel, mais il est à remarquer qu'en principe le propriétaire peut l'anéantir quand il le veut, en payant

(1) M. Valette, t. I.

son créancier. Les seuls droits réels qui constituent de véritables démembrements sont ceux que l'on conserve malgré le propriétaire. Enfin, et c'est un point capital, l'art. 543 ne classe pas l'hypothèque parmi les démembrements de la propriété.

On peut reprocher à cette opinion de voir dans l'art. 543, une énumération limitative des démembrements dont le droit de propriété est susceptible, sans que rien dans le texte l'y puisse autoriser. En outre, elle admet comme étant démontré, ce qui est précisement en question. Je veux dire, la concentration permanente même après l'établissement de l'hypothèque des divers éléments constitutifs du droit de propriété aux mains du propriétaire. Il est aisé d'établir que le *jus abutendi* se trouve dans l'hypothèse singulièrement restreint, et qu'importe dès lors la faculté qui reste au constituant de l'affranchir, en payant les créanciers inscrits. De ce que le démembrement du droit de propriété peut disparaître, on conclurait à son inexistence. Etrange doctrine et qui conduirait ce semble à refuser la qualité de propriétaire à un acquéreur à réméré.

Le droit de propriété est le droit réel par excellence : normalement il s'exerce à l'exclusion de tous autres. Il est complet, lorsqu'il implique la faculté de disposer de la chose d'une façon absolue, d'en jouir, d'en user. Ses éléments sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Si quelqu'un d'eux disparait,

si même il est modifié ou limité, la propriété est démembrée, parfois même elle s'éteindra.

On définit, en effet, le droit de propriété : « le droit exclusif de retirer d'une chose *toute l'utilité* qu'elle est susceptible de produire, » et les autres droits réels sur la chose dont un autre est propriétaire : « le droit exclusif de retirer de cette chose une *certaine utilité.* »

Créer sur sa chose un droit de cette nature, n'est-ce pas démembrer le sien propre? Lorsqu'un propriétaire établit une hypothèque sur son fonds, il ne peut plus aliéner dans le sens absolu du mot; je veux dire, qu'il ne peut plus faire aucun acte de disposition matérielle ou juridique de nature à diminuer la valeur de l'immeuble et à préjudicier aux créances hypothécaires. Ces propositions ne sont douteuses pour personne et il serait superflu d'en démontrer l'évidence.

N'est-il pas dès lors incontestable que le propriétaire n'a plus le libre exercice du *jus abutendi*, et, d'autre part, n'est-il pas encore vrai de dire que, lors de la constitution d'hypothèque, le constituant a donné aux créanciers le droit éventuel de faire vendre l'immeuble? En sorte que lui-même a perdu le droit absolu de disposition, en même temps qu'il conférait à d'autres certaines des attributions qui en découlent.

Le *jus abutendi* se trouve restreint : il y a donc *démembrement* du droit de propriété au vrai sens du mot.

Il reste à déterminer la nature et l'étendue de ce démembrement. Ici, je demande la permission de tenter, avec toute la défiance de soi-même que peut éprouver un jeune légiste, l'essai d'un aperçu nouveau sur la nature du droit hypothécaire.

Le propriétaire a perdu sinon l'investiture, du moins en grande partie l'exercice du *jus abutendi*. Il ne peut plus se livrer à des actes de disposition opposables à des créanciers hypothécaires. A leur égard, les faits de cette sorte seront sans force aucune; je dirai donc que ce constituant perd l'exercice du *jus abutendi*, d'une façon relative; et si, par exemple, il établit des servitudes sur l'immeuble hypothéqué, ces servitudes seront de nul effet, en tant qu'elles seront susceptibles de diminuer les sûretés des créanciers; ou bien encore, s'il l'aliène, l'aliénation ne subsistera point aux regards des créanciers : elle ne modifiera point leur situation.

On voit donc que, dans une certaine mesure, même à l'égard de ses créanciers hypothécaires, le propriétaire conserve son droit de disposition.

Dans quelle limite peut-il aliéner? Dans la limite de l'intérêt de ses créanciers ? Mais cet intérêt, quel est-il ? En quoi consiste-t-il ? Et comment l'exprimer ?

Il suffira d'établir le rapport existant entre la valeur de l'immeuble hypothéqué et le montant des créances inscrites. C'est ainsi qu'étant donné un immeuble dont la valeur est représentée par *dix*, et grevé d'hypothèque, s'élevant ensemble à la

somme de *neuf*, je dirai que l'intérêt des créanciers hypothécaires absorbait les neuf dixièmes de l'immeuble. D'où, cette conséquence que le propriétaire ne pouvait exercer son droit d'*abusus* que pour un dixième de l'immeuble.

Je supposerai maintenant que le constituant vient à vendre cet immeuble dans les conditions que je viens de dire. Il arrivera que l'acquéreur ne sera devenu propriétaire que du dixième de l'immeuble; pour le surplus, la propriété restera au vendeur.

En principe, on peut soutenir que l'exercice du droit d'*abusus* sur un immeuble hypothéqué est toujours paralysé, soit totalement, soit partiellement.

Que si le propriétaire donne ou vend son fonds, s'il fait un acte quelconque d'aliénation, il ne saurait, en aucun cas, transférer purement et simplement la propriété de tout l'immeuble sur la tête de son acquéreur; dans quelle proportion le mode d'aliénation a-t-il pu opérer efficacement? C'est ce qu'il n'est point possible de savoir jusqu'à ce qu'une adjudication, à suite d'expropriation ou de surenchère, ait déterminé officiellement la valeur de l'immeuble.

Durant tout ce laps de temps, qui s'étend entre l'aliénation et l'adjudication, le droit de l'acquéreur ou tiers détenteur est *in pendenti*. D'une part, s'il désintéresse les créanciers et éteint l'hypothèque, il n'est point douteux que le droit du propriétaire constituant se trouve rétroactivement rétabli dans

son intégrité première, en sorte que l'acte d'aliénation a eu plein effet dès le principe. D'autre part, si les dettes ne sont point payées, si l'on arrive à l'adjudication, de deux choses l'une :

1° Le prix d'adjudication est égal ou inférieur au montant des créances inscrites. Il est évident que l'intérêt des créanciers absorbait la valeur totale de l'immeuble, et que, en fait, au jour de la constitution d'hypothèque, le propriétaire constituant se trouvait avoir absolument perdu l'exercice du *jus abutendi*. Donc, il n'avait pu aliéner l'immeuble hypothéqué.

2° Ou bien encore, le prix de l'adjudication dépasse la somme des créances hypothécaires; les enchères élèvent la valeur de l'immeuble au chiffre de dix, l'ensemble des créances inscrites étant représenté par neuf. Je dirai que dans l'hypothèse le *jus abutendi* subsistait pour un dixième; en sorte que le tiers détenteur, par l'effet de l'acte d'acquisition, était devenu propriétaire jusqu'à concurrence de un dixième. Que si l'acheteur ne conserve rien de la chose même, c'est à cause de l'indivisibilité de l'hypothèque qui permet au créancier de faire saisir et vendre la totalité de l'immeuble. Le tiers détenteur ne peut que toucher l'excédant du prix.

En résumé, de ce qui précède, on peut tirer les conclusions suivantes :

1° L'hypothèque peut restreindre, dans une certaine limite, l'exercice du *jus abutendi* entre les mains du propriétaire constituant.

Dans cette hypothèse, le tiers qui se sera rendu acquéreur de l'immeuble hypothéqué ne sera devenu propriétaire que d'une portion indivise du fonds hypothéqué. Pour le surplus, la propriété sera restée au constituant.

2° L'hypothèque peut paralyser absolument l'exercice du *jus abutendi* aux mains du propriétaire constituant.

Dans cette hypothèse, le tiers qui aura voulu se rendre acquéreur de l'immeuble hypothéqué ne sera point devenu propriétaire.

3° On ne saura si l'hypothèque restreint seulement ou paralyse l'exercice du *jus abutendi* qu'après l'adjudication, à suite d'expropriation ou de surenchère.

Je ne veux point insister sur l'importance de cette analyse des situations respectives du propriétaire constituant et du tiers acquéreur. Il ne me paraît pas qu'elle ait été nettement produite jusqu'ici. On comprendra le sentiment de réserve qui m'empêche d'en faire le fondement et le point de départ de ma dissertation sur le Délaissement. Je me bornerai à indiquer dans le cours de ce travail les conséquences qu'on en pourrait tirer, si elle était juste, principalement pour l'explication des deux alinéas de l'art. 2177.

Du délaissement par hypothèque.

CHAPITRE PREMIER.

NATURE DU DÉLAISSEMENT.

Lorsqu'un immeuble hypothéqué se trouve aux mains d'un tiers détenteur, le créancier dont la dette est devenue exigible exerce l'action hypothécaire.

Il fait au débiteur personnellement obligé au paiement de la créance un commandement de payer : puis au détenteur une sommation de payer ou de délaisser, conformément aux dispositions de l'article 2168 du Code Napoléon.

S'il n'est point payé et s'il n'est pas fait de délaissement il fera vendre l'immeuble en suivant les formalités prescrites pour les ventes publiques d'immeubles.

Dans cette dernière hypothèse, le tiers détenteur subira tous les inconvénients de la poursuite en expropriation. L'immeuble sera saisi et vendu sur sa tête.

Je définirai donc le délaissement un moyen de

soustraire sa personne aux conséquences de l'action hypothécaire.

Dans l'article 2168, la loi représente le délaissement comme une faculté laissée au tiers détenteur de se soustraire à l'obligation de payer la dette.

Il ne faut voir dans ces dispositions qu'une erreur de rédaction, impossible à justifier, et dont il ne faut point tenir compte.

L'exercice de l'action hypothécaire ne saurait avoir pour effet d'obliger personnellement le simple possesseur d'un immeuble hypothéqué. Malgré ce texte, en apparence formel, on ne saurait envisager le paiement de la créance, que comme une faculté laissée au détenteur.

A l'inverse de ce que semblait désirer le législateur dans l'art. 2168, on a soutenu que la loi avait voulu consacrer en faveur du créancier le droit de demander au tiers détenteur, non pas le paiement mais le délaissement de la chose, ce qui est, dit-on, principalement son obligation. Cette opinion a été accueillie par la loi Belge du 16 décembre 1851.

L'art. 98, correspondant à notre art. 2168, est ainsi conçu : « Le tiers détenteur est tenu de délaisser l'immeuble hypothéqué, sinon de payer. »

Il me paraît y avoir, dans cette doctrine, une grave erreur de principes. Comment admettre, en effet, qu'un droit réel sur une chose puisse jamais donner naissance à une obligation positive à l'encontre du détenteur ? L'hypothèque se résume, en France, en un droit de préférence sur le prix de la

chose hypothéquée. Les autres droits qui s'y rattachent sont accessoires, en ce sens qu'ils n'ont pas d'autre objet que d'assurer la priorité du créancier hypothécaire.

Exercer l'action hypothécaire, c'est accomplir les formalités nécessaires pour arriver à la vente de l'immeuble hypothéqué.

Il n'en était pas de même en Droit romain, ni je crois dans notre ancienne jurisprudence, et c'est au Droit romain qu'il faut rattacher la doctrine de MM. Duranton, Delvincourt, Troplong et Mourlon.

A Rome, le gagiste ou le créancier hypothécaire, en exerçant l'action quasi-servienne, tendait à se faire mettre en possession de l'immeuble engagé pour faciliter la vente. A cet égard, il n'y avait point à distinguer entre le créancier gagiste ou hypothécaire. Il n'y avait, d'ailleurs, entre leurs droits respectifs que cette différence :

Le premier, dès qu'il avait perdu la possession de la chose, intentait l'action quasi-servienne. Le second seulement lorsque sa créance était devenue exigible, car jusqu'à ce moment il n'avait pas droit de posséder l'objet hypothéqué.

Le juge ordonnait au détenteur de restituer au demandeur la chose grevée, si mieux il n'aimait payer la dette, et le créancier nanti la gardait jusqu'à ce qu'il fût désintéressé. A la vérité dans le dernier état du droit, il la pouvait vendre : mais on ne saurait dire que l'objet de l'action hypothécaire,

en Droit Romain, fût autre chose qu'une revendication de la possession.

Alors, il était vrai de dire que le tiers détenteur était tenu de délaisser.

Mais en notre Droit français, le créancier n'a point à rechercher la possession de l'immeuble hypothéqué. Il n'a qu'un droit, qu'une préoccupation, faire vendre la chose affectée au paiement de la dette. Si donc on dit que le tiers détenteur est tenu de quelque obligation, ce n'est point à coup sûr d'une obligation positive. Il est tenu de souffrir la poursuite hypothécaire : et la loi, pour le soustraire à cette obligation négative, lui ouvre deux voies également *in facultate :* le paiement et le délaissement.

Je crois avoir suffisamment justifié la définition que j'ai donnée dès le principe du délaissement.

C'est un moyen de se soustraire aux inconvénients de la poursuite hypothécaire. « La vente, dit Loyseau, se fait après délaissement au nom d'un curateur afin d'éviter l'infamie qui résulterait pour le détenteur d'une vente publique de ses biens. »

Peut-être Loyseau va-t-il trop loin, lorsqu'il envisage celui dont les biens sont publiquement vendus comme encourant l'infamie : c'est là une idée romaine empreinte d'exagération : fût-elle exacte dans l'hypothèse, le déshonneur du tiers détenteur ne saurait jamais être qu'apparent.

Certains auteurs ne se bornant point à rétablir les choses sous leur vrai jour, en atténuant ce qu'il pouvait y avoir d'outré dans les expressions de

Loyseau, ont nié d'une façon absolue l'utilité du délaissement et en ont demandé l'abolition.

Lors de la réforme du système hypothécaire, M. Bethmont (p. 116) disait au Conseil d'Etat : « La faculté de délaissement a produit de véritables » abus. Outre les frais de procédure résultant d'un » pareil droit, il faut encore redouter les incertitu- » des qu'il suspend sur la propriété. Nous pensons » qu'il est utile de le supprimer. »

La commission de législation approuvait la suppression. Son rapporteur, M. Vatismenil (p. 46) s'exprimait ainsi : « La conséquence du délaisse- » ment est d'obliger les créanciers à faire nommer » un curateur. Il est plus simple de poursuivre la » saisie contre le tiers détenteur. »

Tous insistaient sur le peu d'avantage que cette faculté dangereuse procurait, d'ailleurs, au détenteur.

Cependant le délaissement fut maintenu (1).

M. Troplong, et enfin M. Dalloz dans son répertoire de jurisprudence, ont adhéré à ces critiques. M. Dalloz ajoute même : « S'il y a inconvénient, » mieux vaut qu'il soit subi par le détenteur que » par les créanciers. » Ce dernier argument ne saurait être pris en aucune considération. On sait, en effet, qu'après le délaissement l'expropriation se poursuit contre le curateur à l'immeuble délaissé,

(1) Consulter en ce sens : Rapports de M. Persil, p. 194, de M. Bethmont, nº 116, et Vatismenil, p. 46 ; voy. Troplong, t. 3, p. 335.

en sorte que la vente a lieu sur sa tête et non sur celle des créanciers.

Du reste, j'estime pour ma part que la suppression de la faculté de délaisser serait une injustice et en quelque sorte un excès de pouvoir législatif.

Sans doute, il est vrai, que la poursuite hypothécaire ne saurait causer un dommage direct au tiers détenteur : mais contestera-t-on qu'elle ne l'expose à des inconvénients sérieux? Tout le monde n'est point obligé de savoir que s'il est exproprié, ce n'est pas à raison de dettes contractées de son chef. Il ne sera pas noté d'infamie, comme le disait Loyseau : mais son crédit, son honorabilité même, ne seront-ils point exposés à des atteintes qu'il aura tout intérêt à prévenir. De quel droit l'obligera-t-on à les subir? N'est-ce pas un principe de droit naturel, un principe de justice absolue, que celui qui est soumis à des charges quelconques, à raison de la possession d'une chose, s'y pourra soustraire en l'abandonnant? On dit bien que le délaissement n'est pas de l'essence du droit hypothécaire : mais on ne démontre pas que cette faculté soit injuste. N'est-il pas d'ailleurs étrange de prétendre obliger le détenteur à rester en possession malgré lui, lorsqu'il juge cette possession dangereuse?

Que si le législateur mettant en regard l'intérêt des tiers détenteurs et l'intérêt général, par des motifs d'un ordre supérieur, croyait devoir sacrifier le droit à l'utilité, ce serait un acte dangereux, une sorte de coup d'Etat juridique.

Le droit subsiste, en effet, indépendamment des lois qui n'en sont que la constatation. La loi positive n'est et ne peut être que l'interprétation de la loi naturelle et n'a, au point de vue moral, d'autre force que celle qu'elle emprunte à cette loi suprême. Philosophiquement, on divise les lois en justes et injustes : les lois injustes sont celles qui sacrifient le droit à l'utilité.

Il serait superflu d'insister davantage sur ce point.

Lorsque le tiers détenteur ne veut point payer les créanciers et désire se soustraire aux poursuites, il délaisse, c'est-à-dire qu'il remplit les formalités prescrites à cet effet par la loi, et qu'un abandon matériel de la chose ne saurait remplacer.

Quelle est la nature du délaissement ? En quoi consiste-t-il ?

Le détenteur a-t-il abandonné la possession de la chose ? ou bien la propriété ? Et dans cette dernière hypothèse, l'a-t-il abandonnée d'une façon totale ou partielle ?

Ce sont autant de questions qui divisent la doctrine.

D'après M. Valette, à son cours, le délaissement emporte un *abandon absolu de la propriété*, sauf la faculté pour le délaissant de reprendre cette propriété en payant les créanciers.

La pensée de la loi, dit M. Valette, est favorable à l'idée d'un abandon de la propriété. L'art. 2178 dit en effet que le tiers qui a délaissé a un recours en garantie tel que de droit contre le débiteur prin-

cipal. On considère donc le détenteur comme ayant subi une éviction. Le délaissement se trouve mis par la loi sur le même rang que l'adjudication ; ce qui paraît impliquer qu'il emporte la perte du droit que le tiers détenteur pouvait avoir sur la chose.

M. Oudot, à son cours, soutenait que le créancier abandonnait la propriété, mais seulement d'*une façon partielle*. D'après cet illustre jurisconsulte, le détenteur abandonnerait aux créanciers son droit de propriété sur la chose hypothéquée dans la limite de leur intérêt. Dans ce système, on explique le second alinéa de l'art. 2177 : « Les créanciers personnels du tiers détenteur, qui a délaissé après tous ceux qui sont inscrits sur les précédents propriétaires, exercent leur hypothèque à leur rang sur le bien délaissé ou adjugé. » Ainsi, le tiers détenteur a abandonné la propriété, mais seulement dans la limite de l'intérêt des créanciers : pour le surplus, il a entendu demeurer propriétaire et conserver toutes les prérogatives attachées à ce droit.

Quant au premier alinéa, il demeure en opposition avec la disposition que je viens de reproduire : il faudrait, pour l'expliquer, aller plus loin que Oudot, et affirmer que l'abandon relatif de la propriété opère rétroactivement, en sorte que le tiers détenteur sera considéré comme n'ayant jamais été propriétaire du fonds hypothéqué, ou comme seulement propriétaire d'une portion indivise.

Dans le système de M. Valette, d'après lequel le

tiers détenteur ferait un abandon absolu de la propriété, la deuxième disposition de l'art. 2177 se trouve justifiée : mais on ne conçoit point que les servitudes et droits réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant d'en devenir acquéreur renaissent après le délaissement, à moins que l'abandon de propriété n'opère rétroactivement : or, si l'on admettait ceci, le premier alinéa ne serait plus expliqué.

La troisième opinion, la plus généralement admise et celle que j'adopterai pour ma part, considère le délaissement comme un simple *abandon de la possession*. C'est, du reste, la doctrine universellement adoptée dans notre ancien droit. Rien n'établit que nos législateurs s'en soient écartés. « Il faut prendre garde, dit Loyseau (*Du déguerp.*, liv. 6, chap. 3, n° 1), que celui qui délaisse l'héritage pour les hypothèques ne quitte pas la propriété, mais seulement il en quitte la simple détention et occupation ». C'est en quoi, au dire de nos anciens jurisconsultes, le délaissement par hypothèque diffère du déguerpissement. L'objet du déguerpissement était de se dégager de la rente foncière assise sur le fonds.

A la vérité, ce système n'explique pas les dispositions de l'art. 2177. Mais ceux que j'ai examinés plus haut ne les justifient pas davantage.

Je ne crois pas d'ailleurs qu'on puisse interpréter l'art. 2177 par la nature du délaissement, non plus que par les effets de l'adjudication. Il me semble

qu'il faudrait plutôt, pour atteindre cet objet, s'attacher à la détermination exacte de la situation faite à l'acquéreur d'un bien hypothéqué par notre système hypothécaire.

Quoi qu'il en soit, l'opinion d'après laquelle le délaissement serait un simple abandon de la possession n'est point contrariée par les textes. Elle est d'accord avec les précédents historiques : on ne voit pas d'ailleurs pourquoi le détenteur se démettrait de la propriété dont le créancier n'a que faire. A la vérité, l'art. 2172, en exigeant chez le délaissant la capacité d'aliéner, semble, à première vue, contredire l'idée d'un simple abandon de la possession ; mais il ne faut pas s'attacher rigoureusement au texte. Que si la loi subordonne la faculté de délaisser à la capacité d'aliéner, c'est que, sous certains rapports, le délaissement rappelle une aliénation. Il emporte reconnaissance de l'hypothèque, renonciation à la faculté de purger et perte de la possession, qu'on ne saurait recouvrer qu'en payant les créanciers.

Par l'adoption de ce système, on tranche une question intéressante : il devient certain que le tiers détenteur pourra être contraint à reprendre l'immeuble, si, après le délaissement et avant l'adjudication, les créanciers hypothécaires se désistent de leurs poursuites.

Enfin, si l'on veut bien se rappeler l'analyse que je faisais dans mon avant-propos des droits du tiers détenteur qui a acquis des immeubles hypothéqués ;

et si l'on admet les propositions que j'essayais de formuler comme conclusion de ces observations préliminaires, on reconnaîtra nécessairement que le délaissement est le simple abandon de la possession puisqu'en certains cas le délaissant n'est point propriétaire de l'immeuble hypothéqué ou que s'il est propriétaire, ce n'est que d'une portion indivise. Or, l'art. 2177 établit d'une façon décisive qu'en cette hypothèse il n'abandonne pas son droit sur cette part, puisque les créanciers hypothécaires étant désintéressés, il prend l'excédant du prix d'adjudication, lequel représente son droit (1) de propriété sur l'immeuble hypothéqué.

(1) Consulter Delvincourt, III, p. 378 ; Grenier, II, 330 ; Troplong, III, 825 ; Pont, n° 1194. Ces auteurs soutiennent que dans le délaissement il n'y a qu'un abandon de la possession.

CHAPITRE II.

QUI PEUT DÉLAISSER ?

L'article 2172 soumet le délaissement à deux conditions : pour pouvoir délaisser, il faut : 1° n'être point personnellement obligé, 2° avoir la capacité d'aliéner.

SECTION PREMIÈRE.

QUELLES PERSONNES NE SONT PAS PERSONNELLEMENT OBLIGÉES ?

J'ai défini le délaissement l'acte par lequel une personne abandonne la possession d'un immeuble pour se soustraire aux inconvénients d'une poursuite hypothécaire.

Celui qui est tenu seulement à raison de sa qualité de détenteur, doit pouvoir en y renonçant dégager sa personnalité de l'action intentée contre lui : ce n'est que justice. Mais s'il est tenu d'un lien obligatoire quelconque, s'il s'est établi entre lui et les créanciers hypothécaires, des rapports personnels, il ne saurait se dégager par son fait. L'abandon des

biens n'est pas un moyen de se libérer de ses obligations (1234, C. N.)

L'art. 2172 ne fait qu'appliquer cette idée lorsqu'il dispose que l'on ne peut délaisser si l'on est obligé personnellement. D'ailleurs, aux termes de l'art. 2092 du code Napoléon, quiconque s'est obligé est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir.

Au cas où le tiers détenteur est l'obligé personnel des créanciers hypothécaires, le délaissement serait donc sans objet. Ceux-ci pourraient le refuser.

D'autre part, le tiers détenteur peut être tenu envers son auteur de certaines obligations dont il se dégagerait par le délaissement.

Or le délaissement n'a pas d'autre but que de soustraire le possesseur à l'effet des poursuites hypothécaires. Si donc, par l'exécution pure et simple des obligations dont il peut être tenu au profit de son auteur, il satisfait les créanciers hypothécaires et amène la libération complète de l'immeuble, il ne pourra point délaisser. Il y a donc lieu, pour savoir qui peut délaisser, de rechercher en quels cas les obligations personnelles du tiers détenteur envers son auteur sont susceptibles d'empêcher le délaissement.

J'étudierai cette matière et les deux chefs qu'elle comporte sous deux paragraphes.

§ 1. — Quand le tiers détenteur est-il obligé personnellement envers les créanciers hypothécaires.

§ 2. — Quand le tiers détenteur est-il personnellement obligé envers son auteur.

§ 1.

Quiconque s'est obligé à payer la dette pour sûreté de laquelle l'hypothèque a été constituée, est tenu personnellement et ne peut délaisser. C'est ainsi qu'en thèse générale, celui qui établit l'hypothèque ne peut délaisser. Cependant il peut se faire que l'on affecte son immeuble à la garantie de la dette d'autrui, sans s'obliger soi-même, c'est le seul cas où celui qui a constitué une hypothèque peut délaisser.

Il importe peu que l'obligation du détenteur envers les créanciers soit principale ou accessoire. Il suffit qu'elle subsiste pour que le délaissement soit sans objet. En conséquence, le débiteur solidaire et la caution ne peuvent délaisser.

Il peut arriver que, sans s'être directement obligé à payer les créanciers inscrits, on se soit engagé à ne pas délaisser. Celui qui a promis aux créanciers de purger, ou qui, sans promettre, a commencé l'accomplissement de la purge; enfin celui qui a laissé saisir sur sa tête l'immeuble hypothéqué, ne peut plus délaisser. On admet, en effet, que, entreprendre de purger un immeuble implique chez le tiers détenteur l'obligation de poursuivre toutes les phases de cette procédure; de même encore laisser saisir l'immeuble hypothéqué, équivaut à une

renonciation au droit de délaisser. Ce dernier point est cependant très controversé. Je reviendrai sur ces difficultés lorsque je m'efforcerai de déterminer jusqu'à quel moment le détenteur peut délaisser.

Ex post facto, le tiers détenteur s'oblige encore envers les créanciers, par exemple, lorsqu'il s'est engagé à payer la dette aux créanciers hypothécaires délégués par son auteur, et que ces derniers ont accepté la délégation ou bien encore, dans l'hypothèse où il a usé du bénéfice de l'article 2173 et repris l'immeuble, s'obligeant ainsi à payer la dette et les frais.

Tous les successeurs universels ou à titre universel, sont tenus de l'obligation de leur auteur. L'héritier, le légataire universel ou à titre universel, ne peuvent délaisser que si celui dont ils tiennent leurs droits le pouvait lui-même. (Art. 1085 et 1095. Code Napoléon).

Quant aux donataires de biens présents universels ou à titre universel, ils ne sont point personnellement tenus et peuvent délaisser.

Les actes translatifs de la totalité ou d'une quote part des biens qu'une personne laissera à son décès constituent seuls des modes de transmission du patrimoine. Comme le donateur particulier, le donataire universel ou à titre universel n'est qu'un successeur particulier, et ne se trouve point par conséquent soumis de plein droit à l'obligation de payer les dettes du donateur.

Au contraire, le donateur universel ou à titre uni-

versel de biens à venir est personnellement tenu des obligations de son auteur. Comme l'héritier et le légataire d'une quote part de succession, il ne peut point délaisser.

On s'est demandé si l'héritier partiaire pouvait être considéré comme personnellement obligé d'une façon absolue ?

Les héritiers légitimes sont, il est vrai, réputés les auteurs de tous les faits juridiques qui ont donné naissance aux diverses obligations, dont étaient tenus les parents qu'ils représentent.

Cependant, aux termes des articles 873 et 1220, les dettes d'une succession se partagent de plein droit entre les héritiers, en sorte que chacun d'eux n'est tenu envers les créanciers que proportionnellement à la part pour laquelle il représente le débiteur. Lors donc qu'un héritier partiaire se trouve détenteur en cette qualité d'un bien hypothéqué, il n'est tenu personnellement au paiement de la dette que pour partie.

S'il paie sa part de la dette, l'obligation personnelle disparaît : il n'est plus tenu qu'hypothécairement, il peut délaisser.

Enfin, il a paru douteux que l'héritier bénéficiaire fût comme l'héritier pur et simple, dans l'impossibilité de délaisser. Cependant il est hors de doute que, comme l'héritier pur et simple, l'héritier bénéficiaire est personnellement tenu des dettes de son auteur. Sans doute il n'est obligé que dans la limite de son

émolument; mais cette circonstance ne saurait modifier sa situation au point de vue du délaissement.

« Toutes les règles qui s'observent en l'héritier » simple, doivent être gardées en l'héritier par » bénéfice d'inventaire, fors qu'il ne peut jamais être » tenu outre la valeur des biens héréditaires : mais » outre cette particularité et peu d'autres qui en » découlent, il est en tout semblable à l'héritier » simple. »

Les successeurs à titre particulier ne sont point obligés personnellement. La donation, le legs à titre particulier, la vente, l'échange, la dation en paiement ne font point passer les obligations personnelles de l'auteur sur la tête de l'ayant-cause.

Enfin dans l'art. 2173, la loi vise deux hypothèses où, d'après elle, on eût pu voir un engagement personnel du tiers détenteur.

Le délaissement peut être fait, dit le texte, même après que le tiers détenteur a reconnu l'obligation ou subi condamnation en cette qualité seulement.

C'est qu'en effet, la reconnaissance volontaire ou judiciaire de la qualité de tiers détenteur n'implique en rien l'existence d'obligations personnelles, qui seules pourraient mettre obstacle à la faculté de délaisser.

Mais il importe de préciser les hypothèses prévues par le législateur : et d'abord, il doit demeurer entendu que ces mots du texte, « reconnu l'obligation » doivent se comprendre en ce sens : reconnu l'existence et la validité de l'hypothèque.

Un tiers détenteur pourra être mis en demeure de reconnaître l'hypothèque qui grève son fonds, au cas où le créancier à terme ou conditionnel veut interrompre la prescription de l'hypothèque assise à son profit sur l'immeuble en question : à cet effet, le créancier s'adresse au détenteur, et lui demande de reconnaître l'hypothèque. Si ce dernier fait droit à cette réclamation, il y a reconnaissance volontaire; au cas contraire, les tribunaux sont appelés à statuer : c'est dans ce cas, que le détenteur peut être « condamné en cette qualité, » comme le dit le texte. On dit alors qu'il y a reconnaissance judiciaire de l'hypothèque.

Le tiers détenteur sera encore « condamné en cette qualité, » dans le cas où il aurait intenté une action négatoire de l'hypothèque, s'il vient à succomber. Ainsi, je suppose que le tiers demande la radiation de l'inscription hypothécaire prise sur son immeuble; si les juges repoussent cette prétention, décidant par là que le fonds est valablement hypothéqué, le tiers détenteur « sera condamné en cette qualité. »

Dans ces diverses hypothèses, le tiers détenteur n'est pas obligé.

Mais dans tous les cas, où il se trouve personnellement tenu, les créanciers hypothécaires auront le droit de refuser le délaissement.

§ 2.

C'est un point de droit controversé que celui de savoir si les obligations personnelles du tiers détenteur envers son auteur, font obstacle au délaissement.

M. Troplong soutient avec la vigueur et la logique qui lui sont ordinaires, que les rapports existants entre le tiers détenteur et son auteur ne sauraient influer en rien sur la faculté de délaisser.

D'après cet illustre jurisconsulte, l'art. 2172, décidant que le tiers détenteur obligé personnellement n'est pas reçu à délaisser, entend dire seulement que le débiteur personnel ne peut forcer les créanciers à recevoir le délaissement de l'immeuble, comme le pourrait un acquéreur pur et simple (*Priv. et Hyp.*, t. 3, p. 458).

M. Troplong affirme, d'ailleurs, que si l'on admettait la doctrine contraire, on ne tendrait à rien moins qu'à forcer le tiers détenteur à purger. Or, c'est un principe en notre régime hypothécaire, que la purge est purement facultative. Qu'importent les obligations qui peuvent subsister entre le tiers détenteur et son auteur : ce ne sont que des rapports purement personnels, de nul effet à l'égard des créanciers inscrits, lesquels se présentent investis d'un droit réel. A la vérité, ils pourront, dans une certaine mesure, profiter de l'existence de ces obli-

gations, si au lieu d'agir par l'action hypothécaire ils se mettent au lieu et place de leur débiteur, et exercent, par application de l'art. 1166, ses droits et actions à l'encontre du détenteur. Mais en tant qu'il s'agit de l'action hypothécaire, le détenteur n'est point directement obligé envers les créanciers : ceux-ci ne peuvent refuser le délaissement, et nul ne le peut à leur place.

Ainsi, M. Troplong démontre que les créanciers hypothécaires ne pourront repousser le délaissement que si le tiers détenteur est leur obligé personnel. Mais il n'établit pas, à mon sens, que l'auteur du détenteur ou un tiers ne pourra s'opposer au délaissement dans l'hypothèse où le détenteur se serait obligé envers eux, soit directement, soit indirectement à ne point délaisser.

Et d'abord, ira-t-on jusqu'à nier que l'auteur du tiers détenteur, son vendeur, par exemple, puisse l'obliger à ne point délaisser? Une convention de cette sorte ne vaudrait-elle point? Contestera-t-on l'intérêt du vendeur? Ne sait-on pas que les frais de délaissement sont toujours considérables : que l'immeuble délaissé se trouve placé aux mains d'un curateur indifférent qui laisse les choses suivre leur cours sans se préoccuper d'intérêts qui ne sont pas les siens? Enfin, le vendeur ne serait-il point soumis, par suite du délaissement, à une action en garantie?

On conçoit que l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué s'oblige à ne pas délaisser, ou bien à purger,

c'est-à-dire à faire les notifications d'usage, puis à payer si les créanciers acceptent le prix d'acquisition, ou à subir la surenchère s'ils n'en sont pas satisfaits, ou encore à payer les créanciers inscrits; enfin, le vendeur, créancier de son acquéreur, ne peut-il désigner les créanciers hypothécaires : ceci revient à l'obligation de désintéresser les créanciers. Seulement, dans ce cas, le détenteur n'est obligé de payer que ce qu'il doit à son auteur. Et alors, de deux choses l'une, ou la somme qu'il doit sera supérieure au montant des créances inscrites, et il paiera les créanciers hypothécaires, ou bien elle sera inférieure, et il sera en fait dans la même situation que s'il s'était obligé à purger.

Soutiendra-t-on que dans ces stipulations le constituant s'est exclusivement préoccupé de ses créanciers, et n'a voulu que leur donner un moyen de refuser un délaissement en usant du bénéfice de l'art. 1166? C'est inadmissible. En toutes ces hypothèses que je viens d'énumérer, même alors que les créanciers agissant par l'action hypothécaire ne refuseront pas et ne pourront pas refuser le délaissement, l'auteur du tiers détenteur pourra intervenir, il s'opposera au délaissement devant le tribunal, il pourra même, s'il y a lieu, former une tierce opposition au jugement qui l'aura admis (1).

(1) Consulter en ce sens Martou, III, 1299; Orléans, 16 avril 1847; Orléans, 25 juillet 1849; Req. rej., 1er juillet 1850; Riom, 8 décembre 1852.

Je suppose maintenant qu'il n'y a point eu de stipulations directes, tendant à interdire le délaissement au tiers détenteur, mais que ce dernier est tenu de certaines obligations que le délaissement aurait pour effet de faire disparaître : ainsi, l'immeuble acquis n'a point été payé. Si l'acquéreur délaisse, il s'affranchit de l'obligation de payer ce prix, d'où je conclus qu'il ne saurait délaisser au moins en tous les cas. Si, en effet, on admet l'opinion contraire, on arrive à cette conséquence que l'acquéreur d'un bien hypothéqué n'est jamais absolument tenu envers son vendeur, qu'il peut se dégager et rompre son contrat d'acquisition, le cas échéant.

Je suppose qu'une personne achète 50,000 francs un immeuble hypothéqué; un certain laps de temps s'écoule. L'immeuble perd de sa valeur : il ne vaut plus que 25,000 francs. Les créanciers hypothécaires font à ce moment au détenteur les sommations d'usage : dira-t-on que le détenteur peut délaisser ; se soustraire à l'obligation de payer le prix; échapper aux conséquences d'une opération qui n'a point réussi ? Et ne voit-on pas les dangers d'une pareille situation, son injustice et les collusions auxquelles elle peut donner lieu ?

Certes, il serait superflu d'insister sur ces inconvénients de l'opinion que je combats.

D'ailleurs, l'art. 1234 énumère les causes d'extinction des obligations. A cette énumération, la doctrine ajoute l'expiration du terme, lorsque l'obligation

a été contractée pour durer jusqu'à une époque déterminée, et la mort du débiteur dans les cas prévus par les art. 419, 617, 957, 1795, 1865, 1879, 1982, 2003 du Code Napoléon.

Le délaissement ne saurait être un moyen de se dégager de ses obligations. Quel est, en effet, son objet ? Soustraire aux conséquences de l'action hypothécaire le tiers détenteur : rien de plus. Vous délaisserez, semble dire la loi, lorsque vous serez poussé à bout par les créanciers hypothécaires. Mais si en exécutant les obligations dont vous êtes tenu, vous pouvez paralyser l'action hypothécaire et affranchir le bien, il faut les exécuter avant que de délaisser, sinon le vendeur interviendra et vous demandera de remplir vos obligations, si elles sont exigibles, et si leur accomplissement doit être efficace et sans danger pour vous.

Ainsi se trouve limitée la proposition trop absolue que j'émettais en commençant l'exposition de cette grave question.

Le tiers détenteur ne saurait délaisser, sans que son vendeur s'y opposât à bon droit, si par l'exécution de ses obligations il pouvait libérer l'immeuble.

Cependant, le vendeur ne pourrait critiquer le délaissement si les obligations du tiers détenteur n'étaient point exigibles. Je suppose que le détenteur doit son prix d'acquisition, mais la vente est à terme : avant que la dette soit exigible les créanciers intentent l'action hypothécaire. Le détenteur

pourra délaisser. Il ne saurait, en effet, être tenu de rien faire au-delà de ses obligations pour le maintien de son contrat; et d'autre part, son vendeur ne pourrait le contraindre à s'exécuter après lui avoir accordé un terme; d'où cette conséquence, que se trouvant sans moyen d'action d'aucune sorte, à l'encontre de son acquéreur, il serait contraint de subir le délaissement.

Du reste, il est impossible de déterminer d'une façon absolue les hypothèses où le prix d'un immeuble hypothéqué n'est pas exigible, même lorsque l'acquisition est faite sans terme ou lorsque le terme est expiré. L'art. 1653 porte, en effet, que si l'acheteur est troublé ou a sujet de craindre d'être troublé par une action hypothécaire, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution. Tout acquéreur d'un immeuble hypothéqué est exposé à perdre la chose par l'éviction et le prix par suite de l'insolvabilité du vendeur. Or, j'ai dit qu'en tous les cas où le vendeur n'avait pas le droit d'obliger actuellement le tiers détenteur, ce dernier peut délaisser.

Toutes les fois que le vendeur prétendra s'opposer au délaissement, en demandant l'exécution préalable des obligations dont son acquéreur est tenu envers lui, le tiers détenteur invoquera le bénéfice de l'art. 1653. Il y aura là une question préliminaire à résoudre.

Que si l'art. 1653 n'est point applicable, si le

prix est exigible, le vendeur s'opposera efficacement à ce que le délaissement soit effectué.

Il n'y aura point lieu de distinguer si le prix d'acquisition est supérieur ou inférieur au montant des créances inscrites. Il suffira de se demander s'il est exigible : il sera exigible s'il est supérieur à la somme des créances inscrites et non inscrites ; ou si les créanciers ont déclaré s'en contenter ; enfin, si le vendeur a donné caution aux termes de l'art. 1653, et en général, dans tous les cas où le tribunal aura déclaré que le tiers détenteur n'a plus juste sujet de craindre d'être troublé. Alors le détenteur devra accomplir les obligations dont il est tenu, sans pouvoir délaisser.

La jurisprudence n'admet pas absolument cette doctrine ; sans se préoccuper de l'art. 1653, elle se demande seulement si le prix d'acquisition est supérieur ou inférieur au montant des créances inscrites : « La position du tiers acquéreur est » modifiée selon que le prix de vente qui est entre » ses mains se trouve inférieur ou supérieur au » montant des créances inscrites sur l'immeuble. » Au premier cas, il est manifeste que le droit de » délaisser ne saurait être entravé par l'intervention » ou l'opposition du vendeur, qui n'ayant contre » l'acquéreur d'autre action que l'action personnelle » pour le contraindre à payer son prix, exercerait » alors vainement cette action, puisque le paiement » du prix ne pouvant pas dégager entièrement » l'immeuble des charges qui le grèvent, laisserait

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITAIRE

» encore le tiers acquéreur exposé aux suites de » l'action hypothécaire. » (C. de Cass., du 1er juill. 1850, *Journal du Palais*, t. I (1852), p. 191).

A mon sens, l'arrêt précité va trop loin, lorsqu'il décide en principe, et d'une façon absolue, que si le prix d'acquisition est inférieur au montant des créances inscrites, le tiers détenteur peut nécessairement délaisser sans que son vendeur puisse intervenir.

« Le vendeur, est-il dit dans le dispositif de l'arrêt, » le vendeur qui a le droit incontestable de pour- « suivre cette exécution contre l'acquéreur, a néces- » sairement celui d'intervenir pour contraindre son » débiteur à payer le prix convenu, et à faire » disparaître par ce paiement toutes les causes d'un » délaissement dont rien ne peut justifier la » nécessité. » Le point de départ de cette doctrine est, on le voit, celui que j'essayais de préciser dès le principe de cette controverse : si, par la suite, il y a divergence, c'est que la Cour de Cassation ne s'attache point à déterminer, comme j'ai essayé de le faire, les cas où le vendeur a le droit de forcer son acquéreur à exécuter ses obligations, et dès lors peut intervenir pour empêcher le délaissement. — Or, il arrivera que cette exécution pourra être poursuivie, ainsi que je l'ai dit, même alors que le prix sera inférieur à la somme des créances hypothécaires inscrites : et à l'inverse, dans le cas où il sera supérieur, il pourra cependant n'être point exigible, si, par exemple, il y a lieu de supposer

l'existence d'hypothèques légales non inscrites, ou si le tiers détenteur doit à terme. Delvincourt, qui, dans le cas où le prix est supérieur au montant des créances inscrites, reconnaît le droit d'intervention du vendeur, dans l'hypothèse inverse, considère le tiers détenteur comme obligé de purger avant que de délaisser.

M. Troplong combat énergiquement cette opinion. Comment soutenir que la purge est obligatoire dans le cas présent ? Ne sait-on pas que la loi la considère toujours comme purement facultative ? « Il ne peut, » dit cet illustre jurisconsulte (p. 469, *Priv. et* » *Hyp.*, t. III), y avoir grand inconvénient à ce que » les tiers détenteur préviennent, par un abandon » spontané, l'abandon forcé auquel les créanciers » ne manqueront pas de recourir s'ils espèrent » meilleur avantage de l'immeuble que du prix » stipulé dans le contrat. »

Du reste, on conçoit que M. Troplong ait repoussé l'opinion de M. Delvincourt, si l'on se rappelle l'idée à coup sûr bien exagérée et toute personnelle qu'avait ce juriste renommé des dangers de la purge : « Le » tiers détenteur, disait-il, (pag. 93 de la *Vente*, » tom. 2) est menacé de perdre la chose si l'action » hypothécaire le force au délaissement et le prix, » s'il se décide à payer, pour opérer le purgement. »

Il est hors de doute que la purge est sans danger pour qui se propose d'en remplir les formalités.

Mais la vérité est qu'en vertu de son titre d'acquéreur, le tiers détenteur n'est obligé envers son

vendeur qu'à une seule chose : payer son prix. Or, ce prix étant inférieur au montant des créances inscrites, n'est point véritablement exigible : le détenteur ne saurait payer sans danger; le droit au délaissement demeure donc entier, le droit de poursuite se trouve paralysé. Que si le vendeur donne à son acquéreur une caution, s'il obtient des créanciers qu'ils se déclarent satisfaits du prix d'acquisition, alors la dette devient exigible.

Et selon toutes les probabilités, le détenteur purgera, pour plus de sûreté, mais en dernière analyse, il n'aura point été obligé de purger. C'est ce qu'on ne saurait contester.

SECTION II.

DE LA CAPACITÉ D'ALIÉNER.

Pour pouvoir délaisser, dit l'art. 2172, il faut pouvoir aliéner. Cette exigence de l'art. 2172 paraît être en contradiction avec ce que j'ai dit de la nature du délaissement, qui n'est autre chose qu'un abandon de la possession. Cependant, on peut s'expliquer la décision du législateur, en se rappelant que, sous certains rapports, le délaissement considéré au point de vue de ses effets, se rapproche singulièrement d'une véritable aliénation. Il aboutit à une adjudication : il entraîne la perte de la pos-

session et des avantages qu'elle confère. Enfin, il implique dans une certaine mesure la reconnaissance du droit du créancier hypothécaire. Il serait superflu d'insister davantage pour justifier une disposition, que si elle ne cadre point rigoureusement avec les principes et la nature particulière de l'institution à laquelle elle s'applique, se trouve suffisamment expliquée par l'importance des intérêts qu'elle est destinée à sauvegarder.

Le mineur émancipé ou non émancipé, ne peut délaisser. L'interdit ne le peut pas davantage. Ils sont tous frappés d'une incapacité absolue de disposer de leurs biens.

Le tuteur peut-il délaisser? La loi lui reconnaît la capacité d'aliéner, du moins en principe, mais elle la subordonne à des conditions, telles que, suivant Grenier, il ne saurait délaisser.

D'après Grenier, l'art. 2172 exigerait, chez celui qui délaisse, la capacité personnelle, si je puis parler ainsi, d'aliéner. Il faut pouvoir aliéner soi-même pour pouvoir délaisser. Or, le tuteur n'a point cette faculté, s'il aliène c'est en se soumettant à des conditions particulières. Aux termes des art. 458 et 457 du Code Napoléon, sa capacité est subordonnée à l'autorisation préalable du conseil de famille homologuée par le tribunal. De plus, l'art. 459 indique suivant quelles formes l'aliénation doit se produire, elle doit être publique, faite en présence du subrogé-tuteur, à la suite de trois affiches apposées par trois dimanches consécutifs, etc. : les art. 953 et suivants

complètent l'énumération de ces formalités. Or, ces formes sont incompatibles avec le droit qu'ont les créanciers de faire saisir et vendre l'immeuble, trente jours après la sommation de payer ou de délaisser. D'où cette conséquence, qu'en réalité le tuteur ne peut délaisser.

M. Persil (*Régim. hyp.*, art. 2172), enseigne qu'il suffit d'appliquer les art. 457-458. Et que, sans autres formalités, le tuteur, muni d'une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal, peut délaisser. Ce système, très favorable en lui-même aux intérêts du mineur, peut être l'objet de critiques légitimes : il fait abstraction des art. 459 C. Nap., 953 et suivants du C. de procédure (1).

Je m'arrête à l'opinion défendue par MM. Dalloz (Rép., v° *Priv. et Hyp.*, n° 5, p. 342), Troplong (n° 820), de Freminville (*De la minorité*, t. I, n° 441 *bis*).

D'après ces auteurs, il faut s'en rapporter exclusivement à l'art. 464, qui est ainsi conçu : « Aucun » tuteur ne pourra introduire en justice aucune » action relative aux droits immobiliers du mineur, » ni acquiescer à une demande relative aux mêmes » droits sans l'autorisation du conseil de famille. » On peut aisément soutenir que le délaissement participe de la nature de l'acquiescement, en sorte que l'on échappe au reproche d'arbitraire, qu'on formule

(1) Battur, III, 482; Duranton, XX, n° 260; Zachariæ, t. II, p. 209, note 24, 3e édition ; Martou, n° 1288.

d'ordinaire à l'encontre de cette opinion, très favorable d'ailleurs à tous les points de vue aux intérêts du mineur.

La femme mariée délaisse avec l'autorisation de son mari.

Le mari délaisse les conquêts de communauté sans le concours de sa femme.

Les prodigues, pourvus d'un conseil judiciaire, ne délaissent qu'avec son assistance.

Les envoyés en possession définitive des biens d'un absent ont le droit d'aliénation, et dès lors délaissent valablement. De même, l'héritier bénéficiaire qui a tous les droits de l'héritier pur et simple.

Mais les curateurs d'une succession vacante ne sauraient délaisser : ils ne sont que des administrateurs ; d'ailleurs s'ils se retiraient, leur retraite n'aurait d'autre effet que de rendre nécessaire la nomination d'un curateur spécial à l'immeuble délaissé.

Enfin, les syndics d'une faillite ne sauraient délaisser, bien qu'ils aient le droit d'aliéner. Comme le fait observer M. Pont (*Des Priv. et Hyp.*, art. 2172-2174, p. 1053) : « Si les syndics ont le » pouvoir d'aliéner, c'est uniquement en vue de » la liquidation et pour en faciliter les opérations. » Or, délaisser, c'est déserter une administration » qui est précisément l'objet unique de la charge » dont ils sont investis. »

CHAPITRE III.

QUAND PEUT-ON DÉLAISSER ?

Le tiers détenteur ne peut délaisser que quand il est poursuivi. Jusqu'à ce moment, en effet, il peut espérer que le débiteur paiera. A la vérité cette situation est pleine d'incertitude, mais il ne faut pas oublier que le détenteur l'a acceptée en se rendant acquéreur du fonds hypothéqué, et que, d'ailleurs, il a toujours un moyen d'y mettre un terme : il peut purger.

Ainsi, les créanciers hypothécaires font au tiers détenteur sommation de payer ou de délaisser ; à partir de ce moment, il peut délaisser.

Il ne le peut plus, lorsque les 30 jours de répit que la loi lui accorde pour délibérer sont expirés (1).

Cette proposition est repoussée par certains auteurs et par toute la jurisprudence. La loi, dit-on, ne limite par aucune loi la faculté laissée au tiers détenteur de s'affranchir de toutes poursuites par le délaissement. A la vérité elle défend aux créanciers de commencer les poursuites en expropriation

(1) En ce sens Delvincourt, t. III, p. 179 ; Persil, art. 2173 ; Mourlan, *Rép. cart.*, t. III, p. 514 ; Duranton, t. XX, n° 262.

avant l'expiration d'un délai de 30 jours, à partir de la sommation : mais cette disposition est tout en faveur du tiers détenteur et ne saurait s'interpréter contre lui. La règle de la matière est écrite dans l'art. 2172 : quant au délaissement par hypothèque, il peut être fait par tous les tiers détenteurs qui ne sont pas personnellement obligés et qui ont capacité d'aliéner. Le droit du détenteur est absolu, on ne saurait le limiter arbitrairement (1).

Tels sont les arguments essentiels sur lesquels repose cette opinion. Mais, en premier lieu, on peut soutenir, non sans quelque apparence de raison, que le texte de l'art. 2169 favorise la doctrine opposée. Le tiers détenteur a 30 jours pour délibérer, dit la loi ; mais lorsque ce délai est écoulé, faute par lui de satisfaire pleinement à l'une de ces obligations, payer ou délaisser, chaque créancier hypothécaire est en droit de faire vendre *sur lui* l'immeuble hypothéqué. Or ces mots, faire vendre *sur lui*, ne signifient rien autre chose que ceci : poursuivre *contre lui*. Et n'est-ce pas dire, d'une façon détournée, qu'il ne peut plus délaisser ? Il ne saurait, en effet, dépendre du tiers acquéreur d'entraver la marche de l'expropriation, dont la procédure commence dès après l'expiration du délai fixé par l'art. 2169.

Que si, d'ailleurs, on repousse cette limite au

(1) Paul Pont, art. 2172, 2174, p. 1057 ; Voy. Paris, 10 janvier 1851 ; Angers, 14 juillet 1855.

droit du tiers détenteur, ira-t-on aussi loin que la jurisprudence, et dira-t-on avec elle qu'il peut délaisser, même après que la procédure en saisie immobilière a été commencée contre lui ? (Angers, 14 juillet 1855), ou encore, après que, contradictoirement avec lui, il y a eu conversion de la saisie en vente sur publications volontaires ? Et dans cette hypothèse, que sera donc ce délaissement se produisant après dépossession du détenteur ? Ne voit-on pas, d'ailleurs, combien il deviendrait aisé de prolonger outre mesure la procédure en expropriation, en nécessitant de nouvelles formalités par suite de la substitution du curateur nommé à l'immeuble après le délaissement ?

Il faut considérer que le tiers détenteur, en laissant passer les délais à lui accordés pour délibérer sans donner signe de vie, a pris implicitement l'engagement de subir les conséquences de la poursuite hypothécaire. Il se trouve personnellement obligé envers les créanciers à ne point délaisser.

C'est ainsi que la généralité des auteurs considère comme personnellement obligé et comme, dès lors, ne pouvant délaisser le tiers détenteur qui a commencé la procédure de la purge.

CHAPITRE IV.

DE LA FORME DU DÉLAISSEMENT.

L'art. 2174 indique les formes suivant lesquelles le délaissement doit être fait.

« Le délaissement par hypothèque se fait au greffe du tribunal, de la situation des biens, et il en est donné acte. Sur la pétition du plus diligent des intéressés, il est créé à l'immeuble délaissé un curateur sur lequel la vente de l'immeuble est poursuivie dans les formes prescrites pour les expropriations. »

Ainsi, aux termes de la loi, le tiers détenteur doit, en premier lieu, déclarer au greffe du tribunal de première instance qu'il veut délaisser. L'acte de déclaration sera signé par le greffier et par le délaissant. Cette déclaration préliminaire sera suivie de notifications destinées à porter à la connaissance des créanciers inscrits et du débiteur l'acte en question. En même temps, il faudra les sommer de se présenter à l'audience où le tribunal donnera acte au délaissant de sa déclaration, constatant ainsi, à la fois, le délaissement lui-même et sa validité. Il importe, en effet, de faire savoir au débiteur aussi bien qu'aux créanciers inscrits que le tiers détenteur est dans l'intention de délaisser : car les uns et les

autres peuvent, le cas échéant, contester à celui-ci le droit au délaissement (1).

Les choses étant en cet état, le tribunal sera appelé à statuer sur le délaissement. Au cas où des contestations viendront à se produire, il en appréciera la valeur, et s'il trouve bien fondée la prétention du détenteur, il lui donnera acte du délaissement.

Sur ce point, il ne saurait y avoir de difficultés dans le cas où quelques-unes des parties (les créanciers inscrits ou l'auteur du délaissant) ont refusé le délaissement, par ce motif qu'il ne se produisait pas suivant les conditions prescrites par la loi.

Mais dans l'hypothèse où les intéressés acceptent le délaissement, est-il rigoureusement nécessaire de recourir encore à la justice, et de lui demander acte de la déclaration ?

Le texte semble résoudre la question affirmativement : « Il en est donné acte par le tribunal. »

Malgré la généralité des termes employés par le législateur, on peut soutenir qu'au cas présent, cette formalité n'est point rigoureusement nécessaire : il suffira, par exemple, de joindre à l'acte de déclaration un second acte par lequel créancier et débiteur diront accepter le délaissement (2).

Quoi qu'il en soit à cet égard, il y a lieu de pourvoir à la nomination d'un curateur : il est, en effet,

(1) Riom, 30 juin et 8 décembre 1852.

(2) Consulter en ce sens Troplong, n° 827 ; Pageau, t. II, p. 448.

nécessaire de charger un tiers de veiller à l'accomplissement des formalités destinées à assurer la vente de l'immeuble aux conditions les plus avantageuses : c'est l'intérêt commun de toutes les parties en présence.

Sur la demande du plus diligent des intéressés, le tribunal nomme le curateur.

En général, lorsque le tribunal sera appelé à statuer sur le délaissement lui-même, par un même jugement, il sera pourvu à la nomination du curateur et à la constatation du délaissement.

Dans le cas où le tribunal, en donnant acte au tiers détenteur, aurait négligé de nommer un curateur, et aussi lorsque il n'y aura pas eu contestation et que les parties auront accepté le délaissement par un acte extra-judiciaire, on pourra s'adresser directement au président par voie de requête : celui-ci ordonnera la communication au ministère public, puis, en chambre du Conseil, une décision pourra intervenir portant nomination d'un curateur (1).

La vente de l'immeuble sera poursuivie contre le curateur dans les formes prescrites pour les expropriations : la situation de ce dernier est assez analogue à celle du *magister bonorum*. Seul le curateur a qualité au cours de la procédure pour contredire les prétentions des poursuivants : les jugements rendus contre lui sont opposables à toutes les parties, c'est-à-dire au débiteur et au tiers détenteur.

(1) Voy. Bertin, *Chamb. du conseil*, n° 1260.

CHAPITRE V.

DES EFFETS DU DÉLAISSEMENT HYPOTHÉCAIRE.

J'ai dit ailleurs, et j'ai cherché à démontrer que le délaissement hypothécaire n'est autre chose qu'un abandon de la possession, en sorte qu'au point de vue du droit de propriété la situation respective de l'acquéreur ou tiers détenteur et de son vendeur n'est point modifiée, parce que l'immeuble hypothéqué aura été délaissé.

Mais par l'effet de cet abandon de la possession, certaines obligations prennent naissance entre le vendeur et le tiers détenteur : l'obligation de garantie par exemple ; et à ce propos je dois étudier la grave question des risques, au cas où la chose viendrait à périr par cas fortuit après le délaissement.

D'autre part, il y a lieu de déterminer les droits respectifs du tiers détenteur et des créanciers hypothécaires, soit au point de vue des détériorations ou des améliorations qui ont modifié la valeur de l'immeuble, soit au point de vue des fruits dont le premier peut se trouver comptable, afin de déterminer les bases des comptes à intervenir entre les parties.

J'examinerai ces matières sous deux sections.

Section première : Des effets du délaissement au point de vue de la situation respective du tiers détenteur et de son vendeur.

Section deuxième : Des effets du délaissement au point de vue de la situation respective du tiers détenteur et des créanciers hypothécaires. — Comptes à intervenir.

SECTION PREMIÈRE.

DES EFFETS DU DÉLAISSEMENT AU POINT DE VUE DE LA SITUATION RESPECTIVE DU TIERS DÉTENTEUR ET DE SON VENDEUR.

Le délaissement hypothécaire n'est autre chose qu'un abandon de la possession. Le tiers détenteur propriétaire, en vertu de son titre d'acquisition de l'immeuble hypothéqué, en abandonne la possession pour se soustraire aux conséquences de l'action hypothécaire. Cependant aux termes de l'art. 2173 jusqu'à l'adjudication, il lui est loisible de la reprendre en payant toute la dette et les frais, y compris ceux de délaissement.

C'est l'opinion généralement admise. On soutient encore que le délaissement est un abandon de la propriété. Ailleurs, j'ai essayé de combattre cette idée, et j'ai soutenu que le délaissement n'était que l'abandon de la possession.

Mais si l'on veut bien se rappeler l'analyse que je présentais au début de cette dissertation des caractères du droit d'hypothèque et les diverses propositions que je formulais comme conclusion de cette étude, tout en adoptant cette opinion, on devra envisager, sous un autre aspect que ses adhérents, la situation respective du vendeur et du tiers détenteur. Je disais : la constitution d'hypothèque restreint ou paralyse complètement l'exercice du *jus abutendi* ; elle restreint seulement l'exercice du *jus abutendi* dans le cas où la valeur de l'immeuble est supérieure au montant des créances hypothécaires. Elle le paralyse absolument au cas contraire. Dans la première hypothèse, le tiers qui se sera rendu acquéreur de l'immeuble hypothéqué ne sera devenu propriétaire que d'une portion indivise. Pour le surplus, la propriété sera restée au constituant. Dans la seconde hypothèse, le tiers qui se sera rendu acquéreur de l'immeuble hypothéqué, n'en sera point devenu propriétaire.

Dans tous les cas, on ne saura si la constitution d'hypothèque restreignait seulement ou paralysait absolument l'exercice du *jus abutendi* qu'après l'adjudication à suite d'expropriation ou de surenchère, parce qu'alors seulement on connaîtra officiellement la valeur de l'immeuble.

Lors donc que le tiers détenteur vient à délaisser, il perd la possession, et avec elle l'exercice des droits qu'elle lui conférait. L'hypothèque ne porte point, en effet, sur la jouissance de l'immeuble

hypothéqué : le vendenr avait donc réellement transmis cette jouissance à son acquéreur, qui l'exerçait comme il eût pu le faire lui-même. Il faisait siens les fruits qu'il recueillait : on sait, en effet, que l'hypothèque ne frappe que les fruits pendants.

Avec la possession, le détenteur perd la jouissance de la chose : à la vérité la perte de possession n'est point irrévocable, en ce sens que jusqu'à l'adjudication, il est possible de la recouvrer en remplissant les conditions prescrites par l'art. 2173. Cependant, on ne saurait considérer le tiers détenteur comme un possesseur sous condition suspensive, car la possession est un état de fait qui ne me paraît pas susceptible de pareilles modalités : on possède ou on ne possède pas ; tout au plus pourrait-on dire que la renonciation à la possession qui résulte du délaissement est faite sous condition résolutoire.

En résumé, le délaissement ne modifie point la situation respective des parties au point de vue du droit de propriété.

On rattache d'ordinaire à la détermination de la nature du délaissement, en l'y subordonnant, la solution d'une question importante. Je veux parler de la question des risques. L'immeuble hypothéqué vient à périr par cas fortuit avant l'adjudication et après le délaissement. Qui doit, en définitive, subir cette perte ? Le vendeur ou le tiers détenteur ?

Cette question semble préoccuper à un haut

degré les auteurs qui ont étudié cette matière : pour la résoudre, ils se sont exclusivement attachés à rechercher qui se trouvait propriétaire au moment où la chose périssait : considèrent-ils le délaissement comme un abandon de la possession ? *Res perit domino*, disent-ils, la perte est pour le compte du tiers détenteur. L'envisagent-ils comme l'abandon de la propriété? La chose, disent-ils, périt pour le compte du vendeur. Ce point de vue n'est point rigoureusement exact, et j'essaierai d'en donner la preuve; mais si on l'adoptait, il faudrait reconnaître qu'il est impossible de résoudre cette question pour qui admet, comme je proposais de le faire, qu'à la suite de l'aliénation d'un immeuble hypothéqué, la situation respective du vendeur et du tiers détenteur qui a délaissé, demeure incertaine au point de vue du droit de propriété jusqu'à ce que l'adjudication soit venue déterminer la valeur du fonds.

En effet, la chose ayant péri après le délaissement et avant l'adjudication, il deviendrait impossible de savoir qui se trouvait réellement propriétaire au moment où la chose périssait, et par conséquent d'assigner, soit au vendeur, soit au tiers détenteur sa part de responsabilité, puisqu'il n'y aurait plus d'adjudication possible.

Et d'abord, avant que d'entrer dans la discussion, il importe de préciser l'hypothèse et d'examiner l'intérêt que soulève la question. J'ai acheté un immeuble hypothéqué : les créanciers exercent

l'action hypothécaire, je délaisse. Après le délaissement et avant l'adjudication, l'immeuble vient à périr par cas fortuit. Je dois le prix d'acquisition : devrai-je encore le prix, bien que l'immeuble ait péri ? Ou bien j'ai payé ce prix. Aurai-je le droit d'agir en garantie contre mon vendeur par suite de l'éviction résultant du délaissement? Ou la perte de l'immeuble survenue après l'éviction, va-t-elle paralyser l'action en garantie ? A la vérité, les hypothèses de perte par cas fortuit en matière immobilière sont fort rares : cependant, le fait peut se produire. Ainsi, je suppose que Primus a l'usufruit d'une maison, il l'hypothèque, puis il le vend à Secundus : Secundus délaisse. Survient un incendie : la maison a péri. L'usufruit, c'est-à-dire la chose délaissée, a été anéanti. Je suppose encore que Secundus doit le prix d'acquisition : sera-t-il libéré par la perte de la chose ? Dans la doctrine, on se demande qui était propriétaire au jour du sinistre, et suivant qu'on reconnaît comme tel le tiers détenteur ou le vendeur, on soutient que l'un ou l'autre doit subir la perte.

Il n'en est cependant rien : sous l'empire de notre législation, toutes les fois que l'acquéreur est troublé dans l'exercice de son droit, soit par une action en revendication, soit par une action hypothécaire, l'action en garantie est ouverte, en ce sens qu'il peut appeler en cause son vendeur afin qu'il le défende et empêche la dépossession. Toutes les fois qu'il se trouve dépossédé par un jugement, toutes

les fois que, sans attendre ce jugement, il restitue la chose ou l'abandonne, ou la conserve à un autre titre que celui d'acheteur, il y a éviction : or, l'action en garantie naît de l'éviction.

Lors donc que le tiers détenteur délaisse l'immeuble hypothéqué, il est évincé. « Le tiers » détenteur qui a payé la dette hypothécaire ou » délaissé l'immeuble hypothéqué ou subi l'expro- » priation de cet immeuble, a le recours en garantie » tel que de droit contre le débiteur principal, dit » l'art. 2178. »

Si donc, au moment où le délaissement s'effectue, il y a éviction, si, dès cet instant, l'action en garantie prend naissance, comment soutenir que la chose a péri pour le compte du tiers détenteur, c'est-à-dire qu'il doit encore son prix d'acquisition ? En premier lieu, il est certain que son vendeur ne peut plus l'exiger, car en le laissant déposséder, il a manqué à l'une de ses obligations essentielles ; en outre, dès sa naissance l'action en garantie a fait partie intégrante du patrimoine du tiers détenteur. On ne pourrait admettre que, *ex post facto*, elle ait pu en être distraite parce que l'immeuble a péri par cas fortuit. Certes, je ne conteste pas la portée du brocard sur lequel MM. Troplong, Paul Pont, Mourlon et bien d'autres appuient leur opinion à cet égard : sans doute, la règle *res perit domino* doit être respectée; mais encore ne faut-il l'appliquer qu'à bon escient.

Si un immeuble hypothéqué venait à périr entre les mains du tiers détenteur, avant toute démarche

des créanciers inscrits, alors le prix d'acquisition serait encore dû au vendeur, car on ne saurait l'accuser d'avoir manqué à ses obligations envers son acquéreur. Mais notre hypothèse est tout autre, le vendeur n'a point assuré comme il le devait une possession utile et paisible au détenteur. Il a manqué à ses engagements : il a perdu le droit d'exiger le prix à lui dû, il est sous le coup d'une action en garantie : Qu'importe dès lors la qualité de propriétaire chez le tiers détenteur ?

Du reste, la question n'a point toute l'importance pratique que l'on pourrait supposer de prime abord, parce qu'on conçoit difficilement la perte absolue d'une chose immobilière. Il faut presque supposer un cataclysme, une inondation permanente ou des biens immobiliers d'une nature particulière pour qu'on puisse s'expliquer la perte absolue de la chose dans le sens propre du mot. C'est ainsi qu'on conçoit la possibilité d'un tel événement dans le cas où le droit d'hypothèque portait sur l'usufruit d'une maison : que la maison soit détruite par un incendie, le droit d'usufruit se trouve anéanti.

On a voulu expliquer les dispositions de l'art. 2177 relatives aux effets du délaissement et de l'adjudication, comme on l'a essayé pour la question précédente, en se référant à la nature du délaissement ou de l'adjudication. Ce texte a eu cette étrange fortune que des auteurs en grand nombre, après s'être servi des solutions qu'il renferme pour donner une définition du délaissement ou de l'adjudication, ont

voulu l'expliquer par ces définitions mêmes. Et c'est à mon sens parce qu'on s'est attaché exclusivement à justifier de cette sorte l'art. 2177 qu'on n'est point arrivé à une explication satisfaisante. Le fondement de ces dispositions n'est point dans la nature du délaissement ou de l'adjudication : ces faits juridiques ne sont que l'occasion de situations nouvelles, dont on trouvera la raison en s'attachant exclusivement à la détermination précise des droits respectifs du tiers détenteur et de son auteur sous l'empire de notre régime hypothécaire.

Donc, peu importe ici le système que l'on adoptera par rapport à la nature du délaissement ou de l'adjudication : car il n'est point sans importance de se rappeler que pour le législateur la situation du tiers détenteur est la même dans toute hypothèse. Qu'on envisage l'adjudication à suite d'expropriation comme opérant la résolution du droit du tiers détenteur ou comme un mode de transmission de la propriété ; que le délaissement soit un abandon de la propriété, de la possession, ou bien un abandon relatif de la propriété, opérant seulement dans la limite de l'intérêt des créanciers ; quel que soit en un mot le point de départ accepté, toute conciliation rationnelle entre les deux alinéas de l'art. 2177 est impossible, sur ces bases du moins. On en peut indiquer aisément le motif : comment ramener à un principe commun deux dispositions contradictoires ; le premier alinéa de l'art. 2177, lequel dispose que : « les servitudes et droits réels que

le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession, renaissent après le délaissement ou l'adjudication faite sur lui, » impliquerait que par l'effet du délaissement ou de l'adjudication « l'acquisition du tiers détenteur est résolue rétroactivement et annihilée. » Comment expliquer sans cela le rétablissement des servitudes et des droits réels après délaissement ou adjudication ?

Or, la seconde disposition ainsi conçue : « ses créanciers personnels après tous ceux qui sont inscrits sur les précédents propriétaires, exercent leur hypothèque à leur rang sur le bien délaissé ou adjugé, » suppose au contraire que le « tiers détenteur est dessaisi seulement par l'adjudication ou » le délaissement, sans effet rétroactif aucun, et que » c'est son droit précisément qui, par l'adjudication, » est transmis à l'adjudicataire. Comment comprendre, sans cela, que les hypothèques acquises » contre le tiers détenteur puissent avoir un effet » quelconque, après l'adjudication, sur l'immeuble » délaissé ? »

Ainsi s'exprime M. Pont, dans son tome II, des *Privilèges et hypothèques*, sur l'art. 2177. D'où il suit, en premier lieu, que ce n'est point au texte de l'art. 2177 qu'il faut demander la définition du délaissement ou de l'adjudication : en second lieu, que l'efficacité des hypothèques consenties par le tiers détenteur ou le rétablissement des hypothèques, droits réels ou servitudes que ce tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession, ne

sont point des *effets* du délaissement ou de l'adjudication.

Mourlon (t. I, p. 233, *Traité historique et pratique de la transcription*) reconnaît que le rétablissement « des servitudes et autres droits réels » que l'acquéreur dépossédé avait sur l'immeuble » avant sa possession est, juridiquement parlant, » incompatible avec le maintien de son contrat et » la transmission de son droit. »

Cependant, il propose, en ce qui touche plus particulièrement l'adjudication, de soutenir « qu'il y a résolution de la première aliénation, à l'égard des créanciers inscrits, du chef des précédents propriétaires » : par rapport à tous autres, l'adjudication n'est que translative du droit de l'acquéreur évincé à l'adjudicataire qui se trouve investi.

Ainsi se trouverait expliqué l'art. 2177, et je crois que cette explication suffirait en ce qui touche l'adjudication; mais comment l'appliquer au délaissement ? Or, le texte ne distingue point entre l'adjudicataire ou le délaissement, à notre point de vue du moins. Dira-t-on, avec M. Oudot, que le délaissement est un abandon relatif de la possession ? Et ajoutera-t-on que cet abandon, fait dans la limite de l'intérêt des créanciers, a un caractère résolutif ? Je ne le pense pas. Mourlon lui-même, dans son *Traité historique et pratique de la transcription* (p. 218, à la note), renonce à faire l'application de son système en matière de délaissement : « Le rétablissement des servitudes, dit-il, que le délaissant

avait sur l'immeuble avant de l'acquérir n'implique point la résolution rétroactive de son acquisition. »

C'est l'idée émise par Vernet (t. 20, *Revue pratique*), idée à laquelle ce jurisconsulte s'attachait pour concilier les deux alinéas de l'art. 2177.

D'après ce savant jurisconsulte, le paragraphe 1er de l'art. 2177 pourrait l'expliquer sans qu'il fût nécessaire de considérer l'adjudication ou le délaissement comme impliquant la résolution du titre de propriété du tiers acquéreur. Les créanciers, dit M. Vernet, ne peuvent vendre et saisir que leur gage : or, leur gage, c'est l'*immeuble tel qu'il était avant l'aliénation* consentie par le débiteur primitif. L'immeuble était grevé de servitudes : ces servitudes doivent subsister malgré l'exercice de l'action hypothécaire. Les rédacteurs du Code ont considéré qu'il serait injuste de laisser les créanciers bénéficier de la plus-value fortuite résultant de l'acquisition de l'immeuble par le détenteur.

Et, certes, les explications de M. Vernet seraient concluantes s'il ne s'agissait que de justifier les dispositions de l'art. 2177, ou de faire connaître les motifs qui ont pu inspirer le législateur lorsqu'il les a édictées. Mais démontrer l'équité d'une solution juridique, ce n'est point la rattacher à un principe ; on ne saurait considérer ce qui précède comme une explication rationnelle suffisante.

Les servitudes revivront, dit le texte, et M. Vernet le redit sans en donner d'autre raison, ce semble, que celles que j'ai rapportées. Et, cependant, s'il y

a eu translation de propriété, si le tiers détenteur est devenu propriétaire du fonds hypothéqué, ce que paraît admettre M. Vernet, les servitudes dont il s'agit ont disparu par confusion : si le droit de l'acquéreur est résolu, comment expliquer la persistance des servitudes, ou même dire avec la loi qu'elles revivront? dans ce système, à proprement parler, elles naissent, ce sont des servitudes légales que la loi substitue aux anciennes, lesquelles sont bien mortes : ce faisant, elle substitue l'équité au droit, ce qui, au point de vue scientifique, ne laisse pas que d'être une sérieuse objection.

Tel est l'état de la question. Mais si renonçant à justifier l'art. 2177 par les procédés que je viens de dire, on s'attache à ne le considérer que comme la conséquence de la situation faite au tiers détenteur sous l'empire de notre législation, la tâche se trouve singulièrement simplifiée.

Si l'on veut bien admettre un instant la théorie que j'ai présentée dès le principe de cette dissertation, on retiendra les propositions suivantes :

1° L'hypothèque restreint dans une certaine mesure l'exercice du *jus abutendi* entre les mains du propriétaire constituant. Dans cette hypothèse, le tiers qui se sera rendu acquéreur de l'immeuble hypothéqué ne sera devenu propriétaire que d'une portion indivise du fonds hypothéqué ; pour le surplus la propriété sera restée au constituant.

2° L'hypothèque peut paralyser absolument l'exercice du *jus abutendi* aux mains du propriétaire

constituant. Dans cette hypothèse, le tiers qui aura voulu devenir acquéreur de l'immeuble hypothéqué n'en sera point propriétaire.

3° On ne saura si l'hypothèque restreint seulement ou bien paralyse absolument l'exerce du *jus abutendi* qu'après l'adjudication à suite d'expropriation ou de surenchère.

Je supposerai donc que le tiers détenteur a délaissé, ou, ce qui revient au même, qu'il a été exproprié et que l'immeuble a été adjugé; de deux choses l'une : 1° le tiers détenteur n'a pas été propriétaire du tout, parce que l'exercice du *jus abutendi* était paralysé entre les mains de son débiteur (1) : il n'y a donc pas eu de confusion, les servitudes et autres droits réels subsistant sur le fonds hypothéqué n'ont point éte éteints : on ne les exerçait pas, mais ils persistaient.

Ainsi se trouve expliqué le premier alinéa de l'art. 2177.

Le second alinéa n'a pas besoin d'explication dans cette hypothèse du moins, car il ne s'applique point.

Le tiers détenteur n'a jamais été propriétaire de l'immeuble, car le prix d'adjudication se trouve égal ou inférieur au montant des créances inscrites.

2° Le tiers détenteur a bien été propriétaire, mais seulement d'une portion indivise du fonds hypothé-

(1) Le prix de l'adjudication se trouvant égal ou inférieur au montant des créances inscrites.

qué, c'est ce qui a lieu dans le cas où le prix d'adjudication est supérieur au montant des créances inscrites. Le premier alinéa de l'article 2177 est aisément justifié : la confusion, en effet, n'opère l'extinction des servitudes que dans l'hypothèse où le propriétaire du fonds dominant devient propriétaire de la totalité du fonds servant.

Quant au deuxième alinéa, les dispositions qu'il renferme se conçoivent aisément : propriétaire d'une portion indivise du fonds hypothéqué, le tiers détenteur a pu constituer des hypothèques efficaces. Que s'il ne conserve rien de la chose elle-même, c'est à cause de l'indivisibilité de l'hypothèque : il ne touche que l'excédant du prix.

En résumé, dans toute hypothèse, il n'a pu y avoir de confusion, car l'auteur du tiers détenteur n'avait pas la libre disposition de sa chose ; il n'a pu transmettre que la propriété d'une portion indivise.

A ce qui précède, on peut répondre par une objection tirée du texte : « Les servitudes renaissent, » dit l'art. 2177, ce qui semblerait impliquer qu'aux yeux du législateur il y a eu confusion effective.

Mais je ne pense pas qu'il faille ici attacher une importance exagérée aux termes employés par les rédacteurs du Code ; on peut d'ailleurs soutenir que la loi faisait allusion à la confusion de fait qui avait subsisté pendant toute cette période qui s'étend entre l'aliénation et le délaissement ou l'adjudication.

L'objection la plus sérieuse qu'on puisse opposer

à ce système, c'est d'être né après coup, pour les besoins de la cause, c'est-à-dire pour l'explication de l'art. 2177. On n'y saurait contredire, et il y aurait de la mauvaise foi à soutenir que le législateur, lors de la rédaction de ces dispositions, s'est préoccupé des théories qui précèdent. La vérité est qu'en ceci, comme sur tant d'autres points, il s'est inspiré seulement des principes de justice et d'équité. Mais je n'ai rien voulu que tenter d'expliquer *rationnellement* des solutions justes en elles-mêmes. Le plus souvent, le législateur ne procède point par la voie des méthodes scientifiques. C'est l'œuvre de l'interprète de coordonner ces dispositions, de les ramener à des principes communs, et de découvrir enfin, s'il est possible, les lois générales qui les régissent.

En résumé, après le délaissement, aux termes de l'art. 2177, les servitudes et droits réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession, revivent. A l'inverse, les servitudes qui grevaient l'immeuble avant ce moment au profit du tiers détenteur, revivent de même. Ainsi le décident tous les auteurs, étendant par une interprétation très rationnelle la disposition de notre article (1).

Il y a lieu de remarquer, en ce qui touche plus particulièrement les hypothèques établies au profit du tiers détenteur et qui s'étaient éteintes, suivant

(1) Voy. MM. Troplong, nº 843 *bis* ; Martou, nº 1328.

l'expression employée par le législateur, qu'elles ne pourront être ramenées à leur plein et entier effet que si elles ont été conservées conformément aux dispositions de l'art. 2154.

Quant aux hypothèques constituées sur l'immeuble par le tiers détenteur, elles ont pu être valablement établies, mais seulement dans la limite de l'intérêt des créanciers, ou, ce qui revient au même, dans la mesure des droits que le constituant avait acquis lui-même.

Les créanciers hypothécaires, de son chef, ne feront valoir leur droit de préférence qu'après tous ceux qui sont inscrits sur les précédents propriétaires. Encore faut-il que, pour bénéficier de leur droit, ces créanciers aient été inscrits avant la transcription du titre d'acquisition du tiers détenteur, sinon leur hypothèque est nulle : ils deviennent simples chirographaires, et ne sauraient dès lors exclure les concessionnaires de droits réels qui auront été inscrits sur le tiers détenteur.

C'est par application de la même idée que, dans les mêmes circonstances, le tiers détenteur serait préféré, sur l'excédant du prix d'adjudication, aux créanciers hypothécaires des précédents propriétaires.

Le délaissement, enfin, donne ouverture à l'action en garantie : il y a éviction, par ce seul fait que son auteur n'a pu conserver la possession de la chose à l'acquéreur.

Après le délaissement, le tiers détenteur a un

recours tel que de droit, dit le texte. C'est un renvoi aux dispositions relatives à la garantie.

Ailleurs, j'ai étudié les questions essentielles que soulève cette matière, lorsque je me suis occupé des risques de la chose après le délaissement.

SECTION II.

DES EFFETS DU DÉLAISSEMENT : DES BASES DU COMPTE A INTERVENIR ENTRE LE TIERS DÉTENTEUR QUI A DÉLAISSÉ ET LES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES.

§ 1.

Aussitôt que le délaissement s'est produit, un compte doit intervenir entre les créanciers hypothécaires et le tiers détenteur, tendant à la liquidation de leur situation respective.

Aux termes de l'art. 2176, les fruits de l'immeuble hypothéqué sont dus par le tiers détenteur, à compter du jour de la sommation de payer ou de délaisser.

Donc, jusqu'à ce moment, il fait siens les fruits quels qu'ils soient produits par l'immeuble, et cela depuis son entrée en possession, sans que les créanciers lui puissent demander aucun compte à raison de cette jouissance.

C'est donc, que la loi le considère comme propriétaire, ou comme possesseur de bonne foi?

Et d'abord, est-il vrai de dire que s'il fait les fruits siens, c'est parce que la loi le tient pour le véritable propriétaire? Il n'est point à supposer que ce point de vue ait entraîné la décision du législation. Si c'était bien comme propriétaire qu'il gagne les fruits, il continuerait même après sommation de les faire siens, car la sommation ne saurait avoir pour effet de lui enlever cette qualité. Les fruits seraient donc au tiers détenteur jusqu'au moment de l'adjudication ou du délaissement dans l'opinion qui considère le délaissement comme un abandon de la propriété, car alors sa propriété disparaîtrait. Encore, ceux qui considèrent l'adjudication et le délaissement comme opérant une véritable résolution du droit du tiers détenteur se trouveraient-ils dans l'impossibilité d'expliquer l'art 2176.

On peut ajouter à ces raisons, cette simple objection, qu'en toute cette matière le législateur ne considère jamais le tiers détenteur comme propriétaire, ainsi que le prouve l'art. 2175 qui le rend responsable des détériorations provenant de son fait.

Est-ce comme possesseur de bonne foi que le tiers détenteur gagne les fruits?

On objecte à ceci, qu'en droit, le tiers détenteur ne saurait être de bonne foi, car les hypothèques sont publiques en France : elles sont inscrites, et aux yeux de la loi le tiers détenteur est réputé connaître

leur existence, ce qui exclut toute bonne foi de sa part.

Mais on peut répondre, à juste titre, que l'hypothèque frappe seulement, en réalité, le *jus abutendi*, le droit de disposition : les droits de jouissance ne sont point amoindris; le constituant demeure libre d'administrer sa chose comme il l'entend. Il bénéficie des émoluments qu'elle comporte et il peut faire des fruits qu'il recueille ce qu'il veut, en dehors de tout contrôle. A cet égard, ses ayants-cause ont les mêmes droits qu'il pouvait avoir lui-même.

Du reste, on peut résumer les idées qui précèdent, dans cette proposition : l'hypothèque ne frappe les fruits que tout autant qu'ils font partie de l'immeuble. En conséquence, de ce fait que le tiers acquéreur a connu l'existence d'hypothèques antérieures à son titre d'acquisition, on ne saurait conclure qu'il est de mauvaise foi. En tout état de cause, il a dû croire que son auteur avait la libre disposition de la jouissance de sa chose comme il l'avait en effet. On peut ajouter encore que le tiers détenteur a dû supposer, jusqu'au moment où les créanciers hypothécaires l'ont sommé de payer ou de délaisser, que le débiteur personnel paierait sa dette. Il est donc de bonne foi, jusqu'à cet instant du moins. En conséquence, il fera siens les fruits de l'immeuble.

A coup sûr, cette façon de justifier la disposition de l'art. 2176 est préférable à celle que j'exposais en premier lieu, en ce qu'elle cadre mieux avec le

texte, et qu'on explique à la fois comment il se fait que le tiers détenteur gagne les fruits jusqu'à la sommation de payer ou de délaisser et seulement jusqu'à cette sommation.

Néanmoins, il serait plus rigoureusement exact d'attribuer à son titre d'acquisition plutôt qu'à sa qualité de possesseur, le droit aux fruits du tiers détenteur. Il a voulu, en effet, se rendre acquéreur d'un immeuble qu'il savait hypothéqué : est-il devenu propriétaire de cet immeuble tout entier, ou seulement d'une part indivise, ou bien enfin n'est-il pas propriétaire du tout : c'est ce qu'il importe peu de déterminer au cas présent. Ce qui est certain, c'est qu'il a entendu devenir acquéreur de la propriété, et à son défaut de la plus grande somme possible de droits sur la chose : or, son auteur avait la jouissance de l'immeuble hypothéqué, l'*usus* et le *fructus ;* il avait la libre disposition de l'un et de l'autre; il a transmis au tiers détenteur les droits qu'il exerçait lui-même et dont la transmission était possible. Celui-ci exercera cette sorte d'usufruit dans les mêmes conditions que son auteur, c'est pourquoi le jour où l'action hypothécaire sera mise en mouvement, quand l'heure de la liquidation, si je puis parler ainsi, sera arrivée, l'*ususfructus* s'évanouira.

A partir de la sommation, le tiers détenteur doit les fruits (2176). Cependant, si les poursuites commencées avec la sommation venaient à être abandonnées pendant trois ans, les fruits ne seront dus

qu'à *partir de la nouvelle sommation qui devra être faite.*

La loi institue, ici, une sorte de péremption d'une nature particulière puisqu'elle se produit *ipso jure*, tandis que la péremption d'instance ordinaire doit être demandée judiciairement (art. 399, Cod. Pr.). En ce qui touche, du reste, cette dernière disposition de l'art. 2176, il est à remarquer qu'elle reproduit les doctrines de notre très ancien droit coutumier, d'après lequel la péremption avait lieu de plein droit, au cas où le demandeur avait interrompu ses poursuites pendant trois ans (arrêt du Parlement de Paris, 28 mars 1692). Cependant, dès 1737, la jurisprudence sortait à cet égard des anciens errements, et déclarait que la péremption ne se produirait plus de plein droit (arrêt du parlement de Paris, 12 août 1737).

Il reste à résoudre la question de savoir à qui appartiennent les fruits perçus à partir de la sommation. Sont-ils immobilisés et doivent-ils être distribués par préférence aux créanciers hypothécaires, ou bien seront-ils partagés au marc le franc, sans distinction, entre tous les créanciers chirographaires ou hypothécaires?

L'art. 682 (Code de proc.) dispose que les fruits naturels et industriels recueillis postérieurement à la transcription de la saisie seront immobilisés pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque. Tel est, peut-on dire, le principe général en cette matière. L'art. 2176 dit bien que le tiers

détenteur devra les fruits, mais il ne dit pas à qui ces fruits devront être plus spécialement attribués. Et dès lors ne serait-il pas arbitraire, contraire aux principes, de le considérer comme renfermant une dérogation à la règle absolue donnée sur la matière par le Code de procédure.

En conséquence, ce serait seulement à partir de la transcription de la saisie que les fruits devraient être immobilisés.

Malgré ce que ces arguments peuvent avoir de spécieux, il semble qu'on doive préférer l'opinion contraire. Il faut remarquer, en effet, que dans l'hypothèse actuelle, si les fruits sont dus par le tiers détenteur, c'est parce que l'action hypothécaire a été mise en mouvement : si le tiers détenteur en devient comptable, c'est par l'effet du droit de suite. Il semble plus rationnel et aussi plus juste que cet accroissement de l'actif profite tout d'abord à ceux des créanciers dont les droits spéciaux l'ont amené.

Quant aux raisons tirées de l'art. 682 du Code de procédure, on les écarte aisément si l'on veut bien ne pas perdre de vue que dans cette disposition le législateur vise le cas plus général où la saisie est pratiquée contre le débiteur lui-même et par des créanciers chirographaires : en l'hypothèse qui nous occupe, au contraire, il s'agit de la poursuite dirigée par des créanciers hypothécaires. Il s'agit de l'exercice du droit de suite : c'est en vertu de ce droit que les créanciers hypothécaires demandent les fruits à partir de la sommation. Or comme le fait très bien

remarquer M. Paul Pont, en principe les immeubles seuls et les meubles immobilisés peuvent être suivis par hypothèque.

§ 2.

La valeur de l'immeuble hypothéqué peut avoir été modifiée pendant la possession du tiers détenteur, soit qu'il y ait été fait des améliorations, soit, au contraire, qu'il ait été détérioré.

Les créanciers hypothécaires, au premier cas, seront-ils tenus de rembourser ces impenses au tiers détenteur, et dans quelle limite? Quels sont les caractères de ce droit? Dans l'hypothèse de détériorations apportées à l'immeuble, quelle est la mesure de la responsabilité du tiers détenteur? Quel est le fondement de l'action en indemnité des créanciers? Ce sont autant de questions dont il faut demander la solution, soit à l'art. 2175, soit aux principes généraux.

L'art. 2175 est ainsi conçu : « Les détériorations qui procèdent du fait ou de la négligence du tiers détenteur, au préjudice des créanciers hypothécaires ou privilégiés, donnent lieu contre lui à une action en indemnité, mais il ne peut répéter ces impenses et améliorations que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration. »

On le voit, le législateur vise en premier lieu le cas où des détériorations se sont produites. Procè-

dent-elles du fait ou de la négligence du tiers détenteur? les créanciers hypothécaires ont une action en indemnité. La loi entend dire par là que le tiers détenteur sera responsable des détériorations qui ont diminué la valeur de l'immeuble, seulement si elles lui sont imputables ; en sorte que dans l'hypothèse où elles proviendraient d'un événement fortuit ou de force majeure (au cas d'incendie, d'inondation), elles ne sauraient donner ouverture à aucune indemnité. Cette limitation de la responsabilité du tiers détenteur, juste en soi, est d'origine très ancienne. Mais si le texte dégage le détenteur, à cet égard, de toute responsabilité, il indique aussi qu'il ne répond pas seulement de ses fautes. La faute est tout ce qui blesse injustement le droit d'autrui. L'exercice régulier d'un droit n'est pas une faute, et cependant il n'est pas douteux que si en exerçant un droit qui lui appartient, par exemple en démolissant des bâtiments d'exploitation bâtis sur l'immeuble hypothéqué, le détenteur a causé un dommage aux créanciers hypothécaires, il est tenu de le réparer. Tout fait quelconque, toute négligence entraînant une détérioration de l'immeuble, engage la responsabilité du tiers acquéreur.

En présence des termes généraux employés dans l'art. 2175, il y a lieu de décider qu'il s'applique à toutes les détériorations survenues depuis l'acquisition de l'immeuble jusqu'au délaissement. Cependant, M. Dalloz (*Rép.*, v° *Priv. et Hyp.*, p. 354) soutient que le tiers détenteur n'est responsable

qu'à partir de la sommation de payer ou de délaisser. C'est faire revivre l'ancienne doctrine de notre droit coutumier. En principe, nos vieux jurisconsultes ne mettaient point à la charge de l'acquéreur les détériorations provenant de son fait ou de sa négligence et survenus antérieurement à ce que l'on appelait l'action en déclaration d'hypothèque. C'était l'opinion de Loyseau : *Qui rem quasi suam neglexit nulli querelæ subjectus est.* Bien plus, même dans l'hypothèse où le détenteur savait que l'immeuble était hypothéqué, on soutenait qu'il n'y avait pas lieu de décider autrement. (Loyseau, *Déguerp.*, liv. 5, chap. 14). La raison de ces décisions, unanimes d'ailleurs, était dans la clandestinité de l'hypothèque. On ignorait, ou du moins on était censé ignorer l'existence des droits de cette sorte qui pouvaient grever l'immeuble. Dès lors il eût été inique de déclarer la responsabilité du tiers acquéreur engagée à raison d'actes de négligence, rentrant à coup sûr dans l'exercice normal de son droit de propriété. Il importait peu, d'ailleurs, qu'en fait il eût connaissance de l'hypothèque : légalement, il ne la connaissait pas et ne la pouvait connaître d'ailleurs, jusqu'au jour où les créanciers intentaient l'action en déclaration d'hypothèque, car, jusqu'à ce moment, il avait pu supposer que les créanciers se tiendraient pour satisfaits des garanties personnelles à eux offertes par leur débiteur.

Au premier abord, on peut être tenté de faire l'application des idées qui précèdent sous l'empire

de notre droit moderne ; et c'est ce qu'a voulu faire M. Dalloz (1). On peut soutenir qu'il n'est ni juste ni rationnel de rendre le tiers détenteur responsable de détériorations faites sur un immeuble dont il se croyait propriétaire, ou, si l'on veut, dont il était propriétaire.

Cependant, il est malaisé de persister dans cette voie, si l'on veut bien considérer qu'à l'inverse de ce qui avait lieu dans notre ancien droit, l'hypothèque est rendue publique par l'inscription ; que dès lors le tiers a su que l'immeuble était grevé de droits réels ; d'où cette conséquence qu'il devait se garder de compromettre les intérêts d'autrui par les actes de son administration. Certes, il est équitable de déclarer sa responsabilité engagée toutes les fois que, par son imprudence, il a lésé des droits qu'il était tenu de respecter. On voit assez jusqu'à quel point la doctrine contraire serait dangereuse : son premier inconvénient serait d'abandonner les créanciers hypothécaires à la merci du détenteur (2).

Mais si le tiers détenteur est soumis à une action en indemnité à raison des détériorations provenant de son fait, il pourra, s'il y a lieu, par la voie de l'action en garantie, demander la restitution intégrale du prix à son vendeur. Peu importe, en effet, l'étendue du dommage qui lui a été causé par

(1) Voy. M. Dalloz (*Rép.*, v° *priv. et hyp.*, p. 354, n° 9).

(2) Voy. MM. Grenier, t. I, n° 338 ; Delvincourt, t. III, note 10, p. 180 ; Battur, t. III, n° 489 ; Troplong, n° 832 ; Martou, n° 1313.

l'éviction. Il réclame le prix qu'il a payé sans cause. Il peut en effet, dans ses rapports avec son auteur, invoquer cette maxime dont je repoussais l'application en ce qui touche les créanciers hypothécaires : *qui rem quasi suam neglexit, nulli querelæ subjectus est.*

J'ai dit que tous les créanciers hypothécaires ont le droit d'intenter l'action en indemnité : il faut restreindre cette proposition : ceux-là seulement peuvent poursuivre le tiers détenteur, dont l'hypothèque est inscrite ou dispensée d'inscription (1). Eux seuls, en effet, ont le droit de suite, et c'est en vertu de leur droit de suite qu'ils exercent l'action de l'art. 2175. Parmi les créanciers inscrits, eux-mêmes, l'action n'appartient qu'à ceux qui n'ont pu être colloqués par suite de l'insuffisance du prix d'adjudication.

Il est évident, en effet, que si malgré les détériorations subies, la valeur de l'immeuble était suffisante pour couvrir les créanciers inscrits, ceux-ci n'auraient pas de recours contre le tiers détenteur. De même encore et par application de la même idée, au cas d'insuffisance du prix, les créanciers les premiers en date, ceux qui sont intégralement payés, n'ont point à se préoccuper des dispositions de l'article 2175 : ces dispositions concernent seulement les créanciers qui eussent été colloqués utilement si,

(1) Voy. Toulouse, 30 mai 1833 ; Dalloz, 34, 2, 5.

par son fait, le tiers détenteur n'eût amoindri la valeur de l'immeuble (1).

Il reste à examiner cette partie de l'art. 2175 qui a trait aux améliorations introduites par le tiers détenteur : « Le tiers détenteur peut répéter ses impenses et améliorations seulement jusqu'à concurrence de la plus value résultant de l'amélioration. »

La loi fait ici une application de ce principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Si l'immeuble hypothéqué a augmenté de valeur par suite des impenses faites par le tiers détenteur, il serait inique de laisser les créanciers hypothécaires profiter de cette plus value, sans les obliger à le rendre indemne, tout au moins dans la mesure de leur émolument.

Donc, en thèse générale, le détenteur répète ses impenses si elles ont profité à l'immeuble. Peu importe, d'ailleurs, que ces impenses soient supérieures à la plus value. Il suffit, pour que l'équité et la loi soient satisfaites, que les créanciers ne s'enrichissent pas au détriment du débiteur (2).

Ainsi dans l'hypothèse où les impenses n'auraient pas amené un accroissement de valeur, le tiers détenteur n'aurait pas de recours possible contre les créanciers inscrits.

Mais a-t-il droit à toute la plus value ? Et dans le

(1) Voy. MM. Troplong, nos 831 et sniv.; Mourlon, *Rép. écrites*, t. III, p. 521 ; Marton, no 1316.

(2) Douai, 29 août 1849.

cas où cette plus value est supérieure au montant des impenses, pourra-t-il dire aux créanciers . cet enrichissement est mon œuvre, seul j'en dois profiter? En d'autres termes, si les impenses s'élèvent, par exemple, au chiffre de 2,000 fr. et la plus value à 4,000, pourra-t-il s'appliquer la totalité de cette plus value? Assurément il ne le pourrait. L'hypothèque acquise même *avant les améliorations* aux termes de l'art. 2133 s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué. Ceci est une conséquence de cette idée que le droit établi sur le tout frappe les parties de ce tout. D'ailleurs, rien n'est plus juste. La valeur d'une chose ne constitue pas une chose distincte ; enfin, il est de principe que l'hypothèque établie sur un immeuble frappe de sa nature tous les immeubles par destination qui y sont attachés. C'est par application de ces idées qu'il faut considérer les augmentations de valeur sans addition d'étendue, les accroissements de la chose elle-même comme atteints par le droit des créanciers hypothécaires : or, on ne saurait entendre le mot « amélioration » employé par le législateur autrement qu'en ces deux sens. En conséquence, le tiers détenteur ne saurait prétendre jamais qu'au remboursement intégral de ses impenses dans l'hypothèse où la plus value de l'immeuble est supérieure à ses déboursés (1).

(1) Voy. MM. Persil (art. 2175) ; Troplong, n° 838 ; Martou, n° 1321 ; Junge, Grenoble, 31 décembre 1841, *Journal du palais*, 1842, t. II, fr. 543. — En sens contraire, Toulouse, 7 mars 1848, *Journal du palais* 1848, t. I, p. 670.

Il faut remarquer que le texte ne distingue point ici entre les dépenses nécessaires, utiles et voluptuaires. En matière ordinaire, on résout diversement, selon la nature des impenses, la question de savoir dans quels cas et dans quelle mesure il y a lieu de rembourser le possesseur. On décide que les impenses nécessaires doivent être restituées intégralement, alors même qu'elles n'ont pas profité au propriétaire. Les dépenses utiles sont répétées dans la mesure de la plus value; enfin, les dépenses voluptuaires ne sont pas remboursées.

On a voulu, malgré les termes de l'art. 2175, appliquer les données qui précèdent aux impenses faites par le tiers détenteur. En droit pur, il serait, je crois, difficile de contester la justice et le bon droit de cette extension. Il est au moins étrange de décider que les impenses nécessaires, qui sont faites pour la conservation de la chose, ne serout point remboursées intégralement. Cependant, la loi est formelle : les impenses, dit-elle, et sans doute elle entend parler ici des impenses nécessaires, les améliorations, et c'est les impenses utiles qu'elle vise, seront répétées dans la limite de la plus value. Peut-être le législateur a-t-il estimé qu'en l'hypothèse présente, le tiers détenteur avait agi exclusivement en vue de son intérêt personnel, mais si l'on va au fond des choses, ce motif est sans grande valeur (1).

(1) En ce sens MM. Grenier, t. II, n° 411 ; Battur, t. III, n° 490 ; Troplong, n° 838 ; Martou, n° 1520.

Quoi qu'il en soit, le tiers détenteur ne pourra recourir de ce chef que contre son vendeur.

Mais comment déterminer maintenant la plus value de l'immeuble, résultant des impenses faites par le tiers détenteur? Dira-t-on que la plus value est la différence existant entre le prix porté au contrat du tiers acquéreur et le prix produit par l'adjudication? Ou bien encore, considèrera-t-on comme représentant cette plus value, l'excédant obtenu lors de l'adjudication sur la valeur de l'immeuble avant les améliorations introduites par le tiers détenteur (1)?

Et d'abord, bien que la cour de Pau, dans un arrêt en date du 24 février 1817, ait cru pouvoir établir la plus value de l'immeuble en comparant le prix d'acquisition au prix d'adjudication, il est inutile d'insister longuement sur ce qu'un pareil mode de procéder peut avoir de vicieux. N'est-il pas de toute évidence que la loi donne au tiers détenteur le droit de répéter ses impenses, seulement sur la plus value résultant de ces impenses mêmes. Il importe peu, en effet, que l'immeuble ait augmenté de valeur, si cette augmentation ne procède pas immédiatement des frais faits par le détenteur, et l'on tombera aisément d'accord, que c'est un étrange moyen d'établir un accroissement de cette sorte que de comparer le prix d'achat au prix de vente sans discerner, d'ailleurs, au cas de plus-

(1) Consultez sur ces matières, arrêts, Rej. 28 novembre 1838, *Journal du palais* 1838, t. II, p. 655.

value, les diverses causes qui ont pu contribuer à ce résultat.

Ne serait-il pas aussi dangereux de voir cette plus value dans l'excédant du prix d'adjudication sur la valeur de l'immeuble avant les améliorations?

On ne saurait y contredire. Ce que je disais plus haut s'applique ici. Il est rigoureusement nécessaire de déterminer la plus value résultant des améliorations. Par le procédé indiqué, on établirait seulement l'augmentation ou la diminution de valeur qui peut s'être produite entre deux époques fixes : et ce n'est point l'objet que l'on doit se proposer.

La loi donne au tiers détenteur le droit de répéter ses impenses si au moment où la liquidation est ouverte, il est établi que l'immeuble hypothéqué a, par suite des améliorations qui y ont été faites, une valeur supérieure à celle qu'il aurait eue si le tiers détenteur se fût dispensé de les faire. Il semble dès lors qu'on doive repousser tout système trop absolu de détermination. Il y a une question d'appréciation que la justice résoudra en toute liberté et par les moyens qu'elle jugera convenables.

Ainsi, je suppose qu'une somme de 3,000 fr. ait été employée sur un immeuble. La valeur de cet immeuble, par rapport aux créanciers hypothécaires, sera déterminée par l'adjudication : l'immeuble est vendu 50,000 fr. Le juge devra rechercher si ce prix eût été atteint, même alors que les améliorations dont il s'agit n'eussent point été faites; en d'autres termes, étant donnée la valeur de l'immeu-

ble, il doit se demander si en réalité les impenses lui ont été utiles et dans quelle mesure.

Ce mode de procéder serait, à coup sûr, le plus pratique, en ce sens que la tâche du juge se trouve singulièrement simplifiée. Il n'y a plus, en effet, à se préoccuper de déterminer la valeur de l'immeuble au moyen d'une évaluation, puisque l'on prend le prix d'adjudication pour point de départ.

Mais ne serait-il pas plus juste de ne pas livrer les droits du tiers détenteur aux chances de l'adjudication? Il est à remarquer que si l'on examine rigoureusement sa situation, c'est au jour du délaissement qu'il faudrait se placer pour rechercher la valeur de l'immeuble. C'est par suite du délaissement que le droit de répétition dont il s'agit a pris naissance, et c'est au moment où le délaissement s'est produit qu'il y a lieu, dès lors, de rechercher la valeur de l'immeuble.

Sans doute, à d'autres points de vue, et notamment au point de vue du droit de propriété, ainsi que je l'ai démontré ailleurs, c'est l'adjudicataire qui déterminera la situation respective du tiers détenteur et du débiteur. Mais il s'agit ici d'obligations, et d'obligations nées du délaissement.

Au cas où le tiers détenteur n'a pas délaissé, s'il subit l'expropriation, ce qui précède ne saurait peut-être s'appliquer : l'action en répétition ne prend naissance qu'après l'expropriation consommée, c'est-à-dire après l'adjudication.

Cependant, on pourrait soutenir que l'évaluation

doit être faite au moment de la saisie ; c'est à ce moment, en effet, que s'opère le dessaisissement du tiers détenteur. La possession passe aux créanciers hypothécaires, et c'est en réalité au moment où il est contraint de leur remettre l'immeuble que le détenteur devient leur créancier.

La question serait résolue si l'on admettait au profit du tiers détenteur un droit de rétention. On sait qu'il est une doctrine d'après laquelle le détenteur d'une chose qui devient créancier par rapport à cette chose, a toujours un droit de rétention ; elle se base sur ce principe, que lorsque deux personnes sont débitrices l'une de l'autre, aucune d'elles ne peut se plaindre de ce que l'autre n'exécute pas son obligation, si elle ne donne elle-même l'exemple en remplissant la sienne. Qu'est-ce, d'ailleurs, que le droit de rétention ? L'exception de dol ; or, en droit romain, l'exception de dol était accordée (*Inst.* § 30, *de rer. divis.*) (1).

On peut répondre à ce qui précède, qu'il n'y a pas d'analogie possible entre l'exception *doli mali* et notre droit de rétention. L'action de dol était *in personam*, le droit de rétention est *in rem*. En dernière analyse, le droit de rétention aboutit à un droit de préférence au détriment des autres créanciers : ce n'est point qu'au cas présent cette circonstance pût avoir des inconvénients et modifiât en

(1) Voy. MM. Tarrible (*Rép.* v° *priv.*, sect. 4, n° 5) ; Battur, t. III, n°s 491, arrêts de la cour de Pau, 9 août 1837 ; Douai, 18 mars 1840.

définitive la distribution du prix de l'immeuble ; mais il suffit de voir dans le droit de rétention un privilége pour le refuser au tiers détenteur. Les priviléges doivent être directement conférés par le législateur (1).

Quoi qu'il en soit de cette controverse, elle est sans objet en ce qui touche le détenteur qui a délaissé : le délaissement exclut toute prétention au droit de rétention.

A défaut du droit de rétention, le tiers détenteur a un droit de prélèvement. C'est l'opinion la plus généralement admise. Si en principe, aux termes de l'art. 2133, l'hypothèque s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué, l'art. 2175 atténue les conséquences de cette disposition, en décidant que le tiers détenteur peut répéter ses impenses et améliorations jusqu'à concurrence de la plus value résultant de l'amélioration.

D'où cette conséquence que la plus value n'est plus en totalité le gage des créanciers hypothécaires. Il faut déduire les impenses faites par le tiers détenteur. Il arrivera donc que les créanciers qui se feraient colloquer sur cette portion du prix d'adjudication, représentant le montant des impenses, s'enrichiraient aux dépens du détenteur et seraient obligés à restitution. Il a donc paru plus simple et plus logique de procéder par voie de prélèvement.

(1) Voy. Turin, 1er juin 1810 ; Bastia, 2 février 1846 ; Bourges, 8 février 1851 ; Paul Pont, art. 2175 à 2178, p. 1069 ; Bériat St-Prix, art. 2175.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. Le créancier gagiste possède *pro suo :* il a l'*animus sibi habendi.*

II. L'hypothèque est un droit réel.

III. La chose d'autrui peut être hypothéquée en ce sens que, si par la suite le constituant devient propriétaire, le créancier aura toujours une action hypothécaire utile.

IV. Les obligations corréales découlent de contrats *stricti juris.*

V. On peut créer la solidarité par toute espèce de contrats : soit *stricti juris*, soit *bonæ fidei.*

DROIT COUTUMIER.

I. Les fiefs tirent leur origine des anciens bénéfices ecclésiastiques.

II. Le droit d'aînesse est d'origine féodale.

CODE NAPOLÉON.

I. La cessation de l'enclave n'entraîne pas l'extinction de la servitude de passage.

II. La séparation des patrimoines ne constitue pas un véritable privilége avec droit de suite au profit des créanciers.

III. Les enfants issus de personnes entre lesquelles le mariage était prohibé à raison de la parenté ou de l'alliance, ne peuvent être légitimés par le mariage subséquent.

IV. La présence d'un enfant naturel reconnu ne fait pas obstacle au retour successoral.

V. La survenance d'enfants issus d'un mariage putatif donne lieu à la révocation de la donation faite même par l'époux de mauvaise foi.

DROIT CRIMINEL.

I. La tentative d'avortement n'est pas punissable.

II. On peut poursuivre pour banqueroute frauduleuse le commerçant failli, même avant que la faillite ait été déclarée par le tribunal de commerce.

PROCÉDURE.

I. L'action en réintégrande n'est pas soumise aux mêmes conditions d'exercice que l'action en complainte.

II. Les juges peuvent accorder un délai de grâce, lorsque le créancier a un titre exécutoire.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. L'autorisation accordée en matière d'ateliers et établissements dangereux, incommodes ou insalubres, fait obstacle aux demandes en dommages-intérêts formées par les tiers que lèserait le voisinage de ces établissements.

II. Les chemins vicinaux non classés sont prescriptibles.

DROIT COMMERCIAL.

I. Les artistes dramatiques ne peuvent être valablement assignés devant la juridiction consulaire *à raison* de leurs engagements avec leurs directeurs.

II. Le privilége du voiturier est un privilége de nantissement.

Vu par le président de la thèse,
GUSTAVE HUMBERT.

Vu pour le doyen absent,
Le Professeur délégué,
A. RODIÈRE.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur,
ROUSTAN.

Cette thèse sera soutenue en séance publique, dans une des salles de la Faculté de Droit de Toulouse.

« Les visa exigés par les règlements sont une garantie des » principes et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre » public et aux bonnes mœurs (Statuts du 9 avril 1825, article 41), mais non pas des opinions purement juridiques, » dont la responsabilité est laissée aux candidats.

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

TABLE DES MATIÈRES.

Droit Romain.

Pages.

PARTIE I. Du développement et des caractères essentiels du droit de gage. 1

§ 1 Caractères de la possession du gagiste. .

§ 2 Des droits qui découlent de la possession. 13

PARTIE II. De l'hypothèque. Nature et caractères essentiels. 14

PARTIE III. Des sources de l'hypothèque. 27

CHAP. I. De l'hypothèque volontaire. 27

Section I. Qui peut hypothéquer. 29

Section II. Quelles choses on peut hypothéquer. 39

Section III. De l'étendue de l'hypothèque. . . 41

II. De l'hypothèque testamentaire. 48

CHAP. II. De l'hypothèque nécessaire. 52

CHAP. III. Des hypothèques légales. 57

Section I. Hypothèques légales spéciales. . . 58

Section II. Hypothèques générales. 62

Droit Français.

Pages.

INTRODUCTION. 67

CHAP. I. Nature du délaissement. 75

CHAP. II. Qui peut délaisser. 86

Section I. Qu'elles personnes ne sont pas personnellement obligées. 86

§ 1. Quand le tiers détenteur est-il obligé personnellement envers les créanciers hypothécaires. 88

§ 2. Quand le tiers détenteur est-il personnellement obligé envers son auteur. 93

Section II. De la capacité d'aliéner. 102

CHAP. III. Quand peut-on délaisser. 106

CHAP. IV. De la forme du délaissement. 109

CHAP. V. Des effets du délaissement. 112

Section I. Des effets du délaissement au point de vue de la situation respective du tiers détenteur et de son vendeur. 113

Section II. Des effets du délaissement. Des bases du compte à intervenir entre le tiers détenteur et les créanciers hypothécaires. . 129

§ 1 129

§ 2. 135

Toulouse, Typ. de BONNAL et GIBRAC, rue Saint-Rome, 44.