

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

Principes généraux du Droit Romain
SUR LA POSSESSION.

DE LA PURGE DES HYPOTHÈQUES.

DISSERTATION

POUR

LE DOCTORAT

Présentée à la Faculté de Droit de Toulouse,

Par M. Théophile HUC, avocat.



TOULOUSE,
IMPRIMERIE BAYRET ET COMP^e,

RUE PEYRAS, 12.

1853.

30



FACTITE DE BROT DE TOULOUSE

Principes généraux du droit romain

sur la possession

DE LA PURGE DES HYPOTHÈQUES

DISSERTATION

par

LE DOCTEUR

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE!

A MA MÈRE.

A MES FRÈRES ET A MA SOEUR.

IMPRIMERIE BAYLET ET C^o

1825

DROIT ROMAIN.

Principes généraux du droit romain sur la possession.

§ 1. — NOTION DE LA POSSESSION, — SA NATURE, — SES EFFETS.

Une des conséquences les plus considérables de l'individualité humaine, c'est qu'elle s'imprime en quelque façon, sur tous les objets dont se sert l'homme pour accomplir sa destinée; de sorte que dans l'état social la matière ne peut pas être considérée abstraction faite de l'homme qui exerce sur elle son domaine, et qu'elle participe, elle aussi, à son individualité. En effet, l'homme a sur le sol un droit de puissance: il peut en user dans la limite de ses besoins; ce droit se manifeste dans son exercice par des actes extérieurs qui ont diverses conséquences, suivant qu'ils sont produits sous l'impression de mobiles différents.

Si en exerçant son droit sur le sol, l'homme a eu seulement la volonté de consacrer la chose qu'il touche à un usage passager, sans avoir l'intention de se l'approprier, le fait extérieur qui aura manifesté sa volonté engendrera la *détention*. La *détention* est un pur accident insuffisant pour faire sortir complètement la chose détenue du domaine public. Elle redeviendra *res nullius* dès que le fait de *détention* aura cessé; l'individualité humaine n'aura pas fait sur elle une impression durable. La *détention* ne peut être la source d'aucun droit, si ce n'est de celui de n'être pas troublé pendant le temps de sa durée.

Si, au contraire, l'homme a voulu *s'approprier* la chose qu'il *détient*; si cette intention a été clairement manifestée par la nature de son acte d'appropriation, et si cet acte lui-

même n'a été l'objet d'aucune protestation de la part des tiers, alors cette chose aura cessé d'être *res nullius*, elle aura été déclassée, l'individualité humaine se sera *objectivée* sur elle, si l'on me permet de créer cette expression, l'homme l'aura faite sienne, et dans ce cas la loi déclare qu'il en a immédiatement acquis la *propriété*.

Les faits qui traduisent au dehors le droit de *propriété* sont les faits de *possession*; de sorte que lorsqu'il s'agit de l'appropriation d'une chose *nullius*, la *propriété* et la *possession* sont concomitantes, ou plutôt la propriété est le *droit*, et la possession *l'exercice* de ce droit. Comment donc se fait-il que la *possession* soit devenue un élément juridique des plus importants, distinct du droit de *propriété*?

Dans le principe, il est présumable que le langage n'a eu d'expression que pour caractériser d'abord le rapport accidentel et passager de l'homme avec le sol, la *détention*; et puis ce même rapport devenu permanent, la *propriété*. Plus tard on aura remarqué que certains faits de possession se produisaient quelquefois en dehors et en l'absence de la propriété; que le *droit* résidait chez un individu, et que *l'exercice du droit* se manifestait par le fait d'un autre qui devait nécessairement se croire investi du *droit*, car autrement son fait aurait seulement constitué une usurpation. De là naissait un nouveau rapport entre le sol et celui qui produisait ainsi les actes extérieurs du droit de propriété sans avoir ce droit lui-même; ce nouveau rapport a pris plus spécialement le nom de *possession*, et c'est sous cette dénomination qu'il a été sanctionné par la loi et est devenu un élément juridique.

Les observations qui précèdent conduisent à cette conclusion, que le *fait* et *l'intention* sont indispensables pour produire la possession. Le fait aura presque toujours les mêmes caractères, mais la volonté peut revêtir certaines modalités particulières qui, ainsi que nous le verrons plus tard, exercent une grande influence sur la nature de la possession qui doit en résulter. Si le possesseur a eu seulement l'intention d'occuper la chose à un tout autre titre que celui de propriétaire, il n'a en général que la possession simple que nous avons appelé plus haut *détention*; tels le commodataire, le fermier, le dépositaire, etc.

Si, au contraire, il a occupé la chose à titre de propriétaire, sa possession sera dite *civile* et aura des effets légaux. On peut la définir : *Le droit de puissance qu'un individu exerce extérieurement sur une chose dont il croit avoir la propriété.*

On ne trouve dans la loi romaine que deux avantages directement attachés à la possession civile ; elle produit l'usucapion lorsqu'elle s'est continuée pendant une période déterminée par la loi (L. 3. D. 41. 3) ; elle donne droit aux interdits qui ne sont autre chose qu'un système de protection organisé en sa faveur (Just., Inst. 4. 15).

Il est bien d'autres avantages qui paraissent accordés au possesseur civilement, mais ils ne dérivent pas de la possession. En les analysant avec soin, on voit qu'ils sont plutôt l'application d'une règle générale à un cas particulier, et non pas une prérogative exceptionnelle. La possession ne peut même être considérée comme la source du droit aux fruits. Justinien les accorde au possesseur à titre d'indemnité *pro culturâ et curâ* ; mais comme le possesseur est assimilé au propriétaire en ce qui regarde les fruits (L. 48. D. 41. 1), il vaut mieux admettre, avec M. de Savigny, que le droit aux fruits n'est que la propriété Publienne mise en rapport avec la règle générale de l'accession (1).

Enfin, on peut encore posséder une chose dont on n'est pas propriétaire, et dont on ne pourra jamais devenir propriétaire par l'usucapion, à cause d'un vice particulier inhérent soit à la chose possédée, soit à la possession elle-même. Cette possession, je l'appelle *naturelle*. La possession naturelle, quoique ne pouvant pas conduire à l'usucapion, n'est pas dénuée d'effets juridiques ; elle donne au possesseur le droit de recourir en cas de trouble, aux interdits *retinendæ* et *recuperandæ possessionis*, contre les tiers, excepté contre le véritable propriétaire (L. 9. D. 6-1. L. 3. § 13. D. 43. 16).

Avant d'examiner comment peut s'acquérir ou se perdre la possession, il importe de bien établir un principe dont les conséquences pratiques sont des plus graves. La possession est *exclusive*, c'est-à-dire que deux ou plusieurs personnes

(1) De Savigny, *Traité de la Possession*, § 2.

ne peuvent pas posséder chacune *in solidum* le même objet. Ce principe, clairement formulé par la loi romaine, a sa raison d'être dans la nature même des choses. En effet, nous avons établi que le fondement de la possession était l'individualité humaine faisant impression, déteignant en quelque sorte sur une chose. L'individualité est à la nature humaine ce que l'im-pénétrabilité est à la matière; de sorte qu'il est tout aussi impossible de concevoir deux individualités distinctes faisant à la fois la même impression sur une chose, qu'il est impos-sible de concevoir deux corps distincts occupant un *même point* de l'espace dans le *même temps*, et c'est avec raison que le juriconsulte Paul a pu dire : *Non magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto: vel in quo ego sedeo tu sedere videaris.* (L. 3. D. 41. 2).

Ce principe ne signifie pas qu'une chose ne peut être possédée à la fois par deux individus; il veut dire seulement que deux individus ne peuvent avoir à la fois, et sur le même objet, une possession identique et devant produire les mêmes effets, c'est-à-dire l'usucapion et les interdits.

De ce principe découle, comme premier corollaire, la règle plus haut énoncée, que la possession naturelle est insuffisante pour produire l'usucapion. En effet, si quelqu'un n'a que la possession naturelle d'une chose, c'est très souvent parce que la possession civile de cette même chose est retenue par un autre, or, la loi indique l'usucapion comme étant l'effet naturel de la possession civile; donc la possession naturelle ne peut produire l'usucapion; car, s'il en était autrement, la même chose pourrait à la fois être usucapée, et par le possesseur *civil* et par le possesseur *naturel*, de sorte que la même chose serait possédée par deux individus *in solidum*, ce qui est contraire au principe ci-dessus établi.

Un second corollaire de ce même principe est celui-ci : La possession naturelle donne droit aux interdits contre les liers, mais jamais contre le propriétaire lui-même. Cela est logique : en effet, vis-à-vis du propriétaire, possesseur *civil*, le possesseur *naturel* ne possède pas, il *détient*. Les interdits étant un des avantages de la possession civile, la possession naturelle ne peut les revendiquer à son encontre; si elle le pou-

52 v. l. 1589
16 qui fait 1. 49.
V. g. bel. 7. 76

vait, il y aurait deux possessions distinctes produisant les mêmes effets, ce qui est absurde. Mais vis-à-vis des tiers la possession est réelle, et comme les interdits n'ont aucune influence sur l'égalité de la possession, le possesseur naturel peut en user contre les tiers en cas de trouble.

Enfin, nous pouvons énoncer comme troisième corollaire, la règle suivante résultant de plusieurs textes : on ne peut posséder une chose incertaine ni indéterminée.

§ 2. — ACQUISITION DE LA POSSESSION.

I. Objets susceptibles d'être possédés.

Possession civile, ou *ad usucapionem*.— Ne peuvent être individualisées que les choses manquant d'une individualité ou propre ou fictive, d'où les corollaires suivants :

1° L'homme libre ne peut être possédé civilement, car l'individualité qui lui est propre ne peut être absorbée par une individualité étrangère; c'est-à-dire que l'on ne peut point *usucaper* un homme libre. Mais s'il arrive qu'un homme libre soit réputé esclave et possédé de bonne foi en cette qualité, son prétendu maître pourra acquérir la possession par son ministère. C'est seulement dans ce cas qu'on a supposé qu'un homme libre soit susceptible d'être possédé. (JUST., INST., 2, 9, § 4.)

2° Les choses sacrées et religieuses puisent dans la destination qui leur est propre une sorte d'individualité juridique qui les empêche aussi de pouvoir être civilement possédées. (L. 30, § 1, D. 41. 42.)

3° Il en est de même des choses appartenant aux cités (*universitates*).

La possession civile produit l'usucapion à cause de la reconnaissance tacite que fait le propriétaire de la légitimité de cette possession en ne protestant pas contre elle, en la souffrant (*patientia*); mais la *patientia* est une présomption qui ne peut être admise lorsque la possession civile est perdue par suite d'un vol ou d'une violence; donc, les choses volées ou obtenues par la violence ne peuvent être possédées civilement. (GAJUS II, 45. 49. 50.)

Donc encore, chaque fois que la loi enlèvera au propriétaire

la faculté de protester, la *possessio ad usucapionem* ne pourra pas avoir lieu : *Contra non valentem agere, non currit prescriptio* : et par suite ne peuvent être possédés civilement :

1° Les choses faisant partie du pécule adventice régulier d'un fils de famille (L. 1., C. 6. 60 ; L. 1., § 2, C. 7. 40) ;

2° Les matériaux d'autrui employés à une construction (Just., Inst. 2. 1, § 29) ;

3° Le fonds dotal possédé par un tiers depuis la constitution de dot (L. 30, C. 5. 12) ;

4° Les biens des mineurs et du pupille (L. 10. D. 8. 6 ; L. 48, pr. D., 41. 1).

Enfin, pour trouver une formule générale, la *possessio ad usucapionem* doit être *juste*, c'est-à-dire exempte de vices. (L. 1, § 9 ; L. 2, D. 43. 17) ; elle doit être de bonne foi. (L. 109, D. 50. 16 ; L. 32, § 1, D. 41. 3), et de plus corroborée par un juste titre.

Possession naturelle ou ad interdicta. — La possession civile contient virtuellement la possession naturelle, en ce sens qu'indépendamment de l'usucapion elle produit aussi les interdits. Donc, tous les objets susceptibles de la *possessio ad usucapionem* sont, à *fortiori*, susceptibles de la *possessio ad interdicta*. De plus, la possession naturelle peut encore avoir pour objet les choses qui ne peuvent être civilement possédées, d'après ce que nous avons dit plus haut, en ce sens qu'elle ouvrira le droit de recourir aux interdits contre tout autre que le propriétaire.

Ces préliminaires posés, nous pouvons maintenant rechercher comment s'acquiert la possession.

II. *Eléments constitutifs de la possession.* — *Corpus et animus.* — *Le fait et l'intention.*

Corpus. — D'après l'opinion de presque tous les jurisconsultes, le *fait* corporel, indispensable pour produire la possession, devait être le contact immédiat de la chose possédée. Mais suivant leur manière de voir, on avait admis des fictions qui remplaçaient ce contact immédiat par un symbole (remise des clefs, établissement d'un gardien, etc.)

M. de Savigny est le premier qui ait vu autre chose dans le fait corporel. Indépendamment, en effet, du rapport matériel

que l'acte extérieur établit entre le possesseur et la chose possédée, il y a pour le possesseur la *possibilité physique* d'exercer sur la chose une puissance immédiate et exclusive; c'est cette possibilité physique, pouvant se rencontrer en l'absence de tout contact immédiat, qui donne à l'acte extérieur qui la suppose la faculté de produire la possession. Or, nous retrouvons cette possibilité physique dans toutes les espèces prévues par les textes, donc on ne peut reconnaître dans aucune de ces espèces la trace d'un symbole ou d'une fiction juridique.

Cette explication, donnée par M. de Savigny, est conforme à ce qui a été dit plus haut sur la nature de la possession. La possession, avons-nous dit, est l'exercice d'un droit de puissance exclusive sur une chose; elle suppose donc ce droit. Or, exercer un droit ou produire un acte qui indique ce droit, qui manifeste aux yeux de tous la *possibilité* de l'exercer à volonté, c'est faire absolument la même chose; car le fait matériel exigé par la loi romaine pour conduire à la possession, est seulement exigé afin que la faculté *subjective* du possesseur apparaisse publiquement dans sa réalité *objective*.

Seront donc suffisants pour produire la possession, les faits extérieurs suivants: La présence des objets, la remise des clefs, l'établissement d'un gardien, d'une marque, etc. (L. 1, § 21; L. 3, § 1; L. 18, § 2, D. 41. 2; L. 79, D. 46. 3; L. 53, D. 41. 1; L. 74, D. 18. 1.)

Mais pour que la possession soit acquise, il faut qu'il n'y ait aucun obstacle physique à l'exercice de cette possession. (L. 22, D. 41. 2.) Ainsi donc la blessure faite à un gibier ne donne pas au chasseur un droit de possession avant la capture réelle (L. 5, § 1, D. 41. 1); et l'usucapion d'un fonds de terre ne peut entraîner l'usucapion du trésor qu'il recèle.

Puisque c'est la *possibilité physique* d'exercer sur une chose une puissance exclusive qui engendre la possession, et non pas le fait extérieur considéré seul, il faut admettre que dans le cas où cette possibilité physique existera en l'absence de tout acte extérieur, la possession pourra être acquise, c'est ce qui a lieu dans le cas où la possession résulte de la *traditio brevi manu*.

Animus. — Au fait extérieur doit se joindre l'intention, l'*animus*. Les personnes qui sont dans l'impossibilité d'avoir

l'*animus*, ne pourront donc pas acquérir la possession par elles-mêmes, comme par exemple : les furieux, les personnes morales, les pupilles en l'absence de la *tutoris auctoritas*. (L. 1., § 3. D. 41. 2).

C'est ici le cas de dire quelques mots de l'*animus* des pupilles, considéré comme pouvant conduire à l'acquisition de la possession.

Le pupille *pubertati proximus* est présumé avoir un *animus* suffisant, il peut donc acquérir la possession avec l'autorité du tuteur. Mais tant que le pupille est *infans* ou *infantie proximus*, il est radicalement incapable d'acquérir la possession par un fait émanant de lui, et l'autorité du tuteur ne nous paraît pas pouvoir remplacer l'*animus* qui lui manque.

M. de Savigny admet une solution contraire et appuie son opinion sur la L. 3. C. 7. 32, et la L. 32, § 2. D. 41. 2, ainsi conçue :

« *Infans possidere recte potest, si tutore auctore rem cepit : nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris; utilitatis enim causâ hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus sit infantis accipiendi possessionem.* »

M. de Savigny lit *accipienti possessionem*, d'après la leçon de quelques manuscrits; et, sur le fondement de cette variante, voici comment il raisonne (1) : « Il est évident que le tuteur *auctoritatem ponens* est mis en opposition avec le tuteur *accipiens possessionem*, et l'on veut prouver la validité de l'action du premier par la validité non contestée de l'action du second; d'après cela, le sens du passage entier est celui-ci : On a admis la validité de l'*auctoritas* par exception à la règle générale (*utilitatis causâ*); car si on voulait la rejeter, on devrait le faire par ce motif, que ce n'est pas le possesseur lui-même qui a l'*animus possidendi*; mais tel était bien le cas, où ce n'est pas l'enfant, *auctore tutore*, mais bien le tuteur lui-même qui acquiert la possession au nom de l'enfant, parce que, dans ce cas, l'enfant n'a non plus l'*animus possidendi*. Or, comme dans ce cas on se décide cependant en faveur de l'acquisition de la possession, il était conséquent d'adopter la même opinion dans le premier cas. »

(1) De Savigny, loc. cit. 3.

Le passage que nous venons de citer nous paraît devoir être entendu d'une manière différente, et voici le sens que nous lui donnons : En principe, l'*animus* est nécessaire à toute acquisition de possession ; néanmoins, et *par un motif d'utilité*, il est possible de dire qu'un enfant peut en réalité acquérir la possession *de ce qu'il reçoit* avec l'autorité du tuteur. On admet alors que cette autorité remplace l'*animus* de l'enfant, car il est évident que l'enfant n'a pas pu avoir l'intention de *recevoir*. (ACCIPIENDI) la possession.

Cette interprétation admise, il faut maintenant déterminer l'étendue de l'exception contenue dans le passage précité, et, pour cela, apprécier le motif d'utilité qui a pu la faire consacrer.

Si, d'un côté, on se rappelle que l'incapacité de l'*infans* est absolue, qu'il peut seulement *stipuler*, parce que la stipulation est un contrat de pure forme ; si, d'un autre côté, on remarque que le tuteur a la faculté d'acquérir *seul* la possession pour son pupille, et que précisément il a cette faculté parce que le pupille n'a pas d'*animus* ; que sa personne est tellement liée à celle de l'*infans*, que, dans le cas de la plainte d'inofficiofité, Justinien a cru nécessaire de déclarer que l'action dirigée par un tuteur contre un testament en sa qualité de tuteur, ne pourrait pas nuire aux droits qu'il tenait de ce même testament comme légataire ; il faudra nécessairement admettre que le motif d'utilité dont nous rechercherons la portée ne peut s'appliquer qu'à des objets peu importants, et qui, à raison même de leur peu d'importance, doivent échapper à la rigueur des principes ; et il ne nous répugne pas de croire, avec quelques jurisconsultes, que le passage dont nous parlons a seulement en vue la possession des *jouets* que l'on donne aux enfants. Pourquoi, en effet, ce motif d'utilité est-il limité à l'*infans* et n'a-t-il pas été étendu au fou, comme le fait judicieusement observer M. Blondeau (1) ? D'ailleurs les termes mêmes du Digeste et du Code se prêtent à cette solution. La L. 3. C. 7. 32, prévoit le cas de choses *données*, et le passage du Digeste précité parle de choses reçues (*accipiendi*). Pourquoi *accipiendi* plutôt que *acquirendi*, expression plus générale et plus juridique ?

(1) Crestomathie, pag. 226.

L'*animus* ne doit pas seulement être considéré en lui-même, il doit aussi être considéré en regard de la chose possédée, et il est fort important d'examiner sous quel aspect on peut posséder une chose et principalement les choses composées.

Les choses composées ont reçu, en Droit romain, la dénomination particulière d'*universitates*. Les *universitates* peuvent se diviser en deux classes : les unes sont réelles, les autres sont de pures conceptions de l'esprit, ce sont en quelque sorte des abstractions dont le type existe bien dans la raison, mais ne se retrouve pas dans la nature et ne peut s'appliquer à aucun *individu*. La possession suppose toujours un objet matériel sur lequel s'exerce la puissance de l'homme; et si certains droits incorporels ont été reconnus susceptibles d'une *quasi-possession*, comme nous le verrons plus bas, c'est à cause des rapports que les droits de cette nature établissent entre l'homme et un objet matériel; mais jamais la possession ne peut avoir pour objet un être de raison considéré comme tel; d'où cette conséquence que les *universitates* de la seconde espèce, telles qu'un *troupeau*, ne peuvent être susceptibles d'une possession quelconque : on peut seulement posséder les animaux qui le composent. En matière de possession, il est impossible de concevoir l'existence d'une *universitas juris*.

En ce qui touche les secondes espèces d'*universitates*, dites : *rerum cohærentium*, telles qu'une voiture, une maison, il en est tout autrement; on ne peut posséder que l'*universitas* elle-même, et jamais comme séparées les parties qui la composent. Car ce que l'on veut parvenir à usucaper par la possession, ce que l'esprit a en vue, c'est le tout lui-même et non pas ses diverses parties. Il y a impossibilité physique, comme le fait remarquer M. de Savigny, à prétendre posséder séparément les parties d'un tout; il y a même impossibilité juridique, car dans certains cas on arriverait plus vite à l'usucapion des parties d'un tout qu'à l'usucapion du tout lui-même; par exemple dans le cas d'*universitas ædium*, ce qui est absurde. (L. 23; D. 41. 3.)

On ne peut pas posséder une chose incertaine, ni une partie incertaine ou indéterminée d'une chose, cela est logique;

car l'on veut par la possession *individualiser* une chose ou sa partie, c'est-à-dire établir une ligne de démarcation entre elle et ses aboutissants; il faut donc que l'esprit, l'*animus* l'ait clairement en vue. Mais il ne faut pas donner à cette règle une extension qu'elle ne saurait avoir; elle signifie seulement que la partie sur laquelle on veut exercer le droit de possession doit être déterminée d'une manière irrévocable. Il n'est pas nécessaire que le possesseur sache quelle est l'étendue de cette partie, pourvu qu'il ait l'intention de posséder la partie seule qui est déterminée par le titre qui sert de base à sa possession. Ainsi donc si Gaius, possesseur d'un fonds de terre, décède, après avoir institué Seius et Titius, les deux héritiers peuvent se mettre réellement en possession du fonds de terre; quoique n'ayant pas encore vu le testament, ils ignorent pour quelle partie ils sont institués: ils posséderont ainsi une *certa pars pro indiviso*. Les parties sur lesquelles leurs possessions s'appliquent sont invariables, seulement ils n'en connaissent pas l'étendue; ils la connaîtront quand ils auront vu les termes du testament, mais déjà leur *animus* a en vue la partie certaine qu'il leur attribue, et l'opinion de Labéon énoncée dans la L. 32, § 3, D. 41. 3, ne s'oppose pas à cette solution.

Dans cette loi, Pomponius pose en principe qu'on ne peut posséder une partie incertaine d'une chose: « de sorte que, dit-il, si plusieurs personnes ont des prétentions sur un fonds, et si elles ignorent quelle est la partie possédée par chacune d'entre elles, aucune n'aura la possession, ainsi que l'a décidé Labéon par une pure subtilité. » M. de Savigny (1) pense que l'espèce que nous venons de citer est celle prévue par ce passage, et il conclut qu'en adoptant l'opinion subtile de Labéon, on serait forcé d'admettre qu'aucun des co-héritiers n'a eu la possession. Nous ne le pensons pas, car précisément dans cette espèce nous établissons qu'il n'y a pas de partie incertaine, qu'elle est suffisamment déterminée par le testament; aussi préférons-nous croire que ce passage a eu en vue la première espèce prévue par M. de Savigny, qui est celle-ci: Deux personnes dont chacune fait des prétentions sur un fonds de terre vacant l'occupent en même temps. Pour le moment, nul ne

(1) Page 232 et la note.

veut disputer la possession à l'autre, parce que chacun veut se préserver des droits d'un tiers qu'il craint le plus; ils se reconnaissent donc tacitement co-possesseurs. Or, strictement parlant, il ne peut y avoir de partie idéale qu'au moyen d'un acte juridique (le testament dans l'espèce précédente). (L. 26; D. 41. 2.) Il s'ensuit qu'aucun ne deviendra possesseur, et que le tiers peut occuper la possession par force. Cette conséquence, quoi qu'en dise M. de Savigny, ne repose pas sur une pure subtilité, et il nous paraît impossible de considérer, comme il le veut, chacun d'entre eux comme possesseur pour la moitié. Ce qu'on appelle une subtilité de Labéon est une application logique de la règle que deux possessions ne peuvent concourir *in solidum* sur le même objet, combinée avec le caractère de l'*animus*. En effet, de cela que chacun des prétendus possesseurs ignore quelle est la portion que l'autre a en vue, il s'ensuit que nul d'entre eux ne peut appliquer son *animus* à une partie déterminée; par suite qu'il n'y a pas, à proprement parler, et qu'il ne peut pas y avoir d'*animus* pour une partie; et cependant chacun a bien réellement un *animus*, puisque chacun se prétend possesseur. Or, comme cet *animus* ne peut s'appliquer à une partie et que cependant il existe, il faut qu'il s'applique au tout, et s'appliquant au tout l'*animus* de l'un détruit l'*animus* de l'autre et réciproquement, de sorte qu'il est rationnel de conclure, comme le fait Labéon, qu'en réalité aucun ne possède.

§ 3. — ACQUISITION DE LA POSSESSION PAR LE MINISTÈRE
DES TIERS.

On peut acquérir la possession non-seulement par soi-même, comme nous venons de le voir, mais encore par le ministère des tiers; c'est-à-dire que l'on peut donner l'ordre ou le mandat à des tierces personnes de produire en notre nom les divers actes nécessaires pour l'acquisition de la possession.

Ce mode particulier d'acquérir la possession suppose nécessairement :

1° Un *ordre* ou un *mandat* préalable, d'après la distinction que nous ferons plus bas;

2° Un fait extérieur établissant la possibilité physique d'exer-

cer un droit de puissance exclusive sur une chose, et émanant de celui qui a reçu l'ordre ou le mandat (*corpus*) ;

3° La volonté de la part de ce représentant d'exercer le droit de puissance au nom du représenté ;

4° L'intention de la part du représenté de profiter à titre de propriétaire des actes du représentant qui produisent la possession ;

} *Animus.*

5° La disposition du public à considérer le représenté comme propriétaire et comme exerçant ses droits par l'intermédiaire du représentant (*patientia*.)

I. *Ordre* ou *mandat préalable.*

Si les rapports qui unissent le représentant avec le représenté sont basés sur un droit de puissance, paternelle ou dominicale, le représentant est censé agir en vertu d'un *ordre* ; si au contraire ces rapports sont libres, le représentant agit en vertu d'un mandat.

Le droit qu'a le père d'acquérir par le ministère du fils prend sa source dans la puissance paternelle elle-même et non pas dans la *possession* que le père aurait de la personne de son fils. Or, cette puissance ne peut disparaître que dans les cas prévus par la loi ; chaque fois donc que ces cas ne se sont pas réalisés, elle existe toujours en droit, sinon en fait ; et puisqu'elle existe, il n'est pas étonnant que ce soit toujours le père qui devienne possesseur par le fait de son fils, et non pas celui qui, même de bonne foi, croit l'avoir en sa puissance. (L. 50 ; D. 41. 2.)

Quand il s'agit d'un esclave il n'en est pas ainsi : c'est la *possession* de l'esclave par son maître qui est la source du droit de ce dernier d'acquérir par son ministère ; on peut donc acquérir la possession :

1° Par l'esclave d'autrui que l'on possède de bonne foi ;

2° Par l'homme libre que l'on possède de bonne foi comme esclave (L. 1, § 6 ; D. 41. 2) ;

3° Par l'esclave dont on a l'usufruit (*Ibid.*, § 8).

La possession acquise dans ces trois hypothèses comprend seulement le produit du travail personnel de l'esclave, ou ce qu'il a fait produire aux biens du possesseur ;

4^o Par l'esclave qui est en fuite, tant qu'il n'est pas possédé par un autre, et qu'il ne se croit pas libre. (L. 1, § 14 et L. 50, § 1; D. 41. 2.) Mais qui donc possède lorsque l'esclave en fuite se prétend libre et se conduit comme tel, se demande M. Blondeau (1)? L'esclave lui-même, croyons-nous; car s'il se croit libre il se possède en quelque sorte lui-même, et tout ce qu'il acquiert dans cette position particulière, il l'acquiert pour son compte. Pour le fils de famille sous puissance qui se croit de bonne foi *sui juris*, nous admettons une solution toute contraire, parce que ce n'est plus ici la possession, mais bien la *puissance paternelle* seule, existant toujours dans l'espèce, qui est le fondement du droit qu'a le père d'acquérir par le ministère du fils.

De tout ce qui précède, il résulte que l'on ne peut acquérir la possession par le ministère d'un esclave que l'on ne possède pas; c'est ce qui a lieu dans le cas d'un esclave donné en gage. (L. 1, § 15; D. 41. 2.) Dans ce cas, le créancier gagiste, pas plus que le débiteur qui a donné l'esclave en gage, ne peuvent acquérir la possession par son fait; de sorte qu'il ne se fait alors, comme le fait remarquer M. de Savigny, aucune acquisition ni de la propriété ni même de la possession. Qui donc possèdera? Nous pensons que ce sera celui qui aura donné mandat à l'esclave, comme nous l'indiquerons bientôt.

Dans tous les cas ci-dessus, l'acquisition de la possession résulte d'un ordre réel ou supposé donné au représentant qui se trouve toujours dans un rapport de puissance avec le représenté; quand le rapport est libre, il faut qu'il y ait un mandat d'acquérir la possession. Ce mandat peut être général ou spécial, mais il faut qu'il soit exprès et non tacite. Il y a une seule exception à cette règle; c'est pour le cas où l'acquisition est faite par l'intermédiaire d'un *negotiorum gestor*. Mais dans ce cas, la possession ne sera acquise que s'il y a ratification de la part du représentant. (L. 24. D. 3. 5.) Ce mandat peut être donné à toute personne libre, ou, pour rendre notre pensée avec plus de précision, à toute personne qui est avec le mandant dans un rapport libre en ce qui touche l'acquisition de la possession, et par conséquent à un esclave

(1) Crestomathie, p. 230, note.

§ 5 in fine
quasi per
Distr. au gage

que personne ne possède. (L. 31, § 2. D. 41. 3. L. 34, § 2. D. 41. 1.) Cette précision nous permettra d'expliquer comment, dans le cas d'un esclave donné en gage, la possession sera acquise au mandant. Dans ce cas particulier, en effet, l'esclave, considéré comme instrument d'acquisition de possession, n'est possédé par personne ; or, l'esclave qui n'est possédé par personne étant avec tout le monde dans un rapport libre en ce qui touche l'acquisition de la possession, tout le monde peut lui donner mandat d'acquérir la possession, et il nous semble qu'elle sera réellement acquise par lui au mandant. Les textes qui déclarent que l'acquisition n'est pas acquise par cet esclave, nous paraissent devoir s'entendre seulement de la possession résultant de l'exécution d'un *ordre présumé* et non de celle qui peut résulter de l'exécution d'un *mandat exprimé*.

II. *Corpus*. — Lorsque l'ordre ou le mandat ont été donnés, le représentant est constitué ; c'est lui qui doit produire les faits extérieurs nécessaires pour la possession. Nous n'avons rien à ajouter à ce qui a déjà été dit sur le *corpus* ; les règles sont les mêmes, soit que le fait extérieur émane du représentant, soit qu'il émane de celui-là même qui veut acquérir la possession.

III. *Animus*. — Dans l'acquisition de la possession par le ministère d'un tiers, l'*animus* est composé de deux éléments distincts : l'un particulier au représentant, l'autre spécial au représenté.

Le représentant doit avoir la capacité juridique de produire les actes nécessaires à l'acquisition de la possession. Donc, le furieux, qu'il soit *sui juris*, *alieni juris* ou esclave, et l'*infans*, sont incapables d'acquérir la possession à autrui. (L. 1, § 9 et 10, D. 41. 2.) Le pupille aura cette faculté, *si ejus ætatis sit ut intellectum capiat* (L. 1, § 3, *in fine, ibid.*) ; il en est de même de l'esclave impubère.

L'intention du représentant doit concorder avec l'ordre ou le mandat ; il doit avoir l'intention d'agir au nom et pour le compte du représenté ; s'il avait l'intention d'acquérir pour lui-même ou pour autrui, la possession ne serait pas acquise au représentant (L. 1, § 20. D. 41. 2), à moins que la volonté de celui qui a fait la tradition de la chose ne vienne corriger

ce qu'il y a de défectueux dans l'intention du représentant. (L. 13, D. 39. 5.)

L'*animus* du représentant doit consister dans l'intention de profiter, à titre de propriétaire, des actes produits par le représenté. Il faut donc qu'il connaisse ces actes pour pouvoir en profiter; si donc il les ignore parce qu'il n'a donné ni mandat ni ordre, il n'y aura pas d'acquisition de possession, excepté dans le cas de pécule (L. 1, § 5. L. 3, § 12. D. 41. 2), dans le cas de l'acquisition par les tuteurs (L. 1, § 20. D. 41. 2), et dans celui de l'acquisition des personnes morales (L. 1, § 22, *ibid.* L. 7, § 3. D. 10. 4.) Si, au contraire, ayant donné un ordre ou un mandat, il ignore seulement la réalisation par le représentant des actes qui constituent l'exécution de l'ordre ou du mandat, il aura la possession, malgré cette ignorance, à partir de l'instant même où ces actes se seront produits; mais il n'aura, à partir de cette époque, que la possession *ad interdicta*; la possession *ad usucapionem* ne commencera pour lui qu'à partir de l'instant où il aura connu les actes de son représentant. (L. 1. C. 7. 32.) Il y a exception à cette règle, lorsque le représentant est un *procurator bonorum* constitué pour gérer les affaires du représenté pendant le temps de son absence (Paul. Sent. V. 2. § 2); ou encore lorsqu'il est un *negotiorum gestor*. (L. 24. D. 3. 5.) Dans tous ces cas; la *possessio ad interdicta*, comme la *possessio ad usucapionem*, ne sera acquise au représenté que du moment où il aura ratifié les actes de son représentant.

§ 4. — DE CERTAINS CONTRATS PARTICULIERS ENVISAGÉS PAR
RAPPORT A LA POSSESSION.

1° *Constitutum possessorium*. — Nous venons de voir qu'on peut, en général, acquérir la possession d'une chose par le ministère d'un tiers constitué représentant de l'acquéreur. Or, rien ne s'oppose à ce que le propriétaire de cette chose remplisse lui-même le rôle de représentant et acquière ainsi pour un tiers la possession de cette même chose. Il interviendra, dans ce cas, une convention par laquelle le propriétaire de la chose cessera de la *posséder* à ce titre et continuera de la *détenir* à un tout autre titre, mais pour le compte d'un

tiers qui en aura ainsi acquis la possession. (L. 18. D. 41. 2.)
Ce mode d'acquérir la possession a reçu le nom de *constitutum possessorium*.

Ce qui distingue le *constitutum* des autres modes d'acquisition de possession, c'est que le *corpus* ne s'y retrouve pas; il n'existe, en effet, de la part de celui qui acquiert la possession, aucun acte d'appréhension corporelle; et si malgré l'absence du *corpus* on a admis qu'il y avait dans ce cas tradition réelle de possession, c'est que cette conclusion était une nécessité juridique. Il est difficile de trouver une formule générale qui indique clairement en quoi consiste cette nécessité juridique, parce que la cause de cette nécessité peut varier souvent, d'après les cas divers que l'on voudra prévoir; un exemple néanmoins fera comprendre notre pensée.

Aux termes de la L. 28, C. 8. 53, celui qui aliène une chose en s'en réservant l'usufruit, a réellement transporté la possession de cette chose à l'acquéreur en l'administrant désormais à titre d'usufruitier; c'est bien là le *constitutum*. Nous disons que cette transmission de possession est une nécessité juridique; en effet, la loi me reconnaît le droit d'aliéner sous réserve d'usufruit; si dans ce cas on n'admet pas la transmission de possession à l'acquéreur, il faut nécessairement admettre que cette possession me reste, et si elle me reste, il s'en suit que j'ai un droit d'usufruit sur ma propre chose, ce qui est absurde : *Nemini res sua servit*.

Il y a encore *constitutum* dans le cas de la L. 17, § 2. D. 7. 1, où il est dit que le nu-propriétaire pourra donner son esclave en noxe, s'il le fait sans fraude, parce que le droit d'usufruit n'est pas éteint par le fait de la *noxæ deditio*. Cette loi prouve qu'il n'est pas nécessaire que le possesseur actuel ait la détention réelle de la chose pour qu'il puisse en transférer la possession par le *constitutum*; il suffit qu'on la détienne pour son compte, n'importe à quel titre.

2° *Emphytéose*. — Dans le *constitutum* la possession est acquise quoique, à proprement parler, il n'y ait pas de fait corporel; dans l'emphytéose, au contraire, c'est le *corpus* seul qui existe, l'*animus domini* manque, et cependant l'emphytéote a bien certainement la possession *ad interdicta* du

domaine qu'il détient. (L. 15, § 1. D. 2. 8. L. 1. D. 6. 3. L. 12, § 2. D. 6. 2. L. 25, § 1. D. 22. 2.)

On ne voit pas trop pourquoi l'emphytéose produit la possession au lieu de produire, comme l'usufruit, la quasi-possession d'un droit incorporel. M. de Savigny explique, d'après Niebuhr, cette anomalie juridique. Il en trouve la raison dans l'histoire des interdits, qui paraissent avoir été créés précisément pour protéger la propriété extra-légale de l'*ager publicus*, plus tard de l'*ager vectigalis*, ou, ce qui est la même chose, *emphyteuticarius*, comme le porte la rubrique du TIT. III, LIV. VI, au DIGESTE.

3^o *Gage*. — Le créancier gagiste, de même que l'emphytéote, est réellement possesseur *ad interdicta*, quoiqu'il n'ait pas l'*animus domini*; le débiteur conserve, en vertu d'une fiction juridique, la *possessio ad usucapionem*. (L. 16. D. 41. 3, etc.) Le droit du créancier gagiste est plutôt un droit de rétention qu'un droit de possession proprement dit, car il ne peut pas user du gage comme des autres choses qu'il possède *animus domini*: il a seulement le droit de n'être pas démenti du gage tant qu'il n'est pas payé; à ce droit on a ajouté comme sanction la faculté de recourir aux interdits; c'est cette adjonction seule qui en a fait un droit de possession. Il n'est donc pas étonnant qu'il ne puisse pas acquérir de plein droit par le ministère de l'esclave donné en gage, car il le possède *seulement* comme garantie et non pas à titre de propriétaire. Pour le débiteur, il n'y a pas de difficulté, car par la tradition de la chose au créancier, il aurait dû perdre non seulement la *possessio ad interdicta*, mais encore la *possessio ad usucapionem*, et s'il a conservé cette dernière, c'est en vertu d'une fiction et dans l'intérêt de son créancier.

La possession particulière à l'emphytéote et au créancier gagiste, a reçu le nom spécial de *possessio dérivée*.

4^o *Dépôt*. — Le dépôt n'attribue aucune possession au dépositaire (L. 3. § 20. D. 41. 2), excepté dans le cas où la propriété d'une chose étant disputée, les parties conviennent expressément de la déposer entre les mains d'un séquestre qui en aura ainsi la possession, afin d'interrompre l'usucapion pouvant courir en faveur d'une des parties. (L. 39. D. 41. 2. L. 17, § 1. D. 16. 3.) M. de Savigny (§ 25) donne cette es-

pèce comme étant la seule exception au principe que le dépôt ne saurait jamais être attributif de possession ; il nous paraît cependant résulter de la L. 24. D. 16. 3 et de la L. 186. D. 50. 16, que le dépôt sera également attributif de possession dans le cas où de l'argent aura été déposé entre les mains d'un tiers, sans qu'une marque particulière indique que cet argent doit être rendu *in specie*. Dans cette hypothèse, l'argent devant seulement être rendu *in genere*, le dépositaire paraît avoir acquis non seulement la possession, mais encore la propriété.

5° *Precarium*. — Le précaire attribue toujours, à moins de précision contraire, la *possessio ad interdicta* en faveur du *rogans* (L. 4, § 1. D. 43. 26. L. 10. pr., § 1. D. 41. 2.) Cette règle a sa raison d'être dans les besoins que le *precarium* est destiné à satisfaire. Le plus souvent, en effet, il est l'accessoire d'un contrat translatif de propriété. Dans ce cas on convient que l'acquéreur *possèdera* la chose, mais à titre précaire seulement, tant qu'il n'aura pas payé le prix. (L. 20. D. 43. 26. GAIUS II, 60.)

6° *Commodat*. — Le contrat de commodat n'est jamais translatif de possession. (L. 8. D. 13. 6. L. 3, § 20. D. 41. 2.)

7° Enfin, il est absolument de même du contrat de bail et de l'usufruit. (L. 6, § 2. D. 43. 26), et généralement des autres *jura in re*.

§ 5. — CONSERVATION ET PERTE DE LA POSSESSION.

La possession se conserve de la même manière qu'elle s'acquiert, c'est-à-dire *corpore* et *animo*. Il ne saurait y avoir à cet égard aucune difficulté, car on peut concevoir une série d'acquisitions successives de possessions se reproduisant à chaque instant de la durée à propos de la même chose, et cette *succession de possessions* en sera simplement la continuation ou la conservation. La question de savoir comment se conserve la possession ne peut avoir pour objet un cas aussi simple, mais bien plutôt quelle est l'influence de certaines circonstances sur la continuation de la possession, c'est-à-dire si ces circonstances peuvent faire cesser cette continuation ; de sorte que rechercher comment la possession se conserve, c'est en réalité rechercher aussi comment elle se perd.

C'est la combinaison d'après les règles plus haut énoncées du *corpus* et de l'*animus*, qui produit la possession ; chaque fois donc que cette combinaison ne pourra plus exister, la possession cessera immédiatement (L. 153. D. 50. 17).

1° *Perte du corpus*. — Le *corpus*, ainsi que nous l'avons déjà dit, n'étant autre chose que la possibilité physique d'exercer sur une chose une puissance exclusive, chaque fois que cette possibilité cessera, il y aura perte de la possession : pour les choses mobilières, lorsqu'elles auront été prises par autrui (L. 15. D. 41. 2); lorsqu'il y a un obstacle physique à l'exercice de la possession (L. 3, § 14 et 15. D. 41. 2), ou enfin lorsque la chose a été perdue et qu'on ignore le lieu où elle se trouve (L. 25. pr. *ibid.*), excepté dans le cas où elle a été placée, *custodiæ causâ*, dans un lieu particulier dont on a perdu le souvenir (L. 44. pr. *ibid.*) Il en est de même pour les immeubles : la possession en sera perdue lorsqu'ils auront été rendus inaccessibles, par exemple, par une inondation (L. 3, § 17 et L. 13. D. pr. 41. 2); lorsqu'ils seront sortis du commerce (L. 30, § 1. *ibid.*); lorsqu'ils auront été mis en séquestre en vue précisément d'une interruption d'usucapion. (L. 39. D. *ibid.*) La possession en est encore perdue lorsque le possesseur, dominé par la *crainte* ou la *violence*, abandonne sa chose (L. 32, § 2. D. 41. 3. L. 9. D. 4. 2, etc.) Mais ce n'est pas la perte matérielle du *corpus* qui, dans tous ces cas, a pour résultat la perte de la possession. Dans la matière qui nous occupe, le *corpus* n'est quelque chose que parce qu'il existe non pas seulement en *fait*, mais principalement en *puissance* dans la volonté du possesseur. Ce caractère nouveau du *corpus* implique donc virtuellement la *conscience* que doit avoir le possesseur de la *possibilité physique* qui le constitue. Il faut donc, pour que le *corpus* en disparaissant entraîne la perte de la possession, que le possesseur ait *conscience* que cette possibilité physique qu'il avait naguère, il ne l'a plus désormais, et c'est à partir de cet instant seul que la possession cessera. Ainsi donc, dans le cas où en mon absence un tiers s'emparera de mon fonds, je n'aurai cessé de posséder qu'à partir du moment où j'aurai connaissance de cette usurpation. (L. 46. D. 41. 2.) Malgré la perte matérielle du *corpus*, ma possession continuera jusqu'au moment où je con-

à en Paul
à en unque

naîtrai cette perte, et je pourrai, dans cet intervalle, achever l'usucapion commencée. Enfin, dans tous ces cas, il n'y aura pas cessation de possession, si le possesseur résiste à la violence, surmonte la crainte, ou se met de suite en mesure de reconquérir sa chose. Cela prouve que la possession peut être conservée *animo tantum*, puisqu'on se place dans l'hypothèse où le *corpus* étant perdu, la possession peut cependant continuer.

2^o *Perte de l'animum*. — L'*animus* peut disparaître d'une manière expresse, ou tacitement. Le *constitutum possessorium* est un des cas où tantôt une déclaration expresse, tantôt une nécessité juridique font admettre la perte de l'*animus* et par suite de la possession. Cette perte de l'intention pourra aussi être présumée *ex negligentia domini*. (L. 37, § 1. D. 41. 3.) Dans tous les cas où la perte de la possession résulte d'un *animus* contraire à la continuation de cette possession, il faut appliquer les principes généraux plus haut énoncés concernant la capacité des enfants et des fous; ils ne peuvent pas plus avoir l'*animus* pour perdre la possession que pour l'acquérir. (L. 29. D. 41. 2. L. 11. D. 41. 1.)

Il nous reste maintenant à rechercher comment se conserve ou se perd la possession par le ministère d'un représentant. La possession, dans ce cas, est continuée par le *corpus* et l'*animus* de notre représentant, ou même si nous abandonnons momentanément la chose, ou si nous en sommes violemment expulsés, par notre *animus* seul, pourvu que notre représentant n'ait pas abandonné lui-même la chose avec l'intention de la perdre, ou n'ait pas été expulsé. (L. 1, § 45. D. 43. 16.) Si le représentant est lui-même violemment expulsé, la possession est immédiatement perdue pour le possesseur, quand même il n'aurait pas encore connaissance de cette *vi dejectio*. (L. 44. D. 41. 2.)

Quelle est l'influence des actes personnels du représentant sur la continuation ou la perte de la possession? Supposons que le représentant veuille transférer de son chef la chose à un tiers; il faut distinguer: si cette transmission a lieu à l'aide d'un contrat non translatif de possession par sa nature (*commodat*, *dépôt*), le représenté conserve toujours la possession (L. 30, § 6. D. 41. 2). Dans tous ces cas, il y aura

en quelque sorte substitution de représentant. Si, au contraire, le contrat est translatif de possession, le représenté l'aura réellement perdue, excepté dans le cas où le représentant aurait employé la voie du *constitutum*, et où cependant il aurait continué les rapports de représentation, par exemple, si c'était un fermier, en payant toujours le prix du bail. (L. 32, § 1. D. 41. 2.)

Le représentant peut encore nous faire perdre la possession en méconnaissant notre droit de possesseur, et en se conduisant à notre égard comme étant possesseur lui-même. (L. 10, *in fine*. D. 43. 16, etc.) Ce sera là une véritable *vi dejectio*. Enfin, nous devons faire observer au sujet de l'*animus* du représentant, que la cessation de cet *animus* par suite de démence ou de décès, ne peut faire perdre la possession, qui est dans ce cas retenue par l'*animus* du propriétaire, à moins que ce dernier soit peu diligent à conserver sa chose. (L. 25, § 1. D. 41. 2.)

§ 6. — DE LA QUASI-POSSESSION.

La possession, nous l'avons dit, suppose toujours un objet *corporel* susceptible d'usucapion et dont la jouissance est garantie par des interdits. Mais il est des droits *incorporels* qui peuvent aussi s'acquérir par usucapion et engendrer des interdits, ces droits sont donc susceptibles d'une sorte de possession. La possession des droits incorporels a pris le nom particulier de *quasi-possession*. Elle se rencontre seulement dans les servitudes personnelles et réelles et dans la superficie.

1^o *Servitudes personnelles et superficie*. — Nous réunissons ces deux éléments juridiques parce que les principes qui les régissent sont identiques. La quasi-possession de ces droits incorporels s'acquiert en général de la même manière que la possession ordinaire, et même par le *constitut*; ils se conservent aussi et se perdent de la même manière, et, de plus, par le non usage *per modum et tempus* (L. 16, § 1. C. 33. 3. L. 13. C. 3. 34), excepté lorsque le non usage ne doit pas être imputé à la négligence, mais bien à une clause spéciale du titre constitutif de la servitude personnelle. (L. 34 et 57. D. 7. 1.) Nous devons faire observer que ces droits étant purement personnels

sont en quelque sorte attachés à la personne de celui qui en est investi, l'usufruitier par exemple; de sorte qu'à proprement parler, ce dernier ne peut jamais les aliéner au profit d'un tiers, excepté au profit du nu-propiétaire lui-même. Il pourra bien transmettre à un tiers la *faculté* d'exercer son *droit*, mais jamais ce droit lui-même. Dans le cas d'une pareille aliénation, l'usufruitier sera considéré comme exerçant son droit par le ministère d'un représentant. Les servitudes personnelles se perdent par l'impossibilité où se trouve celui qui en est investi, de les exercer par lui ou son représentant, comme dans le cas où le nu-propiétaire aliène, sans tenir compte de l'usufruit, la chose sur laquelle ce droit est exercé; alors, en effet, l'usufruitier n'a plus la possibilité de reproduire l'exercice de son droit, et l'acquéreur ne peut être considéré comme son représentant, puisqu'il tient ses droits du nu-propiétaire. (L. 29. D. 7. 4).

2^o *Servitudes réelles*. — Les servitudes réelles se divisent en négatives ou positives, suivant qu'elles ont pour résultat la prohibition d'un acte que le propriétaire du fonds servant aurait en général le droit de faire, ou l'exercice d'un acte que le propriétaire du fonds dominant n'aurait pas, en général, le droit de faire. Pour l'acquisition de toute servitude, il faut la production d'un acte et l'intention de produire cet acte comme étant l'exercice d'un droit (Arg. L. 41. D. 41. 2. L. 25. D. 8. 6.) — Il suffira d'un seul acte pour l'acquisition des servitudes négatives; cet acte sera évidemment une prohibition contre laquelle n'aura pas protesté le propriétaire du fonds servant, et, par contre, la possession des servitudes de cette nature sera perdue par un acte du propriétaire du fonds servant, contraire à la prohibition qui lui aura été faite et qui ne sera pas suivie de protestation.

En ce qui touche les servitudes positives, il faut faire une sous-distinction. Les unes consistent dans un acte qui, en général, est permis à moins qu'il ne soit défendu (*iter, via, actus, venari*). Dans ce cas il faudra, pour produire la possession de cette servitude, une série non interrompue d'actes qui puissent établir qu'elle n'a pas été exercée à titre de tolérance, mais bien à titre de droit (L. 1, § 2. D. 43. 19; L. 3, § 1. D. 41. 1; L. 16. D. 8. 3). Les autres, au contraire, con-

sistent dans un acte qui est en général prohibé, à moins qu'il ne soit permis (*aquæ ductus per alterius fundum*). Un seul acte suffira, dans ce cas, pour donner la possession de la servitude (L. 1. pr. et § 4 et 22. D. 43. 20).

D'après M. de Savigny, il n'est pas nécessaire que la *patientia* du propriétaire intervienne pour qu'il y ait acquisition de possession (Loc. cit., § 46). « Celui, dit-il, qui a l'intention d'exercer le droit de passage et qui par l'emploi de la violence exécute ce dessein malgré l'opposition du propriétaire, acquiert effectivement la possession; de sorte que la *patientia* du propriétaire n'est point exigée pour qu'on puisse acquérir cette espèce de possession. » Mais les servitudes sont un démembrement de la propriété, c'est-à-dire que par l'établissement d'une servitude, le propriétaire du fonds servant *perd* tout ce que *gagne* le propriétaire du fonds dominant; que la possession du premier est *diminuée* de tout ce dont est *augmentée* la possession du second. Or, M. de Savigny reconnaît (§ 31 et 32) que dans toute perte de la possession par les actes d'autrui, il faut que l'*animus* du propriétaire intervienne; comment donc admettrait-on que la *patientia* intervienne; comment donc admettrait-on que la *patientia* soit inutile, quand il s'agit de servitudes positives qui sont une *perte* ou tout au moins une *diminution de possession* en regard du fonds servant? (L. 20. D. 8. 1. L. 2. C. 3. 24).

La possession des servitudes continues ou discontinues, peu importe, se conserve en général *corpore et animo*, c'est-à-dire par un exercice non interrompu des actes qui la manifestent, soit que ces actes émanent du possesseur, soit qu'ils émanent de son représentant. (L. 12, 20, 21, 22, 23. D. 8. 6.) Plusieurs fois même la possession est retenue *animo tantum*. (L. 4. C. 7. 32. L. 12, § 3. D. 7. 1.) Enfin, il est certaines servitudes, la servitude d'aqueduc, par exemple, dont on prétend que la possession est conservée par le fonds lui-même, *absque corpore et animo* (par arg. de la L. 12 *in fine*, D. 8. 6.) Mais en réalité cette servitude est conservée *animo tantum*, parce que l'*animus* est toujours présumé dans ce cas tant qu'il n'a pas été produit un acte qui lui soit contraire.

La possession des servitudes réelles disparaît d'abord par la perte du fonds dominant, et en second lieu par un acte émané du propriétaire du fonds servant, contraire à l'exercice

de cette servitude. (L. 4, § 27. D. 41. 3.) Nouvelle preuve qu'il faut la *patientia* de ce dernier pour l'établissement d'une servitude réelle; car l'acte émané de celui qui veut la faire disparaître, n'est autre chose que la cessation de sa *patientia*.

§ 7. — DES INTERDITS.

Nous n'avons envisagé la possession que comme étant la source de l'usucapion et des interdits, et de même que nous ne parlons pas de l'usucapion, de même aussi nous ne voulions pas parler des interdits. Cependant, comme cette matière a une grande relation avec la possession, nous ne pouvons nous dispenser d'en dire quelques mots.

Les actions ou interdits possessoires, organisés pour protéger la possession, avaient pour but sa conservation ou son recouvrement.

Les interdits *retinendæ possessionis* étaient : 1° L'interdit *uti possidetis*, spécial aux immeubles, et accordé à celui qui, à l'égard de l'adversaire, possédait la chose *nec vi, nec clam, nec precario* (GAIUS, § 151; PAUL, liv. 5, tit. 6, § 1; L. 1. D. 43. 17); 2° l'interdit *utrubi*, relatif aux meubles, accordé avant Justinien à la plus longue possession dans l'année antérieure à la contestation, et à la possession actuelle depuis cet empereur (L. 1. D. 43. 31 (1)).

Les interdits *retinendæ* devaient se produire dans l'année de l'acte de violence qui, sans avoir fait cesser la possession, l'avait cependant troublée; ils pouvaient tendre : 1° à la réparation du dommage résultant d'un trouble déjà éprouvé; 2° à la protection contre une violence future rendue probable par les faits de la cause. L'interdit *uti possidetis* servait encore souvent à déterminer laquelle des parties serait défenderesse dans la revendication.

Les interdits *recuperandæ possessionis* étaient donnés au possesseur *animo domini* qui avait été victime d'une *vi dejectio*; ils comprenaient : 1° l'interdit *unde vi*, spécial aux immeubles (L. 1. § 6. D. 43. 16), et donné seulement contre le tiers auteur de la violence, soit par son fait personnel, soit par celui de son représentant. Cet interdit tendait à la réin-

(1) Étienne, inst. p. 318.

tégration dans la possession et à la réparation du dommage éprouvé. Quoique cet interdit soit spécial aux immeubles, il est permis de croire, avec M. de Savigny, qu'il a été étendu aux objets mobiliers, lorsque la possession actuelle fut seulement exigée pour l'interdit *utrubi*. Dans le cas d'éviction, on ne pouvait, en effet, recourir à cet interdit, et lorsqu'on était simple possesseur, on n'avait aucune autre action pour protéger sa possession; aucun texte, néanmoins, ne semble justifier cette extension. M. Domenget admet que, dans ce cas, le possesseur est privé de tout moyen d'action pour recouvrer sa chose.

2° L'interdit de *clandestinâ possessione*, donné au possesseur dépouillé clandestinement de sa chose (L. 7, § 5. D. 10. 3). Cet interdit n'avait de raison d'être que lorsqu'il était admis que l'occupation clandestine d'un tiers entraînait la perte de la possession. Il ne fut pas donc nécessaire d'y recourir, et il disparut même en quelque sorte dès qu'il fut reconnu que la possession était conservée malgré l'occupation clandestine. Il paraît qu'il y a plutôt lieu, dans ce cas, à un interdit *retinendæ* qu'à un interdit *recuperandæ possessionis*.

3° L'interdit de *precario*, accordé à celui qui avait donné un immeuble à précaire; il tendait à la restitution de cet immeuble par le concessionnaire (L. 2. D. 43. 26). Restreint d'abord aux immeubles, il fut ensuite appliqué aux objets mobiliers. (L. 4, § 1, *cod.*)

CODE NAPOLÉON.

PURGE DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES.

GÉNÉRALITÉS. — BUT DE LA PURGE.

« Les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrite sur un immeuble, le suivent *en quelque main qu'il passe*, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions (art. 2166, C. N.) »

L'ordre public exige impérieusement que les transactions ne soient pas entravées et que la propriété soit consolidée sur la tête des acquéreurs d'immeubles. *Le droit de suite*, établi par l'art. 2166 précité, au profit des créanciers hypothécaires ou privilégiés, gênerait singulièrement les transactions et enlèverait toute sécurité à la propriété si on n'avait pas admis un tempérament qui, tout en conservant les droits des créanciers, eut pour mission de diminuer les inconvénients résultant de l'action hypothécaire. Ce tempérament c'est la purge, que l'on peut définir : une procédure ayant pour objet de transformer l'action hypothécaire réelle, c'est-à-dire *le droit de suite*, en une action sur le prix de l'immeuble vendu et limitée à ce prix.

La purge a quelquefois un autre but, elle est souvent employée comme moyen de forcer les hypothèques légales non inscrites, à devenir publiques par l'inscription ou bien à disparaître; dans ce cas, c'est une mesure de précaution qui a toujours pour résultat de donner une plus grande sécurité aux transactions.

La purge peut avoir pour objet :

1^o Les hypothèques inscrites, dans le cas d'aliénation volontaire ;

2^o Les hypothèques légales, dans le cas d'aliénation volontaire comme dans le cas d'aliénation forcée ;

3^o Les hypothèques légales, dans le cas d'un prêt effectué par une société de crédit foncier. Ces trois modes spéciaux de purge devront donc être l'objet d'un examen particulier.

SECTION PREMIÈRE.

Purge des hypothèques inscrites.

§ 1. — TRANSCRIPTION DU TITRE.

La purge a pour objet de transformer l'action sur l'immeuble en une action sur le prix ; pour que ce résultat puisse être obtenu, il faut donc que les créanciers, dont on veut ainsi transformer arbitrairement l'action, soient mis en même de discuter ce prix ; il faudra donc leur donner connaissance du contrat d'aliénation. Mais à quels créanciers devra-t-on donner cette connaissance ? Évidemment à tous ceux qui ont un *droit de suite* sur l'immeuble vendu. Mais on ne peut connaître les créanciers ayant un pareil droit qu'en se faisant délivrer un état des inscriptions ; or, il peut arriver que certains créanciers ayant le droit de suite, ne soient pas compris dans cet état parce qu'ils n'auront pas fait inscrire leur hypothèque ou leur privilège ; devra-t-on pour cela les négliger et ne pas les appeler à discuter le prix offert ? Évidemment non, il y aurait là une injustice ; il faut donc les mettre en demeure de se faire connaître dans un délai déterminé, afin de mettre l'acquéreur en mesure, s'il y a lieu, de les appeler dans la discussion. Cette mise en demeure se réalise par la transcription du titre translatif de propriété, sur les registres de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement de laquelle les biens sont situés (2181). Il est évident que cette transcription ne réalise guère le but qu'on s'est proposé en l'établissant ; MM. Grenier et Troplong voudraient qu'on augmentât la publicité au moyen d'insertions dans les journaux, etc. (1). Mais ce moyen ne

(1) Troplong. *Priv. et Hyp.*, n^o 900.

saurait être toujours efficace; le système hypothécaire est organisé avec un tel ensemble qu'il paraît impossible d'en corriger les imperfections par des *amendements*; une *réforme* est plus urgente qu'une *modification*.

La transcription n'a pas toujours eu la destination qu'elle a aujourd'hui. Sous l'empire du Code Napoléon seul, et avant l'insertion au Code de Procédure des art. 834 et 835, le fait seul de l'aliénation opérait la purge des hypothèques non inscrites. La transcription n'avait trait qu'aux hypothèques inscrites, et était seulement le préliminaire de la purge de ces mêmes hypothèques. C'est seulement depuis l'introduction des art. 834 et 835, que la transcription a eu en outre pour but de provoquer l'inscription des créances qui ne seraient pas encore inscrites. Elles pourront désormais l'être, au plus tard, dans la quinzaine de la transcription du titre.

Maintenant que nous connaissons le rôle que joue la transcription en matière de purge, nous devons rechercher d'abord quels sont ceux qui peuvent faire transcrire, c'est-à-dire purger, et puis quels sont les actes susceptibles de transcription, ou plutôt à raison desquels la purge est nécessaire.

La purge suppose nécessairement quatre éléments : 1° Un acte translatif de propriété ; 2° des créanciers ayant la faculté d'exercer un droit de suite sur l'immeuble faisant l'objet de l'aliénation ; 3° un tiers détenteur de cet immeuble ; 4° l'absence de tout rapport d'obligation personnelle entre les créanciers inscrits et le tiers détenteur. Quelle doit être la nature de l'acte translatif de propriété pour qu'il soit possible de procéder à la purge ? La purge ayant pour but de mettre les créanciers en mesure de discuter le prix de la vente, ou le prix offert par le tiers détenteur, est basée sur ce fait que le prix n'a pas été ou n'a pas pu être débattu contradictoirement avec eux, et cela parce qu'ils n'ont pas eu connaissance de l'acte d'aliénation ; donc, il n'y a lieu de purger que dans le cas où les créanciers n'auront pas été instruits de l'aliénation, et la purge sera inutile chaque fois qu'ils en auront eu connaissance.

On devra donc faire transcrire tous *actes* quelconques, même ceux passés en pays étranger, après que les droits d'enregistrement auront été perçus, portant translation de pro-

priété à l'inçu des créanciers inscrits; c'est-à-dire: les actes de vente volontaire, authentiques, ou sous seing-privé, définitifs ou consentis avec faculté de réméré; les actes d'échange, les donations et les legs faits à titre particulier, quoique l'art. 2181 parle seulement de *contrats*: c'est un vice de rédaction; toutes les ventes judiciaires à raison desquelles l'intervention des créanciers n'est pas requise, c'est-à-dire suivant la nomenclature qu'en donne M. Troplong, les aliénations :

« Des immeubles des mineurs, émancipés ou non ;

Des biens dotaux, conformément à l'art. 1558 du C. N.

Des biens originairement saisis par expropriation forcée, mais dont la saisie a été abandonnée et convertie en vente judiciaire, conformément à l'art. 747 du C. de P. C. (aujourd'hui art. 743).

Des biens immeubles des interdits ;

Des biens qu'on licite ;

Des biens dépendant des successions vacantes ;

Des biens dépendant d'une succession bénéficiaire ;

Des biens appartenant à un failli ;

Des biens appartenant à un débiteur qui a fait cession de biens. »

Nous avons plusieurs observations à faire sur cette nomenclature. Ainsi, dans le cas de vente après conversion de saisie immobilière en vente judiciaire (art. 743, C. P. C.), si le jugement qui prononce cette conversion est rendu après la sommation prescrite par l'art. 692, C. P. C., nous pensons que l'adjudication purge les hypothèques inscrites, car les créanciers inscrits ont tous été parties dans le jugement qui autorise la conversion, fixe la mise à prix et indique les conditions de la vente; ils ont donc été suffisamment avertis, la vente a eu lieu en leur présence, ils ont pu faire monter le prix aussi haut que possible; à quoi bon leur donner la faculté de faire la surenchère du dixième? C'est là l'opinion de MM. Persil fils et Bioche. Néanmoins, les praticiens sont encore divisés sur cette question; les uns, ne tenant compte que des principes, ne purgent jamais; les autres purgent toujours par prudence. La prudence nous paraît exiger seulement, que l'adjudicataire vérifie si la notification prescrite par l'article 692, C. P. C., a été faite régulièrement à tous les créan-

ciers dénommés dans l'état des inscriptions et si la réquisition dudit état a été bien faite; le résultat de cette vérification doit régler sa conduite.

En matière de faillite, il nous paraît que la purge est complètement inutile. Cette manière de voir avait déjà été admise par un arrêt de la Cour de Caen, du 29 mai 1827 (1); mais il est impossible d'adopter une manière de voir différente, depuis l'introduction de l'art. 573 du C. de Com. Pourquoi, en effet, ce délai de quinzaine accordé aux créanciers pour surenchérir, alors que dans les autres ventes judiciaires où les créanciers ne sont pas appelés, on n'accorde qu'un délai de huitaine? Pourquoi cette disposition finale du même article portant que : *l'adjudication demeurera définitive et ne pourra être suivie d'aucune autre surenchère?*

La purge étant une voie ouverte au tiers-détenteur pour échapper au droit de suite, il faut, de plus, que la chose faisant l'objet de l'acte translatif de propriété puisse être soumise au droit de suite. Ainsi donc, l'usufruit, l'emphytéose et le droit de superficie démembré du fonds hypothéqué, pourront être purgés; mais les concessions des servitudes et des droits d'usage ou d'habitation, échappant au droit de suite, ne pourront pas l'être.

quel ad l'us?

Les adjudications prononcées à suite d'expropriation forcée purgent de plein droit les hypothèques inscrites et non inscrites, excepté vis à vis du créancier auquel n'aurait pas été faite la notification prescrite par l'art. 692 du C. P. C.

cas 0

Dans tous les cas où la purge est admise, il peut se faire qu'en réalité il n'y ait pas lieu de purger parce qu'il n'existe pas d'hypothèque inscrite; mais on devra toujours transcrire, puisque ce sera seulement l'état délivré par le conservateur, à suite de la transcription, qui établira qu'il n'y a pas d'hypothèque et qu'il ne peut plus y en avoir.

Nous avons dit qu'il ne doit y avoir aucun rapport d'obligation personnelle entre le tiers-détenteur et les créanciers inscrits; cela est évident; car si le tiers-détenteur était personnellement tenu de la dette, il pourrait être poursuivi sur

(1) Journ. du Palais, vol. de 1827, p. 461. — Duhuc et l'enfant c. faillite Roussel.

tous ses biens présents et à venir, et, alors, à quoi servirait la purge? — Cependant l'héritier qui n'est tenu des dettes de son auteur que pour sa part héréditaire, pourrait purger l'immeuble qu'il aurait reçu, après avoir payé sa part des dettes; car, par ce paiement, il aurait cessé d'être personnellement obligé, pour devenir seulement tiers-détenteur.

La transcription doit consister dans la copie littérale de toute la partie de l'acte d'aliénation qui concerne l'immeuble que l'on veut purger, et aussi dans la copie de l'acte de ratification qui viendrait en couvrir les irrégularités; mais un acquéreur est-il seulement tenu de faire transcrire le titre qui lui transfère la propriété, ou bien doit-il aussi faire transcrire tous les actes de mutation antérieurs au sien et qui ne l'ont pas été? M. Tarrible l'exige toujours; MM. Delvincourt, Merlin et Troplong estiment que cette transcription est inutile lorsque le dernier acte rappelle exactement les noms des précédents propriétaires, dont les titres d'acquisition n'ont pas été purgés. Cette dernière opinion nous paraît tout aussi inacceptable que l'opinion absolue de M. Tarrible; en effet, on ne peut nier qu'il y ait corrélation complète et parfaite entre la transcription prescrite par l'art. 2181 et la notification prescrite par l'art. 2183. On doit notifier ce que l'on a transcrit, et on a transcrit précisément ce qu'on devait notifier; or, que doit notifier l'acquéreur aux créanciers inscrits? c'est, d'après l'art. 2183... 1^o extrait de son titre, contenant... le nom et la désignation précise *du vendeur* ou *du donateur*... 2^o extrait de la transcription de *l'acte de vente*, c'est-à-dire de l'acte d'aliénation en général; il est donc évident qu'il est seulement tenu de transcrire le dernier acte, c'est-à-dire *son titre* contenant seulement le nom *du vendeur* ou *du donateur*, et non pas les noms des précédents propriétaires.

§ 2. — NOTIFICATION AUX CRÉANCIERS INSCRITS.

La transcription n'est, comme nous venons de le voir, qu'un préliminaire destiné à provoquer l'inscription des hypothèques ou privilèges non encore inscrits; elle n'opère pas la purge; l'immeuble reste toujours dans la même position et sert de garantie aux mêmes obligations (art. 2182). Pour

arriver à la purge, le tiers-détenteur doit, comme nous l'avons dit, mettre les créanciers inscrits en mesure de discuter l'acte d'aliénation, le prix et les clauses qu'il contient. Ce but est atteint par les notifications faites en conformité des art. 2183 et 2184 du C. N.

Dans quel délai doivent être faites ces notifications ? Le tiers-détenteur n'étant pas tenu personnellement au paiement des dettes inscrites, n'a rien à démêler avec les créanciers ; aussi, tant qu'il n'est pas inquiété par l'action hypothécaire de ces derniers, il peut faire ces notifications quand bon lui semble, mais il n'en sera pas de même quand les créanciers voudront exercer leur droit de suite sur l'immeuble par lui acquis. Les créanciers, aux termes de l'art. 2169, ont le droit de faire vendre l'immeuble hypothéqué trente jours après commandement fait au débiteur originaire et sommation faite au tiers-détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage, et si le nouveau propriétaire veut se garantir de l'effet de ces poursuites, il est tenu, d'après l'art. 2183, de faire aux créanciers la notification dont nous parlons, dans le mois au plus tard à partir de la *première sommation*. Il pourrait arriver, en effet, que plusieurs créanciers agissant isolément fassent, chacun de leur côté, une sommation particulière au tiers-détenteur ; la première en date profitera à tous et servira de point de départ pour le calcul du délai d'un mois. Ce mois sera invariablement une période de trente jours, car l'art. 2183 est seulement le corollaire de l'art. 2169, dont il reproduit la pensée, et qui parle seulement d'un délai de trente jours.

Ce délai est fatal ; le tiers-détenteur est déchu de la faculté de purger par l'expiration des trente jours qui suivent la sommation à lui faite, quand même il aurait formé opposition à cette sommation ; le motif pris, par exemple, d'un défaut de qualité de la part du poursuivant ou d'une irrégularité dans ses titres de créance. Mais il en serait autrement si l'opposition était basée sur le défaut de commandement au débiteur principal, ou sur la nullité de ce commandement provenant du défaut de qualité de celui qui l'a reçu et non pas d'un vice de forme.

Nous venons de dire que l'art. 2183 reproduit la pensée de

l'art. 2169, et que la sommation dont il est question dans ce dernier article est la même que celle dont parle l'art. 2183; néanmoins, la Cour de Nîmes a admis, par deux arrêts des 4 juin 1807 et 6 juillet 1812, que la sommation prescrite par l'art. 2183 ne tend qu'à mettre l'acquéreur en demeure de purger et ne saurait jamais être la sommation de payer ou de délaisser dont parle l'art. 2169. Cette erreur de la Cour de Nîmes est condamnée par l'unanime décision de la doctrine et de la jurisprudence. Néanmoins, il faut avouer que la relation des divers articles spéciaux à la matière, a été mal combinée et que ce défaut de clarté et de précision se prêtait assez à la solution donnée par la Cour de Nîmes. En effet, à quelle époque un créancier hypothécaire a-t-il le droit de faire vendre sur la tête du tiers-détenteur l'immeuble hypothéqué? C'est, d'après l'art. 2169, lorsque le tiers-détenteur ne satisfait pas pleinement à l'une des obligations que lui impose l'art. 2168, c'est-à-dire lorsqu'il ne paie pas ou ne délaisse pas l'immeuble; mais quand est-il obligé de payer ou de délaisser? C'est, dit l'art. 2168, *dans le même cas* (que celui prévu par l'art. 2167), c'est-à-dire, d'après cet art. 2167, lorsque l'acquéreur *ne purgeant pas*, il demeure, par l'effet seul des inscriptions, obligé à toutes les dettes. Il semble donc résulter de tout ceci que l'on ne peut faire commandement au débiteur principal et sommation au tiers-détenteur que lorsque ce dernier refuse de payer ou de délaisser, alors qu'il est tenu de faire l'un ou l'autre (art. 2168). Mais tant qu'il peut purger, il n'est pas tenu de payer ou de délaisser; et puisque dans l'hypothèse il est tenu de payer ou de délaisser, c'est qu'il ne peut plus purger, c'est qu'il est déchu du droit de purger; mais l'acte qui doit le mettre en demeure de purger, qui doit lui faire encourir cette déchéance ne paraît pas devoir être la sommation, qui ne lui est signifiée qu'après qu'il est déchu du droit de purger. Donc la sommation dont parle l'art. 2183 et qui met le tiers-détenteur en demeure de purger, ne paraît pas devoir être la même que celle dont parle l'art. 2169, laquelle ne semble devoir intervenir qu'après la déchéance encourue de la faculté de purger.

M. Troplong s'exprime de la sorte à cet égard (1): «il faut

(1) *Hyp.*, n° 793.

dire que cette opinion (celle de la Cour de Nîmes), n'est pas soutenable. Comment le législateur aurait-il pu songer à faire donner à l'acquéreur une sommation de purger, puisque le purgement des hypothèques est une chose facultative ? » Cette réponse ne tranche pas la question. La purge est facultative tant que l'acquéreur n'est pas inquiété par les créanciers hypothécaires ; il est, au contraire, mis en demeure de la faire dans le mois de la *première sommation*, s'il ne veut pas être obligé au paiement de toutes les dettes inscrites, et la question est de savoir quelle est la sommation qui doit le mettre en demeure de purger. « D'ailleurs, continue le même jurisconsulte, loin qu'il faille avoir fait prononcer nécessairement la déchéance de purger pour procéder *par la voie du délaissement*, on voit, d'après l'art. 2183, que la procédure se trouve arrêtée et paralysée par les formalités du purgement. » Ce n'est pas encore répondre à la question, car, en définitive, il s'agit de savoir si la procédure en délaissement est arrêtée par la purge, ou bien si cette procédure ne doit commencer qu'après que le tiers détenteur est déchu de la faculté de purger. Aussi repoussons-nous l'opinion de la Cour de Nîmes, non pas par les motifs allégués par M. Troplong, mais précisément par les termes mêmes de l'art. 2183, ainsi conçus : Si le nouveau propriétaire veut se garantir de *l'effet des poursuites autorisées dans le chapitre vi du présent titre*, il est tenu, soit *avant* la poursuite, soit *dans le mois, au plus tard, à compter de la première sommation*, etc. Les poursuites autorisées par ce chapitre vi sont celles dont parle l'art. 2169. Or, la notification doit être faite d'après l'art. 2183, soit *avant* ces poursuites, soit dans le mois à compter de la première sommation ; ce dernier terme est en opposition avec le mot *avant*, et signifie *après* que les poursuites auront commencé, et seulement dans le mois qui suit ce commencement, c'est-à-dire la sommation dont parle l'art. 2169, qui est vis à vis du tiers-détenteur le premier acte de la procédure. Néanmoins, il faut reconnaître que l'erreur de la Cour de Nîmes n'est pas aussi incompréhensible qu'on a voulu le dire ; et il y a des décisions bien plus douteuses qui se trouvent consacrées par un bien plus grand nombre d'arrêts.

La notification prescrite par l'art. 2183, comprend :

« 1° Extrait du titre, contenant seulement la date et qualité de l'acte, le nom et la désignation précise du vendeur ou du donateur, la nature et la situation de la chose vendue ou donnée; et s'il s'agit d'un corps de biens, la dénomination générale seulement du domaine et des arrondissements dans lesquels il est situé, le prix et les charges faisant partie du prix de la vente, ou l'évaluation de la chose si elle a été donnée. »

Nous n'avons d'observations à faire que sur l'obligation imposée au tiers-détenteur de faire connaître le prix et les charges de son acquisition; s'il s'élevait des difficultés sur le point de savoir si l'acte d'aliénation, le vendeur ou donateur, et l'immeuble aliéné ont été suffisamment désignés, il y aurait là une question d'appréciation dont les tribunaux seraient seuls juges; ils pourraient, suivant les cas, admettre des équivalents, car il n'y a rien de sacramentel pour les énonciations que doit contenir l'extrait de l'acte d'aliénation. Mais il n'en est pas de même du prix, il faut qu'il soit clairement indiqué. Cette notification devant mettre les créanciers inscrits dans la possibilité de surenchérir du dixième, serait nulle si elle ne contenait pas le prix. Trois cas peuvent se présenter : 1° Le prix a été fixé dans l'acte à une somme déterminée, et alors pas de difficulté, on devra l'indiquer tel qu'il est; 2° le prix n'a pas été du tout fixé; 3° le prix a été fixé à une somme d'argent et d'autres prestations particulières, ou bien à de certaines prestations seulement. Dans ces cas, qui seront l'objet d'un examen plus approfondi quand nous parlerons de l'art. 2184, l'extrait devra contenir l'énonciation précise des conventions qui y sont relatives, de manière à ce qu'elles soient facilement et clairement comprises; et lorsque le capital stipulé sera productif d'intérêts, il suffira de l'énoncer sans qu'il soit besoin de liquider les intérêts échus au jour de la notification.

La Cour de Cassation paraît avoir admis, comme principe, la règle que nous venons d'énoncer, à savoir : qu'il n'est pas du tout nécessaire d'évaluer en argent, dans l'extrait de l'acte d'aliénation, les diverses prestations qui constituent ou complètent le prix de l'aliénation; qu'il suffit seulement

d'énoncer les charges imposées à l'acquéreur telles qu'elles sont portées dans le contrat (1).

Nous allons encore plus loin, et nous prétendons que lorsqu'il s'agit de purger les actes d'aliénations à titre gratuit, et ceux qui ne contiennent pas la stipulation d'un prix déterminé en argent, on n'est tenu de faire aucune évaluation; on n'a pas besoin de parler du prix le moins du monde, et il nous est impossible de comprendre l'opinion contraire de MM. Grenier, Persil, Delvincourt et Troplong (2).

Que doit-on signifier en effet? Un *extrait* et pas autre chose qu'un *extrait* de l'acte d'aliénation, c'est-à-dire une analyse claire et fidèle de cet acte. Tout ce que l'on notifie doit être *extrait* de l'acte, et pour extraire quelque chose d'un acte, une *évaluation*, par exemple, il faut que cette évaluation soit contenue dans l'acte. Si elle n'y est pas contenue, où voit-on qu'il soit prescrit de l'y faire entrer?

Mais, pourrait-on dire, l'article 2183 est formel: l'extrait, y est-il dit, doit contenir..... le prix et les charges faisant partie du prix de la vente, *ou l'évaluation de la chose si elle a été donnée*. D'abord, nous ferons remarquer que cet article n'exige pas l'évaluation des charges, mais seulement leur énonciation. En ce qui regarde *l'évaluation de la chose donnée*, nous croyons qu'il y a là un vice de rédaction, à moins qu'on ne veuille admettre que par *évaluation* il faille entendre seulement cette évaluation contenue ordinairement dans tous les actes à titre gratuit, dans le seul but de faciliter la perception des droits d'enregistrement. Nous disons qu'il y a un vice de rédaction précisément parce qu'il s'agit d'un *extrait* d'acte, et que l'évaluation ne rentre pas dans l'acte. La loi a voulu seulement qu'en l'absence de prix stipulé, le nouveau propriétaire évalue la chose et offre aux créanciers le montant de cette évaluation qui devra par suite être faite, non pas dans l'extrait qu'on notifie, mais seulement dans l'exploit de notification lui-même. En un mot, nous transportons la nécessité

est bon
ne suffi-
pas notif

(1) Cass, 11 mars 1829, Mazières c. Saunier. V. aussi, Aix, 2 févr. 1821, Fabrice et Gag c. Mandine.

(2) Grenier, *Hyp.*, T. II, n° 439. — Troplong, *Hyp.*, T. IV, n° 923. — Persil, *Rég. Hyp.* sur l'art. 2183, n° 8. — Delvincourt, T. III, p. 243.



de l'évaluation qui paraît ressortir de l'art. 2183 ; à l'offre prescrite par l'art. 2184. La pratique, du reste, ne s'y est pas trompée ; jamais on n'évalue soit la chose, soit les charges qui en constituent le prix, dans l'extrait de l'acte ; on fait cette évaluation dans le corps de l'exploit de notification ; et ainsi le but de la loi est rempli, les créanciers ont des bases certaines pour faire, s'il y a lieu, la surenchère du dixième.

La notification doit en outre contenir :

2^o Un extrait de la transcription de l'acte d'aliénation, quelle que soit sa nature et sa forme ;

3^o Un tableau sur trois colonnes, dont la première contiendra la date des hypothèques et celle des inscriptions ; la seconde, le nom des créanciers ; la troisième, le montant des créances inscrites.

Le motif de cette formalité est sensible : il faut que chaque créancier connaisse la situation hypothécaire de l'immeuble que l'on purge et sa position personnelle relativement aux autres créanciers hypothécaires comme lui. Supposons que la notification ait été faite à tous les créanciers inscrits, sera-t-elle nulle parce que ce tableau sera incomplet, qu'il y aura été omis une ou plusieurs inscriptions. Cette question n'a pas été traitée par la doctrine, du moins à notre connaissance, et nous n'avons pas trouvé d'arrêts qui lui donnent une solution. Néanmoins, comme elle peut se présenter souvent, nous devons en dire un mot.

Nous pensons que pour trouver une solution, il faut faire une distinction : vis à vis du créancier hypothécaire dont l'inscription a été omise, il n'y aurait pas nullité, puisqu'il ne peut ignorer sa propre inscription, et que la notification, régulière d'ailleurs, est suffisante pour le fixer sur la situation hypothécaire. Vis à vis des autres créanciers, il faut encore sous-distinguer : si les titres en vertu desquels l'inscription omise a été prise étaient quittancés ; si main-levée de cette inscription avait été donnée, et si elle n'avait été comprise dans l'état qu'à cause du défaut de radiation, son omission ne peut avoir aucune importance ; dans le cas où l'inscription omise garantirait une créance réellement due, son omission ne pourrait non plus avoir de l'importance à l'égard des créanciers dont l'inscription est antérieure à celle qui a été

omise, car sa présence n'aurait eu aucune influence sur leur détermination. Il ne peut donc y avoir de difficulté que vis à vis des créanciers postérieurs en rang hypothécaire à l'inscription omise, et pour le cas seulement où cette inscription garantira une créance réelle. Dans ce cas, nous n'hésitons pas à dire que la notification est radicalement nulle vis à vis de tous ces créanciers, car il a manqué à l'appréciation qu'ils avaient à faire un élément indispensable; la purge ne peut donc pas avoir été faite à leur égard et ils n'auront pas perdu le droit de suite. Mais quelle est la portée de cette nullité: auraient-ils le droit de faire la surenchère du dixième après l'expiration des délais? Evidemment non; ils n'auront connaissance de l'inscription omise qu'après la confection de l'ordre provisoire et la dénonciation qui en aura été faite; ils verront alors si l'omission de l'inscription leur a été préjudiciable; et si, d'après l'ordre provisoire, ils perdent tout ou partie de leur créance, ils pourront rechercher hypothécairement le tiers-détenteur. Ce recours ne sera jamais illusoire, car si le tiers-détenteur désintéresse tous les créanciers utilement alloués dans l'ordre, l'immeuble, désormais libre d'hypothèques antérieures, servira de gage aux créanciers lésés; si, au contraire, le tiers-détenteur se laisse exproprier, les créanciers lésés seront instruits de l'adjudication et pourront faire monter le prix de l'immeuble à un chiffre suffisant pour les couvrir de leurs créances, sauf pour le tiers-détenteur le droit de recourir contre l'officier ministériel qui aurait, par sa faute, omis une inscription dans le tableau prescrit par l'art. 2183.

La notification doit être faite, à peine de nullité, par huissier spécialement commis à cet effet, par ordonnance du président du tribunal de première instance de la situation des biens (art. 832, C. P. C.) L'exploit de notification doit contenir constitution d'avoué, car s'il y a surenchère, le surenchérisseur est tenu de notifier son assignation, en réception de caution, au domicile de l'avoué constitué chez lequel domicile est élu de droit.

A quels créanciers ces notifications doivent-elles être faites? Le plus souvent, dans la pratique, les notifications sont faites après l'expiration de la quinzaine, à partir de la transcription

de l'acte d'aliénation, et alors on notifie sans distinction à tous les créanciers portés dans l'état des inscriptions délivré à suite de la transcription. Mais on n'a pas toujours le temps d'attendre l'expiration de la quinzaine. Les créanciers hypothécaires ont, en effet, le droit de commencer les poursuites contre le tiers-détenteur immédiatement après la passation du contrat d'aliénation, de sorte que le tiers-détenteur pourra se trouver souvent dans l'impossibilité absolue de laisser écouler la quinzaine et de notifier son titre dans le mois de la sommation. Il y aurait eu injustice à lui imposer une pareille obligation, car le délai d'un mois est insuffisant pour l'accomplissement de ces formalités; aussi est-il seulement tenu de notifier son titre aux créanciers inscrits dont l'inscription est antérieure à la transcription; il n'est pas obligé de le notifier aux créanciers qui ont fait inscrire leur hypothèque dans la quinzaine de la transcription; de sorte qu'il n'a pas besoin d'attendre l'expiration de cette quinzaine et la délivrance de l'état par le conservateur pour faire les notifications prescrites par l'art. 2183. Mais ces notifications doivent être faites à tous les créanciers, quels qu'ils soient, inscrits sur l'immeuble au moment de l'aliénation, aussi bien aux créanciers personnels de celui qui a aliéné qu'aux créanciers des précédents propriétaires; le tiers-détenteur devra donc rédiger avec soin la réquisition qu'il adresse au conservateur des hypothèques, afin de donner à ce dernier la possibilité de comprendre dans l'état tous les créanciers inscrits, sans exception.

La notification doit être faite aux domiciles élus par les créanciers dans leurs inscriptions, mais on est d'accord pour admettre que c'est une pure faculté accordée au tiers-détenteur qui peut aussi les faire au domicile réel. Le tiers-détenteur sera à l'abri de toute critique en se basant strictement sur l'état des inscriptions, et si par hypothèse il avait notifié à un créancier désintéressé à l'aide d'une subrogation, le créancier subrogé qui aurait négligé de faire mentionner son titre au bureau des hypothèques, et qui par suite n'aurait pas été averti, ne pourrait s'en prendre qu'à lui seul. Nous n'avons pas besoin de faire observer que la notification n'établit aucun lien d'obligation personnelle entre le tiers-détenteur et les créanciers inscrits, qu'elle ne l'engage à rien et que

par suite elle n'emporte pas reconnaissance des créances ou de la validité des inscriptions.

Le créancier inscrit avant la transcription et qui n'aurait pas reçu de notification, conserverait son droit de suite contre le tiers-détenteur, si cette omission provenait du fait de ce dernier, et il le conserverait même s'il y avait surenchère, malgré l'adjudication qui serait prononcée en justice de l'immeuble hypothéqué. Le conservateur des hypothèques est responsable de l'omission résultant de son fait (art. 2198 et 2199.)

§ 3. — OFFRE DU PRIX.

Nous avons vu quelles sont les diverses pièces que doit notifier le tiers-détenteur aux créanciers inscrits ; mais rien jusqu'ici, dans cette procédure, n'établit un lien entre l'acquéreur et les créanciers ; et néanmoins comme la purge a pour effet de changer le droit sur l'immeuble en un droit sur le prix, il faut bien qu'il intervienne une sorte de stipulation qui produise ce changement. Cette stipulation, c'est l'offre du prix. Si les créanciers s'en contentent ils n'ont qu'à laisser écouler les délais pour produire ensuite dans l'ordre ; s'ils ne s'en contentent pas, ils exerceront leur droit de suite sur l'immeuble en faisant la surenchère du dixième.

Le tiers-détenteur est en effet tenu, aux termes de l'article 2184, de déclarer dans l'exploit de notification qu'il est prêt à acquitter, sur-le-champ, les dettes et charges hypothécaires, jusqu'à concurrence seulement du prix, et sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles.

Cette offre constituant un engagement personnel, les personnes incapables n'auraient pas qualité pour la faire ; le mineur ne pourra donc purger que par l'intermédiaire de son tuteur, et la femme devra toujours être munie de l'autorisation maritale.

« L'offre de payer, se demande M. Troplong (1), produit-elle une obligation personnelle qui empêche le nouveau propriétaire de pouvoir se rétracter et de préférer le délaissement? »

(1) *Loc. cit.*, n° 931.

M. Troplong, partant de ce principe, que les offres non acceptées ne lient pas celui qui les a faites, admet sans réserve que le tiers-détenteur peut retirer ses offres pour délaisser. MM. Grenier, Persil, Zachariaë et les annotateurs de ce dernier enseignent, au contraire, que le tiers-détenteur ne peut pas rétracter unilatéralement l'engagement personnel résultant de son offre (1). C'est cette dernière opinion que nous n'hésitons pas à adopter, d'abord parce qu'en donnant aux créanciers un délai de quarante jours pour exercer la faculté de surenchérir, la loi suppose évidemment que les offres tiennent pendant ce délai, comme le reconnaissent les annotateurs de Zachariaë, et puis encore par les raisons suivantes qui ne sont pas moins décisives.

Le tiers-détenteur, auquel une sommation a été signifiée, doit payer ou délaisser, ou bien encore purger s'il veut éviter les poursuites; mais il faut qu'il se détermine dans un délai de trente jours (art. 2169). Ce délai est rigoureux, et de même qu'il est déchu de la faculté de purger par l'expiration de ce délai, de même l'expiration de ce délai lui enlève la faculté de délaisser; il ne lui reste plus qu'à payer ou à se laisser exproprier. Ce point est constant et est formellement admis, principalement par MM. Persil, Delvincourt et Dalloz (2). Si l'on admet la doctrine de M. Troplong, il faut alors admettre que le délaissement est permis longtemps après l'expiration des trente jours qui suivent la sommation de payer ou de délaisser, et qu'il peut être fait jusqu'au quarantième jour qui suit l'expiration dudit délai. Mais, pourrait-on dire, lorsque le tiers-détenteur fait la purge de son propre mouvement, sans y être forcé par une sommation, il pourra toujours délaisser, puisqu'il n'a pas été mis en demeure de le faire ou de payer..... Cet argument ne saurait avoir de la valeur, car en allant au devant des poursuites par la purge, en faisant une offre, le tiers-détenteur renonce formellement à la faculté de délaisser. Comment, d'ailleurs, dans ce cas, pourrait-il délaisser, et remarquons qu'il devrait pouvoir le faire dans le système de

(1) Grenier, T. II. 433. — Persil, sur l'art. 2184, n° 12. — Zachariaë, T. 2. p. 238, note 13.

(2) Persil, art. 2173, n° 2. — Delvincourt, T. III, n° 3, p. 180. — Dalloz, *Hyp.*, p. 342, n° 1

M. Troplong, comment pourrait-il délaisser ? Mais, s'il délaissait, les créanciers lui répondraient : Qui vous parle soit de payer, soit de délaissé ? nous ne vous disions rien, nous ne vous faisons pas signifier de sommation, et voilà que de votre propre mouvement vous vous êtes mis à purger et à nous faire une offre ! que venez-vous aujourd'hui nous parler d'un délaissement que personne ne vous demande et auquel, d'ailleurs, vous avez formellement renoncé en faisant *une procédure établie précisément pour se soustraire à la nécessité du délaissement* ? Disons donc que les offres, une fois faites, sont irrévocables.

Maintenant que doit contenir cette offre ? Si le prix a été stipulé en une somme d'argent, le tiers-détenteur doit l'offrir ainsi que les intérêts échus dans le cas où il n'aurait pas désintéressé son vendeur ; si au contraire le vendeur avait été désintéressé par lui, il ne serait tenu d'offrir aux créanciers que les intérêts courus depuis la sommation de payer ou de délaissé qui lui aurait été notifiée. Le prix offert doit être celui qui a été stipulé, s'il lui était supérieur, il est juste de forcer l'acquéreur à payer le montant de son offre ; s'il lui était au contraire inférieur, il paraît logique d'admettre, avec MM. Delvincourt et Troplong, que les créanciers ne peuvent exiger que le prix offert, s'ils n'ont pas surenchéri, car alors ils s'en sont contentés ; et s'ils ont surenchéri, que l'acquéreur doit seulement payer la différence, si le montant de l'adjudication est inférieur au prix réel établi dans le contrat. Dans tous les cas, les intérêts du prix offert courent de plein droit au profit des créanciers à partir de la notification, et cela quand même le contrat de vente dispenserait l'acquéreur de payer les intérêts du prix, soit d'une manière absolue jusqu'à l'échéance du terme stipulé pour le paiement, soit jusqu'à la radiation des inscriptions comme cela arrive souvent, soit jusqu'à toute autre époque. Une pareille stipulation, en effet, ne peut modifier la position des créanciers, elle ne peut tenir qu'entre les parties contractantes. Néanmoins, s'il était établi que la dispense de payer les intérêts était entrée en considération dans la fixation du prix de vente, qui ainsi aurait été d'autant plus élevé que la dispense de payer les intérêts aurait été absolue ou étendue à une époque plus reculée, nous

prendrions une décision contraire; car la purge est faite précisément pour limiter l'obligation de l'acquéreur au prix stipulé, et dans l'espèce on suppose que les intérêts à échoir ont été réunis par anticipation au prix réel, de manière à former avec lui un capital improductif. Vouloir dans ce cas forcer l'acquéreur à payer des intérêts, ce serait en quelque sorte lui faire payer les intérêts des intérêts. Mais si l'acquéreur veut échapper à ce résultat inique, il doit bien se garder de faire offre aux créanciers du capital stipulé; car alors il offrirait en réalité une somme supérieure au prix réel de la vente, et il serait obligé de la payer avec les intérêts du jour de la notification; conformément à ce qui a été dit plus haut, il devra *évaluer* le prix, c'est-à-dire le décomposer et offrir seulement la somme qui aurait été fixée s'il n'y avait pas eu dispense de payer les intérêts. Enfin les intérêts courent toujours au taux légal de 5 % au profit du créancier, quand même le contrat porterait un taux moins élevé, à moins toujours que cette réduction de l'intérêt ne soit entrée dans la composition du prix, auquel cas il faudra appliquer les règles qui précèdent.

S'il n'y a pas de prix stipulé, soit à cause de la nature de l'acte translatif de propriété (donation, testament, échange), soit pour toute autre cause, l'acquéreur devra faire l'évaluation du prix et l'offrir au créancier. Cependant, la Cour de Riom a décidé, par un arrêt du 16 mars 1809 (Béraud c. Astier), que dans le cas de vente, si le prix dépend d'une estimation par experts, le délai pour surenchérir est suspendu jusqu'à l'estimation. Nous ne pouvons admettre cette décision, car elle aurait pour résultat de dispenser, dans ce cas, l'acquéreur de faire une offre, et de plus elle aboutirait à une procédure toute particulière qui n'est justifiée par rien. En effet, puisque le délai de la surenchère serait suspendu jusqu'à l'estimation, il faudrait notifier à tous les créanciers inscrits le procès-verbal de cette estimation, et rien dans la loi n'autorise une pareille notification qui serait éminemment frustratoire. De plus le droit de suite serait paralysé entre les mains des créanciers jusqu'au jour où il plairait aux experts de faire leur estimation et à l'acquéreur de la notifier.

Dans l'espèce jugée par la Cour de Riom, l'acquéreur devra

faire lui-même l'estimation et l'offrir aux créanciers, tout comme s'il s'agissait d'une donation.

Si le prix consiste en une somme d'argent et certaines autres prestations, ou en prestations particulières seulement, telles qu'un service de rente, l'acquéreur en doit faire l'évaluation dans tous les cas.

Non seulement le tiers-détenteur doit, d'après la formule générale, offrir le prix de la chose, mais il doit encore offrir de le payer sur-le-champ et sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles, nonobstant tous termes, pactes ou délais qui auraient été convenus entre lui et le précédent propriétaire, nonobstant aussi le terme qui aurait pu être stipulé dans l'intérêt des créanciers inscrits, car la purge est instituée autant dans l'intérêt de l'acquéreur que dans celui des créanciers, et la généralité des termes de l'art. 2184 est absolue.

L'offre faite par le tiers détenteur appelle la surenchère de la part des créanciers inscrits, et la surenchère, on le sait, n'est autre chose que l'exercice du droit de suite. Or, le droit de suite ne peut s'exercer que sur l'immeuble hypothéqué, donc la surenchère ne peut frapper que sur le prix de cet immeuble; et puisqu'il en est ainsi, il faut nécessairement que l'acquéreur de plusieurs immeubles soumis à des hypothèques spéciales sur chacun d'eux, fasse à chaque créancier l'offre d'un prix qui s'applique seulement à l'immeuble sur lequel il lui a été consenti une hypothèque. C'est cette règle qui fait l'objet de l'art. 2192 du C. N.

Il peut y avoir lieu à l'application de cette règle dans les quatre cas suivants :

1° Lorsque le titre du nouveau propriétaire comprend des immeubles et des meubles;

2° Lorsqu'il comprend plusieurs immeubles, les uns hypothéqués, les autres non hypothéqués;

3° Lorsqu'il comprend plusieurs immeubles affectés, chacun spécialement, à des créances différentes;

4° Lorsqu'il comprend plusieurs immeubles situés dans différents arrondissements;

A condition que dans tous ces cas l'aliénation ait été con-

sentie moyennant un seul et même prix ou sans qu'aucun prix ait été stipulé (2192).

Alors le tiers-détenteur devra faire, à peine de nullité de la purge, une *ventilation*, c'est-à-dire qu'il devra déterminer quelle a été la part contributive de chaque immeuble dans la composition du prix total de l'aliénation, et l'offrir aux créanciers ayant une hypothèque spéciale sur cet immeuble. Quand il s'agit d'immeubles situés dans plusieurs arrondissements, la nécessité de la ventilation résulte de ce « qu'on ne peut purger dans l'arrondissement A, des immeubles situés dans l'arrondissement B, et qu'il faut faire autant de procédures en purgement qu'il y d'arrondissements différents (1). »

Si le contrat d'aliénation contenait un prix spécial pour chacun des immeubles, il est évident que la ventilation serait toute faite et que le tiers-détenteur n'aurait qu'à faire l'offre des prix déterminés dans le contrat.

L'application de l'art. 2192, doit être étendue par analogie au cas où tous les immeubles sont grevés en totalité d'hypothèques générales, et pour partie seulement d'hypothèques spéciales; mais la nullité résultant du défaut de ventilation, dans ce cas, ne pourrait être opposée que par les créanciers ayant hypothèque spéciale; car vis à vis des créanciers ayant hypothèque générale, l'offre du prix total est régulière et peut seule, d'ailleurs, leur permettre de calculer, s'il y a lieu, le dixième de la surenchère, excepté cependant à l'égard du créancier qui, indépendamment de son hypothèque générale, aurait une hypothèque spéciale.

En matière de purge, on entend par prix de la chose, la somme qui doit servir de base aux créanciers pour calculer la surenchère; et chaque fois que cette somme ne se trouve pas indiquée dans le contrat d'aliénation, la loi impose au tiers-détenteur l'obligation de déterminer cette somme par ce qu'on appelle en général une *évaluation*. Mais lorsque les hypothèses prévues par l'art. 2192 se réalisent, on peut dire qu'en réalité le contrat ne contient pas détermination de prix vis à vis des créanciers inscrits, car il ne porte pas l'indication de la somme sur laquelle ces créanciers devront

(1) Troplong, n° 972.

se baser pour calculer le montant de la surenchère : la ventilation qui intervient alors n'est donc en réalité qu'une *évaluation* ordinaire qui a reçu le nom spécial de ventilation, à cause des circonstances particulières dans lesquelles elle a lieu. Et cela admis, il nous est impossible de comprendre comment les créanciers seraient habiles à contester cette ventilation, comme le veulent MM. Tarrible et Troplong (1). Le seul moyen donné aux créanciers pour contester la ventilation, c'est la surenchère. « Mais si en contestant la ventilation ils peuvent arriver au même résultat à moins de frais, dit M. Troplong, et sans contracter des obligations souvent onéreuses, on ne pourra pas le leur interdire. » Mais alors il faut admettre que les créanciers pourront aussi contester l'évaluation donnée par le bénéficiaire d'une donation à l'immeuble faisant l'objet de cette donation; les motifs de décider sont en effet les mêmes, et dans les deux cas, il ne s'agit en réalité que d'une *évaluation*. Or, personne n'oserait aller jusque-là; les créanciers ne peuvent critiquer le prix, après avoir laissé écouler les délais sans surenchérir, que s'il y avait eu dissimulation frauduleuse de ce prix.

§ 4. — DROITS DES CRÉANCIERS. — EFFETS DE LA PURGE.

Lorsque le nouveau propriétaire a fait la notification prescrite par l'art. 2183 dans le délai fixé, tout créancier dont le titre est inscrit peut requérir, dans les quarante jours de cette notification, la mise de l'immeuble aux enchères et adjudications publiques (art. 2185).

La réquisition de la mise aux enchères doit-elle être considérée comme entraînant de la part des créanciers qui ont fait cette réquisition une renonciation au moyen de nullité qu'ils auraient pu invoquer contre la notification? M. Troplong enseigne avec raison la négative, et décide « qu'en requérant la surenchère, ils ne sont pas censés renoncer à ces moyens, pour le cas où il serait nécessaire pour eux de s'en prévaloir. » Ces derniers mots laissent un peu de vague dans la décision de ce jurisconsulte et semblent démontrer que dans

(1) Troplong, n° 973.

sa pensée, elle n'est pas aussi générale qu'il paraît le dire. Nous croyons, en effet, qu'il faut faire une distinction. Après la réquisition de mise aux enchères, nous pensons que le créancier surenchérisseur ne sera plus admissible à demander la nullité de la notification *par voie d'action*; il serait, en effet, ridicule de voir un créancier demander lui-même, sans y être forcé, la nullité de la notification qu'il a en quelque sorte ratifiée en surenchérisant. Mais lorsque la validité de la surenchère est contestée et que le surenchérisseur a lieu de penser que cette contestation n'est pas dénuée de fondement, et que par suite il serait désormais déchu de la faculté de surenchérir, si les conclusions prises contre lui étaient accueillies par la justice, alors nous admettons qu'il peut, *par voie d'exception*, opposer la nullité de la notification, pour éviter la déchéance qu'il a encourue; c'est là une véritable défense à laquelle il ne peut pas être présumé avoir voulu renoncer.

Qui peut surenchérir? Tout créancier dont le titre est inscrit, répond l'art. 2185; en effet, il n'y a que les créanciers ayant hypothèque ou privilège inscrits sur un immeuble, qui peuvent le suivre en quelque mains qu'il passe, d'après l'art. 2166. Comment donc les annotateurs de Zachariae admettent-ils qu'il n'en est pas de même en ce qui concerne les créanciers ayant une hypothèque légale dispensée d'inscription (1)? Donc, d'après leur système, il ne serait pas nécessaire que la femme, par exemple, ait fait inscrire son hypothèque légale dans les deux mois de la notification à elle faite, en conformité de l'art. 2194, et malgré ce défaut d'inscription elle pourrait requérir la mise aux enchères!

L'inscription doit avoir été prise au moins dans la quinzaine de la transcription; mais pour que la surenchère soit valable, il faut que le titre en vertu duquel l'hypothèque a été inscrite, soit régulier en la forme et au fond; l'acquéreur et le vendeur ont également qualité pour contester ce titre. La surenchère ne peut être considérée comme un acte purement conservatoire, car elle entraîne des obligations qui peuvent souvent devenir onéreuses. Les incapables devront donc se conformer,

(1) Zachariae, t. 2. § 294, 2^o, note 17.

pour surenchérir, aux principes généraux qui règlent l'exercice de leurs droits; ainsi, le mineur ne pourra surenchérir que par l'intermédiaire de son tuteur autorisé par le conseil de famille, et la femme devra être pourvue de l'autorisation maritale.

La validité de la réquisition de mise aux enchères est soumise aux conditions suivantes :

1^o Elle doit être signifiée au nouveau propriétaire dans quarante jours au plus tard de la notification faite à la requête de ce dernier, en y ajoutant deux jours par cinq myriamètres de distance entre le domicile élu et le domicile réel de chaque créancier requérant (art. 2185, 1^o).

de moy de 4874/29

Le jour de la notification n'est pas compté pour la supputation du délai de quarante jours; mais pour qu'il y ait lieu à l'augmentation des deux jours par cinq myriamètres, il faut qu'il y ait réellement cinq myriamètres de distance entre le domicile élu et le domicile réel; la jurisprudence est à peu près unanime à cet égard (1). Enfin, l'art. 1033 C. P. C., d'après lequel le délai est double lorsqu'il y a lieu à envoi et retour, n'est pas applicable à la matière, car il est spécial au délai ordinaire des ajournements et autres actes semblables.

2^o La réquisition de mise aux enchères doit contenir soumission de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui aura été stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire (art. 2185, 2^o).

La surenchère doit porter généralement sur toutes les sommes qui, n'importe à quel titre et sous quelle domination que ce soit, constituent le prix attribué à l'immeuble sur lequel le surenchérisseur a son hypothèque inscrite. Si par hypothèse une des charges qui constituent le prix n'avait pas été évaluée par le tiers-détenteur dans sa notification, il résulte naturellement des principes plus haut exposés que le surenchérisseur n'aurait, quant à ce, aucune évaluation à faire; il doit tenir compte seulement du prix stipulé ou déclaré. Cette règle est très simple et ne peut souffrir de difficulté; la noti-

(1) Gênes, 29 août 1812, Parillari c. Bernier; Cass. 10 décembre 1839, Couhapé et Sabathier c. Bénafort; Orléans 14 juillet 1846, Chenon c. Bruey *contra* Troploag, *Loc. Cit.* n^o 933, Bordeaux, 27 novembre 1829.

fication, en effet, contient une offre; la surenchère étant la réponse à cette offre, doit porter seulement sur ce qui en fait l'objet, et non pas sur ce qui est omis, négligé ou sous-entendu.

Il est de jurisprudence constante, et de nombreux arrêts en font foi, que les créanciers peuvent faire, en termes généraux et sans déterminer aucune somme, la soumission de porter le prix à un dixième en sus; M. Persil fils est aussi de cet avis (1). Cette jurisprudence nous paraît inadmissible. « Toute enchère doit se produire avec l'offre d'une somme déterminée, dit M. Troplong, sans cela, comment les enchères successives pourraient-elles s'ouvrir et engager leur lutte pour se dépasser (2)? » Comment concilier d'ailleurs cette jurisprudence avec l'art. 836, C. P. C., d'après lequel le placard, dans le cas de vente à suite de surenchère sur aliénation volontaire, doit contenir..... 3^o Le *montant* de la surenchère; et avec la disposition finale de l'art. 837 du même Code, aux termes duquel : « le prix porté dans l'acte ou la valeur déclarée *et le montant de la surenchère* tiendront lieu d'enchère? » Où doit-on aller chercher ce *montant*, si ce n'est dans la réquisition de mise aux enchères? Voudrait-on imposer au poursuivant qui dresse les placards l'obligation de faire lui-même le calcul du dixième en sus, lorsque ce placard n'a pas été fait par le surenchérisseur, et dire qu'ainsi sera rempli le vœu des art. 836 et 837 précités? Cela est impossible, car s'il n'y avait pas concordance entre le prix offert et le dixième de la surenchère, et s'il s'élevait des difficultés à cet égard, le surenchérisseur dirait : Je n'ai rien à me reprocher, je me suis engagé à porter le prix à un dixième en sus, le poursuivant a mal calculé, c'est lui seul qui est responsable.

Le poursuivant, au contraire, dirait : Pour moi, le prix se composait de telle somme, et c'est sur ces bases que j'ai fait le calcul; si le surenchérisseur a eu d'autres bases en vue, je ne puis en être responsable, je n'ai pris aucun engagement, j'ai seulement constaté ce qui était, ou du moins ce qui me paraissait être. Disons donc que la réquisition de mise aux

(1) *Loc. cit.*, n^o 440.

(2) *Hyp.*, T. IV, n^o 933 bis.

enchères doit contenir la liquidation du dixième, par cette raison bien simple que le surenchérisseur est le seul qui puisse exactement calculer le dixième tel qu'il le comprend.

3° La réquisition doit être signifiée dans le même délai de quarante jours, dont il a déjà été question, au précédent propriétaire, débiteur principal (art. 2185, 3°).

4° L'original et la copie des significations faites tant au nouveau qu'à l'ancien propriétaire, débiteur principal, seront signées par le créancier requérant, ou par son fondé de procuration expresse, lequel, en ce cas, est tenu de donner copie de sa procuration (art. 2185, 4°).

5° Le surenchérisseur est tenu de donner caution jusqu'à concurrence du prix et des charges (art. 2185, 5°). Le Trésor est seul excepté de cette disposition par la loi du 21 février 1817.

Si le surenchérisseur ne trouve pas de caution, ou s'il préfère ne pas être cautionné, il peut donner à la place un nantissement en argent ou en rentes sur l'Etat (art. 832, C. P. C.) Mais il ne pourrait conférer une hypothèque sur ses biens, d'abord parce que, s'il y avait lieu de rechercher le surenchérisseur, il faudrait subir les longueurs d'une expropriation, ce qui n'est pas du tout dans l'esprit de la loi; et, en second lieu, parce qu'une concession d'hypothèque ne peut offrir de garanties sérieuses que si l'immeuble sur lequel elle doit être inscrite est libre de toutes charges, chose qui ne peut être vérifiée avec une absolue confiance sous l'empire du système hypothécaire actuel, alors qu'un certificat négatif d'inscription ne peut être un *criterium* de certitude à cet égard.

Lorsque la caution est déclarée insolvable, le créancier est déchu de la surenchère et peut seulement la réitérer s'il est encore dans le délai utile. Néanmoins, si la caution n'était devenue insolvable que *ex post facto*, le surenchérisseur serait habile à en présenter une autre qui serait solvable ou à la remplacer par un nantissement.

La caution doit-elle garantir seulement le prix stipulé au contrat, ou bien ce prix augmenté du dixième de la surenchère? M. Troplong enseigne avec raison, en se fondant sur les motifs qui ont fait introduire la nécessité d'une caution, qu'elle doit garantir le prix augmenté du dixième. Cette ques-

tion nous paraît, du reste, résolue par le texte même de la loi, sagement interprété. En effet, le nouvel acquéreur offre le prix de son acquisition aux créanciers inscrits; une surenchère est faite; il en résulte naturellement que le prix a augmenté d'un dixième. La caution est destinée à garantir l'exécution des engagements contractés par le surenchérisseur; la mesure de ces engagements donnera donc la mesure de la caution; or, le surenchérisseur s'oblige à payer le prix augmenté du dixième, si sa surenchère n'est pas couverte; la caution doit donc s'étendre sur le dixième, et quand l'art. 2185, n° 5, exige qu'il soit donné caution à concurrence *du prix*, il entend le prix tel qu'il a été modifié par la surenchère, c'est-à-dire augmenté du dixième.

Les diverses prescriptions de l'art. 2185 doivent être observées à peine de nullité de la surenchère. La prononciation de cette nullité a pour résultat la consolidation de la propriété sur la tête du tiers-détenteur qui ne peut plus être évincé par une nouvelle surenchère, si les délais pour surenchérir sont écoulés. Néanmoins, la nullité de la surenchère n'empêcherait pas les créanciers inscrits d'attaquer la vente qui aurait été faite par leur débiteur en fraude de leurs droits, faculté qu'ils conserveraient d'ailleurs alors même qu'ils auraient laissé écouler, sans surenchérir, les délais utiles pour former la surenchère. Les créanciers auraient encore le droit de prétendre que le prix est simulé, et pourraient demander à être payés sur le prix réel et non sur le prix fictif relaté dans l'acte. L'action en simulation est ouverte à tous les créanciers.

Si les créanciers n'ont pas requis la mise aux enchères dans le délai et la forme prescrits, le but de la purge est atteint, c'est-à-dire que les droits des créanciers sur l'immeuble sont transformés en un droit sur le prix qui demeure définitivement fixé au chiffre stipulé dans l'acte d'aliénation, ou déclaré par le nouveau propriétaire. Mais les inscriptions prises sur l'immeuble aliéné subsistent toujours pour la garantie des engagements résultant de l'offre faite par le nouveau propriétaire, conformément à l'art. 2184. Pour obtenir la main levée et radiation de ces inscriptions, il doit payer le prix aux créanciers qui seront en ordre de recevoir ou le consigner. C'est alors seulement que l'immeuble sera, à proprement par-

ler, définitivement purgé de tous privilèges ou hypothèques (art. 2186).

La consignation que le tiers-détenteur est autorisé à faire n'a pas besoin d'être précédée d'offres, comme dans les cas ordinaires, ni d'une sommation aux créanciers et au vendeur d'y assister; il ne paraît pas non plus qu'elle ait besoin d'être validée par un jugement, car les art. 1257 et suiv. du C. N. et l'art. 814 du C. P. C. sont applicables seulement aux consignations ordinaires auxquelles peut procéder tout débiteur, lorsque le créancier refuse son paiement, et non pas à la consignation particulière autorisée dans le cas de l'art. 2186. Cependant le nouveau propriétaire devra signifier l'acte de consignation au vendeur et aux créanciers inscrits, afin de leur donner connaissance du moment à partir duquel les intérêts cesseront de courir. Cette opinion paraît plus fondée que celle d'après laquelle il faudrait accomplir dans son entier la procédure usitée en matière d'offres ordinaires; néanmoins, dans les lieux où il est d'usage de consigner le prix des aliénations, on exécute la procédure d'offres, d'après les règles des articles 1257, C. N., et 812 et suiv. C. P. C.

SECTION DEUXIÈME.

Purge des hypothèques légales non inscrites.

GÉNÉRALITÉS.

Interest reipublicæ dotes mulierum salvæ esse. Ce principe affirmé de tout temps, et par toutes les législations, est également vrai en ce qui touche les droits des mineurs. Oui, l'ordre public exige impérieusement que les droits des femmes et des mineurs soient sauvegardés, et c'est sous l'inspiration de cette idée que les législateurs ont décrété :

« Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée, sont :

« Ceux des femmes mariées, sur les biens de leur mari ;

« Ceux des mineurs et interdits, sur les biens de leur tuteur. » (Art. 2121, C. N.)

Mais l'ordre public exige aussi que les transactions ne

soient pas entravées, que la propriété soit consolidée sur la tête des acquéreurs d'immeubles et que l'harmonie règne au sein de la famille. Or, l'hypothèque légale de la femme et du mineur entrave au plus haut degré les transactions, empêche la propriété d'être consolidée sur la tête des acquéreurs et, ainsi que nous le montrerons bientôt, jette souvent le désordre au sein de la famille. Voilà donc l'ordre public qui exige deux choses contradictoires entre elles, qui est divisé avec lui-même, qui n'est plus l'ordre public. Que fallait-il faire pour éviter cette conséquence absurde? Concilier ces deux exigences de l'ordre public, et pour cela se bien pénétrer de la manière dont se présentent les hypothèses qui rendent une pareille conciliation nécessaire. Dans toutes ces hypothèses, il y a lutte entre ces deux exigences; d'un côté, c'est l'hypothèque légale qui réclame ses privilèges; de l'autre, ce sont les tiers qui demandent des sûretés, et d'un côté comme de l'autre, chaque partie en appelle à l'ordre public. A qui donc appartient-il de décider la question et de concilier ces deux prétentions contradictoires? Evidemment à l'ordre public, représenté par l'autorité judiciaire. Le législateur l'avait compris, car dans certains cas, et moyennant l'accomplissement de certaines formalités, il a investi l'autorité judiciaire du droit de restreindre ces hypothèques, c'est-à-dire de les empêcher de nuire aux tiers et aux grevés eux-mêmes. (Articles 2140 à 2145, inclus.)

Il y avait là le germe de tout un système conciliateur; il suffisait de le généraliser et de le rendre applicable à tous les cas. Au lieu de suivre cette marche qui semblait toute tracée, on a voulu abandonner aux parties elles-mêmes la solution de la question; on a décrété la purge.

« Pourront les acquéreurs d'immeubles appartenant à des maris ou à des tuteurs..... purger les hypothèques qui existeraient sur les biens par eux acquis. » (Art. 2193, C. N.)

Cet article n'est autre chose que la négation de l'art. 2121 précité, et des autres textes qui ont pour but de prohiber l'aliénation de la dot et de transiger sur les droits des mineurs. En effet, la purge met la femme en demeure de rendre publique son hypothèque légale, ou bien d'y renoncer en ne le faisant pas. C'est en quelque sorte une option qu'elle a à faire,

et c'est elle seule qui est juge des deux alternatives de cette option. Pour prendre une détermination, pour pouvoir opter, il faut être indépendant, il faut être libre et dégagé de toute influence étrangère. Or, je demande en quoi peut consister la liberté de la femme, alors que les actes destinés à manifester cette liberté seront, la plupart du temps, dirigés contre le mari et froisseront ses intérêts? Si la femme fait inscrire son hypothèque légale, et si cette inscription froisse les intérêts du mari, que deviendra la paix domestique? Si, au contraire, la femme tient à conserver l'harmonie dans sa famille et néglige de faire inscrire son hypothèque légale, que devient le principe : *interest reipublicæ dotes mulierum salvas esse*, et l'art. 2121 qui en est la conséquence, et la règle de l'inaliénabilité de la dot si énergiquement formulée par le vulgaire : *la dot d'une femme ne peut être mangée*?

Ainsi donc les incapables qui ne peuvent jamais, par un acte émané d'eux, compromettre leurs droits, le pourront indirectement en s'abstenant! Voilà donc la loi qui indique elle-même comment on pourra s'y prendre pour éluder ses prescriptions!

Ces tristes résultats étaient prévus; il n'était pas difficile de comprendre que la liberté de la femme étant illusoire, il lui serait impossible de sauvegarder ses intérêts quand ils seraient en opposition avec ceux de son mari. Alors, pour conserver les droits de la femme sans compromettre la paix domestique, le législateur a donné aux parents et amis, ainsi qu'au ministère public, la faculté de prendre inscription au nom de la femme. Or, tout le monde sait que cette faculté n'a jamais été exercée que très rarement.

Il faut donc reconnaître que la purge des hypothèques légales n'est pas la partie la moins défectueuse du système hypothécaire, et il est permis d'espérer qu'elle ne tardera pas à être, avec le système tout entier, l'objet d'une réforme complète.

§ 1. — FORMALITÉS DE LA PURGE.

L'art. 2193 du C. N. donne aux acquéreurs d'immeubles appartenant à des maris ou à des tuteurs, la faculté de purger les hypothèques légales non inscrites qui existeraient sur ces

mêmes immeubles. Pour arriver à ce résultat, ils devront accomplir certaines formalités particulières prescrites par l'article 2194 du C. N., et par l'avis du Conseil d'Etat du 9 mai 1807.

1° Ils déposeront copie, dûment collationnée, du contrat translatif de propriété au greffe du Tribunal civil du lieu de la situation des biens (2194).

Nous ne voyons pas trop la raison pratique qui a pu déterminer le législateur à exiger l'accomplissement préalable d'une pareille formalité. Il est parti de cette idée qu'il fallait nécessairement donner à l'acte d'aliénation une publicité au moins égale à celle qui était prescrite pour la purge des hypothèques inscrites, et comme la matière ne comportait pas la transcription du titre, il a voulu remplacer cette transcription par le dépôt au greffe.

« Ce dépôt au greffe, accompagné de formalités dont nous parlerons tout à l'heure, dit M. Troplong, doit être considéré comme un moyen beaucoup plus efficace pour faire appel aux inscriptions, que la formalité assez obscure de la transcription (1). » Nous admettons bien que les formalités particulières à la purge des hypothèques légales non inscrites sont plus efficaces que la transcription; mais le dépôt au greffe nous paraît aussi obscur que la transcription elle-même; il n'a pas plus de résultats pratiques et on pourrait le supprimer sans le moindre inconvénient. Sous ce rapport, la purge, organisée en faveur des sociétés de crédit foncier par la loi du 28 février 1852 et celle du 20 juin 1853, nous paraît plus rationnelle, précisément parce qu'elle est plus simple, et dégagée de la vaine formalité de dépôt.

Les formalités prescrites par l'art. 2194 du C. N. n'ont pas pour unique résultat de produire la purge des hypothèques légales qui pourraient être inscrites du chef seulement du vendeur immédiat, elles purgent encore toutes les hypothèques légales qui pourraient être inscrites du chef de tous les précédents propriétaires; il faut donc que ces formalités puissent s'appliquer autant que possible à tous les précédents propriétaires. Donc, il semble qu'il devrait se présenter

(1) *Loc. cit.*, n° 977.

ici une question analogue à celle qui a été soulevée à propos de la transcription du titre, dans le cas de purge des hypothèques inscrites ; et de même que lorsqu'un immeuble a été l'objet de plusieurs aliénations successives, nous nous sommes demandé si le dernier acquéreur doit, pour purger les hypothèques inscrites, transcrire seulement son titre de propriété, ou bien s'il doit aussi transcrire les titres des précédents propriétaires lorsqu'ils ne l'auraient point été, de même nous devrions, ce semble, nous demander si, dans le même cas, il faut déposer copie collationnée non seulement du titre qui investit le dernier acquéreur, mais encore copies collationnées de tous les actes d'aliénation antérieurs, quand la purge des hypothèques légales n'a pas été faite à leur égard. Cette question a, comme on le voit, la plus grande analogie avec la précédente ; il y a des deux côtés la même raison de décider, et l'art. 2194 n'est pas plus explicite à ce sujet que l'art. 2181. Cependant, cette question n'a pas même été soulevée, du moins à notre connaissance, et personne n'a osé prétendre qu'il faut déposer copie collationnée des titres des précédents propriétaires, pour que la purge puisse avoir lieu à leur égard. C'est qu'en effet une pareille proposition serait diamétralement opposée à l'esprit du législateur, et même au texte de la loi ; et pourtant ceux qui admettent la nécessité de la transcription des titres antérieurs devraient, pour être logiques, admettre aussi la nécessité du dépôt des copies collationnées de tous les titres des précédents propriétaires. Tous les arguments par eux émis à l'appui de leur manière de voir, seraient tout aussi forts et aussi concluants en ce qui touche le dépôt au greffe.

L'acquéreur et même le vendeur peuvent faire le dépôt au greffe personnellement ou bien par l'intermédiaire d'un fondé de pouvoir spécial. Le ministère des avoués n'est pas du tout obligatoire, seulement lorsqu'ils sont chargés de faire ce dépôt ils sont dispensés de produire une procuration, car le caractère dont ils sont revêtus leur donne droit d'occuper, sans pouvoir spécial, pour les parties intéressées.

Le dépôt doit être fait au greffe du Tribunal civil du lieu de la situation des biens. Si les immeubles étaient situés à la fois dans plusieurs arrondissements, au greffe de quel tribunal

devra être fait le dépôt? La doctrine n'a pas prévu ce cas, et nous ne croyons pas que la jurisprudence ait eu à s'en occuper; néanmoins, il peut se présenter souvent dans la pratique. Nous ne pensons pas qu'il y ait lieu d'admettre en cette matière une règle analogue à celle qui est posée dans l'art. 2210, et décider que le dépôt doit être fait au greffe du tribunal dans le ressort duquel se trouve le chef-lieu de l'exploitation ou la plus grande partie des immeubles; il paraît logique d'admettre au contraire, par analogie avec ce qui a lieu dans un cas semblable prévu par l'art. 2192, qu'il doit être fait un dépôt de l'acte au greffe de chaque tribunal dans le ressort duquel peut se trouver une partie quelconque des immeubles; il faudra en un mot faire autant de purges distinctes qu'il y a d'arrondissements.

2° Les nouveaux acquéreurs devront certifier par acte signifié tant à la femme ou au subrogé-tuteur, qu'au procureur impérial près ce tribunal, le dépôt qu'ils auront fait (2194).

Le greffier dresse procès-verbal du dépôt de la copie collationnée, c'est ce procès-verbal de dépôt que doit signifier le tiers-détenteur. Il n'est pas nécessaire que cette signification soit faite par huissier commis comme cela se pratique pour la purge des hypothèques inscrites. Cette notification doit-elle contenir constitution d'avoué? Cette question, que personne ne s'est jamais posée, paraît tout d'abord oiseuse, car l'art. 2194 ne contenant aucune précision à cet égard, il ne saurait y avoir nullité pour défaut de constitution d'avoué. Cependant, il faut remarquer que la notification prescrite par l'art. 2194 du C. N. a pour but, non seulement de provoquer l'inscription de l'hypothèque légale de l'incapable, mais encore de provoquer aussi la surenchère du dixième que cet incapable a le droit de faire. Or, la réquisition de mise aux enchères doit être signifiée au domicile de l'avoué constitué par le tiers-détenteur (art. 832, C. P. C.). Comment donc, le cas échéant, sera-t-il possible de faire cette notification, si le tiers-détenteur n'a pas constitué avoué, ou tout au moins n'a pas fait élection de domicile chez un avoué?

La notification prescrite par l'art. 2194 doit être faite :

1° A la femme ou à son héritier si elle est décédée, ou en-

core au tuteur ou subrogé-tuteur de son héritier, si ce dernier est mineur ou interdit ;

2° Au subrogé-tuteur du mineur ou de l'interdit, quand c'est le tuteur lui-même qui a consenti l'aliénation, ou bien encore à ce tuteur lui-même s'il n'a pas consenti l'aliénation, ou bien aux héritiers majeurs et capables du mineur décédé, ou encore aux tuteurs ou subrogés-tuteurs de ces mêmes héritiers, s'ils sont mineurs ou incapables ;

3° Au mineur émancipé et à son curateur ;

4° Au procureur impérial, qui devra viser l'original de l'exploit.

La copie de la notification peut-elle être laissée à la femme *en parlant à la personne du mari* contre lequel la purge est faite ? La jurisprudence est à peu près unanime pour valider une pareille manière de procéder qui est pleine de dangers et d'inconvénients pour la femme, comme tout le monde le reconnaît d'ailleurs. Les motifs de cette décision sont pris des dispositions de l'art. 68 du C. P. C., d'après lequel tous exploits peuvent être signifiés à domicile, à condition qu'à défaut du destinataire, la copie soit remise à ses parents ou serviteurs, à leur défaut à un voisin ; et, enfin, à défaut de voisin, au maire ou adjoint de la commune. Il nous paraît difficile de justifier l'application, au cas qui nous occupe, de cet art. 68. En effet, quoique le mari n'intervienne pas personnellement dans la procédure de purge, c'est bien en réalité contre lui que cette procédure est dirigée ; la femme est évidemment dans ce cas en opposition d'intérêts avec lui, sinon toujours en fait, du moins en droit ; il ne peut donc remplir à son égard le rôle de représentant, il ne peut donc valablement recevoir la copie pour elle. Si on admet le contraire, je ne vois pas trop pourquoi on n'admettrait pas, par exemple, que la copie d'un exploit d'assignation en séparation de biens lancé à la requête de la femme, puisse régulièrement être laissée au mari *parlant à la personne de sa femme*, qui demeure avec lui !

3° Extrait du contrat translatif de propriété, contenant sa date, les noms, prénoms, profession et domicile des contractants ; le prix et les autres charges de la vente sera et restera affiché pendant deux mois dans l'auditoire du tribunal (2194).

Le législateur, en exigeant l'accomplissement de cette formalité, a voulu organiser un système de publicité qui eut pour résultat de porter à la connaissance des intéressés le fait de l'aliénation et de ses charges. C'est pendant les deux mois qui suivent l'affichage de l'extrait que les femmes, les maris, tuteurs, subrogés-tuteurs, mineurs, interdits, parents ou amis et le procureur impérial, seront reçus à requérir, s'il y a lieu, et à faire faire, au bureau des hypothèques, des inscriptions sur l'immeuble aliéné, qui auront le même effet que si elles avaient été prises le jour du contrat de mariage, ou le jour de l'entrée en gestion du tuteur (2194).

Les diverses formalités que nous venons d'examiner ont trait seulement aux hypothèques légales connues des tiers-détenteurs. Pour purger les hypothèques légales qui sont inconnues, il faut, en outre, se conformer aux prescriptions de l'avis du Conseil d'Etat du 9 mai 1807; c'est-à-dire qu'il faudra déclarer dans la signification à faire au procureur impérial que ceux du chef desquels il pourrait être formé des inscriptions pour raison d'hypothèques légales existantes indépendamment de l'inscription, n'étant pas connus, la signification sera rendue publique par son insertion dans le journal judiciaire du département. Cette insertion devra, en effet, avoir lieu suivant les formes prescrites par l'art. 696, C. P. C., et s'il n'y a pas de journal dans le département, l'acquéreur devra se faire délivrer, par le procureur impérial, un certificat portant qu'il n'en existe pas. C'est à partir de cette insertion au journal ou de la délivrance de ce certificat que commencera de courir le délai de deux mois, utile pour l'inscription de l'hypothèque légale. Il est de jurisprudence constante que le délai pour inscrire l'hypothèque légale court au profit de tous les créanciers, connus ou inconnus, à partir du dernier acte de la procédure. Par conséquent la femme, par exemple, qui aura reçu la notification prescrite par l'art. 2194, C. N., pourra inscrire son hypothèque légale tant qu'il ne se sera pas écoulé plus de deux mois à partir de l'insertion ou du certificat qui constate qu'elle n'a pu avoir lieu, quoique cependant il se soit écoulé plus de deux mois à partir de l'affichage de l'extrait dans l'auditoire du tribunal. Dans ce délai de deux mois, les créanciers à hypothèque légale, ou leurs représen-

tants légaux, doivent délibérer sur le point de savoir s'ils doivent prendre inscription ou si le prix leur paraît suffisant. S'ils se contentent du prix, ils n'ont qu'à laisser écouler les délais, l'inscription de leur hypothèque suffit pour les rassurer. S'ils veulent faire surenchère, ils doivent d'abord prendre inscription et puis remplir les mêmes formalités que celles fixées pour la surenchère, dans le cas de purge des hypothèques inscrites. Mais dans quel délai doivent-ils surenchérir ? Ils doivent à la fois prendre inscription et surenchérir dans le même délai de deux mois. Il est impossible d'admettre qu'ils aient encore, pour enchérir, quarante jours après l'inscription par eux prise. Pourquoi, en effet, faire deux délibérations, l'une pour prendre inscription et l'autre pour surenchérir ; on ne peut, en réalité, délibérer que sur un point unique : le prix est-il suffisant ou non ?

Les formalités prescrites par l'avis du Conseil d'Etat du 9 mai 1807, n'opèrent la purge des hypothèques légales inconnues que tout autant que ces mêmes hypothèques sont réellement inconnues du tiers-détenteur. De cette observation découlent deux conséquences importantes.

La première c'est qu'on est toujours admis à prouver la fausseté de l'assertion contenue dans la notification faite au procureur impérial, par laquelle le tiers-détenteur déclare qu'il ne connaît pas ceux des chefs desquels une hypothèque légale peut être inscrite. La fausseté de cette assertion étant prouvée, la purge ne pourra avoir absolument aucun effet sur l'hypothèque légale du créancier connu qui n'aurait pas reçu la notification de l'acte de dépôt, et qui, par suite, n'aurait pas été mis en demeure de s'inscrire.

La deuxième conséquence c'est que, de cela seul que l'existence des mineurs ou interdits ayant le droit d'inscrire une hypothèque légale est connue du tiers-détenteur, ce dernier, dans le cas où ces incapables ne seraient pas pourvus de subrogés-tuteurs, ne peut prétendre suppléer la notification qui devrait être faite à ces subrogés-tuteurs par l'accomplissement des formalités prescrites par l'avis du Conseil d'Etat du 9 mai 1807. Par conséquent, le tiers-détenteur est obligé de prendre l'initiative et de provoquer lui-même la nomination du subrogé-tuteur à qui la notification doit être faite, sauf à lui à

retenir sur le montant du prix de son acquisition les frais nécessités par cette procédure, lesquels frais ne sauraient jamais être à sa charge. La jurisprudence présente, il est vrai, des décisions contraires à cette règle, mais elle n'en doit pas moins être tenue pour constante; en effet, la purge est organisée dans l'intérêt du tiers-détenteur; or, le tiers-détenteur est obligé, lorsqu'il connaît l'existence des mineurs, de notifier le procès-verbal de dépôt à leurs subrogés-tuteurs. Donc, si ces subrogés-tuteurs n'ont pas encore été désignés par le conseil de famille, et s'il veut purger les hypothèques légales des mineurs, le tiers-détenteur est obligé, pour arriver à ce résultat, de provoquer la nomination de ces subrogés-tuteurs. S'il ne lui convient pas de faire cette démarche, comme il n'a pas d'action contre son vendeur pour le forcer à provoquer lui-même cette nomination, il se trouvera arrêté et ne pourra purger.

Nous devons maintenant faire quelques observations que nous inspire la comparaison de la purge des hypothèques inscrites avec la purge des hypothèques légales. Ces deux systèmes de purge tendent identiquement au même but qui est double. Ils ont pour objet, d'abord de provoquer les inscriptions, et en second lieu de mettre les créanciers en mesure de faire, le cas échéant, la surenchère du dixième. Pourquoi donc la loi n'exige-t-elle pas une évaluation du prix et des charges, et une offre de ce même prix, quand il s'agit de la purge des hypothèques légales, alors qu'elle exige cette évaluation et cette offre quand il s'agit des hypothèques inscrites? Il y a des deux côtés même raison de décider. Comment donc pourront faire les femmes mariées et les subrogés-tuteurs pour calculer le dixième de la surenchère? Ils devront donc, quand le prix n'est ni stipulé, ni évalué, faire eux-mêmes une évaluation! Heureusement que la surenchère, à suite des notifications prescrites par l'art. 2194, C. N., est excessivement rare dans la pratique; s'il n'en était pas ainsi, il est facile de voir que de graves difficultés pourraient s'élever à cet égard, et c'est précisément à la rareté de cette surenchère qu'il faut attribuer le silence de la doctrine et de la jurisprudence sur les diverses questions qu'elle pourrait soulever.

Les formalités prescrites par l'art. 2194 et par l'avis du

Conseil d'Etat du 9 mai 1807, sont les seules qui puissent produire la purge des hypothèques légales. Il était admis, avant 1833, que l'expropriation forcée opérait de plein droit la purge des hypothèques légales non inscrites ; mais depuis cette époque, la Cour de Cassation a complètement changé sa jurisprudence, et il est admis aujourd'hui, sans contestation, que l'expropriation est insuffisante pour produire un pareil résultat, et qu'il faut toujours recourir aux dispositions prescrites par l'art. 2194. Le principe qui domine toute la matière est, en effet, celui-ci : Il faut que les créanciers soient mis personnellement en demeure de prendre inscription ou de requérir la surenchère ; il n'y a d'exception à cette règle que pour les hypothèques légales inconnues. Lorsque la mutation de propriété résulte d'une adjudication prononcée en justice, quel est donc l'acte qui produit la purge, qui est la cause efficiente de cette purge, laquelle devient parfaite par le fait seul de l'adjudication ? C'est la connaissance judiciairement donnée aux créanciers des poursuites dirigées contre le débiteur. Donc, la purge ne peut résulter d'une adjudication prononcée en justice que si les créanciers ont été juridiquement avertis. Donc, cette purge ne peut s'appliquer qu'aux créanciers inscrits et dans le cas seulement d'expropriation forcée, et ne peut jamais s'appliquer aux hypothèques légales, puisque dans aucun cas il n'intervient un acte qui avertisse les créanciers ayant le droit d'inscrire une pareille hypothèque. La grande publicité qui précède une adjudication prononcée à suite de saisie immobilière, ne saurait être un argument sérieux contre notre système, car autrement nous demanderions pourquoi les partisans du système opposé n'admettent pas que les hypothèques légales soient purgées, de plein droit, par toute adjudication prononcée en justice à suite de poursuites autres que celles en expropriation forcée ? Le Code, en effet, ne parle que de *contrats* et d'*acquéreurs*, et non de *jugements* ou d'*ordonnances d'adjudications* ni d'*adjudicataires*.

§ 2. — EFFETS DE LA PURGE.

Les créanciers à hypothèque légale peuvent prendre, dans les délais de la purge, trois déterminations différentes : 1°

ils peuvent laisser écouler les deux mois sans prendre inscription; 2° ils peuvent prendre inscription; 3° ils peuvent prendre inscription et surenchérir. Nous allons laisser de côté la faculté de surenchérir accordée à ces créanciers, car nous n'avons rien de nouveau à dire à cet égard, et nous allons seulement nous occuper du cas où il n'a pas été pris inscription et de celui où l'inscription a été prise.

Si dans le cours des deux mois de l'exposition du contrat, il n'a pas été fait d'inscription du chef des femmes, mineurs ou interdits, sur les immeubles vendus, ils passent à l'acquéreur sans aucune charge à raison des dot, reprises et conventions matrimoniales de la femme ou de la gestion du tuteur, et sauf le recours, s'il y a lieu, contre le mari et le tuteur (art. 2195).

La purge a donc pour résultat d'anéantir complètement le droit de la femme ou du mineur sur l'immeuble vendu; mais cette déchéance s'étend-elle sur le prix lui-même de cet immeuble? En d'autres termes: la perte du droit de suite emporte-t-elle celle du droit de préférence?

Cette question est une des plus considérables et des plus graves que puisse présenter le Code Napoléon. Les Cours Impériales sont complètement divisées à cet égard; la grande majorité des auteurs admet que la perte du droit sur l'immeuble laisse subsister dans son entier le droit sur le prix (1); seule, la cour de Cour de Cassation a toujours persisté dans le système opposé; et, par un arrêt rendu le 23 février 1852, en audience solennelle, elle a consacré la jurisprudence qu'elle a constamment suivie en décidant que la femme, dont l'hypothèque légale est purgée faute d'avoir pris inscription dans le délai prescrit sur l'immeuble vendu, ne peut revendiquer un droit de préférence dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix. C'est cette opinion que nous adoptons énergiquement.

Nous allons d'abord exposer succinctement l'état de la discussion à propos de cette question, et nous donnerons ensuite nos appréciations personnelles.

(1) Persil, *Reg. hyp.* T. II, art. 2195, n° 3. — Troplong, *Loc. cit.* n° 984 et suiv. Zachariæ et ses annotateurs, T. II, § 293, note 10. — Mourlon, troisième examen, p. 539, Dupin, réquisit. et plaidoyers, T. III, p. 89, etc.

Ceux qui veulent conserver le droit de préférence, malgré la perte du droit de suite, font le raisonnement suivant :

Aux termes de l'art. 2135, l'hypothèque légale existe indépendamment de toute inscription, c'est-à-dire que l'hypothèque légale doit produire ses effets sans qu'il soit nécessaire de la faire inscrire. La célébration du mariage ou l'acceptation de la tutelle remplace complètement l'inscription et permet à la femme ou au mineur de se prévaloir, *vis à vis du créancier*, de son hypothèque légale dont l'inscription n'est exigée que *vis à vis de l'acquéreur*. Or, la purge a été instituée, non pas pour le profit des créanciers, c'est-à-dire pour faire perdre à l'hypothèque légale son droit de préférence sur le prix, mais seulement au profit de l'acquéreur, c'est-à-dire pour faire perdre à cette même hypothèque son droit de suite sur l'immeuble. Et remarquez, dit-on, que la purge a précisément pour objet l'anéantissement du droit de suite et sa transformation en une action sur le prix, et vous voulez conclure de cet anéantissement du droit de suite à l'anéantissement de l'action sur le prix! c'est absurde. Voyez, d'ailleurs, la conclusion bizarre qu'on serait forcé d'admettre. Pourquoi l'hypothèque légale est-elle dispensée d'inscription? A cause de la faiblesse de la femme ou du mineur, la loi veille sur ces incapables, et l'on voudrait limiter cette action tutélaire de la loi au temps seulement où l'immeuble reste entre les mains du mari ou du tuteur, c'est-à-dire alors qu'aucun danger ne menace les créanciers à hypothèque légale, et l'on voudrait que cette protection de la loi fasse défaut à ces mêmes créanciers au moment du danger, au moment précisément où le fait en vue duquel est instituée l'hypothèque légale se réalise, au moment de l'aliénation? C'est à partir de ce moment qu'on voudrait forcer les incapables à inscrire leur hypothèque légale, à ce moment précisément où ils ont le plus besoin de protection! A quoi donc peut servir l'art. 2135 qui dispense les hypothèques légales de l'inscription? C'est en vain que l'on voudrait tirer argument des art. 752, 753, 774, 775, C. P. C., d'après lesquels il semble que pour requérir un ordre ou y être admis, il faille nécessairement être inscrits. « Aucun de ces articles,

dit M. Troplong (1), ne décide que pour profiter du bénéfice d'un ordre, il faut une inscription à l'appui d'une hypothèque que la loi elle-même en déclare indépendante. Et pourquoi donc une inscription serait-elle nécessaire ? L'ordre n'a-t-il pas pour objet de régler le rang des créanciers entre eux ? Et l'art. 2135 ne dit-il pas que les rangs hypothécaires de la femme et du mineur subsistent indépendamment de toute inscription ? Sans doute, il résulte bien de l'art. 753 du Code de Procédure Civile que pour être *appelé* à l'ordre il faut être inscrit. Mais la seule conséquence qui résultera de là, c'est que le créancier à hypothèque légale qui ne se sera pas fait inscrire, courra la chance d'ignorer ce qui se passe et de rester étranger à l'instance ; mais s'il en a une connaissance indirecte, il est évident que rien ne l'empêche d'intervenir spontanément. L'art. 2135 est toujours le point auquel il faut en revenir, à moins qu'on ne veuille faire de cet article une disposition inerte et inapplicable toutes les fois qu'elle serait utile. Concluons donc que la femme ou le mineur ont droit à se présenter sur le prix, malgré le défaut d'inscription sur la chose ; mais remarquons bien que ceci n'est entièrement vrai, que lorsque les choses sont entières et que le prix est encore existant ».

Il faut convenir que ce système se recommande par des raisons assez spécieuses ; néanmoins, il est impossible qu'il soutienne la discussion avec le système opposé.

Revenons à l'art. 2135, puisque c'est là le point capital, d'après M. Troplong. Aux termes de cet article, l'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription, au profit des mineurs et des femmes mariées. Mais sur quoi existe-t-elle ainsi de plein droit ? Sur les immeubles *appartenant* au tuteur, sur les immeubles *du mari*. Cet article s'occupe *du rang que les hypothèques ont entre elles* ; et il veut dire seulement que le mari ne peut pas compromettre, par des concessions d'hypothèque sur ses biens, les droits de sa femme ou des mineurs dont il a la tutelle, droits qui sont conservés *sans inscription* à partir de la célébration du mariage ou de l'acceptation de la tutelle ; mais cet article ne

(1) *Loc. Cit.*, n° 987.

se place pas dans l'hypothèse d'une aliénation ; il dispose seulement pour le temps où les immeubles restent dans la main du mari ou du tuteur. Plus tard, en effet, le législateur prévoyant le cas d'aliénation, édicte l'art. 2166, ainsi conçu : « Les créanciers ayant privilège ou hypothèque *inscrite* sur un immeuble, *le suivent* en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués ou payés suivant *l'ordre de leurs créances ou inscriptions.* »

Cet article semble prévoir tous les cas ; en effet : il indique d'abord que le droit de préférence n'est en quelque sorte que le corollaire, la conséquence du droit de suite, et pour qu'on puisse l'exercer, il exige que l'hypothèque, sans aucune distinction, soit *inscrite*. En faisant cette précision, le législateur avait positivement en vue l'hypothèque légale, et l'on peut décomposer l'article de la manière suivante : lorsque l'hypothèque *ordinaire* est *inscrite*, on exerce le droit de suite pour être payé *suivant l'ordre de l'inscription* ; lorsque l'hypothèque *légale* est *inscrite*, on exerce le droit de suite pour être payé *suivant l'ordre de la créance*. Mais l'inscription est toujours nécessaire, soit qu'il s'agisse d'hypothèque légale, soit qu'il s'agisse d'hypothèque ordinaire. « L'argument prouve trop, » dit M. le procureur général Delangle, dans son réquisitoire devant la Cour de Cassation, lors du dernier arrêt du 23 février 1852. « Qui oserait, dit ce magistrat, *le cas de purge excepté*, contester à la femme dont l'hypothèque n'est pas *inscrite*, la faculté de *suivre* l'immeuble dans les mains de l'acquéreur, et, si un ordre était ouvert pour la distribution du prix, d'y produire ? Personne, assurément, et cependant telle serait la conséquence des termes de l'article 2166. » Non, l'argument ne prouve pas trop ; et la conséquence signalée par M. Delangle ne peut être légitimement déduite de l'art. 2166. Cet article contient un principe général qui doit être combiné avec la théorie de la purge des hypothèques légales. Tant que la femme ou le mineur n'ont pas été mis en demeure de prendre inscription, il n'y a pas, à proprement parler, d'aliénation à leur égard, ou tout au moins il ne saurait y avoir d'aliénation parfaite. L'hypothèque légale est dispensée de l'inscription tant que la purge n'est pas faite ; ce n'est qu'à partir de cette purge que commence l'obligation d'inscrire cette hypothèque.

Il nous reste encore à signaler une inconséquence frappante du système opposé à celui de la Cour de Cassation.

D'un côté, dit-on, l'hypothèque légale est dispensée d'inscription ; d'un autre côté, la purge a été instituée seulement dans l'intérêt du tiers-détenteur, pour l'empêcher de payer deux fois. Elle ne change pas du tout la position de la femme et des mineurs vis à vis des créanciers ; donc, chaque fois que le tiers-détenteur aura encore en mains le prix de l'acquisition, la femme pourra se présenter pour être payée, et l'adjudicataire sera sûr de ne pas payer deux fois. Par suite, le but de la purge sera atteint, les intérêts du tiers-détenteur et de la femme auront été sauvegardés. Mais d'abord pourquoi limiter ainsi l'action de la femme ? Au lieu de ne pouvoir exercer cette action que tout autant que le tiers-détenteur aura encore en mains le prix de son acquisition, pourquoi ne pas lui permettre de l'exercer pendant trente ans, comme toutes les actions ordinaires ? Mais soit, admettons cette restriction. Prendra-t-on pour limite de cette action le moment de la clôture de l'ordre définitif ? A partir de cette époque, en effet, le tiers-détenteur est personnellement tenu du paiement des bordereaux délivrés aux créanciers utilement colloqués. Mais supposons que le tiers-détenteur prenne des arrangements avec les créanciers porteurs de bordereaux actuellement exigibles ; que les créanciers consentent à laisser entre ses mains le capital de leurs créances, à la charge par lui d'en servir les intérêts, cela se voit tous les jours. Dans ce cas, le tiers-détenteur a encore le prix en mains. Il faudrait donc admettre que la femme, dont la position n'a pas changé, peut toujours, malgré la clôture de l'ordre, venir se faire attribuer le prix mal à propos attribué aux autres créanciers. Les partisans du système opposé au notre reculent devant cette conséquence, logique cependant, de leur principe, et déclarent que par suite de la clôture de l'ordre il y a eu foreclusion contre la femme. Mais une foreclusion suppose toujours un avertissement préalable, une mise en demeure ; or, on n'est pas tenu, d'après eux, d'appeler la femme dans l'ordre ; comment donc voulez-vous la faire déchoir brusquement d'une faculté dont elle n'avait pas encore conscience ?

Nous croyons avoir répondu aux principaux arguments qui

militent en faveur du système contraire au notre; si donc, maintenant, nous rapprochons de tout ce qui vient d'être dit, les dispositions si générales de l'art. 2180, d'après lequel les hypothèques, sans distinction, *s'éteignent par la purge*, et la disposition de l'art. 2195 qui déclare qu'à défaut d'inscription les immeubles passent à l'acquéreur *sans aucune charge*, à raison des causes de l'hypothèque légale, il sera impossible de ne pas admettre que la perte du droit de suite entraîne bien réellement la perte du droit de préférence.

Bien mieux, c'est que d'après nous la question trouve sa solution toute entière dans le même art. 2195, et qu'il est tout à fait inutile d'aller chercher ailleurs d'autres éléments de discussion. En effet, quel est, aux termes de cet article, le résultat du défaut d'inscription? C'est que les immeubles passent à l'acquéreur sans aucune charge, à raison des droits de la femme ou du mineur. Nous prétendons que ce résultat n'est autre que la perte du droit de suite et du droit de préférence. Les adversaires soutiennent que ce résultat ne va pas plus loin que le droit de suite et laisse subsister le droit de préférence. Pour trouver la vérité, il faut voir quelle est la ressource laissée par la loi aux créanciers à hypothèque légale, et vérifier si cette ressource comprend le droit de préférence ou est compatible avec l'exercice de ce droit. L'unique ressource laissée à l'hypothèque légale par l'art. 2195, c'est le recours, *s'il y a lieu*, de la femme ou du mineur contre le mari ou le tuteur. Nous disons que ce recours exclut le droit de préférence et ne peut être conçu qu'en l'absence de ce droit. En effet, si le défaut d'inscription n'empêche pas l'hypothèque de sortir à effet sur le prix de l'immeuble vendu, à quoi sert le recours contre le mari ou le tuteur? Quand *y aura-t-il lieu à ce recours*? Evidemment, jamais; car la position de la femme ou du mineur ne sera pas changée. Mais ce recours existe, que suppose-t-il donc? Que l'hypothèque légale n'a pu sortir à cet effet; c'est-à-dire que le droit de préférence a été perdu. La raison d'être du recours accordé à l'hypothèque légale par l'art. 2195, est précisément la perte du droit de préférence. Mais, pourraient peut-être objecter les adversaires, ce recours peut se concevoir en même temps que l'existence du droit de préférence. L'hypothèque légale a, d'après

nous, le droit de se présenter dans l'ordre, si elle en a une connaissance indirecte; mais si elle ignore l'ouverture de l'ordre et si elle ne s'y présente pas, forclusion sera prononcée contre elle; et c'est alors qu'elle aura un recours contre le mari ou le tuteur; car c'est en définitive le mari ou le tuteur qui, en ne prenant pas inscription, a été cause que l'hypothèque légale n'a pas été mise en demeure de se présenter dans l'ordre. Cette réponse ne saurait être admise en présence des termes de l'art. 2195. La rédaction de cet article indique qu'il y a opposition entre ces mots : *ils passeront à l'acquéreur sans aucune charge....* et ceux-ci : *sauf le recours, s'il y a lieu, contre le mari ou le tuteur*. Le recours est destiné à indemniser en quelque sorte l'hypothèque légale de ce que l'immeuble passe à l'acquéreur *sans aucune charge*. Et puisque la loi a jugé que ce résultat de la purge doit donner droit à un recours, c'est qu'à ses yeux ce résultat anéantit complètement l'hypothèque légale.

Enfin, un dernier argument confirme d'une manière péremptoire la vérité de notre système. Supposons qu'un acquéreur d'immeubles grevés d'hypothèques légales, ait payé imprudemment le prix de son acquisition, sans se conformer aux dispositions des art. 2193 et 2194, et que par suite l'acte d'aliénation porte quittance. Plus tard, le tiers-détenteur voulant se mettre en règle, purge les hypothèques légales; les deux mois s'écoulent sans qu'il soit pris inscription. Le droit de suite est perdu, et aussi le droit de préférence, car les choses *ne sont plus en l'état*, l'acquéreur s'étant déjà libéré. Mais si l'hypothèque légale est inscrite dans le délai prescrit, le droit de suite est conservé et le droit de préférence n'est pas perdu. Pourquoi ce droit n'est-il pas perdu? Parce qu'il a été pris inscription. — Cette hypothèse démontre donc bien clairement que la cause efficiente du droit de préférence, c'est l'inscription, condition essentielle du droit de suite. Voilà, en effet, une espèce où l'existence du droit de préférence est subordonnée à l'existence du droit de suite; une espèce où il est impossible de concevoir la possibilité d'un droit sur le prix, sans la réalité d'un droit sur la chose, où, en un mot, la femme ne peut utiliser son hypothèque légale (*qu'on prétend être toujours dispensée d'inscription*), qu'à la condition que

cette même hypothèque soit *inscrite* ! Cela prouve qu'en principe, et à l'exception seulement de quelques cas spécialement et clairement prévus par la loi, le droit de suite et le droit de préférence sont inséparables, ils constituent une *corrélation* ; et le système opposé au notre consiste à nier un des termes de la corrélation pour affirmer l'autre !!!

Passons maintenant au cas où l'hypothèque légale a été inscrite. « D'abord, cette inscription n'est que spéciale, dit M. Troplong (1). Elle ne protège l'hypothèque de la femme que pour l'immeuble soumis au purgement et formant l'objet du contrat dont l'exposition est dénoncée. Ce n'est pas une inscription couvrant tous les immeubles que grève l'hypothèque générale de la femme ou du mineur. » Nous ne pouvons comprendre cette décision. L'hypothèque légale est, de sa nature, générale ; lorsqu'on l'inscrit, on l'inscrit telle qu'elle est, à moins de précision contraire. La femme et les tuteurs ou subrogés-tuteurs ont le droit d'inscrire une hypothèque légale *générale*, et parce qu'ils auront reçu la notification prescrite par l'art. 2194 du Code Napoléon, ils ne pourront plus inscrire qu'une hypothèque *spéciale* sur l'immeuble formant l'objet de la purge ? Et quelle est la formalité, la précision, qui constatera que l'inscription n'a été prise qu'en conformité de l'art. 2194 ? Disons donc que l'inscription prise à suite de purge ne sera spéciale que si elle a été prise spécialement ; mais qu'elle sera au contraire générale, si elle a été prise généralement sur tous les biens présents et à venir.

« S'il a été pris des inscriptions du chef desdites femmes, mineurs ou interdits, continue l'art. 2195, et s'il existe des créanciers antérieurs qui absorbent le prix en totalité ou en partie, l'acquéreur est libéré du prix ou de la portion du prix par lui payée aux créanciers placés en ordre utile, et les inscriptions du chef des femmes, mineurs ou interdits, seront rayées ou en totalité, ou jusqu'à due concurrence. — Si les inscriptions du chef des femmes, mineurs ou interdits sont les plus anciennes, l'acquéreur ne pourra faire aucun paiement du prix au préjudice desdites inscriptions, qui auront toujours, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la date du contrat de

(1) *Loc. cit.*, n° 691.

mariage ou de l'entrée en gestion du tuteur ; et dans ce cas , les inscriptions des autres créanciers qui ne viennent pas en rang utile, seront rayées. »

La prohibition faite au tiers-détenteur de n'effectuer aucun paiement au préjudice des hypothèques légales, ne peut avoir pour résultat de l'empêcher de consigner son prix. La consignation aura même un bon résultat pour les créanciers à hypothèque légale, puisqu'ils seront ainsi positivement certains que leurs créances pourront être facilement réalisées, et qu'il ne sera pas nécessaire d'exercer des poursuites contre le tiers-détenteur pour obtenir le paiement. Si les hypothèques légales garantissent des droits éventuels, ce qui a lieu fort souvent, l'allocation devra toujours être faite au profit de la femme ou du mineur, mais il pourra être déclaré dans l'ordre que cette allocation tournera provisoirement au profit des créanciers postérieurs, dont le sort sera définitivement fixé quand les droits éventuels seront devenus des droits positifs, ou quand il sera sûr que ces droits ne pourront jamais s'ouvrir. Dans ce cas, les créanciers seront tenus de fournir caution, et leurs inscriptions ne seront pas rayées.

SECTION TROISIÈME.

De la Purge effectuée par les sociétés de crédit foncier.

§ 1. — GÉNÉRALITÉS.

Toute institution de crédit foncier repose sur la solidité du gage de la créance. Or, un gage ne peut offrir au prêteur une sécurité absolue, que tout autant que le prêteur, abstraction faite d'ailleurs de la valeur du gage, sera certain que jamais les droits résultant de son titre ne seront primés par des droits qu'il ignorait et qu'il ne pouvait pas connaître. Il fallait donc trouver un moyen de forcer les hypothèques légales non inscrites d'apparaître publiquement par l'inscription avant la réalisation du prêt. Ce moyen, c'est la purge préalable.

Nous avons déjà critiqué le mode adopté pour purger les hypothèques légales, dans les cas ordinaires, et cependant, dans tous ces cas, la femme pouvait à la rigueur apprécier, avec connaissance de cause, la ligne de conduite que lui dictaient les circonstances; l'aliénation de l'immeuble affecté à la sûreté de ses droits était consommée, elle n'avait qu'à discuter des faits accomplis. Dans le cas, au contraire, de la purge préalable que les sociétés de crédit foncier ont le droit de faire, la femme doit en quelque sorte s'associer à la spéculation de son mari, elle doit porter ses regards vers l'avenir, et les éléments de la discussion qu'elle est appelée à faire, sont la bonne conduite du mari, sa sage administration pendant une longue période d'années, l'absence de sinistre et de cas fortuits pendant cette même période, en un mot, le dilemme qui lui est posé peut se traduire en ces termes: doit-elle abandonner des garanties actuelles et certaines, dans l'espoir, qui souvent pourra être chimérique, de voir ces mêmes garanties devenir un jour plus considérables; ou bien, doit-elle au contraire conserver ses garanties en entravant des opérations qui peuvent peut-être empêcher la ruine de son mari? D'un côté, c'est la ruine possible de la femme, de l'autre, c'est la ruine possible du mari, et dans les deux cas peut-être la cessation de l'harmonie domestique.

Ces considérations n'ont échappé à personne et cependant on a décrété la purge préalable. C'est qu'en effet toute institution de crédit foncier doit être d'une applicabilité aussi générale que possible, et qu'avec le système hypothécaire tel qu'il est conçu de nos jours, en ce qui touche les droits des femmes et des mineurs, il était impossible de mettre en quelque sorte *hors le crédit foncier* les immeubles qui sont grevés d'hypothèques légales, conséquence déplorable qu'aurait entraîné l'absence de la purge. D'ailleurs l'institution du crédit foncier appelle nécessairement une loi de réforme hypothécaire, et quand même la loi du 28 février 1852 aurait été accompagnée de cette réforme, un système de purge préalable aurait toujours été indispensable pour faire participer au bénéfice de cette loi les immeubles qui auraient été grevés de droits occultes sous l'ancienne législation.

La purge spéciale aux sociétés de crédit foncier, telle qu'elle

était organisée par la loi du 28 février 1852, avait une portée plus considérable que la purge usitée dans les autres cas ; elle s'appliquait, en effet, non seulement aux hypothèques légales ordinaires, mais encore aux actions résolutoires ou rescisoires et aux privilèges non inscrits. L'intention des rédacteurs de cette loi avait été de donner à cette purge la plus grande extension possible ; ils avaient voulu forcer par ce moyen tous les droits occultes pouvant grever un immeuble à devenir publics par une inscription, ou bien à disparaître. Ce résultat était-il possible ? Nous avons fait une étude spéciale sur cette loi, et nous étions arrivés à cette conclusion, que la purge du privilège du vendeur et du co-partageant était la seule possible, tout en présentant de grands inconvénients, et qu'il y avait impossibilité juridique et pratique de purger tous les autres droits occultes dont il était question dans la loi du 28 février 1852. Et cependant la purge était obligatoire, nul prêt ne pouvait être réalisé par les sociétés de crédit foncier qu'après l'accomplissement des formalités prescrites pour purger les hypothèques légales, les actions résolutoires et rescisoires, et les privilèges non inscrits. Une pareille obligation était de nature à entraver les opérations des sociétés, et à compromettre les bons résultats qu'on attendait de l'exécution de la loi du 28 février 1852. Il était donc urgent de modifier complètement le système de purge qu'elle avait organisé. Une loi toute récente, du 20 juin 1853, a rendu plus facile les opérations des sociétés de crédit foncier, en rendant désormais facultative la purge des hypothèques légales, et en abolissant la purge des privilèges non inscrits et des actions résolutoires et rescisoires.

La procédure de la purge particulière organisée par cette dernière loi est plus simple que dans les cas ordinaires, quoique basée d'ailleurs sur les mêmes principes. Elle consiste dans une notification faite à la personne contre laquelle on veut purger, ou à son représentant légal, de l'extrait de l'acte constitutif d'hypothèque, contenant, sous peine de nullité, la date, les noms, prénoms, profession et domicile de l'emprunteur ; la désignation de la nature et de la situation de l'immeuble, le montant du prêt et l'avertissement que, pour conserver vis à vis de la société le rang de l'hypothèque légale,

inscription devra être prise dans les quinze jours à partir de la signification, outre le délai des distances (art. 20). A l'égard des hypothèques inconnues, pareil extrait devra être notifié au procureur impérial près le tribunal de l'arrondissement du domicile de l'emprunteur, au procureur impérial près le tribunal de l'arrondissement dans lequel l'immeuble est situé, et inséré, avec mention de sa signification, dans un journal désigné pour la publication des annonces judiciaires de l'arrondissement dans lequel l'immeuble est situé. La purge s'opère, dans ce cas, par le défaut d'inscription dans les quarante jours de l'insertion (art. 24).

§ 2. — HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE.

Deux cas peuvent se présenter : ou bien la femme n'a pas figuré dans le contrat de prêt, ou bien elle y a figuré. La femme peut figurer dans le contrat de prêt, soit en sa qualité seulement d'épouse de l'emprunteur et pour recevoir l'avertissement dont nous parlerons plus bas, soit comme partie intéressée dans le prêt, dans le cas, par exemple, où elle serait co-propriétaire avec son mari des immeubles qui doivent être affectés à la garantie du prêt fait aux deux époux conjointement. Dans toutes ces hypothèses la femme a une hypothèque légale aussi bien sur les immeubles propres du mari que sur la part revenant à ce dernier dans les immeubles dont elle est co-propriétaire avec lui. Il y a donc lieu, dans tous ces cas, de purger cette hypothèque au profit de la société de crédit foncier (1).

La notification de l'acte constitutif d'hypothèque doit, aux termes de l'art. 19, être faite à la femme *et au mari*. N'y a-t-il pas lieu de distinguer le cas où le mari n'est pas l'emprunteur du cas où il est l'emprunteur lui-même ? Nous croyons, mal-

(1) Néanmoins, la femme commune qui contracterait avec son mari une obligation solidaire en faveur d'une société de crédit foncier, ne saurait être admise à invoquer son hypothèque légale à l'encontre de l'inscription prise par la société sur les biens du mari. Dans ce cas, il n'y a donc pas lieu à purger, car il y a subrogation tacite de la société à l'utilité de l'hypothèque légale. — V. Troplong *Hyp.*, n° 606 Cass., 11 novembre 1812; Damy c. Sweenen et Lambert.

gré la généralité apparente de l'art. 19, que cette distinction est nécessaire, et que la signification doit être faite au mari dans le cas seulement où il n'est pas l'emprunteur. En effet, il y a la plus grande analogie entre la position de la femme et celle du mineur; or, aux termes du même article, la notification doit être faite au tuteur et au subrogé-tuteur; c'est là la règle générale. L'exception à cette règle est consacrée par l'art. 23, où on lit : *Si l'emprunteur est, au moment de l'emprunt, tuteur d'un mineur ou d'un interdit, la signification est faite au subrogé-tuteur...* et non pas au tuteur. Donc, par voie d'analogie on doit décider que la signification ne doit pas être faite au mari quand c'est lui-même qui emprunte. Pourquoi, d'ailleurs, donnerait-on notification au mari de l'acte qu'il a lui-même consenti, qu'il ne peut ignorer, alors surtout que la notification est en réalité une mesure dirigée contre lui ?

La copie doit en principe être laissée à la personne de la femme; il y aura donc lieu de faire un exploit particulier pour elle lorsque sa résidence sera distincte et éloignée de celle de son mari, mais dans ce cas il faudra de toute nécessité que la copie soit laissée à sa personne même; si cela était impossible, la copie ne pourrait être signifiée à sa résidence, et il n'y aurait pas lieu d'appliquer l'art. 68 du C. P. C. La signification serait inutile et pourrait même être considérée comme frustratoire, car lorsque la copie ne peut être laissée à sa personne, il faut qu'elle soit laissée à son domicile; or, le domicile légal de la femme est le même que le domicile du mari (Arg., art. 21 et 22). Mais la signification ainsi faite au domicile de la femme ne sera pas suffisante pour faire courir contre elle les délais de la purge, il faudra, en outre, remplir dans ce cas, comme nous le verrons plus bas, les formalités prescrites pour la purge des hypothèques légales inconnues.

« Néanmoins, la signification peut être faite au domicile de la femme, si celle-ci, sous quelque régime que le mariage ait été contracté, a été présente au contrat du prêt; et si elle a reçu du notaire l'avertissement que pour conserver vis-à-vis de la société de crédit foncier le rang de son hypothèque légale, elle est tenue de la faire inscrire dans les quinze jours, etc. (art. 21). »

Dans ce cas, en effet, la femme a été personnellement avertie par le notaire, et il est inutile d'exiger qu'elle reçoive un nouvel avertissement personnel. Quand la femme est présente au contrat de prêt, le notaire est obligé de lui donner cet avertissement; cette obligation imposée au notaire n'est pas clairement indiquée dans cet art. 21, mais elle résulte bien certainement de sa disposition finale, portant : *Acte de prêt doit faire mention de cet avertissement, sous peine de nullité de la purge à l'égard de la femme*; et de sa comparaison avec l'ancien art. 20, qui l'exigeait aussi. Il est évident que cette mention ne peut avoir été exigée pour le cas seulement où il aurait plu au notaire d'avertir la femme. S'il est obligé de mentionner cet avertissement, c'est qu'il est toujours obligé de le faire. S'il n'en était pas ainsi, le notaire dirait : Je n'ai pas fait mention de cet avertissement parce que je ne l'ai pas donné, et je ne l'ai pas donné parce que je n'y étais pas obligé. Nous tenons à bien établir cette règle à cause de quelques difficultés que nous allons bientôt essayer d'expliquer. La mention de cet avertissement est de rigueur; à défaut de cette mention, la société ne serait pas admise à prouver contre la femme que l'avertissement a été donné, mais la femme pourrait toujours prouver la fausseté de cette mention par la voie de l'inscription de faux. La purge est nulle, d'après l'article 21, lorsque l'acte ne contient pas mention de l'avertissement fait à la femme. L'inscription qui serait prise au nom de la société ne pourrait donc jamais préjudicier dans ce cas à l'hypothèque légale de la femme. Quelle peut donc être la portée de l'art. 22, ainsi conçu : Si la femme n'a pas été présente au contrat, *ou n'a pas reçu l'avertissement du notaire*, et si la signification n'a été faite qu'à domicile, les formalités nécessaires pour la purge des hypothèques légales inconnues doivent, en outre, être remplies?

Il semble résulter de cet article que la nullité, provenant du défaut de mention de l'avertissement, serait couverte par la notification faite *à la personne* de la femme; car l'accomplissement des formalités nécessaires pour la purge des hypothèques légales inconnues n'est exigé que si la femme n'a pas reçu l'avertissement du notaire, *et, en outre*, si la signification n'a été faite *qu'à domicile*; donc, si la signification avait

été faite à *personne* il serait inutile de procéder comme lorsqu'il s'agit de purger les hypothèques légales inconnues; et cela étant comme la procédure relative aux hypothèques légales inconnues, est seulement prescrite pour couvrir certaines irrégularités de la procédure dirigée contre l'hypothèque légale connue de la femme; il s'ensuit nécessairement que la nullité provenant du défaut de mention de l'avertissement ne peut plus être opposée quand la copie a été laissée à la personne de la femme. Mais alors nous ne comprenons pas quel peut être le but de la disposition finale de l'art. 21, qui annule la purge à l'égard de la femme, pour le défaut de mention de cet avertissement, sans faire aucune distinction.

Nous ne savons trop comment concilier ces deux dispositions contradictoires. Il faut reconnaître qu'il y a défaut d'harmonie dans la relation de l'art. 21 avec l'art. 22, ou tout au moins que la pensée du législateur n'a pas été clairement exprimée. A-t-il réellement voulu dire que la nullité résultant du défaut de mention de l'avertissement est couverte par la notification faite à la personne de la femme, et existe seulement quand cette notification a été faite à domicile? C'est la seule explication qui nous paraisse pouvoir concilier, du moins autant que cela est possible, les deux dispositions contradictoires dont nous parlons; mais alors à quoi sert la nullité prononcée par la loi? Voilà, en effet, qu'il suffit dans ce cas de remplir, *en outre*, les formalités nécessaires au purgement des hypothèques légales inconnues, pour faire disparaître cette nullité; de sorte que l'économie de la loi peut être résumée de la manière suivante :

Règle générale.— La purge est nulle à l'égard de la femme quand l'acte de prêt ne fait pas mention de l'avertissement qui a dû lui être donné (art. 21.)

1^{re} exception.— Néanmoins, cette nullité disparaît si la copie a été laissée à *la femme en personne*; elle ne subsiste que si elle a été laissée à *domicile*;

2^e exception.— Néanmoins, la nullité subsistant encore dans ce dernier cas, disparaît aussi quand les formalités nécessaires pour la purge des hypothèques légales inconnues ont été remplies.

Conclusion.— Malgré la disposition générale de l'art 21 il

n'y aura jamais nullité, car on purgera presque toujours les hypothèques légales inconnues; nous ne trouvons pas d'autre moyen de concilier les art. 21 et 22.

Nous ferons encore remarquer que l'art. 22 contient une dérogation aux principes généraux. Nous avons vu que dans la purge ordinaire les notifications faites au procureur impérial, et les insertions dans les journaux, opèrent seulement la purge des hypothèques légales inconnues de celui qui accomplit ces formalités, mais qu'elles n'ont aucune influence sur les hypothèques légales connues, et qu'il suffit de prouver que l'auteur de la purge avait en réalité connaissance d'une hypothèque légale à l'époque où la notification ou les insertions ont été faites, pour faire décider que ces notifications et insertions ont été insuffisantes pour en opérer la purge. Les sociétés de crédit foncier ont, au contraire, la faculté de purger les hypothèques légales connues, en accomplissant en outre des formalités spécialement prescrites pour obtenir ce résultat, celles qui ont été établies pour purger seulement les hypothèques légales inconnues, lorsque la femme n'a pas été présente au contrat ou n'a pas reçu l'avertissement du notaire, et si, dans les deux cas, la notification n'a été faite qu'à domicile.

La femme doit, à peine de déchéance vis à vis de la société, inscrire son hypothèque légale dans la quinzaine de la notification qui lui est faite, lorsque la copie a été laissée à sa personne, et elle jouit, en outre, dans ce cas, des délais de distance. Mais de quelle distance? Il est évident qu'on veut parler seulement de la distance séparant le lieu où la signification a été faite, du lieu où l'inscription doit être prise.

Lorsque la copie n'a été faite qu'à domicile, et que la femme n'a pas été présente au contrat, ou n'a pas reçu l'avertissement du notaire, comme il faut dans cette hypothèse, remplir, en outre, les formalités prescrites pour la purge des hypothèques légales inconnues, l'inscription doit être prise dans les quarante jours de l'insertion dans le journal. Enfin, lorsque la femme est décédée, laissant pour héritiers connus des mineurs ou des interdits, il faudra, pour purger son hypothèque légale non inscrite, remplir, vis à vis de ses héritiers incapables,

les formalités prescrites pour la purge des hypothèques légales des mineurs ou interdits.

§ 3. — HYPOTHÈQUE LÉGALE DU MINEUR ET DE L'INTERDIT.

Lorsque les biens de l'emprunteur sont grevés d'une hypothèque légale au profit d'un mineur ou d'un interdit, la notification de l'extrait prescrit par l'art. 20 doit être faite :

1° Au tuteur et au subrogé-tuteur du mineur ou de l'interdit quand ce n'est pas le tuteur qui contracte l'emprunt (*Comp.*, art. 19 et 23) ;

2° Au mineur émancipé et à son curateur (*Id.*) ;

3° A tous les créanciers non inscrits ayant hypothèque légale (art. 19).

Nous avons déjà eu occasion d'indiquer plus haut qu'il n'est pas nécessaire de faire cette notification au tuteur, lorsqu'il est lui-même l'emprunteur ; il y a, en effet, dans ce cas, opposition complète entre ses intérêts et ceux du mineur ; il est donc inutile de lui faire une notification, et l'art. 23 consacre cette règle en disposant que si l'emprunteur est au, moment de l'emprunt, tuteur d'un mineur ou d'un interdit, la signification est faite au subrogé-tuteur. Mais cette notification devra être faite à un subrogé-tuteur spécial nommé par le Conseil de famille, s'il y a en même temps opposition d'intérêts entre le mineur ou l'interdit d'une part et son tuteur et son subrogé-tuteur de l'autre. Ce cas pourra se réaliser lorsqu'un tuteur et un subrogé-tuteur voudront contracter solidairement un emprunt envers une société de crédit foncier ; il est évident que dans ce cas le subrogé-tuteur ne saurait être sérieusement chargé par le conseil de famille, comme nous le verrons plus bas, *même sous sa responsabilité*, de prendre une inscription qui aurait pour résultat d'empêcher, ou tout au moins de retarder, la réalisation du prêt qu'il sollicite.

La notification doit encore, et dans tous les cas, être faite au juge de paix du lieu *dans lequel la tutelle s'est ouverte* (art. 23). Cette notification a pour but d'avertir le juge de paix qu'il doit convoquer devant lui le conseil de famille de l'incapable.

La Cour de Cassation, par un arrêt du 4 mai 1846 (1), avait consacré une distinction qui paraît assez logique. Chaque fois qu'il s'agissait de pourvoir un mineur ou un interdit, d'un tuteur ou de compléter ou modifier la tutelle, elle admettait que le conseil de famille devait être convoqué devant le juge de paix du domicile où la tutelle, considérée comme être moral, s'était ouverte. Mais lorsqu'il s'agissait de délibérer sur une mesure à prendre pendant le cours d'une tutelle déjà ouverte et fonctionnant régulièrement, elle admettait, au contraire, que le conseil de famille était valablement convoqué devant le juge de paix du domicile du tuteur. La rédaction précise de l'art. 23 empêche d'appliquer cette distinction au cas qui nous occupe; c'est toujours au juge de paix du lieu où la tutelle s'est ouverte que devra être faite la notification.

L'art. 23 exige seulement que la notification soit faite au juge de paix du lieu où *la tutelle* s'est ouverte. Nous ne pensons pas que cette expression : *où la TUTELLE s'est ouverte*, soit exclusive du cas de la *curatelle*, et qu'il soit inutile de faire une pareille notification au juge de paix du domicile où la curatelle s'est ouverte. L'esprit général de la loi et une puissante raison d'analogie commande cette extension de l'art. 23. Il y a encore un autre motif; le conseil de famille, comme nous le verrons plus bas, doit délibérer sur le point de savoir si main levée de l'hypothèque légale du mineur doit être donnée, lorsque cette hypothèque légale est inscrite; or, le mineur émancipé ne peut donner seul une pareille main levée; il faut nécessairement qu'il soit assisté de son curateur et qu'il agisse en vertu d'une délibération du conseil de famille (2); il faut donc que ce conseil soit convoqué; il faut donc notifier au juge de paix du lieu où la curatelle est ouverte.

Cette notification, disons-nous, a pour but d'avertir le juge de paix qu'il doit convoquer devant lui, en présence du subrogé-tuteur ou du curateur, ou bien en présence du subrogé-tuteur spécial, s'il y a lieu, le conseil de famille de l'incapa-

(1) *Jour. du Palais*, T. II, de 1846, p. 79; Jeanjean.

(2) V. Duvivier, *Collect. des Lois*, L. du 28 févr. 1832; art. 9, note; mai 1832, p. 289.

ble. La loi n'a pas indiqué dans quel délai le conseil de famille doit délibérer ; elle a seulement prescrit dans quel délai il doit être convoqué : c'est dans la quinzaine de la notification au juge de paix. Il est impossible, en effet, que l'on ait voulu que la délibération intervint dans le délai de quinzaine, car la loi du 28 février 1852 et celle du 20 juin 1853, n'ont pas dérogé aux art. 407 à 415 du C. N., qui sont spéciaux aux conseils de famille ; et dans plusieurs hypothèses prévues par ces articles, principalement dans le cas des art. 411, 413 et 414, on peut facilement comprendre qu'il y ait impossibilité matérielle de convoquer le conseil de famille et de lui faire prendre une délibération dans le seul délai de quinzaine. Le conseil de famille délibère sur la question de savoir : *si l'inscription doit être prise*, ou plutôt *ne doit pas être prise*. Car, ainsi que le fait observer M. Duvergier (1), la prise d'inscription est obligatoire. L'art. 2137 C. N., impose au subrogé-tuteur, sous peine de tous dommages-intérêts, de veiller à l'accomplissement de cette formalité. La nouvelle disposition a pour objet de le dispenser, dans certains cas, de l'exécution de cette obligation.

Si la délibération est affirmative, c'est-à-dire si le conseil déclare qu'il y a lieu de prendre inscription, l'hypothèque est inscrite par le subrogé-tuteur, sous sa responsabilité, par les parents et amis du mineur, ou par le juge de paix, dans le délai de quinzaine de la délibération (art. 23). Il ne paraît pas qu'il y ait lieu d'augmenter ce délai à raison de la distance qui pourrait se trouver entre le lieu où la délibération a été tenue et celui où l'inscription doit être prise. L'art. 23 dit simplement que l'inscription doit être prise dans le délai de quinzaine et n'indique pas que ce délai doive être augmenté, comme dans le cas de l'hypothèque légale de la femme mariée.

Dans le cas prévu par l'art. 23, on suppose que l'hypothèque légale n'est pas encore inscrite ; mais si elle est inscrite, le conseil doit délibérer sur le point de savoir s'il en doit être consenti main levée ; l'art. 9 de la loi du 28 février 1852 est, en effet, ainsi conçu : lorsque l'hypothèque légale est inscrite,

(1) *Loc. cit.*, p. 291.

le prêt ne peut être réalisé qu'après la main levée donnée..... par le subrogé-tuteur du mineur ou de l'interdit, en vertu d'une délibération du conseil de famille.

Si le conseil de famille décide qu'il y a lieu d'inscrire l'hypothèque légale, ou, ce qui est la même chose, s'il refuse d'en donner main levée, l'emprunteur n'a aucune voie de recours pour faire réformer cette décision, qui, du reste, n'a pas besoin d'être homologuée pour son exécution. Il peut seulement demander alors la restriction de l'hypothèque légale, conformément à l'art. 2143, s'il se trouve dans une position qui lui permette d'user du bénéfice de cet article. Il pourra ainsi arriver indirectement à son but; et, dans ce cas, nous croyons qu'il ne sera pas nécessaire de faire précéder la demande en restriction, d'un avis spécial du conseil de famille. La délibération, qui maintient ou ordonne l'inscription de l'hypothèque légale, est équivalente à un avis qui aurait pour objet de déclarer qu'il n'y a pas lieu de prononcer la restriction demandée.

Si malgré la décision du conseil de famille favorable à l'emprunteur, le subrogé-tuteur prenait une inscription générale sur tous les immeubles présents et à venir de l'emprunteur, sans préciser que les immeubles affectés à la garantie du prêt devaient en être exceptés, l'emprunteur, en vertu d'une expédition de la délibération du conseil de famille, la ferait radier en tant qu'elle frappe les immeubles hypothéqués à la garantie du prêt, et pourrait même réclamer des dommages-intérêts au subrogé-tuteur.

§ 4 — HYPOTHÈQUES LÉGALES INCONNUES.

La procédure de la purge des hypothèques légales inconnues est des plus simples. L'extrait de l'acte constitutif d'hypothèque doit être notifié au procureur impérial près le tribunal de l'arrondissement du domicile de l'emprunteur, et au procureur impérial près le tribunal de l'arrondissement dans lequel l'immeuble est situé.

Cet extrait doit être inséré, avec la mention des significations faites, dans l'un des journaux désignés pour la publica-

tion des annonces judiciaires de l'arrondissement dans lequel l'immeuble est situé.

L'inscription doit être prise dans les quarante jours de cette insertion (art. 24).

Nous avons dit plus haut que cette procédure peut remplir un double but : elle peut d'abord servir à couvrir les irrégularités de la purge de l'hypothèque légale de la femme, et en même temps elle met en demeure les hypothèques légales inconnues, quelle que soit leur nature, de devenir publiques par leur inscription dans le délai déterminé, ou bien à disparaître vis à vis de la société de crédit foncier.

Cette procédure a trait seulement aux hypothèques inconnues qui *existent* au commencement de la procédure, c'est-à-dire au moment où est faite la première signification à l'un des deux procureurs impériaux désignés pour la recevoir. Elle ne peut exercer aucune influence sur les hypothèques légales qui peuvent naître pendant le cours de la procédure. Cette observation a une grande importance, car elle doit nécessairement avoir pour conséquence de forcer toujours les sociétés de crédit foncier à prendre inscription avant le commencement de la procédure en purgement des hypothèques légales inconnues. En effet, aux termes de l'art. 4 de la loi du 20 juin 1854, l'hypothèque consentie au profit d'une société de crédit foncier par le contrat conditionnel de prêt, prend rang du jour de l'inscription, quoique les valeurs soient remises postérieurement. Supposons maintenant qu'un contrat de prêt soit passé le 1^{er} janvier ; à cette époque, l'emprunteur n'est ni marié, ni tuteur ; la société se borne à purger les hypothèques légales inconnues qui peuvent peser sur les immeubles qu'il offre en garantie du prêt ; les notifications aux procureurs impériaux sont faites le 15 janvier et les insertions ont lieu le 20 du même mois. Or, il arrive que le 25 de ce mois l'emprunteur contracte mariage ou est investi d'une tutelle qu'il accepte ; à partir de cette époque, ses biens sont grevés d'une hypothèque légale, soit au profit de sa femme, soit au profit du mineur. La société qui n'est pas instruite de ce fait ne purge pas contre la femme ou le subrogé-tuteur ; et comme, après l'expiration des délais de la purge, il lui est délivré par le conservateur un état négatif d'inscrip-

tion, elle n'hésite pas à réaliser le prêt. Si dans cette circonstance la société a pris inscription après le 25, c'est-à-dire après la célébration du mariage ou après l'acceptation de la tutelle, son hypothèque sera primée par celle de la femme ou du mineur que la purge a été impuissante à faire disparaître. Si, au contraire, elle avait pris inscription avant de commencer la formalité de la purge, elle serait à l'abri de tout danger, car son hypothèque, prenant rang du jour de cette inscription, ne peut être compromise par une hypothèque légale dont la cause est postérieure, hypothèque qui ne peut frapper les immeubles que dans l'état où ils se trouvent, c'est-à-dire spécialement affectés déjà au profit de la société. De plus, dans cette hypothèse, la société pourra toujours sans danger réaliser le prêt, tandis que si son hypothèque n'était pas inscrite, elle devrait encore faire purger spécialement l'hypothèque légale née pendant le cours de la purge des hypothèques inconnues.

§ 5. — EFFETS DE LA PURGE.

L'art. 25 est ainsi conçu : la purge est opérée par le défaut d'inscription dans les délais fixés par les articles précédents.

Elle confère à la société de crédit foncier la priorité sur les hypothèques légales.

Cette purge ne profite pas aux tiers, qui demeurent assujettis aux formalités prescrites par les art. 2193, 2194 et 2195 du C. N.

Cette disposition finale de l'art. 24 mérite un examen particulier. Elle signifie que la purge organisée par la loi du 20 juin 1853 l'a été seulement en faveur des sociétés de crédit foncier, et que les diverses formalités qui la composent ne changent rien à la position des tiers. Si on poussait cette règle à ces dernières conséquences, on pourrait être tenté de croire que la réciproque de cet article 24 est vraie; et de même que les formalités de cette purge particulière sont destinées *seulement* à garantir aux sociétés de crédit foncier le remboursement des prêts par elles consentis, de même pourrait-on peut-être dire, les inscriptions hypothécaires prises à suite de ces mêmes formalités ne doivent frapper les immeubles

qu'en regard des sociétés de crédit foncier, et doivent être considérées comme non existantes vis à vis des tiers, dont la position ne doit pas changer, puisqu'ils sont toujours soumis à l'obligation de la purge.

La conséquence pratique d'un pareil sophisme serait la suivante : Un tuteur a contracté avec une société de crédit foncier ; le subrogé-tuteur, à suite de la notification à lui faite, a cru devoir inscrire l'hypothèque légale du mineur. Plus tard, le conseil de famille a déclaré qu'il y avait lieu de donner main levée de cette inscription qui par conséquent a été radiée. Quelque temps après, le tuteur vend précisément les immeubles sur lesquels il a consenti hypothèque au profit de la société, ou bien des immeubles différents. L'acquéreur purge contre lui, et il n'est fait aucune inscription dans les délais légaux. Sera-t-il en droit de prétendre que les immeubles par lui acquis sont désormais francs et libres d'hypothèque légale non inscrite ? Oui, d'après le système que nous venons d'indiquer ; en effet, dira-t-on, pourquoi le subrogé-tuteur a-t-il pris inscription ? parce qu'il a reçu notification du prêt conditionnel consenti par la société au tuteur, et qu'il a voulu conserver le rang de l'hypothèque légale du mineur *vis à vis de la société qui le mettait en demeure de la faire*. Cette inscription, de même que toutes les formalités de la purge, ne peut produire un résultat qu'à l'égard de la société ; or, il a été décidé par le conseil de famille que cette inscription devait disparaître et elle a été, en effet, radiée ; elle doit donc être considérée à l'avenir comme non existante ; et puisqu'elle n'a pas été prise de nouveau dans les délais de la nouvelle purge dirigée contre le tuteur par le nouvel acquéreur, les immeubles vendus doivent être définitivement affranchis de l'hypothèque légale.

Une pareille décision serait tout à fait contraire aux principes. L'hypothèque légale, en effet, existe indépendamment de toute inscription (2135, C. N.), et elle est générale (art. 2122, C. N.) ; les subrogés-tuteurs sont tenus, sous leur responsabilité personnelle, de veiller à ce que ces inscriptions soient prises, et même de les faire prendre eux-mêmes (art. 2137, C. N.). Qu'a donc fait le subrogé-tuteur dans l'espèce que nous venons de prévoir ? A-t-il seulement voulu conser-

ver, vis à vis de la société, le rang de l'hypothèque légale du mineur? Non, il a simplement rempli les obligations que lui impose l'art. 2137; il a rendu publique, par l'inscription, une hypothèque qui existait déjà, et qui de plus est générale. La décision rendue par le conseil de famille, convoqué seulement à cause du prêt consenti par une société de crédit foncier, a pour seul effet d'empêcher cette inscription de préjudicier aux droits de la société, vis à vis de laquelle elle sera considérée comme non avenue. Mais une pareille décision ne peut avoir fait disparaître une inscription d'hypothèque légale, qui frappe tous les biens présents et à venir du tuteur. Cette hypothèque continue donc d'exister avec son caractère de généralité, et il ne sera pas nécessaire de l'inscrire sur la purge nouvelle que pourrait faire un acquéreur d'immeubles postérieurement à la réalisation du prêt, en conformité de l'art. 2194 du C. N.

Donc, chaque fois qu'il sera requis un état des inscriptions contre le tuteur, le conservateur des hypothèques sera tenu de comprendre dans cet état l'inscription qui aurait été prise par un subrogé-tuteur, et dont le conseil de famille aurait ordonné la main levée au profit d'une société de crédit foncier; et cela quand même il s'agirait de l'immeuble même qui a été affecté par le tuteur à la sûreté des obligations par lui contractées envers une société de crédit foncier; car la main levée donnée par le conseil de famille, ne peut avoir pour résultat d'empêcher l'inscription de frapper ces immeubles d'une manière absolue. Elle a pour seul résultat d'empêcher cette inscription de frapper au préjudice de la société qui a consenti le prêt, et cela précisément parce que cette purge particulière a été organisée dans l'intérêt exclusif des sociétés. Ces immeubles seront donc toujours en réalité grevés par ces inscriptions, et la radiation qui en aura été faite ne sera, au fond, qu'un acte ayant pour objet de subroger en quelque sorte la société de crédit foncier à l'utilité de cette inscription, à concurrence du montant du prêt par elle consenti et de ses accessoires.

Ver. vis à vis de la société, le rang de l'hypothèque légale de
maison. Non, il a simplement rempli les obligations que lui
impose l'art. 2127. Il a tenu publiquement par l'inscription un
hypothèque qui existait déjà, et qui de plus est générale. La
décision rendue par le conseil de famille, convoie seulement
à cause du prêt consenti par une société de crédit foncier, et
pour seul effet d'empêcher de l'inscription de préjudicier aux
droits de la société, vis à vis de laquelle elle sera considérée
comme non avenue. Mais une pareille décision ne peut avoir
fallu dissimuler une inscription d'hypothèque légale, qui
frappe tous les biens présents et à venir du tuteur. Cette
hypothèque continue donc d'exister avec son caractère de
généralité, et il ne sera pas nécessaire de l'inscrire sur la
purge nouvelle que pourrait être un acquiescement d'immeubles
postérieurement à la radiation du prêt en conformité de
l'art. 2124 du C. N.

Donc, chaque fois qu'il sera requis un état des inscriptions
contre le tuteur, le conservateur des hypothèques sera tenu
de comprendre dans cet état l'inscription qui aura été prise
par un subrogé-tuteur, et dont le conseil de famille aurait
ordonné la main levée au profit d'une société de crédit fon-
cier; et cela quand même il s'agit de l'immeuble, même
qui a été affecté par le tuteur à la société des obligations
par lui contractées envers une société de crédit foncier, car
la main levée donnée par le conseil de famille, ne peut avoir
pour résultat d'empêcher l'inscription de frapper ces immeu-
bles d'une manière absolue. Elle a pour seul résultat d'empê-
cher cette inscription de frapper au préjudice de la société
qui a consenti le prêt, et cela précisément parce que cette
purge particulière a été organisée dans l'intérêt exclusif des
sociétés. Ces immeubles seront donc toujours en réalité gre-
vés par ces inscriptions, et la radiation qui en aura été faite
ne sera, au fond, qu'un acte ayant pour objet de subroger
en quelques sortes la société de crédit foncier à l'utilité de cette
inscription, à concurrence du montant du prêt par elle con-
sentit et de ses accessoires.

PROPOSITIONS ET QUESTIONS.

DROIT ROMAIN.

- 1° Une créance contre le père peut être cédée au fils, quoiqu'elle ne rentre pas dans le *peculium castrense* ou *quasi castrense*. Seulement, le fils cessionnaire ne pourra pas exercer sa créance contre le père (*debitor cessus*) pendant la durée de la puissance paternelle.
- 2° La *société* ne peut être considérée chez les Romains comme constituant une personne morale.
- 3° L'adulte, pourvu d'un curateur, peut s'obliger seul; son obligation sera seulement sujette à rescision.
- 4° Histoire de l'origine des interdits.

CODE NAPOLÉON.

- 1° L'antichrésiste a un droit de préférence sur les créanciers hypothécaires postérieurs à la constitution de l'antichrèse.
- 2° L'expiration du temps requis pour la prescription de l'action, n'emporte pas la péremption de l'instance.
- 3° Les personnes morales doivent être autorisées à accepter les dons simplement manuels.

DROIT CRIMINEL.

- 1° Il y a crime de faux quoique l'acte altéré ou falsifié soit nul à cause d'un vice dérivant de la forme, ou de l'incapacité relative de la personne dont la signature est supposée. Cette nullité ne peut être considérée comme absolument contraire à la possibilité d'un préjudice.
- 2° L'acquiescement d'un accusé, prononcé par une Cour d'assises, n'a pas pour effet d'empêcher que les faits établis dans l'instruction ne puissent servir de base à une demande devant les tribunaux civils.

DROIT ADMINISTRATIF.

- 1° La remise du Mémoire prescrit par la loi du 5 novembre 1790 a pour résultat de faire courir les intérêts moratoires. Cette loi doit être combinée avec l'art. 57, C. P. C.
- 2° Les communes peuvent se pourvoir par la voie du recours contentieux contre l'ordonnance qui modifie leur territoire, lorsque les formalités prescrites par la loi du 18 juillet 1837 n'ont pas été remplies.

APPROUVÉ :

Le Doyen de la Faculté de Droit,

LAURENS,

VU ET APPROUVÉ :

Toulouse, le 11 juillet 1853.

Le Recteur de l'Académie,

A. VINCENS DE GOURGAS.

Cette Thèse sera soutenue le 20 juillet 1855.

TOULOUSE. — Imprimerie BAYRET et Cie, rue Peyras, 12.

