32

A Monsieur S. Aylies

Conseiller à la Cour de Cassation.

Hommage de son neveu

H. LAHONT.

31

A mon Père, à ma Mère, à mon Frère.

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

SOUTENUE LE 29 JUILLET 1853

Par M. LAHONT (Hippolyte), avocat

Né a Monbert (Gers).

TOULOUSE,
TYPOGRAPHIE DE BONNAL ET GIBRAC
RUE SAINT-ROME, 46.

1853.

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITAIRE

DROIT ROMAIN.

APERÇU DU SYSTÈME HYPOTHÉCAIRE.

Considérations générales.

Il n'y a de crédit possible dans une société que sous la condition fondamentale que chaque débiteur garantit à son créancier l'exécution de ses engagements. La sécurité de l'un ne doit pas être surprise par la mauvaise foi de l'autre, qui, pour échapper aux embarras de sa situation, serait tenté d'employer des moyens frauduleux. Aussi chaque législation a-t-elle mis à la disposition du créancier divers moyens de contrainte, soit contre la personne, soit contre les biens de celui qui s'est obligé.

En droit Romain le créancier avait contre son débiteur des garanties personnelles et réelles. Ces dernières que nous avons seules à étudier se présentent à l'état d'institutions très imparfaites : nous constaterons à cet égard différentes époques dans la législation ; nous parlerons de la fiducie, du gage et de l'hypothèque.

1° *De la Fiducie.* — Dans l'origine celui qui, pour faire des emprunts ou pour sûreté de toute autre obligation, désirait obtenir crédit et confiance, transférait au créancier en garantie de sa dette la propriété quiritaire de quelque objet, de tout ou de partie de ses biens, en lui faisant promettre qu'après avoir reçu le paiement il restituerait au débiteur la propriété de cette chose. Cette translation temporaire s'opérait par une

mancipatio ou une *cessio in jure* : la clause de rétrocession s'appelait fiducie. Quand après le paiement la chose était retransférée par le créancier au débiteur d'une manière solennelle, c'est-à-dire, soit par la *mancipatio*, soit par la *cessio in jure*, il recouvrait ainsi son ancienne propriété *ex jure quiritium*. Mais s'il était rentré en possession par quelque autre moyen, l'*usureceptio* était nécessaire pour recouvrer la propriété quiritaire. Ce mode de garantie était usité au temps des jurisconsultes classiques (1); mais il tomba peu à peu en désuétude. Il devait en être ainsi : car tout en procurant sécurité au créancier qui, devenu propriétaire absolu du gage, en pouvait disposer à son gré, cette combinaison était ruineuse pour le débiteur, qui en cas de non-paiement, perdait un bien dont la valeur devait être le plus souvent fort supérieure à la dette, et, en cas de paiement à l'échéance, courait le risque d'être encore privé de son bien si le créancier en avait disposé; en effet il ne pouvait en aucun cas critiquer l'aliénation faite par celui-ci, et n'avait qu'une action personnelle contre lui, action toujours illusoire lorsque ce dernier se trouvait insolvable.

2° *Du gage.* — Au lieu de la translation de propriété, le créancier se contenta plus tard de la simple remise d'un objet, qu'il détint pour sûreté de sa créance: ce fut là l'origine du gage proprement dit, *pignus*. Pourvu qu'il payât la dette à son échéance, le débiteur n'était plus exposé à perdre la chose qu'il avait affectée au paiement; car outre l'action personnelle qu'il avait contre le créancier gagiste, pour obtenir la restitution du gage, il pouvait encore agir par revendication contre tout tiers-détenteur. Si le débiteur ne payait pas à l'échéance, le créancier vendait le gage et se faisait payer sur le prix, sauf à tenir compte de l'excédant. Cette seconde combinaison était encore imparfaite. La

(1) Gaius, C. 11, § 60. — Paul *sent.* 11, § 1 à 7.

sécurité du créancier dépendait de la possession du gage, possession qu'il était toujours facile de perdre. D'autre part, la nécessité de remettre la possession du gage avait le double inconvénient d'épuiser hors de toute mesure le crédit du débiteur, parce qu'une même chose, quelle que fût sa valeur, ne pouvait jamais servir de gage qu'à un seul créancier, et de priver le débiteur de la possession d'objets, qui pouvaient cependant lui être très nécessaires, tels seraient par exemple les outils d'un artisan.

3° *De l'hypothèque.* — C'est à l'occasion du dernier inconvénient que nous venons de signaler, que le droit prétorien imagina l'hypothèque. D'après le droit civil, le bailleur n'avait aucune action contre les effets du fermier : ces effets n'auraient pu être affectés au paiement des fermages qu'au moyen d'un gage qui aurait enlevé à celui-ci ses instruments de travail et d'exploitation. Le préteur Servius concilia ces exigences opposées, en décidant que, dans ce cas particulier, les parties pourraient, par une simple convention et sans tradition, constituer un gage au profit du bailleur sur les effets du fermier. Ce gage, qui donnait au créancier une action réelle dite *serviana*, permettait à ce dernier de revendiquer contre tout tiers détenteur les objets affectés à sa créance. Cette innovation fut généralisée: tout créancier put, par simple convention et sans tradition, obtenir sur les biens de son débiteur un droit étendu, qui s'exerçait au moyen d'une action réelle dite *quasi serviana* ou *hypothecaria*. Telle est l'origine des hypothèques. — Au reste le gage avec possession et l'hypothèque par simple convention, ne diffèrent que par la manière dont ils se constituent: leurs effets sont presque tous les mêmes, de sorte qu'il était vrai de dire : *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.* Aussi les deux expressions sont-elles souvent prises l'une pour l'autre dans les textes de lois.

Pour apprécier la portée de l'institution hypothécaire,

nous devons en étudier le mécanisme. Nous le retrouvons principalement dans le livre XX du Digeste, titre I : *De pignoribus et hypothecis ;* titre II : *In quibus causis pignus vel hypotheca tacitè contrahitur ;* titre III : *Quæ res pignori vel hypothecæ datæ obligari non possunt ;* titre IV : *Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur ;* titre V : *De distractione pignorum aut hypothecarum ;* titre VI : *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*, et dans le livre XIII, titre VII : *De pigneratitia actione vel contrà.* A l'aide de ces sources, nous allons traiter 1° de l'établissement de l'hypothèque, 2° de ses effets, 3° de son extinction.

CHAPITRE PREMIER.

De l'établissement de l'Hypothèque.

Nous avons sous cette rubrique à rechercher 1° la nature de l'hypothèque, 2° ses espèces, 3° les choses qu'elle peut affecter.

SECTION I.

NATURE DE L'HYPOTHÈQUE.

L'hypothèque n'était en droit romain qu'un droit accessoire, en ce sens que, d'après sa nature et son but, elle était subordonnée à l'existence d'une créance qu'elle devait servir à assurer. C'est par cette raison qu'on rencontre appliqués au droit de gage des termes qui appartiennent à la doctrine des obligations, par exemple : *obligare*, *obligatio*, *pignoris obligatio* ; mais il ne s'ensuit pas que le droit d'hypothèque soit de sa nature un véritable droit d'obligation. Ce n'est en règle générale qu'un droit réel qui toutefois se régit d'après les principes du droit de créance qui lui sert de base (1). — Au surplus la créance, dont l'existence est le fon-

(1) Loi 16, § 3, et L. 17. D. *de pig. et hypoth.*

dement du droit d'hypothèque, pouvait avoir pour objet, non seulement de l'argent, mais encore toute autre chose (1). L'hypothèque pouvait être aussi établie pour une obligation civile ou pour une obligation naturelle, pour une obligation présente ou pour une obligation future même dépendant d'une condition, pour une obligation du débiteur ou pour une obligation qui lui est étrangère (2).

II. L'hypothèque était indivisible non pas naturellement, mais intentionnellement. Car quand le créancier exige une hypothèque ou que la loi la lui donne, c'est évidemment dans l'intention d'assurer d'une manière complète le paiement de son entière créance, sans qu'il y ait lieu de cantonner chaque fois l'hypothèque à mesure que la créance se réduit. Ainsi, le droit du créancier existait en totalité pour toute la créance, non seulement sur l'ensemble de la chose hypothéquée, mais sur chacune de ses parties (3). *Est tota in toto et tota in qualibet parte*, disent les interprètes. De ce principe découlaient de nombreuses conséquences : s'il y avait, par exemple, paiement partiel ou division de la dette ou de la créance, la chose n'en restait pas moins hypothéquée en totalité pour le reliquat ou pour chaque fraction de ce qui était dû ; si à l'inverse la chose venait à périr en partie ou à être divisée, chaque fraction de cette chose n'en restait pas moins engagée pour la totalité de qui était dû ; de même, si le créancier avait reçu plusieurs choses en gage, il n'était tenu de se dessaisir d'aucun, avant d'avoir été complétement désintéressé (4). Il faut toutefois remarquer que si l'héritier, quoique tenu personnellement de la dette du défunt, ne pouvait détenir aucune portion des choses hypothéquées, sans être soumis au droit du créancier (5), cet héritier n'était jamais tenu sur ses propres biens;

(1) L. 13, § 2, *eod. tit.* — (2) L. 14, § 1 ; l. 5 princ. et loi 5, § 2 *de pig. et hyp* — (3) L. 19 *eod. tit.* — (4) L. 9 *eod. tit.* — (5) L. 2, C. *Si unus ex pluribus.*

l'adition d'hérédité ne produisait pas une hypothèque tacite sur la propriété de celui qui acceptait (1).

L'hypothèque étant assise sur la chose, s'étendait avec elle et suivait ses modifications : ainsi l'alluvion était grevée avec le fonds sur lequel elle avait lieu, l'usufruit avec la nue-propriété à laquelle il s'était réuni, l'édifice avec le sol sur lequel il a été construit (2). Dans ce dernier cas, s'il y avait concours entre les créanciers inscrits sur le sol et les créanciers du tiers détenteur, ayant pour garantie la maison, il n'y avait pas à adjuger au premier le prix du sol, au second le prix de la maison : l'un et l'autre étaient le gage exclusif du premier (3). Egalement l'enfant de l'esclave donné en gage appartenait comme l'esclave elle-même au créancier gagiste : ce point a été toutefois controversé entre les interprètes.

L'hypothèque étant présumée donnée pour toutes les obligations accessoires comme pour la dette principale, à moins qu'elle n'eût été limitée à celle-ci ou à telle ou telle des obligations accessoires (4), le droit commun accordait au créancier du capital, au même rang que la créance, tous les intérêts pouvant être dus, quelle que fût leur étendue (5).

SECTION II.

DES DIVERSES ESPÈCES D'HYPOTHÈQUE.

I. La première par son origine était l'hypothèque *conventionnelle*, qui résultait de la simple convention des parties.

L'hypothèque conventionnelle, qui s'établissait même verbalement, pouvait porter sur un ou plusieurs objets déterminés ou sur tous les biens actuels du débi-

(1) L. 29, *D. de pig. et hyp.* — (2) L. 16 *de pig. et hyp.* et L. 18, § 1, D. *de pignerat. act.* — (3) L. 21, D. *de pig. et hyp.* — (4) L. 18 et 12, D. *qui potior.* — (5) L. 11 ; § 3, D. *pignerat. act.*

teur, et même sur tous ses biens présents et avenir : ce genre de stipulation n'était pas interdit aux parties (1). On exceptait cependant de l'hypothèque générale les choses qu'il n'était pas vraisemblable que le débiteur eût hypothéquées spécialement (2). Justinien toutefois voulut que lorsque un individu hypothéquerait ses biens, sans dire qu'il hypothéquait ses biens présents et à venir, le droit d'hypothèque générale s'étendît même aux biens avenir (3).

Pour constituer régulièrement un droit d'hypothèque, le débiteur devait être capable d'aliéner et avoir la libre disposition de l'objet : conséquemment l'hypothèque était valablement consentie non seulement par le propriétaire ou par le co-propriétaire quant à sa part de la chose commune (4), mais encore par l'emphytéote et le superficiaire pour la durée de leur droit; par l'usufruitier et à son exemple par celui qui avait un droit d'habitation et par celui à qui appartenaient les *operæ servi* ou *animalis;* par le créancier gagiste relativement à l'objet engagé ; par le fils de famille et l'esclave relativement au *peculium* dont la libre administration lui avait été accordée (5), etc. — Ainsi la femme ne pouvait hypothéquer ses biens dotaux (6); le tuteur de l'impubère ou le curateur du pubère ne pouvait d'après une constitution de l'Empereur Sévère, hypothéquer les biens du mineur : il fallait l'intervention du magistrat (7). Cette dernière n'était pas cependant nécessaire pour les mineurs *qui veniam ætatis à principis clementiâ impetraverunt* (8). Quant aux déportés qui perdaient le droit de cité, ils conservaient le droit d'hypothéquer, bien que ce droit fût un droit civil. Capables d'acheter, vendre et pas-

(1) L. 29, princ. et § 3, D. *de pig. et hyp.* — (2) Loi 6 à 9, D. *De pig. et hyp.* — (3) L. 6, *eod. tit.* — (4) L. 7, § 4, D. *Quib. mod. pign. solv.* — (5) L. 1, § 1, D. *Quæ res pign. oblig. non poss.* — (6) L. 1, § 6, *De jure Dotium.* D. — (7) L. 1, § 2 et 3, § 1. *De reb. eor. qui sub tutelâ.* — (8) L. 3, C. *De his qui veniam ætat.*

ser les autres actes du droit des gens, ils devaient l'être d'hypothéquer (1).

D'autre part, l'hypothèque consentie n'était valable qu'autant que la chose hypothéquée appartenait au débiteur lors de la constitution de l'hypothèque (2). Le véritable propriétaire ne pouvait en souffrir aucun préjudice : toutefois, s'il venait à ratifier cette hypothèque, celle-ci était immédiatement validée, et la ratification en faisait remonter les effets à la date de sa naissance (3). — De même si une hypothèque avait été constituée par un débiteur sur un bien, dont il n'était pas propriétaire, et que le véritable propriétaire devînt héritier *ex post facto* de ce débiteur, le créancier conservait encore ses droits : car l'héritier, en acceptant, était censé ratifier tous les actes du défunt : il se les appropriait : il devait par conséquent les accomplir quand cela lui devenait possible (4). — Que si le débiteur non propriétaire le devenait lui-même, il ne pouvait se prévaloir de la nullité originaire de l'hypothèque et soutenir qu'elle ne devait pas produire effet au profit du créancier en faveur de qui il l'avait consentie ; il serait allé contre son propre fait et aurait été repoussé par l'exception de dol (5), de telle sorte que s'il venait ensuite à vendre la chose qu'il avait ainsi acquise ou bien à l'hypothéquer à un tiers, le premier créancier pouvait opposer son droit, soit à l'acquéreur, soit à l'autre créancier (6).

Par suite des principes que nous avons exposés, celui qui n'était propriétaire que sous condition, ne pouvait, en hypothéquant sa chose, transmettre qu'un droit également résoluble (7). De telle sorte que les hypothèques, consenties par l'héritier apparent, étaient nulles (8).

(1) L. 150, *De interd. et releg. et deport.* — (2) Loi 15, § 1, D. *De pignorib. et hypoth.* — (3) Loi 16, *eod. tit.* — (4) Loi 22, *eod. tit.* — (5) Loi 5, § 2, D. *ad senat. consult Maced.* — (6) Loi 41, D. *de pignerat. act.* — (7) Loi 3. D. *quibus modis pign. solv.* — (8) Loi 20, § 2 et 6, *de petit. hæredit.*

Observons enfin qu'une chose appartenant à autrui pouvait être hypothéquée valablement sous cette condition : si elle venait à entrer dans le domaine de celui qui l'hypothéquait, et cette constitution d'hypothèque était assimilée à celle qui portait sur une chose qui ne devait être acquise que plus tard par celui qui l'hypothéquait. Dans un cas comme dans l'autre, le moment où commençait l'hypothèque était celui de l'acquisition de la chose (1).

II. La seconde espèce était l'hypothèque dite *tacite*, qui existait indépendamment de toute convention, par la seule force d'une disposition de la loi. Sans en retracer ici les 26 variétés que Neguzantius a comptées, nous distinguerons l'hypothèque générale et l'hypothèque spéciale.

L'hypothèque tacite générale existait au profit : 1° du fisc sur les biens des contribuables, à raison des impôts, et sur ceux des administrateurs, à raison de leur gestion (2); 2° des pupilles et mineurs de 25 ans sur les biens de leur tuteur et curateur (3); quant aux fous, ils paraissent ne pas avoir eu d'hypothèque sur les biens de leurs curateurs (4); 3° des enfants sur les biens de leur père et mère dans plusieurs cas. Toutefois, l'administration des biens propres appartenant aux enfants ne leur conférait pas d'hypothèque : elle n'avait lieu que si le père convolait à de secondes noces. — D'autre part, lorsque la mère tutrice légitime venait à se remarier, les enfants du premier lit avaient hypothèque sur les biens du nouveau mari, dont la responsabilité ne s'étendait pas seulement à l'indue gestion qui aurait existé depuis le nouveau mariage, mais encore à toutes les suites de la tutelle depuis son origine jusqu'à sa fin (5); 4° du mari sur les biens de

(1) Loi 7, § 1 et 3, § 1. D. *qui potior.* — (2) Loi 3, C. *De jure reipubl.* — (3) Loi 20, C. *De administr. tut.* — (4) Loi 29, § 1 et 2. *De reb. auctorit. jud. possid.* — (5) Loi 6, § 1 et 2. *De bon. quæ liberis in potest.*

ceux qui sont obligés de fournir la dot; 5° de la femme pour la restitution de la dot sur les biens de son mari (1); 6° de la femme en certains cas sur les biens de son beau-père, également pour restitution de la dot; 7° des églises et établissements de bienfaisance sur les biens de l'emphytéote pour assurer la conservation des fonds emphytéotiques.

L'hypothèque tacite spéciale était accordée : 1° aux bailleurs de fonds ruraux, mais seulement sur les fruits de la récolte, non sur les effets du fermier (2); 2° au locateur de maisons, pour les obligations résultant du bail, sur toutes les choses qui garnissent l'objet loué (3); 3° à celui qui a prêté l'argent pour la reconstruction d'une maison, sur cette maison et le sol qui la supporte (4); 4° au pupille sur la chose achetée de ses deniers et en son nom par une autre personne (5); 5° à la femme sur la chose dotale dont le mari a la propriété, ainsi que sur les choses achetées avec les deniers dotaux; 6° au légataire sur les biens que l'héritier a reçus du défunt; mais seulement jusqu'à concurrence de la part pour laquelle cet héritier était tenu d'acquitter les legs (6) Il n'en était pas des legs comme des dettes héréditaires. Le défunt est tenu de ces dernières en totalité ; les legs, au contraire, sont une charge qui commence en la personne des héritiers après la mort du testateur. C'est alors aussi que commence l'hypothèque des légataires, et comme l'obligation est une obligation primitive dont personne n'était tenu antérieurement, l'hypothèque se trouvait limitée dès son origine au montant de cette obligation.

A côté des hypothèques tacites, avaient été établies certaines hypothèques jouissant de la prérogative de passer avant toutes autres. Étaient en ce sens privilé-

(1) Inst. IV., tit. 6, § 29 et C. Loi 1, *De rei usuriæ act.* — (2) Loi 7. *De in quib. caus. pig tacitè contrah.* — (3) Loi 6, *eod titul.* — (4) Loi 1, *In quib. causis pign. tacitè contrah.* — (5) Loi 7, princip. *qui potior in pign.* — (6) Loi 1, C. *comm. legat.*

giés : 1° ceux qui prêtaient l'argent pour acquérir, reconstruire, ou conserver en son premier état la chose hypothéquée (1) ; 2° le fisc pour les impôts arriérés, pour les créances contre le primipile, et en général pour toutes ses créances contractuelles ; mais dans ce dernier cas seulement, sur les biens acquis depuis le contrat (2) ; 3° la femme mariée pour ses créances dotales, et pour l'augment de dot fait en immeubles (3) ; quant à l'augment fait en meubles, la donation *propter nuptias*, et les biens paraphernaux, elle n'avait qu'une hypothèque simple.

C'est ici le lieu de dire que les Romains divisaient les priviléges en priviléges de personne et priviléges de cause (4). Les premiers dépendaient de la qualité de la personne, les seconds étaient attribués par la loi à la nature de l'action. Tous les priviléges, soit de causes, soit de personnes, étaient tous personnels, en ce sens qu'ils ne donnaient lieu qu'à l'action personnelle et qu'ils n'affectaient pas la chose. Ce n'est qu'autant qu'il avait été stipulé expressément qu'un gage serait affecté comme garantie spéciale au privilége, que ce privilége devenait réel, et donnait un droit de suite sur la chose. Il en était de même, lorsque la loi donnait au privilége une hypothèque tacite, comme par exemple dans le cas où un mineur prêtait de l'argent pour l'acquisition d'une chose. De là il résultait que le droit de privilége pur n'étant que personnel et n'affectant pas la chose, était primé par l'hypothèque, et n'accordait de préférence qu'aux créanciers chirographaires. Il y avait donc à Rome quatre sortes de créanciers : créanciers chirographaires simples, créanciers privilégiés personnels, créanciers hypothécaires simples, et créanciers hypothécaires privilégiés.

(1) Loi 5, 6 et 7, *qui potior in pign.* — (2) Loi 28 D, *De jure fisci.* — (3) Loi dernière, § 1, C. *qui potior.* — (4) Loi 196, *De reg. jur.*

III. La troisième espèce d'hypothèque était l'hypothèque testamentaire, qui pouvait être accordée par testament aux créanciers et aux légataires (1).

IV. Y avait-il hypothèque judiciaire chez les Romains? Nous ne le pensons pas, quoiqu'on l'ait soutenu. Une sentence ne produisait pas le résultat d'affecter d'une hypothèque générale les biens du débiteur condamné. La chose jugée ne produisait qu'une action personnelle. Par cette action on s'adressait au magistrat, à qui il appartenait de connaître de l'exécution de la sentence. Le seul point qu'il y avait à débattre devant lui était de savoir ou non s'il y avait chose jugée. Lorsque le magistrat acquérait la certitude qu'il y avait chose jugée, il pourvoyait à l'exécution. De là le *pignus prætorium*, par lequel le magistrat mettait le créancier en possession des biens du débiteur absent pour les détenir *mera custodia ;* puis, après un certain délai, lui permettait de les faire vendre *sub hasta*. Le *pignus prætorium* n'avait lieu dans les actions réelles que pour la chose qui faisait l'objet de la condamnation : mais lorsque la condamnation était personnelle, la mise en possession avait lieu pour tous les biens. Justinien la restreignit *juxtà mensuram declarati indebiti*. — Si le débiteur condamné était présent, le magistrat lui accordait un délai s'il le requérait, mais s'il le laissait écouler sans payer, il commettait un appariteur qui saisissait les biens du débiteur, et en faisait ce qu'on appelait *pignus judiciale* : si le débiteur ne payait pas dans les deux mois, les biens étaient mis en vente. Dans le *pignus judiciale* on pouvait saisir tous les biens du débiteur condamné ; mais il fallait commencer par les meubles, puis on venait aux immeubles, enfin aux créances et actions. — Ces deux gages *prætorium* et *judiciale* ressemblaient plus à notre saisie immobilière ou exécution

(1) Loi 26. D. *De pignerat. act.*

qu'à l'hypothèque judiciaire. Justinien, il est vrai, donne le nom d'hypothèque au *pignus prætorium*. Mais à part la circonstance que les mots *pignus* et *hypotheca* sont confondus à son époque, la raison en est qu'une fois la saisie opérée, le créancier avait les biens du débiteur dans ses mains à titre de gage, et qu'il se trouvait par conséquent dans une position semblable au créancier qui agissait par l'action hypothécaire. Il y avait cependant cette différence, que celui qui saisissait par hypothèque avait sur la chose un droit réel antérieur à sa mise en possession, au lieu que dans la saisie par exécution du jugement, le créancier ne commençait à avoir droit réel que par la saisie ordonnée par le juge : avant cette ordonnance et cette mise en possession, le jugement ne donnait au créancier qu'une action personnelle.

SECTION III.

DES CHOSES SUSCEPTIBLES D'HYPOTHÈQUE.

Le Droit romain permettait d'hypothéquer à peu près tout ce qui était dans le commerce, et qui par conséquent était propre à fournir au créancier une sûreté pour sa créance (1). Ainsi pouvaient être hypothéquées non seulement les choses corporelles, immobilières et mobilières (2), mais encore plusieurs choses incorporelles, et notamment les créances, l'usufruit (3), et sans doute aussi les autres servitudes personnelles, les servitudes réelles rurales (4), mais non les servitudes urbaines. Il s'agit moins d'une hypothèque proprement dite que d'une constitution de servitude dont le créancier propriétaire d'un fonds voisin avait le droit de jouir jusqu'à ce que la dette fût payée, et qu'il pouvait vendre à quelque autre voisin en cas

(1) Loi 9, § 10. D. *De pig. et hypoth.* — (2) Loi 13. *Eod. titul.* — (3) Loi 11, § 2. *De pign. et hypoth.* — (4) Loi 11 *in fine* et 12, *eod. tit.*

de non paiement); les offices aliénables et transmissibles héréditairement, l'emphytéose et la superficie (1); enfin l'hypothèque elle-même pouvait être affectée d'hypothèque (2): *Pignus pignori potest*, car chacun peut transférer à autrui les droits qu'il a lui-même.

Ne pouvaient être hypothéqués, les choses litigieuses, celles constituées en dot ou comprises dans une donation *propter nuptias*, les biens du fils de famille administrés par le père de famille, les prix espérés par les athlètes (3); enfin les enfants ou hommes libres (4). Le créancier qui sciemment recevait du père un fils de famille en gage était puni de la rélégation (5). Il y avait cependant quelque chose de particulier relativement à celui qui avait été racheté de la captivité chez l'ennemi; car il se trouvait affecté d'une sorte de droit de gage envers le rédempteur jusqu'à ce qu'il eût remboursé la rançon ou se fût acquitté par un travail de cinq ans (6).

L'ordre du magistrat, la volonté du testateur, ou la convention des parties pouvaient également défendre l'engagement de certaines choses,

CHAPITRE II.

Des effets de l'hypothèque.

Les droits du créancier gagiste ou hypothécaire consistaient : 1° dans le droit de faire vendre la chose; 2° dans le droit d'être payé sur le prix de préférence aux autres créanciers; 3° dans le droit de suite contre les tiers-détenteurs pour garantie et exercice des droits qui précèdent.

Avant d'examiner chacun de ces droits, recher-

(1) Loi 13, § 3 et 30, *eod. titul.* — (2) Loi 1. C. *Si pignus pign.* — (3) 5. C. *Quæ res pignor.* — (4) Paul *leut.* V 1, § 1. — (5) Loi 5 D. *Quæ res pignori vel hypotheca, etc.* — (6) Loi 20, § 1, D. *qui testam. facere poss.*

chons ceux que conservaient les débiteurs après avoir hypothéqué leur chose.

Jusqu'à ce que le gage fût vendu, le propriétaire conservait la propriété de la chose engagée ou hypothéquée. Il en résultait qu'il retenait l'usage et la jouissance de la chose, que toutes les augmentations ou diminutions accidentelles de l'objet grevé étaient pour son compte (1); qu'il pouvait le grever de servitude en tant qu'il ne préjudiciait pas au droit du créancier, et l'affecter à de nouvelles hypothèques, mais à la charge d'avertir le créancier postérieur de l'hypothèque déjà existante; faute de quoi, il était coupable de stellionat, si la valeur de la chose n'était pas assez considérable pour fournir au dernier créancier une sûreté suffisante (2). Le propriétaire pouvait aussi, à moins de convention contraire, aliéner la chose; mais sans le consentement du créancier, l'aliénation avait lieu avec charge d'hypothèque; s'il vendait à l'un des créanciers une chose mobilière spécialement hypothéquée, il commettait un vol, sans empêcher néanmoins la translation de la propriété à l'acquéreur. Au contraire, l'affranchissement d'un esclave hypothéqué fait sans le consentement du créancier, était complétement dénué d'effet. Enfin le propriétaire avait la faculté de disposer, pour cause de mort, de la chose engagée, et exercer la revendications contre le créancier, s'il restait en possession de la chose reçue en gage après qu'il avait été satisfait (3).

SECTION I.

DROIT DE FAIRE VENDRE.

I. Le droit de faire vendre la chose paraît ne pas avoir existé dans la première origine du gage qui se

(1) Loi 21, § 2, D. *de pignor.* — (2) Loi 15, § 2, *eod titul.* — (3) Loi 40 princ. D. *de pignerat. act.*

bornait alors à une simple faculté de retention; mais par le développement de l'institution, il fut introduit dans la convention; plus tard, cette convention devint elle-même inutile, car le droit de vendre constitua une règle essentielle du gage. Les stipulations particulières pouvaient, il est vrai, le restreindre, mais non le supprimer entièrement; le pacte contraire *ne vendere liceat*, n'enlevait donc pas cette faculté au créancier (1). D'autre part, la clause nommée *lex commissaria*, par laquelle le créancier et le débiteur conviendraient que, faute de paiement dans un certain délai, la chose engagée serait acquise sans aucune vente au créancier, avait été prohibée par la jurisprudence romaine comme pouvant conduire à une spoliation préjudiciable au débiteur.

II. Par suite du principe de l'indivisibilité, le créancier pouvait faire vendre celui des immeubles hypothéqués qui lui convenait le mieux : *Creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus sibi obligatis quibus velit distractis ad suum commodum pervenire* (2). Dans le cas de concours d'une hypothèque générale avec une hypothèque spéciale, le créancier qui n'avait qu'une hypothèque spéciale ne pouvait donc exiger que le créancier à hypothèque générale fût renvoyé à faire valoir ses droits sur les autres biens existants et suffisans pour acquitter l'obligation (3); mais si le créancier ayant une hypothèque générale avait en même temps une hypothèque spéciale pour sûreté de la même créance, il pouvait être renvoyé à discuter son hypothèque spéciale avant de toucher aux biens soumis à l'hypothèque générale ; on supposait que celle-ci n'avait été obtenue que *in subsidium*.

III. La vente, qui ne pouvait être faite qu'à l'échéance de la dette pour la créance hypothéquée (4),

(1) Loi 5. *De pignerat. act.* — (2) Loi 8. D. *de distract. pignor.* — (3) Loi 2. D. *qui pot.* et 6. C., *eod titul.* — (4) L. 13, § 3, *D. pignor. et hypoth.*

s'opérait de gré à gré, et dans les formes réglées par la convention.

Toutefois le créancier dut plus tard, par trois fois, dénoncer au débiteur son intention de vendre dans le cas où la chose ne serait pas dégagée (1). Justinien n'exigea plus qu'une seule dénonciation, mais la vente ne pouvait avoir lieu que deux ans après. La triple dénonciation ne fut plus conservée que pour le cas où la constitution de gage contenait la clause de ne pas aliéner. A l'inverse si la constitution de gage confiait expressément au créancier le droit d'aliéner, la vente pouvait avoir lieu aussitôt après l'échéance sans dénonciation. — Le créancier devait agir comme mandataire et de bonne foi, c'est-à-dire, prendre autant que possible l'intérêt du débiteur; il ne pouvait acheter ni par lui-même, ni par personne interposée (2). S'il ne se présentait pas d'acheteur solvable, le créancier pouvait se faire adjuger le gage au moyen d'une vente publique, et dans ce cas le débiteur avait un an pour exercer le retrait. Sous Justinien, cette vente publique n'existait plus. Le créancier pouvait, après nouvelle sommation de payer, faite au débiteur, et non suivie d'effet, se faire adjuger par le premier la propriété du gage, mais dans ce cas le débiteur conservait pendant deux ans son droit de retrait (3). — Lorsque la vente produisait un prix supérieur à la dette, le créancier tenait compte de la différence, soit au débiteur, soit au créancier hypothécaire suivant (4).

IV. La vente régulièrement consentie par le créancier transmettait à l'acheteur les mêmes droits que si elle eût été consentie par le débiteur lui-même; celui-ci ne pouvait donc retirer la chose des mains de l'acheteur, en offrant le payement de la dette (5).

V. Enfin, le créancier qui vendait le gage était tenu

(1) Paul II, 5, § 1. — (2) *Id.* 13, § 4. — (3) Loi 3, C. *De jure dom. impetr.* — Loi 24, § 2, *De pignerat. act.* — (5) Loi 13, *eod. titul.* —

de la garantie envers l'acquéreur, sauf son propre recours contre celui qui avait constitué le gage (1).

SECTION II.

DROIT DE PRÉFÉRENCE.

I. S'il n'y avait qu'un créancier gagiste ou hypothécaire à qui la chose eût été engagée, aucune difficulté ne se présentait. Tout se bornait pour lui au droit de faire vendre et au droit de suite ; personne ne pouvait lui disputer son rang, il était préféré à tous. Mais le même objet, dont la possession ne pouvait se trouver à titre de gage proprement dit qu'entre les mains d'un seul créancier, pouvait être successivement hypothéqué à plusieurs ; dans ce cas il y avait concours de créanciers sur le même objet, et si le prix ne pouvait satisfaire au payement de tous, il y avait à régler dans quel ordre ils seraient préférés les uns aux autres.

II. En règle générale, la préférence appartenait, indépendamment de l'époque où chaque obligation avait été contractée, au créancier dont l'hypothèque avait été consentie la première (2). Tel est le sens de cet adage : *Prior tempore potior jure* (3). Aussi l'action hypothécaire intentée contre ceux qui possédaient en vertu d'un gage ou d'une hypothèque antérieure était-elle repoussée par l'exception : *si non ante mihi res pignoris hypothecæve nomine sit obligata* (4).

La maxime *prior tempore* s'appliquait indistinctement au gage et à l'hypothèque. Car, lors même que les parties avaient eu l'intention de constituer un gage proprement dit, le défaut de tradition n'était pas un obstacle à ce que le créancier acquît le droit hypothécaire par la convention : la possession était considérée comme le complément et non comme la condition du

(1) Loi 22, § 4, *eod titul.* — (2) Loi 12, § 2 et 10 D. *qui pot.* — (3) Loi 4, C. *eod. tit.* — (4) Loi 22, *princip.* et § 7, D. *eod. tit.* —

droit de gage. Aussi la préférence entre créanciers gagistes et hypothécaires se réglait-elle par l'antériorité de la date de la convention, abstraction faite de la tradition (1).

Lorsqu'il n'y avait que des obligations verbales, il était assez difficile de préciser l'antériorité de la convention. Pour qu'elle produisît ses effets, le créancier avait à prouver d'une manière ou d'une autre son existence et sa date. Cependant une Constitution de l'empereur Léon ordonna que les hypothèques constatées par un titre passé devant les officiers publics *instrumentum publicè confectum*, c'est-à-dire par un acte dressé sans l'autorité d'un magistrat ou d'un notaire public, passeraient, bien que postérieures en date, avant celles qui existeraient sans titre, ou même qui seraient prouvées par un titre sous-seing privé: car un titre privé ne pouvait avoir date certaine contre les tiers qui n'y avaient pas été parties. On assimilait à un écrit authentique l'acte souscrit par trois personnes d'une renommée intègre (*integræ opinionis*) (2).

III. Pour les hypothèques tacites, la disposition de la loi énonçait la date et par suite le rang que chacune d'elles donnait au créancier. — Mais entre hypothèques tacites privilégiées, ce n'était pas l'ancienneté qui établissait la préférence, c'était la faveur de la cause : *privilegia non ex tempore æstimantur sed ex causâ* (3). Toutefois si en principe les créanciers privilégiés primaient tous autres créanciers, on n'était pas d'accord sur le rang respectif qu'ils devaient obtenir entre eux.

SECTION III.

DROIT DE SUITE.

I. Le droit de suite pouvait être exercé par le créancier hypothécaire contre tout tiers détenteur de

(1) Loi 12, *in fine*, *eod tit.* — (2) Loi 11: C. *qui potior.* — (3) Loi 32, D. *de reb. auct. jud. possid.*

la chose hypothéquée et même contre tout créancier hypothécaire qui lui était postérieur, et qui détenait la chose (1). Il était exercé au moyen de l'action *quasi serviana*, appelée aussi *hypothecaria*, ou *pignératitia in rem*, action prétorienne dont la formule était rédigée *in factum* (2). Le demandeur, par cette action, avait à prouver deux choses : d'abord que le gage appartenait au débiteur ou au constituant, au moment où l'hypothèque avait été consentie ou s'était établie par le fait de la loi, en second lieu le fait même de la constitution de l'hypothèque. Ainsi l'action hypothécaire n'était qu'une revendication de propriété exercée au nom du débiteur ou du constituant, mais subordonnée à la preuve de l'hypothèque (3). De plus, dans le cas où la valeur du gage n'égalait pas le montant de la créance, le défendeur pouvait être tenu à la restitution des fruits perçus depuis le commencement du procès et même de ceux qui avaient été recueillis auparavant et qui existaient encore entre ses mains (4).

II. Il résultait de ce droit de suite que ceux qui recevaient de quelqu'un un objet quelconque, soit en propriété, soit en hypothèque, auraient eu un intérêt puissant à connaître si ces objets ne se trouvaient pas déjà hypothéqués. Le droit romain ne fournissait aucun moyen d'assurer cette vérification. Bien plus, nous l'avons dit, l'hypothèque qui n'était assujettie à aucune forme, pouvait même être verbale. Ainsi, tandis que les translations de propriété ne s'opéraient que par le fait ostensible de la tradition ou par certains moyens civils, les hypothèques y pouvaient être occultes, et l'on n'avait songé en aucune manière à établir à leur égard un système de publicité. Car on ne pouvait considérer comme moyen d'apporter connaissance à chacun la règle, toute facultative d'ail-

(1) Loi 16, § 3, D. *de pignor.* — (2) Inst. IV, 6. § 7, *de act.* — (3) Loi 16, § 3, D. *de pignor.* — (4) Loi 16, § 4, *D. de pignor.*

leurs, de recourir aux actes publics pour constater les hypothèques. Mais peut-on attacher un effet de publicité à l'usage imité des Grecs, si tant il est vrai qu'il ait existé à Rome, d'après lequel on faisait connaître qu'un héritage était hypothéqué au moyen de petites colonnes établies sur les héritages et chargées d'inscriptions qui rappelaient les obligations contractées avec un premier créancier? (1) Je ne le crois pas : car les signes apposés avaient pour simple but de créer au profit des créanciers une sorte de tradition symbolique destinée à remplacer la tradition réelle à laquelle les anciens peuples ont toujours infiniment tenu. Dans les différentes lois, où l'on s'occupait du rang des créanciers hypothécaires, il n'est jamais parlé de l'influence de ces signes publics sur la préférence des créanciers entre eux. Ce n'était que des actes d'autorité privée tenant plus à la vanité qu'à la conservation des droits et auxquels les empereurs mirent un terme : car c'était un sujet de discorde et de voies de fait. Il n'y avait que de l'excès dans cette mesure : s'il était bon que les parties qui traitaient eussent une connaissance respective de leur état, il n'était pas également nécessaire de le proclamer et de l'annoncer à tous instants aux personnes mêmes qui n'avaient aucun intérêt à le connaître.

III. Poursuivi par l'action hypothécaire du créancier, le tiers détenteur était obligé au délaissement de la chose, mais non au paiement de la dette. A la vérité, pour éviter le délaissement, il pouvait payer le montant des créances hypothécaires, mais ce n'était là qu'une exception contre la demande de délaisser (2).

Toutefois le tiers détenteur pouvait repousser la demande des créanciers en invoquant sa position particulière ; ce qui se présentait dans plusieurs cas :

(1) Barthélemy, *Anacharsis*, chap. 59, tome V. — (2) Loi 12, § 1, *D. quibus modis pig. solv.*

1° Le créancier ne pouvait s'adresser au tiers détenteur de la chose qu'après avoir préalablement discuté le débiteur principal et les cautions. On pensait que les obligations personnelles étant plus étroites devaient être épuisées, avant d'inquiéter ceux qui étaient tenus d'un lien moins rigoureux. Ce fut Justinien qui dérogea ainsi au droit ancien qui accordait au créancier le droit d'attaquer à son gré le tiers détenteur ou le débiteur principal (1).

3° Le débiteur pouvait encore faire réduire la demande du créancier, lorsque par son fait il ne pouvait plus subroger le tiers détenteur qui le payait aux priviléges et hypothèques qu'on avait droit d'attendre de lui. C'était l'exception *cedendarum actionum* (2).

3° Le créancier ne pouvait non plus attaquer le tiers détenteur qu'il avait promis de garantir de toute éviction. Le tiers détenteur n'avait qu'à lui opposer l'exception de garantie, avec la maxime : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

4° Lorsque le tiers détenteur avait lui-même sur l'immeuble qu'il avait acquis une hypothèque qui lui assurait un rang antérieur au créancier poursuivant, celui-ci était sans droit vis-à-vis de lui : car le droit de vendre l'immeuble, au lieu d'appartenir indistinctement à tous les créanciers, n'était accordé qu'au premier en rang. Pour que ce créancier postérieur eut donc la faculté de requérir la mise en vente, il fallait qu'il se mît au lieu et place du premier en lui payant ce qui lui était dû (3).

5° Enfin, le tiers-détenteur assigné en action hypothécaire et qui avait fait des impenses sur l'immeuble, avait droit de le retenir jusqu'à ce qu'il eût été remboursé : car la loi donne à celui, qui améliore ou conserve en son premier état la chose hypothéquée, une hypo-

(1) Novell. 4. — (2) Loi 19, *D. qui potior.* — (3) Loi 12, *eod. tit.*

thèque toute privilégiée (1). Mais il fallait que les améliorations provinssent du fait du tiers-détenteur, et qu'il ne s'agît pas d'améliorations naturelles, car elles tournaient au profit du créancier hypothécaire. Au surplus, les travaux qui donnaient lieu à répétition, non pas pour le montant de leur valeur, *sed in quantum res pretiosa facta est*, devaient être de nature à augmenter, améliorer, rétablir ce qui était détruit. Les réparations et travaux d'entretien, qui n'ajoutaient pas à la valeur de l'immeuble, n'étaient pas sujets à répétition (2).

IV. Ici se place une observation importante. Les droits de préférence et de suite, quoiqu'existant séparément, paraissaient se confondre en un droit unique, qui tendait toujours à la rétention ou à l'acquisition de la possession de la chose hypothéquée. Aussi ne s'établissait-il pas de véritable concours entre les créanciers; on peut en juger en comparant les deux hypothèses qui pouvaient se présenter : ou le créancier est ou il n'est pas en possession du gage. Qu'arrivait-il ?

1er *cas.* Si le créancier, en possession du gage, était le premier en hypothèque, rien de mieux garanti que son droit. Il était maître presque absolu de la position. 1° Il avait des moyens aussi variés qu'énergiques de conserver sa possession : les interdits *uti possidetis et utrubi*, pour se faire maintenir dans cette possession; l'interdit *undè vi* pour la recouvrer, s'il l'avait perdue par la violence; enfin, l'action *quasi-servienne* pour l'obtenir, s'il ne l'avait jamais eue, ou pour la recouvrer, s'il l'avait perdue. — 2° Il pouvait à son gré vendre la chose hypothéquée ou en retenir la possession jusqu'à parfait paiement (3), sans pouvoir jamais être forcé de vendre, alors même qu'il se présentait une occasion avantageuse; les créanciers postérieurs ne pouvaient

(1) Loi 5, 6 et 7. *Qui potior.* — (2) Loi 29, § 1 et 2. D. *de pignor. et hypoth.* — (3) Loi 15. D. *de pignerat. act.*

ni le contraindre à vendre, s'il préférait garder, ni l'empêcher de vendre, si tel était son bon plaisir : leur droit se bornait à prendre sa place en le désintéressant complètement (*Jus offerendæ pecuniæ, jus succedendi)* (1). Ce *jus offerendæ* qui n'appartenait qu'aux créanciers hypothécaires, n'était pas plus subordonné au consentement du créancier qu'à celui du débiteur. Il pouvait s'exercer contre le créancier, les cautions du débiteur à qui le gage avait été laissé à titre d'achat, en conséquence du paiement qu'elles avaient fait pour lui, et même contre le tiers-détenteur qui avait acheté du débiteur sans le concours du créancier antérieur, mais non lorsque le créancier antérieur avait régulièrement vendu le gage (2). 5° Enfin, s'il lui plaisait de vendre le gage pour se payer, il pouvait le faire sans être tenu d'appeler à cette vente les autres créanciers ; et pourvu qu'il agît de bonne foi, nul n'était admis à critiquer l'aliénation.

Si le créancier possesseur du gage se trouvait primé par des hypothèques antérieures ou privilégiées, rien de plus précaire que sa position : 1° il pouvait, d'un instant à l'autre, être évincé par l'action hypothécaire des créanciers qui le primaient, et il n'avait d'autre ressource contre eux que de les désintéresser complétement. Ces créanciers antérieurs, nous venons de le dire, n'avaient qu'à invoquer l'exception introduite en leur faveur : *si non ante mihi res*, etc. ; devant elle expirait la vigilance du créancier postérieur, et sa bonne foi n'était qu'un moyen de défense inutile. 2° Si par un motif ou par un autre, les créanciers antérieurs ne se montraient pas, il pouvait sans doute vendre le gage ; mais cette vente, qui n'éteignait en aucune façon les hypothèques antérieures, l'exposait aux conséquences désastreuses de l'action en éviction, que

(1) L. 16 et 12, § 4. D. *Qui potior in pign.*—(2) Loi 22, C. *De pign.* et loi 3, § 1. D. *De distract. pignor.*

l'acquéreur évincé ne manquait pas d'intenter contre lui.

2e *cas.* — Si le créancier n'était pas en possession, il fallait qu'il agît par action hypothécaire pour se faire mettre en possession; et alors plusieurs hypothèses pouvaient se présenter : 1° Si la chose était possédée soit par un créancier hypothécaire postérieur, soit par le débiteur, soit par le propriétaire non débiteur, qui avait consenti à hypothéquer sa propriété pour la dette d'autrui, l'action hypothécaire était efficace; et à moins que le détenteur ne désintéressât le demandeur, celui-ci obtenait la possession du gage, et se trouvait ainsi dans la position décrite ci-dessus; 2° si la chose était possédée par un créancier hypothécaire antérieur, l'action hypothécaire demeurait stérile devant l'exception : *si non mihi ante, etc.* Aussi quand le possesseur était notoirement créancier antérieur, était-il inutile et ridicule d'exercer contre lui l'action hypothécaire. La seule ressource qui restait alors au créancier postérieur était de désintéresser le créancier antérieur afin de prendre sa place.

Ainsi, au lieu du concours unique sur le prix qui, chez nous, centralise en quelque sorte les questions de préférence, pour les trancher toutes d'un seul coup, dans une seule et même procédure collective, le droit de préférence, dit M. Bonjean, se présente en droit romain sous la forme de *duels* en nombre illimité, dans chacun desquels deux créanciers se disputent la possession, sauf au vainqueur à recommencer le lendemain contre un nouveau créancier une lutte semblable, et ainsi de suite indéfiniment, jusqu'à ce que, après tant de tiraillements, la possession demeure enfin adjugée à celui qui prime tous les autres.

CHAPITRE III.

Extinction des Hypothèques.

L'hypothèque pouvait prendre fin de différentes manières. En voici les principales : 1° perte de la chose hypothéquée ; 2° résolution du droit de propriété du débiteur sur la chose hypothéquée ; 3° renonciation du créancier ; 4° échéance du terme ou événement de la condition ; 5° consolidation ; 6° prescription ; 7° extinction de l'obligation principale ; 8° vente publique ; 9° abus de jouissance. Présentons quelques développements sur chacune de ces causes :

1re Cause. — *Perte de la chose hypothéquée.*

I. L'hypothèque n'étant établie que pour fournir une sûreté au créancier, dès qu'il n'y a plus d'objet, cette sûreté doit disparaître : *Re corporali extincta, pignus hypothecave perit.* Ainsi, lorsque l'usufruit frappé d'hypothèque venait à finir, l'hypothèque s'éteignait avec lui (1). Que si la chose ne venait à périr qu'en partie, le droit du créancier subsistait sur cette partie. En cas d'incendie ou de destruction d'un bâtiment, le sol de l'édifice restait donc grevé de l'hypothèque (2).

II. A la perte de la chose était assimilée sa transformation substantielle. Mais la modification devait être telle que la forme de la chose détruite en constituât l'essence, et qu'une nouvelle forme eût succédé à l'ancienne, sans que celle-ci pût être rétablie dans son mode primitif, *cùm non potest materia ad pristinam formam reverti.* Si au contraire le changement n'était qu'accidentel, l'hypothèque subsistait encore. Par exemple : si un marchand de laine avait vendu de la laine à un fabri-

(1) Loi 8, D. *quibus modis pignus vel hypoth.* — (2) Loi 29, § 3, et loi 35, D. *de pign. et hypoth* ; Loi 21, C. *de pignerat. act.*

cant qui l'avait ensuite convertie en drap, il y avait changement substantiel; quand on aurait voulu soutenir que la laine existait, il était du moins impossible de la reconnaître; la chose n'était donc plus censée subsister, et le privilége du marchand, éteint par la transformation de la chose, ne pouvait plus s'exercer sur le drap qui était autre chose. Mais si on avait planté une vigne sur un champ vide donné en hypothèque comme champ, l'hypothèque restait sur la vigne, car la chose restait la même, il n'y avait de changé que la superficie, et on pouvait toujours reconnaître le même fonds de terre qui occupait le même lieu. Que si on avait bâti une maison sur un terrain vide hypothéqué, non seulement l'hypothèque subsistait toujours sur le sol, mais encore elle affectait la maison, car *ædificium solo cedit* (1). Par suite des mêmes principes, l'hypothèque qui frappait le sol d'une maison détruite ne pouvait s'étendre aux matériaux. En effet, il y avait changement d'une espèce en une autre espèce. La première espèce était anéantie puisqu'il n'y avait plus de maison, et les matériaux formaient dès-lors une espèce nouvelle. Mais si la maison était reconstruite, l'hypothèque renaissait aussitôt (2).

2e CAUSE. — *Résolution du droit du débiteur.*

Lorsque celui qui avait concédé l'hypothèque n'avait sur la chose qu'un droit résoluble et conditionnel, et qu'il venait à en être évincé, l'hypothèque concédée était anéantie par la règle *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.* Ainsi l'hypothèque consentie par un héritier sur la chose léguée sous condition, et pendant que la condition était encore en suspens, disparaissait dès le moment que la condition ne se réalisait pas (3). Il

(1) Loi 16, § 2, et 29, § 2, D. *de pignor. et hypoth.* — (2) Loi 29, § 3, *eod. titul.* — (3) Loi 13, § 1, *eod. titul.*

en était de même dans le cas où la vente avait été faite avec pacte commissoire, et où le contrat se trouvait résolu si l'acheteur ne satisfaisait pas aux conditions stipulées (1). Le fondement de ces décisions était, que personne ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même : *nemo plus juris in alium conferre potest quam ipse habet* (2).

3e CAUSE. — *Renonciation du créancier.*

I. Chacun peut renoncer à ses droits. Le créancier hypothécaire pouvait donc faire abandon de la sûreté qu'il avait. Les interprètes ont discuté le point de savoir si la renonciation à l'hypothèque libérait de cette hypothèque *ipso jure* ou par le secours d'une exception. Cette dernière solution qui était celle de Cujas est la plus généralement suivie.

II. La législation avait admis deux espèces de renonciations : la renonciation expresse, dérivant de termes formels, et la renonciation tacite qui résultait de telle circonstance, dont on devait l'induire virtuellement. Cette dernière hypothèse avait lieu dans deux cas prévus par les textes :

1° Le créancier, consentant à la vente que le débiteur faisait de la chose hypothéquée, était présumé renoncer par cela même à l'hypothèque, à moins qu'il n'en eût fait la réserve dans l'acte d'aliénation (3), et le créancier était censé avoir donné son consentement à l'aliénation de la chose, non pas sans doute par cela qu'il en avait eu connaissance et ne s'y était pas opposé, car il savait que son droit d'hypothèque lui demeurerait, mais lorsqu'il y avait de sa part un consentement exprimé verbalement ou par écrit, ou bien lorsqu'il avait signé l'acte d'aliénation de la chose ; car on ne pouvait

(1) Loi 3, D. *quib. mod. pign. vel hypoth.* — (2) Loi 54. D. *de reg. Just.* — (3) Loi 4, § 1, D. *quibus mod. pign. solvit.*

expliquer cette signature par un autre motif que celui de renoncer à l'hypothèque ; toutefois, il fallait qu'on n'eût pas usé de surprise à son égard (1). Que si le créancier avait signé l'acte purement et simplement comme témoin, *tanquam merus testis duntaxat*, on ne pouvait en induire un renonciation (2). — Enfin la loi assimilait au créancier, qui avait consenti à l'aliénation ou à la donation de la chose hypothéquée par le débiteur, celui qui, sans être intervenu à la vente, l'avait approuvé, sans faire la réserve de l'hypothèque.

Néanmoins si la vente ou la donation venait à être annulée dans la suite, le droit de gage ou d'hypothèque demeurait au créancier, parce qu'il était censé n'avoir consenti à l'extinction de son droit qu'en vue de l'aliénation valable de la chose (3). Il en était de même lorsque la vente était résiliée par le mutuel consentement du vendeur et de l'acheteur avant d'avoir été exécutée. Le créancier n'avait pu renoncer d'une manière absolue à son hypothèque ; il avait en vue que l'acheteur aurait et retiendrait la chose dégagée de ce droit (4).

Quid, lorsqu'un débiteur qui avait consenti une hypothèque générale sur ses biens présents et à venir, avait depuis, du consentement du créancier, aliéné une certaine chose, sans que celui-ci eût réservé son droit d'hypothèque, et ensuite acquis cette même chose par l'effet d'un nouveau contrat, par exemple, en la rachetant de celui auquel il l'avait d'abord vendue ? Certains jurisconsultes décidaient que l'hypothèque générale, embrassant les biens à venir, venait frapper sur l'immeuble au moment de son acquisition par le débiteur. Cet objet se trouvait affecté d'hypothèque, comme tout autre objet que le débiteur serait venu à acquérir. D'autres, au contraire, pensaient que l'hypothèque

(1) Loi 8, § 15, *eod. tit.* — (2) Loi 9, § 1, *eod. tit.* — (3) Loi 4, § 2, *eod. tit.* — (4) Loi 10, *quibus mod. pign. solv.*

une fois éteinte par la renonciation ne pouvait renaître. Le créancier, en consentant à l'aliénation de la chose, avait renoncé à son hypothèque d'une manière absolue et définitivement. Ce dernier sentiment fut embrassé par Justinien (1). Et à tort, selon nous: car c'était admettre qu'une renonciation, accordée par le créancier pour faciliter au débiteur une opération avantageuse, devait lui être opposée dans un cas où les circonstances n'étaient plus les mêmes, et établir une différence entre la chose nouvellement acquise et toute autre qui serait advenue au débiteur, alors que les hypothèses étaient identiques.

2° Si un premier créancier hypothécaire consentait à ce que le débiteur hypothéquât à un autre créancier la chose qui lui était engagée, la loi présumait aussi qu'il renonçait à son droit, d'une manière absolue, à moins qu'il n'eût entendu seulement renoncer à la priorité de son rang, en faveur du nouveau créancier; c'était donc une question de fait (2). Le silence du créancier, qui signait un acte par lequel le débiteur hypothéquait un immeuble à un autre créancier et le déclarait franc et quitte, équivalait encore à une renonciation tacite (3). Toutefois la connaissance qu'avait le créancier de la soumission de la chose du débiteur à une nouvelle hypothèque, sans qu'il eût fait quelque acte pour conserver ses droits, n'était pas regardée comme une renonciation: ses droits lui étaient conservés par la nature même de l'hypothèque (4).

III. La femme pouvait aussi renoncer à son hypothèque légale (5); mais en tant qu'elle ne se préjudiciait pas, et qu'à l'époque de la restitution de la dot, il restât assez de biens au mari, pour lui rendre intégralement ses apports matrimoniaux: sans ces conditions, la femme aurait pu mettre sa dot en péril. Les lois avaient

(1) Loi 11, C. *De remiss. pign.* — (2) Loi 12, § 4, D. *quibus mod. pign.* — (3) Loi 9, § 1, *eod. titul.* — (4) Loi 8, § 15, *eod. titul.* — (5) Loi 21, au C. *ad S. C. Velleian.*

par suite prononcé la nullité de la renonciation, si le mari était par événement postérieur devenu insolvable (1). A part les principes ordinaires de renonciation tacite, auxquels la femme était soumise, il y en avait un de particulier à elle : c'était l'assistance de sa part au contrat, par lequel son mari constituait à sa fille une dot sur ses biens soumis à l'hypothèque légale (2).

4e CAUSE. — *Echéance du terme ou événement de la condition.*

Lorsque le créancier n'exigeait pour la sécurité de sa créance qu'une garantie temporaire ou éventuelle, le débiteur se trouvait dégagé de plein droit de son engagement hypothécaire (3), par l'échéance du terme apposé au droit, ou l'évènement de la condition à laquelle il était subordonné ; ce n'était que la conséquence des principes de droit commun.

5e CAUSE. — *Consolidation.*

Comme on ne peut avoir un gage sur sa propre chose, l'acquisition par le créancier de la chose affectée au remboursement de sa créance devait mettre fin à l'hypothèque (4). Mais ce droit renaissait, dans le cas où l'acquisition venait à être résolue. Si, par exemple, après l'acquisition de l'immeuble faite par un premier créancier hypothécaire, celui-ci était poursuivi hypothécairement par un second créancier en ordre d'hypothèque, et se trouvait dépossédé, il conservait son hypothèque à son rang (5).

6e CAUSE. — *Prescription.*

Deux hypothèses pouvaient se présenter : ou le dé-

(1) Loi 8, D. *ad Senat. C. Velleian* — (2) Loi 11, D. *quibus mod. pign.* — (3) Loi 6, princip. *eod. titul.* — (4) Loi 9, princip. *eod. titul.* (5) Loi 1, C. *si antiquior. credit. pign. vend.*

biteur était resté détenteur de la chose hypothéquée, ou bien il n'avait plus cette possession.

1er *Cas.* — Dans l'ancien Droit Romain, le débiteur, ses héritiers ou autres personnellement obligés à la dette ne pouvaient acquérir la libération de l'hypothèque par quelque temps qu'ils eussent possédé, parce qu'alors les actions personnelles, naissant des contrats ou autres causes des obligations, étaient perpétuelles; le débiteur possédant lui-même la chose hypothéquée ne la possédait qu'à la charge de l'hypothèque : or, cette possession résistait à la prescription. Plus tard, l'empereur Théodose établit en faveur du débiteur la prescription de 30 ans contre l'action personnelle, faute par le créancier d'en avoir usé pendant ce laps de temps (1). Nonobstant cette prescription contre l'action personnelle, ceux qui l'avaient acquise contre le créancier étaient toujours soumis à l'action hypothécaire : on ne considérait pas l'action principale comme absolument éteinte après le laps de 30 ans. Cette obligation, quoique destituée d'action efficace, était censée exister naturellement, ce qui était jugé suffisant pour qu'elle pût servir de fondement à l'hypothèque. — L'empereur Justin, frappé de l'inconvénient de tenir les débiteurs dans des alarmes continuelles, décida que l'action hypothécaire serait éteinte par 40 ans, à moins qu'elle n'eût été interrompue, ou n'eût couru contre un mineur (2). De là résultait une conséquence assez bizarre : c'est que l'action hypothécaire survivait à l'action personnelle. Les lois pour l'expliquer, disaient que cette action hypothécaire n'était pas précisément l'accessoire de l'action personnelle, qu'on ne pouvait établir la première sans la seconde, mais qu'une fois créée, l'une pouvait subsister sans l'autre.

(1) Loi 3, C. *de præcept. triginta vel quadrag. annor.*—(2) Loi 7, *eod. titul.*

2me *Cas.* — Lorsqu'un tiers détenteur possédait la chose hypothéquée, les choses n'étaient plus les mêmes. Il pouvait invoquer la prescription qui était de 30 ans, s'il ne se trouvait pas dans un des cas d'exception où la prescription de 40 ans était nécessaire, et en supposant que le possesseur ne fût pas déjà protégé par la *longi temporis præscriptio*, qui servait à exclure la prétention du créancier gagiste comme celle du propriétaire (1).

7me CAUSE. — *Abus de jouissance.*

En principe, l'abus de jouissance par le créancier de la chose donnée en gage, n'opérait pas au détriment de celui-ci extinction de son droit. Mais s'il prostituait l'esclave qui lui avait été livrée en gage, ou l'obligeait à subir des actes d'impudeur, son droit devait s'évanouir aussitôt (2). La morale a ses droits : ils sont plus anciens et plus sacrés que ceux de la propriété : à la première devait donc être sacrifiée la seconde.

8e CAUSE. — *Extinction de l'obligation principale.*

I. L'hypothèque étant un accessoire, il s'ensuit qu'elle doit s'éteindre quand il n'y a plus de principal, c'est-à-dire quand il n'y a plus de dette. Mais par suite du principe d'indivisibilité, l'extinction d'une partie de la dette laissait subsister l'hypothèque toute entière pour ce qui restait dû sur les biens affectés. Ainsi lorsqu'un des héritiers du débiteur qui était venu à mourir avait payé sa part dans la dette, l'hypothèque frappait encore les biens hypothéqués et échus au lot de cet héritier, comme ceux qui étaient échus au

(1) Loi 3, C. *de præcept triginta vel quadrag. ann.* — (2) Loi 24, § 2, D. *de pignerat. actione.*

lot des autres héritiers (1); seulement elle existait pour une somme moindre. En sens inverse, si l'un des héritiers du créancier avait reçu sa part dans la créance, l'hypothèque subsistait toujours sur les biens qui y avaient été soumis, pour sûreté des parts des autres héritiers dans cette même créance (2).

II. A la règle que l'extinction de la dette opérait extinction de l'hypothèque, les lois avaient apporté des exceptions. En premier lieu, l'hypothèque était éteinte par le payement de la dette faite par un tiers, comme par le payement fait par le débiteur; mais si le tiers, qui avait payé, était subrogé au créancier, l'hypothèque subsistait pour le recouvrement de ce qu'il avait payé. La dette n'était éteinte qu'en ce qui concernait le débiteur payé : *Quodammodo nomen debitoris vendidit* (3). — En second lieu, si une caution avait fourni hypothèque sur ses biens par suite de ses engagements, dans le cas où il devenait héritier du débiteur, le cautionnement était bien éteint comme absorbé par l'obligation principale dans laquelle il se trouvait confondu; mais l'hypothèque ne l'était pas. Donnée par suite de l'obligation résultant du cautionnement, elle l'était par cela même pour sûreté de l'obligation principale qui subsistait toujours (4).

III. Comme tout payement de la dette, la dation en payement effaçait aussi l'hypothèque. Mais en cas d'éviction l'hypothèque était-elle anéantie? S'il y avait éviction postérieure au contrat et volontaire de la part du créancier, l'hypothèque éteinte ne revivait pas : *obligatio semel exstincta non reviviscit.* Mais lorsqu'il s'agissait d'une éviction antérieure au contrat, la question était controversée. Les jurisconsultes distinguaient les hypothèses. Si un débiteur, devant de l'argent, don-

(1) Loi 1. C. *de Luitione pign.* — (2) Loi 1. C. *si unus ex plurib. hæred.* — (3) Loi 1, D. *quibus mod. pign.* — (4) Loi 38, § 5, D. *de solut.*

nait une maison en payement, et si le créancier venait à être évincé, l'ancienne créance ne revivait pas; il y a eu vente, et la vente de la chose d'autrui était valable (1). Si au contraire le débiteur d'un champ donnait au créancier une maison dont il était évincé, alors il n'y avait plus vente mais échange, et la dation en payement était considérée comme nulle; car l'échange de la chose d'autrui était nulle, chaque coéchangiste s'obligeant envers l'autre à le rendre propriétaire de la chose livrée. Dans ce cas, la créance renaissait, et avec elle, l'hypothèque donnée en garantie (2).

9e CAUSE. — *Vente publique.*

Les lois romaines n'avaient pas un système organisé pour la purge des hypothèques établies sur les biens vendus volontairement. Mais l'adjudication sur expropriation affranchissait la chose de l'hypothèque: *si eo tempore quo prædium distraheretur programmate admoniti creditores, cum præsentes essent, jus suum consecuti non sunt, possunt videri pignus amisisse* (3). Le motif en était qu'il devait y avoir sûreté dans les ventes publiques : *fiscalis hastæ fides facile convelli non debet.*

Il en était de même, si l'héritier qui avait fait inventaire en due forme avait vendu les choses de l'hérédité pour acquitter les dettes du défunt. Cette vente toutefois n'avait effet que vis-à-vis des acheteurs et de l'héritier, de telle sorte que les créanciers antérieurs pouvaient exercer leurs droits contre les créanciers postérieurs ou contre les légataires qui possédaient quelques biens du défunt (4).

Celui qui achetait du fisc ne pouvait, d'après un édit de Marc-Aurèle, en acquérir la prescription que

(1) Loi 24, D. *de pignerat. act.* — (2) Loi 46, C. *de solut.*. — (3) Loi 6 et 8, C. *de remissione pignor.* — (4) Loi 22, § 5, 8. C. *de jure deliber.*

par le délai de cinq années. Zenon, en garantissant complètement ceux qui recevaient du fisc soit par vente, soit par donation ; soit à tout autre titre, permettait cependant au propriétaire ou au créancier d'exercer leurs droits pendant 4 ans. Justinien confirma la constitution de son prédécesseur, et en étendit la disposition à ceux qui avaient reçu quelque chose de sa maison ou de celle de l'impératrice (1).

Observation. — Telle était l'institution hypothécaire des Romains. En recherchant les effets inséparables d'un tel système, on trouve qu'il est également désastreux pour les tiers acquéreurs, les créanciers et les débiteurs eux-mêmes.

Quant au tiers acquéreur, a-t-il acquis du débiteur, il peut être évincé pendant 30 ans par tout créancier hypothécaire. A-t-il acquis d'un créancier hypothécaire, si ce créancier n'est pas le premier, même danger d'éviction de la part du créancier hypothécaire antérieur. Dans l'un et l'autre cas, le tiers détenteur n'a qu'à payer intégralement ou à délaisser. Ainsi il achète au hasard, il paie en aveugle, toujours exposé à des évictions dont aucune prudence humaine ne saurait le garantir.

Les créanciers ne sont guère mieux traités, sauf le premier auquel on a fait la part du lion. Le créancier n'a aucun moyen de connaître les hypothèques déjà existantes au moment où il acquiert lui-même hypothèque : ainsi il prête son argent au hasard, il exerce son action hypothécaire au hasard, au hasard encore il vend le gage au risque de l'action en éviction, qui pendant si long temps peut retomber sur lui. — Connaît-il enfin l'existence des hypothèques qui le priment, il est à peu près sans action pour tirer parti du gage commun; puisqu'il ne peut ni forcer le créancier antérieur à vendre, ni surveiller la vente, s'il plaît à celui-

(1) Just. II, tit. 6, § 14, *de usucap.*

ci de la faire. — Sa seule ressource est de désintéresser le créancier antérieur pour se mettre en sa place ; mais d'une part cette avance peut excéder ses moyens ; et d'autre part, elle peut n'être qu'une perte nouvelle ajoutée à celle de sa créance primitive. En effet, après qu'il aura ainsi acheté chèrement le droit du créancier qui le primait, la survenance d'un créancier hypothécaire plus ancien encore, et qu'il ne connaissait pas, peut d'un instant à l'autre le priver de son gage ou lui imposer la nécessité de nouveaux sacrifices pour le conserver.

Quant aux propriétaires, comment jouiraient-ils de quelque crédit, alors qu'ils sont dans l'impossibilité d'offrir aucune sécurité, soit aux acquéreurs, soit aux prêteurs ?

DROIT FRANÇAIS.

HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE.

I. Notre législateur a placé la femme mariée dans un état permanent de dépendance vis-à-vis de son mari. Tenue de lui obéir, elle doit toujours recourir à son autorisation pour les divers actes de la vie civile; le mari, au contraire, exerce seul la puissance paternelle, et a des droits plus ou moins étendus d'administration et de disposition sur les biens de son épouse.

Cependant cette infériorité de la femme aurait été souverainement injuste, si, par une équitable réciprocité, la loi ne l'avait entourée de sa protection. Soumise à l'influence de son conjoint, la femme est prémunie contre les conséquences de ses actes; c'est ainsi qu'elle ne peut faire à son mari que des donations révocables et dans les limites légales, et que toute aliénation à titre onéreux lui est absolument interdite avec lui. Cette garantie était encore insuffisante : une administration de ses biens, abusive ou frauduleuse, aurait pu compromettre ses intérêts. Pour les sauvegarder, on lui accorde le double droit de reprendre, en nature, à la dissolution du mariage, les biens qu'elle a apportés en dot, et de réaliser à cette époque, au moyen d'une hypothèque, ses créances à titre onéreux et gratuit sur son mari. Toutefois comme ce recours pourrait être tardif, elle a encore la faculté, durant le mariage, d'obtenir de la justice la séparation de biens, comme ressource efficace contre

les dangers auxquels pourrait l'exposer le désordre des affaires du mari.

II. La création de l'hypothèque légale en faveur de la femme est donc justifiée, et sa légitimité est consacrée par l'histoire. A Rome, la femme n'eut d'abord contre son mari pour la restitution de sa dot qu'une double action personnelle : l'action *rei uxoriæ* et l'action *ex stipulatu*, que Justinien fondit en une seule sous le nom de la seconde, en lui attribuant à peu près les effets de l'une et de l'autre. Plus tard, elle obtint un privilége personnel, pour être préférée aux créanciers antérieurs du mari ; si elle désirait une hypothèque, elle était obligée de la stipuler. Justinien lui accorda, par la loi première au Code *de rei uxoriæ actione*, une hypothèque tacite. Il alla même plus loin : il voulut que cette hypothèque fût tellement favorable qu'elle assurât préférence sur tous les créanciers hypothécaires du mari, même antérieurs en date et privilégiés. La loi 12 au Code dite *assiduis* qui l'établissait et valut à l'Empereur l'épithète d'*Uxorius*, créait une iniquité : Les tiers de bonne foi se voyaient, malgré leur vigilance, réduits à un droit illusoire, sans qu'ils aient pu se prémunir contre les conséquences d'une telle éventualité.

La jurisprudence française avait de bonne heure repoussé les principes romains : le Parlement de Toulouse les avait seul admis, mais avec certaines modifications. La loi de brumaire an VII consacra la doctrine généralement suivie, en n'accordant à la femme qu'une hypothèque simple.

Le Code Napoléon a reproduit les mêmes dispositions en déclarant, dans l'article 1572, que la femme n'aurait pas de privilége. La loi seulement lui accorde une hypothèque, sans convention ni jugement, et avec de nombreuses prérogatives.

III. Examinons à cet égard son établissement, ses effets et son extinction.

TITRE Ier.

ÉTABLISSEMENT DE L'HYPOTHÈQUE DE LA FEMME.

Pour développer le principe de l'art. 2121, C. N., qui dispose en termes généraux que la femme mariée a, pour ses droits et créances, une hypothèque légale sur les biens de son mari, nous allons rechercher : 1° dans quel cas; 2° pour quelles créances; 3° à partir de quelle date; 4° sur quels biens; et 5° sous quelles conditions le législateur concède cette hypothèque.

CHAPITRE PREMIER.

Dans quel cas la femme mariée a-t-elle hypothèque?

I. L'hypothèque légale, suivant la qualité de femme mariée, est attachée au seul fait du mariage. Indépendante du contrat anté-nuptial, qui règle les intérêts pécuniaires des époux, elle existe en faveur de la femme mariée sous le régime de la communauté, comme de celle qui est mariée sous le régime dotal. L'absence de tout contrat n'empêchera donc pas l'existence de l'hypothèque : les conjoints sont alors placés, quant à leurs biens, sous les principes de la communauté légale, et dans ce régime, comme dans les autres, la femme a des droits et créances à exercer sur son mari.

II. La célébration du mariage emportant par elle-même hypothèque, il faut nécessairement un mariage valable. L'hypothèque n'existerait pas, s'il était nul. Mais en consultant les articles 201 et 202 C. N., qui portent : « Le mariage qui a été déclaré nul produit » néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux, » qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté » de bonne foi; si la bonne foi n'existe que de la part

» de l'un des deux époux, le mariage ne produit les » effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants » issus du mariage », il faut décider que l'hypothèque légale de la femme, étant un des effets civils du mariage, pourra être exercée par elle ou ses enfants, si elle a été de bonne foi ; mais que, si le mariage n'est valable que par la bonne foi du mari, les enfants ne pourront se prévaloir, du chef de leur mère, d'une hypothèque que celle-ci n'a jamais eue.

III. Comme la Française d'origine, l'étrangère, qui épouse un Français, aurait également hypothèque sur les biens de son mari : elle est devenue Française par son mariage (art. 12 C. N.). Il importe peu à cet égard que le mariage ait été célébré en France ou en pays étranger. Mais dans ce dernier cas faut-il que l'acte de célébration ait été transcrit sur les registres de l'état civil en France, dans les trois mois du retour du Français sur le territoire de l'Empire, conformément à l'article 171 C. N. ? Pour l'affirmative, suivie par la jurisprudence, on dit que la formalité de la transcription est indispensable vis-à-vis des tiers, qui, sans elle, pourraient être victimes de leur bonne foi. Nous préférons la négative. L'art. 171 est purement réglementaire : c'est une mesure de précaution pour faciliter la recherche de l'acte de mariage ; mais elle n'est pas de l'essence du mariage, qui subsiste sans elle. Admettre dès-lors la validité du mariage sans ses conséquences, devient une contradiction flagrante. Enfin, faire dépendre l'hypothèque de l'inaccomplissement de la formalité de l'article 171, c'est aller contre l'esprit de la loi : car on subordonne l'hypothèque à la vigilance du mari, et nous verrons que le législateur, pour prémunir la femme contre la négligence ou la fraude de son époux, dispense son hypothèque d'inscription.

IV. Mais la femme étrangère, épousant un étranger, aurait-elle hypothèque sur les biens que son mari

possède en France ? M. Troplong le prétend. La loi qui règle les hypothèques est un statut réel, selon lui; et, à ce titre, elle affecte tous les immeubles français, sans qu'il y ait à considérer si ce sont des nationaux ou des étrangers qui en sont propriétaires. Nous ne partageons pas cette manière de voir. Si le mariage est du droit des gens, l'hypothèque légale et l'hypothèque de la femme surtout, avec ses priviléges de généralité et de dispense d'inscription, est éminemment du droit civil, auquel les étrangers ne peuvent participer ; l'étrangère n'aurait donc hypothèque qu'autant que celle-ci serait accordée à la Française par les traités de la nation à laquelle elle appartient. D'ailleurs, la loi sur les hypothèques n'est pas un statut réel, car l'hypothèque n'est pas établie pour la conservation des biens qu'elle frappe, mais pour la garantie de l'action personnelle des femmes contre leurs maris. Enfin, l'opinion contraire méconnaît les bases de notre système hypothécaire : le législateur ne peut ainsi attacher l'hypothèque légale à un mariage qui, célébré à l'étranger, n'a acquis en France ni publicité réelle, ni présomption légale de publicité.

Nous appliquerons pour les mêmes motifs la même solution à la femme française, qui a épousé un étranger : car elle est devenue étrangère (art 19, C. N.)

Mais dans les espèces ci-dessus, quel serait le sort d'une hypothèque conventionnelle stipulée par la femme dans son contrat de mariage? Si le contrat a été passé en France, l'hypothèque produirait son effet. Les étrangers ont droit de passer toutes conventions, tous contrats, faisant partie du commerce habituel de la vie. Mais si le contrat a été passé en pays étranger, l'hypothèque ne frappera les biens situés en France qu'autant qu'il existe à cet égard des dispositions particulières dans les lois politiques ou dans les traités faits avec le pays où le contrat a été passé. L'article 2128, qui le décide ainsi, n'est que la reproduction

d'une disposition semblable de notre ancien droit. Si on conçoit le principe d'autrefois, parce que les actes notariés emportaient hypothèque par leur force exécutoire, on ne peut plus l'admettre, aujourd'hui que l'hypothèque ne dérive des actes notariés que par suite de leur force probante. On a cependant voulu justifier l'article en faisant prévaloir l'intérêt des notaires français et celui du fisc. Mais qu'importe aux notaires français d'avoir le monopole d'actes contenant des affectations hypothécaires, alors que les notaires étrangers, en vertu de la règle : *Locus regit actum*, peuvent passer toutes autres espèces de conventions? Quant au fisc, il n'est jamais lésé, puisqu'il perçoit les droits d'enregistrement sur les actes étrangers. Notre critique est donc fondée. Aussi l'art. 2128 avait-il été retranché dans le projet mort-né de réforme hypothécaire élaborée en 1851 au sein de l'Assemblée législative.

V. La femme d'un commerçant jouit, comme toute autre, d'une hypothèque légale sur les biens de son mari; et les circonstances dans lesquelles le mariage a eu lieu étant indifférentes, il n'y aura pas à distinguer si ce mariage a été célébré, à partir de l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des payements, de la faillite du mari, ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque. La controverse, qui s'était élevée à ce sujet sur l'ancien article 443 du Code de commerce, a été tranchée par le législateur de 1838 dans le nouveau code (art. 446). Cet article, déclarant nulles les hypothèques conventionnelles ou judiciaires prises dans les délais précités, valide par *à contrario* les hypothèques légales. La nullité qu'il prononce a pour but de prémunir les créanciers du failli contre les fraudes de ce dernier. Or, on ne peut supposer que le mariage soit contracté précisément dans l'intention de frustrer ces créanciers : l'hypothèque légale est bien une conséquence du mariage; mais le mariage n'a pas pour

but principal et direct l'acquisition d'une hypothèque légale.

On a cependant critiqué l'extension de l'hypothèque légale à la femme du commerçant en cas de faillite. Pour certains esprits, la femme devrait alors être privée de son hypothèque, et n'avoir que les droits d'un créancier ordinaire. En s'alliant à la famille d'un commerçant, elle a dû savoir, dit-on, que rien n'était assuré dans sa fortune, et s'attendre à supporter le malheur de son mari. « Dans une communauté de » biens et de maux telle qu'est le mariage, ajoute-t- » on avec Napoléon, il est inconcevable que le désas- » tre du mari ne retombe pas d'abord sur sa famille, » et que sa femme ne sacrifie pas tout ce qu'elle pos- » sède, pour prévenir ou du moins adoucir les torts » d'une personne, avec qui elle s'est si étroitement » unie. Il répugne de voir la femme d'un failli étaler » un luxe insolent, auprès d'un malheureux créancier, » dont les dépouilles l'ont peut-être enrichie. » Ces raisons ne sont pas bien concluantes. La théorie, qui en découle et devant laquelle le législateur de 1808 a reculé, n'aurait pour conséquence que de réduire au célibat un grand nombre de commerçants. Mais à part cette considération, de quel droit refuser à la femme du commerçant la répétition de sa dot et de ses créances sur son mari? Les créanciers de celui-ci n'ont pas dû compter sur les sommes qu'elle a apportées dans la société conjugale. Qu'elle supporte le malheur de voir son sort uni à un époux flétri et déshonoré; mais la rendre victime de ses fautes, la réduire peut-être à la misère, et laisser sans ressources des enfants innocents, serait à la fois injuste et inhumain. Nous devons donc applaudir au système de nos lois, qui a maintenu l'hypothèque légale de la femme, en cas de faillite, tout en diminuant les garanties qui lui sont accordées par le droit commun.

CHAPITRE II.

A quelles créances est attachée l'hypothèque de la femme?

I. L'art 2135 C. N. donne hypothèque légale à la femme :

1° « Pour raison de sa dot. » On entend en général par dot les biens que, dans tout régime, la femme apporte au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage, ou qui sont donnés à la femme dans cette vue. Les intérêts ou frais de la dot, suivant le sort du principal, sont comme la dot elle-même, conservés par l'hypothèque légale. Mais il ne faut pas considérer comme tels les aliments dus par le mari à la femme, en vertu de l'art. 212 : c'est une charge personnelle, à laquelle l'époux est soumis, quand même il n'aurait pas reçu de dot.

2° « Pour ses conventions matrimoniales. » Ces mots désignent en général les avantages stipulés entre époux dans le contrat de mariage, tels : la clause de préciput établie en faveur de la femme, soit purement, soit d'une manière réciproque; toute autre espèce de gains de survie assurés à la femme ; les clauses lui attribuant une part plus forte que la moitié de la communauté, ou un forfait, ou la totalité de la communauté; la faculté de reprendre ce qui est entré de son chef dans la communauté en cas de renonciation, etc. La jurisprudence a rangé dans la classe des conventions matrimoniales, les aliments de la femme, son habitation et son deuil pendant l'année qui suit le décès du mari. On peut dire, en effet, que ces avantages dérivent directement du régime stipulé dans le contrat de mariage.

3° « Pour les sommes dotales, qui proviennent de » successions à elle échues ou de donations à elle » faites pendant le mariage. » Ajoutons : soit entre-vifs, soit testamentaires. Si la femme était mariée sous le régime de la communauté, les valeurs provenant

de successions ou de donations tombent dans l'actif de la communauté, et n'appartiennent plus à la femme, à moins que le testateur ou le donateur n'ait fait en sa faveur la réserve expresse du contraire, ou qu'il n'y ait clause de réalisation du mobilier stipulé entre les époux. Ce n'est que dans ces deux cas que la femme commune aurait hypothèque sur les effets mobiliers provenant de successions ou donations lui étant échues. (Cassation, 5 mai 1841).

4° « Pour l'indemnité des dettes qu'elle a contrac-» tées dans l'intérêt du mari. » Il est indifférent que la femme se soit obligée comme caution, ou *principaliter*, soit seule avec l'autorisation de son mari, soit conjointement avec lui, solidairement ou sans solidarité; mais dans le cas de dette conjointe, elle n'a de recours que pour la moitié de la dette : car elle est personnellement débitrice envers les tiers pour l'autre moitié. Il suffit en un mot, et quel que soit le régime, que la dette concerne réellement le mari pour l'existence de l'hypothèque. Du reste, il pourra arriver qu'une dette de la femme donne cependant lieu à recours hypothécaire contre le mari. Supposons, en effet, une femme mariée en communauté, devant une somme lors de son mariage; durant le mariage, le mari renouvelle la dette en faveur du créancier; la dette étant encore exigible à la dissolution du mariage, la femme vient à renoncer à la communauté, elle aura hypothèque sur les biens du mari; car la communauté était chargée d'acquitter la dette : la renonciation de la femme l'ayant cependant laissée obligée envers le tiers créancier comme débitrice personnelle, mais en même temps la dispensant de contribuer aux dettes de la communauté, elle aura donc son recours contre le mari pour la totalité de l'obligation qu'elle aurait acquittée. Telle est la conséquence des principes combinés des art. 1409, 1486 et 1494 C N.

5° « Pour le remploi de ses propres aliénés. » —

Ordinairement on entend par propres, les biens personnels de l'un ou de l'autre des époux mariés sous le régime de la communauté. Mais la signification de ce mot doit être généralisée et étendue aux immeubles de la femme, mariée sous le régime exclusif de communauté, et aux immeubles dotaux, dans le cas où l'aliénation a eu lieu, soit en vertu d'une clause du contrat de mariage, soit par autorisation de la loi dans les espèces qu'elle détermine. Ce sont aussi des propres de la femme, dont l'aliénation lui donnera hypothèque, c'est d'ailleurs le mari qui reçoit le prix de la vente, et qui dispose des deniers à sa volonté et sans le consentement de son épouse —*Quid* s'il y a séparation de biens, soit judiciaire, soit contractuelle, ou régime dotal, et qu'il s'agisse de biens paraphernaux? Sous ces trois régimes, que le législateur assimile entr'eux (art. 1449, 1536 et 1576 combinés), la femme a encore hypothèque légale pour le remploi de ses immeubles. Mais pour rester dans l'esprit de la loi, il faut que l'aliénation ait été faite dans l'intérêt du mari, et le Code suppose cette nature à l'aliénation (car il établit le mari garant de l'emploi), quand elle a été faite par la femme du consentement du mari, ou avec son concours au contrat, dans le cas où elle ne serait autorisée que par la justice, ou sans son consentement ni son concours, s'il est prouvé qu'il a touché le prix de la vente ou que ce prix a tourné à son profit.

Question. — La femme mariée sous le régime dotal a-t-elle hypothèque légale, pour raison de ses immeubles aliénés, en dehors des cas prévus par la loi, ou d'une clause expresse du contrat de mariage qui en permettrait la vente, indépendamment de l'action révocatoire que l'article 1560 lui accorde contre les tiers acquéreurs? Nous le pensons. La femme a une hypothèque pour raison de sa dot: si sa dot est aliénée par le mari, elle peut donc, lorsque ses intérêts le lui conseillent, prendre la voie hypothécaire pour s'as-

surer qu'elle ne sera pas en perte. Cette vérité se démontre encore par l'article 2195 qui défend à l'acquéreur d'un bien du mari de faire aucun paiement du prix au préjudice de l'inscription que la femme doit prendre, lorsqu'on purge son hypothèque légale. Cette prohibition ne dit-elle pas clairement que la femme peut, même *constante matrimonio*, s'emparer, au préjudice des créanciers postérieurs du mari, de la somme nécessaire pour s'indemniser de la vente de son bien dotal? Et ceux-ci ne peuvent se plaindre, puisqu'ils devaient être avertis par la latitude de l'hypothèque donnée à la femme. Ainsi, la femme a droit de laisser dormir l'action révocatoire de l'aliénation du fonds dotal, qu'elle ne peut exercer qu'à la dissolution du mariage, ou de se faire colloquer sur le prix des immeubles de son mari, vendus pendant le mariage à la requête de ses créanciers, jusqu'à concurrence de la valeur de ses biens dotaux aliénés. — Mais sa collocation ne sera que conditionnelle : car on ne peut la faire renoncer à son droit d'agir contre les tiers acquéreurs, si bon lui semble, à la dissolution du mariage. Alors de deux choses l'une : ou elle opte pour la collocation, celle-ci lui est dès-lors accordée, et son droit à demander la révocation de la vente du fonds dotal demeure éteint ; ou elle renonce à l'hypothèque, pour exercer l'action révocatoire, alors sa collocation devient comme non avenue et profite aux créanciers du mari qui venaient en rang après elle. — Que si au moment de la collocation elle renonce d'avance à son action révocatoire, alors les tribunaux, pour ne pas violer le principe d'inaliénabilité, consacré par l'article 1554, et afin que la femme ne puisse abandonner des immeubles pour toucher une somme mobilière qu'elle pourrait ensuite dissiper, devront pourvoir à ce que le montant de la collocation lui soit conservé jusqu'à l'instant où elle pourra le recevoir et en donner quittance valable, soit en autorisant l'acquéreur à le retenir dans

ses mains, soit en ordonnant lui-même tout emploi qui mettrait la dot en sûreté.

II. A part l'énumération de l'article 2135, y a-t-il d'autres créances pouvant emporter hypothèque légale pour la femme ? Contrairement à certains auteurs, nous pensons que l'art. 2135 n'est pas limitatif. Sa disposition s'applique à toutes les créances que la femme peut avoir sur son mari, à quelque titre que ce soit. S'il s'occupe d'une manière spéciale de certaines créances, ce n'est que pour fixer les différentes époques auxquelles peut remonter l'hypothèque. Décider autrement, serait méconnaître la lettre et l'esprit de l'art. 2121, qui accorde indistinctement à la femme hypothèque pour sûreté de *ses droits et créances.*

D'après ces motifs, nous attacherions l'hypothèque légale : 1° aux créances paraphernales touchées par le mari ; 2° à l'indemnité qui serait due à la femme, à raison des paiements qu'elle aurait faits des dettes du mari avec ses propres deniers, sans s'être obligée personnellement à les payer, sauf à elle, en cas de contestation, à faire la double preuve du paiement effectué de ses deniers, et de leur origine ; 3° aux indemnités qu'elle pourrait avoir à réclamer, pour les dégradations commises sur ses biens par son mari ; 4° aux indemnités qu'elle aurait obtenues en justice, pour un crime ou un délit qu'un tiers aurait commis envers elle ou sur ses biens, et dont le mari aurait touché le montant ; 5° à la moitié du trésor qu'un inventeur aurait découvert sur ses biens personnels ; 6° à la somme qui aurait été payée au mari par une compagnie d'assurances dans le cas d'un incendie d'un bâtiment à elle appartenant ; et en un mot à toute espèce de créances.

III. Trois points ont cependant été controversés à cet égard. Il importe donc de les développer. Y a-t-il hypothèque :

1° Pour le compte des fruits dus par le mari, qui a joui des paraphernaux de sa femme ? On a refusé l'hy-

pothèque, parce que les éléments de vérification manquant, un tel compte serait une source de fraudes contre les créanciers. On invoque d'ailleurs l'art. 1577, C. N., d'après lequel le mari n'est tenu vis-à-vis de la femme que comme tout mandataire. Nous sommes d'un avis opposé. L'article 1577 a voulu dire que le mari devait les intérêts dans les limites de l'art. 1996, c'est-à-dire, ceux des sommes employées à son usage, à dater de cet emploi, et ceux des sommes dont il est reliquataire, à compter du jour qu'il est mis en demeure, mais celui-ci n'en reste pas moins soumis à ses obligations en sa qualité, c'est-à-dire, indépendamment de l'action *mandati* de l'art. 1577, à l'action hypothécaire de l'art. 2121. Autrement il faudrait dire aussi que, comme le mandataire, le mari n'est pas soumis à l'hypothèque, même pour restitution du principal!

2° Pour les dépens faits en justice par la femme? La jurisprudence, quoique divisée sur cette question, incline pour l'affirmative. Il nous semble en effet que les frais, légitimement faits pour la conservation d'une créance, jouissent de la même faveur que la créance dont ils sont l'accessoire. Avec la dot, seront donc payés les frais de demande en séparation de biens : avec les sommes paraphernales, ceux de l'instance poursuivie contre le mari pour l'en faire déclarer débiteur.

3° Pour les créances que la femme avait sur son mari antérieurement au mariage? La solution demande une distinction. Si la créance de la femme est échue pendant le mariage, et si par la nature du régime sous lequel sont placés les biens des époux par le contrat de mariage, le mari est chargé de l'administration de ceux de la femme et tenu de recouvrer ses créances, il sera censé s'être payé lui-même, *à semet-ipso exigere debuit*; il sera dès-lors débiteur de sa femme, et en cette qualité, ses immeubles seront affectés à la garantie de cette créance. Mais si la dette est

échue après le mariage, ou que la nature du régime n'ait pas obligé le mari à en opérer le remboursement, celui-ci ne sera tenu que comme débiteur simple, non en qualité de mari, et l'hypothèque n'existera pas.

CHAPITRE TROISIÈME.

Quelle est la date de l'hypothèque de la femme?

I. D'après les principes ordinaires, l'hypothèque prend rang à partir de son inscription. Cette formalité, comme nous le verrons, n'étant pas exigée pour l'hypothèque de la femme, il fallait déterminer son rang par son ancienneté. Dans le projet du Code Napoléon, le conseil d'Etat avait assigné une seule date pour toutes les répétitions que la femme pouvait avoir à exercer contre son mari. Sur les observations du tribunat, le projet fut modifié et reçut la transformation, que présente l'art. 2135. Il importait, en effet, dans l'intérêt des tiers, que chaque créance eût une date différente. D'après cet article, l'hypothèque existe au profit des femmes :

1° « Pour raison de leur dot, à compter du jour du mariage. » — Malgré la lettre du texte, plusieurs auteurs donnent à l'hypothèque pour raison de la dot un rang qui remonte au contrat de mariage. Dans ce système, on invoque les traditions de l'ancien droit, et l'opinion de quelques docteurs, qui faisaient dater l'hypothèque du jour du contrat de mariage, quand la célébration avait lieu peu de temps après le contrat; on se fonde ensuite sur les termes de l'article 2194, qui porte qu'en cas de purge d'hypothèque légale, l'inscription prise pour la femme aura le même effet que si elle avait été prise le jour du contrat de mariage, et alors on répond à la contradiction que semble élever l'article 2135, en disant que l'hypothèque remonte au jour du contrat, s'il y a eu contrat, et

au jour du mariage s'il n'y a pas eu de contrat; on s'appuie également sur l'article 1404, qui répute acquêts de communauté les immeubles que le mari achète dans l'intervalle qui s'écoule entre le contrat de mariage et sa célébration : par conséquent, dit-on, la communauté est censée exister à partir du contrat, et le mari ne pourra consentir sur cette communauté aucune hypothèque, sans qu'elle soit primée par celle de la femme. Enfin on observe que la dot étant souvent comptée le jour du contrat, il ne dépendrait que du mari de vendre ou d'hypothéquer ses immeubles avant la célébration du mariage, et de priver ainsi son épouse de toutes garanties pour la restitution de la dot. Ces arguments nous touchent peu. Que les anciens principes aient accordé hypothèque à dater du contrat de mariage, on le conçoit : car dans l'ancien droit les actes notariés emportaient hypothèque par suite de leur force exécutoire. Aujourd'hui que cette dernière disposition n'existe plus dans notre législation, on ne peut s'étayer de ce souvenir historique, qui probablement a causé l'erreur de rédaction qui s'est glissée dans l'article 2194, comme il a occasionné, ainsi que nous l'avons vu, celle de l'article 2128. Cet article 2194 ne peut donc prévaloir sur l'article 2135. Celui-ci est générateur, fondamental : son but principal et direct est de fixer le rang de l'hypothèque légale, en indiquant les différentes époques auxquelles elle prend naissance. Celui-là au contraire est simplement énonciatif : il ne parle qu'accidentellement de l'époque à laquelle remonte l'hypothèque légale, et n'a pour objet que d'établir la manière dont on peut la purger. La preuve en est qu'il donne indistinctement à l'hypothèque la date du contrat de mariage, tandis que l'article 2135 lui assigne différents rangs, suivant la nature de la créance. Or, si pour les créances autres que pour la dot, on ne peut faire prévaloir l'article 2194 sur l'article

2135, et personne ne l'a soutenu, pourquoi lui attribuer cet effet dans un cas ? La conciliation qu'on propose, en disant que l'article 2135 statue sur les cas où il n'y a pas de contrat de mariage, n'est pas possible; car, outre qu'elle est arbitraire, elle est formellement repoussée par la lettre de cet article 2135 lui-même. Il parle de conventions matrimoniales : or, les conventions matrimoniales supposent un contrat. Quant à l'article 1404, il est sans influence dans la question. Il n'a pour but que de punir la fraude du mari qui, en acquérant des immeubles dans l'intervalle du contrat de mariage à sa célébration, aurait ainsi soustrait à la communauté une valeur sur laquelle avaient compté les parties qui en avaient stipulé l'établissement. On termine par une considération morale qui, bonne en législation, ne peut l'être en droit. Le danger que le mari n'affecte d'hypothèques conventionnelles les immeubles qu'il possède ou ne les aliène d'une manière quelconque, et ne prive ainsi de tout recours la femme dont il aura touché la dot, peut être facilement évité par elle, soit en stipulant que cette dot ne sera payée qu'après la célébration, soit en se faisant consentir une hypothèque conventionnelle qui lui permettra de prendre immédiatement inscription : *Vigilantibus jura subveniunt.* — Ajoutons à notre tour que l'opinion de nos adversaires est incompatible 1° avec le système de publicité, qui fait la base de notre régime hypothécaire, en donnant lieu à des abus; les tiers connaissent le mariage, c'est un fait public, notoire : mais ils ne connaissent pas le contrat passé devant le notaire, et l'on sent dès-lors comment ils pourraient être facilement trompés, en traitant avec le futur époux, dans l'intervalle du contrat à la célébration, si l'hypothèque de la femme devait avoir rang à compter du jour du contrat de mariage; 2° avec l'esprit de l'article 2135 qui, comme nous allons le constater, n'accorde jamais d'effet rétroactif à l'hypo-

thèque. L'hypothèque de la femme suppose le mariage : comment l'effet préexisterait-il à sa cause? L'article 2135 crée d'ailleurs une faveur, on ne peut donc l'étendre. Enfin, nous avons le texte de l'article 2121, qui n'accorde hypothèque qu'à la femme *mariée*. On ne peut donc placer la cause de l'hypothèque dans le contrat, lorsque la loi n'en reconnaît la source que dans le mariage. Avant le Code Napoléon, nos vieilles coutumes avaient énergiquement exprimé le même principe en disant : *La femme ne gagne son douaire qu'au coucher.*

L'hypothèque pour la dot n'a pas moins lieu à compter du jour de la célébration du mariage, encore qu'il y ait eu des termes pris pour le paiement, ou que tout ou partie de la dot ait dépendu d'une condition qui est venue à se réaliser plus tard : dans les deux cas, il y avait pour le mari obligation de recevoir la dot, soit dès le mariage, soit dès l'événement de la condition, et par conséquent de la rendre s'il la recevait réellement ou si elle venait à se perdre par sa faute. — Il en serait de même quand le contrat constaterait que la dot a été touchée par le père du mari. C'est aux risques de celui-ci que le versement a été effectué : l'article 1549 le rend responsable, car il doit poursuivre les débiteurs et détenteurs des biens dotaux de sa femme. — Ajoutons que l'hypothèque de la femme, à raison de sa dot ne peut être contestée sous prétexte que la réception de la dot par le mari n'est pas constatée par des quittances notariées. Il suffit que les apports de la femme soient prouvés par des quittances du mari sous signature privée, pourvu d'ailleurs que ces quittances ne présentent aucun indice de dol ou de fraude. (Cassation 16 juillet 1817).

2° « Pour raison des conventions matrimoniales, à » compter du jour du mariage. » Peu importe l'incertitude de la plupart des droits provenant des conventions matrimoniales : l'éventualité du droit ne fait point obstacle à l'existence de l'hypothèque : on peut

en effet avoir hypothèque pour un droit conditionnel (art. 2125 et 1180), et si la condition s'accomplit, l'hypothèque ne date pas du jour de l'accomplissement de la condition, mais du jour de la convention, par la rétroactivité de l'effet de la condition accomplie (art. 1179).

3° » Pour raison de sommes dotales, qui proviennent » de successions à elle échues pendant le mariage, à » compter de l'ouverture de successions. » La loi prend pour date l'ouverture de la succession et non le jour où elle est acceptée, attendu que l'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture (art. 777). Mais les créanciers ne seront primés, selon nous, par la femme, qu'autant que la consistance du mobilier aura été constatée par un inventaire ou un état en bonne forme (analogie de l'article 1499) : les allégations de la femme pourraient être frauduleuses ; toutefois la femme ou ses héritiers conservent le droit de prouver contre le mari ou ses représentants la consistance du mobilier par toute preuve, même par commune renommée. Le danger de cette preuve, que ne devaient pas subir les créanciers, sera la punition de la négligence ou de la mauvaise foi du mari, qui était tenu de faire faire inventaire (art. 1415, 1428, 1504, 1531 et 1549).

4° « Pour raison des sommes dotales qui provien- » nent de donations, à elles faites pendant le mariage, » à compter du jour où les donations ont leur effet. » Cette dernière expression ne signifie pas que l'hypothèque sera acquise du moment où les sommes ont été acquittées entre les mains du mari, mais du moment où le droit dérivant de la donation est acquis au donataire. Lorsqu'il s'agit de sommes provenant d'une succession, la femme a hypothèque du jour de l'ouverture, quoique l'on sente très-bien que des termes apposés aux obligations, des opérations préliminaires ou d'autres causes puissent différer l'acquittement des sommes à recouvrer longtemps après cette ouverture.

Pourquoi les mêmes causes ne produiraient-elles pas les mêmes effets, lorsqu'il s'agit de donations? Ainsi le jour où les donations auront leur effet sera celui du mariage, si elles ont été faites par contrat de mariage ; celui de la donation, lorsqu'elle aura été faite pendant le mariage, si l'acceptation a eu lieu par l'acte même de la donation ; enfin celui de la notification de l'acceptation, si celle-ci a eu lieu par acte séparé : car la notification engage seule le donateur, et fait produire son effet à la donation d'après l'article 932. — Que s'il s'agit d'un legs, le point de départ sera le jour du décès, qu'il soit pur et simple ou conditionnel : la rétroactivité de la condition en fait reporter l'effet au décès. Il en serait de même pour les donations de biens à venir faites par contrat de mariage : l'effet définitif d'une telle donation ne se détermine qu'à la mort du donateur, par la survie de la femme et de ses enfants, en cas de prédécès de la mère, sans avoir recueilli l'émolument de la donation (art. 1082 et 1089).

L'hypothèque de la femme pour les biens qui rentrent dans sa dot remontant au jour de la célébration du mariage, les successions et donations mobilières qui lui surviennent devraient, ce semble, emporter pour l'hypothèque qui les garantit la même date : car elles font partie de la dot, sous tous les régimes, même sous celui de communauté. Dans ce dernier cas, les sommes provenant de successions et donations sont bien tombées dans la communauté, mais si la femme a stipulé la reprise de ses apports, elle reprend ces sommes, quand elle renonce, comme faisant partie de sa dot. Cette exception est-elle justifiée par des motifs suffisants? On l'a critiquée en disant : la femme doit, pour toutes les pertes auxquelles elle peut être exposée par suite du droit d'administration conféré à son mari dans le contrat de mariage, jouir d'une hypothèque remontant à l'époque de la célébration. Le mari est d'ailleurs obligé, dès le mariage, à recevoir tout aussi

bien les sommes qui écherraient à sa femme par successions, donations ou legs, que la dot stipulée payable à termes fixes. Dans les deux cas, cette obligation devrait être un fondement suffisant à hypothèque, à partir du mariage; c'est ce qu'admettait l'ancien Droit. — Nous préférons néanmoins la théorie du Code et la dérogation aux anciens principes, que le législateur a consacrée sur la proposition du Tribunat. Il nous paraîtrait injuste que l'obligation du mari fût antérieure au moment où il prend l'administration des biens qui sont dévolus à la femme par succession ou donation. Si le mari est obligé par la dot, c'est qu'il en est créancier; mais il ne l'est pas même sous condition des successions ni des donations à échoir. Du reste la loi devait éviter l'atteinte que le crédit du mari aurait éprouvé de cette éventualité. Quel tiers serait assez imprudent pour contracter avec lui, si l'hypothèque de la femme pour ses successions ou donations devait primer celle qu'il aurait antérieurement reçue du mari?

Les explications précédentes nous indiquent suffisamment que les biens dotaux, donnant hypothèque du jour du mariage, sont seulement ceux que la femme apporte effectivement et réellement au mari : ceux qui ne sont que *in eventu* et qui ne passent dans ses mains que postérieurement, n'acquièrent d'hypothèque qu'à mesure des réceptions. Ainsi une femme s'est constitué tous ses biens présents et à venir. Elle possède, au moment du mariage, une somme de 50,000 francs qui lui était advenue par suite d'un partage avec son frère. Mais quelque temps après, par une action en rescision pour lésion, elle force son frère à lui payer un supplément de dot de 4,000 francs. L'hypothèque, dans ce cas, d'après les principes posés, ne datera que du jour de la réception de cette somme supplémentaire. Il en serait différemment, dit M. Troplong, si parmi les biens immeubles d'une femme, qui s'est constitué en

dot ses biens présents et à venir, se trouve une maison acquise avec pacte de rachat. Le tiers se présentant au temps fixé et comptant au mari une somme de 25,000 francs, prix du réméré, l'hypothèque pour cette somme datera du jour du mariage. Si le mari eût vendu cet immeuble, la femme aurait dû être colloquée pour la valeur de cet immeuble à la date de son mariage. Pourquoi devrait-il en être autrement dans le cas où l'immeuble sort des mains du mari par suite de l'exercice d'un droit de réméré? La somme de 25 mille francs, qui lui est payée pour prix de ce réméré, n'est en quelque sorte que la représentation de l'immeuble remis au mari lors du mariage.

5° « Pour indemnité des dettes qu'elle a contractées » avec son mari, à compter du jour de l'obligation. » L'ancien droit accordait dans notre espèce l'hypothèque à partir du jour du mariage. Cette tradition a été avec raison repoussée. « La rétroactivité de l'hypo- » thèque, disait M. Treilhard, dans l'exposé des mo- » tifs, pourrait devenir une source intarissable de » fraudes. Un mari serait le maître de dépouiller ses » créanciers légitimes, en s'obligeant envers des prête- » noms, et en faisant paraître sa femme dans ces obli- » gations frauduleuses, pour lui donner hypothèque » du jour de son mariage. Il conserverait ainsi, sous » le nom de sa femme, des propriétés qui ne devraient » plus être les siennes. Nous avons mis un terme à ces » inconvénients en fixant l'hypothèque aux époques » des obligations. »

Pour qu'il y ait hypothèque, il suffit que les dettes aient été contractées : le mari étant obligé envers sa femme, du jour où elle s'est engagée pour lui, il n'est donc pas nécessaire que ces dettes aient été acquittées. Dans ce dernier cas, la femme exercera son hypothèque : car son obligation envers le tiers est une cause suffisante de créance sur son mari; mais elle devra donner caution au mari ou à ses héritiers que le

tiers créancier ne les poursuivra pas eux-mêmes, ou qu'en cas de poursuite, elle leur restituera ce qu'elle a touché au sujet de cette dette. — Si la femme a contracté plusieurs dettes à des époques différentes, comme elle a autant de créances sur son mari qu'il existe d'engagements de sa part envers les tiers, son hypothèque aura diverses dates, celle de chacune des obligations; de telle sorte qu'un créancier, ayant pris hypothèque sur les biens du mari à une époque postérieure à une première dette contractée par la femme, mais antérieure à une seconde dette, serait primé par l'hypothèque légale résultant de la première dette, mais primerait celle qui est née de la seconde. — Nous savons que la dette de la femme, antérieure au mariage et renouvelée pendant le mariage conjointement avec son mari, tombe dans la communauté et devient dette du mari. La femme, qui a recours contre ce dernier, si elle renonce, car le mari est obligé à payer dans ce cas les dettes de la femme tombées dans la communauté, exercera son hypothèque non pas à la date du jour où elle s'est engagée de nouveau, mais à la date du mariage : l'obligation de payer toutes les dettes de la communauté en cas de renonciation (art. 1485) doit être considérée comme une convention matrimoniale, dérivant virtuellement de la stipulation du régime.

Peut-on stipuler dans le contrat de mariage que l'indemnité pour dettes produira hypothèque pour la femme du jour de la célébration du mariage? Oui, dit-on; c'est une convention matrimoniale, à laquelle l'hypothèque s'appliquerait comme à toute autre. Si cette clause gêne le mari dans ses transactions, c'est à lui à s'imputer de l'avoir consentie. Enfin, les tiers, ne peuvent se plaindre quand ils traitent avec un homme marié, ils doivent se faire représenter son contrat de mariage. Cette opinion ne nous paraît pas soutenable. Le Code Napoléon, dans l'article 2135 a été dirigé par

des motifs d'ordre public; c'est, comme disait le tribunat, pour faire disparaître une source de fraudes que la date a été déterminée par la loi. Or, les tribunaux ne doivent pas tolérer des conventions qui favorisent les fraudes, et qui par conséquent sont contraires aux bonnes mœurs (art. 6.)

6° « Pour le remploi des propres aliénés, à compter » du jour de l'aliénation. » La femme devait être prémunie contre l'éventualité d'une perte, mais son droit ne pouvait commencer qu'au moment où le danger de cette perte prend naissance. L'ancien droit faisait remonter l'hypothèque au mariage; mais Lamoignon avait blâmé cette disposition. Il avait compris qu'il est déraisonnable d'établir une hypothèque antérieure à l'obligation dont elle est l'accessoire. On ne saurait donc stipuler dans le contrat de mariage que l'hypothèque à raison du remploi remontera au jour de la célébration.

Nous n'appliquerions pas la décision de l'art. 2135 à l'aliénation du fonds dotal faite par le mari. Celui-ci, en vendant un propre, n'avait, avant la vente, contracté envers la femme aucune obligation. Ce n'est qu'autant qu'il la force à se dépouiller de son bien qu'il s'oblige à l'en indemniser. L'aliénation engendre l'obligation et l'obligation donne naissance à l'hypothèque. Au contraire, lorsque le mari a vendu le fonds dotal, il a violé la loi du contrat de mariage qui rend le bien dotal inaliénable. Il encourt la responsabilité qu'il a encourue dès le jour du mariage. Cette aliénation ne produit donc pas l'hypothèque ; elle n'est que l'événement qui force la femme à en user. Il en serait de même, si la vente a été faite en vertu d'une clause du contrat de mariage qui autoriserait la vente du fonds dotal : la dot est une charge dont le mari a été grevé dès l'instant du mariage.

Quant à l'aliénation des paraphernaux, ou des immeubles de la femme séparée de biens, l'hypothèque

prend rang à compter du jour où le mari est devenu garant du remploi, c'est-à-dire, du jour de la vente, s'il y a donné son consentement, ou s'il y a concouru, dans le cas où la justice aurait donné son autorisation; du jour où il a touché le prix; ou encore du jour où ce prix a tourné à son profit.

II. Les distinctions, que nous vient d'indiquer l'article 2135, doivent être appliquées par analogie aux créances qui, quoique n'y étant pas mentionnées, emportent cependant hypothèque légale. S'il s'agit de sommes paraphernales, touchées par le mari, la femme aura hypothèque, non à la date de la procuration qu'elle aurait donnée, mais à celle du jour où les créances ont été recouvrées; s'il s'agit d'indemnité pour dégradation des biens, ce sera l'époque de la dégradation; pour l'indemnité des dettes payées par la femme avec ses deniers, on aura égard au jour des payements. En un mot, sans examiner toutes les espèces, quelle que soit la créance qui donne lieu à hypothèque, disons que celle-ci remontera toujours au moment où la femme sera devenue créancière : c'est l'esprit de l'article 2135, qui veut que l'effet ne préexiste jamais à sa cause.

CHAPITRE QUATRIÈME.

Quels biens frappe l'hypothèque de la femme?

La loi, dans les articles 2121 et 2122 grève d'une hypothèque générale les biens du mari; ce qui comprend ceux qu'il possède au moment où l'hypothèque prend naissance, et tous ceux qu'il pourra acquérir dans la suite. Avant d'étudier l'étendue de cette règle, recherchons d'abord en peu de mots, quelle nature de biens peut être affectée de toutes hypothèques en général; puisque les biens susceptibles d'hypothèques doivent être tous le gage de la femme.

SECTION I.

DES BIENS SUSCEPTIBLES D'HYPOTHÈQUE.

I. L'art. 2118 pose en principe que l'hypothèque peut affecter :

« 1° Les biens immobiliers et leurs accessoires réputés immeubles. » C'est-à-dire, les immeubles par nature et par destination, tels qu'ils sont désignés dans les articles 518 à 524. Toutefois les immeubles, qui ne sont pas dans le commerce, ne peuvent être susceptibles d'hypothèques : tels sont les biens qui composent un majorat (décret du 1er mars 1808, art. 41 et suivants). Cette exception tend toutefois à disparaître : la loi du 17 mai 1849, en abolissant les majorats pour l'avenir, a supprimé ceux qui étaient établis *sur demande*, et ne laisse subsister que ceux *de propre mouvement*, pour lesquels le *statu quo* a dû être maintenu, par suite de leur reversibilité future à l'Etat.

« 2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires, » pendant le temps de sa durée. » Toutefois l'usufruit n'est susceptible d'hypothèque qu'autant qu'il est démembré de la propriété : car ce n'est qu'à la condition d'être séparé de la nue-propriété qu'il constitue un démembrement de la propriété. L'hypothèque de l'usufruit n'embrasse, au surplus, que l'exercice du droit, et non le droit lui-même. — De même, la nue-propriété constituant un démembrement de la propriété peut être affectée d'hypothèque. — L'usufruit légal du père peut-il être également hypothéqué? La question n'est pas sans difficulté. Pour l'affirmative, on peut dire que cette jouissance est un véritable usufruit, qu'elle est ainsi qualifiée par la loi (art. 579, 601, 730), et qu'elle doit être par suite susceptible d'hypothèque : mais la négative nous semble préférable.

C'est un attribut de la puissance paternelle, qu'on ne peut enlever à celui qui en jouit. D'ailleurs pour qu'il fût susceptible d'hypothèque, il faudrait qu'il pût être aliéné, et avec les charges qui y sont attachées. Or, parmi ces charges, il en est qui ne peuvent évidemment reposer que sur la tête du père : la loi n'a certainement pas entendu que la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants selon leur fortune (art. 385) seraient successivement imposés aux acquéreurs d'une jouissance constituée au profit du père seul.

II. La disposition de l'article 2118 est-elle limitative. On a soutenu la négative, en invoquant l'art. 2181 qui suppose qu'on peut purger les immeubles *ou autres droits réels immobiliers.* Mais sa disposition toute réglementaire doit se combiner avec celle de l'art. 2118, pour être restreinte aux droits réels immobiliers que ce dernier déclare *seuls* susceptibles d'hypothèques. Ainsi ne peuvent être soumis à l'hypothèque les autres immeubles non énumérés, à savoir : 1° les droits d'usage et d'habitation. Incessibles de leur nature, ils échappent à l'action de tout créancier qui ne peut en requérir la vente : or, le but de l'hypothèque est d'arriver à la vente de l'objet hypothéqué pour en employer le prix à l'acquittement des créances qu'elle garantit. — 2° Les servitudes réelles. Quelle garantie pourrait présenter une servitude dont l'expropriation est impossible, puisqu'elle n'a de valeur, d'existence même, que pour le propriétaire du fonds dominant? C'est donc avec ce fonds seulement et comme qualité de ce fonds qu'elle peut être susceptible d'hypothèque. — 3° Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble, telles que l'action à réméré, l'action en rescision pour lésion : on ne devait pas inutilement compliquer le système hypothécaire. Ces actions ne peuvent être hypothéquées qu'avec l'objet auquel elles s'appliquent, c'est-à-dire, avec l'immeuble même qu'elles tendent à revendiquer, et le sort de ces

hypothèques sera subordonné à l'exercice et au succès de l'action (art. 2125).

Quid de l'emphytéose? On appelle ainsi un contrat par lequel on donne pour un temps très long un immeuble à quelqu'un qui devra l'améliorer, et en percevoir les revenus moyennant une redevance à payer au propriétaire. Pour nous, l'emphytéote peut hypothéquer son droit: quoique ce ne soit pas un véritable usufruit, puisque l'usufruit est viager, celui-ci est saisi d'un démembrement très important du domaine, qu'il doit avoir la faculté d'hypothéquer. C'était la disposition de la loi romaine et de l'article 6 de la loi de brumaire an VII. L'article 2118 permettant d'hypothéquer les biens immobiliers, son acception générale doit embrasser l'emphytéose qui a une assiette fixe, et qui, bien différent du simple bail, comprend une aliénation temporaire du domaine utile. Telle est aussi la solution donnée par la dernière jurisprudence.

III. A l'énumération de l'article 2118, il faut cependant ajouter des immeubles que des lois postérieures au Code Napoléon ont assimilés aux immeubles par nature, et qui à ce titre sont susceptibles d'hypothèques. Ce sont : 1° les mines, qui sont envisagées comme immeubles distincts du fonds sous lequel elles se trouvent (loi du 21 avril 1810, art. 8 et 19); mais elles ne peuvent être aliénées partiellement sans autorisation du gouvernement; une telle aliénation nuirait à leur exploitation; 2° les actions de la banque de France (décret du 16 janvier 1808, art. 7), et 3° les actions de la compagnie des canaux d'Orléans et du Loing (décret du 16 mars 1810, art. 13).

IV. Quant aux meubles, ils ne sont pas susceptibles d'hypothèques. Le principe de l'article 2279, qui déclare qu'en fait de meubles la possession vaut titre, s'opposait à l'hypothèque, qui n'aurait été qu'un droit illusoire. C'est ce qu'exprimait l'ancien droit, en disant que *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.* Ces

termes ont été reproduits avec le même sens dans l'article 2119.

Enfin le droit d'hypothèque ne peut être lui-même grevé d'hypothèque. Contrairement au Droit romain qui l'avait admis, notre législateur a proclamé la règle : *hypothèque sur hypothèque ne vaut.* L'art. 778 C. P. porte en effet que, dans tous les cas, le montant de la collocation du créancier sera distribué comme *chose mobilière* entre ceux de ses propres créanciers qui auront formé opposition ou qui auront pris inscription du chef de leur débiteur, avant la clôture de l'ordre. Cela est plus conforme au principe qui déclare les meubles non susceptibles d'hypothèques : car la nature mobilière de la créance ne permettant pas de l'hypothéquer, il est naturel que l'hypothèque qui n'en est que l'accessoire ne puisse pas l'être non plus. Au surplus on obtient, nous le verrons, le même résultat, au moyen de la subrogation.

SECTION II.

GÉNÉRALITÉ DE L'HYPOTHÈQUE DE LA FEMME.

I. L'hypothèque de la femme embrassant les biens présents et futurs du mari, il importe d'examiner les difficultés qui peuvent se présenter à cet égard, pour déterminer quels biens appartiennent au mari, quels peuvent cesser de lui appartenir, etc.

II. Ne sont pas censés appartenir au mari, et comme tels ne peuvent être frappés d'hypothèques en faveur de la femme :

1° Les immeubles acquis en son nom, mais dans l'intérêt d'un tiers : la femme se trouverait sans droit vis-à-vis d'eux. (Orléans, 29 décembre 1830).

2° Les immeubles sur lesquels le mari n'a qu'un droit de réméré; car les immeubles appartiennent à l'acquéreur qui en est seul propriétaire : le vendeur

n'y a qu'un droit éventuel. Si le mari, au lieu d'exercer ce droit, le vendait, la femme ne pourrait par son hypothèque aller chercher l'immeuble dans les mains du nouvel acquéreur : cet immeuble n'est pas venu dans le patrimoine du débiteur prendre l'empreinte de l'hypothèque; elle n'aurait que le droit de faire révoquer l'aliénation du mari, au cas où il aurait vendu frauduleusement son droit de réméré. (Cassation, 21 décembre 1825).

3° Les immeubles d'une société, dont le mari fait partie. Tant que dure la société, ces immeubles appartiennent à la masse, à la raison sociale. Le mari n'y a qu'une expectative, qui ne peut donner aucun droit à la femme, quand même elle prouverait que ses deniers dotaux ont été versés dans la caisse sociale. Ce n'est qu'après la dissolution de la société et sa liquidation, que les biens sociaux, qui, par l'effet du partage, entrent dans le domaine exclusif du mari, deviennent soumis à l'hypothèque légale de la femme.

III. Au contraire, la femme peut exercer son hypothèque sur les biens dont son mari est propriétaire par indivis, du moins jusqu'à concurrence de la part indivise, et elle a droit de poursuivre le payement de ses créances contre tout tiers acquéreur de ces biens indivis. Toutefois, si c'était le co-propriétaire du mari qui eût acquis sa part indivise, soit sur aliénation volontaire, soit sur licitation, cette acquisition serait un partage, et l'article 883 C. N. donne au partage l'effet d'être déclaratif de propriété, de telle sorte qu'en ce cas, la femme serait sans recours contre l'immeuble qui est censé avoir toujours appartenu au co-propriétaire.

IV. En cas d'échange, l'hypothèque de la femme, tout en frappant le nouvel immeuble que le mari acquiert, continue de grever celui qu'il a donné en échange. Grenier a soutenu le contraire en invoquant la maxime : *Subrogatum capit naturam subrogati.* Cette

opinion, repoussée par la jurisprudence, contrarie en effet la lettre de l'art. 2122, qui accorde l'hypothèque à la femme sur les biens du mari présents et à venir. La loi d'ailleurs n'a pas ici établi de subrogation réelle de l'un des immeubles à l'autre, comme dans le cas d'échange d'un immeuble propre à l'un des époux mariés en communauté (art. 1407), ou dans celui d'échange de l'immeuble dotal (art. 1559). Le co-échangiste ne peut donc, ainsi que tout acquéreur quelconque, être à l'abri des inscriptions hypothécaires prises sur le fonds acquis, qu'en purgeant ce fonds de ces inscriptions hypothécaires, suivant les formes établies par la loi; mais il a le droit, si le mari possède encore l'immeuble qu'il a reçu en échange, de demander, en vertu de l'art. 1705, la résiliation du contrat d'échange pour inexécution de l'obligation de le faire jouir, et en conséquence, sa rentrée dans l'immeuble par lui donné en échange.

V. La femme a-t-elle hypothèque sur les conquêts de la communauté? Plusieurs distinctions sont ici nécessaires.

1° Les conquêts n'ont pas été aliénés par le mari. Dans ce cas, de deux choses l'une : ou la femme renonce à la communauté, ou elle l'accepte. Si elle renonce, elle a hypothèque sur les conquêts; car la renonciation emporte une fiction rétroactive qui fait présumer que le mari en a toujours eu seul la propriété. Si elle accepte, elle n'aura certainement pas hypothèque sur ceux qui tomberont dans son lot; mais elle en aura une sur ceux qui pourront échoir à son mari : car le partage est déclaratif de propriété.

2° Les conquêts ont été aliénés par le mari. Si la femme a pris part à la vente, elle ne peut troubler par l'action hypothécaire celui qui aurait le droit de l'actionner en garantie. A part cette hypothèse, elle peut accepter la communauté ou y renoncer. Si elle accepte, elle n'aura pas d'hypothèque; car par son

acceptation, elle ratifie tous les actes d'aliénation émanés de son mari comme maître de la communauté; on lui opposerait victorieusement la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Mais que décider si elle renonce? C'est ici que la question proposée se présente.

MM. Persil et Delvincourt prétendent qu'elle n'a pas hypothèque. La fiction, disent-ils, que la femme renonçante n'a jamais été commune, et que sa renonciation fait supposer que le mari a toujours été propriétaire des biens de la communauté, n'est pas écrite dans la loi, du moins avec les effets étendus qu'on lui donnerait dans l'opinion contraire. Sans doute, la femme qui renonce perd ses droits sur la communauté, et se trouve déchargée de la contribution aux dettes; mais sa renonciation ne peut faire qu'elle n'ait jamais été commune : il y a là un fait qu'on ne peut détruire. Or, si elle a été commune, les immeubles ont été aliénés, non comme biens du mari, mais comme biens de la communauté, par le mari en sa qualité d'administrateur, c'est-à-dire tant en son nom qu'au nom de sa femme; cette vente ne peut donc être annulée. La loi ne peut d'un côté permettre au mari de disposer en maître des biens de la communauté (art. 1421), et de l'autre accorder à la femme la faculté de briser ce droit au moyen de son hypothèque. Si les conquêts de la communauté étaient grevés de l'hypothèque légale de la femme, les tiers, ajoute-t-on, ne voudraient pas traiter avec le mari seul, sans le concours de la femme. Dès lors, cette accession au contrat serait bientôt une clause de style : ce qui rendrait à la fois inutile l'affectation des conquêts à la communauté, et plus onéreuse la condition de la femme. Enfin, on observe que toutes les opérations du mari seraient nécessairement entravées, et cependant le régime de la communauté a été introduit pour les faciliter. — Quoi qu'il en soit, nous adoptons l'affirmative avec la

Cour de cassation. L'article 2122 soumet à l'hypothèque de la femme les biens à venir du mari; or, du nombre de ces biens sont les conquêts de la communauté, puisque la moitié en appartient actuellement au mari, et que l'autre moitié peut lui appartenir éventuellement si la femme n'accepte pas la communauté. Par suite de ce dernier principe, l'art. 1495 les affecte aux reprises de la femme; or, aucune loi n'excepte de cette affectation les conquêts aliénés par le mari pendant la communauté. Le même principe doit évidemment s'appliquer à l'hypothèque de la femme. A la vérité, la femme, avant sa renonciation et au moment de la vente, était commune en biens : mais elle ne peut être considérée comme associée à la vente faite par son mari; car au moyen de sa renonciation, elle est censée n'avoir jamais été co-propriétaire, n'avoir jamais contracté par l'organe du mari. On nous objecte le droit dérivant par le mari de l'art. 1421 : mais ce droit est essentiellement subordonné à celui que l'art. 1453 donne à la femme de renoncer à la communauté, de telle sorte que, par suite de cette renonciation, les actes faits par le mari pendant la communauté lui deviennent exclusivement personnels, et ne peuvent faire obstacle à l'exercice de l'hypothèque légale. S'il en était autrement, la femme serait exposée à perdre ses reprises, tandis que l'hypothèque des conquêts lui en assurera la conservation, et cette hypothèque ne nuira à personne; car le mari peut la faire réduire, si elle est excessive; d'ailleurs les tiers, qui contractent avec lui, sont libres de ne pas le faire, ou s'ils le font, ils ne doivent pas ignorer la condition de celui avec qui ils traitent, et les conséquences de cette condition. Les acquéreurs peuvent enfin purger les hypothèques des immeubles par eux acquis en suivant les voies légales établies à cet effet. Quant à la considération que l'administration du mari serait paralysée, elle ne prouve rien en prouvant trop : car elle

s'applique aussi aux biens personnels du mari, sur lesquels on ne conteste pas l'hypothèque de la femme. Or, dira-t-on que, par l'effet de l'existence de cette hypothèque, le mari n'a pas l'administration de ses propres biens? En second lieu, si la femme accepte, les actes faits par le mari sont valables. Si elle renonce, les aliénations ou hypothèques consenties par lui produisent toujours effet vis-à-vis d'elle, sauf l'exercice de son hypothèque, et il est même possible qu'il ne soit rien dû à la femme lors de l'aliénation des conquêts, auquel cas les actes du mari ne seront pas atteints par la femme. On voit donc que l'administration du mari n'est pas entièrement paralysée, comme on se plaît à le dire.

VI. Disons, en terminant cette section, que l'hypothèque de la femme affecte en faveur de ses successeurs les biens acquis depuis la dissolution du mariage par le mari; c'est l'application de l'art. 2122 qui soumet à cette hypothèque tous les biens à venir. Cette proposition est au surplus le corollaire de la question de savoir si l'hypothèque légale de la femme subsiste même après la dissolution du mariage; et cette question a toujours été résolue dans le sens de l'affirmative. Accessoire d'une créance, l'hypothèque doit exister autant que la créance qu'elle garantit.

CHAPITRE V.

Sous quelles conditions existe l'hypothèque de la femme?

I. D'après les principes ordinaires, l'hypothèque est subordonnée à l'existence d'une inscription prise sur les registres du conservateur des hypothèques; sa publicité a pour but de prémunir les tiers, et de leur permettre de traiter en sécurité. Par exception, la femme et le mineur ont, dans notre droit, la faculté d'exercer leur hypothèque, sans qu'il ait été pris

d'inscription (art. 2135). En interrogeant l'histoire, on voit qu'à Rome et dans notre ancien droit il en était ainsi ; toutes les hypothèques étaient occultes.

La loi de brumaire an VII, en créant un système général de publicité, soumit à l'inscription l'hypothèque légale de la femme. Lors de la discussion du Code civil, on se demanda s'il fallait maintenir cette prescription : la faveur à accorder au crédit foncier et la protection des tiers, contractant de bonne foi, devaient la faire admettre ; mais le système du Droit romain prévalut. La dispense de publicité était commandée par la notoriété de la qualité de mari, l'importance des droits à conserver, et la position particulière du créancier par rapport au débiteur ; empêchée, par l'influence de son mari, de prendre inscription pour ses droits, la femme se serait vue, par la négligence ou la fraude de celui-ci, exposée à voir disparaître toute garantie pour ses reprises ; enfin, l'inscription, qui paraissait une précaution rigoureuse de créancier à débiteur, aurait pu altérer les relations des époux : on affranchit la femme de cette pénible nécessité. Malgré l'importance de ces considérations, nous ne pouvons nous empêcher de reconnaître que cette dérogation aux principes jette beaucoup d'incertitude dans les transactions commerciales ; les tiers sont exposés à de continuelles déceptions, et la prudence la plus active ne suffit pas toujours pour échapper aux conséquences inévitables de la clandestinité.

II. Si nous passons à l'application de la dispense d'inscription, il ne se présente pas évidemment de difficulté pour les hypothèses prévues par la loi, c'est-à-dire pour la dot, les conventions matrimoniales, les sommes dotales provenant de successions ou donations, l'indemnité des dettes et le remploi des propres aliénés. Mais la prérogative que l'art. 2135 attache à ces dernières créances s'étend-elle à toutes

celles pour lesquelles la femme, comme nous l'avons dit, a hypothèque légale ? La question s'est présentée souvent en jurisprudence, surtout pour les créances paraphernales. A l'égard de ces dernières, des auteurs et plusieurs arrêts ont décidé que l'inscription était nécessaire. Voici leurs arguments : on proscrivit au conseil d'Etat les hypothèques occultes. En proposant la dispense d'inscription pour la femme, on ne parla que de la dot et limitativement d'autres droits; on garda le silence sur les créances paraphernales : la restriction de l'art. 2135, d'accord avec l'esprit de la législation hypothécaire, tend donc à les soumettre au principe général de publicité ordinaire. — D'autre part l'hypothèque sans inscription pour les paraphernaux donnerait la plus grande latitude à la fraude, à la déception des tiers : des dispositions clandestines par acte sous seing privé, furtivement enregistrées à des distances éloignées du domicile des parties, absorberaient tout-à-coup la fortune du mari au préjudice de ses créanciers. Enfin la femme qui s'est réservée des paraphernaux, a déclaré par cela même qu'elle se sentait assez d'énergie et d'indépendance pour les soustraire à l'envahissement du mari : ne peut-elle pas par un acte formel revendiquer contre lui les revenus dont il s'est emparé ? A plus forte raison elle doit pouvoir prendre une hypothèque que le mari peut-être ignorera et qui blesse son autorité d'une manière moins hostile. — Nous repoussons ce système : l'hypothèque legale, ainsi que nous l'avons établi par l'art. 2121, existe pour toute espèce de créances. Or le propre de l'hypothèque de la femme est d'être dispensée d'inscription, sans quoi il faudrait admettre que la loi aurait créé deux sortes d'hypothèques pour la femme : l'une affranchie d'inscription, l'autre soumise à cette formalité, et c'est ce que le législateur n'a dit nulle part. L'argument que l'on tire de l'article 2135, est sans valeur. Car la disposition de cet article, introduite par le Tribunat,

a eu pour objet d'empêcher que la femme n'eût pour date uniforme de son hypothèque le jour du mariage, et de prévenir ainsi les hypothèques antérieures à la naissance des droits qu'elles garantissent, mais non pas de distinguer les espèces différentes de créances, quant à la dispense d'inscription. Enfin les mêmes empêchements moraux, qui ont affranchi les femmes de l'inscription pour leurs dots, existent pour l'hypothèque des sommes paraphernales, dont leurs maris ont touché le montant. Le mari par son influence peut priver la femme du droit de s'inscrire, et celle-ci se verrait réduite à une condition pire que celle d'un créancier ordinaire qui a pu prendre toutes ses sûretés. Notre opinion est au surplus consacrée par plusieurs arrêts de la cour de cassation.

Question. — L'hypothèque des femmes demeure-t-elle dispensée d'inscription, même après la dissolution du mariage? les partisans de la négative disent: La loi est censée prendre elle-même inscription pour la femme, le dernier jour du mariage : l'effet de cette inscription fictive sera le même que celui de l'inscription de toute hypothèque, laquelle doit être renouvelée dans les dix ans de sa date, à peine de la perte du rang qu'elle donnait. Nous sommes d'un avis contraire. La dispense d'inscription est inhérente à la qualité de la créance, et dure par conséquent autant que l'hypothèque elle-même, sauf aux tiers à invoquer, s'il y a lieu, le bénéfice de la prescription. Rien dans le Code n'autorise d'ailleurs la fiction arbitraire proposée par nos adversaires. Ajoutons cependant qu'en 1851, lors de la tentative de réforme hypothécaire, l'Assemblée législative, tout en repoussant par un amendement de MM. Demante et Gaslonde, la nécessité de l'inscription pour l'hypothèque légale de la femme, avait limité la durée de l'exercice des droits hypothécaires après le mariage. — Dans un projet de loi récent, qui exige à l'avenir la transcription des titres translatifs de propriété

pour la translation à l'égard des tiers des droits immobiliers, le conseil d'état vient de reproduire la disposition du projet de 1851. L'art. 10 porte que, si la veuve, leurs héritiers ou ayant-cause n'ont pas pris l'inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage, l'hypothèque ne datera à l'égard des tiers que du jour des inscriptions prises ultérieurement. Lorsque l'incapacité n'existe plus, il n'y a pas en effet de motif pour affranchir les intéressés de l'inscription des garanties que la loi leur donne; les droits des tiers reprennent alors leur empire, et la publicité des charges hypothécaires redevient une nécessité. — Cette innovation heureuse, que la loi de brumaire an VII avait formellement adoptée, présente une trop grande utilité pour douter de sa sanction par le pouvoir législatif à la prochaine session.

III. Quoique le législateur n'ait pas en général fait dépendre l'efficacité des hypothèques légales des femmes de la nécessité de l'inscription, il a cependant, pour maintenir autant que possible le principe de la publicité, désiré cette inscription ; mais tandis que, pour les hypothèques ordinaires, l'inscription assure le rang de l'hypothèque, pour celle de la femme comme pour les priviléges, l'inscription prise permet à la femme d'exercer ses droits au rang que lui donnent les titres dont ils résultent, d'après l'art. 2135.

Nous devons ici examiner : 1° les personnes qui peuvent requérir inscription ; 2° le lieu où se fait l'inscription ; 3° l'époque pendant laquelle elle peut être prise ; 4° les formalités qu'elle exige ; 5° la restriction de l'hypothèque ; 6° la durée de l'inscription, et 7° sa radiation.

SECTION I.

DES PERSONNES QUI PEUVENT REQUÉRIR L'INSCRIPTION DE L'HYPOTHÈQUE DE LA FEMME.

I. La loi impose à certaines personnes le devoir et accorde à d'autres le droit de requérir cette inscrip-

tion. Mais ce vœu qui n'est point sanctionné, puisque l'hypothèque existe indépendamment de l'accomplissement de cette formalité, n'est presque jamais rempli, ou s'il y a inscription prise, ce n'est qu'accidentellement, lorsqu'elle devient indispensable à l'exercice du droit. Alors il est trop tard pour les tiers, à qui cette inscription vient révéler inutilement la position de leur débiteur.

II. Parmi les personnes obligées de requérir inscription, l'article 2136 désigne, en premier lieu, le mari qui est tenu de la prendre sans délai sur les immeubles à lui appartenant et pouvant lui appartenir par la suite. S'il néglige de le faire et que néanmoins il consente ou laisse prendre des hypothèques ou priviléges sur ses immeubles, sans déclarer expressément que ces immeubles étaient affectés à l'hypothèque de sa femme, le législateur le rend passible des peines du stellionat: comme tel, il devient contraignable par corps s'il n'est pas mineur, et, pour l'avenir, se trouve déchu du bénéfice de cession de biens (art. 2066 C. N. et 905 C. Pr.); sans préjudice des dommages et intérêts dont il serait redevable envers le tiers, qui, se croyant premier créancier hypothécaire, serait ensuite primé par l'hypothèque de la femme. Observons que la déclaration frauduleuse du mari n'est pas nécessaire; l'article 2136, plus large que l'article 2059, condamne sa simple réticence; la circonstance que le créancier aurait su, en acceptant l'hypothèque, que le débiteur était marié, ne pourrait même servir d'excuse à ce dernier pour s'affranchir des suites du stellionat: il ne peut s'y soustraire qu'en déclarant expressément l'hypothèque légale; le tiers, en effet, a pu croire que cette hypothèque a été restreinte d'après les articles 2140 et suivants. Mais nous pensons, contrairement à la jurisprudence, que la femme pourrait empêcher les conséquences du stellionat, en offrant de subroger le créancier à l'effet de son hypothèque

légale. Il ne peut plus se plaindre de la dissimulation dont il a été victime ; le tort qu'on lui a causé par cette dissimulation étant complétement réparé. D'ailleurs la contrainte par corps n'est qu'un moyen d'exécution de jugement : lorsque la circonstance qui a motivé la contrainte vient à s'effacer, la contrainte n'a plus de cause : *cessante causâ, cessat effectus.*

L'article 2136 parle : 1° *de priviléges consentis.* Mais l'article 1095 déclare que le privilége ne résulte que de la loi ; d'autre part, le privilége prime toujours l'hypothèque, même légale : comment cette hypothèque peut-elle nuire au créancier privilégié? La seule espèce, à laquelle puisse s'appliquer notre texte, est celle-ci : le mari vend son immeuble grevé de l'hypothèque de sa femme ; il conserve son privilége de vendeur, l'acquéreur ne payant pas le prix. Ce prix lui est plus tard payé par un tiers qu'il subroge à ses droits. Le subrogé s'était cru premier en rang, il voit son privilége primé par l'hypothèque de la femme ; il y a stellionat. — 2° Des hypothèques que le *mari aurait laissé prendre*, ce qui semble exprimer non seulement les hypothèques conventionnelles, mais celles qui sont légales et judiciaires. Mais le mari peut avoir été condamné par défaut, sans qu'il l'ait su ; d'un autre côté, il n'a pu empêcher les tiers de prendre des inscriptions que la loi autorise ; dans ces deux cas, il serait rigoureux de le poursuivre comme stellionataire. Aussi n'applique-t-on notre article qu'aux hypothèques conventionnelles. Et qu'on n'oppose pas un texte : car l'article 2136 a été modifié par l'article 2194, qui reproduisant identiquement les mêmes dispositions pour le même cas, ne parle que de l'hypothèque conventionnelle.

Faut-il étendre au cas de vente la conséquence que la loi attribue à l'affectation hypothécaire? Non. Il s'agit d'une disposition pénale qui, par suite, est essentiellement restrictive. Il n'y a pas non plus les

mêmes motifs de décision. Le créancier hypothécaire devait être protégé, parce qu'il n'a pu se prémunir; mais le tiers-acquéreur est dans une meilleure position; il peut faire apparaître l'hypothèque au moyen de la purge légale. Ainsi le mari qui vend un de ces immeubles grevé de l'hypothèque de sa femme ne sera passible du stellionat qu'autant qu'il l'aurait déclaré libre en vertu de l'art. 2059. (Cassation, 25 juin 1827.)

2° A défaut du mari, le procureur impérial près le tribunal du domicile de ce dernier, ou du lieu de la situation des biens, doit prendre inscription pour l'hypothèque de la femme (art. 2138). Mais cette prescription n'est qu'une obligation illusoire; car, outre que son inobservation n'engage pas la responsabilité du procureur impérial, une circulaire du garde-des-sceaux, en date du 15 septembre 1806, a même recommandé à ce dernier la plus grande circonspection en cette matière.

Ajoutons que le conservateur des hypothèques ne peut jamais prendre d'office des inscriptions d'hypothèque légale (circulaire du garde-des sceaux du 15 septembre 1808) : mais il le devrait, sur la réquisition du procureur impérial.

III. Quant aux personnes ayant la faculté de réquérir inscription sur les biens du mari, l'article 2139 indique les parents soit du mari soit de la femme, et *à fortiori* la femme elle-même aurait le droit de s'inscrire, sans qu'elle ait besoin à cet effet de l'autorisation maritale ou de celle de la justice. — *Quid* de ses amis? Ceux du mineur, dont l'hypothèque est sur la même ligne que celle de la femme, le peuvent d'après la loi; nous ne pensons pas cependant qu'on puisse l'admettre par analogie. Il parut choquant au Tribunat, lors de la discussion de notre article que les amis de la femme fussent appelés à concourir à la manifestation de ses droits. Le silence de la loi ne saurait donc être suppléé.

IV. Nous complèterons la nomenclature des personnes ayant qualité pour requérir inscription, en disant qu'on ne peut refuser le droit d'inscription aux successeurs de la femme, héritiers ou légataires. — Par application de l'art. 1166, le créancier de la femme aura également la faculté de prendre inscription en son nom sur les biens du mari : mais celui au profit duquel une délégation a été faite dans un acte où il n'a pas été porté, ne peut prendre inscription qu'après avoir accepté la délégation. — Enfin le mandataire des ayant-cause précités peut aussi requérir inscription : il n'a pas besoin de procuration par écrit, il lui suffit de produire l'acte qui constate l'existence de l'hypothèque légale (art. 2148).

SECTION II.

DU LIEU OU SE FAIT L'INSCRIPTION HYPOTHÉCAIRE.

I. D'après le principe général de l'art. 2146, l'inscription doit se faire au bureau des hypothèques dans l'arrondissement duquel sont situés les biens du mari ; c'est là plutôt que partout ailleurs que les tiers pourront connaître si les biens du mari sont grevés ou non. Toutefois la compétence du conservateur étant toute territoriale et ne s'appliquant qu'aux immeubles situés dans l'arrondissement sans pouvoir jamais s'étendre au-delà, il en résulte que si un domaine a des dépendances dans plusieurs arrondissements, il ne suffirait pas de prendre inscription dans l'arrondissement où est la principale partie : il est nécessaire d'inscrire dans tous les arrondissements.

II. Pour les actions de la banque de France et celles de la Compagnie des canaux d'Orléans et du Loing, l'inscription se fait au bureau du conservateur des hypothèques de Paris, où est le siége de ces sociétés. Paris doit être regardé comme étant en quelque sorte le lieu de la situation de l'immeuble. Autrement il n'y

aurait que des inconvénients à prendre l'inscription au domicile du débiteur qui peut varier. Comment en effet un créancier postérieur, qui ne connaît pas l'ancien domicile du propriétaire des actions, peut-il savoir si déjà elles sont grevées de quelque hypothèque ?

SECTION III.

DE L'ÉPOQUE PENDANT LAQUELLE PEUT ÊTRE REQUISE L'INSCRIPTION.

I. L'inscription peut être requise immédiatement après l'acquisition de l'hypothèque, et tant que n'est pas éteinte la créance qu'elle est appelée à garantir.

II. Toutefois, d'après l'art. 2146 : « Les inscrip- « tions sont sans effet, si elles sont prises dans le « délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture « des faillites sont déclarés nuls, ou depuis l'ouverture « d'une succession, dans le cas où cette succession « n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire. » Ajoutons à plus forte raison, si cette succession n'est pas acceptée du tout. Il doit venir, on le conçoit, une époque où le débiteur insolvable n'ayant plus la faculté de disposer au préjudice de ses créanciers, il y a droit acquis à une portion du prix des biens. Alors évidemment ce droit ne peut recevoir aucune atteinte par l'établissement d'une préférence au profit de quelques-uns d'entr'eux. Tel est l'effet de la faillite. La loi, craignant les fraudes de la part d'un débiteur, qui prévoyant cet événement voudrait favoriser quelques créanciers, a ainsi empêché que la position de ces derniers s'améliorât au préjudice des autres. Tel devait être également l'effet de la mort du débiteur, lorsque sa personne n'est pas continuée par un héritier pur et simple. Autrement le droit de préférence aurait été le prix de la course, offert aux créanciers les plus rapprochés du lieu de l'ouverture de la succession, et qui sont les premiers

avertis du décès. Ces considérations sont inapplicables à la femme. Que servirait la défense d'inscription vis-à-vis d'elle, alors qu'elle peut faire valoir son hypothèque indépendamment de toute inscription?

III. Nous constaterons, en parlant du droit de suite, que la femme peut n'être plus recevable à prendre inscription après l'expiration de certains délais.

SECTION IV.

DES FORMALITÉS DE L'INSCRIPTION HYPOTHÉCAIRE.

I. L'art. 2153 exige de la part de toute personne requérant inscription au nom de la femme, la représentation au conservateur des hypothèques de deux bordereaux, écrits par n'importe qui sur papier timbré, sauf amende s'ils le sont sur papier libre (loi du 13 messidor an VII). On entend par bordereaux le contenu des mentions que le conservateur doit retranscrire sur ses registres, et qui constituent l'inscription. La loi en exige deux pour la garantie réciproque du conservateur et du requérant.

Ces bordereaux, qui n'ont pas besoin d'être datés ni signés par la partie, doivent contenir, d'après l'article 2153:

1° « Les noms, prénoms, profession et domicile « réel du créancier et le domicile qui sera par lui ou « pour lui élu dans l'arrondissement. » La désignation du créancier est utile au détenteur pour lui faire des offres à fin de purge, et à toutes parties intéressées pour la radiation ou la réduction de l'hypothèque. — Quant à l'élection de domicile, qui doit toujours être faite quand même le créancier aurait son domicile réel dans l'arrondissement, elle a pour effet de simplifier les rapports et les procès auxquels l'hypothèque pourra donner lieu entre créanciers éloignés les uns des autres, dès qu'on la circonscrit dans l'arrondissement où est situé l'immeuble. Ce domicile élu continue d'exister

valablement après le décès du créancier, en ce sens que les poursuites peuvent être dirigées contre lui-même, sans qu'on soit obligé de s'adresser aux héritiers (arg. de l'art. 2156). Au surplus, la loi permet à celui qui a pris une inscription ou à ses représentans, de changer le domicile, à la charge d'en choisir et indiquer un autre dans le même arrondissement (art. 2152).

2° « Les noms, prénoms, profession, domicile ou » désignation précise du débiteur. » Quand le conservateur des hypothèques délivre un certificat d'inscription faisant connaître la situation hypothécaire d'une personne, il faut qu'on ne puisse pas facilement la confondre avec une autre. Lorsque l'immeuble se trouve entre les mains d'un tiers détenteur, l'inscription doit toujours être faite sur le débiteur primitif. S'il est décédé, l'inscription, suivant l'art. 2149, peut être prise, soit contre celui-ci, soit contre ses héritiers ou successeurs.

3° « La nature des droits à conserver et le montant » de leur valeur quant aux objets déterminés. » La comparaison des créances garanties avec la fortune du débiteur fera apprécier l'étendue du crédit qu'il peut et doit mériter.

En comparant les énonciations que doit contenir l'inscription de l'hypothèque légale, avec celles qui sont exigées pour l'inscription de l'hypothèque conventionnelle ou judiciaire, on voit que, pour la première, la représentation du titre au conservateur n'est pas nécessaire : la disposition de la loi sert de titre, et d'ailleurs, les parents pouvant requérir inscription pour la femme, il serait arrivé qu'ils en auraient été empêchés, s'ils s'étaient trouvés dans l'impossibilité de se procurer ces titres; enfin, les époux peuvent ne pas avoir fait de contrat de mariage. — Quant aux bordereaux, il n'est pas indispensable, comme le veut l'art. 2148, pour l'hypothèque ordinaire : 1° d'y fixer le montant de la valeur des droits conditionnels, éventuels ou in-

déterminés : les créances de la femme rentrent le plus souvent dans cette dernière catégorie. La femme sera-t-elle créancière ou débitrice? C'est là un point que l'avenir seul pourra faire connaître à la dissolution du mariage; ce qui ne permet pas de faire une évaluation (art. 2153); 2° d'y mentionner l'exigibilité de la créance : elle était connue d'avance, c'est la dissolution du mariage; 3° enfin, d'y indiquer l'espèce et la situation des biens sur lesquels le créancier entend faire porter sa garantie. Cette dernière disposition ne pouvait être appliquée à l'hypothèque légale qui est générale de sa nature : il suffit que les inscriptions soient prises sur la généralité des biens présents et à venir du débiteur, compris dans l'arrondissement (art. 2148, § 5). Les immeubles présents se trouveront affectés de l'hypothèque, à dater de l'époque que la loi fixe pour chaque créance, et les immeubles à venir, au fur et à mesure des nouvelles acquisitions faites par le mari, de telle sorte qu'il ne sera pas utile de prendre une nouvelle inscription à chaque nouvelle acquisition.

III. La validité des inscriptions se jugeant uniquement d'après l'état des inscriptions elles-mêmes, et non d'après la régularité des bordereaux, recherchons quelle influence peut avoir l'omission ou la défectuosité de l'une ou de l'autre des énonciations exigées par l'art. 2153. On a proposé à cet égard deux systèmes absolus : l'un prononce la nullité pour toute omission ou défectuosité; l'autre ne l'admet que si les tiers ont pu être trompés, de telle sorte qu'il faut apprécier les circonstances particulières de chaque cause. Nous préférons cette dernière opinion que l'équité demande. Mais la jurisprudence de la Cour de cassation a adopté une distinction entre les énonciations substantielles, dont le vice entraîne la nullité de l'inscription, et les énonciations secondaires qui, malgré leur imperfection, laissent sub-

sister l'inscription dans sa validité. D'après cette théorie, nous considérerions comme substantielles, les indications du créancier, du débiteur et de la somme, et comme secondaires, les mentions accessoires qui forment les éléments de ces indications, et pour lesquelles on admet des équipollens. Serait secondaire, à nos yeux, malgré la jurisprudence, l'élection de domicile. Cette formalité ne doit pas être plus nécessaire pour l'inscription de la femme que pour une inscription ordinaire. Que peut-il, en effet, résulter du défaut d'élection, lorsqu'il s'agit de cette inscription ordinaire ? Une seule chose : c'est qu'on ne sera pas forcé de notifier l'état des inscriptions au créancier, qui alors sera suffisamment puni de sa négligence par le danger qu'il aura couru de ne point être colloqué. Mais le défaut d'élection ne doit pas entraîner nullité. Il doit être libre à l'acquéreur de notifier au domicile réel du créancier, ou de l'appeler autrement (art. 111, C. N. et 59 C. Pr.). Si ce créancier se présente même volontairement, ne sera-t-il pas vrai de dire que la notification, et par conséquent l'élection de domicile, auront été inutiles ? Conséquemment la nullité sera superflue.

IV. Le conservateur des hypothèques, qui doit procéder sans retard à l'inscription sur la réquisition qui lui est faite, mentionne sur un registre d'ordre la réception des pièces qui lui sont remises, pour inscrire ensuite les bordereaux sur les registres à ce destinés, à la date et dans l'ordre des remises qui lui ont été faites (art. 2199-2200). Les créanciers inscrits le même jour sur les biens d'un débiteur exercent concurremment leur hypothèque à la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand elle serait marquée par le conservateur (art. 2147). Cette disposition a eu pour but de prévenir toute collusion de la part du conservateur avec quelques-uns des créanciers. Après l'inscription opérée,

le conservateur remet au requérant le titre s'il en a représenté un, et un exemplaire du bordereau au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription (art. 2150).

Ajoutons que les frais d'inscription sont en principe à la charge du débiteur ; le créancier est tenu d'en faire l'avance. Mais il y a une exception pour l'hypothèque légale de la femme : le conservateur ne peut exiger cette avance de la part du requérant, il est réduit à un simple recours contre le débiteur (art. 2155). Les parents qui ont la faculté de requérir l'inscription en auraient été détournés, s'ils avaient été tenus de faire des débours. Au surplus, le montant des frais vient au rang du capital de la créance en qualité d'accessoire.

SECTION V.

DE LA RESTRICTION DE L'HYPOTHÈQUE.

I. L'atteinte que porte au crédit du mari l'inscription générale de l'hypothèque légale devait rendre précieuse à celui-ci la faculté d'y soustraire une partie de ses biens. La loi permet à la femme de faire cesser cette dérogation au principe de spécialité que le Code proclame, en l'autorisant à restreindre l'hypothèque qu'elle a contre son époux. Cette restriction s'opère différemment, suivant qu'elle a lieu au moment même du contrat de mariage ou après sa célébration.

1er *Cas.* — « Lorsque dans le contrat de mariage, » dit l'art. 2140, les parties majeures seront con- » venues qu'il ne sera pris d'inscription que sur un » ou certains immeubles de son mari, les immeubles » qui ne seront pas indiqués pour l'inscription res- » tent libres et affranchis de l'hypothèque pour la » dot de la femme et pour ses reprises et conventions » matrimoniales. » — Observons sur cet article : 1° que ces termes, *parties majeures*, semblent exiger la majorité des deux époux ; mais les auteurs n'exi-

gent cette condition que vis-à-vis de la femme ; la minorité du mari ne ferait donc pas obstacle à la restriction, un mineur pouvant toujours rendre sa condition meilleure ; 2° que sa disposition exceptionnelle ne permettrait pas d'appliquer la règle posée par l'art. 1398, d'après laquelle les mineurs peuvent, avec l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage, stipuler, comme ils le jugent convenable, leurs conventions matrimoniales (Cassation, 19 juillet 1820). — Au surplus, la femme qui peut consentir la restriction de son hypothèque n'a jamais la faculté d'y renoncer d'une manière absolue (art. 2140 *in fine*). En présence d'une pareille clause, qui est réputée comme non avenue, l'hypothèque couvrirait tous les immeubles du mari.

2e *Cas.* — Le mari, dont les biens excèdent notoirement les sûretés suffisantes pour les créances de la femme, peut, du consentement de celle-ci, demander au tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été faite, que l'hypothèque générale sur tous ses immeubles soit restreinte aux immeubles suffisants pour la garantie entière des droits de la femme (art. 2144). Toutefois, comme les parents de cette dernière sont fort intéressés à veiller à la conservation d'un patrimoine dont ils pourront hériter un jour, le mari doit préalablement prendre l'avis des quatre plus proches en degré. Le tribunal, sans être lié par leur avis, pourra autoriser la restriction que ceux-ci auraient refusée, ou rejeter celle qu'ils auraient admise : mais il ne pourra prononcer son jugement, qu'après avoir entendu le procureur impérial et contradictoirement avec lui. S'il adopte la restriction à certains immeubles, les inscriptions prises sur tous les autres seront rayées (art. 2145). — Le législateur a exigé un jugement après le mariage, parce que la femme aurait pu être sous l'influence du mari : cette crainte ne pouvait

se présenter avant le mariage, car les parties étaient libres au moment de leurs conventions matrimoniales. — Remarquons ici : 1° qu'il est nécessaire que la femme soit majeure, puisqu'elle doit l'être pour pouvoir consentir la restriction, même par son contrat de mariage; 2° que l'article 2144 ne répétant pas la disposition de l'article 409, C. N., qui dans le cas où il ne se trouve pas sur les lieux un nombre suffisant de parents les plus proches permet d'appeler des parents d'un degré plus éloigné, devra être exécuté à la rigueur. La proximité du sang est une garantie pour le législateur que les parents mettront du scrupule à discuter le mérite de la demande et à défendre l'épouse contre les exigences du mari. Si on composait l'assemblée de personnes indifférentes et que rien n'attache aux intérêts des parties, la disposition dégénérerait en pure formalité. Au surplus, dans l'esprit de l'art. 409 il y a urgence à réunir le conseil pour nommer un tuteur, tandis que lorsqu'il n'est question que d'une simple réduction d'hypothèque, il n'y a pas péril en la demeure. 3° enfin, que la restriction ne pouvant être demandée que contre les hypothèques générales, l'hypothèque de la femme qui aurait été restreinte par le contrat de mariage, ne serait plus susceptible de restriction. L'art. 2144 est en corrélation avec le précédent, comme le démontrent ses premiers termes : « *Pourra pareillement le mari*, etc.» Or l'art. 2143 statue dans l'hypothèse où l'hypothèque du mineur n'a point été restreinte par l'acte de nomination du tuteur. L'on sent aisément la raison de cette décision, dit M. Duranton : dès qu'il y a eu convention expresse dans le contrat de mariage touchant les immeubles qui seraient affectés de l'hypothèque, l'hypothèque est, en quelque sorte, devenue conventionnelle ; la clause est une partie intégrante du contrat de mariage, et il ne doit pas être permis d'y donner atteinte, même du consentement de la femme et de ses proches

parents : car les conventions matrimoniales ne peuvent être changées après la célébration (art. 1395).

Dans les deux cas précités, les effets de la restriction ne sont pas irrévocables. Si les immeubles, auxquels l'hypothèque a été restreinte, devenaient par un événement quelconque, soit par leur dépérissement, soit par l'augmentation des droits à conserver, insuffisants pour opérer une pleine garantie en sa faveur, la femme pourrait exiger un supplément d'hypothèque (art. 2164). Mais le rang de cette hypothèque supplémentaire ne datera que de l'inscription qui sera prise.

II. Lorsque l'hypothèque générale du mari n'a pas été restreinte par le contrat de mariage ni depuis le mariage par le consentement de la femme, celui-ci peut-il obtenir en justice, en cas de refus de la part de son épouse, la réduction de l'hypothèque légale? On a fondé la négative sur le texte de l'art. 2154, qui exige formellement le consentement de la femme; nul d'ailleurs ne peut être forcé de renoncer à ses droits, à moins de circonstances positivement déterminées par la loi. Or la loi n'a rien dit qui puisse forcer la femme à abandonner partiellement son hypothèque légale, lorsqu'elle n'y consent pas : les prérogatives dont elle jouit démontrent au contraire que sa position ne peut rentrer dans les limites du droit commun. Tout fait donc supposer que le législateur a voulu, en exigeant avant tout la représentation du consentement de l'épouse, éviter le spectacle d'un mari actionnant sa femme pour la forcer à renoncer à ses droits. Nous répondrons avec les partisans de l'affirmative: l'art. 2144, pas plus qu'aucun texte du Code, n'énonce que, dans le cas où la femme refuserait son consentement, le mari serait déchu du bénéfice de la réduction. Ce système répugne aux principes du Code, qui désire avant tout la spécialité de l'hypothèque, et admet, sans aucune distinction ni limitation, le droit de faire réduire les hypothèques générales, dans l'art. 2161. La consé-

quence de ces principes doit être que, comme le mineur, malgré l'opposition du subrogé-tuteur, elle doit aussi malgré son refus voir prononcer la réduction de son hypothèque légale. Lorsque le mari est plus que solvable, son épouse est sans intérêt à refuser la limitation de l'hypothèque qu'elle réclame, afin de pouvoir contracter avec les tiers d'une manière avantageuse : or il n'a pu être dans l'intention de la loi de paralyser inutilement les droits du débiteur ; le caprice de la femme doit être donc impuissant pour entraver son mari. Ajoutons enfin que la prudence des tribunaux doit être, à tous égards, une garantie suffisante pour la femme, qui peut d'ailleurs, lorsqu'elle craindra que l'inscription restreinte ne devienne trop incertaine pour conserver ses créances, requérir un supplément d'hypothèque (art. 2164). Notre solution est consacrée par la jurisprudence (Paris, 16 juillet 1813, et Nancy, 26 août 1825).

Ainsi l'action en réduction est ouverte au mari, devant le tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été faite, toutes les fois que celle-ci portera sur plus de domaines qu'il est nécessaire à la sûreté des créances de la femme, et la loi répute excessives les inscriptions qui frappent sur plusieurs domaines, lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entr'eux excède de plus d'un tiers en fonds libres non grevés d'hypothèques, le montant des créances en capital et accessoires légaux. Il résulte des termes du Code que, si un seul immeuble d'une valeur considérable était affecté à l'hypothèque générale, il n'y aurait pas lieu à réduction de l'hypothèque. Ce serait mettre le créancier dans une position pénible, en le forçant à exproprier une partie de l'immeuble, ce serait le gêner dans l'exercice de son droit ; mais si l'immeuble considérable se compose de terres labourables, prés, vignes, bois, etc., ces exploitations différentes pourraient permettre la réduction suivant les cas : ce sera une question de fait.

Pour déterminer la valeur des immeubles dans la comparaison à faire avec celle des créances et le tiers en sus, on n'a pas recours à une expertise qui, étant toujours coûteuse, peut en outre être entachée de partialité. Mais les juges peuvent s'étayer d'expertises antérieures, et dans tous les cas, s'aider des éclaircissements résultant de baux non suspects et autres actes semblables, en évaluant le revenu au taux moyen entre les résultats de ces divers renseignements. A défaut de ces éléments, la valeur des immeubles est déterminée d'après le législateur, par quinze fois la valeur du revenu déclaré par la matrice du rôle de la contribution foncière, ou indiquée par la cote de contribution sur le rôle, selon la proportion qui existe dans les communes de la situation entre cette matrice ou cette cote et le revenu, pour les immeubles non sujets à dépérissement, et dix fois cette valeur, pour ceux qui y sont sujets (art. 2161, 2162 et 2165). — Observons seulement que l'évaluation prononcée par la loi est favorable au créancier, car elle est toujours inférieure à la valeur réelle. On estime en général qu'un immeuble est d'une valeur de 30 fois le revenu.

SECTION VI.

DE LA DURÉE DES INSCRIPTIONS.

I. D'après le principe général de l'art. 2154 que nous n'avons pas à développer longuement, toute inscription se périme ou perd sa force, lorsqu'elle n'est pas renouvelée dans les dix ans à compter de sa date. Cette règle est généralement expliquée par la difficulté qu'éprouverait le conservateur à donner un état exact des inscriptions qui remonteraient à des époques trop reculées. Nous n'admettons pas ce motif, car le conservateur a des répertoires alphabétiques qui rendent ses recherches faciles. Selon nous la loi veut dispenser les parties de faire radier les hypothèques. Si le laps de

temps fait périmer l'inscription, des frais nombreux seront évités. La disposition de l'art. 2154 étant applicable à toutes les hypothèques, même à celle de la femme (avis du conseil d'Etat du 22 janvier 1808), les personnes, qui doivent à peine de dommages-intérêts rendre cette dernière publique par la voie de l'inscription, sont chargées sous la même responsabilité, et tant que dure le mariage, de pourvoir au renouvellement des inscriptions existantes. Après la dissolution du mariage, cette obligation pèse sur les femmes devenues veuves, ou sur leurs héritiers ou autres successeurs.

II. Dans la supputation du délai de dix ans, on ne fait pas entrer le jour où l'inscription a été prise, mais on y comprend le jour de l'expiration du délai, en ce sens que celui-ci est le dernier jour utile. Ainsi une inscription prise le 1er juillet 1853 devra être renouvelée le 1er juillet 1863. Une jurisprudence constante a sanctionné ce système.

III. L'inscription requise doit, pour conserver à l'hypothèque son rang primitif, exprimer qu'elle est prise en renouvellement d'une inscription précédente de telle date. Sans cette mention, comment les tiers auraient-ils connaissance de la première inscription, dont l'effet aurait été conservé par la seconde? Quoique devant contenir les énonciations que l'art. 2153 exige pour la première inscription, le renouvellement serait toutefois valable, quand on ne mentionnerait que l'inscription antérieure, s'il était impossible de se méprendre sur cette inscription qui sert alors de complément à l'inscription nouvelle.

IV. La péremption d'une inscription pour défaut de renouvellement entraîne la perte du rang attaché à cette inscription. Lorsqu'elle a été prise, les tiers qui ont postérieurement contracté ont dû la supposer radiée. Mais le créancier peut, s'il se trouve dans les délais, requérir une seconde inscription qui prendra

rang à partir de sa date avec les effets que produirait une première inscription prise à la même date.

V. Quels que soient les changements survenus dans la position du créancier ou du débiteur, ou dans la condition de l'immeuble hypothéqué, l'inscription reste soumise à la nécessité du renouvellement aussi longtemps qu'elle n'a pas produit son effet. — Recherchons l'époque à laquelle l'inscription a perdu son effet légal; nous distinguerons à ce sujet entre le cas d'aliénation volontaire et celui d'aliénation forcée.

1er *cas.* — *Aliénation volontaire.* Si l'acquéreur ne purge pas, le créancier a besoin de son hypothèque et par conséquent doit renouveler l'inscription pour conserver son droit de préférence et son droit de suite. S'il purge, les créanciers ont le droit de surenchérir. 1° quand les créanciers ne surenchérissent pas, le prix est fixé : mais à quelle époque le sera-t-il ? A quelle époque l'hypothèque aura-t-elle produit son effet ? Quatre systèmes différents ont été émis. Dans un premier, on propose l'expiration du délai de 40 jours accordé par l'art. 2185 pour surenchérir; dans un second, l'acceptation des offres ; dans un troisième, la demande en collocation ; dans un quatrième, le paiement. Nous rejetons les deux premiers, car tant que le prix n'est pas payé, le créancier a besoin du droit de préférence ; nous repoussons également le dernier, car le paiement ne fait rien de plus ni de moins à la consolidation du droit de préférence opérée par l'ouverture de l'ordre. Il faudra donc s'attacher à l'époque de la demande en collocation : le droit de préférence est alors exercé, et l'hypothèque cesse d'être utile. 2° quand les créanciers surenchérissent, l'immeuble est exproprié, et l'on retombe dans la seconde hypothèse.

2e *cas.* — *Aliénation forcée.* Ici la divergence de la doctrine est encore plus grande. L'inscription est inutile dans un premier système, à partir de la saisie de l'immeuble; dans un second, à partir de la transcription

de la saisie; dans un troisième, à partir de la notification des affiches; dans un quatrième, à partir de l'adjudication; dans un cinquième, à partir de l'ouverture de l'ordre; dans un sixième, à partir de la production à l'ordre; dans un septième, à partir de la délivrance des bordereaux de collocation; enfin dans un huitième, à partir du payement. Sans réfuter chacune de ces opinions, et d'après les principes que nous avons admis ci-dessus, nous nous arrêterons à la sixième doctrine, c'est à dire, à la demande en collocation; le créancier a fait ce qu'il dépendait de lui, pour exercer son droit de préférence; les art. 753 et 754 C. Pr. confirment d'ailleurs notre solution.

VI. Lorsque les dix années d'une inscription viennent à échoir après la faillite du débiteur, le renouvellement est-il nécessaire? On dit que le sort des créanciers est irrévocablement fixé par l'ouverture de la faillite et que le renouvellement devient dès lors inutile. L'affirmative sur cette question nous paraît préférable. L'article 2146 ne défend ni ne dispense de renouveler l'inscription quand le débiteur est tombé en faillite. Rien n'autorise à prolonger en dehors de la loi l'effet des inscriptions dans cette hypothèse. Au contraire, si le failli vient à faire honneur à ses engagements, par des secours étrangers, il rentre dans la possession de ce qui lui appartenait, et dès lors le renouvellement d'inscription devient utile.

Il faut admettre la même solution pour le cas d'acceptation bénéficiaire d'une succession. En effet, L'héritier bénéficiaire peut devenir pur et simple (art. 801 C. N.). Il n'y a donc rien d'assez définitif pour dispenser de l'inscription. D'ailleurs les immmeubles de la succession peuvent être vendus comme ceux de la faillite. Comment les acquéreurs sauraient-ils à quoi s'en tenir sur les charges qui grèvent l'objet qu'ils achètent, si les créanciers étaient dispensés de renouveler leurs inscriptions?

SECTION VII.

DE LA RADIATION DE L'INSCRIPTION HYPOTHÉCAIRE.

I. La radiation est la déclaration que l'inscription est désormais à considérer comme non avenue, faite par le conservateur des hypothèques, au moyen d'une annotation apposée en marge de l'inscription rayée, dans laquelle est relaté l'acte en vertu duquel elle a lieu.

II. Le sort de l'hypothèque dépendant de l'inscription, la loi n'a pas dû permettre de la rayer témérairement; aussi faut-il que celui qui requiert la radiation dépose, au bureau du conservateur des hypothèques, l'expédition de l'acte authentique, portant consentement des parties intéressées, ou du jugement prononçant la radiation. Cette formalité était nécessaire pour mettre à couvert la responsabilité du conservateur, en prouvant la régularité de la radiation.

Dans quel cas peut se présenter le consentement de la femme? Ou elle traite directement avec son mari, sans l'intervention d'aucun tiers: alors elle a pour objet de le favoriser personnellement, de lui faciliter l'arrangement de ses affaires, de lui procurer un crédit qu'il n'a pas. Alors les articles 2140 et 2145 veulent que le consentement de la femme à la main levée de son inscription soit suffisant, pourvu que dans le cas où la restriction est consentie pendant le mariage, ce consentement soit homologué par le tribunal. Ou la femme ne donne cette main levée qu'en faveur des tiers avec qui elle a contracté une obligation de laquelle il résulte pour elle l'impossibilité de faire valoir son hypothèque contre ces tiers; la femme peut alors dans tous les cas, si elle n'est pas mariée sous le régime dotal, donner la main levée de son hypothèque, et l'inscription devra être radiée, lorsque le tiers rapportera l'acte qui constate ce consentement.

Pour que le jugement entraîne radiation, la loi veut qu'il soit en dernier ressort, c'est-à-dire, non suscep-

tible *ab initio* d'opposition ou d'appel, ou passé en force de chose jugée, c'est-à-dire susceptible d'opposition ou d'appel, mais devenu inattaquable parce que les délais de l'opposition ou de l'appel sont expirés.

Si, plus tard, le consentement donné à la radiation est déclaré nul, ou si le jugement qui l'a ordonnée vient à être cassé, quel sera l'effet de l'inscription radiée? Dans ce cas, la femme ne pourra primer les créanciers ayant pris inscription postérieurement à la radiation, car alors ils seraient inévitablement trompés, elle sera réduite à prendre une nouvelle inscription qui ne donnera rang que du jour de sa date: mais elle primera les créanciers inscrits avant la radiation, et sur lesquels elle avait un rang antérieur; l'inscription, en ce qui concerne ces derniers, doit être rétablie à son ancien rang, car ils ne peuvent pas dire qu'ils n'auraient pas contracté, s'ils avaient connu l'inscription. Cette distinction si équitable en principe, ne sera pas toujours d'une application facile. Supposons, par exemple, l'inscription rayée de la femme en concours avec des créanciers inscrits avant la radiation, et avec des créanciers inscrits après la radiation. Elle primera les premiers, et sera primée par les seconds, mais à leur tour les premiers passeront avant les seconds. Dans ce conflit, on n'appliquera pas la maxime: *si vinco vincentem te, à fortiori te vinco*, par suite de laquelle la femme n'aurait rang pour son hypothèque que du jour de la nouvelle inscription. On s'écartera de la rigueur du droit pour suivre l'équité. Chaque créancier recevra ce à quoi il a pu et dû s'attendre, au moment où il a obtenu hypothèque, comme si la position du débiteur avait été connue à cet instant et que les droits des ayant cause eussent dû être alors liquidés.

III. En dehors des cas de restriction consentie par la femme, et de réduction prononcée par le tribunal, le mari, tout tiers détenteur d'un immeuble frappé d'inscription, ou toute personne intéressée, comme un autre créancier, peuvent demander, devant le tribunal,

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITAIRE

dans le ressort duquel l'inscription a été faite, la radiation de cette inscription, lorsqu'elle se fonde, soit sur son irrégularité, soit sur l'absence de tout titre autorisant à prendre inscription, comme l'inexistence ou la nullité du mariage, soit enfin sur l'extinction de l'hypothèque par l'une des causes que nous énumérerons au titre III (art. 2160). Dans ces cas, la radiation se fera en vertu d'un extrait ou d'une expédition du jugement qui sera en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée. S'il était susceptible d'opposition ou d'appel, il ne suffirait plus pour servir de base à la radiation.

IV. Terminons en disant que l'effet de la radiation se borne souvent à faire perdre au créancier le rang que l'inscription lui donnait, mais laisse subsister le droit d'hypothèque; et que les frais qu'elle entraîne sont à la charge de celui au profit duquel elle fait titre.

TITRE II.

DES EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

L'hypothèque légale de la femme, à part quelques exceptions, produit les mêmes effets que l'hypothèque ordinaire. Nous allons étudier les principes d'une manière brève, mais plus spécialement les exceptions. A cet effet, nous considérerons l'hypothèque comme un droit réel, indivisible et transmissible.

CHAPITRE I.

De l'hypothèque comme droit réel.

I. Le plus éminent des droits réels est celui de propriété, qui embrasse les deux facultés de jouir et de disposer. Mais ces deux facultés peuvent être plus ou moins restreintes; de ces restrictions résultent d'autres droits réels qui sont des émanations du droit de propriété. L'hypothèque est l'un de ces démembrements, car elle limite le droit de disposition.

Tant que le droit d'hypothèque n'est pas mis en action, le propriétaire du bien affecté peut, il est vrai, l'aliéner ou le grever, soit de servitudes, soit de nouvelles hypothèques. Mais à partir de la transcription de la saisie l'aliénation en est interdite au débiteur (art. 686 C. Pr.). La main mise de la justice est réputée connue de tout le monde, et les tiers qui traitent avec le saisi ne peuvent plus alléguer leur ignorance et leur bonne foi. Toutefois il fut reconnu, lors de la loi de 1841, modificative du Code de procédure, sur la saisie immobilière, que le saisi, après la transcription, peut consentir des hypothèques valables. — Le propriétaire conserve de même le droit de jouir de la chose, vendre les fruits, céder la jouissance, à titre de bail, par exemple, mais sous une double modification : 1° les fruits qui ne sont pas perçus, soit au moment de la dénonciation de la saisie de l'immeuble hypothéqué, soit au moment de la sommation de payer ou de délaisser faite au tiers-détenteur, sont immobilisés au profit des créanciers hypothécaires, entre lesquels le prix en doit être réparti avec celui de l'immeuble, encore que ces fruits aient été, dès avant la dénonciation de la saisie ou de la sommation de payer, vendus ou cédés en paiement à un tiers (art. 682 C. Pr. et 2176 C. N.); 2° les baux à ferme ou à loyer, consentis par le propriétaire de l'immeuble grevé, ne peuvent être opposés aux créanciers hypothécaires, qu'autant qu'ils ont une date certaine, antérieure au commandement préalable qui doit précéder la saisie. Dans ce cas, il en est des fermages et loyers échus depuis la dénonciation de la saisie ou la sommation faite au tiers-détenteur, comme des fruits ci-dessus, de telle sorte que le fermier ou le locataire ne peut se prévaloir contre les créanciers hypothécaires de paiements faits par anticipation (art. 684 et 685 C. Pr.). — D'après ce qui précède, si le droit d'hypothèque est mis en exercice, le créancier, en suivant l'immeu-

ble entre les mains des tiers-acquéreurs, fera évanouir le droit de disposer dont avait usé le débiteur, qui, n'ayant pu préjudicier à la sûreté hypothécaire des tiers, ne possédait qu'imparfaitement la propriété de l'immeuble. Sous ce rapport donc l'hypothèque est surtout un démembrement de la propriété.

Comme conséquence de cette dernière proposition, le débiteur ne peut pas plus disposer au préjudice de ses créanciers des améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué, que de l'immeuble lui-même. D'après le principe de l'article 2133, l'hypothèque s'étend de plein droit à ces améliorations ; soit qu'elles proviennent d'événements de la nature, ce qui s'applique à l'alluvion, à l'île née au milieu d'un fleuve, à l'hypothèse de l'article 563 où une rivière change de lit, à l'usufruit qui vient se joindre à la nue-propriété ; soit qu'elles proviennent du fait de l'homme, comme plantations et constructions. Il y a bien eu controverse à l'occasion des constructions ; mais la difficulté d'une ventilation entre le prix du bâtiment et celui du sol doit faire appliquer la maxime : *Superficies solo cedit.* L'article 2133 est d'ailleurs conçu d'une manière absolue. Remarquons seulement que le créancier hypothécaire serait primé par le privilége de l'architecte sur la plus value (art. 2103, § 4).

Mais l'addition d'une pièce de terre n'est pas couverte de l'hypothèque si elle n'est pas générale, encore que le débiteur ait formé du tout un enclos, et il en est de même de l'augmentation de limite dans un enclos hypothéqué. L'article 1019, qui comprend dans le legs l'augmentation de l'enceinte, n'est pas applicable au cas d'hypothèque. Pour le legs la loi a interprété la volonté du testateur. Mais dans l'hypothèque, où tout est de rigueur, il ne s'agit pas d'une interprétation de volonté, alors surtout qu'elle peut préjudicier à d'autres créanciers. Cette décision s'appliquera donc à l'hypothèque de la femme qui aurait été restreinte.

II. Sous un autre rapport, l'hypothèque est un droit réel, en ce sens qu'il donne au créancier la faculté de faire vendre, à défaut de paiement, le bien affecté en quelque main qu'il se trouve, pour se faire payer par antériorité aux créanciers chirographaires et même aux créanciers hypothécaires d'un rang postérieur ; c'est-à-dire qu'il amène avec lui un droit de préférence et un droit de suite. A ce double titre, il y a droit réel ; car le créancier oppose un droit absolu à des personnes qui ne sont pas obligées personnellement avec lui : aux autres créanciers dans le droit de préférence; au tiers détenteur dans le droit de suite. — Examinons maintenant les conséquences de ces droits de préférence et de suite.

SECTION I.

DU DROIT DE PRÉFÉRENCE.

I. Après avoir proclamé ce principe de raison que les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers et que le prix en sera distribué entre eux par contribution, le législateur ajoute qu'il peut exister des causes légitimes de préférence : ce sont les priviléges et les hypothèques : les premiers priment les secondes (art. 2193-2195 C. C.)

II. L'ordre des hypothèques n'a aucune importance relativement au débiteur. Son obligation est la même pour toutes les dettes : il doit les payer toutes également. Mais quand ses biens ne suffisent pas, quand la valeur des immeubles hypothéqués est inférieure au montant des hypothèques qui les grèvent, il importe de savoir comment se répartiront entre les créanciers hypothécaires les effets de l'hypothèque. Aux termes de l'article 2134, la préférence se règle entre eux par la date de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur dans la forme et de la manière prescrites par loi. Ce principe, qui subor-

donne la préférence à une inscription, souffre exception vis-à-vis du mineur, de l'interdit et de la femme mariée; l'hypothèque de ces incapables existe indépendamment de toute inscription (art. 2135).

III. En vertu de son droit qui, en cas d'inscription, ne prend pas rang à partir de la date de cette dernière, mais suivant la nature des créances qui lui sont garanties, aux différentes époques déterminées par la loi, la femme devra être colloquée dans les ordres ouverts pour la distribution du prix des immeubles qui en sont grevés, avant tous créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires postérieurs. Il résulte des diverses dates attribuées par l'article 2135 à son hypothèque légale, que, si le mari a hypothéqué, durant le mariage, un de ses immeubles, avant la naissance d'un droit de la femme, par exemple, avant l'échéance d'une succession, celle-ci ne peut, pour les créances qu'elle a sur son époux à raison de cette succession, primer le créancier hypothécaire. Si l'inscription du créancier a été prise le jour même de l'ouverture de la succession, il y aurait concurrence entre lui et la femme (art. 2147 et 2135 combinés). Enfin, si c'était le lendemain de l'ouverture de la succession que le créancier eût pris son inscription, il serait primé par la femme.

IV. S'il existait avant le mariage une autre hypothèque générale sur les biens présents et à venir du mari, cette hypothèque primerait-elle celle de la femme pour les biens acquis depuis le mariage, ou les deux hypothèques viendront-elles en concurrence? On a soutenu le premier système, en disant que le rang de l'hypothèque doit se déterminer par l'ancienneté seule; et que décider autrement serait méconnaître l'esprit de la législation hypothécaire qui fait résulter le droit de préférence de la priorité du titre. Nous rejetons cette doctrine. L'hypothèque générale, quoiqu'antérieure au mariage, ne peut frapper des biens dont le débiteur

n'a pas la propriété. Elle ne frappe les biens que le débiteur acquiert dans la suite que du moment où il les a acquis. Si donc, au moment de l'acquisition, il existe deux hypothèques générales sur les biens du mari, le droit des créanciers naît au même moment. Si l'hypothèque légale qui concourt avec celle de la femme n'a de rang que par l'inscription, elle est toujours primée sur les biens à venir par l'hypothèque de la femme qui existe indépendamment de l'inscription, à partir du moment où l'acquisition a eu lieu. Il faut cependant excepter le cas où l'hypothèque générale, qui doit être inscrite l'a été le jour même de l'acquisition. L'inscription que la loi est censée avoir prise pour la femme ne peut dater que de ce jour là. Alors les deux hypothèques doivent concourir. Il en serait de même si le nouvel immeuble est situé dans l'arrondissement d'un bureau où la première hypothèque était déjà inscrite. L'inscription l'a frappée dès le moment de l'acquisition, et les deux hypothèques devront encore concourir.

SECTION III.

DU DROIT DE SUITE.

I. Aux termes de l'art. 2114, § 3, l'hypothèque suit les immeubles dans quelques mains qu'ils passent. Ce bénéfice, qui permet au créancier hypothécaire de conserver tous ses droits contre tout tiers détenteur, est la principale prérogative de l'hypothèque : cette dernière n'aurait en effet donné qu'un droit illusoire, s'il avait été permis au débiteur de soustraire par l'aliénation son gage au créancier. La faveur qui découle du droit de suite est plus étendue que celle de l'action révocatoire de l'art. 1167, qui ne permet au créancier de critiquer les aliénations consenties par le débiteur qu'autant qu'elles sont frauduleuses.

II. Tandis que, pour les créanciers ordinaires, la loi n'autorise plus le créancier à s'inscrire sur l'immeuble

qui est sorti du patrimoine du débiteur, et subordonne le droit de suite à une inscription prise, préalablement à l'aliénation, s'il s'agit d'aliénation forcée (art. 2166), ou, au plus tard, dans la quinzaine de la transcription du titre, s'il s'agit d'aliénation volontaire (art. 834 C. P.), ce droit de suite, comme celui de préférence, existera pour la femme indépendamment de toute inscription; son hypothèque non inscrite accompagnera l'immeuble entre les mains des tiers détenteurs. Ce dernier point a été toutefois controversé. La raison de douter est venue de la généralité de l'article 2166, qui n'attribuant le droit de suite qu'à tout créancier ayant hypothèque inscrite semble le refuser à celui dont l'hypothèque n'est pas inscrite. Nous ne saurions être arrêtés par cet argument. La lecture de l'art. 834, C. P., rapprochée de celle de l'art. 2166, démontre qu'il ne s'agit dans la prescription de la loi que des hypothèques conventionnelles, ou judiciaires ou légales sujettes à inscription. Au surplus l'art. 2193 le prouve clairement, puisqu'il déclare que les acquéreurs d'immeubles, grevés d'hypothèques légales non inscrites pourront les purger. Or, si ces hypothèques ne suivaient pas l'immeuble entre les mains des détenteurs, quel besoin serait de les purger?

III. Nous serions toutefois d'un avis différent, si la femme prenant l'initiative poursuivait le tiers détenteur. En l'absence de textes de loi exigeant l'inscription dans ce cas, nous le pensons par les considérations suivantes : il est de droit commun que le tiers détenteur puisse arrêter les poursuites en purgeant. Or, si la femme ne prend pas inscription, quel moyen aura-t-il de purger? Le chap. IX du titre *des priviléges et hypothèques* trace la marche à suivre pour purger les hypothèques légales, quand celles-ci sommeillent, quand il n'y a pas de poursuites commencées: mais il ne dit rien du cas où des poursuites ont été intentées. L'acquéreur devra-t-il renoncer dès lors à la faculté si

favorable de purger ? Il est évident qu'il devra remplir les formalités indiquées par le chap. VIII, pour la purge des hypothèques judiciaires ou conventionnelles. Mais pour que ces formalités puissent être accomplies, il est nécessaire que l'inscription soit prise. D'ailleurs, l'art. 2179 renvoie l'acquéreur qui veut purger et arrêter l'effet des sommations aux dispositions du chap. VIII et non pas à celles du chap. IX. Pourquoi ? C'est parce que ce dernier chapitre ne donne que les moyens de purger l'hypothèque légale non inscrite, et que quand il s'agit d'arrêter des poursuites en délaissement, il faut qu'on soit en présence d'une hypothèque inscrite.

IV. En second lieu l'inscription est nécessaire à la femme pour la conservation du droit de suite :

1° En cas d'aliénation volontaire, lorsque le tiers-acquéreur a rempli les formalités spéciales commandées pour la purge légale. L'art. 2195, que nous expliquerons plus tard, porte en effet que, si dans les délais indiqués, il n'est pas pris inscription, les immeubles vendus passeront à l'acquéreur sans aucune charge, à raison des dot, reprises et conventions matrimoniales ;

2° En cas d'aliénation sur expropriation. Par l'effet de l'adjudication, les immeubles expropriés, comme nous l'établirons au titre III de l'extinction des hypothèques, passent à l'adjudicataire affranchis du droit de suite ;

3° En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. Car la loi du 3 mai 1841 porte (art. 17) : « Dans » la quinzaine de la transcription du jugement, les » priviléges et hypothèques conventionnelles ou judi- » ciaires ou légales seront inscrits. A défaut d'inscrip- » tion dans ce délai, l'immeuble exproprié sera affran- » chi de toutes hypothèques, de quelque nature qu'elles » soient. »

Question. Si le droit de suite est perdu pour défaut d'inscription dans les hypothèses ci-dessus, le droit de préférence l'est-il également ? La question ne peut se

présenter dans deux cas prévus par la loi. Le premier résulte de l'art. 17 de la loi du 3 mai 1841 précité, qui déclare que l'immeuble exproprié pour cause d'utilité publique, sera bien affranchi du droit de suite; mais que les femmes, mineurs et interdits pourront exercer leurs droits de préférence sur le montant de l'indemnité, tant qu'elle n'a pas été payée ou que l'ordre n'a pas été réglé définitivement entre les créanciers. La faveur dont jouissent les incapables, devait les soustraire aux conséquences de formalités rigoureuses. Le deuxième cas ressort de l'art. 2198. Cet article suppose un débiteur vendant un immeuble hypothéqué, et l'acquéreur demandant pour purger un certificat d'inscription, après la transcription, au conservateur des hypothèques. Si un créancier inscrit a été omis par le conservateur, il perd le droit de suite, sauf son recours contre le conservateur, mais cependant, est maintenu dans le droit de se faire colloquer suivant l'ordre qui lui appartient, tant que le prix n'a pas été payé par l'acquéreur, ou tant que l'ordre fait entre les créanciers n'a pas été homologué. La disposition de la loi s'explique suffisamment par cette considération que le créancier ne pouvait être victime d'un fait qui n'était pas le sien. Dans ces deux cas, le droit de préférence ne s'éteindra avec le droit de suite que par la clôture de l'ordre, lorsque le prix est distribué en justice; par la saisine des sommes qui ont été assignées aux créanciers, lorsque la distribution du prix a lieu au moyen d'un réglement à l'amiable, enfin par le payement du prix, lorsqu'il n'a été fait ni ordre judiciaire ni règlement amiable. — Les deux exceptions dont nous venons de parler doivent-elles être généralisées?

Dans un premier système, suivi par la jurisprudence des Cours impériales, on prétend que le droit de préférence survit toujours au droit de suite. Les deux droits de suite et de préférence ne sont pas tellement

liés l'un à l'autre, dit-on, que la perte du premier doive nécessairement entraîner l'extinction du second; car les exceptions que nous avons citées démontrent qu'il n'est pas de l'essence de l'hypothèque de n'exister qu'avec tous les attributs réunis en elle. Or, l'article 2195 ne règle que le droit de suite, et l'article 2135, déterminant la condition de la femme avec les autres créanciers, dispose que, dans ses rapports avec eux, son hypothèque existe indépendamment de toute inscription. — Si la protection de la loi échappe à la femme, en faveur du tiers acquéreur qui purge, parce qu'il importe que la propriété soit consolidée en la main de ce dernier, il n'y a pas de raison pour préférer à la femme les autres créanciers hypothécaires du mari : ils ne peuvent se plaindre du défaut d'inscription, puisqu'elle n'a pas besoin d'inscription quant à eux. — Ne lui permettre d'ailleurs d'invoquer son hypothèque qu'à la condition de la faire inscrire, serait lui enlever la prérogative que la loi lui accorde, juste au moment où elle lui est le plus nécessaire, et le législateur n'a pu consacrer une aussi choquante contradiction. — Dans la purge ordinaire, ajoute-t-on, le tiers détenteur est affranchi de l'hypothèque, sous la condition de payer le prix. Or, il doit payer ce prix aux créanciers inscrits dans l'ordre de leurs inscriptions. L'hypothèque des créanciers, qui n'ont pas usé de leurs droits de surenchère, n'est donc perdue qu'en partie, puisque le droit de suite ou de surenchère étant perdu, le droit de préférence reste intact (art. 2186). Pourquoi les résultats seraient-ils différents dans la purge légale, dont l'objet et le but sont les mêmes? L'inaction de la femme dans les deux mois ne peut être autrement interprétée que le silence des créanciers ordinaires. Comme eux, elle doit conserver son droit de préférence; elle ne peut avoir une condition inférieure.

Nous suivons le système contraire avec la jurispru-

dence de la Cour de cassation. L'art. 2180 déclare, éteintes par la purge les hypothèques ordinaires et les hypothèques légales, sans aucune réserve. Dès qu'elles cessent d'exister, tous leurs attributs, le droit de suite et le droit de préférence, disparaissent nécessairement avec elle. C'est parce que ce principe était évident, que le législateur a dû apporter les exceptions que nous avons signalées pour deux hypothèses, suffisamment justifiées par les circonstances. — Comment la femme peut-elle prétendre qu'elle a conservé le droit de préférence sur le prix qui n'est que la représentation de l'immeuble purgé, c'est-à-dire affranchi de l'hypothèque? Comment le pourrait-elle, alors que les art. 2194 et 2195, prévoyant les deux cas où l'hypothèque a été inscrite et ne l'a pas été, réserve à la femme, dans le premier, son recours sur le prix, et ne lui accorde dans le second que son recours contre le mari? L'article 2194 n'aurait aucun sens et serait complétement inutile dans le système contraire : car pourquoi dire que l'hypothèque inscrite dans le délai légal produit son effet à l'égard des autres créanciers de son mari, si elle avait dû, quoique non inscrite, produire le même effet? Nous repoussons donc la survivance du droit de préférence, et c'est tant à l'égard de la femme qu'à l'égard des créanciers ordinaires. Il serait bizarre que les créanciers négligents vissent leurs droits conservés par le créancier diligent. Observons, au surplus, que le droit de préférence ne s'exerce pas seulement entre créanciers; car le plus souvent il est très utile au tiers détenteur que ce droit de préférence ne subsiste pas. Supposons un immeuble de 20,000 fr. hypothéqué pour 20,000 fr. à Primus et 20,000 fr. à Secundus. Ce dernier seul fait inscrire. Lorsque les offres à fin de purge lui seront faites, il se dispensera de surenchérir, si Primus a perdu sur lui son droit de préférence; dans le cas contraire, il surenchérira pour se faire payer au moins partiellement. Dans la première

hypothèse, le tiers détenteur conservera l'immeuble qui lui sera enlevé dans la 2e; or, il n'est pas indifférent pour lui de rester ou de ne pas rester propriétaire. Par conséquent il lui importe beaucoup que le droit de préférence ne survive pas au droit de suite. Autre espèce : supposons le créancier déchu du droit de suite inscrit le dernier. L'exercice de son droit de préférence ne nuira pas aux créanciers inscrits, mais il nuira au tiers détenteur. Car en cas d'expropriation, la vente n'est résolue qu'au profit des créanciers inscrits, et s'il reste quelque chose du prix, le supplément en appartient au détenteur, puisque d'après l'art. 2177, § 2, ses propres créanciers, agissant au nom de leur débiteur, peuvent se faire payer sur ce supplément. Or, si le créancier déchu du droit de suite conserve le droit de préférence, ce tiers acquéreur et ses créanciers se verront enlever le supplément du prix. Sous ce rapport encore, il est donc inexact de dire que le droit de préférence n'a trait qu'aux créanciers et n'intéresse pas le tiers détenteur. — Ainsi, dans tous les cas, et pour les raisons que nous venons d'exposer, il faut décider que le droit de suite et le droit de préférence sont et doivent être anéantis en même temps.

IV. Lorsque la femme exerce son droit de suite (et elle ne peut poursuivre le tiers détenteur, qu'autant que l'aliénation de l'immeuble par le mari serait postérieure à la naissance du droit qu'elle réclame et à raison duquel elle veut profiter de son hypothèque), l'acquéreur est soumis envers elle, comme envers tout créancier ayant hypothèque inscrite, à l'obligation de délaisser l'immeuble hypothéqué, s'il n'aime mieux payer les dettes garanties par l'hypothèque. Ce n'est pas là de sa part une obligation alternative; car si l'immeuble vient à périr par cas de force majeure, le détenteur n'est pas tenu de payer les dettes hypothécaires : son obligation unique consiste à délaisser; le payement n'est qu'une faculté qu'il peut opposer à la demande

en délaissement. S'il ne délaisse ni ne paye, l'acquéreur poursuivi n'a qu'à subir l'expropriation ; mais la loi lui réserve encore un moyen terme : pour prévenir ou arrêter les poursuites et anéantir le droit de suite, il n'a qu'à remplir les formalités exigées pour la purge qui déblayera, affranchira l'immeuble des hypothèques et priviléges pouvant le grever. Disons quelques mots sur chacun de ces divers partis que peut prendre le tiers détenteur, en réservant au titre III l'explication de la purge.

§ 1er. — *Payement des créances hypothécaires.*

Lorsqu'il n'a pas purgé, l'acquéreur, pour éviter l'expropriation doit, s'il ne délaisse pas, payer toutes les dettes hypothécaires qui affectent l'immeuble : il a même la faculté de faire des offres aux créanciers, pourvu qu'elles soient complètes. Son payement ou ses offres doivent comprendre la créance en capitaux et intérêts exigibles, ainsi que les dépens et tous accessoires quelconques ; mais les intérêts ne seraient dus que dans la limite de l'art. 2151. Payant comme bientenant et non comme obligé à la dette, puisqu'il n'est jamais tenu sur ses propres biens, il ne doit payer que ce qui est hypothéqué sur l'immeuble. Or, il n'y a d'intérêts ayant hypothèque d'après l'art. 2151, que ceux de l'année courante et de deux autres années. Dans tous les cas, il jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire (art. 2167, 2168). — Enfin, en acquittant les dettes, il se trouve légalement subrogé aux droits des créanciers (art. 1251, § 3). L'effet de cette subrogation lui assurera le moyen de conserver sa possession, en ce que les autres créanciers, qui ne devraient pas venir en rang utile sur le prix de l'immeuble s'il était revendu, n'auront pas intérêt à user de la faculté que leur donne la loi de le poursuivre hypothécairement, puisque, comme subrogé au lieu et

place des créanciers par lui payés et le premier en rang d'hypothèque, il prendrait le prix de la revente que les autres feraient faire sur lui.

§ 2. — *Délaissement de l'immeuble.*

I. Le créancier poursuivant a le droit, s'il n'est pas payé, d'exiger le délaissement de l'immeuble par le tiers détenteur avec les accessoires qui en dépendent; mais s'il y trouve son intérêt, il peut, en exerçant les droits de son débiteur (art. 1166), contraindre l'acquéreur au payement du prix : il ne peut dépendre de ce dernier de résoudre unilatéralement le contrat de vente, sous le prétexte que la loi l'autorise à délaisser.

II. Le bénéfice du délaissement, dont l'avantage est de conserver le crédit du détenteur, en le dispensant de laisser figurer son nom dans la poursuite en expropriation qui se fait dès lors contre un curateur, n'a lieu que sous trois conditions :

1° Le tiers détenteur doit être capable d'aliéner (art. 2172). Il ne s'ensuit pas cependant que le délaissement soit une aliénation ; car celui qui délaisse, reste propriétaire jusqu'au moment de l'adjudication, et peut jusqu'alors reprendre l'immeuble, en payant toute la dette et les frais (art. 2173); il reste aussi possesseur juridiquement parlant, car, s'il paye, le curateur qui a possédé pour lui aurait continué la prescription qu'il aurait commencée à l'égard d'une servitude dépendant de l'immeuble. Si on exige la capacité d'aliéner, c'est qu'il faut perdre la détention de la chose, dont le tiers acquéreur est dessaisi par la procédure, qui la fait passer au curateur.

2° Le tiers détenteur ne doit pas être tenu personnellement de la dette (art. 2172) : car celui qui est obligé est tenu sur ses biens présents et à venir, et le délaissement devient sans objet. Le détenteur est à considérer comme personnellement obligé, lorsqu'il

a contracté soit envers le créancier, soit envers le vendeur, l'obligation d'acquitter la dette à laquelle l'immeuble est affecté. L'héritier du mari qui serait tenu de la moitié de la dette, ne pourra donc délaisser qu'après le payement de sa dette : alors il ne sera plus tenu qu'hypothécairement. — Toutefois, le délaissement est permis au tiers détenteur, qui a reconnu l'obligation, par exemple s'il a purgé ; ou qui a subi une condamnation en cette qualité de tiers détenteur, ce qui peut se présenter dans deux cas : lorsque le créancier, voulant interrompre la prescription, a obtenu condamnation contre lui sur son refus de reconnaître sa position, et lorsque lui-même, ayant intenté un procès contre le créancier hypothécaire en nullité d'hypothèque, aura succombé dans l'instance (art. 2173).

3° La dernière condition pour exercer la faculté de délaissement résulte des principes généraux : il ne faut pas qu'il y ait eu renonciation au droit de délaissement.

III. Le délaissement ne peut avoir lieu avant les poursuites du créancier : pourquoi l'acquéreur délaisserait-il, s'il n'est pas inquiété ? En effet, l'article 2169 porte que l'expropriation sera faite après trente jours écoulés depuis la sommation faite au débiteur originaire et le commandement fait au tiers détenteur. Mais suit-il de là que le tiers détenteur ne puisse délaisser après l'expiration des trente jours ? Non, l'article 677 C. Pr. déclare qu'il en aura la faculté jusqu'au moment où la saisie a été dénoncée. Après cette époque, il ne sera donc plus recevable : il a eu un temps suffisant pour exercer son droit, et il ne doit pas dépendre de lui d'entraver la marche de la procédure.

IV. Le délaissement se fait au greffe du tribunal de la situation des biens, et il en est donné acte par le tribunal. Celui-ci, lorsqu'il a reçu le délaissement,

crée à l'immeuble, sur la demande de la partie intéressée la plus diligente, un curateur sur lequel la vente est poursuivie dans les formes prescrites pour l'expropriation.

§ 3. — *Expropriation.*

I. Les créanciers hypothécaires, n'ayant contre les tiers détenteurs qu'un droit de suite, qui ne peut faire considérer ces derniers comme débiteurs de la dette, le refus de payer ou de délaisser ne peut autoriser les tribunaux à prononcer, contre les seconds au profit des premiers, des condamnations personnelles. Ce serait d'une faculté faire une obligation. Il ne pourrait non plus, par suite du même principe, être pratiqué des saisies-arrêts entre les mains des débiteurs des tiers détenteurs. Ce serait par le fait saisir sur celui qui n'est pas débiteur. Le droit du créancier hypothécaire se borne à poursuivre la vente de l'immeuble hypothéqué.

II. Avant d'user de ce droit, le créancier doit signifier un commandement au débiteur originaire et une sommation au tiers détenteur de payer la dette ou de délaisser l'immeuble pour éviter l'expropriation. Ce n'est qu'au débiteur qu'on peut, en effet, commander de payer. Quant au tiers détenteur, on ne peut que le sommer de délaisser, s'il n'aime mieux payer. Quelle que soit la marche que le créancier ait suivie dans l'exécution de ces deux formalités, quoiqu'ordinairement le commandement ait lieu d'abord parce qu'on espère que le débiteur payera, la vente pourra être poursuivie contre le tiers détenteur trente jours après la sommation ou le commandement dans les formes ordinaires de l'expropriation forcée (article 2169). — Autrefois le créancier devait avant tout intenter une action en *déclaration d'hypothèque* contre le tiers détenteur. Ce jugement, qui était inutile et

n'entraînait que des frais et des pertes de temps, n'est plus nécessaire aujourd'hui. La loi, en n'exigeant plus cette formalité, l'a implicitement abrogée.

Appendice aux §§ 1, 2 et 3.

1° Règles communes au délaissement et à l'expropriation.

I. En cas de délaissement et d'expropriation, le tiers détenteur peut être recherché par les créanciers hypothécaires à raison des détériorations survenues à l'immeuble hypothéqué et provenant de son fait ou de sa négligence (article 2175). Dans notre ancien droit, le tiers détenteur n'était soumis à aucune indemnité; il pouvait invoquer la maxime : *Qui rem quasi suam neglexit, nullius querelæ subjectus est.* La disposition différente du Code est cependant facile à justifier. Dans l'ancien droit, le tiers détenteur, ne connaissant pas les hypothèques qui étaient toutes occultes, pouvait considérer l'immeuble comme sien et partant le dégrader. Aujourd'hui il n'a qu'à aller consulter le registre du conservateur des hypothèques, ou bien faire apparaître au moyen de la purge les hypothèques dispensées d'inscription : il ne peut donc, dans aucun cas, se prévaloir de son ignorance. — L'indemnité des détériorations se paye aux créanciers d'après le rang des hypothèques, et non au marc le franc.

II. Quoique l'hypothèque frappe, avec l'immeuble, les accessoires et améliorations qui peuvent avoir été faites, le législateur devait, en assujettissant le détenteur à payer les dégradations, l'autoriser, par une juste réciprocité, à répéter ses impenses jusqu'à concurrence de la plus value résultant de ces améliorations (art. 2175, § 2). Si l'impense était nécessaire, le montant de la dépense constituera la plus value elle-même. Si l'impense a été utile, ce sera la différence de la valeur de l'immeuble avant l'amélioration avec sa

valeur après l'amélioration. Pour les dépenses voluptuaires, aucune réclamation n'est possible ; il n'y a pas de plus value. Le tiers détenteur, à raison de cette plus value, a-t-il un privilége comme les architectes (art. 2103, § 4)? Non. Les priviléges sont des exceptions qu'on ne peut étendre. Aura-t-il, du moins, le droit de retention, de repousser l'action en délaissement, ou la vente en expropriation jusqu'à ce qu'il ait été indemnisé de ses impenses? On l'a soutenu en se fondant sur le droit romain. Cette disposition était conforme à l'esprit de la législation romaine, car un créancier postérieur n'avait pas le droit de vendre la chose avant d'avoir payé le créancier qui lui était préférable. Or, celui, qui avait fait les améliorations, était regardé par la loi comme plus privilégié que les autres ; on comprend dès lors que les créanciers hypothécaires ne peuvent faire vendre qu'après avoir payé les améliorations. Dans notre droit, il en est autrement ; chaque créancier a le droit de faire vendre. L'hypothèque n'a d'effet entr'eux, qu'en ce qui concerne la préférence dans la collocation sur le prix. L'article 2175 n'autorise donc le tiers détenteur qu'à se faire colloquer sur le prix de l'immeuble vendu, jusqu'à concurrence de la plus value, par préférence aux créanciers hypothécaires ; ce droit de distraction est donc presque un privilége.

III. L'hypothèque n'empêchant pas le tiers détenteur d'être propriétaire, celui-ci conserve la jouissance des fruits ; sa bonne foi devait d'ailleurs le soustraire à une restitution, qui est toujours onéreuse. Mais, quand il y a eu sommation de délaisser, faute de payer, la bonne foi cesse, la dette des fruits commence. Le détenteur, qui comptait sur le paiement du débiteur principal, ne peut plus arguer de cette croyance pour établir sa bonne foi, dès que la sommation l'avertit du contraire. Mais la loi, qui a voulu que l'exercice de l'hypothèque immobilisât les fruits et les fît

tomber sous le coup du droit de suite, déclare que, si les poursuites commencées ont été abandonnées pendant trois ans, les fruits ne seront dus qu'à compter de la nouvelle sommation qui sera faite (art. 2176); car le tiers a pu croire que la dette a été payée; dans ce cas, il ne sera pas nécessaire de demander la péremption des premières poursuites. C'est une prescription qui s'opère de plein droit. L'art. 682 C. P. semble présenter une antinomie avec l'art. 2176, en déclarant que les fruits sont dus à partir de la transcription de la saisie, date postérieure à la sommation. Il n'en est rien; ces deux articles statuent sur des hypothèses différentes. Le premier suppose que l'immeuble est encore entre les mains du débiteur principal, et que les créanciers hypothécaires sont en lutte avec les créanciers chirographaires. L'autre suppose que l'immeuble est entre les mains d'un tiers détenteur, dont les intérêts sont en opposition avec les créanciers hypothécaires.

IV. Le délaissement, comme l'expropriation, a pour résultat de faire revivre les servitudes, hypothèques et droits réels, que le tiers avait sur l'immeuble hypothéqué avant l'acquisition qu'il en a faite, et qui avaient été éteints par confusion (art. 2177, § 1); ces droits renaissent à partir de l'adjudication ou du délaissement. On a critiqué la disposition de la loi pour le cas de délaissement, le tiers qui délaisse reste propriétaire et possesseur de l'immeuble. Or on ne peut avoir sur son bien des servitudes : *Nemini res sua servit.* Dans ce système on a corrigé l'article en y mettant les mots: *délaissement suivi d'adjudication.* Cette critique n'est pas fondée. La loi a voulu déroger à la règle: *nemini res sua servit*, parce que le tiers détenteur est dépouillé en fait par suite du délaissement, et les droits qu'il avait *nomine proprio* doivent par conséquent renaître. Nous allons même plus loin, et nous croyons qu'il est des circonstances où certains droits doivent renaître, même

avant le délaissement. Ainsi le tiers détenteur avait un droit d'usufruit sur l'immeuble hypothéqué; le créancier fait une sommation qui fait courir les fruits en sa faveur à partir de cette époque; dans ce cas, nous ne doutons pas qu'à dater de la sommation, et sans qu'il faille attendre le délaissement, le tiers pourra faire renaître son usufruit.

Réciproquement, les servitudes dues à l'immeuble délaissé ou adjugé renaissent après le délaissement ou l'adjudication. Les hypothèques que le tiers détenteur avait consenties ou qui ont été acquises sur l'immeuble, en vertu de la loi et d'un jugement, subsistent après cette époque. Toutefois elles ne viennent qu'après les hypothèques inscrites, existant du chef des précédents propriétaires. Si les créanciers du vendeur ont donc été seulement inscrits après l'aliénation, ils seront, en cas de délaissement, primés par les créanciers de l'acquéreur qui ont pris inscription avant eux : si au contraire ces créanciers se sont inscrits dans la quinzaine de la transcription, les hypothèques consenties par l'acquéreur, quoiqu'antérieures, ne pourront profiter du principe *potior jure qui prior est tempore* : car l'acheteur n'avait transféré plus de droits qu'il n'en avait; or, il avait une propriété grevée d'hypothèques (art. 2177, § 2).

II. Règles communes au paiement, au délaissement et à l'expropriation.

I. Le tiers détenteur, qui a payé la dette hypothécaire, ou délaissé l'immeuble, ou subi l'expropriation, a, dit l'article 2178, le recours tel que de droit contre le débiteur principal. S'il a payé la dette, il ne peut demander que ce qu'il a payé, en vertu de l'article 2001 : il a été gérant d'affaires du débiteur principal, mais s'il a subi une éviction, il aura droit, à part le prix total de l'immeuble, à une indemnité, équivalent au préjudice causé (art. 1630); s'il avait même acquis d'un autre que du débiteur principal, il aurait

contre celui-ci, le recours de l'art. 1630, et contre celui-là, le recours de l'art. 2001. Enfin si le tiers détenteur avait acquis l'immeuble à titre gratuit, il n'y aurait pas de garantie, à moins qu'il n'y ait eu dol du donateur, ou que la dette dont l'immeuble était grevé ne fût celle du donateur lui-même; le détenteur donataire aurait alors l'action *negotiorum gestorum*.

D'un autre côté le tiers détenteur a également recours contre les cautions; l'art. 1278 ne peut faire obstacle à son droit. — Enfin il peut demander que les tiers détenteurs des autres immeubles hypothéqués à la même dette, soient tenus de l'indemniser chacun dans la proportion de la valeur qu'il détient comparativement à la valeur totale de l'immeuble hypothéqué (art. 1214, 1221, 1225 et 2033).

II. Avant le paiement, le délaissement ou l'adjudication, le tiers détenteur, qui se trouve dans certaines positions, peut repousser la demande des créanciers. Ainsi il peut leur opposer:

1° Le bénéfice de discussion (art. 2170). Cette faculté donne au tiers détenteur le droit d'exiger que le créancier vende les biens du débiteur principal, antérieurement à l'immeuble hypothéqué, sauf à recourir contre celui-ci, en cas d'insuffisance des premiers; mais elle ne peut s'exercer que sous quatre conditions: par la première, le débiteur ne doit pas être obligé personnellement, car s'il l'était, on peut le poursuivre sur tous ses biens (art. 2093). Par la seconde, il doit y avoir entre les mains du débiteur principal, d'autres immeubles hypothéqués à la même dette. Ainsi une masse d'immeubles non hypothéqués ou hypothéqués à d'autres créanciers ne donnerait pas ouverture au droit de discussion. Par la troisième condition, il faut suivre les règles tracées au titre du cautionnement (art. 2022 et 2023), c'est-à-dire, que le débiteur devra requérir la discussion sur les premières poursuites dirigées contre lui au commencement de la

saisie : indiquer les biens du débiteur principal, même situés hors de l'arrondissement de la cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait, mais non ceux qui seraient litigieux ou qui étant hypothéqués à la même dette ne sont plus en la possession du débiteur ; enfin, avancer les deniers suffisants pour faire la discussion. Pour dernière condition, l'hypothèque doit être générale. Ainsi l'hypothèque de la femme, qui est restreinte, étant spéciale, priverait le tiers détenteur du droit de discussion.

2° L'exception de garantie, par suite de laquelle le créancier poursuivant serait repoussé, parce qu'il serait personnellement tenu envers le tiers acquéreur, par exemple si la femme était héritière du vendeur son mari. En effet, la garantie oblige le créancier à défendre le possesseur de tout trouble : celui qui est soumis à cette obligation ne peut donc être le premier à occasionner ce trouble. C'est l'application de cette règle de raison : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Mais nous n'admettons pas l'exception que proposerait le tiers détenteur, fondée sur ce qu'il aurait des hypothèques sur l'immeuble lui assurant un rang antérieur au créancier poursuivant et de nature à absorber la valeur du fonds. Justifié en droit romain, où un créancier hypothécaire postérieur ne pouvait faire vendre l'objet hypothéqué qu'autant qu'il avait offert au créancier antérieur de lui payer sa créance, cette exception est incompatible avec l'esprit du code. Car le créancier qui poursuit la vente peut répondre qu'il est possible que l'adjudication fasse monter le prix de l'immeuble à une valeur plus que suffisante pour éteindre la créance du premier créancier et pour acquitter les frais. D'ailleurs elle est contraire à l'article 2169 qui porte que chaque créancier hypothécaire a le droit de faire vendre l'immeuble hypothéqué sur le tiers détenteur qui ne l'a pas purgé ou délaissé

(Cassation, 10 février 1818). Toutefois remarquons ici que les autres créanciers ne pourraient, pour empêcher le détenteur d'exercer son hypothèque à son rang, prétendre que sa créance s'est éteinte par suite de son acquisition, soit en vertu de la compensation, soit en vertu de la confusion, soit enfin pour dation en payement. Cette compensation, cette confusion, cette dation en payement, n'ont pu produire que des effets limités et subordonnés à la condition que le tiers acquéreur ne serait pas évincé de la chose par l'exercice de l'action hypothécaire des autres créanciers. — Pour les mêmes motifs nous rejetons également une autre exception qu'on a voulu établir en faveur du tiers acquéreur, qui a payé jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles des créanciers hypothécaires antérieurs au poursuivamt, et dont il a la subrogation légale.

CHAPITRE II.

Indivisibilité de l'hypothèque.

L'hypothèque de la femme, comme toute hypothèque, est indivisible. Nous renvoyons sur la nature et les effets de l'indivisibilité à notre dissertation en droit romain. — Nous devons ajouter seulement quelques observations.

I. La femme peut exercer, sur l'immeuble vendu pendant le mariage, son hypothèque légale à raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales ou autres droits échus antérieurement à la vente, et l'exercer pour les droits plus récents sur d'autres biens encore en la possession du mari. Elle peut en combiner l'exercice de la manière la plus favorable à ses intérêts. Par suite de ce droit de pouvoir être colloquée sur le prix de tous les immeubles affectés à sa créance, elle peut s'opposer jusqu'au paiement intégral du montant de sa collocation, à la délivrance des bordereaux à des créanciers postérieurs en rang, à moins que ceux-ci ne lui

fournissent caution de rapporter le montant de leur collocation, dans le cas où elle ne serait pas pleinement satisfaite par l'acquéreur sur lequel elle a obtenu son bordereau. Mais si elle s'est contentée d'une collocation sur le prix d'un seul immeuble, elle ne peut contraindre les créanciers postérieurs colloqués sur le prix des autres immeubles au rapport du montant de leur collocation, lorsqu'elle n'a pas été intégralement payée du montant de la sienne : son acquiescement à l'ordre qui a restreint l'effet de son hypothèque l'a fait déchoir de son rang, en ce qui concerne les immeubles sur le prix desquels elle n'a pas été colloquée.

II. Lorsque la femme a choisi celui des immeubles sur le prix desquels elle entend être colloquée pour la totalité de sa créance, les créanciers postérieurs de cet immeuble n'ont pas le droit de la contraindre à diviser son hypothèque et à l'exercer proportionnellement sur les immeubles qui en sont affectés ; ils ne peuvent veiller à leurs intérêts que par le paiement avec subrogation. — Dans le cas même où tous les biens du débiteur sont mis en vente, mais où l'on procède à des ordres dans des tribunaux différents, les principes sont les mêmes : car la femme à hypothèque générale première en date, souffrirait d'un renvoi à un ordre dont l'issue peut être longue et qui se fait dans un tribunal éloigné de son domicile. Mais si la distribution du prix des immeubles soumis à l'hypothèque de la femme se fait par un seul et même ordre, et que des hypothèques spéciales se trouvent en concours avec l'hypothèque générale qui est antérieure, celle-ci peut-elle être colloquée sur certains immeubles seulement, de manière à ne pas nuire à l'exercice des hypothèques spéciales? La négative paraît résulter du principe de l'indivisibilité, si l'on en faisait une stricte application. La femme peut exercer son hypothèque soit sur les biens qui lui sont affectés, soit sur quelques-uns de ces biens, qu'il lui plaît d'indiquer, et peu

importe que cet exercice nuise aux créanciers qui n'ont que des hypothèques spéciales : *injuriam non facit, qui suo jure utitur.* Nous ne pensons pas cependant que l'hypothèque générale puisse, sans aucune utilité pour le créancier, anéantir les hypothèques spéciales qui concourent avec elle. Le principe de l'indivisibilité doit ici recevoir exception. D'une part, la loi admet le concours des deux espèces d'hypothèque générale et spéciale sur les mêmes biens, et il est évident que cette disposition deviendrait entièrement illusoire, si le créancier ayant hypothèque générale pouvait à son gré la faire porter en définitive sur tel immeuble de préférence, quoiqu'il soit affecté spécialement à d'autres créanciers. Ce calcul peut d'ailleurs cacher une fraude. Or, nous ajouterons une seconde considération ; c'est qu'il est de principe général et sans exception que, *point d'intérêt, point d'action.* Cette maxime ne suffit-elle pas pour obliger le créancier à n'exercer son hypothèque générale que d'une manière qui ne nuise pas à des droits spéciaux sans utilité pour lui-même? Cette décision ne saurait donc avoir lieu si l'intérêt de la femme était d'exercer son droit d'une manière plutôt que d'une autre : si, par exemple, outre son hypothèque antérieure en rang elle avait d'autres hypothèques primées par certains créanciers. Dans cette hypothèse, les créanciers intermédiaires ne pourraient l'empêcher d'exercer son hypothèque antérieure, de manière à dégrever autant que possible les immeubles affectés à ses hypothèques postérieures.

En admettant notre solution, faut-il dire que l'hypothèque générale sera répartie sur tous les immeubles vendus au marc le franc de leur valeur, comme le prétend M. Tarrible, ou plutôt que la division se fera en ayant égard à l'antériorité des droits acquis et en cherchant à les conserver intacts autant que possible, comme le veulent Grenier et M. Troplong? Nous adoptons le sentiment de ces derniers, confirmé par plusieurs arrêts

de la Cour de cassation. Aucune loi, dans le concours de l'hypothèque générale avec les hypothèques spéciales, n'assigne aux juges de faire la répartition au marc le franc; autrement cette répartition pourrait devenir pour un débiteur de mauvaise foi, qui aurait des créanciers à hypothèque spéciale, un moyen de frustrer ceux-ci d'une partie de leurs légitimes créances, en contractant postérieurement des dettes simulées et y affectant les biens qui leur étaient déjà spécialement hypothéqués. Enfin, il est dans l'esprit général du système hypothécaire d'avoir égard à l'antériorité des droits acquis, parce que le créancier qui a prêté le dernier a eu bien moins de raison que tous les autres de croire à la solvabilité du débiteur commun.

III. L'hypothèque répond tant des intérêts que du capital de la créance, en vertu de la règle : *Accessorium sequitur principale.* Il n'y a pas de difficulté pour les intérêts échus et conservés par l'inscription : mais il en est différemment pour ceux qui sont échus depuis l'inscription. Par dérogation à l'ancienne jurisprudence, le législateur, voulant empêcher qu'un créancier ne puisse, en laissant accumuler des intérêts considérables, altérer des sûretés prises par des créanciers postérieurs, et aussi prévenir les fraudes que le débiteur pourrait commettre au préjudice de créanciers postérieurs par sa connivence avec d'autres antérieurs, en présentant comme dus des intérêts payés depuis longtemps, dispose, dans l'art. 2151, que la collocation n'aura lieu que pour deux années seulement d'intérêts et pour l'année courante au même rang d'hypothèque que pour son capital, sans préjudice de la conservation des intérêts autres que ceux garantis par la loi, au moyen d'inscriptions nouvelles, prenant rang à compter de leur date. Quant aux intérêts échus depuis la demande en collocation jusqu'à la clôture de l'ordre, ils doivent obtenir le même rang que la créance : le créancier ne pouvant être victime de la lenteur de la

procédure. La restriction de la loi, qui se rattache au principe de la publicité qu'il était nécessaire de fortifier en cette circonstance à cause des fraudes, est inapplicable à l'hypothèque légale de la femme : l'article parle de *créancier inscrit*. Or, l'hypothèque de la femme n'est pas soumise au principe de la publicité ; son efficacité, d'après l'article 2135, est indépendante de toute inscription.

CHAPITRE III.

Transmissibilité de l'hypothèque.

I. Les hypothèques, comme tout droit en général, passent aux héritiers du créancier. Les successeurs de la femme jouissent donc de son hypothèque avec toutes les prérogatives qui y sont attachées.

II. La femme peut également transférer son hypothèque de son vivant. Il n'y a aucun doute pour la femme commune ou séparée de biens ; car l'une et l'autre sont capables d'aliéner ; mais nous ne l'admettrions pas pour la femme dotale, parce que toute aliénation directe ou indirecte de sa dot lui est interdite. Ce principe ne permet donc pas d'adopter la distinction de M. Troplong, d'ailleurs repoussée par la jurisprudence, d'après laquelle la femme dotale ne serait pas incapable, si l'aliénation ne pouvait préjudicier à sa dot, et qu'au temps de la restitution de la dot, il restât assez de biens au mari, pour lui rendre intégralement tous ses apports matrimoniaux.

III. La translation de l'hypothèque par la femme peut s'opérer de diverses manières : par subrogation, dans le cas où elle reçoit d'un tiers la créance qu'elle a sur son mari (art. 1250 et 1251) : mais dans cette hypothèse, elle peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont elle n'a reçu qu'un payement partiel (art. 1251); par cession, en mettant un tiers à son lieu et place pour sa créance et

les droits qui y sont attachés (art. 2112, 2152). Alors la femme et son cessionnaire viennent en concurrence, dans le cas où il serait encore dû quelque chose à la première,

Dans la subrogation et la cession, nous supposons unies la créance et l'hypothèque. Mais on est allé plus loin : on a considéré les droits attachés à une créance comme constituant une chose distincte de la créance et susceptible d'en être détachés, de telle sorte que le créancier hypothécaire peut aliéner son hypothèque en conservant sa créance.

Cette aliénation ne peut naturellement se faire qu'au profit d'un tiers ayant intérêt à obtenir hypothèque, c'est-à-dire d'un créancier du même débiteur. Mais cela suffit. Il n'est donc pas nécessaire que la femme, pour faire une cession valable d'hypothèque, soit personnellement obligée au payement de l'obligation. En renonçant à son hypothèque au profit du tiers, créancier de son mari, elle cautionne ce dernier, et ajoute sa propre garantie à la sienne. Or elle peut cautionner son mari aussi bien que s'obliger principalement avec lui.

Cette cession a reçu dans la pratique le nom de subrogation, parce qu'elle fait passer l'hypothèque d'un créancier à un autre créancier. Mais cette désignation est impropre : car la cession ne résulte pas d'un payement, elle ne s'opère que par le consentement du créancier cédant, et n'a jamais lieu de plein droit ni à la volonté du débiteur. Quoi qu'il en soit, et en acceptant le terme, nous allons étudier les espèces, les formalités et les effets de cette subrogation.

SECTION I.

ESPÈCES DE SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

I. Si la subrogation dans la créance a besoin d'être expresse, il n'en est pas de même de celle de l'hypo-

thèque : il suffit qu'elle soit la conséquence de la convention intervenue, de telle sorte qu'il y a la subrogation expresse, et la subrogation tacite.

La subrogation expresse est souvent conçue en ces termes : « la femme cède et transporte tous ses droits « d'hypothèque, ou elle renonce en faveur d'un tel à « la priorité de l'hypothèque légale. » Ces locutions sont identiques : entendues *secundùm subjectam materiam*, elles signifient que le tiers sera admis à se faire payer au même rang d'hypothèque que la femme.

III. La subrogation tacite résulte tantôt de l'adjonction de la femme à une obligation solidaire du mari avec affectation des biens soumis à son hypothèque légale, tantôt de son concours, ou à l'obligation de son mari avec hypothèque sur ses biens, ou à la vente d'un immeuble soit de la communauté, soit de l'époux. Dans ces cas, le créancier a dû voir, dans l'accession de la femme, une garantie qu'on ne peut lui enlever.

Mais la subrogation tacite ne résulterait pas de la simple obligation solidaire de la femme avec son mari, si l'on n'avait stipulé aucune affectation hypothécaire de leurs immeubles, ni même du concours de la femme à l'obligation solidaire, quand il y aurait eu affectation hypothécaire, si la femme ne s'était formellement rendue partie dans la stipulation d'hypothèque. Dans ces hypothèses, le créancier n'a dû compter que sur l'obligation personnelle de la femme contractante. Or, cette obligation engage les biens de l'obligé, mais n'emporte pas cession de ses créances sur un tiers ; de telle sorte que le créancier subrogé par la femme à son hypothèque légale, devra l'emporter sur le créancier antérieur qui n'aurait que l'obligation personnelle de la femme ; ce créancier antérieur, exerçant les droits de la femme, ne peut avoir plus de droits que celle-ci ; et celle-ci, par la subrogation au créancier postérieur, s'est interdit la faculté d'exercer son hypothèque avant lui.

SECTION II.

FORMALITÉS DE LA SUBROGATION.

I. La subrogation par la femme à son hypothèque légale, n'est soumise à aucune formalité, quoiqu'on ait voulu l'assujettir aux règles des articles 2140 et 2145, applicables au cas de restriction. En effet, cette restriction étant demandée par le mari pour lui procurer la libre disposition d'une partie de ses biens propres, devait être entourée de rigueurs; mais lorsque cet intérêt n'est pas directement en jeu, la position de la femme ne doit plus être la même. En cédant la priorité de son hypothèque à un tiers, il n'est plus exact de dire que c'est en faveur du mari. Toute la question est donc de se fixer sur les principes qui peuvent faire discerner si la renonciation a lieu dans l'intérêt du mari, ou dans l'intérêt des tiers. Lorsque la femme renonce à son hypothèque légale dans l'intérêt d'un tiers, elle traite directement avec lui : Elle se dépouille pour l'investir. Il n'en est pas de même quand la femme renonce à son hypothèque dans l'intérêt de son mari; sa renonciation est toujours pure et simple, elle n'a rien de translatif, elle éteint l'hypothèque et ne la transporte pas.

II. Les créanciers subrogés par la femme ne doivent pas non plus faire inscrire leurs subrogations. En effet ils ont le même bénéfice qu'elle. Cessionnaires d'hypothèques exemptes d'inscription, ils ne peuvent, sans attentat à leur titre, être forcés à s'inscrire. Peu importe d'ailleurs aux tiers; car il est indifférent pour eux que le montant de la collocation de la femme soit touché par celle-ci ou par ses cessionnaires. Sans doute il peut se présenter des inconvénients entre les différents individus subrogés; car ils peuvent ignorer les subrogations consenties antérieurement par la femme, et ne trouver souvent qu'une fâcheuse illusion à la place du gage qu'ils ont cru s'assurer. Mais la loi

est muette, et on ne peut suppléer à son silence lorsqu'il s'agit d'une prescription sérieuse dans ses conséquences. La majorité de la jurisprudence est constante sur ce point.

SECTION III.

EFFETS DE LA SUBROGATION.

I. La subrogation à l'hypothèque étant uniquement produite par le consentement des parties contractantes, il dépend donc de celles-ci de régler leur position respective pour le cas où le subrogeant conserve une partie de sa créance. On peut convenir que le subrogé sera préféré au subrogeant, ou qu'ils viendront en concurrence, ou que le subrogeant restera préférable. A défaut de convention, la jurisprudence a établi que la subrogation dessaisit la femme de ses droits hypothécaires jusqu'à due concurrence, et les fait passer, avec les prérogatives dont ils jouissent, au créancier subrogé, qui les exerce désormais en son propre nom, et par préférence à elle-même.

II. S'il y a plusieurs créanciers subrogés successivement, doivent-ils venir concurremment, quelle que soit la date de leurs subrogations respectives, ou, au contraire, le premier doit-il être préféré au second? C'est une question d'intention qui ne peut être résolue que par les termes de la convention, les circonstances et la position des parties. Les tribunaux, en cas de contestation, devront examiner ce que les parties ont voulu lors de la première subrogation, afin de savoir quels droits sont restés au subrogeant, et rechercher ensuite quels droits, sur ceux qui lui restaient, il a entendu transmettre au second subrogé. Il sera bien aussi de voir quel motif a déterminé le subrogeant, s'il a agi pour obtenir quelque chose, ou s'il n'a agi que dans l'intérêt du subrogé. Dans le premier cas, on supposerait plus facilement que le subrogant a cédé la pré-

férence, et dans le second qu'il se l'est réservée. A position égale, la préférence se règle entre les divers créanciers subrogés, uniquement par la date des actes d'où résulte la subrogation.

III. Quant aux créanciers de la femme, qu'elle se soit engagée principalement, ou solidairement avec son mari, ils ne pourraient faire valoir l'hypothèque qu'en son nom et par la voie de l'opposition ou de l'inscription en sous ordre (art. 778 C. Pr.). Le montant de la collocation de la femme est, comme chose mobilière, distribué entr'eux au marc le franc de leurs prétentions, sans égard à la date de leurs créances.

IV. Les principes que nous venons d'exposer sont en partie modifiés par l'art. 11 du nouveau projet de loi sur la transcription dont nous avons parlé. Les femmes ne pourront désormais céder leurs droits à l'hypothèque légale ou y renoncer que par acte authentique, et les cessionnaires ne seront saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante.

Appendice au titre second.

De l'hypothèque légale de la femme d'un commerçant.

La femme d'un commerçant a, d'après les principes généraux, le droit de reprise en nature des biens qu'elle a apportés en dot, et l'exercice de son hypothèque sur les biens de son mari. Mais en cas de faillite, ces garanties que le droit commun accorde sont diminuées par le Code de Commerce. Leur connexité nous engage à traiter des unes et des autres. A cet effet nous étudierons la législation de 1808 et celle de 1838; l'interprétation de la première éclairera l'explication de la seconde.

SECTION PREMIERE.

LÉGISLATION DE 1808.

§ 1er — *Reprises de la femme.*

La faculté pour la femme de reprendre en nature les biens qu'elle a apportés en dot, s'applique aux immeubles et aux meubles.

1° Quant aux immeubles, sous quelque régime que la femme fût mariée, elle avait droit de reprendre tous les immeubles qu'elle avait lors de son contrat de mariage, et ceux qui lui étaient provenus de successions ou de donations, faites par tout autre que par le mari (art. 546); cependant, si elle était mariée en communauté, elle ne pouvait les reprendre qu'autant qu'elle ne les avait pas ameublis. D'autre part, l'art. 547 présumait que ce qui était dans le patrimoine du failli, à l'époque de sa faillite, était censé lui appartenir et par suite que les acquisitions faites par la femme étaient réputées l'être par le mari et avec les deniers de ses créanciers.

Les immeubles acquis avec les deniers provenant de successions ou donations échues à la femme, pourvu que la déclaration d'emploi eût été faite dans l'acte d'acquisition, et que l'origine des deniers eût été constatée par un inventaire ou tout autre acte authentique (art. 546), pouvaient encore être repris par la femme.

L'exercice du droit de reprise dans les cas précités n'avait toutefois lieu qu'à la charge des dettes ou hypothèques dont les immeubles auraient été grevés, soit par l'effet des engagements ou conventions de la femme, soit par suite de jugements rendus contre elle (art. 549). Cette disposition était inutile; car elle résultait des principes de droit commun. Cependant, pour lui donner un sens, les interprè-

tes lui avaient attribué une extension illégale, en prétendant que le législateur avait voulu accorder à la femme mariée sous le régime dotal le droit d'hypothéquer ses biens dotaux et de déroger ainsi au principe d'inaliénabilité de la dot.

2° Quant aux meubles, l'action en reprise ne pouvait exister à leur égard en faveur de la femme. Meubles-meublants : effets mobiliers, diamants, tableaux, vaisselle d'or ou d'argent et autres objets, tant à l'usage du mari qu'à celui de la femme, sous quelque régime que le contrat de mariage ait été passé, étaient déclarés acquis aux créanciers par l'art. 554.

Par exception, la femme pouvait recevoir les linges et hardes à son usage et les bijoux et diamants ou vaisselle qu'elle justifiait par l'état annexé aux actes, ou par bons et loyaux inventaires, lui avoir été donnés par contrat de mariage par autres que par son mari, ou lui être advenus par succession ou legs (art. 554). Il y avait divergence dans la doctrine, pour savoir si cette énumération était énonciative ou limitative. Cette dernière opinion semblait prévaloir, par le motif que la loi avait restreint la protection qu'elle accordait à la femme, dans la crainte d'une connivence de sa part avec son mari pour frauder les créanciers.

Quant à l'action en reprise des effets mobiliers donnés entre-vifs, elle était proscrite d'une manière absolue. Ce mode d'acquisition avait paru aux rédacteurs du Code susceptible de fournir au mari un moyen trop facile de frustrer indirectement ses créanciers, en faisant remettre à sa femme par personne interposée différents objets mobiliers acquis avec les deniers de ces créanciers. Mais cette disposition était vicieuse en présence de l'art. 546, qui permettait à la femme l'action en reprise des immeubles donnés ou acquis en vertu des deniers donnés; car le mari pouvait bien faire donner des immeubles à sa femme ou bien en faire acquérir avec les immeubles donnés; la fraude qu'on

avait voulu prévenir dans un cas devenait facile dans l'autre.

§ 2. — *Hypothèque légale.*

I. D'après l'article 551, la femme, dont le mari failli était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, n'avait d'hypothèque que pour les deniers et effets mobiliers qu'elle justifiait par acte authentique avoir été apportés en dot, pour le remploi de ses biens aliénés pendant le mariage et pour l'indemnité des dettes par elle contractées dans l'intérêt de son mari, que sur les immeubles appartenant à ce dernier lors du mariage et non sur ceux qu'il a pu acquérir depuis le mariage; on supposait qu'ils étaient acquis avec les deniers des créanciers. Cette restriction était littéralement appliquée par les interprètes du Code d'une manière absolue aux biens acquis, soit à titre onéreux soit à titre gratuit. Au surplus, l'art. 551 n'était pas regardé comme limitatif en ce qui concernait les causes de créance que la femme pouvait avoir contre son mari; par exemple, à raison des sommes lui étant provenues de successions, donations ou legs.

II. Etait assimilée à la femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, la femme qui avait épousé un fils de négociant, n'ayant à cette époque aucun état ou profession déterminée, et qui serait devenu lui-même négociant, même dans une autre branche de commerce que le père (art. 552). La loi supposait que ce fils, lors de son mariage, avait le projet de devenir négociant comme son père, et que la femme avait connu ce projet; mais, par exception, la femme, dont le mari avait, à l'époque de la célébration du mariage, une profession déterminée autre que celle de négociant, jouissait de tous les droits hypothécaires conférés par le Code civil. Cette exception néanmoins était refusée à la femme dont le mari aurait fait le commerce dans l'année qui suivait

la célébration du mariage (art. 553) ; on supposait encore dans ce dernier cas que le mari, au temps du mariage, avait l'intention de se faire négociant, et que la femme avait eu connaissance de cette intention.

III. La loi au surplus présumait que les dettes du mari, acquittées par la femme, l'étaient avec les deniers du mari, quand même elle s'était fait subroger expressément aux droits des créanciers payés par elle. De telle sorte qu'elle ne pouvait à leur égard exercer d'action dans la faillite qu'autant qu'elle administrait la preuve du contraire (art. 550). Cette présomption, créée à Rome par le prêteur Quintus Mucius (loi 57 D. *de donat. inter vir. et uxorem*) a reçu dans la pratique le nom de présomption mucienne.

VI. Quant aux avantages matrimoniaux, la femme du failli ne pouvait se prévaloir de ceux qui lui auraient été faits par le mari, de même que les créanciers du failli ne pouvaient profiter de ceux faits à ce dernier par son épouse. A plus forte raison, la femme ne pouvait réclamer ou retenir les avantages que le mari aurait pu lui faire pendant le mariage. Etant essentiellement révocables (art. 1096), leur révocation pouvait être prononcée facilement par les créanciers du mari, exerçant les droits de leur débiteur en vertu de l'art. 1166.

SECTION II.

LÉGISLATION DE 1838.

§ 1er — *Reprises de la femme.*

I. La reprise des immeubles s'opère aujourd'hui comme autrefois (art. 557 et 558 C. C. modifiés par la loi de 1838). Il y a même présomption que les immeubles acquis par la femme appartiennent au mari, sauf preuve contraire (art. 559). Enfin la femme ne peut reprendre ses immeubles qu'affectés des dettes et

hypothèques dont ses biens sont légalement grevés. Ce mot *légalement* est une critique adressée aux interprètes, qui avaient, sous le Code de 1808, professé une doctrine illégale, en permettant à la femme dotale d'hypothéquer ses immeubles dotaux (art. 561).

II. Quant à la reprise des meubles, la nouvelle loi a doublement dérogé à l'ancienne: d'abord, en permettant à la femme de reprendre les meubles, qui lui ont été donnés entre-vifs, c'était la conséquence logique et corrélative de la faculté qu'elle avait de reprendre les immeubles donnés entre-vifs; ensuite en autorisant la reprise de tous les meubles sans exception qui ne sont pas tombés dans la communauté, pourvu que l'identité en soit prouvée par inventaire ou tout autre acte authentique : à défaut de cette preuve, les effets mobiliers sont acquis aux créanciers du mari, à l'exception des linges et hardes à l'usage de la femme (art. 560). Néanmoins, si la preuve à l'égard des créanciers ne peut résulter que d'actes authentiques, vis-à-vis du mari ou de ses héritiers, la femme pourrait invoquer le droit commun, dans le cas où il lui deviendrait utile d'exercer ses droits, et en conséquence prouver par témoins et même par commune renommée la valeur et la consistance du mobilier qui lui est échu pendant le mariage (art. 1504).

Il faut remarquer ici que la faculté de reprendre les meubles se concilie assez mal avec la suppression du privilége que le droit commun accorde au vendeur : car, pour abroger ce privilége, on s'est fondé sur ce que les objets qu'on voyait en la possession de l'acheteur, pouvaient inspirer confiance en sa solvabilité, et porter les tiers à contracter envers lui. Or la même raison ne semble-t-elle pas exclure la reprise en nature par la femme de ses effets mobiliers, lesquels aussi, se trouvant entre les mains du mari, ont pu inspirer confiance aux créanciers de celui-ci ?

§ 2. — *hypothèque légale.*

I. L'hypothèque légale, accordée à la femme du failli, est plus étendue qu'autrefois; en effet:

1° La loi, en ne la reproduisant pas, a brisé l'assimilation établie en 1808, entre la femme du commerçant et la femme du fils d'un commerçant. Cette dernière ne devait pas être à la merci de son mari, qui pourrait, en entreprenant un commerce longtemps après son mariage, anéantir les garanties sur lesquelles elle avait compté. Mais d'autre part la loi nouvelle a identifié la femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, et celle dont le mari ne le deviendrait que daus l'année du mariage (art. 563). On a supposé que cette dernière connaissait l'intention de son époux d'entrer dans le commerce.

2° La femme a hypothèque légale non-seulement pour les effets mobiliers apportés en dot, mais encore pour ceux qui lui sont advenus pendant le mariage par succession ou donation, toutefois à la charge d'en prouver la délivrance ou le paiement, non plus par acte authentique, mais seulement par acte ayant date certaine (art. 563).

De cette disposition combinée avec l'article 560, il résulte que, si elle veut exercer ses reprises en nature, elle doit prouver son apport par acte authentique, et si elle recourt à son hypothèque légale, il lui suffira d'un titre ayant date certaine. Que si, dans ce dernier cas, elle faisait la preuve de toute autre manière, nous pensons qu'il faudrait la ranger parmi les créanciers chirographaires,

3° La femme a hypothèque légale non seulement sur les immeubles possédés par le mari lors du mariage, mais encore sur les immeubles à lui acquis par succession ou donation pendant le mariage (art. 563). La supposition que les immeubles, acquis depuis le mariage par le mari, l'étaient avec des deniers des créanciers,

ne pouvait avoir lieu à l'égard de ceux qui lui provenaient par succession, ou donation entre vifs ou testamentaires. Il était donc juste et logique d'introduire pour eux une dérogation au droit commun.—Observons que la restriction précitée de l'hypothèque de la femme ne peut être invoquée contre elle, que lorsquelle exerce ses droits pendant la faillite. Il en résulte que, bien qu'aux termes de l'article 563, les immeubles acquis durant le mariage, par un commerçant tombé depuis en faillite, ne soient pas soumis à l'hypothèque légale de la femme à raison de ses reprises matrimoniales, ces immeubles en sont néanmoins frappés en vertu de l'hypothèque résultant d'un jugement de séparation de corps, qui condamne le mari à payer à sa femme une pension alimentaire, lorsqu'à raison de cette condamnation elle a été colloquée sur le prix des immeubles de son mari, aliénés avant l'ouverture de la faillite. Les créanciers hypothécaires du mari, postérieurs à la femme en ordre d'hypothèque, ne peuvent donc demander annulation de la collocation, par suite du changement survenu dans la position pécuniaire de l'époux, et invoquer l'article 563, pour que l'hypothèque relative à la pension alimentaire soit restreinte aux immeubles que le mari possédait à l'époque de la célébration du mariage, ou qui lui sont advenus depuis, par succession, donation ou legs (cassation, 14 juin 1853).

Question. — Si le mari, par suite du partage, est devenu propriétaire d'une part plus forte que lui eût attribuée sa part virile dans une succession qui lui est échue, la fiction de l'article 883 du code Napoléon, qui regarde le partage comme déclaratif de propriété, fera-t-elle que l'hypothèque de la femme du failli frappera toutes les parts de l'immeuble acquis par le mari de ses cohéritiers? Pour la négative, on se fonde sur l'esprit de la législation commerciale, qui repousse cette extension des principes généraux du droit à la

matière exceptionelle des faillites, où l'égalité entre les créanciers est la règle, et le privilége, une anomalie qu'il faut restreindre aux cas qui l'ont textuellement consacrée. La Cour de Paris l'a ainsi jugé le 8 avril 1851. Cependant nous adoptons l'affirmative ; l'article 563 n'apporte aucune dérogation aux principes généraux du droit civil et par suite à la fiction légale qui est contenue dans l'article 883 C. N. Son silence à cet égard prouve que le législateur a maintenu le mode et les effets du partage réglés par les lois civiles : le mot *succession* de l'article 563 est d'ailleurs inséparable de l'idée d'un partage, avec les conséquences que le droit commun y attache. — D'autre part, les créanciers du failli ont couru la chance contraire qui n'aurait pu attribuer aucune part d'immeuble au mari, mais seulement de l'argent ou des créances mobilières : Or *quem sequuntur commoda, eumdem sequuntur incommoda.* Ils ont dans tous les cas à s'imputer leur négligence, car l'article 882 leur permet de s'opposer à ce qu'il soit procédé hors de leur présence au partage dans lequel est intéressé leur débiteur, pour éviter que ce partage ne soit fait en fraude de leurs droits (conf. Limoges, 13 mai 1853).

II. L'hypothèque de la femme, telle que nous venons de l'établir, n'a pas seulement lieu pour la dot et les successions ou donations à elle échues, mais encore pour le remploi de ses biens aliénés pendant le mariage, et l'indemnité des dettes contractées par elle avec son mari. Dans ce dernier cas, l'art. 562, pose la présomption que la femme a payé les dettes de son mari avec les deniers de celui-ci, et il faudrait le décider ainsi, encore qu'elle se fût solidairement engagée, avec le mari, au paiement des dettes par elle acquittées, et qu'ainsi l'on pût croire qu'en payant, elle a payé pour elle plutôt que pour son mari. Ce n'est qu'en cas de preuve contraire qu'elle pourra exercer son action en indemnité, dans la faillite, au moyen de l'hypothèque

légale. — Il faut noter que l'art. 563, reproduisant les termes de l'art. 2135, C. N., n'est pas plus limitatif que ce dernier, et doit embrasser, comme lui, toutes sortes de créances sur le mari.

Nous savons au surplus que les droits de la femme emportent hypothèque, encore qu'ils soient nés dans l'époque de la faillite ou de la période de 10 jours qui la précède. Cette extension n'est pas toujours fondée ; nous ne la comprenons pas, par exemple, pour l'indemnité des dettes contractées par la femme avec son mari, souvent il y aura fraude dans ce cas: car un créancier fera obliger la femme en même temps que le mari ; la femme payera seule et se fera ensuite rembourser par la masse de la faillite l'intégralité de la créance en vertu de son hypothèque. Nous proscrivons ces contrats : on ne peut faire indirectement ce qu'il est défendu de faire directement; nous voudrions que le législateur consacrât la distinction proposée par plusieurs interprètes sous l'empire du Code de 1808, d'après laquelle ne serait valable que l'hypothèque légale résultant d'un fait indépendant de la volonté du débiteur, et non celle qui serait son fait volontaire.

III. Quant aux avantages matrimoniaux, l'ancienne loi est restée en vigueur. L'art. 564 déclare que la femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage ou dont le mari, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, sera devenu commerçant dans l'année qui suit cette célébration, ne peut exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage. Dans ce cas, les créanciers ne peuvent de leur côté se prévaloir des avantages faits par la femme au mari dans le même contrat. Cet article, on le comprend, n'a effet que vis-à-vis des créanciers du failli ; mais non à l'égard de ce dernier ou de ses héritiers, en sorte que s'il parvenait à arranger ses affaires et à acquérir de nouveaux

biens, les avantages matrimoniaux pourraient être réclamés par la femme comme si le mari n'était pas tombé en faillite.

Questions transitoires. Lorsque le mariage a été contracté sous la législation de 1808, et que la faillite a lieu sous le Code de 1838, quelle sera la conséquence de cet état de choses? Des auteurs ont décidé que le Code de 1808 devait être appliqué dans tous les cas, parce que les créanciers avaient la *saisine.* Il ne peut être question de saisine, alors qu'on l'applique à la personnalité du commerçant; celui qui a suivi la foi de son débiteur n'a pour gage que son honneur commercial. Ce gage fragile croît ou décroît suivant les circonstances, la saisine des créanciers croît et décroît en même temps, c'est-à-dire qu'elle n'existe pas en réalité. Une théorie absolue est donc impossible. Il faut apprécier les hypothèses.

1° La femme mariée sous le Code de 1808, qui ne pouvait dès lors reprendre en nature des meubles à elle donnés, peut-elle, en cas de faillite arrivée depuis la loi de 1838, se prévaloir de la disposition qui autorise cette reprise? Nous n'en doutons pas. Aujourd'hui les libéralités faites à la femme peuvent bien donner lieu à la fraude, mais elles donnent lieu à la reprise en nature. Comment supposer la fraude dans les donations faites sous l'empire de l'ancien Code qui les proscrivait, puisqu'elles ne pouvaient pas produire de résultat en cas de faillite?

2° La femme mariée sous l'ancien Code peut-elle aujourd'hui demander l'extension de son hypothèque légale aux immeubles acquis au mari par voie de succession ou de donation? Oui sans doute; mais son hypothèque ne pourra préjudicier aux créanciers hypothécaires antérieurs à la promulgation de la loi nouvelle, parce qu'il y a eu saisine réelle en leur faveur: ils n'ont pas seulement compté sur l'honneur commercial du débiteur, ils ont exigé un gage réel, on ne peut le leur

enlever. — De même l'hypothèque de la femme s'exercera pour la répétition des objets qui lui ont été donnés pendant le mariage et qui auraient été aliénés par le mari ; mais elle ne remontera pas à une époque antérieure à la promulgation de la loi nouvelle. Ces décisions sont adoptées par la jurisprudence.

3° Comment la femme justifiera-t-elle ses apports ? Pourra-t-elle invoquer la loi nouvelle, qui n'exige pour preuve qu'un acte ayant date certaine, ou sera-t-elle soumise à l'ancienne qui demandait un acte authentique ? Cette question se rattache à celle de savoir si le mode de preuve d'un contrat est celui du jour où le contrat a eu lieu, ou celui du jour où l'action qu'il fait naître est intentée. Deux systèmes sont en présence. Les auteurs français veulent que ce soit la preuve du jour du contrat : car il y a iniquité à exiger d'un créancier un mode dont il savait ne pas avoir besoin au moment où sa créance est née. Les auteurs allemands prétendent, au contraire, que ce doit être la preuve du jour où l'action est intentée : car il y a iniquité à forcer le juge d'accepter un mode de preuve, que sa conscience condamne, et que la loi nouvelle a condamné elle-même. Présentés d'une manière absolue, ces deux systèmes sont erronés. Nous préférons cette théorie pleine de raison et de bon sens : lorsque la loi nouvelle exige une preuve plus rigoureuse que l'ancienne, la preuve du jour du contrat doit être seule exigée : il y aurait injustice à le décider autrement ; lorsqu'au contraire la loi nouvelle demande un mode de preuve plus facile, c'est ce dernier qu'il faudra suivre, puisque la loi nouvelle trouve elle-même que l'ancienne règle était trop rigoureuse. D'après cette distinction, la femme serait admise à prouver ses apports par actes ayant date certaine. Pourquoi, en effet, lui enlèverait-on cette faculté ? Il est impossible de supposer la fraude : une pareille intention n'a pu naître dans l'esprit des époux, puisqu'elle ne pouvait pas produire de résultats.

TITRE III.

EXTINCTION DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

Le Code civil n'énumère dans l'article 2180 que quatre causes d'extinction des hypothèques : 1° l'extinction de l'obligation principale, 2° la renonciation, 3° la prescription, 4° la purge. A ces causes nous ajouterons celles résultant : 5° de la résolution du droit de propriété du débiteur sur les biens hypothéqués ; 6° de la restriction ou réduction de l'hypothèque ; 7° de la perte de l'immeuble grevé ; 8° de la consolidation ; 9° de l'expropriation pour cause d'utilité publique, et 10° de l'expropriation par suite de saisie immobilière.

CHAPITRE I.

Extinction de l'obligation principale.

I. L'action hypothécaire ne peut survivre à l'obligation qu'elle garantit, en vertu de l'adage : *Accessorium sequitur principale.* Ainsi, toute cause légitime qui éteint la créance, payement, novation, remise de la dette, compensation, confusion, éteint par là même l'hypothèque.

II. Lorsqu'une femme a institué son mari dans l'usufruit de tous ses biens avec dispense de donner caution et de faire emploi, cette clause a-t-elle l'effet de dégrever le mari de l'hypothèque légale des reprises et créances de la femme, dont les héritiers de celle-ci recueillent la nue propriété ? Nous ne le pensons pas. En effet, la qualité d'usufruitier de tous les biens n'entraîne pas la confusion des droits de la femme ou de ses héritiers sur la tête du mari. Le mari a l'usufruit des droits et créances de la femme, mais il

reste à ceux-ci la nue-propriété à laquelle le mari n'a aucun droit, et dont la confusion ne peut avoir lieu conséquemment en sa personne. Le mari ne peut plus être passible de cette hypothèque que lorsqu'il s'est libéré. C'est le principe que nous venons de poser. Mais y a-t-il contradiction que le mari se libère envers les héritiers de sa femme des reprises qu'ils ont à exercer contre lui, et que d'une autre part il puisse retenir ou se faire remettre les sommes ou objets qui composent ces reprises à titre d'usufruitiers? Nous ne le pensons pas. En effet, l'on conçoit ici deux opérations bien distinctes. D'une part, toutes les parties ont le droit d'exiger qu'il soit procédé à la liquidation des reprises de la femme. Par le résultat de cette liquidation, le mari fera abandon aux héritiers de sa femme des objets ou sommes qui leur reviendront. Cela est de toute nécessité : notons même que l'abandon aurait réellement lieu de fait comme de droit, si le mari usufruitier n'avait pas obtenu la délivrance (art. 1011). D'autre part et après cette première opération, ne peut-il pas se faire délivrer tous les biens de sa femme pour en jouir aux termes de sa donation? Il y a plus, c'est que cette délivrance est nécessaire (art. 1121); que jusque là, les héritiers sont saisis de plein droit, et qu'ils peuvent se mettre en possession des biens de la succession. Si les choses ne pouvaient avoir lieu de cette manière, il en résulterait que la position du mari deviendrait plus fâcheuse que si la femme eût légué l'usufruit de ses biens à un autre. Dans ce cas, en effet, une fois la liquidation faite et le montant des reprises restitué aux héritiers de la femme, le mari est dégrevé de l'hypothèque légale; peu importe donc que les biens doivent être remis à un usufruitier dispensé de donner caution, et de faire emploi. — Pourquoi le sort du mari changerait-il lorsque c'est lui et non pas un étranger qui est usufruitier?

III. Dans la dation en payement, qui a lieu au cas

où un débiteur paye à son créancier qui l'accepte autre chose que celle qu'il lui doit et que l'art. 1795 autorise entre époux, y a-t-il extinction de l'hypothèque de la femme? Nous disons oui comme pour tout payement, si le créancier n'est pas évincé de la chose donnée en payement, mais non, s'il est évincé : car le créancier ne l'a acceptée que sous la condition tacite que la propriété de l'objet qui lui a été livré lui sera acquise d'une manière irrévocable. Ce dernier point est toutefois controversé. Les auteurs qui prétendent qu'il y a extinction d'hypothèque par suite de la règle : *accessorium sequitur principale*, et que le créancier évincé n'a dès lors que l'action en garantie, appuient leur doctrine sur deux arguments : 1° la dation constitue, dit-on, une novation. C'est inexact : il n'a pu être dans l'intention des parties que le créancier renonçât à son hypothèque, s'il avait besoin de la faire valoir, et l'art. 1273 déclare formellement que la novation ne se présume pas ; 2° on invoque l'article 2038 qui libère la caution par suite de la dation en payement. C'est là une exception qu'il ne faut pas étendre. D'ailleurs, il n'y a pas la même raison de décider. La caution est dans une position que protége la loi. Cette protection est basée sur ce que la plupart du temps elle s'engage gratuitement. Elle a pu se croire libérée par la dation : il ne fallait pas qu'elle se trouvât obligée. Nous maintenons donc notre système, mais avec une distinction. Si après la dation en payement l'inscription a été radiée, le créancier, pour la faire revivre, devra la faire inscrire, et il ne viendra qu'au rang de cette inscription, sans pouvoir exiger son rang primitif. Une solution contraire préjudicierait aux droits acquis par des tiers.

CHAPITRE II.

Renonciation à l'hypothèque.

Le créancier peut renoncer à sa créance et à son hypothèque en même temps, ou à son hypothèque

seulement. Nous renvoyons à cet égard à ce que nous avons dit au chapitre III du titre second. Nous rappellerons seulement que le consentement par la femme à la radiation de son inscription hypothécaire en faveur d'un tiers constitue de sa part une renonciation au rang d'hypothèque, mais non au droit d'hypothèque lui-même.

CHAPITRE III.

Prescription de l'hypothèque.

Deux points sont à étudier : 1° comment s'acquiert la prescription de l'hypothèque? 2° Comment s'interrompt-elle?

SECTION I.

COMMENT S'ACQUIERT LA PRESCRIPTION?

L'article 2180 suppose deux hypothèses : celle où le débiteur est demeuré possesseur des biens hypothéqués; et celle où ces biens sont passés entre les mains d'un tiers acquéreur.

Au premier cas, la prescription est acquise au débiteur par le temps fixé pour la prescription des actions qui donnent l'hypothèque. Cette cause d'extinction rentre dans la première : la loi a cru devoir reproduire ici la même disposition, soit pour faire ressortir la différence qui existe avec le cas suivant, soit pour abroger l'ancien droit, où l'hypothèque survivait à l'action principale. —Toutefois l'art. 2180 doit se combiner avec l'art. 2253. Par suite des rapports qui existent entre les conjoints et de leur incapacité réciproque de s'avantager irrévocablement, la loi, écartant les inductions que l'on pourrait tirer de la possession de l'un et du silence de l'autre pour fonder la prescription, déclare que cette dernière ne court

pas entre époux. Par suite de ce principe, ce ne sera qu'après la mort de la femme et 30 ans après son décès, que l'hypothèque légale de cette dernière sera prescrite en faveur du mari.

Au second cas, « la prescription est acquise au tiers » détenteur, dit l'art. 2280, par le temps réglé pour » la prescription de la propriété à son profit. » Cette prescription de l'hypothèque, qui ne s'applique qu'au tiers détenteur, possédant à titre particulier et non soumis à l'obligation personnelle, s'acquerra par 10 ans entre présents et 20 ans entre absents, s'il y a bonne foi de la part du détenteur au moment de son acquisition, et si cette acquisition repose sur un juste titre translatif de propriété : mais dans ce cas, elle ne commencera à courir que du jour où le titre a été transcrit sur les registres du conservateur ; la prescription de l'hypothèque n'est pas visible comme celle de la propriété : il fallait un avertissement énergique (2180). A défaut de titre ou de bonne foi, le détenteur ne pourra invoquer que la prescription trentenaire qui courra à partir de sa possession.

Quoique la loi assimile la prescription de la propriété et la prescription de l'hypothèque, il ne faut pas en conclure que l'une de ces prescriptions soit subordonnée à l'autre : ce serait une erreur. La prescription de l'hypothèque est tout à fait indépendante de celle de la propriété. A part la différence du point de départ que nous venons de signaler, elles peuvent ne pas être de même durée, soit parce que le détenteur est de bonne foi quant à l'hypothèque et ne l'est pas quant à la propriété, soit parce que le créancier a été présent et le propriétaire absent, ou *vice versâ*, etc.

Les principes que nous venons d'exposer sont modifiés vis-à-vis de la femme. La prescription ne peut courir contr'elle au profit de celui qui a acheté du mari un immeuble soumis à son hypothèque légale. Si la femme agissait par l'action hypothécaire contre le tiers dé-

tenteur, évidemment ce tiers évincé aurait son recours contre le mari. Or, l'art. 2256 dit positivement que la prescription est suspendue pendant le mariage, « dans tous les cas où l'action de la femme réfléchirait contre le mari. » Ce n'est donc qu'après la dissolution du mariage, et après les dix ou vingt ans de la mort de son mari, suivant les cas, que la femme ne pourra plus poursuivre l'acquéreur, qui aura fait transcrire son titre.

SECTION II.

COMMENT S'INTERROMPT LA PRESCRIPTION.

I. La prescription de l'hypothèque est susceptible, comme tout autre, d'interruption. Si l'immeuble hypothéqué est resté en la possession du débiteur principal, il n'y a d'autres interruptions que celles relatives à la prescription de l'obligation principale elle-même (art. 2244 et suivants). Si l'immeuble est passé entre les mains d'un tiers-acquéreur, on admettrait toutes les interruptions qui s'appliqueraient à la prescription de la propriété (art. 2143 et 2148). Quant aux inscriptions, ou renouvellements d'inscriptions, ils n'ont pas de vertu interruptive, d'après l'art. 2288. Il y a plus : ils ne constitueraient pas le tiers-détenteur en état de mauvaise foi ; car il a pu croire que le débiteur avait payé et qu'on a négligé de faire rayer les inscriptions. Le tiers-détenteur n'est de mauvaise foi que dans les circonstances suivantes : lorsque les hypothèques ont été mentionnées dans le contrat d'acquisition et mises à sa charge ; lorsqu'il se sera personnellement obligé envers les créanciers en leur faisant la notification prescrite par l'art. 2183, avec offres de payer, ou lorsqu'il a été condamné en qualité de tiers-détenteur, comme le suppose l'article 2173.

II. La loi, exigeant des moyens plus énergiques que l'inscription pour interrompre la prescription, il faudra, par exemple, une citation en justice ou un commandement. Mais suffirait-il de la sommation faite au tiers-détenteur en vertu de l'art. 2169 ? Quoiqu'on ait prétendu le contraire, nous ne le pensons pas. L'art. 2244 exige un commandement, ce qui n'est pas une sommation. Il y a des différences notables entre ces deux actes, et le législateur se garde bien de les confondre. L'art. 2169 lui-même en offre la preuve.

CHAPITRE IV.

Purge de l'hypothèque.

I. Toujours favorable à la libre circulation des biens, le législateur ne pouvait laisser les propriétés incertaines entre les mains des acquéreurs. Un tiers, possédant un immeuble grevé d'hypothèques, se trouverait incessamment sous le coup du droit de suite, car le vendeur ne lui transmet son bien que sous l'affectation des hypothèques dont il est chargé (art. 2182, § 2), s'il n'avait eu un moyen de prévenir les poursuites que les créanciers hypothécaires pourraient diriger contre lui. Ce moyen, qui sert aussi à arrêter les poursuites commencées (art. 2183), est la purge. Tout acquéreur à titre gratuit ou onéreux, s'il n'est personnellement tenu de la dette, peut, en suivant, envers les créanciers, les formalités que la loi indique, affranchir, déblayer, *purger* ses immeubles des hypothèques ou priviléges qui les affectent.

II. La purge était inconnue en Droit romain, où les hypothèques étaient occultes. Il en était de même dans notre ancien droit ; car les hypothèques n'étaient pas publiques. Certaines coutumes dans les pays dit *de nantissement* avaient cependant organisé une es-

pèce de publicité. Les rois de France avaient voulu étendre aux autres contrées cette utile institution. Mais leurs efforts avaient été impuissants. Henri III, qui avait fait paraître dans ce but un édit en 1581, fut obligé de le révoquer en 1588. Louis XIV, en 1672, exigea l'inscription au greffe des créanciers hypothécaires, mais son ordonnance était rapportée deux ans après. Ces innovations étaient repoussées par la résistance des grands seigneurs. Les hommes puissants voyaient s'évanouir leur funeste crédit ; ils n'auraient pu absorber la fortune de citoyens incrédules qui, jugeant sur les apparences, supposaient de la réalité partout où ils voyaient de l'éclat ! Malgré l'absence de publicité, on avait cependant introduit un moyen de purger les propriétés des hypothèques qui les grevaient. Comme on avait admis que, lorsqu'un immeuble était vendu par les créanciers hypothécaires, l'expropriation, résultant de la saisie et appelée *décret*, opérait anéantissement de toutes les hypothèques, on avait, par imitation de ce *décret forcé*, inventé *un décret volontaire* : celui qui voulait vendre appostait un créancier fictif qui faisait saisir l'immeuble : celui qui voulait acheter se rendait adjudicataire, et son acquisition purgeait par suite l'immeuble de toutes les hypothèques. Comme ce moyen était coûteux, Louis XV, par un édit rendu en 1771 sur la proposition de D'Aguesseau, exigea que l'acquéreur déposât pendant deux mois son titre d'acquisition au greffe du tribunal, où les créanciers devaient se faire connaître, à peine de perte de leurs droits. Si les deux mois s'écoulaient sans opposition, le tiers acquéreur obtenait des *lettres de ratification* qui valaient purge. Les lois révolutionnaires, de leur côté, en consacrant la publicité en matière hypothécaire, avaient introduit un mode de purge au moyen d'une notification directe aux créanciers inscrits. Le Code Napoléon a conservé ces deux systèmes. Il a admis les dispositions de la loi de

brumaire an VII pour la purge des hypothèques inscrites : c'est la purge ordinaire, dont s'occupe le chapitre VIII du titre 18 ; et les formalités de l'édit de 1771, pour la purge des hypothèques dispensées d'inscription, qui fait l'objet du chapitre IX : c'est la purge légale. L'hypothèque de la femme peut être soumise à l'une et à l'autre de ces purges; à la deuxième, si elle n'a pas été inscrite ; à la première, si elle a été inscrite avant la transcription du titre de l'acquéreur ou dans la quinzaine qui l'a suivie. En s'inscrivant, la femme s'est volontairement placée dans le droit commun et a abandonné la position exceptionnelle que lui faisait la loi.

Il est temps d'aborder en détail les deux espèces de purge.

SECTION I.

PURGE ORDINAIRE.

Dans la purge ordinaire, le tiers acquéreur s'adresse aux créanciers, leur fait l'offre du prix de vente, qu'il paie, s'ils acceptent, à moins qu'ils ne préfèrent surenchérir, dans le cas où ils jugeraient qu'une nouvelle vente aux enchères leur dût procurer un résultat plus avantageux. Il importe donc de traiter : 1° des conditions nécessaires pour la validité de la purge, 2° des offres, 3° de la surenchère.

§ Ier. — *Formalités à remplir.*

I. Avant tout, l'article 2181 exige de l'acquéreur qui veut purger la transcription de son titre d'acquisition sur le registre du conservateur des hypothèques, dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. La loi parle de *contrats translatifs de propriété* : nous avons corrigé ces expressions qui sont inexactes. En effet l'écrit n'est pas un contrat : le contrat

cours de deux volontés; et d'autre part, l'immeuble peut être acquis sans convention, par succession, legs ou donation. Mais si c'est un légataire à titre universel ou un héritier qui veut purger, il ne peut purger qu'après avoir payé la part de dette dont il est personnellement obligé, et s'il paie, il pourra purger en faisant transcrire le testament ou l'acte de partage.

La transcription du titre, exigée par la loi, embrasse-t-elle celle des titres antérieurs non transcrits, ou le titre seul de la dernière acquisition? Dans un premier système, tous les titres doivent être transcrits, l'article 2185 portant que les *contrats translatifs de la propriété d'immeubles seront inscrits* EN ENTIER. Ces derniers mots, à nos yeux, signifient : *littéralement*, et rien de plus. Dans un deuxième système, il suffit de transcrire le titre d'acquisition; mais on devrait rappeler, par une mention sommaire, les titres antérieurs. Nous préférons une troisième opinion, dans laquelle il n'y a à faire que la transcription du dernier titre d'acquisition. La loi ne demande rien de plus. Par suite de cette solution, que la jurisprudence a sanctionnée par de nombreux arrêts, le vendeur primitif qui ne s'inscrit pas dans la quinzaine de la transcription serait déchu de son privilége de vendeur.

II. Le tiers acquéreur doit, soit avant les poursuites, soit dans le mois au plus tard à compter de la sommation qui lui est faite, faire une notification aux créanciers inscrits, au domicile par eux élu dans leur inscription (art. 2183). Le délai de 30 jours, qui ne peut être prorogé par le juge, court à partir de la première sommation en date, faite par le créancier le plus diligent de payer ou de délaisser, qui profite ainsi aux autres créanciers : autrement, si chacun était obligé d'agir individuellement, ce serait très onéreux pour le débiteur. Mais la purge n'étant qu'une faculté pour le tiers détenteur, le créancier ne peut le sommer de purger : la sommation doit être

celle de l'art. 2169, et ne peut être remplacée par un autre acte, même par le commandement de payer fait par le vendeur à l'acquéreur.

La notification exigée de l'acquéreur doit contenir, d'après l'art. 2183 :

« 1° Un extrait de son titre contenant seulement la » date et la qualité de l'acte, le nom ou 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 seu- » lement du domaine et des arrondissements dans les- » quels il est situé ; le prix et les charges faisant par- » tie du prix de la vente, ou l'évaluation de la chose si » elle a été donnée. »

L'évaluation de l'immeuble étant nécessaire, parce que le détenteur offre un prix à ses créanciers, il s'ensuit que, s'il y avait échange, on devrait estimer la valeur de la chose livrée en contr'échange. Si l'acte d'acquisition comprend plusieurs immeubles dont les uns sont hypothéqués et les autres libres, ou dont les uns sont affectés à telle créance et les autres à une créance différente, ou bien lorsque cet acte comprend des immeubles situés dans différents arrondissements, qu'ils soient ou non hypothéqués à des créances diverses, l'acquéreur doit, à peine de nullité, déclarer dans la notification le prix assigné par le contrat, à chacun des immeubles qui seront affectés à des créances distinctes ou qui seront situés dans des arrondissements différents. Si l'aliénation a été faite confusément pour un seul prix, l'acquéreur doit établir une ventilation, c'est-à-dire, évaluer comparativement au prix total la somme pour laquelle il pense avoir acquis chacun de ces immeubles (art. 2192, § 1). Il en serait de même au cas où l'acte d'acquisition embrasserait à la fois des meubles ou des immeubles. Dans ces différentes hypothèses, les créanciers comme le vendeur peuvent faire réformer la ventilation, si elle contenait une disproportion nuisible à leurs intérêts.

Quant aux charges qui font partie du prix, il faut entendre par ces termes toutes les prestations quelconques, que l'acquéreur est obligé d'acquitter au profit du vendeur, de ses créanciers, ou d'un tiers, que celui-ci a entendu gratifier. On doit donc considérer comme une charge, l'obligation imposée à l'acquéreur de payer des impôts échus avant son entrée en jouissance; ou des frais qui ne seraient pas de plein droit à sa charge, comme les frais de purge (Art. 777 C. P.) Les frais de passation d'acte, d'inscription et de transcription étant de plein droit à la charge de l'acquéreur, ne sont donc pas à considérer comme des charges faisant partie du prix. Lorsqu'il s'agit de prestations en nature ou de l'obligation de payer des sommes d'argent, dont le montant ne peut être déterminé à l'aide d'un simple calcul de capitalisation, comme au cas où le prix consiste en une rente viagère, les charges doivent être évaluées par l'acquéreur.

« 2° Un extrait de la transcription de l'acte de vente », ou plutôt du titre d'acquisition. Pris à la lettre, ce § 2 semble inutile en présence du § 1, qui exige l'extrait du titre. En effet, l'extrait de transcription n'est rien autre chose que l'extrait du titre. La loi veut dire seulement qu'il faut certifier que le titre a été transcrit : les créanciers sont ainsi avertis qu'ils peuvent consulter, sur le registre du conservateur, la totalité de l'acte.

« 3° Un tableau sur trois colonnes, dont la première » contiendra la date des hypothèques et celle des ins- » criptions, la seconde le nom des créanciers, et la » troisième le montant des créances inscrites. » Cette formalité fait utilement connaître aux créanciers s'ils ont intérêt à surenchérir. En comparant le prix offert avec les inscriptions, il leur sera facile de voir s'ils sont en rang favorable; s'ils ne doivent pas être couverts par le prix d'acquisition, ils seront disposés à surenchérir; s'ils doivent l'être, ils s'en abstiendront, parce que la surenchère est onéreuse.

La notification, dont nous venons de parler, doit être faite à tous les créanciers inscrits : car chacun a un intérêt distinct. L'omission de cette notification à l'un d'eux rend la procédure à fin de purge nulle à son encontre, mais ne la vicie pas à l'égard des autres. Au surplus, d'après l'art. 835, Code procédure, l'acquéreur est dispensé de cette formalité vis-à-vis de ceux qui ne sont inscrits que dans la quinzaine de la transcription de l'acte d'acquisition. La loi a moins voulu punir leur négligence que faciliter la promptitude de la purge.

La notification doit être faite par un huissier commis à peine de nullité par le président du tribunal de l'arrondissement où elle a lieu, et contenir en même temps constitution d'avoué près le tribunal où la surenchère et l'ordre seront portés (art. 832, C. Pr.). Quoique la loi exige qu'elle soit signifiée aux créanciers dans le domicile par eux élu dans l'inscription, nous validerions la signification faite au domicile réel. L'élection de domicile est dans l'intérêt du débiteur : nous la considérons dès lors comme une faculté dont il peut ne pas user (art. 59, C. Pr.)

Parmi les formalités que nous avons signalées, quelles sont celles dont l'irrégularité entraîne l'annulation de la procédure à fin de purge ? La loi est muette à cet égard. Il y aurait nullité, selon nous, si la purge a été commencée après l'expiration des délais de l'art. 2183, ou si les notifications n'ont pas mis les créanciers à portée de surenchérir en connaissance de cause. Dans le doute, la faveur sera due aux tiers détenteurs. — *Quid* de la fausse énonciation du prix ? Suivant la jurisprudence, elle annule la purge. Cette décision nous paraît trop rigoureuse ; le prix déclaré est ou inférieur ou supérieur au prix réel. Dans le premier cas, l'erreur n'a causé aucun préjudice aux créanciers, car elle les a portés à surenchérir plutôt qu'elle n'a eu effet de les en détourner ; il n'y a donc pas de raison pour annuler la notification ; l'acquéreur en sera quitte pour

payer le prix réel et les frais de la surenchère, que son erreur a pu provoquer. Dans l'autre cas, il est évident que la déclaration supérieure au prix réel a pu empêcher les créanciers de surenchérir; mais pourquoi? parce que le prix déclaré leur a paru juste et raisonnable; l'acquéreur consent à leur payer le prix: on ne voit pas comment ils pourraient se plaindre.

En cas de l'annulation de la procédure, les créanciers sont autorisés à poursuivre contre le tiers détenteur l'expropriation des immeubles affectés à leurs créances, à moins qu'il n'ait pas été mis en demeure par la sommation prescrite par l'art. 2169 et qu'il ne se trouve encore dans les délais utiles pour purger.

§ 2. — *Des offres et de leurs effets.*

I. L'art. 2184 dispose : « l'acquéreur ou le donataire » déclarera par le même acte (la notification précitée) » qu'il est prêt à acquitter sur le champ les dettes et » charges hypothécaires jusqu'à concurrence seulement » du prix, sans distinction des dettes exigibles et non » exigibles. » La purge est considérée comme une faillite de l'immeuble qui entraîne déchéance du bénéfice du terme (art. 1188). C'est une dérogation à la loi de brumaire an VII. Sous cette loi, l'acquéreur jouissait des termes et délais accordés au débiteur originaire; il s'ensuivait beaucoup d'embarras dans les liquidations, car les créanciers, dont les titres n'étaient pas encore échus, s'opposaient au paiement des créanciers postérieurs, dont les créances étaient exigibles, attendu qu'ils couraient le risque de ne plus trouver dans le gage une sûreté suffisante. Moins gênante que la loi de brumaire, la disposition de l'art. 2184 obvie à ces inconvénients. L'acquéreur ne jouira donc des termes accordés au débiteur originaire que s'il ne purge pas; il ne le pourra pas s'il purge : car les créanciers ne doivent pas souffrir des stipulations des actes auxquels ils sont

étrangers. Si le tiers détenteur n'avait pas suffisamment déterminé le payement des dettes et charges hypothécaires, la purge serait nulle, et son annulation permettrait aux créanciers de requérir l'expropriation.

II. Le tiers détenteur, qui offre son prix, s'engage à attendre quarante jours, qui comptent à partir de la notification. Nous savons que, d'après l'art. 835, la notification et par suite les offres qu'elle doit contenir ne sont pas nécessaires vis-à-vis des créanciers qui ne sont pas inscrits avant la transcription : ils doivent aller chez les autres créanciers inscrits pour prendre des renseignements ; mais s'il n'y a que des créanciers inscrits dans la quinzaine de la transcription, comment feront-ils ? Pourront-ils surenchérir ? Il semble que non, puisque la surenchère suppose que l'acquéreur a offert son prix, et qu'il n'y a pas de notification. Ce résultat bizarre est évité par la pratique qui admet dans ce cas la notification. Le tiers détenteur attend, dans ce cas, l'expiration de la quinzaine de la transcription pour notifier.

III. L'effet des offres constitue le tiers détenteur débiteur personnel des créanciers hypothécaires. De là, deux conséquences : 1° il ne peut plus les rétracter, ni se libérer en délaissant. M. Troplong estime cependant qu'il en aurait la faculté jusqu'à l'expiration du délai de 40 jours laissé aux créanciers pour délibérer, à moins que ceux-ci n'aient accepté les offres, ou qu'ils n'aient pas requis la surenchère. Nous sommes d'un avis différent. La loi, en donnant aux créanciers un délai de 40 jours pour surenchérir, suppose évidemment que les offres tiennent pendant ce délai, à l'expiration duquel les créanciers sont irrévocablement déchus du droit de les refuser. 2° La déclaration du tiers détenteur le rend non recevable à opposer à ses créanciers les exceptions dont il aurait pu se prévaloir.

IV. Si les offres sont acceptées, ou si les créanciers n'ont pas requis la mise aux enchères dans le délai

de 40 jours, dont l'expiration emporte acceptation tacite, « la valeur de l'immeuble est définitivement fixée » au prix stipulé dans le contrat, ou déclarée par le » nouveau propriétaire : lequel est en conséquence » libéré de tout privilége et hypothèque en payant ce » prix aux créanciers qui seront en ordre, de recevoir, » ou en le consignant (art. 2186 C. N. et 835 C. P.). » Remarquons que les consignations permises au tiers détenteur, en cas de désaccord des créanciers, n'est pas soumise aux règles des art. 1259 et suivants. Il n'a pas à faire d'offres réelles; car la notification les contenait. Il n'a pas non plus à appeler les créanciers à la consignation ; car leur appel n'est nécessaire que dans le cas où ils prendraient les deniers, et ici la consignation a lieu précisément parce qu'ils sont en désaccord. — Le tiers détenteur, qui doit payer les dettes, sans distinguer celles qui sont exigibles de celles qui ne le sont pas, est-il tenu d'acquitter les dettes conditionnelles? On ne sait si elles existeront ou si elles n'existeront pas. Cette incertitude amène et autorise divers moyens de libération. Ou on colloquera provisoirement les créanciers conditionnels en les assujettissant à donner caution : ou on déposera la somme à la caisse des dépôts et consignations, ou enfin on ne fera pas attention aux créanciers conditionnels, on payera les autres comme s'ils n'existaient pas, sauf à ceux-ci à donner caution de restituer, le cas échéant.

Observons ici que lorsque l'acquéreur primitif a revendu sans purger, le second acquéreur est tenu envers les créanciers du vendeur originaire jusqu'à concurrence du prix, non de la première mais de la seconde vente. En effet, la première vente leur était absolument étrangère. Le second acquéreur, ayant fait transcrire son titre, le leur ayant ensuite notifié, a, par là même, contracté l'engagement de rapporter à la masse des créanciers inscrits le prix de son ac-

quisition, pour être distribué à chacun d'eux conformément à ses droits

V. Si les offres sont refusées, la procédure de purge entre dans une nouvelle phase, celle de la surenchère, dont le but est de faire revendre aux enchères publiques l'immeuble possédé par le tiers détenteur et de faire passer de ce dernier au surenchérisseur ou à un adjudicataire plus offrant la propriété de cet immeuble.

§ 3. — *De la surenchère.*

Sous cette rubrique, nous avons à parler des formalités à remplir en cas de surenchère, des effets de la surenchère valable, et des conséquences de la surenchère nulle.

1° Formalités de la surenchère.

» I. Tout créancier, dont le titre est inscrit, porte » l'art. 2185, peut requérir la mise de l'immeuble aux » enchères et adjudications publiques. » La surenchère pouvant avoir pour résultat de dépouiller un légitime acquéreur, il faut, pour l'exercer, un droit de suite sur l'immeuble. Les créanciers simplement chirographaires ne sont donc pas autorisés à surenchérir. La loi même ne se contente pas d'exiger que ce soit un créancier hypothécaire ; il faut être créancier inscrit : ce qui fait entendre qu'il ne suffirait pas, pour suppléer à l'inscription, de la connaissance personnelle qu'aurait du titre le tiers détenteur.

II. La réquisition de mise aux enchères doit être faite : « à charge, ajoute l'art. 2185, qu'elle sera signi- » fiée 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 myria- » mètres de distance entre le domicile élu et le domi- » cile réel de chaque créancier requérant. » Ce délai, qui court simultanément pour tous les créanciers, mais

séparément pour chacun d'eux, lorsqu'ils sont inscrits avant la quinzaine de la transcription, était nécessaire, parce que le domicile réel pouvait être éloigné du domicile élu. Pour les créanciers inscrits dans la quinzaine de la transcription, il semble que le délai ne devrait courir que du jour de l'inscription. Toutefois ce serait étendre outre mesure le droit de ces créanciers déjà favorisés par la liberté de prendre inscription après la transcription. Aussi est-il généralement admis qu'ils n'ont pour surenchérir que ce qui reste à courir du délai de quarante jours, à dater de la dernière des notifications faites aux créanciers inscrits antérieurement, de sorte qu'ils n'auront que vingt-cinq jours au lieu de quarante, si la transcription et la notification sont du même jour, et si leur inscription n'a eu lieu que le dernier jour de la quinzaine de la transcription. S'il n'y a pas eu de créanciers inscrits avant la transcription, le délai courra à dater du jour où le certificat négatif aura été délivré à l'acquéreur par le conservateur des hypothèques ;

« 2° Qu'elle contiendra soumission du requérant 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. » Ce dixième évitera les surenchères trop légères ou faites par esprit de chicane. C'est d'ailleurs une compensation du préjudice éventuel, que le créancier par sa surenchère pourrait occasionner à ses co-créanciers, en libérant le tiers-détenteur qui s'était personnellement obligé par ses offres. Au surplus, le créancier surenchérisseur ne peut en aucun cas être tenu d'étendre sa soumission, ni sur le mobilier ni sur d'autres immeubles que ceux qui sont hypothéqués à sa créance et situés dans le même arrondissement (art. 2192, § 2).

La surenchère doit-elle contenir l'obligation de payer les frais et loyaux coûts au tiers-détenteur? Non, l'adjudicataire doit les payer (art. 2188). Le créancier ne

les payera donc que s'il reste adjudicataire ; mais le tiers-détenteur ne sera jamais tenu de le déclarer dans la réquisition : car ce serait augmenter les obligations de la caution, que l'article exige pour garantir les stipulations du surenchérisseur.

« 3° Que la même signification sera faite dans le » même délai au précédent propriétaire, débiteur prin- » cipal. » La loi suppose que le débiteur principal et le précédent propriétaire sont une même personne ; souvent il n'en est rien : car la dette peut avoir été hypothéquée au profit d'un tiers, ou bien le précédent propriétaire peut avoir été lui-même tiers-détenteur. Alors il faudra faire la signification et au précédent propriétaire et au tiers-détenteur (Cassation, 13 juin 1848), parce que tous deux sont sujets à l'action en garantie. Si plusieurs personnes avaient vendu l'immeuble conjointement, il est évident que la signification sera faite à chacune d'elles individuellement.

« 4° Que l'original et les copies de ces exploits » seront signés par le créancier requérant ou par son » fondé de procuration expresse, lequel en ce cas est » tenu de donner copie de sa procuration. » Si la loi a dérogé au principe général qui n'oblige pas la partie à signer les actes faits par un huissier ministériel, c'est qu'elle a voulu éviter des malentendus. L'huissier, qui doit avoir été commis à peine de nullité (art. 832 C. P.), aurait pu mal interpréter les intentions du créancier, qui étant appelé à signer réfléchira plus mûrement.

« 5° Qu'il offrira de donner caution jusqu'à con- » currence du prix des charges. » Cette caution a pour objet d'éviter le préjudice que le créancier surenchérisseur peut porter à ses autres co-créanciers en libérant le tiers détenteur par sa surenchère : celle-ci peut être une mauvaise opération et le créancier être ou devenir insolvable. La caution doit s'étendre au dixième que le surenchérisseur doit soumissionner :

il rentre dans le prix, et ce n'est que l'indemnité du retard qu'amène la surenchère. — La réquisition de mise aux enchères doit, avec l'offre de la caution et l'indication de sa solvabilité, contenir assignation à trois jours devant le tribunal pour la réception de la caution, ainsi que constitution d'avoué : la procédure ne doit pas éprouver de délai. Si la caution est rejetée, la surenchère sera déclarée nulle et l'acquéreur maintenu, à moins qu'il n'ait été fait d'autres surenchères par d'autres créanciers. Si au contraire ce n'est que par cas fortuit que la caution n'a pu être fournie, par exemple en cas de décès, nul doute que le surenchérisseur ne soit admis à remplacer la caution qu'il avait présentée. Si elle devenait insolvable ou insuffisante postérieurement à sa présentation, le créancier pourrait également la remplacer ou offrir une caution supplémentaire. — Les parties ne discutant pas sur le point de savoir s'il y a lieu à caution, mais seulement sur la solvabilité de celle qui est offerte, il s'ensuit que la caution exigée par l'article est légale et non pas judiciaire, et jouira par conséquent du bénéfice de discussion, sans être contraignable par corps.

Au surplus, le créancier devrait être autorisé à fournir, en place de caution, un gage suffisant, ou à consigner la somme nécessaire pour répondre de ses engagements : *Melius est habere rem quam actionem.* La cour de cassation a ainsi jugé qu'une rente sur l'Etat dont l'inscription avait été déposée à la caisse des consignations tenait lieu de caution : nous regarderions même comme suffisante, l'offre d'une hypothèque sur des biens libres. — Quand le trésor surenchérit, il est dispensé de fournir caution (loi du 21 février 1827).

III. Les règles que nous venons d'exposer sont prescrites à peine de nullité (art. 2185). — Nous devons ajouter comme dernière condition découlant des précédentes, la capacité de s'obliger de la part de celui qui surenchérit. Ainsi, la femme qui voudra user de

cette faculté devra être habilitée par l'autorisation de son mari ou de la justice. — Il va sans dire que le créancier ne pourrait surenchérir s'il était tenu de garantir l'éviction que souffrirait le tiers détenteur.

II. — Effets de la surenchère valable.

I. La réquisition de mise aux enchères, faite valablement par l'un des créanciers, devient commune aux autres : ceux-ci voyant une surenchère régulière ont pu se dispenser d'en faire une nouvelle. Il en résulte que les effets de la surenchère ne peuvent être arrêtés par l'offre du tiers acquéreur de désintéresser le créancier surenchérisseur, et ce dernier réciproquement ne peut, par son désistement, même accompagné de l'offre de payer le montant de sa soumission, empêcher l'adjudication de l'immeuble, si ce n'est du consentement exprès de tous les autres créanciers (art. 2190). Comme il est en effet incertain si le montant de la soumission n'est pas encore inférieur à la valeur réelle du bien, on ne peut forcer les autres créanciers à renoncer à leurs droits. A cette occasion, il faut reconnaître que ceux-ci agiront prudemment en faisant tous une réquisition séparée : des nullités peuvent avoir été introduites dans la réquisition soit involontairement, soit volontairement, car le tiers détenteur peut s'entendre avec un des créanciers, qui demande la surenchère, pour endormir la vigilance des autres créanciers, mais ne fait qu'une réquisition nulle.

II. Lorsque l'un des créanciers a utilement requis la mise aux enchères, la revente de l'immeuble en est poursuivie soit par le créancier, ou le tiers détenteur, soit par les autres créanciers, qui, en cas de négligence du surenchérisseur, sont autorisés à demander la subrogation aux poursuites. Tant que la revente n'a pas eu lieu, la propriété de l'immeuble continue à résider sur la tête du tiers détenteur, qui peut arrêter les

poursuites en payant ou consignant le montant de toutes les créances inscrites avec les frais de la surenchère : les créanciers dans ce cas sont sans intérêt à poursuivre. La perte de l'immeuble survenue avant la revente serait donc à la charge de ce détenteur, et le créancier surenchérisseur serait admis à rétracter ses offres.

III. La vente par suite de surenchère se fait dans les formes établies par les expropriations forcées. L'assimilation que prononce la loi n'est cependant pas complète : 1° il n'est pas nécessaire de faire une saisie et de notifier au détenteur : car le tiers qui a fait les offres est averti par la réquisition des créanciers. Les deux procédures ne se rejoignent qu'à la formalité des placards; 2° il n'est pas nécessaire de fixer la mise à prix et de rédiger un cahier des charges ; le prix auquel le créancier surenchérisseur s'est engagé à faire porter l'immeuble servira de première mise aux enchères (art. 2187); 3° tandis que l'art. 708 C. P. pose le principe : surenchère sur surenchère ne vaut, en cas d'expropriation forcée, l'art. 838 C. P. déclare que l'expropriation sur aliénation volontaire peut donner lieu à des surenchères successives.

IV. Le jugement d'adjudication produit des effets différents, selon que le tiers acquéreur se rend lui-même adjudicataire ou que c'est tout autre.

Au 1er cas, l'adjudication ne confère au tiers détenteur un titre nouveau de propriété, mais confirme seulement celle qu'il avait déjà, et dérivant de son contrat d'acquisition. De là, plusieurs conséquences : 1° il n'est pas tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication; il n'y a pas pour lui d'immeuble acquis; 2° il a son recours contre le vendeur pour le remboursement de toutes les sommes, que par suite de la surenchère il a été obligé de débourser au-delà du prix stipulé dans son contrat, ainsi que pour les intérêts de cet excédant, à compter des époques auxquelles il a payé

ces différentes sommes (art. 2191); 3° à raison des impenses et améliorations, qu'il est en droit de répéter jusqu'à concurrence de la plus value (art. 2175), il est autorisé à retenir à-compte de ce qui lui est dû et à l'exclusion des créanciers chirographaires du vendeur la somme qui reste disponible entre ses mains, après le payement de toutes les créances hypothécaires.

Au 2e cas, lorsqu'un tiers se rend adjudicataire par suite de surenchère, l'aliénation primitive est à considérer comme résolue en ce qui concerne le droit de propriété de l'acquéreur évincé. Les hypothèques consenties par ce dernier sont donc non avenues, et ne pourront être exercées sur l'excédant du prix de la surenchère qu'après le payement de tous les créanciers inscrits sur les précédents propriétaires (art. 2177); mais les servitudes et droits réels qu'il avait sur l'immeuble avant sa possession, renaissent après l'adjudication faite sur lui; comme réciproquement ceux que l'immeuble possédait revivent après cette adjudication (art. 2177).

L'adjudicataire est tenu, en dehors de son prix d'acquisition, de restituer à l'acquéreur ou au donataire les frais et loyaux coûts du contrat, ceux de la transcription, ceux de la notification dont nous avons parlé sous l'art. 2183, et ceux faits par lui pour parvenir à la revente (art. 2188). Toutefois, il serait en droit de retenir à-compte et de se faire même indemniser au-delà, à raison des détériorations commises sur l'immeuble par ce tiers détenteur, si leur montant excédait celui des améliorations que celui-ci aurait la faculté d'exiger (2176).

Dans tous les cas, l'adjudicataire doit aux créanciers les intérêts du prix, montant de l'adjudication, à compter de la date de l'adjudication, puisque, dès ce jour, il a droit aux fruits. Quant aux intérêts échus avant l'adjudication, c'est l'acquéreur seul qui en est débiteur

à dater de la notification qu'il a faite aux créanciers, ou de la sommation qu'il aurait reçue en vertu de l'art. 2169, pourvu qu'il ait eu la faculté de percevoir les fruits : autrement il serait affranchi des intérêts, nonobstant toute stipulation contraire.

V. Enfin quand l'acquéreur est ainsi dépossédé ou qu'il s'est rendu adjudicataire par surenchère, il a contre son vendeur le recours de droit. S'il avait acquis plusieurs immeubles dans l'hypothèse prévue par l'article 2192, il a en outre, lorsqu'il est dépouillé d'une partie de l'objet, une action en indemnité à raison des dommages qu'il éprouve par suite de la division des objets de son acquisition, ou de celle des exploitations (art. 2192, § 2), sans préjudice, dans ce dernier cas, de la demande en résolution du contrat (art. 1636). Toutefois il n'aurait pas pour ce recours un droit de préférence sur la partie du prix d'adjudication, qui demeure disponible après le payement des créanciers hypothécaires.

III. Conséquences de la surenchère nulle.

I. Lorsque la surenchère est nulle pour défaut des formalités exigées par la loi, le créancier surenchérisseur, aussi bien que les autres créanciers, sont admis à requérir de nouveau la mise aux enchères, pourvu qu'ils se trouvent encore dans les délais de l'art. 2185. Mais si les délais sont expirés et que la nullité soit devenue définitive, la position des créanciers est la même que s'ils avaient accepté les offres : le jugement d'annulation étant applicable à tous, le contrat d'acquisition du tiers détenteur sera valable, l'immeuble sera affranchi; il ne restera plus qu'à payer.

II. Toutefois, le défaut de surenchère valable ne priverait pas les créanciers hypothécaires de la faculté d'attaquer, pour cause de fraude ou de simulation du

prix véritable, la transmission de l'immeuble. Si, par suite d'une pareille contestation, le prix réel de l'aliénation était reconnu supérieur à la somme portée au contrat ou déclaré par l'acquéreur, l'excédant doit être réparti entre les créanciers hypothécaires de préférence aux chirographaires.

SECTION II.

PURGE LÉGALE.

Lorsque le mari ou les personnes ayant qualité pour requérir inscription de l'hypothèque légale de la femme n'ont pas obéi au vœu de la loi, et que cette hypothèque se trouve ainsi dépourvue de publicité, alors intervient un mode de purge particulier dont le but, selon nous, est de faire apparaître l'hypothèque dispensée d'inscription, et de fixer définitivement le prix de l'immeuble, en mettant la femme en demeure de surenchérir, de telle sorte que le tiers acquéreur puisse être à l'abri du droit de suite. Après avoir exposé les formalités requises par la loi, nous apprécierons les conséquences qui résultent de leur observation ou de leur inobservation.

§ 1er. — *Formalités exigées.*

I. L'article 2194 porte : « A l'effet de purger, les » acquéreurs d'immeubles appartenant à des maris » déposeront copie dûment collationnée du contrat (ou » du titre) translatif de propriété, au greffe du tribunal » civil du lieu de la situation des biens. »

II. L'acte de dépôt dressé par le greffier doit être notifié au procureur impérial et à la femme. La signification, qui n'a pas besoin d'être faite par un huissier commis, parce que la loi ne le demande pas, doit être faite à la femme et non au mari. Ce mode

de notification aurait trop de danger pour celle-ci, qui pourrait être victime de la fraude de son époux, dont les intérêts se trouvent ici en opposition avec les siens.

Le dépôt du titre au greffe était exigé par l'édit de 1771 : la notification est la reproduction de la loi de brumaire. Le législateur a donc combiné les deux modes de purge. C'est à tort, selon nous ; l'un d'eux paraissait suffisant ; et rien ne justifie l'utilité du cumul de ces formalités.

III. L'acquéreur doit ensuite faire afficher et laisser exposé pendant deux mois, dans l'auditoire du tribunal, un extrait du titre contenant sa date, les noms, prénoms, profession et domicile des contractants, la désignation de la nature et de la situation des biens, le prix et les autres charges de la vente. Le greffier rédige, tant pour constater ce fait que pour sa décharge, un acte qui s'appelle *certificat d'exposition.*

IV. Si l'on ne connaît pas la femme, au lieu de notifications personnelles qui deviennent impossibles, on suit la disposition d'un avis du conseil d'Etat du 1er juin 1807. Il est alors nécessaire, et il est suffisant, pour remplacer la signification de l'art. 2194, en premier lieu, que dans la signification à faire au procureur impérial, l'acquéreur déclare que, ceux du chef desquels il pourrait être pris des inscriptions pour raison d'hypothèques existantes indépendamment de l'inscription n'étant pas connus, il fera publier la susdite signification dans les formes prescrites par l'art. 696 C. Pr., c'est-à-dire par insertion dans l'un des journaux imprimés dans le lieu où siége le tribunal, ou s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux imprimés dans le département ; en second lieu, que l'acquéreur fasse cette publication, ou que s'il n'y avait pas de journal dans le département, l'acquéreur se fasse délivrer, par le procureur impérial, un certificat portant qu'il n'en existe pas. — Observons sur cet avis du conseil d'E-

tat: 1° que s'il était justifié que l'acquéreur connût ou pût facilement connaître la forme, le défaut de signification personnelle à cette dernière serait une nullité substantielle qui invaliderait la purge ; 2° que le mode précité est applicable aux femmes devenues veuves et à leurs héritiers ou autres représentants (avis du conseil d'Etat du 5 mai 1812); 3° qu'il sera toujours prudent de suivre les dispositions que nous avons indiquées, même lorsque la femme est connue ; car le mari peut avoir été marié d'autres fois, et les immeubles ont pu aussi être frappés d'autres hypothèques légales du chef des précédents propriétaires.

V. Dans les deux mois de l'exposition du contrat (et ce délai, dans l'hypothèse de l'avis du conseil d'Etat de 1807, ne doit courir que du jour de la publication exigée, ou du jour de la délivrance du certificat du procureur impérial, portant qu'il n'existe pas de journal dans le département), la femme ou les personnes, ayant qualité à cet égard, doivent requérir inscription sur l'immeuble, dont la purge est poursuivie : rien ne peut suppléer à la nécessité de cette inscription. La cour de cassation a jugé, le 15 décembre 1829, que le créancier subrogé aux droits d'hypothèque de la femme ne peut prétendre que le défaut d'inscription de la part de la femme doit être couvert par l'inscription qu'il a prise lui-même pour la conservation de sa créance personnelle, quoiqu'il ait fait connaître que la femme était obligée envers lui.

§ 2. — *Conséquences des formalités.*

L'inscription a été prise par la femme, ou ne l'a pas été. Examinons cette double hypothèse.

1re *Hypothèse.* — Si l'inscription n'est pas prise, la femme ne peut plus opposer son droit de suite. L'article 2195, § 1, porte que « les immeubles vendus » passent à l'acquéreur sans aucune charge à raison

» des dot et conventions matrimoniales, sauf le re-» cours s'il y a lieu contre le mari. » Ce recours est bien illusoire ; car ou le mari est solvable, alors il est inutile ; ou il est insolvable, et le préjudice qui lui est causé est irréparable. Nous avons au surplus enseigné ailleurs que la perte du droit de suite entraînait celle du droit de préférence.

2° *Hypothèse.* — I. Si l'inscription a été prise, elle aura effet comme si elle avait été prise, non le jour du contrat de mariage, comme le veut l'art. 2194, nous avons critiqué cette disposition, mais dans le principe même, c'est-à-dire qu'elle aura le rang déterminé par l'art. 2135, sauf aux créanciers, trompés par l'absence d'une inscription antérieure, le droit d'attaquer le mari comme stellionataire (art. 2194 et 2136).

II. L'inscription fait apparaître l'hypothèque de la femme ; mais cette hypothèque disparaîtra-t-elle par la purge ?

Dans un premier système, on soutient que la purge légale, à la différence de la purge ordinaire, n'a pour but que de faire apparaître l'hypothèque, qui ne sera éteinte que par la dissolution du mariage. On se fonde : 1° sur la rubrique du chapitre IX, qui parle du mode de purger quand il n'existe pas d'inscription, et 2° sur l'art. 2193 qui, reproduisant la même idée, porte que les acquéreurs pourront purger les hypothèques, à raison de la dot et conventions matrimoniales, quand il n'existe pas d'inscription. Donc, *à contrario*, s'il y a des inscriptions, la purge, dit-on, est impossible. Enfin, on invoque l'art. 2195, § 3, qui, supposant que la femme est première créancière inscrite, déclare que l'acquéreur ne pourra payer les créanciers hypothécaires postérieurs au préjudice de celle-ci. Cette défense de payer provient de ce qu'on ne connaît pas l'étendue des créances de la femme. Sa véritable position vis-à-vis du mari ne peut être appréciée qu'à la dissolution du mariage ; donc jusqu'à cette

époque, la purge est impossible. La jurisprudence a condamné avec raison ce système. Dans notre ancien Droit, les hypothèques légales se purgeaient, et précisément par le mode qu'indique le législateur. Où est la disposition de la loi qui a abrogé ce résultat? Une dérogation aussi importante ne peut s'induire légèrement de l'argument *à contrario* tiré de la rubrique du chapitre IX ou de l'art. 2193. L'objection tirée de l'art. 2195, par suite de l'incertitude de la créance n'est pas plus heureuse. Qu'importe la difficulté? elle n'est pas impossible à éviter. On peut évaluer les créances de la femme au moyen d'une clause approximative, et cette clause approximative n'a rien d'étrange. La loi en exige d'analogues dans certains cas. Ainsi, quand il s'agit d'une hypothèque prise pour reddition d'un compte à intervenir, on ne sait pas alors si le mandataire sera créancier ou débiteur du mandant; alors aussi il y a lieu à évaluation approximative. Dans la théorie que nous combattons, on observe que la femme n'osera pas surenchérir par suite de sa soumission à son mari. Qu'importe? la même soumission l'empêche de prendre inscription, et si elle n'en prend pas, nous avons vu qu'elle était déchue de son droit d'hypothèque. Ainsi, la purge légale, non seulement fait apparaître l'hypothèque de la femme, mais encore l'anéantit immédiatement si les formalités ont été remplies.

III. Quand les hypothèques ont été inscrites en temps utile, il peut se présenter deux cas : ou il y a des créanciers antérieurs à la femme, ou bien la femme est première en rang.

« S'il y a 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 » payé aux créanciers en ordre utile, et les inscrip- » tions du chef des femmes sont rayées en totalité ou » jusqu'à due concurrence (art. 2195, § 2). » Il n'y a

nul doute que la femme, dans le cas où le prix proposé par l'acquéreur lui paraît insuffisant, ait le droit de requérir la mise aux enchères de l'immeuble. Mais la difficulté s'est élevée sur le point de savoir comment et dans quel délai elle exercera cette faculté. Certains auteurs veulent que le droit de prendre inscription et celui de surenchérir soient confondus, de telle sorte que l'expiration des deux mois pour prendre inscription entraînera aussi déchéance du droit de surenchérir. Nous adoptons néanmoins le sentiment de M. Valette qui estime qu'il faut combiner ici les formalités de la purge ordinaire avec celles de la purge légale, et que le tiers-acquéreur, lorsque la femme a pris inscription dans les deux mois devra lui faire les notifications prescrites par l'art. 2183. — En effet, l'exposition du contrat au greffe et sa publication ne peuvent équivaloir à une notification; il n'y a pas offre du prix. Puis, dans cette exposition du contrat, on n'a pas évalué probablement les charges autres que le prix, et qui rentrent cependant dans la détermination de ce prix. Comment dès-lors la femme surenchérirait-elle en sécurité? et si on suppose un échange, une donation, comment connaître le prix qui doit toujours être fixé en argent? Notre système obvie à toutes ces difficultés; aussi a-t-il été consacré plusieurs fois par la jurisprudence.

Si la femme est en premier rang, on lui payera ce qui lui est dû; l'acquéreur ne pourra faire aucun payement du prix au préjudice de son inscription, et dans ce cas, les inscriptions des autres créanciers qui ne viennent pas en ordre utile, seront rayées (article 2195, § 3). Cette radiation donne lieu à de graves difficultés. On la conçoit facilement lorsque les droits des femmes sont ouverts, certains, déterminés; dans le cas contraire, elle nous semble impraticable. En effet, supposons qu'à la dissolution du mariage, la femme n'ait rien à réclamer, son hypothèque se trouvant sans

objet, celles des créanciers postérieurs devront avoir tout leur effet. Or, comment cela se pourrait-il, si on avait radié les inscriptions de ces créanciers? Il faudra donc les conserver provisoirement; mais elles n'existeront qu'à l'égard des créanciers entr'eux. Quant au tiers détenteur, elles seront comme non avenues et comme rayées, sinon de fait, du moins de droit. Les créanciers ne pourront plus rien lui demander au-delà du prix déclaré, ni requérir la mise aux enchères, si les délais sont expirés. La difficulté ne se présenterait pas si l'on n'admettait la purge que lorsque les droits des femmes et des mineurs sont ouverts; mais un pareil système aurait de très-grands inconvénients. Il frapperait d'inaliénabilité les biens du mari pendant toute la durée du mariage: car l'impossibilité actuelle de purger écarterait nécessairement les acquéreurs. La disposition de la loi est donc parfaitement fondée. —Il va sans dire que l'acquéreur n'est pas tenu de garder son prix, jusqu'à ce que les droits des femmes soient ouverts et qu'il peut toujours se libérer en consignant (art. 2186).

Observations. I. A défaut, par l'acquéreur, de purger les hypothèques légales qui grèvent l'immeuble par lui acquis, le vendeur lui-même peut remplir cette formalité au nom de l'acquéreur, afin de le pouvoir contraindre, à défaut d'inscriptions de l'hypothèque légale, prises dans le délai, au payement de son prix, et de rendre par là inapplicable la disposition de l'article 1653, qui autorise l'acheteur, qui a juste sujet de craindre d'être troublé, soit par une action en revendication, soit par suite d'une action hypothécaire, à suspendre le payement de son prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le danger. La Cour de Toulouse a ainsi jugé, le 23 juin 1829, que l'acheteur ne serait pas recevable à prétendre que lui seul avait qualité pour purger l'hypothèque légale.

II. Quand il y a des hypothèques ordinaires inscrites

sur un immeuble et des hypothèques légales non inscrites, l'acquéreur, pour purger les unes et les autres, doit observer les deux modes de purge que nous avons exposés, sans que telle formalité de l'un puisse suppléer à telle formalité de l'autre. Il en résultera que la femme ayant un délai, pour prendre inscription, plus long que celui accordé aux créanciers ordinaires pour surenchérir, ces derniers, ne sachant s'ils sont primés, pourront surenchérir en aveugles, et être victimes de leur position. Le législateur aurait dû combiner les choses de manière, qu'en ce cas, les hypothèques dispensées d'inscription, eussent été inscrites au moment où les créanciers ordinaires ont à prendre un parti. Mais telle est la loi, nous devons l'appliquer.

En terminant la matière de la purge légale, nous devons dire quelques mots des modifications qui ont été introduites à son égard par une loi du 28 février 1852, et corrigées par une dernière du 10 juin 1853, sur l'organisation des sociétés de crédit foncier. Ces sociétés, servant d'intermédiaire entre les capitalistes et les propriétaires, et qui ne peuvent exister que sous l'autorisation du gouvernement et agir que sous la surveillance de l'Etat, ont le double but de procurer aux premiers qui prêtent une sécurité complète, dans le gage qui garantit leurs créances, et de rendre moins onéreuses aux autres qui empruntent les obligations résultant de leur emprunt. A cet effet le capitaliste reçoit en échange de son argent une *lettre de gage*, titre de commerce, négociable soit par tradition soit par endossement, revêtu de la signature sociale, et contenant l'engagement du propriétaire de payer la somme empruntée, capital et intérêts, de telle sorte qu'il a la garantie spéciale de l'immeuble hypothéqué, et la garantie générale de la fortune de la société, qui ne peut prêter qu'autant que le montant du prêt réuni aux capitaux inscrits n'excède pas la moitié de la valeur de l'immeuble (art. 3. de la loi du 10 juin 1853). De son côté le

propriétaire a la faculté de se libérer au moyen d'annuités à long terme : ces payements partiels lui permettront de mettre plus facilement ordre à ses affaires.

Comme il importe à la société de s'assurer de la solvabilité des emprunteurs, la loi l'autorise à suivre une marche plus rapide pour la purge de l'hypothèque légale de la femme. — Deux hypothèses peuvent se présenter :

Ou bien l'immeuble proposé en gage est grevé de l'hypothèque légale inscrite, alors le prêt ne peut être réalisé qu'après la main levée de l'inscription. Mais la femme mariée, sous le régime dotal ne peut donner cette main levée, qui serait contraire au principe de l'inaliénabilité de la dot : le mari d'une femme mariée sous le régime dotal ne peut en aucun cas obtenir de la société le crédit dont il a besoin.

Ou bien l'immeuble est grevé de l'hypothèque légale non inscrite ; alors la femme, si elle est présente au contrat, peut encore, si elle n'est pas mariée sous le régime dotal, subroger la société dans son hypothèque jusqu'à concurrence du montant du prêt : la société sera sans crainte sur la priorité des droits de la femme; si elle ne consent pas cette subrogation, le notaire rédacteur intervient alors, pour l'avertir que si elle veut conserver son rang d'hypothèque légale vis-à-vis de la société, elle doit la faire inscrire dans le délai de quinzaine, et il insère dans le contrat mention de cet avertissement à peine de nullité. — Dans ce cas, comme aussi lorsque la femme n'est pas présente au contrat, on procède à la purge, sans qu'il soit nécessaire de recourir au dépôt au greffe de l'acte d'emprunt, ni à l'affiche dans l'auditoire du tribunal, formalités qu'on a pu supprimer sans inconvénient. Il suffit d'une interpellation directe par voie de signification, qui mette l'intéressé en demeure de profiter des garanties que la loi lui donne. — Signification de l'acte constitutif d'hypothèque, contenant la date du contrat, les noms et pré-

noms, profession et domicile de l'emprunteur, la désignation de la situation de l'immeuble et le montant du prêt, doit être faite à la femme, avec avertissement que, pour conserver vis-à-vis de la société le rang de l'hypothèque légale, il est nécssaire de la faire inscrire dans délai de quinzaine : pareille signification doit être faite au mari pour lui rappeler que le refus de renoncer ou subroger, fait par sa femme, lui renouvelle l'obligation imposée par l'article 2136. — La signification doit être remise à la personne de la femme : néanmoins elle peut être faite à son domicile, si la femme a été présente au contrat de prêt et a reçu du notaire l'avertissement précité. Mais si la femme n'a pas été présente au contrat, ou n'a pas reçu d'avertissement, et si la signification n'a été faite qu'à domicile, les formalités nécessaires pour la purge des hypothèques légales inconnues doivent être remplies. — A cet effet, extrait de l'acte constitutif d'hypothèque doit être notifié au procureur impérial près le tribunal de l'arrondissement du domicile de l'incapable 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 publication des annonces judiciaires de l'arrondissement dans lequel l'immeuble est situé, et l'inscription doit être prise dans les 40 jours de cette insertion. Si dans les délais aucune inscription n'a été prise, l'immeuble est affranchi des hypothèques vis-à-vis de la société, par suite le prêt est consolidé. S'il y a inscription, le contrat est non avenu, et les frais exposés restent à la charge de l'emprunteur (art. 19 à 25 de la loi de 1853).

Cette dérogation aux principes ordinaires, qui s'applique aux héritiers de la femme décédée, se justifie suffisamment par l'utilité des sociétés de crédit foncier, constatée et appréciée depuis longtemps dans plusieurs états de l'Europe. Cette institution se rattache à l'ordre

public, puisqu'elle tend à l'amélioration du sol et au progrès de l'agriculture, problème d'économie politique dont la solution favorable intéresse à un si haut degré la fortune des nations. Toutefois, la purge légale, suivie par les sociétés de crédit foncier, ne profite qu'à elle et non pas aux tiers pour lesquels les hypothèques légales ne pourraient être anéanties que par l'application des articles 2193, 2194, 2195. Nous regrettons cependant que l'innovation dont nous venons de tracer les effets n'ait pas été généralisée et étendue aux prêteurs ordinaires. Le sentiment de justice et d'égalité qui doit dominer le législateur ne lui permet pas, dit M. Bertin, de restreindre à tels ou tels les réformes qu'il juge utiles. Lorsqu'elles embrassent les intérêts généraux, elles doivent être faites pour tous et profiter à tous.

IV. Si nous résumons les effets de la purge, nous devons reconnaître que la loi dans l'article 2180 range à tort la purge au nombre des causes d'extinction des hypothèques. L'accomplissement des formalités de la purge doit plutôt être considéré comme un acheminement à l'affranchissement de l'immeuble hypothéqué que comme entraînant lui-même extinction de l'hypothèque. En effet les hypothèques légales inscrites ne sont définitivement éteintes que par le jugement des créances, ou par la déchéance prononcée contre les créanciers, à la suite de l'ordre ouvert pour la distribution du prix, déchéance résultant soit du défaut de production, soit d'une collocation inutile: quant aux hypothèques légales non inscrites, elles ne sont anéanties par la purge que pour le défaut d'inscription dans le délai fixé par l'article 2195.

CHAPITRE V.

Résolution de la propriété du débiteur sur l'immeuble.

I. Lorsque le droit de propriété du mari, dont l'immeuble était affecté de l'hypothèque légale, vient

à être résolu, l'hypothèque, suivant le sort du droit dont elle est l'accessoire, s'éteint naturellement par application de la maxime : *soluto jure dantis, sollicitur jus accipientis.* Ainsi lorsque l'immeuble sera enlevé au mari, pour cause d'annulation du contrat à cause de dol, erreur, violence, lésion ou inexécution des conditions, ou en cas d'exercice de réméré, de rapport à une succession, de réduction de donation, ou de révocation de la libéralité par survenance d'enfants et inexécution des engagements etc. (art. 1108, 1184, 1674, 1659, 865, 920, 954, et 963) l'hypothèque légale assise sur cet immeuble devra s'évanouir.

II. Ce principe, que l'hypothèque sur un immeuble affecté d'un droit résoluble suit la condition de ce droit, souffre exception dans quatre circonstances, dont deux résultent des principes généraux et deux sont spéciales à la femme.

1° Quand une donation est révoquée pour cause d'ingratitude, cette révocation entraînant une peine ne peut frapper que le donataire et non les tiers (art 958). Pour se soustraire aux charges postérieures à la demande en révocation, le donateur doit inscrire cette dernière en marge de la transcription de la donation. Cette inscription avertira les tiers.

2° En cas d'absence, les envoyés en possession définitive se voient enlever par le retour de l'absent les biens qu'ils possédaient ; mais celui-ci, étant tenu de les reprendre dans l'état où ils sont, ne les reprend que grevés des hypothèques qui les frappent (art. 132).

3° Lorsqu'un donateur exerce son droit de retour sur les biens donnés, les biens lui reviennent francs et quittes de toutes charges et hypothèques. Mais l'article 952 laisse subsister l'hypothèque de la femme pour sa dot et ses conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent

pas, et dans le cas seulement où la donation a été faite par le même contrat de mariage, duquel résultent ces droits et hypothèques. La loi présume que celui, qui fait à un futur époux une donation d'immeubles dans son contrat de mariage, a l'intention d'assurer, en cas de besoin, la garantie sur laquelle la future épouse ou sa famille a naturellement dû compter en pareil cas pour les stipulations du contrat.

Toutefois l'hypothèque légale de la femme du donataire, qui n'est accordée que pour la dot et les conventions matrimoniales, n'est maintenue qu'autant : 1° Que la donation a été faite dans le contrat de mariage. Ainsi l'hypothèque n'existerait pas pour la garantie des créances qui seraient nées pour la femme contre le mari donataire dans le cours du mariage, ou si les immeubles avaient été donnés au mari avant ou après le mariage, et non par le contrat même du mariage. 2° Que les biens personnels du mari sont insuffisants pour la garantie de la dot et des conventions matrimoniales. L'hypothèque serait donc révoquée au cas où les immeubles du mari sont ou ont été suffisants, de telle sorte que la femme venant à perdre par sa faute son hypothèque sur quelques-uns des biens du mari, par exemple, en ne prenant pas inscription à temps sur l'immeuble que l'acquéreur veut purger, et dont le prix eût suffi à la désintéresser complétement, elle ne serait plus recevable à faire valoir son hypothèque subsidiairement sur les immeubles grevés du droit de retour.

Au reste le maintien de l'hypothèque pour la dot et les conventions de la femme et aussi sa restriction à la garantie de cette dot et de ses conventions n'étant que le résultat de la volonté présumée du donateur, les choses peuvent être changées dans un sens ou dans l'autre par l'expression formelle d'une volonté suffisante. Ainsi le donateur pourrait dire que le retour aura lieu, même avec affranchissement de l'hypothèque

de la femme, comme il pourrait dire au contraire que l'hypothèque sera maintenue non seulement pour la dot et les conventions du contrat, mais même pour les créances, qui pourraient naître dans le cours du mariage.

4° La dernière exception se présente en cas de substitution. L'article 1054 dispose à cet égard : « les « femmes des grevés ne pouront avoir sur les « biens à vendre de recours subsidiaire en cas d'in- « suffisance des biens libres, que pour le capital des « deniers dotaux et dans le cas seulement où le testa- « teur l'aurait ordonné. » Cette hypothèque, on le voit, n'est pas aussi large que celle de la femme du donataire. L'article 1054 abroge ainsi l'article 44 de l'ordonnance de 1747, qui accordait un recours subsidiaire de plein droit à la femme du grevé, tant pour le capital de sa dot que pour les fruits et intérêts qui en seraient dûs, que pour le douaire et l'augment.

Toullier, étendant l'application de notre article, prétend que l'auteur de la disposition pourrait embrasser dans le recours les intérêts de la dot, la récompense des propres aliénés et autres droits matrimoniaux. Il dit : le donateur ne peut substituer que la portion disponible. Il peut en donner la propriété à l'épouse du grevé. Il a donc à *fortiori*, la faculté de lui accorder un recours éventuel sur ses biens, pour les intérêts de sa dot, conventions matrimoniales, etc. Tout dépend de sa volonté et de la manière dont il s'est exprimé. Si l'ordonnance de 1747, ajoute-t-il, n'accordait pas de recours subsidiaire, pour le remploi des propres aliénés, c'est qu'il était nécessaire que la loi, en établissant le recours de la femme, le circonscrivît : c'était indispensable sous une législation où les substitutions passaient d'une génération à l'autre. Mais sous l'empire du code où elles ne s'étendent pas plus loin que la vie du grevé, les détails devenaient superflus. Le code s'est borné avec raison à une seule disposition : la

femme du grevé n'a plus de recours subsidiaire établi par la loi, il faut que l'auteur de la substitution le lui accorde. S'il l'accorde en termes généraux, ce sera pour le capital de la dot, mais s'il veut en autoriser un plus étendu, l'article 1054 ne le défend pas: l'article 902 porte que toutes personnes peuvent disposer ou recevoir, excepté celles que la loi déclare incapables. Nous repoussons cette argumentation avec la jurisprudence. L'article 1054 est formel, le recours n'est toléré que pour le capital de la dot; la volonté du disposant serait insuffisante pour étendre ce recours. D'ailleurs, au moment de la disposition le capital peut être connu: il n'en est pas de même des intérêts éventuels. Or, la loi veut que l'on sache ce qui passera d'abord à l'appelé, et elle n'autorise pas des clauses qui permettraient de détruire la disposition. On objecte la maxime: *qui peut le plus, peut le moins.* Mais on sait combien cette idée est fausse dans les matières de droit strict, et nous en trouvons un exemple dont l'analogie est frappante avec notre espèce, dans l'article 945, qui déclare que celui qui peut bien ne pas donner, n'a pas cependant le droit de donner sous la condition que le donataire paiera les dettes qu'il laissera en mourant. Enfin nous rappellerons ces paroles de l'orateur du gouvernement: « La « faveur du mariage ne peut être un motif pour que « les femmes exercent des recours subsidiaires sur les « biens ainsi donnés: *Elles n'en auront que pour leurs « deniers dotaux.* »

L'article 1054 ne parle que de *testateur*: mais, sans aucun doute, sa disposition s'applique également au cas où la charge de restitution est contenue dans une donation entre vifs ou contractuelle. Si le code s'est servi du mot testateur, c'est que le plus souvent la substitution se fait par testament.

Quid si le grevé épouse successivement plusieurs femmes? L'article 52 de l'ordonnance de 1747 leur accordait à toutes l'hypothèque subsidiaire, mais sans

qu'elles pussent l'exercer contre les enfants ou descendants d'un mariage antérieur, lorsque c'étaient eux qui recueillaient la substitution. Cette disposition ne saurait nous guider. Aujourd'hui que le recours n'a pas lieu de plein droit, la question dépendra de la manière dont le substituant se sera exprimé. S'il a dit : la femme du grevé, cela s'entendra seulement de la femme que le grevé aurait au moment de la disposition, ou de sa première femme, s'il n'était pas marié à cette époque. Il en sera autrement s'il a dit : les femmes du grevé.

CHAPITRE VI.

De la restriction ou de la réduction de l'hypothèque.

Nous avons vu que la restriction, régulièrement consentie par la femme, ou la réduction prononcée en justice de son hypothèque légale, opérait extinction de cette hypothèque. Cette extinction, qui n'est que partielle, car la femme n'y peut renoncer d'une manière absolue qu'après la dissolution du mariage, peut être seulement temporaire : nous savons en effet que des inscriptions supplémentaires sont permises à la femme, en cas de danger.

CHAPITRE VII.

Perte de l'immeuble grevé.

I. L'hypothèque étant un droit réel, on ne peut concevoir son existence que tout autant qu'elle réside sur une chose susceptible d'en être affectée.

II. Les changements de forme, que subit accidentellement la chose grevée, n'éteignent pas l'hypothèque ; seulement, suivant qu'elle est améliorée ou détériorée, la sûreté du gage sera plus ou moins étendue. Ainsi, qu'une prairie soit inondée et convertie en lac, qu'une maison soit bâtie sur un fonds hypothéqué, l'hypothè-

que subsistera malgré ces modifications. Ici se présente une question.

Lorsqu'une maison a été détruite par incendie, les créanciers hypothécaires peuvent-ils seuls prétendre à la somme qui serait due par la Compagnie d'assurances, par préférence aux créanciers chirographaires? ou bien l'indemnité sera-t-elle partagée entre tous les créanciers, quels qu'ils soient? Malgré la divergence de la jurisprudence à cet égard, la dernière solution nous paraît seule légale, et nous ne concevons pas qu'il en puisse être autrement. L'hypothèque est éteinte par la perte de la maison; comment pourrait-elle atteindre la somme allouée *ex post facto* au débiteur? Dira-t-on que cette somme représente l'immeuble? mais elle est mobilière; elle n'est et ne peut être subrogée à la maison, d'après tous les principes sur la subrogation. D'ailleurs, l'indemnité n'est pas exigée précisément parce que l'immeuble a été détruit; c'est une compensation de la prime payée depuis longtemps par l'assuré. Il éprouve un dommage, on le lui répare, ce n'est que la conséquence de son contrat aléatoire; or, *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest.* La somme payée par la Compagnie tombera donc sous l'application de l'article 2093, qui dispose que les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et que le prix sera distribué entr'eux par contribution, et remarquons que c'est justice, car tous les créanciers ont eu à souffrir du payement de la prime, qui a d'autant diminué leur gage. Nous serions d'un avis différent si la maison était expropriée pour cause d'utilité publique, ou si un tiers, ayant incendié le bâtiment par malveillance, avait été, en vertu de l'article 1382, condamné à des dommages-intérêts envers le propriétaire; dans ces deux cas, les créanciers hypothécaires pourraient exercer leur droit de préférence sur l'indemnité, qui nous paraît alors n'être autre chose que la valeur représentative de l'immeuble lui-même.

III. Quand l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier, ou par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé, l'hypothèque s'éteint avec lui (art. 2118). Si le débiteur, originairement propriétaire de l'usufruit, y réunissait la nue-propriété, l'hypothèque ne serait pas éteinte comme l'usufruit, qui l'est par consolidation ; la règle de l'article 617 ne peut nuire à des droits acquis. De même la renonciation de l'usufruitier à son droit, quoique faisant éteindre l'usufruit, ne pourrait préjudicier aux créanciers, dont l'hypothèque subsisterait toujours.

CHAPITRE VIII.

De la consolidation.

I. Comme le but de l'hypothèque est de fournir au créancier une sûreté au moyen de laquelle il pourra être payé de sa créance, il est clair que cette sûreté disparaît, lorsqu'il devient propriétaire de la chose qui lui était affectée, car il ne la fera pas assurément vendre sur lui-même, à défaut de payement. La conséquence de ceci est que l'hypothèque sera éteinte par l'acquisition, à titre onéreux ou à titre gratuit, que le créancier fait de la chose affectée à sa créance. Le droit de propriété, comme le plus étendu de tous les droits réels, absorbe celui de l'hypothèque et l'efface ; c'est ce qu'on appelle *confusion* ou *consolidation*.

La confusion résulte ordinairement de l'adition d'hérédité, lorsque le créancier succède au débiteur ; mais il faut pour cela que l'acceptation ait été pure et simple ; car, en acceptant sous bénéfice d'inventaire, l'héritier conserve son droit d'hypothèque sur les biens de la succession (art. 802, C. N.)

II. Si le créancier vient à perdre la propriété par la résolution du titre translatif, ou parce qu'il a été obligé de délaisser, ou enfin parce qu'il a subi l'expropriation

soit directement, soit par l'effet d'une surenchère hypothécaire, le droit d'hypothèque renaît ou, pour mieux dire, il n'était qu'assoupi : l'effet de la confusion s'efface (Arg., art. 2177). Toutefois, comme dans l'intervalle durant lequel l'hypothèque a été éteinte le créancier a été propriétaire, il est demeuré astreint aux actes conservatoires de son droit ; par exemple, au renouvellement de son inscription (Cassation, 1er mai 1828).

CHAPITRE IX.

Expropriation pour cause d'utilité publique.

D'après l'art. 17 de la loi du 3 mai 1841, l'immeuble exproprié est affranchi de toute hypothèque, de quelque nature qu'elle soit, à défaut d'inscription dans la quinzaine de la transcription du jugement qui a prononcé l'expropriation. La disposition de la loi est facile à justifier : d'abord le prix est en général élevé : une surenchère serait donc inutile. D'autre part, l'expropriation n'a pour but que d'attribuer l'immeuble à l'État, et une surenchère ne peut avoir pour objet de le lui enlever. — Remarquons au surplus que la cession volontaire non acceptée en justice anéantirait les hypothèques aussi bien que le jugement d'expropriation.

CHAPITRE X.

Expropriation par suite de saisie immobilière.

I. Comme dernière cause d'extinction des hypothèques, nous avons à signaler l'expropriation forcée qui intervient sur saisie immobilière. Ce résultat n'est pas cependant généralement accepté. A cet égard, nous allons distinguer le cas où l'hypothèque est inscrite, et celui où elle ne l'a pas été du tout, parce qu'elle en était dispensée.

1er *cas.* — Lorsque l'hypothèque de la femme est inscrite, la solution est admise sans difficulté par la doctrine et la jurisprudence. La raison en est que l'expropriation se fait avec la plus grande publicité. Il y a des notifications prescrites ; les affiches sont présumées faire connaître à tous les créanciers la poursuite dont l'immeuble est l'objet ; elles les avertissent qu'après la vente faite par l'autorité publique, les hypothèques seront détachées du fonds et qu'ils n'auront plus de droits que sur le prix. S'il était permis d'inquiéter l'adjudicataire pour des hypothèques antérieures à l'adjudication, il n'y aurait plus de sûreté dans les ventes publiques. Nous n'avons pas à insister sur des motifs aussi péremptoires : les textes que nous pourrions ajouter pour établir notre théorie sont inutiles à citer.

2e *cas.* — Lorsque l'hypothèque n'est pas inscrite à l'époque de l'expropriation, se trouvera-t-elle éteinte par les formalités de l'expropriation ? Nous le croyons fermement. Jusqu'en 1833 la Cour de cassation l'avait ainsi jugé. Depuis lors, sa jurisprudence, en jetant une grande perturbation dans la fortune immobilière, car les arrêts, à la différence des jugements, ont un effet rétroactif, a exigé que l'adjudicataire, pour s'affranchir des hypothèques dispensées d'inscription, remplît les formalités de la purge légale. Pour nous, les arrêts ne sont pas des raisons, car nous avons présentes à l'esprit ces paroles d'un célèbre professeur : « Les décisions » judiciaires ne sont que des conséquences qui, en » doctrine, ne peuvent avoir de valeur qu'autant » qu'elles sont conformes aux principes : ce n'est pas » de la conséquence qu'il faut déduire la légitimité du » principe, mais du principe qu'il faut déduire la légiti- » mité de la conséquence. Discutons.

Nos adversaires disent : l'hypothèque, dès qu'elle existe, ne peut s'éteindre que par un moyen légal d'extinction. L'art. 2180 qui procède par énumération indique et prescrit quatre causes d'extinction, et l'expropriation forcée ne s'y trouve pas. Il y a donc lacune dans

la loi ; on ne peut la combler que par l'exécution des articles 2193-2195 du Code Napoléon. On ajoute que l'art. 692 du Code de procédure veut qu'après la transcription du procès-verbal de saisie, les créanciers soient avertis d'avoir à présenter leurs observations par une notification au domicile élu : cet article, supposant des créanciers inscrits, ne saurait donc embrasser les hypothèques légales. Une notoriété vague ne peut suppléer à cet avertissement personnel, et la notification de l'art. 2194 devient seule possible. Enfin on observe que, lors de la loi de 1841, on aurait pu corriger l'article 692 en déclarant que la notification à la femme ne serait pas remplacée par celle de l'article 2194. Une proposition de M. Persil, faite dans ce but, a été repoussée à la chambre des pairs : le rejet de cet amendement démontre donc que l'expropriation doit, pour amener l'extinction de l'hypothèque, être suivie de la purge légale.

Dans notre système, nous invoquerons d'abord les traditions de l'ancien droit. Le décret forcé purgeait, nous le savons, toutes les hypothèques, même celles des femmes. Par imitation de celui-ci, on introduisit le décret volontaire dont l'effet était de dégager les propriétés vendues de gré à gré. L'édit de 1771 n'eut pour but que de perfectionner la purge sur aliénation volontaire ; mais le décret forcé subsista avec tous ses effets originaires. Sous la loi de brumaire, l'expropriation forcée fut plus que jamais un moyen de purger les hypothèques ; car, dans l'esprit de cette loi, qui avait soumis indistinctement toutes les hypothèques à la transcription, là où il y avait adjudication sur saisie, il y avait incompatibilité avec la procédure établie pour la purge. Enfin, est venu le Code Napoléon. L'hypothèque de la femme a été rétablie dans les prérogatives dont elle jouissait sous l'édit de 1771. Ce retour aux anciens principes n'a pu que confirmer le principe invariable suivi pendant la durée de cet édit ; savoir, que les formalités de la purge sont inutiles pour l'expropriation forcée.

Bien que cette règle ne soit pas explicitement écrite dans nos lois, il n'est cependant pas difficile de prouver que le législateur l'a toujours eu présente à la pensée. Dans le Code Napoléon nous citerons les textes du chapitre IX, et particulièrement la lettre de l'article 2194, qui parlent d'*acquéreur*, de *contrat*, et nullement de l'*adjudicataire* ni du *jugement d'adjudication*, quoique ces expressions soient seules usitées pour désigner celui qui achète sur expropriation forcée, et le titre de son acquisition; ce qui signifie évidemment que la loi, dans les dispositions précitées, n'a eu en vue que la purge des hypothèques assises sur des biens vendus volontairement. Tout le monde proclame cette vérité pour l'hypothèse des hypothèques inscrites, dont parle le chapitre VIII, parce que les formalités de la purge feraient double emploi avec celles de la saisie; mais si le chapitre VIII est étranger aux expropriations forcées, pourquoi y appliquerait-on le chapitre IX, qui est le produit de la même pensée et qui poursuit au profit d'autres personnes le même résultat? Le Code de Procédure vient aussi confirmer notre argumentation par la corrélation des art. 775 et 749. L'art. 775, qui ne se réfère textuellement qu'au cas d'aliénation autre que par expropriation, ne permet de provoquer l'ordre que 30 jours après les deux mois déterminés par l'art. 2194 pour le dépôt et l'affiche du contrat et pour la prise de l'inscription par la femme. Pourquoi cette disposition? Parce que l'acheteur ne peut délivrer le prix aux créanciers et se libérer qu'autant qu'il a purgé. Mais au contraire s'il s'agit d'expropriation, l'ordre s'ouvre 30 jours après la signification du jugement d'adjudication, et l'art. 749, qui le déclare, ne renvoie pas, comme dans l'hypothèse d'aliénation volontaire prévue par l'art. 775, à l'article 2194 du C. N., car l'adjudication opérée, l'hypothèque disparaît. Le jugement d'adjudication a fixé le prix; que servirait la purge, qui n'a pas d'autre but?

On ne peut donc parler du silence du Code Napoléon,

comme le prétendent nos adversaires ; et s'il y a lacune, pourquoi y suppléerait-on par les art. 2193-2195? Il nous semble qu'il vaut mieux appliquer les anciens principes toujours vivants, puisque le Code ne les a pas abrogés : les anciens principes sont le supplément naturel du Code. Or ces principes se résumaient dans la maxime de Loisel : *un décret nettoie toutes hypothèques.* — L'objection de l'art. 692 n'est pas plus heureuse. On ne peut remplacer, dit-on, les notifications au domicile élu que par celles de l'art. 2194. Mais nous savons que ces dernières ne sont pas essentielles. Si on ne connaît pas les incapables, un avis du conseil d'Etat permet de les remplacer par la publication dans les journaux. Or, cette publication est également exigée par la procédure d'expropriation (art. 696, 699 C. P.). Peut-on dire qu'il y ait notoriété vague, lorsque cette publication et les affiches exigées par la loi ont pourvu à tous les besoins de publicité ? Nous devons dire plutôt avec la Cour de cassation dans un de ses arrêts, que l'exécution des formalités requises en matière d'expropriation a suffi pour éveiller l'attention de la femme, et que la nature et la multiplicité de ces formalités, jointes à la longue durée de la procédure et au grand nombre de personnes chargées par la loi de prendre inscription, doivent faire regarder comme surabondantes et inutiles les formalités de l'art. 2194.

Enfin nous revendiquons en faveur de notre théorie les conséquences favorables qu'elle amène : la stabilité des acquisitions, la sûreté des ventes opérées par justice ; celle de nos adversaires au contraire, dit M Troplong, porte atteinte au crédit, surcharge les mutations de propriété de frais et de longueurs, fatigue les acquéreurs par un luxe de formalités interminables, et irrite les prêteurs et les adjudicataires contre les priviléges déjà si grands des femmes, tellement qu'on finira, tant l'animadversion sera grande, par être forcé de leur enlever des garanties qui sont infiniment utiles et salutaires.

PROPOSITIONS.

DROIT ROMAIN.

1. La loi *Regia* n'était pas une loi unique rendue définitivement pour régler les pouvoirs des Empereurs, mais une loi répétée à chaque avènement à l'Empire.

2. Les mots *partis secanto* de la loi des Douze-Tables doivent s'entendre du droit accordé aux créanciers de se partager le corps de leur débiteur, et non de la simple faculté de diviser ses biens.

3. L'accession n'était pas un mode spécial d'acquisition, mais une extension du droit de propriété.

4. Les actions, par cela seul qu'elles avaient la qualité de noxales, n'étaient pas arbitraires.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

1. L'engagement dans les ordres sacrés ne constitue pas pour le prêtre catholique un empêchement civil de mariage.

2. Quand un enfant naturel reconnu décède laissant des enfants légitimes, ceux-ci peuvent être postérieurement gratifiés par leur aïeul, ou plutôt le père de leur auteur.

3. L'héritier réservataire, donataire en avancement d'hoirie, ne peut, en renonçant à la succession, retenir son don jusqu'à concurrence de la quotité disponible et de la réserve cumulées.

4. La dot mobilière de la femme mariée sous le régime dotal n'est pas inaliénable comme la dot immobilière.

DROIT ADMINISTRATIF.

1. Les tribunaux civils peuvent apprécier en la forme la validité des arrêtés de conflit.

2. En matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'autorité administrative est compétente pour apprécier non seulement les dommages *temporaires*, résultant de travaux autorisés, mais encore les dommages *permanents*.

DROIT PUBLIC.

1. En l'absence de toute convention diplomatique, la propriété du titre, du nom ou de la marque d'un commerçant ou industriel étranger, doit être protégée par les tribunaux français.

2. La caution à fournir, aux termes de l'art. 16, C. N., par l'étranger demandeur, ne peut être exigée par l'étranger défendeur comme par le Français défendeur.

DROIT CRIMINEL.

1. L'aggravation de peine contre l'auteur principal, par suite d'une circonstance à lui personnelle, doit être également appliquée au complice. Ainsi, le complice d'un domestique qui vole son maître, d'un instituteur qui viole une fille au-dessous de l'âge de 15 ans, confiée à ses soins, d'un fonctionnaire public qui commet un faux, doit subir la peine que la loi inflige au principal coupable.

2. L'interdiction légale prononcée par l'art. 29, C. P., n'enlève pas à l'interdit le droit de tester.

3. La confiscation d'objets, qui ont servi à perpétrer le crime ou que le crime a produits, ne peut être remplacée par une condamnation pécuniaire prononcée par les tribunaux, lorsque les objets n'ont pu être saisis et atteints par la confiscation.

Approuvé :

Le doyen de la Faculté,

LAURENS.

Vu par le recteur de l'Académie,

A. VINCENT DE GOURGAS.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

Aperçu du système hypothécaire.

pages.
Considérations générales..... 5
Chapitre Ier — De l'établissement de l'hypothèque..... 8
Section Ire. — Nature de l'hypothèque..... 8
Section II. — Diverses espèces d'hypothèques..... 10
Section III. — Des choses susceptibles d'hypothèque..... 17
Chapitre II. — Des effets de l'hypothèque..... 18
Section Ire. — Droit de faire vendre..... 19
Section II. — Droit de préférence..... 22
Section III. — Droit de suite..... 23
Chapitre III. — Extinction de l'hypothèque..... 30

DROIT FRANÇAIS.

Hypothèque légale de la femme mariée.

Titre Ier. — Etablissement de l'hypothèque de la femme..... 45
Chapitre Ier. — Dans quels cas la femme a-t-elle hypothèque?. 45
Chapitre II. — A quelles créances est attachée cette hypothèque? 50
Chapitre III. — Quelle est la date de l'hypothèque de la femme? 56
Chapitre IV. — Quels biens frappe cette hypothèque?..... 66
Section Ire. — Des biens susceptibles d'hypothèque en général. 67
Section II. — Généralité de l'hypothèque de la femme..... 70
Chapitre V. — Sous quelles conditions existe l'hypothèque de la femme..... 75
Section Ire. — Des personnes qui peuvent requérir inscription. 79
Section II. — Du lieu où se fait l'inscription..... 83
Section III. — De l'époque pendant laquelle peut être requise

l'inscription 84
Section IV. — Des formalités de l'inscription de la femme 85
Section V. — De la restriction de l'hypothèque de la femme 89
Section VI. — De la durée des inscriptions 94
Section VII. — De leur radiation 98
Titre II. — Des effets de l'hypothèque 100
Chapitre Ier. — De l'hypothèque comme droit réel 100
Section Ire. — Droit de préférence 103
Section II. — Droit de suite 105
Chapitre II. — Indivisibilité de l'hypothèque 122
Chapitre III. — Transmissibilité de l'hypothèque 126
Appendice au titre II. — Hypothèque de la femme commerçante .. 131
Titre III. — De l'extinction de l'hypothèque 143
Chapitre Ier. — Extinction de l'obligation principale 143
Chapitre II. — Renonciation 145
Chapitre III. — Prescription 146
Chapitre IV. — Purge 149
Section Ire. — Purge ordinaire 151
Section II. — Purge légale 167
Chapitre V. — Résolution de la propriété du débiteur 177
Chapitre VI. — Restriction ou réduction de l'hypothèque 182
Chapitre VII. — Perte de l'immeuble 182
Chapitre VIII. — Consolidation 184
Chapitre IX. — Expropriation pour cause d'utilité publique. 185
Chapitre X. — Expropriation sur saisie immobilière 185
Propositions 191

Typographie de Bonnal et Gibrac, rue Saint-Rome, 46.

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITAIRE