

20018

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.



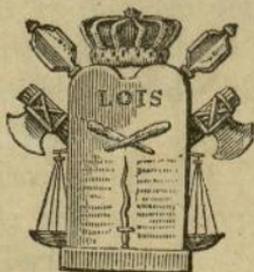
ACTE PUBLIC

POUR

LE DOCTORAT

SOUTENU PAR

M. GUILLAUME ADRIAN.



TOULOUSE

CHEZ J. DUPIN, IMPRIMEUR DE LA MAIRIE,
RUE DE LA POMME, 14.

1844

DIGEST PUBLIÉ SOUS

De Pignoris et Hypothecarum quaestiones et contractus
et de Pignori et Hypotheca

LE DOCTORAT

sur le droit de pignus, hypothèque et autres
qui en dépendent, par M. de Pignori et Hypotheca

A MA MÈRE.

Hypothecae institutio se protulit ad rem eius
praeter adhaerentem ius ex pignore ortum, cum trad
tione constituitur posse. Hypotheca in rebus sol
tissimum constituitur solet; contrario pignus ad re
mobiles sicut omnino spectat; ac vero quantum ad
actionem hypothecariam spectat, id est quod sit
et effectum, inter pignus et hypothecam tantum
nominis solum differt.

Quaevis autem aut generalis hypotheca est
tamen hanc divisionem habet; alia enim in se
tunc divisionem continet.

DIGESTA LIB. 20.

*De Pignoribus et Hypothecis, et qualiter ea contrahantur,
et de Pactis eorum.*

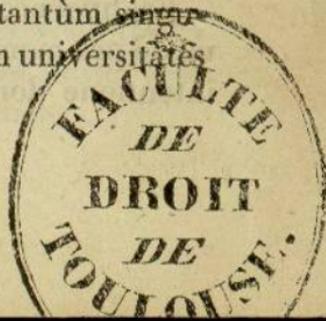
Expositio Methodica.

Jus in re alienâ, concessum creditori ut creditum sit ei tutius, nominatur pignus. Cum possessio rei ad creditorem transit, propriè dicitur pignus, sensu stricto; sed si jus constitutum est in re de quâ possessio non transit ad creditorem, dicitur pignus, sensu lato, seu hypotheca.

Hypothecæ institutio se protulit ad diem cum prætor admisit jus ex pignore ortum, citrà traditionem constitui posse. Hypotheca in rebus soli potissimum constitui solet; contrariò pignus ad res mobiles ferè omninò spectat; at verò quantum ad actionem hypothecariam spectat (id est quoad vim et effectum), inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.

I. Specialis autem aut generalis hypotheca est; summa hæc divisio habetur; alias enim in se materiæ divisiones continet.

Speciale pignus bona certa afficit atque ad eadem tantum spectat. Verum tamen, non tantum singulares ad res, sed etiam ad certas rerum universitates spectare potest.



Res principalis simul et ejus accessio obligatae sunt; undè cedit:

1.^o Fructus in eadem causâ quam res sunt, licet id actum non sit; sed distinguitur: si percepti sunt post litem contestatam, fructus tenentur creditori, quoties res principalis minùs valet quam debitum est; si ante percepti, non aliter fructus tenentur quam si adhuc exsistent, resque principalis non sufficiat (l. 1, § 2).

2.^o Si prædium pignori datur ei qui accepit, non est iniquum servitutis hujus prædii utilem petitionem dari.

3.^o Ususfructus qui postea adcreverit pignori erit sicut et nuda proprietas; idem dicendum de alluvione: « Si fundus hypothecæ datus sit deinde alluvione major factus est totus obligabitur (l. 16 pr.) Cur peculium servi, quod est accessorium citrà conventionem non tenetur? Patens ratio habetur; nam peculium servi impropriè accessorium vocatur, crescit sæpè indesinenter et non fines agnoscit. Etiamque dominus quandò vult, peculium à servo separare potest. Igitur, iniquum fuisset creditorem posse, citrà conventionem, peculium servi distrahere.

Notat Paulus in sententiis fetum vel partum rei oppignoratae non esse devinctum, nisi hoc inter contrahentes convenerit; sed ista decisio non concordat cum legibus 29, § 1, d. h. t., et l. 1, c. de part. pign.

Ea quæ accedunt ad rem principalem si solùmmodò per momentum remaneant vel accommodata, intentione domini temporis causâ, certissimè non

obligantur. Quærebatur, an servi ad culturam missi obligati essent cùm pactus esset ut quæcumque in prædia pignori data, invecta, importata ibi nata paratave essent, pignori essent? Respondit jurisconsultus, eos duntaxat obligatos qui hoc animo à domino inducti essent ut ibi perpetuo essent.

Res mobilis mutata vel transformata est, exempli gratiâ, pecunia obligata fuerat et ex nummis pignoris nova res empta est, ex pretio fructuum devinctorum prædia empta sunt; deniquè nova species facta est, in istis casibus et multis aliis similibus pignus luitur, ratioque inest quod pignus speciale tantùm bona certa afficit.

Non idem dicendum erit, si res immobilis est, veluti de domo data et horreo facta; item si de loco convenit et domus facta sit; item de loco dato et vineis in eo positis. Contrariò enim in illis casibus regula quæ dicit: « Accessorium sequitur principale, cum totâ vigore stat ».

Videamus nunc de universitatibus rerum. Speciale pignus istud, non solùm res quæ nunc sunt in universitate devinxit, sed etiam quæ postea hanc ingrediuntur; procul dubio, res separata universitatis et vendita ad emptorem cum suâ causâ transit. Attamen verò huic regulæ exceptionem invenimus cùm de tabernâ agitur. Patens ratio habetur, ipsâ etenim naturâ rerum mercedes quæ tabernam constituunt in eâ vendendæ positæ sunt, et hoc facto, si creditor jus perseguendi res venditas habuisset, invalidum et quasi mortuum fuisset commercium debitoris, quod est iniquum.

II. Pignus generale in toto patrimonio debitoris constitutum, non solum bona praesentia sed etiam futura amplectitur. Olim, in formulâ hypothecae cum discrimine bona praesentia et futura comprehendebantur. Sed hanc dispositionem abrogavit Justinianus, et suâ constitutione declaravit ea verba sufficere: fide et periculo rerum ad me pertinentium, vel per earum exactionem satisfieri tibi promitto (c. l. 9, l. VIII, t. 18). Si quaeritur, quando pignus honorum futurorum incipit convalescere, dissentiunt doctores.

Ea quae ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab haerede ejus ex aliâ causâ acquisita sunt, à creditore testatoris vindicari non posse, certi ac manifesti juris est; imò, res quaedam exceptae sunt, quae ad affectionem vel ad usum quotidianum debitoris habentur, et quas quis non praesumitur specialiter obligasse.

Si creditor voluisset, expressè aut tacitè, eas res pignori generali devinctas vendi, tunc pignus luitur, rursusque pignus non confirmabitur, quamvis postea res venditae in patrimonio debitoris reverterent. Hanc decisionem protulit Justinianus, et ita antiquae dissentiones sublatae fuerunt.

Adjungere supervacuum est, manumissionem servi inhibitam non esse vinculo pignoris generalis, dummodò non facta sit manumissio in fraudem creditoris (l. 3, c. VII 8).

III. Pro securitate debiti pignus constituitur; undè cedit: 1.º obligatio pignoris accessoria est; re verâ extensivè, accessorium intelligi non po-

test, intensivè verò, quare pignus obligabitur, si datum est pro securitate obligationis tantùm naturalis, honorariæve, lex statuit; naturaliter servus obligatur, et pignus pro eo datum obligabitur, sicut et fidejussor pro eo acceptus tenetur.

Quæritur an pignus constitui poterit, pro eâ obligatione naturali quam jus civile improbare videtur, quales sunt obligatio mulieris, contra senatus-consultum intercedentis et filii familias mutuum pecuniam accipientis. Huic questioni respondemus: in specie præstitâ accessorium intensivè intelligi potest, et cùm principalis causa non consistit, nec ea quidem quæ sequuntur locum habent. — Quid, si prædium litigiosum quis acceperit? (Vide l. 1, § 2, tit. 3, lib. 20).

2.º Res hypothecæ dari possunt pro quâcumque obligatione, vel pura sit obligatio, vel in diem, vel sub conditione, præsens vel futura. Attamen si inter contrahentes remaneat potestas ab obligatione discedendi, tunc pignus suspenditur quousquè adveniat conditio principalis obligationis.

Non solùm ad securitatem obligationis principalis pignus constituitur, sed etiam, citrà conventionem, accessiones hujus obligationis tuetur; porrò consequens est propter usuras obligatam esse hypothecam, idem et in poenâ dicemus.

Procul dubio, quis hypothecam dare potest sive pro suâ obligatione, sive pro alienâ.

IV. Pignus est jus in re; undè cedit:

1.º Is ad quem res pertinet, rem istam nomine pignoris dare potest; sed verbum illud, *pertinere*

latissimè patet, etenim non solùm auditur rerum quæ in nostro patrimonio sunt, sed etiam earum quæ aliquo jure possidemus, pertinere ad nos etiam dicimus quæ esse possunt; id est, in quibus nondùm nullum jus habemus, sed habituri sumus sicut res quæ nobis debentur, et ad quas consequendas actionem habemus, et eas, quatenùs ad nos pertinent; id est, actionem quam ad eas habemus, pignori dare possumus.

2.º Non solum res corporales, sed etiam incorporales et quæ nondùm sunt, futura tamen sunt (exempli gratiâ, partus ancillæ, fetus pecorum), hypothecæ seu pignori dari possunt. — Sed quid de servitutibus? Dissentiunt doctores super interpretationem hujus legis quæ dicit: Jura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt. Nonnulli distinguere solent inter servitutes formales et servitutes causales. Si servitus formalis est; id est, jàm constituta, parùm refert servitutum esse rusticam aut urbanam; utroque casu, non validè pignus constitui poterit, contrariò si servitus causalis est; id est, haud constituta, tunc sola servitus rustica pignori dari potest; sed contrà Molinæus.

Si res extrà commercium est, non rectè obligabitur, imò quædam aliæ exceptæ sunt dispositione legis, scilicet, res litigiosæ, immobiles quæ sunt in dote, vel in dotatione propter nuptias, bona filiorum in administratione patris, tandem spes eorum præmiorum quæ pro coronis athleticis pensitanda sunt.

3.º In finibus administrationis rem pignori obligare administrator potest; id est, servus, filius-

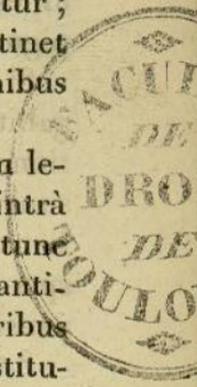
familias, et is qui bona reipublicæ jure administrat, eadem dicta intelligemus de procuratore generali; sed si quæritur de alio procuratore, inspicere debemus an verba mandati dant ei expressè hanc facultatem.

Si res aliena pignori data est; postea debitori dominio quæsito, quæritur de pignore? Si creditor ignoravit alienam, utilis actio dabitur, non idem, si sciens; — eodem modo utilis actio creditori dabitur in hac specie quam refert Modestinus: si Titio qui rem meam ignorante me creditori suo obligaverit hæres extitero.

Quid, si res aliena obligata est sub hoc pacto; si dominium acquisitum fuerit? Certissimè pignus valebit; sed jus incipit solummodo convalescere, quandò debitor dominus rei efficitur, etenim conditio est potestiva quæ non retrahit.

V. Olim pignus constituebatur per mancipationem aut in jure cessionem fiduciæ causâ (Gaius, inst. 11). Huic modo succedit contractum pignoratitium, et deniquè tandem pactum hypothecæ admittitur; et in hoc titulo ait Gaius: nec ad rem pertinet quibus fit verbis, sicuti est in his obligationibus quæ consensu contrahuntur.

In constitutione pignoris reprobatur pactum legis commissoriæ, quod ita fieri solebat: si intra certum tempus non fuisset soluta pecunia, tunc creditor jure emptoris rem possideat. Constantinus imperator, consilio pietatis motus, debitoribus succurrit, et ad codicem præclaret ejus constitutio, in quâ invenimus: Quoniàm inter alias cap-



tiones præcipuè commissoriæ legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem ejus memoriam aboleri.

Sed prohibitio hujus legis commissoriæ non amplectitur in suâ reprobatione pactum quod Marcianus refert in lege 16, § 9; ubi actum est inter contrahentes, si soluta non sit pecunia possideat rem creditor, justo prætio tunc æstimandam. A fortiori non reprobatur conventio per quam pignus venditur creditori longè post conventionem pignoris, item si medio tempore res obligata data est in solutum.

Pactum antichresis in conventionem pignoris sæpè invenitur; inseri solet hoc modo; eo usque creditor retineat rei possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, compensando fructus cum sorte et usuris.

Si pactus est, ut ad diem usuris non solutis, fructus pignorum compensarentur usuris fini legitimæ usuræ; non irritam esse conventionem placuit, enim ad diem minore fænore non soluto, legitimæ majores usuræ stipulanti rectè promitti poterunt (l. 1, § 3).



QUESTION HYPOTHÉCAIRE.

En formulant un système hypothécaire, les législateurs ont eu pour but, d'une part, d'augmenter le crédit de l'emprunteur, et, d'autre part, de fournir au prêteur des sûretés suffisantes pour l'engager à livrer ses capitaux.

L'intérêt des tiers a sollicité également leur attention. Différentes tentatives ont été faites pour lui donner satisfaction. On a recherché, et l'on recherche encore, les moyens de prêter avec sûreté, et d'acquérir avec certitude.

Enfin, sous le nom de protection due à l'agriculture, plusieurs publicistes réclament l'intervention de l'intérêt général dans la question hypothécaire; ils voudraient que l'action directe de l'état éteignît l'usure, et fit refluer les capitaux vers l'agriculture en souffrance.

Tel est l'état de la question.

PARTIE GÉNÉRALE.

C'est dans l'idée de prudence et de précaution que l'hypothèque puise son origine. Il peut se faire, en effet, que la foi seule du débiteur ne paraisse pas suffisante pour assurer l'exécution de sa pro-

messe; d'où, la nécessité d'établir un rapport destiné à servir de garantie à cette promesse. Pour répondre à ce besoin et pour le régulariser, dut se développer, d'abord, la théorie des fidéjusseurs, c'est-à-dire, l'ensemble des règles à appliquer aux nouvelles personnes qui venaient interposer leur foi à l'exécution d'une obligation principale.

Parallèlement à cette institution, et non plus, cette fois, par l'accession d'une nouvelle personne, mais bien au moyen d'une garantie prise dans la chose même du débiteur, une seconde espèce de contrat de garantie prenait une rapide extension, et se produisait sous le nom de droit de gage et d'hypothèque.

La remise, entre les mains du créancier, d'un objet affecté à l'exécution de la promesse du débiteur, fut faite, sans doute, à l'origine, dans le but unique d'empêcher le débiteur de disposer de cet objet au préjudice du créancier, et, par suite, ne dût constituer qu'un simple droit relatif. L'utilité cependant de pouvoir exercer ce droit envers et contre tous, ne dut pas tarder à se faire sentir. On se servit, comme un premier moyen, de la vente solennelle. Le créancier demeurait propriétaire de l'objet qui lui avait été livré, jusqu'à ce que le but fût atteint, c'est-à-dire, que l'obligation principale fût éteinte. Alors, une nouvelle vente devenait nécessaire, pour que l'objet pût revenir des mains du créancier aux mains du débiteur. Le second moyen qui constituât le mode spécial d'acquisition du droit de gage, consistait à laisser au débiteur la propriété

de la chose, et à transférer, au créancier, seulement la possession de cette chose.

Ces deux modes de constitution du droit de gage durent amener avec eux de graves inconvénients, de telle sorte qu'il eût été souvent plus avantageux d'aliéner la chose pour se procurer des capitaux, que de la laisser se détériorer entre les mains insouciantes d'un créancier. L'utilité du droit de gage ne pouvait dès-lors se justifier que par la crainte de la déconsidération qui s'attachait à celui qui diminuait directement son patrimoine. Ce fut pour parer à ces inconvénients que l'institution du *pignus* reçut un nouveau développement : le droit de gage put être constitué par le seul effet de la convention, sans tradition ni possession. Dès ce moment, le mot *pignus* eut une signification large et une signification restreinte. Dans la première acception, il s'entendait du gage avec ou sans tradition ; dans la seconde, il s'appliquait nommément au cas où le créancier avait reçu la possession de la chose engagée. Si le créancier n'avait pas été mis en possession, il y avait *hypothèque*.

Sans nous arrêter à examiner si l'hypothèque fut empruntée à la Grèce par la législation romaine, ou si elle ne fut simplement qu'un développement naturel de l'institution du *pignus*, empressons-nous de constater quelles furent les conséquences de son admission. Si ce nouveau droit, qui ne se manifestait par aucun signe sensible, eut pour effet d'améliorer la position du débiteur, qui pouvait à son aise gérer et administrer sa chose, il en résultait cette complication, que plusieurs créanciers pou-

vaient concourir sur le même objet, et que, par suite, les plus récents, qui n'avaient aucun moyen de connaître l'étendue des droits des créanciers plus anciens, durent souvent éprouver des préjudices considérables. D'un autre côté, différentes créances qui, à cause de la faveur qu'elles méritaient, avaient été privilégiées entre les créances personnelles, firent invasion dans le système hypothécaire, par cette raison toute simple : l'hypothèque donnant plus de facilité au débiteur de grever son patrimoine, il aurait pu se faire que les créances hypothécaires eussent absorbé tout le patrimoine, sans rien laisser aux créances favorables. L'hypothèque tacite fut donc créée.

La crainte de perdre le titre honorable de propriétaire, le peu de fréquence des mutations, la peine du stellionat infligée à celui qui vendait ou hypothéquait comme libre un bien déjà grevé, et aussi le droit exclusif du premier créancier de faire vendre la chose hypothéquée, paralysaient quelque peu, dans le système romain, l'accumulation des hypothèques et les difficultés qui en résultent. Mais lorsque, dans le droit moderne, par une extension exagérée de l'hypothèque tacite, tout contrat authentique produisit nécessairement une hypothèque au profit du créancier, et que, depuis l'ordonnance de Moulins, les actes émanés de l'autorité judiciaire produisirent également hypothèque de plein droit, la confusion fut à son comble, et l'on put amplement, comme l'a fait un ancien auteur, écrire un énorme in-folio pour servir de guide dans le labyrinthe du concours des créanciers.

A l'origine et au début du droit de gage, nous avons vu que la position du débiteur était sacrifiée aux formes les plus dures ; tous les privilèges, les sûretés les plus grandes étaient réservées au créancier impitoyable. C'est là, comme on le sait, un des traits distinctifs de la physionomie du monde romain. Mais avec les sociétés modernes, et par diverses causes que nous ne pouvons énumérer ici, les rôles sont changés ; ce n'est plus le débiteur qui réclame aide et secours, le législateur a besoin, au contraire, de se reporter sur l'intérêt des tiers, prêteurs et acquéreurs. Le système féodal était mort ; le travail libre avait produit le commerce, qui, à son tour, avait multiplié les capitaux entre les mains des classes bourgeoises. Ce n'était plus le plébéien qui était débiteur ; c'étaient les seigneurs, les familles puissantes par leur influence. Aussi, lorsque le génie de Colbert voulut porter la lumière et l'ordre dans le chaos des hypothèques, les puissants de l'époque furent alarmés, et ils firent si bien, que toute réforme fut pour longtemps encore impossible. Le mal toutefois grandissait toujours ; les déceptions des prêteurs étaient nombreuses et fréquentes. Cependant, quant aux acquéreurs, on avait d'abord imaginé le décret volontaire pour purger les hypothèques qui grevaient l'immeuble acquis. La vente judiciaire, *sub hastâ*, des Romains, faisait passer franc et quitte l'objet vendu entre les mains de l'acquéreur. Le décret volontaire n'était autre chose qu'une vente judiciaire fictive. Mais ce moyen était ruineux par l'énormité des frais qu'il fallait faire ; on le remplaça bientôt par ce que l'on

nommait les lettres de ratification. Le contrat d'acquisition restait exposé pendant un certain délai, et si, pendant ce temps, les créanciers hypothécaires ne s'étaient pas fait connaître en formant opposition au sceau des lettres de ratification, ces lettres étaient scellées, et l'immeuble était affranchi.

Avec les deux lois du 9 messidor an 3 et du 11 brumaire an 7, commence une nouvelle ère pour la législation hypothécaire. Dans le droit ancien, nous avons vu que successivement l'intérêt du créancier ou du débiteur avait été exclusivement favorisé. Nous avons constaté aussi les dangers que couraient les tiers, prêteurs et acquéreurs. Il s'agit maintenant de donner satisfaction à tous ces intérêts opposés, et c'était là le but que se proposait la législation intermédiaire. Comme par le passé, le débiteur trouvera dans la chose un moyen d'augmenter son crédit; et il le trouvera d'autant plus facilement, que le prêteur, connaissant quelle est l'étendue et le chiffre des créances plus anciennes, pourra, en toute sûreté, lui confier ses capitaux. Mais pour atteindre ce résultat, deux prescriptions paraissent nécessaires: désigner nominativement les objets soumis à l'hypothèque et le chiffre de la créance; secondement, faire inscrire l'hypothèque sur un registre ouvert au public. La spécialité est le moyen d'arriver à la publicité: la publicité et la spécialité sont la base du nouveau système. L'hypothèque générale, c'est-à-dire celle qui embrassait les biens présents et à venir du débiteur, devient dès-lors inutile. De quelle utilité, en effet, serait-elle pour le créancier qui peut sans elle prêter avec

sûreté? D'un autre côté, pourquoi nuire, sans nécessité, au crédit du débiteur? Tout concourait donc à faire restreindre l'hypothèque aux seuls immeubles suffisants pour garantir la dette. Mais ce n'était pas assez que d'avoir tenté de résoudre le problème quant à ces deux points essentiels, à savoir, de prêter avec sûreté et d'acquérir avec certitude; on espérait encore que les capitaux viendraient avec empressement à la rencontre d'un placement aussi avantageux. Le rapporteur Crassous, dans la séance du 3 germinal an 6, laissait entrevoir que le nouveau système hypothécaire aurait, pour conséquence immédiate, la baisse dans le taux de l'intérêt du numéraire, dont la hausse, disait-il, est une des causes les plus actives de la détresse générale. Il est superflu de dire que les faits sont venus donner un démenti à ces brillantes promesses. Il advint même, par suite de l'adoption du système de la spécialité et de la publicité dans toute sa rigueur, que des intérêts précieux, ceux des femmes et des mineurs, reçurent de graves échecs. — Les choses étant ainsi lors de la confection de nos codes, il n'est pas surprenant que le système ancien des hypothèques générales et occultes ait trouvé des partisans sérieux et éminents; ils succombèrent cependant; et la spécialité et la publicité étant admises en principe, on fit exception en faveur de certaines positions toutes particulières. L'esprit de transaction et de conciliation qui avait présidé à l'élaboration de nos lois prévalut encore, et se manifesta d'une manière éclatante dans la matière hypothécaire. — Tel qu'il est sorti des mains du lé-

gislateur de 1804, et tel que nous le possédons, le système hypothécaire est loin de satisfaire à tous les résultats que l'on doit se promettre d'une bonne législation. Ses nombreuses imperfections ont été trop souvent signalées, pour qu'il nous soit permis de les énumérer dans notre cadre restreint. Remarquons toutefois que les orateurs du gouvernement, dans leur exposé des motifs, annonçaient également, en paroles sonores, un avenir meilleur, tout ainsi que l'avait fait le rapporteur Crassous. — Dans l'état actuel des choses, les faits nous apprennent que, indépendamment des vices de l'organisation du système hypothécaire en lui-même, des causes multiples empêchent les capitaux de venir au secours de l'agriculture. Si les fruits que produit la terre sont la représentation du capital employé, dès le moment que les capitaux sont immobilisés, il est conforme à la nature des choses que leur équivalent ne doive se former que par une succession partielle et périodique; en d'autres termes, l'emprunteur qui aura employé un capital donné à améliorer son fonds, ne pourra le récupérer; et, par suite, le rendre que partiellement, ou longtemps après l'emprunt; d'où il suit cette conséquence forcée, que le prêteur, ayant la facilité de placer ailleurs ses capitaux, évitera, quelque sûreté qu'il puisse lui offrir, un placement qui amène avec lui, de toute nécessité, de longs termes ou des paiements partiels. Le capitaliste absent, il ne reste plus que l'usurier. Serait-ce un remède efficace que l'intervention directe de l'état? La création de banques agricoles, telles qu'elles fonctionnent en Ecosse, pourrait-elle

fournir un puissant intermédiaire entre le prêteur et l'emprunteur, et concilier leurs intérêts opposés ? Ne pourrait-on pas, par une extension à donner aux caisses d'épargne, faire servir l'argent de l'ouvrier à secourir l'agriculture en souffrance ? Toutes ces questions sont l'objet des méditations de tout ce qu'il y a dans notre pays de cœurs généreux et d'esprits distingués. Pour nous, c'est une conviction bien profonde, que les réformes ou la révision de notre système hypothécaire ne pourra amener des résultats sérieux et vraiment profitables, que tout autant que ces réformes seront faites en vue de l'organisation du crédit foncier ; et sans exagérer ici les suites heureuses qui résulteraient de cette organisation, nous pouvons dire que ce serait déjà un bien immense que de détruire l'usure, et de mettre au taux commun les capitaux à la portée des agriculteurs ou des propriétaires. Du reste, l'organisation du crédit foncier n'est peut-être qu'un palliatif. Les causes de l'infériorité de l'agriculture sont peut-être ailleurs que dans les vices du système hypothécaire ; mais toujours est-il que, dans l'état actuel des choses, et comme moyen transitoire, on ne saurait proposer rien de mieux.

Nous allons examiner à présent, dans une partie spéciale, quels sont les rouages et la fonction de la vieille machine hypothécaire.

PARTIE SPÉCIALE.

Avant d'aborder la matière hypothécaire, une règle importante est à rappeler : c'est que l'égalité

est le droit commun entre tous les créanciers d'un même débiteur. Nous trouvons ce principe formulé dans l'art. 2093 du code civil. L'article suivant dispose que les causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques. Ceci posé, il en résulte pour nous cette conséquence, que la volonté du législateur est, que toutes les règles qu'il prescrit, en pareille matière, doivent être interprétées et appliquées d'une manière restrictive, en vertu de la maxime de droit : *Privilegia sunt strictissimæ interpretationis.*

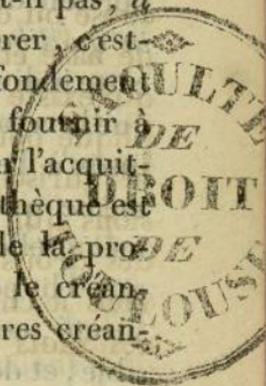
I. De la Nature du Droit d'Hypothèque.

Nous définirons l'hypothèque, un droit accordé au créancier sur la chose d'autrui, pour la sûreté de sa créance. Droit accessoire et droit réel, voilà les deux caractères saillants et distinctifs du droit d'hypothèque.

L'hypothèque est un droit accessoire. En effet, on ne saurait comprendre une chose ou un droit destinés à servir de sûreté, sans l'existence d'une chose ou d'un droit précédents qui puissent servir de base et motiver une garantie. L'étroite relation qui existe entre l'accessoire et le principal, nous explique pourquoi, dans la théorie d'un droit réel, les jurisconsultes romains se servaient d'expressions qui appartenaient évidemment à la théorie des droits personnels. C'est ainsi que nous trouvons à chaque instant, dans le corps du droit, ces mots : *Rem pignori obligare*, ou *pignoris*

jure obligata, ou bien encore, *pignus solvitur* ou *luitur*. — Le rapport principal engendrant un droit personnel, et l'hypothèque n'étant que l'accessoire, est, comme lui, destinée à finir. Sous ce rapport, elle n'a rien de l'absolu qui distingue les autres droits réels; elle ne vit que de la vie de l'obligation principale; celle-ci étant éteinte, elle n'a plus de raison d'existence; et de plus, comme il est rationnel de s'enquérir de la chose principale avant que d'arriver à ce qui n'est que secondaire ou subsidiaire, nous voyons, dans l'art. 2170 du code civil, que le tiers-détenteur a la faculté de requérir la discussion préalable des immeubles hypothéqués à la même dette qui sont restés dans la possession du principal ou des principaux obligés; nous remarquons encore, dans l'art. 2169, que le créancier qui exerce l'action hypothécaire contre un tiers-détenteur, est tenu de faire un commandement de payer au débiteur originaire.

L'hypothèque est un droit réel. — Quelques considérables que soient les dettes d'un débiteur, il conserve toujours le droit d'aliéner sa chose; et s'il peut aliéner sa chose pour le tout, n'a-t-il pas, à *fortiori*, conservé le droit de la démembrement, c'est-à-dire de l'aliéner en partie? C'est sur ce fondement que repose le droit qu'a le débiteur de fournir à son créancier des sûretés sur sa chose pour l'acquittement de l'obligation contractée. L'hypothèque est donc tout à la fois un démembrement de la propriété, et une cause de préférence pour le créancier nanti de ce droit, à l'égard des autres créanciers simplement chirographaires.



Comme démembrement de la propriété, l'hypothèque suivra la chose, en quelques mains qu'elle passe, parce que le débiteur n'a pu transférer à autrui plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Comme droit de préférence, les créanciers chirographaires devront s'imputer d'avoir suivi la foi seule de leur débiteur, et ils ne pourront se plaindre de ce que le débiteur, qui avait la faculté d'aliéner la chose pour le tout, ne l'a aliénée qu'en partie. Maintenant, entre les créanciers hypothécaires, évidemment la préférence devra appartenir au créancier plus ancien; par cette raison que, lorsque le créancier subséquent a contracté, il n'était au pouvoir du débiteur de disposer de la chose que *cum sua causa*, c'est-à-dire à la charge des droits du créancier précédent. — Du reste, cette assimilation du droit d'hypothèque à une aliénation partielle, n'est faite que pour justifier le pouvoir du débiteur. Au fond, l'hypothèque est surtout un droit de préférence, et ne mérite pas la faveur qui est due à l'aliénation.

L'hypothèque est indivisible; elle frappe sur tous les immeubles, sur chacun d'eux et sur chaque portion de ces immeubles, *est tota in toto et tota in quâlibet parte rei*. Dumoulin nous apprend que cette indivisibilité est fondée sur cette considération, que le créancier est censé avoir voulu retenir le gage jusqu'à l'entier paiement de la dette, et que, de même que la loi ne divise pas les conditions, de même elle ne divise pas le gage. Nous ajouterons que l'hypothèque ayant pour but de fournir une sûreté, cette sûreté doit être aussi grande que possible, et doit durer, dans son entier, aussi longtemps

que subsiste la plus petite partie de la dette garantie. D'un autre côté, chaque portion de l'objet affecté à cette sûreté doit être tenue de la même manière que le tout, parce que l'on envisage uniquement le but que l'on s'est proposé, et que ce but peut être atteint aussi bien sur une fraction de la chose que sur la chose tout entière.

Res hypothecæ dari posse, sciendum est, pro quacumque obligatione. Ce principe, posé par la loi romaine, existe encore aujourd'hui dans toute sa vigueur. Ainsi, que l'obligation principale soit pure et simple, à terme ou conditionnelle; qu'elle consiste à donner ou à faire, l'hypothèque qui doit servir de garantie n'en sera pas moins valablement constituée. Les règles contenues au titre du cautionnement reçoivent ici leur application. On doit, par suite, décider que l'on peut consentir hypothèque pour sûreté d'une obligation, encore que cette obligation pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé; par exemple, dans le cas de minorité. — Pour le cautionnement comme pour l'hypothèque, la seule condition requise, c'est que l'obligation soit civilement valable. — Quid, de l'hypothèque constituée pour sûreté d'un prêt à effectuer, ou d'un crédit ouvert par un négociant?

Les hypothèques ne peuvent porter que sur des immeubles. Le droit romain, au contraire, posait en principe que tout ce qui pouvait s'acheter ou se vendre, était susceptible d'être soumis à l'hypothèque. Cette règle, trop générale, dut recevoir exception; d'abord, pour les objets qui, à raison de l'affectation du maître ou de la nécessité, étaient pré-

sumés de droit avoir été réservés libres par le débiteur; d'autre part, les échanges qui portaient sur les meubles durent, par l'impulsion du commerce, recevoir une activité toute nouvelle, inconnue au monde ancien, où la satisfaction de tous les besoins était resserrée dans le cercle étroit de la famille. Il s'ensuivit cette maxime du droit français : que meuble n'a pas de suite par hypothèque. Il faut, dit Domat, trouver la raison de cette maxime dans la difficulté qu'il y aurait à rechercher, par la voie de suite, un meuble qui, en peu d'instants, peut passer en plusieurs mains différentes. Les immeubles même ne peuvent pas tous être grevés d'hypothèques. La disposition de l'art. 2118, en effet, est conçue d'une manière limitative. Sont seuls susceptibles d'hypothèque, dit-il : 1.^o les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles; 2.^o l'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée. La raison de cette limitation n'est pas difficile à trouver; elle s'évince, premièrement, de ce que le principe de l'égalité entre créanciers commandait au législateur de renfermer dans de justes limites les causes de préférence, et, en second lieu, surtout de ce que le but de l'hypothèque étant d'arriver à réaliser une somme destinée à éteindre l'obligation principale; les immeubles dont on ne peut requérir la vente doivent échapper à l'action des créanciers. Nous déciderons donc que les droits d'usage et d'habitation, les servitudes réelles considérées abstractivement du fonds auquel elles appartiennent, les actions immobilières et les hypothèques, ne peuvent

être l'objet du droit d'hypothèque. — Quid, de l'emphytéose? du droit d'usage dans les forêts? de l'*ususfructus causalis*?

Quant à son étendue, l'hypothèque est ou générale ou spéciale. Elle embrasse, ou bien tous les immeubles présents et à venir du débiteur, ou tous ses immeubles présents, ou certains immeubles actuellement existants. On réserve le nom d'hypothèque générale pour celle qui embrasse tous les biens. Par conséquent, le nom d'hypothèque spéciale désigne toute autre hypothèque d'une moindre étendue. La division de l'hypothèque en générale et spéciale, est féconde en conséquences, en ce qui regarde surtout sa constitution et ses effets. Qu'il nous suffise de dire que, dans notre système hypothécaire, l'hypothèque spéciale est la règle générale, et que l'hypothèque générale est purement exceptionnelle. Nous avons donné ailleurs la raison de cet état de choses.

II. Constitution du Droit d'Hypothèque.

L'hypothèque peut s'acquérir, ou par la volonté du propriétaire, ou contre sa volonté. — L'hypothèque est conventionnelle dans le premier cas; elle est légale ou judiciaire dans le second.

Indépendamment de la volonté du propriétaire, la loi donne hypothèque générale : 1.^o aux mineurs et interdits sur les biens de leurs tuteurs; 2.^o aux femmes mariées sur les biens de leurs maris; 3.^o à l'état, aux communes et établissements publics, sur

les biens de leurs receveurs et administrateurs comptables.

L'hypothèque accordée au mineur a pour objet de garantir la gestion du tuteur. Il en résulte que cette hypothèque commence en même temps que la responsabilité du tuteur. Peu importe la date des actes du tuteur qui donnent lieu au recours du mineur ; on doit considérer uniquement l'obligation de gérer et administrer en bon père de famille, et cette obligation, imposée au tuteur, est la suite immédiate de sa responsabilité.

Les fonctions de cotuteur, de protecteur et de tuteur officieux, ayant le même but et possédant tous les caractères de la tutelle ordinaire, doivent également emporter hypothèque légale au profit du mineur. Au contraire, les fonctions de subrogé-tuteur, d'administrateur provisoire, de curateur ou de conseil judiciaire, étant distinctes ou séparées des fonctions de tuteur, ne sauraient emporter hypothèque légale par voie d'analogie. Nous savons, en effet, qu'en matière hypothécaire, c'est de l'interprétation restrictive que nous devons nous servir. Nous déciderons de même à l'égard du père, administrateur, pendant le mariage, des biens de ses enfants, et à l'égard du second mari, quoiqu'il soit solidairement responsable, lorsque sa femme a conservé de fait la tutelle, sans se conformer aux vœux de la loi. — Quid, du mineur ou de l'interdit étrangers, sur les biens de leur tuteur situés en France ?

Nous avons dit que l'hypothèque accordée au mineur était générale de sa nature. Mais comme il

pourrait en résulter, pour le tuteur, de graves inconvénients, en ce sens que son crédit pourrait en être altéré, la loi lui ouvre deux moyens de rentrer dans le droit commun : il peut, dans l'acte de nomination, par une déclaration du conseil de famille, faire restreindre l'hypothèque aux immeubles suffisants, ou bien encore, après son entrée en fonction, demander judiciairement cette restriction, conformément à l'art. 2143.

La loi donne hypothèque générale à la femme sur les biens de son mari. Cette hypothèque a pour objet de garantir les préjudices qui pourraient être occasionnés à la femme par suite du droit d'administration conféré au mari. Il semblerait dès-lors que, comme celle du mineur, elle dût avoir un point de départ invariable. Il n'en est point ainsi ; la loi sépare les créances qui dérivent de la dot et des conventions matrimoniales, celles qui proviennent des successions ou donations qui échoient à la femme pendant le mariage, et enfin l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, ou le emploi de ses propres aliénés. La date de l'hypothèque, pour les premières, sera le jour de la célébration du mariage, pour les suivantes, le jour de l'ouverture des successions et celui où le mari est devenu responsable des objets compris dans la donation, et enfin, pour les dernières, le jour des obligations ou des ventes. La rédaction de l'art. 2135, qui contient ces distinctions, a donné lieu à la question de savoir, si l'hypothèque de la femme s'étend à ses répétitions extra-dotales. Pour l'affirmative, on a observé, avec raison, que les dispositions de

cet article ne devaient être prises que *demonstracionis causá* ; qu'il fallait se référer à l'art. 2121, qui accorde hypothèque à la femme pour sûreté de ses droits et créances, sans aucune distinction, et que, du reste, les mêmes motifs qui ont fait admettre l'hypothèque des créances dotales, subsistent dans leur entier pour les créances extra-dotales. Ces raisons nous paraissent concluantes ; aussi sommes-nous d'avis que l'hypothèque des créances extra-dotales est de la même nature, et jouit des mêmes prérogatives que l'hypothèque des autres créances. — Quid, de l'hypothèque des femmes mariées à des étrangers ?

Par une disposition de leur contrat de mariage, les époux, s'ils sont majeurs, peuvent convenir que l'hypothèque générale sera restreinte aux immeubles suffisants pendant le mariage. Le mari peut parvenir judiciairement à cette restriction, en se conformant aux prescriptions de l'art. 2144. Le vœu du législateur et l'esprit de son système sont, partout et toujours, pour la spécialité de l'hypothèque.

La femme, mariée sous tout autre régime que le régime dotal, perd son hypothèque légale lorsque elle y renonce tacitement ou expressément.

Indépendamment de la volonté du propriétaire, la loi encore fait résulter l'hypothèque de plein droit : 1.^o de tout jugement, émané d'une juridiction française, portant condamnation à des prestations quelconques ; 2.^o des jugements de reconnaissance ou de vérification de signatures apposées aux actes sous seing-privé qui renferment des obligations.

Doit-on voir dans le *pignus prætorium* ou *judiciale* des Romains, l'origine de notre hypothèque judiciaire. Cette opinion a été réfutée, avec avantage, par M. Troplong, qui prouve très bien que cette hypothèque est simplement d'origine française ; mais les raisons qu'il donne ne nous paraissent pas avoir été celles qui ont motivé l'introduction, dans notre droit, de cette nouvelle hypothèque. Nous croyons qu'elle fut amenée par l'extension de l'hypothèque tacite. Alors que les contrats authentiques produisaient hypothèque de plein droit, pouvait-on, je le demande, refuser la même prérogative aux actes émanés de l'autorité judiciaire. En rayant de nos lois les hypothèques tacites, les législateurs de l'an 3 et de l'an 7 conservèrent cependant l'hypothèque judiciaire. Cette hypothèque, à plus forte raison, a-t-elle été conservée dans notre code civil. Toutefois, la seule raison que l'on puisse, selon nous, invoquer à l'appui de sa légitimité, c'est qu'elle existe. Les considérations prises de ce qu'un nouveau lien, bien plus étroit, est formé à la suite de la contestation judiciaire, et qu'il y aurait danger à laisser un débiteur, déjà suspect de mauvaise foi, complètement maître de soustraire ses biens à l'action du créancier, ne nous paraissent pas suffisantes pour venir ajouter, en quelque sorte, une nouvelle obligation à l'obligation principale, et surtout pour légitimer une exception au droit commun. — Quid, des actes de soumission de caution ? des jugements qui nomment un curateur à une succession vacante ?

L'hypothèque qui dépend de la volonté du propriétaire peut être constituée, ou par le débiteur lui-même, ou par un tiers. La capacité requise à cet effet doit être considérée sous le double point de vue, de la capacité générale et de la capacité spéciale. Il faut avoir, aux termes de l'art. 2124, la libre disposition de ses biens, et, en second lieu, être propriétaire de l'immeuble soumis à l'hypothèque. La première incapacité est soumise aux principes généraux ; la seconde entraîne les conséquences suivantes : Il n'est pas permis d'hypothéquer l'immeuble d'autrui ; la circonstance que le débiteur est devenu, par la suite des événements, propriétaire de l'immeuble grevé, à quelque titre que ce soit, serait impuissante pour valider une constitution d'hypothèque, nulle *ab initio* ; car il faut, de toute nécessité, que la constitution porte sur des biens présents. L'art. 2129 défend, en effet, l'hypothèque des biens à venir. La condition, *si dominium acquisitum fuerit*, pourvu que l'immeuble soit spécialement désigné, n'est pas interdite. Le vendeur, sous clause de réméré, dont le droit de propriété est soumis à une condition suspensive, peut aussi, valablement, constituer une hypothèque soumise à la même condition. Enfin, le débiteur, en déclarant l'insuffisance de ses biens présents, peut même hypothéquer les biens à venir (art. 2130). — Quid, du cas où le débiteur ne possède aucun immeuble au moment du contrat ? Le mineur ou la femme autorisée, peuvent-ils, plus tard, ratifier une constitution d'hypothèque ?

L'acte qui contient la manifestation de volonté du propriétaire, doit être passé devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins; il faut, de plus, que l'acte soit passé en France, à moins qu'une exception résulte, pour les pays étrangers, des traités politiques.

Cet acte doit fournir toutes les indications nécessaires pour servir de base à l'inscription. On peut hypothéquer, dans le même acte, ou quelques-uns des immeubles, ou tous les immeubles présents. L'art. 2129 exige, rigoureusement, que l'on déclare la nature et la situation de chacun des immeubles grevés. Cette prescription est faite en vue de la publicité, et pour que les personnes intéressées à cette publicité puissent parfaitement distinguer, parmi les immeubles du propriétaire, quels sont ceux libres, quels sont ceux grevés. — La jurisprudence, méconnaissant l'esprit du système hypothécaire, tend à valider des actes d'hypothèque qui déclarent seulement, d'une manière générale, que l'on hypothèque les biens situés dans telle commune.

L'hypothèque conventionnelle est, du reste, soumise, comme tout autre droit créé par la convention, à toutes les modalités qu'il plaît aux parties de lui imprimer. On doit, toutefois, par analogie, appliquer à l'hypothèque la prohibition contenue dans l'art. 2078, qui annule toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage sans les formalités de rigueur. (*Lex commissoria.*)

III. De l'Inscription des Hypothèques.

On sait, qu'indépendamment des droits du créancier et du débiteur, l'intérêt des tiers doit intervenir dans tout système hypothécaire. L'hypothèque pourra donc être valablement constituée et produire tous ses effets à l'égard du débiteur ou de ses représentants, sans que, cependant, on puisse l'opposer à ceux qui sont présumés avoir ignoré ce qui s'est passé entre le débiteur et le créancier; d'où, la nécessité de tracer certaines formalités, à défaut desquelles l'hypothèque ne sera pas valable à l'encontre de ces tiers.

La publicité ayant paru au législateur être le moyen le plus sûr pour arriver à la conciliation de tous les intérêts, et l'inscription étant destinée à réaliser la publicité, le principe à poser, en pareille matière, est que toute hypothèque doit être inscrite pour produire ses effets à l'égard des tiers.

L'inscription consiste dans la description de l'hypothèque sur les registres publics.

La loi dispense de l'inscription, les hypothèques des mineurs, des interdits et des femmes mariées. Cette exception leur profite, même après la dissolution du mariage ou de la tutelle. Ils ne sont obligés de rentrer dans le droit commun, que lorsque le tiers-détenteur remplit, à leur égard, les formalités prescrites par les art. 2193 et 2194. Alors, et seulement pour conserver le droit de suite, ils sont contraints de prendre inscription. La même nécessité leur est imposée à suite de la transcription du

jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique. D'un autre côté, quoique ces hypothèques conservent leur efficacité, indépendamment de toutes inscriptions, le législateur, en vue du principe de la publicité, impose à certaines personnes l'obligation, et accorde à d'autres la faculté de les faire inscrire. Ces personnes sont : le tuteur, le subrogé-tuteur, le mari, le procureur du roi, les parents ou amis de la femme ou du mineur. La sanction de l'obligation imposée au mari et au tuteur, est la peine du stellionat, qui les rend contraignables, par corps, lorsqu'ils consentent à des hypothèques, sans déclarer expressément que leurs immeubles sont déjà soumis à l'hypothèque légale. Le subrogé-tuteur est passible de dommages-intérêts envers les créanciers qui auraient éprouvé un préjudice. Les autres personnes n'encourent aucune responsabilité. — Quid, l'expropriation forcée dispense-t-elle l'adjudicataire de faire la purge des hypothèques légales?

Le droit de requérir inscription appartient au créancier et à tous ses successeurs indistinctement. — Quid, la qualité du cessionnaire doit-elle résulter d'un acte authentique?

C'est sur le débiteur direct et originaire que l'inscription doit être prise.

Si l'immeuble soumis à l'hypothèque est sorti des mains du débiteur, il semblerait conforme aux principes posés que le *tiers*-détenteur dût recevoir cet immeuble franc et quitte de toute hypothèque. Tel était l'esprit du code civil, qui reconnaissait

très bien qu'un immeuble ne peut plus être frappé d'hypothèques une fois qu'il est sorti des mains du débiteur. Mais la publicité, introduite en faveur des tiers dans le système hypothécaire, n'était qu'une branche séparée d'une théorie plus large, qui voulait que tous les droits réels fussent rendus publics pour pouvoir être opposés aux tiers, et que, par suite, l'aliénation elle-même dût être transcrite pour produire tous ses effets. Cette théorie, qui ne fut pas admise par nos législateurs, se fit jour partiellement lors de la rédaction du code de procédure, et donna lieu à l'art. 834. Aux termes de cet article, les créanciers qui ont hypothèque acquise avant l'aliénation, sont autorisés à inscrire cette hypothèque jusqu'à l'expiration de la quinzaine, à dater de la transcription de l'acte d'aliénation. Il en résulte cette complication : les créanciers personnels de l'acquéreur, qui ont, ou une hypothèque générale, ou une hypothèque spéciale inscrite ou dispensée d'inscription, priment les créanciers du précédent propriétaire, qui ne sont inscrits qu'après eux et postérieurement à l'aliénation.

Comme la spécialité prépare la publicité, il est indispensable que l'inscription désigne, individuellement, les immeubles soumis à l'hypothèque. Il faut, de plus, lorsque l'obligation qui sert de base à l'hypothèque est éventuelle ou indéterminée, que le créancier fasse une évaluation, en principal et accessoires, du montant de cette créance. Cette évaluation n'est pas nécessaire pour les hypothèques établies par l'art. 2121. — Quid, des hypothèques judiciaires ?

Si les formalités prescrites par les art. 2148 et 2153 n'ont pas été exactement remplies ; par exemple, s'il y a omission ou défectuosité, s'élève la question de savoir, quelles sont les conditions requises pour la validité de l'inscription. La jurisprudence nous fournit, sur cette question, l'exemple de la plus grande incertitude. Toutefois, on peut ramener à trois opinions distinctes, les différents arrêts rendus sur la matière. La première consiste à interpréter rigoureusement les termes des art. 2148 et 2153, et à exiger que l'inscription contienne, au moins par équipollence, toutes les prescriptions exigées par ces articles. La seconde, plus favorable, enseigne qu'il faut, dans chaque cas particulier qui se présente, rechercher s'il y a eu ou non préjudice causé par suite de l'observation des formalités prescrites. Dans la dernière opinion, à laquelle nous donnons la préférence, il faut distinguer, entre les formalités substantielles et celles qui ne sont que secondaires, sans s'inquiéter, du reste, s'il y a eu préjudice causé. Les formalités, dont l'omission entraîne la nullité, sont celles qui sont destinées à réaliser les principes de la spécialité et de la publicité qui forment la base du système. Cette opinion, qui compte le plus grand nombre d'autorités, présente quelques difficultés dans son application. C'est ainsi qu'il y a divergence sur le point de savoir, si l'élection de domicile est une formalité substantielle, et s'il faut, à peine de nullité, indiquer la date et la nature de l'acte en vertu duquel est prise l'inscription. Pour nous, il nous paraît suffisant d'indiquer :

la personne du débiteur, de telle sorte qu'il soit impossible de la confondre avec toute autre ; la nature de l'acte, le montant de la créance, et surtout, individuellement, les immeubles hypothéqués spécialement.

Les deux effets principaux d'une inscription valable sont : de rendre l'hypothèque efficace à l'égard des tiers, et de fixer, par la date sous laquelle l'inscription est portée au registre, le rang des différents créanciers hypothécaires.

La difficulté qui résulterait, pour les conservateurs, de fournir un état des inscriptions remontant à une époque trop éloignée, a fait admettre une péremption particulière en matière d'inscriptions. — On exige que le créancier opère un renouvellement décennal. Cette nécessité lui est imposée jusqu'à ce que l'inscription ait produit tous ses effets. — Quid, de la supputation du délai de dix ans ? de l'époque où l'inscription a produit son effet légal ?

Le but principal du système hypothécaire étant de favoriser le crédit du débiteur, et les hypothèques générales allant directement contre ce résultat, le législateur cherche constamment à établir une juste proportion entre le montant de la créance et la valeur des immeubles destinés à la garantir. C'est pourquoi il accorde au débiteur la faculté de demander judiciairement la réduction de l'inscription qui frappe sur plus d'immeubles qu'il n'est nécessaire au créancier pour lui assurer une sûreté complète. Mais cette réduction, établie uniquement en faveur du débiteur, ne porte pas

sur le fonds du droit d'hypothèque. Aussi, si les immeubles auxquels l'hypothèque a été restreinte deviennent insuffisants, il est loisible au créancier de prendre une inscription supplémentaire.

Enfin, abstraction faite du droit d'hypothèque, l'inscription peut s'éteindre ou être radiée, ou par la volonté du créancier, ou contre sa volonté. — Dans le premier cas, le consentement du créancier doit résulter d'un acte notarié de main-levée; dans le second, toute personne intéressée peut demander la radiation forcée de l'inscription.

Des Effets du Droit d'Hypothèque.

La nature du droit d'hypothèque étant éminemment complexe; d'un autre côté, sa constitution devant être appréciée sous le double point de vue, de l'intérêt individuel du créancier ou du débiteur, et de l'intérêt des tiers, on ne peut espérer d'arriver à des résultats certains, en traitant des effets de ce droit, qu'en distinguant avec soin, et qu'en décomposant avec précision, tous les éléments qui le composent.

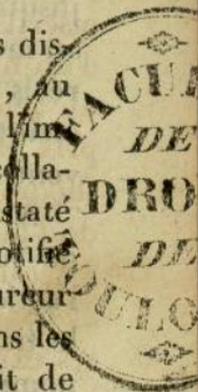
Comme droit réel, l'hypothèque produit un droit de suite et un droit de préférence. Le droit de suite aura ses effets, et s'exercera contre tous les tiers-détenteurs qui posséderont, à quelque titre que ce soit, l'immeuble ou les immeubles soumis à l'hypothèque. Par le moyen de l'action hypothécaire, le créancier sommerá le tiers-détenteur de délaisser l'immeuble, ou de satisfaire à l'obligation principale, comme l'aurait fait le débiteur direct. Un dé-

lui sera accordé au tiers-détenteur pour faire son choix ; et si, dans ce délai, il ne prend pas une détermination, le créancier pourra poursuivre, *contre lui*, la vente de l'immeuble, dans les formes ordinaires de l'expropriation forcée. Pendant longtemps, le tiers-détenteur n'eut que le choix de payer ou de délaisser ; cependant, la faveur que toute bonne législation doit accorder à la transmission des propriétés, fit accorder au tiers-détenteur un bénéfice particulier connu sous le nom de purge des hypothèques. Le décret volontaire et les lettres de ratification furent, sous l'ancienne jurisprudence, le moyen d'arriver à ce résultat. Sous notre législation, le moyen d'arrêter le droit de suite et d'arriver à l'affranchissement de l'immeuble grevé consiste dans les formalités suivantes. Il y a lieu, d'abord, de distinguer entre les hypothèques inscrites et les hypothèques dispensées d'inscription.

I. L'acquéreur qui veut purger doit, avant tout, faire transcrire son acte d'acquisition ; il doit ensuite, et au plus tard dans les trente jours qui suivent la sommation faite par le créancier inscrit de payer ou délaisser, faire notifier, aux créanciers inscrits avant la transcription, et par le ministère d'un huissier commis par le président du tribunal, un acte destiné à faire connaître à ces créanciers le prix et les charges de son acquisition, et les hypothèques qu'il a trouvé inscrites sur l'immeuble ; il doit aussi, dans le même acte, déclarer qu'il est prêt à acquitter, jusqu'à concurrence du prix, les dettes et charges hypothécaires, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles. Le but de cette no-

tification est de s'enquérir si les créanciers veulent approuver ce qui s'est passé entre leur débiteur et tiers-détenteur. Son effet est de les mettre en demeure, de faire connaître leurs intentions. Si les créanciers ont laissé écouler le délai fixé par l'art. 2185, soit qu'ils n'aient pas fait de réquisitions, ou que ces réquisitions ne soient pas valables, alors la valeur de l'immeuble reste définitivement fixée au prix porté dans le contrat ou évalué par l'acquéreur. Si, au contraire, les créanciers inscrits ne trouvent pas satisfaisant le prix stipulé ou offert par l'acquéreur, ils sont individuellement admis à requérir la mise aux enchères de l'immeuble grevé. Mais parce que cette réquisition a pour effet de détruire un contrat légalement formé, la loi a imposé au créancier des conditions rigoureuses, pour que sa réquisition ne soit pas légèrement faite. C'est ainsi que la réquisition de mise aux enchères doit contenir la soumission de porter ou faire porter l'immeuble à un dixième en sus du prix primitif, et que le requérant doit de plus donner caution. C'est ainsi que toutes les règles tracées ici par la loi sont prescrites, à peine de nullité.

II. Pour arriver à la purge des hypothèques dispensées d'inscription, l'acquéreur doit déposer, au greffe du tribunal civil du lieu de la situation de l'immeuble qu'il veut purger, une copie dûment collationnée de son acte d'acquisition. Ce dépôt, constaté par un acte dressé par le greffier, doit être notifié à la femme, au subrogé-tuteur et au procureur du roi, ou, dans certains cas, être inséré dans les journaux du département. Enfin, un extrait de



l'acte d'acquisition doit rester affiché, pendant deux mois, dans l'auditoire du tribunal. — Toutes ces formalités étant remplies, les différentes personnes qui ont charge ou qualité pour requérir l'inscription sont mises en demeure; et si, dans le délai ci-dessus de deux mois, aucune inscription n'a été prise, l'immeuble est affranchi.

Si le tiers-détenteur ne veut pas profiter du bénéfice de la purge, et s'il n'oppose pas les exceptions dont il sera parlé ci-après, l'obligation alternative de payer toute la dette ou de délaisser, subsiste dans son entier. S'il opte pour le délaissement, il en doit faire, dans le délai prescrit, sa déclaration au greffe du tribunal dans l'arrondissement duquel l'immeuble est situé. Cette déclaration entraîne les conséquences suivantes. Jusqu'à l'adjudication sur expropriation forcée, le tiers-détenteur demeure propriétaire de l'immeuble; il n'abdique que la possession, et il peut, en acquittant toutes les dettes, rentrer dans l'intégrité de ses droits. Il doit compte des détériorations survenues à l'immeuble par sa faute, et ne peut réclamer ses impenses que jusqu'à concurrence de la plus value de l'immeuble, au moment de l'adjudication. Enfin, tous les droits réels qu'avait le tiers-détenteur, et qui s'étaient éteints par consolidation ou par confusion, revivent dans leur entier.

A la différence de la purge qui arrête le droit de suite, le délaissement ne fait que détourner l'action hypothécaire, qui, au lieu de s'exercer sur le tiers-détenteur, se poursuit contre un curateur nommé par le tribunal.

Les effets du droit de préférence sont, d'établir une ligne de séparation entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires, et, entre ceux-ci, de faire admettre dans toute son étendue la maxime : *qui prævénit tempore, prævaleat jure*. Quoique parallèle au droit de suite, il est certains cas où le droit de préférence survit au droit de suite ; nous citerons, pour exemple, la circonstance où le conservateur auraitomis, dans ses certificats, une ou plusieurs des charges inscrites. Quoique, dans ce cas, l'immeuble demeure affranchi dans les mains du tiers-détenteur, l'art. 2198 accorde cependant au créancier 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. Nous citerons encore, quoiqu'il y ait controverse, le cas où les personnes, dispensées d'inscription, n'auraient pas répondu à l'appel fait par le créancier. Malgré que l'art. 2195 déclare que, lorsqu'il n'y a pas d'inscription dans le délai fixé, l'immeuble passe à l'acquéreur sans aucune charge, ces personnes n'en auront pas moins, selon nous, le droit de se présenter à l'ordre, pour être colloquées à leur rang. — Le droit d'hypothèque est indivisible, soit que l'on considère l'immeuble ou les immeubles qui servent de garantie, soit que l'on regarde la créance qui est garantie. Il en résulte que l'hypothèque répond tant du capital que des accessoires de la créance, et qu'elle subsiste dans son entier, quelque faible que soit la somme qui reste due. A l'égard, toutefois, des intérêts et ar-

rérages de la créance, il a paru utile au législateur d'établir une restriction, commandée à la fois par l'intérêt du débiteur et par l'intérêt des tiers; il a voulu que l'inscription prise à raison du capital ne donnât au créancier de droit de préférence que pour deux années d'intérêts échus et la courante. — Quid, de l'année courante? Quid, à l'égard des hypothèques dispensées d'inscription? — Il en résulte que le tiers-détenteur de la plus petite portion de l'immeuble ou des immeubles grevés peut être poursuivi pour la totalité de la dette, et que le créancier peut exercer son hypothèque générale ou spéciale sur l'immeuble qu'il veut choisir.

Comme droit accessoire, l'hypothèque a pour effet d'accorder au tiers-détenteur la faculté d'opposer à l'action des créanciers les exceptions suivantes : 1.^o l'exception de discussion, qui consiste à écarter l'action du créancier à hypothèque générale, et à la faire reporter, de préférence, sur les immeubles grevés qui sont restés dans les mains du principal ou des principaux obligés; 2.^o l'exception connue en droit sous le nom de *cedendarum actionum*, et qui a lieu lorsque le créancier a, par son fait, rendu impossible la subrogation pleine et entière à ses droits contre le débiteur.

C'est aussi, selon nous, en vertu des principes du droit accessoire, que la grande question du concours des hypothèques générales et spéciales doit recevoir une solution satisfaisante. Malgré la réserve que les bornes étroites d'une thèse devraient nous imposer, nous ne pouvons nous empêcher de présenter quelques réflexions.

Comme correctif aux effets rigoureux de l'indivisibilité du droit d'hypothèque, la doctrine et la jurisprudence ont eu recours aux principes de l'équité, qui, comme on sait, s'interprète d'une manière fort large, et souvent selon le bon caprice des interprètes. Laisant subsister dans toute leur rigueur les principes de l'indivisibilité, lorsque le concours s'établit sur un seul ou sur quelques immeubles, ou lorsque l'ordre est ouvert sur tous les immeubles, mais devant des tribunaux différents, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à dire que le créancier à hypothèque spéciale qui éprouverait un préjudice par suite du caprice ou de la volonté du créancier à hypothèque générale, n'a d'autre ressource que de désintéresser ce dernier créancier, et de se faire subroger à ses droits. Arrivant au cas où l'ordre s'ouvre sur tous les immeubles devant le même tribunal, la doctrine et la jurisprudence veulent, alors, que l'on fasse intervenir les principes de l'équité, et que, bon gré mal gré, le créancier à hypothèque générale divise son hypothèque, ou proportionnellement à la valeur de chaque immeuble et au marc le franc, ou de telle sorte que l'ordre de date soit conservé entre tous les créanciers, pour que les créanciers plus anciens soient payés avant les créanciers plus récents.

Relativement au paiement avec subrogation, nous opposerons à ce système : 1.^o qu'il est dérisoire d'exiger qu'un créancier d'une somme, le plus souvent très minime, soit contraint de désintéresser un créancier d'une somme le plus souvent très con-

sidérable ; 2.^o que la fraude est facile. En effet, qui pourra empêcher un créancier plus récent de désintéresser le créancier à hypothèque générale, et de faire reporter son droit indivisible sur l'immeuble qui sert de garantie au créancier plus ancien ? Vainement on objectera que l'ordre de date doit être conservé. Un arrêt tout récent, émané de la cour royale de Douai, conforme, sur ce point aux véritables principes, décide que l'hypothèque spéciale doit être renfermée dans ses véritables limites, et que l'ordre de date ne doit pas être observé.

En ce qui regarde la division de l'hypothèque générale, nous trouvons que le système proposé et admis ne fait que susciter de nouvelles difficultés, sans concilier aucun intérêt. On convient, en effet, que ce n'est qu'autant que le créancier à hypothèque générale n'a pas un intérêt légitime et sérieux à s'y opposer, que l'on peut procéder à la division de son hypothèque. Mais outre que cet intérêt pourra exister dans maintes circonstances ; entre autres, lorsque ce créancier aura d'autres hypothèques spéciales postérieures, qui sera juge, je le demande, de l'intérêt que pourrait avoir le créancier ? Ne sera-ce pas, à chaque nouvel ordre, un nouveau procès, et partant des frais ruineux ?

Si l'on pouvait dégager la question de ses termes scientifiques, et dire au vulgaire qu'un créancier qui a fait tout ce qu'il était possible de faire pour conserver ses droits, ne pourra les sauve-garder qu'en déboursant des sommes considérables, ou bien, dans les circonstances les plus favorables, qu'en risquant

les chances d'un procès coûteux. Oserait-on, encore, présenter de pareils moyens au nom de l'équité? et ne sommes-nous pas autorisés à prétendre que là n'est pas la vérité?

Etant admis que l'hypothèque est un droit accessoire; et, d'un autre côté, que dans l'esprit du système hypothécaire, chaque immeuble du propriétaire a une individualité distincte et séparée, nous arrivons aux conséquences suivantes:

Les créanciers à hypothèques spéciales, se trouvant en présence du créancier à hypothèque générale, sont dans une position identique à celle où se trouvent plusieurs cautions à l'égard du créancier qui peut, indistinctement, attaquer l'une ou l'autre de ces cautions. La caution qui paie toute la dette a un recours contre les autres cautions (art. 2033). Pourquoi? Parce que ces différentes personnes se trouvent sous le coup d'un même danger, il était juste que les effets de ce danger dusent se diviser, afin que le mal fût le moins grand possible. Eh bien! ce raisonnement s'applique, avec la même force, lorsqu'il s'agira de différents immeubles qui seront menacés de l'hypothèque du créancier. Nul doute qu'il n'ait le droit de choisir celui des immeubles qui doit acquitter la dette. Mais pourquoi, comme dans le cas précédent, le créancier satisfait, cette dette ne se répartirait-elle pas ensuite entre tous les immeubles, proportionnellement à leur valeur: *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

Cette solution ne présente aucune difficulté, lorsque l'ordre est ouvert, devant le même tribunal,

sur tous les immeubles du débiteur. Au moyen de la répartition proportionnelle sur tous les autres immeubles, le créancier dont l'immeuble a servi à éteindre la dette sera complètement satisfait. — La difficulté n'est pas plus grande, lorsqu'il n'y a que quelques immeubles de vendus, ou que l'ordre se poursuit devant des tribunaux différents. Le créancier ne pourra-t-il pas au plutôt faire vendre les autres immeubles, et se faire colloquer, dans les deux cas, de la même manière et avec la même facilité. Car qui pourrait s'en plaindre ? Ce ne seront pas les créanciers hypothécaires, puisque le créancier les a arrachés à un danger commun ; ce ne seront pas les créanciers chirographaires, puisque ces derniers n'ont un droit sur les immeubles du débiteur, que lorsque les créanciers hypothécaires sont intégralement payés. — Au surplus, la répartition dont s'agit n'a nullement augmenté le capital de la dette hypothécaire.

Cette solution a, de plus, le mérite de conserver, sans aucune atteinte, l'indivisibilité du droit d'hypothèque, et surtout, de remplacer, par des analogies puisées dans le texte de nos lois, une équité vague et indéterminée, si l'on peut, toutefois, donner le nom d'équité à un moyen qui favorise si ouvertement la fraude.

Nous ne pouvons terminer ce que nous avons à dire sur les effets de l'hypothèque, considérée comme droit accessoire, sans parler de la transmission des hypothèques ; et, sur ce point, nous poserons, comme règle, que l'hypothèque ne peut être cédée, indépendamment de la créance qui lui

sert de base ; il en résulte que toute renonciation expresse ou tacite n'a d'autre effet que d'empêcher le créancier de faire valoir ses droits , au détriment de celui en faveur de qui la renonciation est faite. En prenant pour exemple la renonciation de la femme à son hypothèque légale , on doit décider que la renonciation , en faveur du créancier chirographaire du mari , ne confère à ce dernier aucune hypothèque , et ne lui accorde qu'un droit personnel contre la femme ; et que , s'il y a plusieurs créanciers qui font valoir la renonciation de la femme , ils ne peuvent prétendre entre eux aucune préférence. Toutefois , ces principes ne reçoivent pas leur application , lorsque la renonciation est faite au profit d'un créancier qui a hypothèque sur le mari ; alors , en effet , il y a véritablement renonciation à la priorité , et l'hypothèque du créancier se trouvant , par ce moyen , sensiblement améliorée , de nouvelles renonciations seraient impuissantes pour paralyser les effets de la première renonciation. — Il est juste de convenir que la doctrine et la jurisprudence sont opposées à cette opinion présentée par le savant auteur Zacharie ; mais le système généralement suivi qui semble admettre , en principe , que les droits d'hypothèque peuvent être l'objet d'une cession , indépendamment de la créance qui leur sert de base , outre qu'il renverse directement les notions élémentaires , en matière de droit accessoire , nous semble encore contraire à la maxime : *Hypotheca non datur hypothecæ* , et surtout complètement destructif de la publicité.

En ce qui regarde les effets du rapport qui se établit, par suite du droit d'hypothèque, entre le propriétaire de l'immeuble assujetti et le créancier hypothécaire, nous devons décider :

Que le propriétaire conserve l'exercice de tous les droits de propriété, en tant qu'il ne diminue pas les sûretés acquises au créancier ; d'où suit, qu'il peut aliéner l'immeuble, le grever de servitudes, constituer de nouvelles hypothèques. Le droit de jouissance est cependant soumis aux restrictions suivantes : la dénonciation de la saisie et la sommation de payer ou de délaisser, immobilisent les fruits de l'immeuble au profit des créanciers. — On ne peut opposer à ces derniers les baux à loyer ou à ferme, qui n'ont pas une date certaine, antérieure au commandement préalable à la saisie. — Quid, des paiements faits par anticipation ?

Extinction du Droit d'Hypothèque.

De ce que l'hypothèque est un droit accessoire, il s'ensuit que l'obligation principale étant éteinte ou prescrite, l'hypothèque doit s'éteindre en même temps.

Comme droit réel, la résolution du droit de propriété ou l'éviction de celui de qui provenait l'hypothèque, entraîne également la perte du droit d'hypothèque.

Comme tout droit, en général, l'hypothèque peut s'éteindre par la renonciation expresse ou tacite du créancier.

Il existe, en outre, des modes spéciaux de l'extinction du droit d'hypothèque. Ainsi, par exemple, aux termes de l'art. 2180, le tiers-détenteur peut usucaper la franchise de l'immeuble, soit par trente ans de possession, soit par dix ou vingt ans, qui commencent à courir à dater de la transcription du titre. Pour ce mode d'extinction, on doit faire abstraction des causes d'interruption ou de suspension qui pourraient exister à l'égard du propriétaire de l'immeuble grevé, et ne considérer que les causes de suspension personnelles au créancier hypothécaire : d'où suit que c'est le domicile de ce créancier qu'il faut considérer, pour savoir si l'usucapion s'accomplit par dix ou vingt ans, et que la bonne foi doit consister dans l'ignorance des droits de ce créancier hypothécaire.

Enfin, le droit d'hypothèque s'éteint : par la déchéance qu'encourt le créancier lorsqu'il ne produit pas à l'ordre, ou lorsque sa collocation est inutile. L'accomplissement des formalités de la purge qui est indiquée par l'art. 2180, comme une cause d'extinction, ne nous paraît être qu'un moyen pour arriver à ce but. En réalité, dans ce cas, le droit d'hypothèque n'est éteint que par le paiement du prix aux créanciers inscrits, ou par la déchéance encourue.

SOLUTION.

Pour résoudre la question hypothécaire, on propose :

Premièrement, l'introduction dans nos codes de l'association des propriétaires fonciers, et par suite la création de banques territoriales, selon le mode pratiqué en Allemagne;

Secondement, des modifications de détail, ou une simple révision du système hypothécaire, en vue de favoriser le crédit foncier; on propose surtout de rétablir les dispositions de brumaire an 7, sur la transcription des droits réels.

Sans nous arrêter à considérer ces deux systèmes dans leur organisation, examinons quel est leur but et quels seraient les résultats de leur admission.

Le premier système se préoccupe, principalement, de l'intérêt de l'agriculture; il prétend réaliser tout le bien que s'étaient promis les différents législateurs, en annonçant que les capitaux allaient venir au secours des propriétaires fonciers. — Ses résultats sont constatés, du reste, par l'expérience; là où il fonctionne, les capitaux sont descendus au taux du commerce.

Le second système, tout en admettant pour constants et comme désirables les résultats fournis par le premier, pense cependant que son application est impossible, par suite du fait économique de la trop grande division des propriétés. De plus, dans

ce système, l'on voudrait que l'hypothèque servît à la fois à faire naître le crédit foncier, et à assurer des garanties aux créances exceptionnelles qui, sans l'hypothèque, seraient complètement sacrifiées. — Les moyens indiqués pour arriver à ce but, consisteraient à développer, autant que possible, les principes de la spécialité et de la publicité.

Dans les termes où la question hypothécaire se trouve renfermée, et telle que nous l'avons posée en commençant, il est facile de voir que les conséquences du premier système, si sa réalisation était possible, satisferait aux besoins universellement sentis. Il y aurait, en effet, sûreté complète pour le créancier qui livrerait ses capitaux, et qui aurait pour garantie tous les propriétaires fonciers représentés par la banque territoriale; il y aurait facilité pour l'emprunt aux conditions ordinaires, et, partant, satisfaction de l'intérêt général, puisque l'industrie agricole recevrait une impulsion toute nouvelle.

Il nous semble, au contraire, que le système opposé n'est pas entièrement complet, précisément parce qu'il suppose comme résolu le seul problème vraiment difficile, à savoir : l'organisation du crédit. C'est peu, en effet, que l'emprunteur puisse trouver des capitaux à des conditions avantageuses, et que, d'un autre côté, les tiers puissent prêter avec sûreté et acquérir avec certitude, il faut de plus, qu'en réalité, l'offre réponde à la demande. Eh bien ! croit-on qu'en abandonnant à l'action individuelle le soin de faire refluer les capitaux là où le besoin

s'en fait sentir, cette mission serait scrupuleusement remplie? Croit-on que le débiteur échapperait à la loi sévère que lui dicterait le créancier? Evidemment, des modifications de détail ne sauraient, tout au plus, que donner de l'extension aux sûretés des tiers-prêteurs et acquéreurs; mais en ce qui regarde l'intérêt réel du débiteur et le développement de l'agriculture, les choses resteraient ce qu'elles sont, c'est-à-dire dans un état déplorable.

Il demeure constant que le premier système peut seul arriver à la conciliation de tous les intérêts. Reste à savoir si ce système est possible. Sur ce point, ses adversaires restent victorieux. On a très bien prouvé que le fractionnement du sol rendait son application difficile, et que son organisation surtout était inconciliable avec l'ensemble de notre législation. Mais si le but que ce système envisage et les résultats qu'il promet sont bons en eux-mêmes, il fallait rechercher uniquement si une nouvelle forme, une organisation différente, ne pourraient pas utilement remplacer la forme et l'organisation vicieuses. — C'est ce que nous allons faire sommairement.

Admettant, comme prouvée, l'utilité d'un système hypothécaire, nous croyons que la législation, en pareille matière, doit avoir pour objet : 1.° d'organiser le crédit foncier en vue de l'intérêt général; 2.° de tracer les règles nécessaires pour prêter avec sûreté et acquérir avec certitude.

Il est incontestable que, dans l'état actuel des choses, l'emprunt est le signe caractéristique d'une

ruine imminente, tant pour le propriétaire que pour le cultivateur. La seule différence qui existe entre eux, c'est que cet emprunt est encore plus onéreux pour le petit cultivateur que pour le propriétaire, qui s'appuie ordinairement sur son crédit personnel, et qui évite, par ce moyen, les frais énormes de la constitution d'hypothèque.

Ce que l'on ne contestera pas non plus, c'est que si le propriétaire et le cultivateur pouvaient trouver des capitaux au taux ordinaire, en offrant la propriété comme garantie, il s'ensuivrait que l'emprunt pourrait être fait dans d'autres circonstances que dans celles d'un besoin pressant, par exemple, pour améliorer la chose, et que, par suite, l'agriculture devenant une véritable industrie, il y aurait véritablement une propriété toute nouvelle.

Ceci posé, il est évident, qu'avant de parler du système hypothécaire qui n'est qu'un moyen, il faut songer à organiser le crédit foncier, qui se trouve être le but et la base solide sans laquelle on ne peut rien édifier en matière hypothécaire.

Laissera-t-on à l'action individuelle le soin de constituer le crédit, ou bien est-ce à l'action collective, c'est-à-dire à l'état, qu'il doit appartenir d'assurer les bases de ce crédit? Si c'est à l'action individuelle, l'anarchie existera et devra subsister toujours. L'état seul peut donc présenter cette unité et cette vue d'ensemble nécessaires pour organiser un crédit foncier.

C'est pourquoi, la même idée qui a présidé à l'organisation des caisses d'épargne, devrait prési-

der à l'établissement d'une banque agricole d'emprunt et de prêt dans chaque chef-lieu de canton. Le prêt devrait être fait à longues échéances et remboursable par annuité.

Mais, pour atteindre ce but, des réformes radicales devraient être faites à la législation hypothécaire.

1.^o L'hypothèque ne devrait servir qu'à garantir l'emprunt présumé fait par le propriétaire, pour être employé sur le fonds ; d'où suit, que toute obligation indéterminée ne pourrait s'appuyer que sur le crédit personnel ; d'où suit encore, que l'on devrait rechercher d'autres garanties pour les créances favorables ; telles que celles du mineur, de la femme mariée, de l'état, des communes et des établissements publics. Et, sur ce point, nous observerons que le développement de la fortune mobilière a déjà servi à constater que les sûretés promises par la loi, étaient impuissantes dans beaucoup de cas. Les capitaux qui sont dus au mineur ne seraient-ils pas plus assurés si l'on décidait que la libération ne serait définitive qu'au moyen du récépissé du directeur de la banque agricole ? D'un autre côté, ne pourrait-on pas obliger le tuteur, sous des peines sévères, à déposer à cette banque les sommes qui excéderaient les dépenses fixées du mineur.

2.^o On réduirait, autant que possible, les frais énormes qui sont actuellement nécessaires pour arriver à la constitution de l'hypothèque. Il y aurait plus que compensation pour le fisc, par suite de l'accroissement de l'emprunt hypothécaire.

3.° En ce qui regarde les sûretés des tiers-prêteurs et acquéreurs, on admettrait dans toute leur rigueur les principes de la publicité et de la spécialité, tant pour la constitution de l'hypothèque que pour la transmission des droits réels.

Tel nous paraît être le véritable point de vue sous lequel on doit envisager la question hypothécaire. Des réformes de détail ne feraient, selon nous, que pallier les malheureux effets de l'hypothèque justinienne. Il faut se décider à tenir compte des faits économiques qui se sont produits dans le monde moderne; car, comme le dit très bien M. Rossi, nos codes se sont trouvés placés entre deux faits immenses, dont l'un les a précédés, dont l'autre les a suivis: la révolution politique et la révolution économique. Si la loi était lente à venir, elle ne serait plus qu'un anachronisme.



Des Dommages par cause d'Expropriation pour utilité publique.

Toute la difficulté sur cette question de droit administratif, roule principalement sur ce que l'on s'est toujours refusé à poser des principes nets et précis, et que l'on ne veut pas s'entendre sur la valeur des mots que l'on doit employer.

Les contradictions choquantes que présentent la doctrine et la jurisprudence n'ont pas d'autre cause.

De quoi s'agit-il, en effet? Uniquement d'apprécier quelle est la nature du dommage.

Dans son acception la plus étendue, le mot *dommage* s'entend du préjudice matériel qui est porté à quelqu'un, n'importe par quelle cause. — Il a, pour corrélatif nécessaire, le mot *indemnité*.

En droit civil, le dommage résulte d'un acte injuste et d'une violation intempestive des droits d'autrui. Mais dans le cas où celui qui a causé le dommage n'a fait qu'exercer son droit, on considère le préjudice comme s'il n'existait pas, et par suite aucune indemnité ne peut être réclamée.

En droit administratif, au contraire, le dommage est censé ne jamais provenir d'un acte injuste de l'administration; mais il peut y avoir dommage, et par suite indemnité, lorsque l'administration n'a fait qu'exercer son droit.

Ceci posé, il est certain que le plus grand dommage que l'on puisse porter à un individu dans

l'intérêt de tous, c'est celui qui consiste à lui imposer le sacrifice de son titre sacré de propriétaire. Aussi, dans ce cas, non seulement on doit réparer le préjudice au moyen d'une juste et préalable indemnité, mais encore des formes protectrices et une compétence spéciale sont rigoureusement exigées par la loi, pour que l'intérêt individuel puisse recevoir une complète satisfaction. — Reste donc à savoir dans quels cas la nature et l'intensité du dommage sont telles, qu'il y a réellement perte totale ou partielle, pour l'individu froissé, de la qualité de propriétaire.

Distinguons entre le dommage temporaire et le dommage permanent.

Le mot *temporaire* indique suffisamment que le dommage, dans ce cas, est un mal passager et transitoire qui ne touche en rien à la qualité de propriétaire, et qui la laisse subsister dans toute son intégrité. Il y a bien, si l'on veut, empêchement au plein et entier exercice du droit de propriété, mais le droit lui-même subsiste avec tous ses caractères de l'absolu. Si donc c'est un dommage temporaire qui résulte, pour le propriétaire d'un immeuble, du pouvoir exécutif, en tant qu'administrateur, alors point de doute que ce pouvoir n'ait parfaitement agi dans la sphère de ses attributions, et qu'il soit seul compétent pour fixer l'indemnité qui peut être due.

Au contraire, lorsque le dommage est permanent, c'est le fonds du droit qui est attaqué. Il y a véritablement démembrement de la propriété, car ce droit est restreint, pour toujours, dans des

limites certaines. Ce n'est plus, comme pour le dommage temporaire, un simple obstacle à l'exercice du droit, mais bien la privation partielle du droit lui-même. Le mot dommage, dans son acception étendue, peut bien convenir à cet état de choses; mais, en réalité, le véritable mot-propre serait : *expropriation partielle*.

S'il en est ainsi, et l'on ne saurait le contester, pourquoi manquer de logique et ne pas décider que toutes les fois que l'action administrative cause un amoindrissement, une perte partielle, fait souffrir un démembrement, il y a lieu, alors, de faire intervenir les formes et la compétence protectrices établies par la loi pour le cas où ce n'est plus une perte partielle, mais une perte absolue du titre de propriétaire.

Pour nous, si, comme nous le croyons, la distinction entre le dommage temporaire et permanent est rationnelle et exacte, nous ne saurions consentir à ne pas en tirer la conséquence suivante.

Le dommage permanent est une expropriation partielle; donc, il doit être soumis aux mêmes principes que l'expropriation absolue; et si c'est nommément à l'autorité qui a reçu de la loi une compétence spéciale qu'il appartient de statuer, le pouvoir administratif qui voudrait décider en pareille matière, ne pourrait le faire sans méconnaître les principes constitutionnels de la séparation des pouvoirs.

Cette théorie toute simple, puisée dans les principes de la matière et dans la saine entente des mots, aurait, dans la pratique, le mérite incon-

testable de ramener tous les cas particuliers sous une règle commune. Il faut bien le dire, si le conseil d'état s'est éloigné de ces principes élémentaires, le plus souvent ses décisions ont été dictées par un esprit étroit d'économie. — Mais voyons quelle est sa jurisprudence.

I. Tout en admettant la distinction entre les dommages temporaires et les dommages permanents, le conseil d'état a constamment, de 1827 à 1843, confirmé les conflits, et a enlevé aux tribunaux la connaissance des dommages résultant de l'abaissement ou de l'exhaussement des rues. Prenons un exemple pour faire sentir la difficulté.

Dans un intérêt de viabilité publique, des travaux d'exhaussement d'une rue sont ordonnés et exécutés. Il en résulte que les maisons des propriétaires riverains sont enterrées jusqu'à une hauteur telle, que la porte cochère se trouve transportée au grenier.

Evidemment, dans l'espèce, on ne peut enlever à l'administration le droit de faire exécuter les travaux. Le propriétaire qui a souffert un pareil dommage peut aussi, incontestablement réclamer une indemnité. Tout est bien jusqu'à présent. Mais le conseil d'état veut que ce soit l'autorité administrative qui prononce sur l'indemnité. Là est l'erreur.

Le conseil d'état s'appuie sur la loi du 28 pluviôse an 8. Mais cette loi ne statue que sur les dommages temporaires, et, dans l'espèce, il y a dommage permanent. Il invoque encore des raisons

excessivement vagues prises dans l'utilité publique et l'intérêt de tous. Mais personne ne songe à contester l'utilité publique; on demande simplement que ce soit l'autorité judiciaire ou le jury qui soient appelés à fixer l'indemnité. — Combien n'est-il pas plus logique de dire : par le fait même des travaux publics, une partie de la propriété a été expropriée, puisque la jouissance de la partie de la maison enterrée est devenue impossible. Or, il est de principe, qu'en matière d'expropriation, la compétence appartient à l'autorité judiciaire; donc, l'indemnité réclamée doit être fixée par le pouvoir judiciaire, et non par le pouvoir administratif.

Pour toutes les espèces où il y a dommage permanent, la solution devrait être la même, et cependant, s'il s'agit de servitudes, le conseil d'état développe une nouvelle doctrine qui peut se résumer ainsi : Lorsque les servitudes sont le résultat immédiat d'une expropriation actuelle, l'autorité judiciaire est compétente; si, au contraire, il n'y a pas eu d'expropriation, c'est l'autorité administrative qui doit apprécier le dommage. — On peut répondre : Qu'importe que la servitude soit le résultat d'une expropriation; c'est le fait qui cause le dommage qu'il faut uniquement considérer, et si vous admettez, pour établir la compétence, la distinction entre les dommages temporaires et permanents, occupez-vous donc de la nature du dommage lui-même, et non d'une circonstance purement accidentelle et accessoire.

Mais, comme rien n'est plus incertain que la jurisprudence du conseil d'état sur cette matière, il n'est pas rare de lui voir adopter, sur des positions identiques, des solutions diamétralement opposées. C'est ainsi, qu'abandonnant tout-à-coup sa nouvelle doctrine, il décide que l'établissement d'un

passage ou d'un conduit d'eau sur une propriété privée, constitue un dommage permanent, et que, par suite, l'autorité judiciaire est seule compétente; et qu'au contraire, s'il s'agit d'un empêchement perpétuel au libre écoulement des eaux, il invoque alors les raisons d'utilité publique, et attribue compétence à l'autorité administrative.

Enfin, dans d'autres espèces, et notamment en matière de cours d'eau, le conseil d'état est allé jusqu'à nier le fonds du droit, et a, par suite, refusé toute indemnité.

Ces quelques indications nous suffisent, au-delà, pour apprécier, à sa juste valeur, une jurisprudence qui a eu pour résultat de faire de l'une des questions les plus simples du droit administratif un entassement confus de principes les plus contradictoires.

Et, cependant, rien n'était plus facile que de ramener, sous un principe commun, toutes les espèces que pouvait présenter la pratique. En effet, la seule et unique que l'on devait examiner, c'était celle de savoir si, en réalité, par suite de l'acte administratif, la qualité de propriétaire avait été atteinte. Si la propriété avait été démembreée, peu importait que le dommage ait privé le propriétaire, soit de la jouissance de son immeuble, ou qu'il lui ait enlevé ou imposé une servitude. Sous ce point de vue, la solution ne pouvait pas être incertaine, et elle devait être partout et toujours la même. S'il s'agit d'un dommage permanent, ou plutôt d'une expropriation partielle, on doit admettre l'expropriation comme règle, et, pour compétence, l'autorité judiciaire.

II. La doctrine des auteurs offre, sur la question des dommages, la même incertitude et la même indécision que la jurisprudence du conseil d'état.

A quelle cause devons-nous l'attribuer? N'hésitons pas à le dire : on a beaucoup écrit sur le droit administratif, d'immenses matériaux ont été entassés ; mais le souffle vivifiant a manqué même aux plus courageux ; ou bien on a posé, comme conclusion désespérante, que le droit administratif n'était qu'un immense chaos ; ou bien, encore, si l'on a consenti à reconnaître des principes certains, et à en déduire des conséquences, chaque nouvelle théorie s'est fait un langage particulier.

Sur une matière du droit civil, on avait, autrefois, enfanté d'innombrables volumes. La confusion était arrivée à un tel degré, que les plus habiles des jurisconsultes reconnaissaient, avec franchise, que leur savoir, leurs lumières étaient impuissants pour faire luire la vérité dans cette nuit profonde. Nous voulons parler de la théorie du divisible et de l'indivisible, et voilà quelles furent les paroles du célèbre Dumoulin : *Nos propriè et adæquatè loquendo prout recta doctrina surgit.*

Si donc, mettant en pratique ce précepte de Dumoulin, on avait voulu, avant tout, bien se pénétrer de la nécessité et de l'importance d'un langage administratif, la question qui nous occupe serait déjà élucidée.

Et par suite, si la doctrine avait su, d'une part, que la compétence administrative était soumise à des règles fixes et indépendantes du fait accessoire et mobile ; et si, d'autre part, elle avait bien voulu se pénétrer du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, voici à quelles conséquences elle serait arrivée.

Après avoir rappelé, et sans en discuter les motifs, ce principe proclamé par la charte constitutionnelle, que la propriété est inviolable, on au-

rait pu envisager, sous son véritable point de vue, l'exception admise pour le cas d'utilité publique.

On aurait dit : que l'expropriation soit directe ou indirecte ; qu'elle émane du pouvoir législatif ou de ses délégués ; dans tous les cas, elle doit rester avec ses formes tutélaires et sa compétence spéciale.

La marche habituelle de l'expropriation est celle : formalités administratives, jugements d'expropriation, décision du jury sur le montant de l'indemnité, paiement de l'indemnité et prise de possession. Est-ce à dire pour cela qu'il en doive toujours être ainsi ; et si, ce qui arrive le plus souvent, le propriétaire a consenti à ce que les travaux soient exécutés sans que l'indemnité soit préalablement fixée, peut-on, sérieusement, soutenir que, par ce fait tout favorable, il y a eu dérogation implicite à l'ordre des juridictions, et que le propriétaire est complètement à la merci de l'administration ?

Et de plus, quelle différence sérieuse peut-on établir entre le cas où l'expropriation porte sur la totalité de l'immeuble, et celui où le préfet, par exemple, en fixant la largeur d'un chemin vicinal, me dépouille d'une partie de mon terrain ? Dans l'un et l'autre cas, n'y a-t-il pas atteinte portée à la qualité de propriétaire ? Que la portion déposédée soit plus ou moins grande, reste toujours que la propriété, avec son caractère d'inviolabilité, mérite la même faveur.

L'utilité publique, il est vrai, peut exiger impérieusement que l'intérêt privé soit sacrifié à l'intérêt de tous. L'incendie, l'inondation ou la guerre peuvent devenir la cause de violentes déposessions. Dans tous ces cas, il semblerait que tous les caractères qui attribuent compétence à l'autorité ad-

ministrative, se trouvent réunis, et cependant on ne doit pas hésiter à attribuer compétence à l'autorité judiciaire, en présence du principe posé, et qu'il est impossible de méconnaître.

III. La seule objection que l'on ait présentée contre la théorie que nous développons, consiste à nier que la distinction entre les dommages temporaires et les dommages permanents, puisse, dans la pratique, recevoir une application facile. Mais d'abord, parce qu'il y a difficulté d'appliquer un principe, ce principe n'en subsiste-t-il pas moins avec toute sa force? Et puis, le droit de propriété n'a-t-il pas été étudié sous toutes ses faces? Ne sait-on pas dans quelles circonstances ce droit est oui ou non démembré? Hésite-t-on à déclarer que l'usufruit, les servitudes sont des immeubles et participent de la nature du fonds?

Ainsi, en résumé, nous avons démontré que la jurisprudence et la doctrine ne présentaient, sur la difficulté, que les contradictions les plus choquantes. Nous terminerons par une observation destinée à justifier l'importance de la solution que nous présentons.

Dans le moment actuel, d'immenses travaux publics se préparent ou sont en voie d'exécution. Serait-il prudent, serait-il politique de venir alarmer les propriétaires qui se croient en sûreté, sous la protection de l'autorité judiciaire, et de leur faire entrevoir que des raisons d'économie pourraient bien étouffer leurs plaintes légitimes?

Vu par le Président de la thèse.

FIN.

LAURENS.