

le droit sur l'immeuble est *suspendu* par une condition, ce qui suppose nécessairement que celui qui constitue l'hypothèque ne détient pas encore l'immeuble, ne l'a pas encore dans son domaine, et n'a qu'une espérance, qu'il y entrera.

Ainsi Titius me donne l'immeuble A, si tel vaisseau arrive des Indes. Je ne suis pas encore propriétaire : je ne le serai qu'autant que la condition se réalisera. Mais, en attendant, je pourrai constituer des hypothèques sur l'immeuble dont il s'agit ; seulement, ces hypothèques suivront le sort de mon droit : si la condition arrive et que mon droit se consolide, l'hypothèque se consolidera aussi. Si, au contraire, la condition n'arrive pas et que mon droit s'évanouisse, l'hypothèque périra avec lui (1).

Ceci posé, il semblerait au premier abord que notre article est en opposition avec l'art. 2129, qui exige que l'immeuble *appartienne actuellement* au débiteur pour qu'il y constitue une hypothèque valable. On peut donc se demander s'il n'y a pas antinomie entre cette disposition et notre article, qui permet l'hypothèque d'une chose qui ne nous appartiendra que si telle ou telle condition se réalise. Mais ce sont là des scrupules exagérés. Il ne faut pas prendre le mot *appartenir* dont se sert l'art. 2129 dans un sens trop restreint (2) : « Verbum » illud *pertinere*, dit la loi 181, Dig. *De verb. signif.*, latissimè patet..... *pertinere ad nos etiàm ea dicimus* » quæ esse possint. »

468 *quat.* Ce que je viens de dire est en opposition avec l'opinion de M. Grenier (3), mais conforme à celle de M. Tarrible (4) et de M. Dalloz (5).

(1) Voy. *infra*, n° 471, la définition que Cujas donne de la condition.

(2) *Infra*, n° 520.

(3) T. 1, p. 524.

(4) Hyp., sect. 2, § 3, art. 3, n° 5.

(5) Hyp., p. 120, n° 6.

M. Grenier se pose cette espèce, que je formule de la manière suivante pour la rendre plus claire : Pierre est propriétaire de l'immeuble A, mais sous la condition résolutoire de le rendre à Jacques, si ce dernier parvient à sa vingt-cinquième année. M. Grenier pense que la faculté d'hypothéquer n'est attribuée qu'au *propriétaire actuel*, à Pierre, dont le droit est soumis à la condition ; mais que le propriétaire éventuel, Jacques, ne pourra hypothéquer, parce que ce n'est pas lui qui *détient l'immeuble*.

Pour arriver à cette conclusion, M. Grenier, qui a entrevu toute la force des expressions de notre article, « ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, » croit devoir leur donner une interprétation inouïe jusqu'à ce jour. D'après lui, Pierre, propriétaire actuel, a un droit qui n'est soumis qu'à une condition *suspensive!!! Il détient l'immeuble sous une condition suspensive!!!* C'est à lui que s'applique notre article. Quant à Jacques, il ne peut s'en prévaloir.

J'avoue que cette manière de qualifier les clauses dont il s'agit me frappe d'étonnement. Qu'est-ce qu'une *condition suspensive*? Toutes les notions les plus élémentaires me répondent que c'est celle qui *suspend* l'effet de la disposition jusqu'à l'événement d'un fait futur. Tant que l'événement n'est pas arrivé, tant que la condition est pendante, la chose n'est pas due (1); le créancier n'en jouit pas : elle est détenue par le débiteur (2). Le créancier ne peut en demander la délivrance que lorsque la condition est accomplie. Auparavant, il n'a qu'une espérance sur la chose, *spes est debitum iri*.

Est-ce là la position de Pierre? Loin que l'effet de son droit soit *suspendu*, Pierre jouit au contraire de tous ses avantages. Il détient la chose; il en recueille les fruits comme propriétaire; il n'a pas eu besoin d'attendre que

(1) L. 41, Dig. *De fond. et demonst.*

(2) L. 32, § 1, *De leg.*, 2°.

l'événement de la condition fût arrivé pour demander la délivrance. La chose lui a été délivrée sur-le-champ. Il a bien plus qu'une espérance, puisqu'en réalité il retire actuellement tous les émoluments de la propriété. A la vérité, il y a bien quelque chose qui est *en suspens* dans la position de Pierre : c'est, non pas la *disposition*, puisqu'elle produit tous ses effets, mais *la résolution*, qui est *suspendue* sur sa tête, et qui dépend de tel événement incertain (1). Mais je pense que M. Grenier n'ira pas jusqu'à dire que cette circonstance fait que *le droit de Pierre est suspendu*; car c'est son *obligation* de rendre la chose qui est *suspendue*, tandis que son *droit de jouir* est *actuel*! Ainsi, ces expressions de notre article, « ceux » qui ont sur l'immeuble *un droit suspendu par une condition*, etc., » ne le concernent ni dans ce que la clause a de *présent*, ni dans ce qu'elle a de *suspensif*.

Appliquez au contraire à Jacques la définition incontestable que j'ai donnée de la condition suspensive, et vous verrez que c'est lui dont le *droit* est *suspendu* par une condition de ce genre, et que M. Grenier a complètement changé les positions.

Quelle est donc la véritable condition qui affecte le droit de Pierre? C'est une condition *résolutoire*, c'est-à-dire celle qui ne suspend pas l'effet de la disposition, mais qui l'anéantit dans le cas d'un événement futur. Pierre a été saisi de l'objet donné, comme si la disposition eût été pure et simple : il peut en disposer ; il en jouit comme le ferait un propriétaire : seulement son droit peut être anéanti, si l'événement se réalise.

Le droit de Pierre est donc soumis à une *condition résolutoire*. Le droit de Jacques est soumis à une *condition suspensive*.

Le droit du premier est réglé par ces expressions de notre article : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un » droit résoluble dans certains cas, peuvent, etc. »

(1) V. *infra*, n° 469.

Le droit du second est réglé par cette autre disposition du même article : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit *suspendu* par une condition, etc. »

Tous deux peuvent hypothéquer. Seulement, l'hypothèque suivra les chances que la condition fera subir au propriétaire actuel et au propriétaire futur.

S'il était vrai que Pierre fût soumis à une condition suspensive, si l'on devait adopter l'interprétation de M. Grenier, il s'ensuivrait qu'on devrait effacer de notre article ce qui a rapport aux conditions résolutoires ; il s'ensuivrait que toute condition résolutoire serait l'équivalent d'une condition suspensive, et que le législateur serait tombé dans un pléonasme inutile ; tandis qu'au contraire il s'est servi de mots pleins de sens, et dont le but est de marquer la séparation profonde qui existe entre les conditions suspensives et les conditions résolutoires.

Concluons donc : ou l'on doit rejeter l'interprétation de M. Grenier et adopter celle que je propose, ou bien l'art. 2125 est dépourvu de portée dans ses premières dispositions.

469. C'est sous l'empire de ces préoccupations que M. Grenier a examiné la question de savoir si celui qui a sur un immeuble un droit de réméré ou de rescision peut l'hypothéquer. Il se détermine, comme de raison, pour la négative ; mais les principes que j'ai rappelés me conduisent à une opinion diamétralement opposée, et conforme à celle de M. Tarrible (1).

En effet, le vendeur à réméré a sur l'immeuble un droit suspendu par une condition, un droit subordonné à l'exercice du droit de retour. Il peut donc constituer sur cet immeuble des hypothèques subordonnées à la même condition.

La cour de Besançon a cependant fait prévaloir l'opi-

(1) Hyp., sect. 2, § 3, art. 3, n° 5. Dalloz, Hyp., p. 120, n° 6, et 189, n° 3.

nion de M. Grenier, dans les considérants d'un arrêt du 22 novembre 1823 (1). Elle se fonde sur le principe que le vendeur n'a pas la propriété de l'immeuble; que cette propriété réside tout entière sur la tête de l'acquéreur; que le vendeur à réméré n'a pas dans l'immeuble de droit suspendu par une condition, parce qu'il n'y a pas de droit en suspens dans un contrat fait sous une clause résolutoire.

Ces motifs me paraissent sans solidité. Qu'importe que la cour de Besançon prouve que la propriété réside sur la tête de l'acquéreur? Qui nie cette circonstance? Par cela seul que le vendeur à réméré n'a sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, on reconnaît qu'il n'est pas propriétaire et qu'il n'a qu'une *espérance* pour le devenir. Mais d'après notre article, il n'est pas nécessaire d'être *actuellement propriétaire* d'une chose pour l'hypothéquer (2). On peut l'hypothéquer, même quand on n'a sur elle qu'un droit suspendu par une condition. A moins qu'on ne veuille dire avec M. Grenier, qu'en parlant des *conditions suspensives*, l'art. 2125 n'a entendu parler que de *conditions résolutoires*, et que les conditions résolutoires sont des conditions suspensives.

La cour de Besançon ajoute qu'il n'y a pas de droit en suspens, dans un contrat fait sous une condition résolutoire. Sans doute! à l'égard de l'acquéreur dont le marché est grevé d'une clause résolutoire, il n'y a rien de suspensif dans la convention. Il jouit, il cultive, il récolte, il agit, en un mot, comme propriétaire actuel. Mais l'acquéreur n'est pas le seul qui figure dans le contrat de vente à réméré. Il y a aussi le vendeur; et le simple bon sens dit que la clause qui, pour l'acquéreur, forme une disposition résolutoire, est en même temps,

(1) Dal., 186, 1, 44.

(2) Les mots : *actuellement appartenant* de l'art. 2129 ne sont pas synonymes, en effet, de ceux-ci : *être actuellement propriétaire*. *Suprà*, n° 468 *ter*, et *infra*, n° 510.

pour le vendeur, une disposition *suspensive*. L'acquéreur a promis au vendeur de lui rendre la chose, s'il exerce le réméré dans tel délai : c'est là pour le vendeur une condition suspensive. On n'a qu'à jeter les yeux sur le traité de Tiraqueau, *De retractu conventionali*, et l'on verra si, dans une foule de cas, il ne parle pas du droit de rachat comme d'un droit soumis à une condition, et, par conséquent, à une condition *suspensive*, puisque l'exercice en est *suspendu* par un événement futur (1). Rien de plus ordinaire dans les contrats, que ce mélange de dispositions qui contiennent pour les uns des clauses résolutoires, et pour ceux-ci des conditions suspensives. Nous en avons vu un exemple au numéro précédent. De plus, examinée en elle, la condition résolutoire contient toujours quelque chose de *suspensif*. La résolution y est *suspendue* ; elle dépend d'un événement futur, qui peut la faire arriver. Mais il y a cette différence entre elle et la condition suspensive, que celle-ci suspend *la disposition*, tandis que celle-là suspend *la résolution* (2). Eh bien ! ce droit de résolution, qui est suspendu, ce droit de résolution, qui peut faire rentrer la chose dans les mains du vendeur, si tel événement se vérifie, ce droit est un de ceux dont parle notre article ; et l'hypothèque est très-possible sur l'immeuble affecté de cette clause au profit du vendeur.

Au reste, la cour de Besançon n'avait pas à traiter en thèse cette question : il ne s'agissait pas de savoir si le vendeur à réméré avait pu valablement hypothéquer l'immeuble sur lequel il avait action. Pareille convention n'était pas intervenue ; la seule question du procès était de savoir si le vendeur à réméré avait pu vendre son action sans que ses créanciers, ayant hypothèque générale, pussent se plaindre : ce qui était bien différent. On jugea,

(1) § 1, glose 2, n^o 22, 50, etc.

(2) Cette remarque a été faite par Ricard, dans son *Traité des dispositions condit.*

avec raison, que les créanciers étaient sans qualité pour inquiéter le cessionnaire du vendeur; car la vente de l'action était vente d'une chose non atteinte par l'hypothèque; et quant à l'immeuble objet de cette action, l'hypothèque ne pouvait l'atteindre, puisque le débiteur ne l'avait pas fait rentrer dans son patrimoine (1). La condition à laquelle l'hypothèque était soumise ne s'était pas réalisée. Le pourvoi contre l'arrêt de la cour de Besançon fut rejeté par arrêt de la Cour de cassation, du 22 décembre 1825 (2). J'approuve cette décision de la Cour suprême; mais les considérants ne me paraissent pas tous irréprochables (3).

469 *bis*. L'héritier peut aussi concéder l'hypothèque éventuelle sur les biens qui pourront lui obvenir par le partage, mais qu'il possède encore par indivis. C'est ce que la Cour de cassation a reconnu, quoique cependant par formé d'énonciation, dans un arrêt du 6 décembre 1826 (4).

Ce que je dis d'un héritier s'applique à tout communiste quelconque.

Mais on conçoit que l'hypothèque ne peut dépasser la portion afférente par le partage (5). Le contraire avait lieu cependant dans le droit romain. Un fonds est commun entre Pierre et moi : je l'hypothèque. Malgré le partage intervenu plus tard, l'hypothèque subsistera indivisément sur la totalité de l'héritage, d'après les lois romaines (6), qui, se fondant sur la subtilité du droit, ne voulaient pas que le créancier qui avait un droit sur tout

(1) *Suprà*, n° 435.

(2) *Dal.*, 26, 1, 43.

(3) Je reviens sur cette question dans mon *Commentaire de la Vente*, et j'y réfute un arrêt de la cour de Bordeaux du 5 janvier 1833, qui suit l'opinion de M. Grenier (V. le t. 2, n° 740).

(4) *Dall.*, 27, 1, 83. *Suprà*, n° 289.

(5) V. cependant *Cassat.*, 8 février 1847 (*Sirey*, 48, 1, 43).

(6) L. 6. § 8, *Dig.*, *Com. divid.* L. 7, § dernier, *Quib. modis pignus*. L. 3, § dernier, *Dig.*, *Qui potior*.

l'héritage, pût le perdre par le partage. « *Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecæ, divisione factâ cum socio, non utique eam partem creditori obligatam esse quæ ei obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso, pro parte dimidiâ manebit obligata.* »

En France ces lois ne sont pas suivies; on y tient depuis longtemps pour maxime qu'*après le partage* (1), l'hypothèque est fixée à la portion échue au débiteur (2). Il n'est pas juste que l'héritage de tous soit saisi pour la dette d'un seul; c'est ce qui résulte de l'art 2205 du Code Napoléon (3).

470. Je viens d'examiner le sort de l'hypothèque, quand elle se lie à un immeuble sur lequel le droit du propriétaire est *suspendu* ou *résoluble*.

Pour compléter cette matière, j'anticiperai sur l'article 2132, et puisque j'ai parlé de conditions, j'examinerai le sort de l'hypothèque quand elle se lie à une condition suspensive ou résolutoire, ou à terme.

(1) C'est donc avec raison que la cour impériale d'Aix a décidé, 25 janvier 1835 (Daloz, 35, 2, 102; Sirey, 35, 2, 267) que le créancier sur la part indivise que son débiteur possède dans une succession ne peut être colloqué sur le prix de la vente des immeubles de cette succession, qu'autant que les droits du cohéritier débiteur ont été déterminés par un acte de partage.

(2) Je retrace les vicissitudes de ce point de droit dans mon Commentaire de la *Vente*, n^{os} 11, 177 et 207.

(3) M. Grenier, t. 1, p. 353, 354. Le Code hollandais a érigé cette opinion en loi. L'art. 1243 est ainsi conçu: « La part indivise dans un immeuble commun peut être grevée d'hypothèque. » Après le partage de l'immeuble, l'hypothèque n'affectera que la partie échue au débiteur qui l'a consentie, hors le cas d'exception énoncé en l'art. 1403. » Cet article 1403 correspond à la première partie de l'art. 1167 de notre Code Napoléon (*Revue étrangère*, par M. Félix, t. 1, p. 647).

On sait, au surplus, que si, par l'événement du partage, le cohéritier débiteur se trouvait apporportionné en meubles, les immeubles qui seraient tombés aux lots des autres copartageants seraient affranchis de toutes hypothèques du chef de leur cohéritier débiteur (Art. 883 du C. N.).

L'hypothèque, étant une convention accessoire à une obligation principale, doit en subir les modifications. Si l'obligation principale est pure et simple, l'hypothèque le sera aussi. Si l'obligation est conditionnelle, l'hypothèque sera subordonnée à la même condition.

Mais ceci exige quelques développements.

Une obligation peut être à terme ou conditionnelle.

470 *bis*. Voyons ce qui concerne le terme.

Comme le terme ne suspend pas l'obligation et qu'il retarde seulement le paiement, l'hypothèque portée au contrat aura tout son effet du jour même de ce contrat. La raison en est que l'obligation prend naissance à la date du pacte intervenu entre les parties, et que l'hypothèque, étant un accessoire de l'obligation principale, naît précisément avec elle, à moins de clauses contraires (1).

Cependant il y a une exception à cette règle.

Lorsqu'on obtient un jugement portant reconnaissance d'écriture d'une obligation sous seing privé avec terme, ce jugement, d'après les principes stricts, devrait produire hypothèque générale sur-le-champ, pour sûreté de l'obligation.

Mais on a vu ci-dessus (2) qu'une loi spéciale, celle du 3 septembre 1807, en a décidé autrement; j'en ai fait connaître les motifs.

471. Je passe à ce qui concerne les conditions.

Parmi les très-nombreuses espèces de conditions, on distingue principalement les conditions suspensives et les conditions résolutoires. Ce sont celles dont il est seulement nécessaire de s'occuper ici.

La condition suspensive est ainsi appelée parce qu'elle suspend l'obligation.

Lorsque la condition suspensive est pendante, l'obligation est suspendue.

(1) Voët, lib. 20, t. 4, n° 50. L. 1, Dig., *Qui potior*. Grenier, t. 1, n° 21.

(2) N° 443.

Lorsqu'elle arrive, l'obligation se vérifie, et, par un effet rétroactif, elle est censée avoir été pure et simple dès le commencement.

Lorsqu'elle manque, l'obligation manque avec elle, et c'est comme s'il n'avait jamais été contracté d'obligation.

Ce sont ces différents effets des conditions que Cujas a exprimés dans cette phrase remarquable par sa concision pleine de sens : « *Conditio est causa apposita legato, quâ existente legatum debetur, deficiente perimitur, suspensâ suspenditur.* »

472. Reprenons ces trois effets.

Lorsque la condition est encore pendante, l'obligation n'est pas encore née : le créancier n'a qu'une simple espérance, il n'y a pas encore de droit.

L'hypothèque reste donc suspendue de même que l'obligation.

Mais comme, malgré l'effet suspensif, le créancier peut prendre toutes les mesures conservatoires (1) de ses droits, il suit nécessairement de là qu'il pourra prendre inscription, parce que l'inscription n'est autre chose qu'un acte conservatoire (2).

C'est ce que le Code Napoléon a reconnu en termes positifs. L'art. 2134, que j'analyserai plus tard, dit que, *si la créance est conditionnelle pour son existence*, le créancier pourra requérir l'inscription.

Ainsi, si je stipule que vous me payerez 20,000 francs, sous l'hypothèque de l'immeuble Cornélien, si le bâtiment qui vous apporte des fonds arrive des Indes, je puis prendre inscription dès le jour du contrat, pour sûreté du paiement de la somme.

Si le bâtiment arrive, l'obligation devient pure et simple, et l'obligation rétroagit au temps de la convention, et mon inscription subsiste dans toute sa force.

Mais si le bâtiment n'arrive pas, parce qu'il fait nau-

(1) Ricard, Disp. cond., n° 185.

(2) *Suprà*, n°s 365, 445 bis, art. 2132.

frage aux Indes, alors il n'y a plus d'obligation, et mon inscription devient sans effet; car, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

Ces principes paraissent simples, mais ils se compliquent souvent de circonstances qui donnent lieu à des exceptions, et apportent dans l'application de nombreux embarras.

Pour résoudre ces difficultés, il faut faire une distinction entre les conditions casuelles, les conditions potestatives et les conditions mixtes.

Je suppose qu'on connaît la définition de ces trois genres de condition.

473. Lorsque la condition est casuelle, c'est-à-dire qu'elle dépend du hasard, elle produit toujours un effet rétroactif. « Si conditio est casualis, existente conditione, » obligatio retrahitur, » dit Bartole, sur la loi *Qui Balneum*, D. *Qui potior in pign.* (1).

Voët s'en explique clairement: « Sed et secundò ob- » servandum, non existentis diei aut conditionis prin- » cipali obligationi adjectæ, sed hypothecæ constitutæ » tempus inspiciendum esse, si modò ea principali obliga- » tioni inveniatur apposita, quæ invito debitore impleri » potest (2). »

Ainsi, par exemple, si l'héritier donne hypothèque sur ses biens pour les legs qui sont dûs sous condition, il ne pourra hypothéquer ces mêmes biens à des tiers au préjudice des créanciers des legs, en sorte que si la condition se réalise, les légataires qui auront pris inscription dès le jour de la constitution d'hypothèque seront préférés aux créanciers postérieurs. Car, pour juger de l'existence légale de l'hypothèque, il ne faut pas considérer le jour où la condition casuelle est arrivée, mais le jour du contrat. Cet exemple est donné par Voët, *loc. cit.* Il est tiré de la loi 9, § 2, D. *Qui potior*.

(1) Ferrières, Cout. de Paris, art. 170, § 1, n° 28. Cujas, sur la loi *Qui Balneum*, D., § 1, *Qui potior*.

(2) Liv. 20, t. 4, n° 30.

Ainsi encore, Pierre donne hypothèque sur ses biens, moyennant une condition casuelle, d'où dépend l'obligation principale. Jacques, son créancier, prend inscription avant l'échéance de la condition. Postérieurement, Pierre hypothèque purement et simplement ses biens à François, qui prend inscription; et, quelque temps après, la condition se vérifie. Vainement François voudrait-il prétendre la préférence sur Jacques, sous prétexte que le droit de ce dernier dépendait d'une condition qui ne s'est vérifiée que postérieurement à son inscription. Car la condition, en se vérifiant, a donné un effet rétroactif à l'obligation conditionnelle : « Quia conditio existens » perindè habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset (1). »

474. Mais si l'obligation dépendait d'une condition potestative, alors l'hypothèque ne rétroagirait pas : elle prendrait seulement naissance du jour de l'accomplissement de la condition.

« Si conditio est casualis, existente conditione, obligatio retrotrahitur, *secus, si potestativa*, » dit Bartole, sur la loi 9, D. *Qui potior*.

C'est d'après cette seconde règle que Basnage a dit : « Si vous vous obligez de me payer 100 écus, lorsque vous irez à Paris, en ce cas, comme il est en votre liberté d'y aller ou de n'y aller pas, et que l'effet de cette promesse dépend de votre seule volonté, et qu'il est en votre pouvoir de me payer ou de ne me payer point, parce que vous n'êtes obligé qu'en cas que vous alliez à Paris, cette obligation ne commence d'être que du moment que la condition est avenue, et par conséquent, ne pouvant avoir un effet rétroactif, l'hypothèque ne commence de naître que de ce temps-là, l'obligation conçue en ces termes-là n'ayant non plus de

(1) Voët, liv. 20, t. 4, n° 30.

» force que si l'on avait parlé en cette manière, *cùm*
 » *volueris, aut si volueris* (1). »

A ces autorités, je ne puis m'empêcher de joindre celle de Cujas et de celle de Voët.

Le premier dit (2) :

« *Pignus rectè contractum est, licèt nondùm cœpisset*
 » *deberi ex stipulatione, quandò certum erat debitum*
 » *iri, si existeret conditio, nec poterat promissor suo*
 » *facto stipulationem infirmari, vel conditioni afferre*
 » *impedimentum, videlicèt, si erat conditio collata in*
 » *casum vel in potestatem stipulatoris, non in potestatem*
 » *promissoris : nam si in potestate promissoris, non antè*
 » *intelligitur contracta pignoris obligatio, quàm ipse*
 » *promissor conditionem impleverit; et cui res antè*
 » *conditionem impletam fuerit obligata, is potior erit.*
 » *Sed si fuerit casualis vel in potestate stipulatoris, pi-*
 » *gnoris obligatio ab initio consistit, et postea quàm ex-*
 » *stiterit conditio, perindè erit atque si purè concepta*
 » *stipulatio fuisset.* »

Le second s'explique ainsi (3) :

« *Quòd si ex adverso ea obligationis, cui dies aut*
 » *conditio adjecta fuit, natura sit, ut invito debitore nasci*
 » *nequeat, contrà dicendum fuerit, eum potiozem fore,*
 » *cui pignus tempore posteriore pro debito puro consti-*
 » *tutum, antequàm conditio prioris obligationis existi-*
 » *tisset; veluti si, cum alio ante convenerit, ut, si ab eo*
 » *pecunia acciperetur, res ei obligata esset, et fortè prius-*
 » *quàm numeraretur, alii res pignori data sit. Poterat*
 » *enim is, qui ità priori pignus obligaverat, non acci-*
 » *pere ab eo pecuniam, ac suâ habebat in potestate, an*
 » *accipiendo se ei obstringat, adeòque, eo invito, neque*
 » *conditio impleri potuisset, neque debitum nasci* (l. 1,

(1) Hyp., ch. II. Arg. de l'art. 1174 du Code Napoléon. Il n'y a d'obligation valable que lorsque la condition est remplie. Voy. *infra*, n° 589.

(2) Sur la loi *Balneum*, Dig., *Qui potior*, § 1.

(3) N° 30.

» § 1, l. 9, § 1, l. 11, *Qui potior*). Quinimò ante nume-
 » rationem, tempore medio, neque pura, neque condi-
 » tionalis obligatio principalis suberat, sed tantùm spes
 » fore ut principaliter contraheretur, *ac proindè necesse*
 » *erat pignus quoque inane esse*, quippe quod, sine purâ
 » aut conditionali obligatione præcedente, subsistere non
 » poterat... Nec suprâ dictis adversatur responsum Pa-
 » piniani in l. 1, *Qui potior*. Cùm ibi facti species propo-
 » natur, quâ alius pro muliere dotem promiserat, et cùm
 » dotem reddi pactus esset, in restitutionis securitatem
 » pignus à marito constitutum fuerat; quo casu, licèt
 » primâ facie videri posset, in arbitrio mariti esse, an et
 » quousquè dotem accipiendo velit de dote reddendâ
 » obligatus esse, exemplo ejus cui pecunia ex mutuo
 » numeranda erat; contrâ tamen placuit eum non posse
 » dotem promissam non acceptare; neque enim marito
 » promittendum erat id efficere, ut mulier minùs dotata
 » sit, atque ità non suo tantùm juri, sed et uxoris favori
 » renuntiare : undè, cùm hæc obligatio talis esset, ut et
 » invito marito nasci posset, meritò ex ipso pignore
 » constitui momento, jus prælationis pro dote tributum
 » fuit. *Donell. De pignorib. cap. 12, vers. Prioris autem*
 » *generis (1).* »

On voit par tout ceci quel est le fondement de cette doctrine. C'est que, l'obligation principale étant nulle lorsqu'elle est contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige (art. 1174 du Code Napoléon), l'hypothèque qui lui est accessoire est nulle : *inane est pignus*, dit Voët. Ce n'est que lorsque la condition vient à s'accomplir, qu'alors il commence à y voir un contrat sérieux ; ce n'est donc aussi que dès ce moment que l'hypothèque prend naissance.

475. Quant aux conditions mixtes, elles sont assimilées aux conditions casuelles (2). Elles produisent par conséquent un effet rétroactif.

(1) Je reviendrai, *infra*, n° 579, sur ce texte de Papinien.

(2) Basnage, ch. 12. Grenier, t. 1, n° 25.

Telle est entre autres la doctrine du savant Hofacker, professeur de l'université de Tubinge (1). « *Conditione* » verò obligationi principali adjectâ, si quidem potestativa est, ante existentiam ejus, efficax non fit pignoris » constitutio : sin casualis vel *mixta sit*, efficaciam pignus » habet ex tempore initæ conventionis (2). »

476. Ces principes servent à résoudre les difficultés qui se présentent dans la pratique, sur la naissance des hypothèques, dans les obligations conditionnelles.

M. Merlin, *Questions de Droit*, v^o *Hypothèque*, § 3, pose la question suivante :

« Quel est l'effet de l'inscription hypothécaire prise » par Titius, sur un contrat passé devant notaires, entre » lui et un manufacturier, par lequel il s'est obligé de » fournir à celui-ci des matières brutes que le manufac- » turier s'est obligé, de son côté, de fabriquer pour le » compte de Titius, en lui affectant un immeuble pour » sûreté des matières, jusqu'à la concurrence d'une » somme déterminée? »

Après avoir hésité sur cette difficulté dans une première édition des *Questions de Droit*, M. Merlin convient, dans sa troisième édition, qu'il s'est trompé, et il décide que dans cette espèce l'hypothèque a pris naissance au jour de la convention. On doit en effet approuver cette solution.

C'est que, dans cette convention, l'hypothèque n'est soumise qu'à cette seule condition, *si Titius créancier livre les marchandises au manufacturier*. Or, cette condition, quoique potestative à l'égard de Titius, ne rend pas l'obligation nulle. Car Titius n'est pas le débiteur, et, d'après l'art. 1174 du Code Napoléon, l'obligation n'est infectée de nullité qu'autant qu'elle a été contrac-

(1) *Principia juris*, n^o 1206.

(2) Q. de Droit de Merlin, *Hyp.*, col. 2, p. 398, *ad notam*. *Infrà*, application de cette règle, n^o 580.

tée sous une condition potestative, de la part de celui qui s'oblige (1).

Ici, celui qui s'oblige, c'est-à-dire le manufacturier, est forcé de recevoir les marchandises. Il y a un *vinculum juris* dont il ne peut s'affranchir. Donc Titius aura pu prendre inscription sur lui dès le moment du contrat.

477. Mais par quel moyen le créancier, qui a fait les envois de marchandises, en justifiera-t-il le montant à l'égard des tiers? Faudra-t-il qu'il constate les livraisons par des actes authentiques? Pourra-t-il les prouver par des actes sous seing privé?

M. Persil pense que la justification doit se faire par acte authentique. M. Grenier est incertain sur la question (2). Mais c'est mal à propos qu'il cite M. Merlin comme conforme à l'opinion de M. Persil. Car cet auteur, revenant de sa première doctrine, enseigne positivement, dans la 3^e édition de ses Questions de Droit (3), que la justification peut se faire par des *actes sous seing privé*. « La loi, dit-il, exige l'authenticité dans le titre » constitutif de l'hypothèque; mais elle se borne là, et » pour étendre sa disposition jusqu'aux pièces nécessaires pour régler et liquider la créance ainsi hypothéquée, » il faudrait être législateur. » Je renvoie à ce que je dirai sur cette question sur l'article 2127 (4).

478. Que doit-on décider dans l'espèce suivante?

Pierre, banquier à Paris, promet à Jacques de lui ouvrir un crédit de 100,000 francs, et Jacques s'oblige par acte authentique à lui fournir une hypothèque spéciale jusqu'à concurrence des valeurs fournies. De quel jour doit compter l'hypothèque? Est-ce du jour du contrat, ou seulement des époques successives auxquelles ont été effectuées les avances promises (5)?

Cette stipulation d'hypothèque est évidemment sou-

(1) *Suprà*, n° 474, texte de Cujas et de Voët.

(2) T. 1, n° 27.

(3) *Hyp.*, p. 397, col. 2.

(4) N° 508.

(5) V. *infra*, n° 656 bis.

mise à la condition, si Jacques qui en est débiteur fait usage du crédit.

Or, c'est là une question potestative de la part du débiteur : donc, l'accomplissement de la condition ne pourra pas produire d'effet rétroactif : donc, l'hypothèque ne prendra naissance qu'au fur et à mesure de paiements réalisés (1) ; ou bien si celui à qui le crédit a été ouvert en a usé en tirant des lettres de change, l'hypothèque ne se réalisera qu'au fur et à mesure des présentations à l'acceptation, qui font cesser la condition potestative et produisent un lien de droit définitif.

La loi 11 au D. *Qui potior*, en contient une décision formelle (2). « *Potior est in pignore qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio antè convenerat ut, si ab eo pecuniam acceperit, si res obligata, licèt ab hoc postea accepit: poterat enim, licet antè convenit, non accipere ab eo pecuniam.* »

Aussi Voët rapporte-t-il qu'il a été décidé par les jurisconsultes de Hollande, qu'un cabaretier ayant hypothéqué sa maison pour sûreté de livraisons de bières qui lui seraient faites par un brasseur, l'hypothèque ne prenait rang que du jour où le cabaretier avait reçu les livraisons, et au prorata de leur valeur (3).

Il suit de là que, si le débiteur de l'hypothèque, avant de faire usage du crédit à lui offert, hypothéquait son bien à d'autres créanciers qui prissent sur-le-champ inscription, ces nouvelles hypothèques seraient préférables, et le débiteur ne pourrait les rendre sans effet en usant postérieurement de son crédit (4).

(1) Merlin, Q. de Droit, Hypothèque, § 3, n° 2. M. Sirey a aussi traité cette question dans son volume 14, 2, 58. Mais il faut se tenir en garde contre l'interprétation qu'il donne de la loi 1, Dig. *Qui potior*, dont on a vu le sens d'après Voët. *Suprà*, n° 474.

(2) Pand. de Pothier, t. 1, p. 569, n° 3, et les notes.

(3) *Ad Pand.*, *Qui potior*, n° 30.

(4) Toullier, liv. 3, ch. 4, n° 546. Merlin, Q. de Droit, p. 406, col. 1. Dall., Hyp., p. 204 et 205. Championnière et Rigaud, t. 2, n° 934 ; Coulon, t. 3, p. 236. :—Ancienne jurispr. Domat, liv. 3, t. 1, sect. 1, art. 4. Pothier, Hyp., chap. 1, sect. 2, § 3.

Par exemple ,

Pierre m'ouvre un crédit de 100,000 francs , par un contrat authentique du 25 mars 1826 , et je lui promets une hypothèque sur ma terre du *Val d'Enfer*. Pierre fait inscrire son hypothèque le 25 mars 1826.

Avant que je fasse usage de ce crédit, j'hypothèque la même terre à Caius, qui prend inscription le 1^{er} avril 1826. Je ne reçois des sommes d'argent de Pierre qu'en juin même année. Nul doute que l'inscription de Caius ne le rende préférable à Pierre, lequel n'a pu prendre d'inscription valable qu'à compter des paiements par lui réalisés.

479. M. Grenier (1) pense cependant qu'il n'est pas exact de dire que l'hypothèque n'a commencé que du moment où j'ai puisé dans la caisse de Pierre, et que cette hypothèque doit remonter au jour du contrat. Car, dit-il, *le banquier qui ouvre le crédit est obligé d'en fournir le montant à son correspondant; et il cite la loi Qui dotem, 1, D. Qui potior.*

Mais M. Grenier oublie ici les principes qu'il a si bien professés (2), c'est-à-dire que quand l'obligation est soumise à une condition potestative de la part du débiteur de l'hypothèque, l'hypothèque ne commence que du jour de l'accomplissement de la condition. Or, il est certain que le correspondant n'a promis hypothèque que sous la condition potestative de sa part qu'il ferait usage du crédit. Il faut attendre que la condition se réalise par des paiements effectifs, ou par la présentation de lettres de change à l'acceptation, ou de toute autre manière équivalente, pour que l'hypothèque prenne naissance.

Qu'importe que le banquier soit obligé? Ce n'est pas lui qui est le débiteur de l'hypothèque. Il en est au contraire le créancier. M. Grenier me paraît confondre ici

(1) T. 1, n° 296. Joignez MM. Persil, Quest., t. 1, ch. 4; Favard et Villargues, dans leurs Répert., v° Hyp. ; Pardessus, t. 4, p. 281.

(2) T. 1, n° 23.

deux personnes, qu'il faut soigneusement distinguer l'une de l'autre.

Quant à la loi *Qui dotem*, 1, au D. *Qui potior.*, qu'il me permette de dire qu'il n'en a pas bien apprécié l'esprit. Le débiteur de l'hypothèque sur la validité de laquelle *Papinien* avait à se prononcer était obligé, formellement et sans condition potestative, à recevoir la dot pour laquelle il avait promis hypothèque. On peut voir l'interprétation que Voët donne à cette loi, d'après la commune opinion. J'ai rapporté plus haut ses propres expressions (1).

M. Grenier me semble aussi dans l'erreur lorsqu'il croit que l'arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1814, qu'on trouve rapporté tout au long aux Questions de Droit de M. Merlin (2), est tout-à-fait décisif en faveur de son opinion.

Dans l'espèce de cet arrêt, Manoury avait ouvert un crédit de 100,000 francs au sieur Bonvoisin, qui lui avait hypothéqué son domaine de *Belle-Étoile*. Le 6 mai 1808, inscription au bureau des hypothèques.

Bonvoisin tire des lettres de change, qui sont acquittées par Manoury, jusqu'à concurrence de 97,208 fr.

Ce n'est que le 13 octobre 1808 que Bonvoisin consent des hypothèques à des tiers sur le domaine de *Belle-Étoile*.

Bonvoisin étant tombé en faillite, ces nouveaux créanciers prétendirent que Manoury était sans droit, et que son hypothèque était nulle, par la raison qu'à l'époque où elle avait été inscrite, le contrat n'était obligatoire pour aucune des parties.

Ce système fut successivement proscrit par la cour de Caen et par la Cour de cassation.

Et il devait l'être nécessairement, puisque, à l'époque où les nouvelles hypothèques avaient été créées, le débiteur avait fait usage de son crédit, et procuré par consé-

(1) N° 474, et Pothier, Pand., t. 1, p. 569, n° 2, et la note.

(2) V. aussi Dalloz, Hyp., p. 214 et 215, et la note, p. 205.

quent l'accomplissement de la condition potestative. Ainsi l'hypothèque de Manoury avait eu une existence légale avant que le droit des hypothèques postérieures ne fût encore né (1).

Il ne faut pas se dissimuler cependant que les motifs donnés par la cour de Caen et par la Cour de cassation rentrent dans le système de M. Grenier. Ces deux cours font abstraction de ce fait décisif, savoir, que la numération des deniers avait précédé l'hypothèque conférée aux tiers. Elles raisonnent comme si le contrat eût produit un lien de droit, non-seulement pour le prêteur, mais encore pour l'emprunteur, quand même celui-ci n'aurait pas encore fait usage de son crédit ! Mais, à mon avis, les principes s'opposent toujours à de pareilles assertions (2).

(1) C'est ainsi que M. Merlin interprète cet arrêt.

(2) Je dois dire cependant que la jurisprudence tend à les consacrer. Elle décide, en effet, que l'hypothèque conférée pour sûreté d'un crédit ouvert et accepté produit effet du jour du contrat, non-seulement quand les tiers n'ont acquis de droits qu'après la réalisation, comme avait fait la Cour de cassation par son arrêt du 28 janvier 1814 dont je viens de parler, mais encore quand les droits acquis par les tiers l'ont été avant la réalisation, mais après que l'inscription a été prise en vertu du contrat. V. Douai, 17 décembre 1853 (Sirey, 34, 2, 279) ; Paris, 20 août 1841 (Sirey, 41, 2, 541), et 30 mars 1842 (Sirey, 43, 2, 113) ; Aix, 29 mai 1841 (Sirey, 41, 2, 520) ; Besançon, 30 novembre 1848 (Sirey, 48, 2, 729) ; Cassation (motifs de l'arrêt), 21 novembre 1849 (Sirey, 50, 1, 91). — V. encore Agen, 3 janvier 1845 (Sirey, 45, 2, 405). — La cour de Rouen est allée même jusqu'à décider que l'hypothèque consentie pour garantie du montant d'un crédit ouvert pour une certaine somme, et jusqu'à une époque déterminée, continue de subsister, même pour les sommes fournies depuis cette époque par continuation du crédit et sans qu'il y ait eu alors compte arrêté. — Arrêt après partage du 19 janvier 1849 (Sirey, 50, 2, 138). Mais sur le pourvoi dont cet arrêt a été l'objet, la Cour suprême en a prononcé la cassation en décidant que l'hypothèque ne vaut pas pour le solde définitif du compte au moment où il a été réellement balancé et arrêté. Cassation, 22 mars 1852 (Sirey, 52, 1, 308).

480. Quelques esprits rigides (1) ont prétendu que l'inscription, étant prise avant les paiements qui seuls forment entre le prêteur et le débiteur le lien hypothécaire, devait être annulée comme prématurée. En effet, ont-ils dit, l'inscription n'est qu'une mesure conservatoire. Or, comment peut-on conserver une hypothèque qui n'a pas encore d'existence, pas plus que l'obligation dont elle est l'accessoire? Car, d'après l'art. 1174 du Code Napoléon, toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

Néanmoins il faut répondre que l'inscription est valable (2). La nullité dont il s'agit dans l'art. 1174 n'est pas radicale et absolue. La preuve en est que si celui qui s'oblige remplit la condition, le contrat a toute sa force, et il n'est pas nécessaire de passer un nouvel acte. Il y a un lien de droit qui confirme le contrat, du jour où celui qui s'oblige a accompli la condition. La nullité est couverte, et il n'est plus temps de l'opposer.

L'inscription sera protégée par les mêmes raisons. Elle sera l'accessoire d'une obligation hypothécaire qui ne sera plus attaquable dès le moment que le lien de droit sera formé.

D'ailleurs qui pourrait s'en plaindre? Il n'y aurait que les tiers. Mais où serait leur intérêt? Car nous convenons que l'inscription ne doit prendre rang que du jour où l'obligation a été purifiée et confirmée.

Or, de deux choses l'une : ou ces tiers ont obtenu hypothèque avant l'événement de la condition potestative, ou ils l'ont obtenue après.

(1) M. Delvincourt, t. 5, p. 159, n° 3. M. Battur, t. 2, n° 285.

(2) Cela ne fait plus difficulté aujourd'hui ni en doctrine ni en jurisprudence. V. notamment Rouen, 9 mars 1830 (Sirey, 31, 2, 245). Besançon, 30 novembre 1848 (Sirey, 48, 2, 729). Cassation, 21 novembre 1849 (Sirey, 50, 1, 91). — V. aussi MM. Merlin, Quest., v° Hypothèque, § 3, n° 2; Toullier, t. 6, n° 546; Duranton, t. 19, n° 244; Championnière et Rigaud, t. 2, n° 934.

S'ils l'ont obtenue avant, leur hypothèque inscrite prend la préférence sur celle du créancier sous condition potestative.

S'ils l'ont obtenue après, comme le lien de droit était formé avant la constitution de leur hypothèque, ils ne peuvent pas se plaindre d'une inscription qui leur a fait connaître l'hypothèque valable qui les primait.

480 *bis*. A l'égard des conditions *résolutoires* qui affectent les obligations, j'ai peu de chose à en dire après ce que j'ai fait connaître ci-dessus de ce genre de conditions (1). Je me borne à ajouter ici que lorsqu'elles arrivent pour résoudre l'obligation, elles résolvent en même temps l'hypothèque qui en était l'accessoire (2).

ARTICLE 2126.

Les biens des mineurs, des interdits, et ceux des absents, tant que la possession n'en est déferée que provisoirement, ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de jugements.

SOMMAIRE.

- 481. Les biens des mineurs sont soumis à l'hypothèque judiciaire. Raison de cela.
- 482. Ils sont aussi soumis à l'hypothèque légale.
- 483. Mais ils ne peuvent être grevés de l'hypothèque conventionnelle que dans certains cas et suivant certaines formalités. Droit romain. Droit français. Du mineur émancipé.
- 484. Les mineurs marchands autorisés peuvent hypothéquer librement leurs biens.
- 485. Des interdits. Des prodiges.

(1) N^o 468 *ter* et suiv.

(2) Art. 2180, *infra*.

486. Des envoyés en possession provisoire des biens de l'absent.
487. De la ratification en majorité des actes nuls passés en minorité. L'hypothèque date-t-elle du contrat nul, ou seulement du jour de la ratification ?
488. État des choses par le droit romain. La nullité pour défaut d'assistance du curateur du pubère ou d'intervention du décret était une nullité *ipso jure*.
489. Néanmoins la ratification tacite provenant du silence gardé pendant cinq ans validait l'acte *ab initio*, et lui donnait effet, même à l'égard des tiers, comme s'il eût été valable dans l'origine. Il en était de même par la ratification expresse. Raison de cet effet rétroactif.
490. Arrêt du parlement de Paris qui décide la question dans le même sens. Arrêts contraires. Diversité d'opinion parmi les auteurs.
491. Résolution de la question sous le Code Napoléon. Contrariété d'avis entre MM. Grenier d'une part, et Merlin et Toullier de l'autre.
492. Si un acte passé en minorité sans autorisation est nul *ipso jure* par le Code Napoléon ou sujet à rescision. Opinion de M. Merlin combattue.
493. Quoique la nullité soit *ipso jure*, n'étant que *relative*, la ratification produit un effet rétroactif à l'égard des tiers.
494. Objections réfutées.
495. La ratification produit en général un effet rétroactif. Exception en faveur des tiers.
496. Mais cette exception n'a lieu que lorsque l'acte ratifié est nul d'une nullité absolue, ou qu'il est fait à *non domino*.
497. *Secus*, s'il s'agit d'une nullité relative.
498. Les anciens auteurs, en établissant que la ratification ne nuisait pas aux tiers, n'ont dit cela que dans le cas de nullités absolues ou d'actes faits à *non domino*. Erreur de M. Grenier à cet égard.
499. Réponse à une objection tirée de l'art. 1338, et à un arrêt de la cour de Nancy.
500. Tout ceci s'applique aux prodigues.
501. Et aux femmes mariées qui ratifient les actes souscrits par elles sans autorisation maritale. *Quid* dans l'ancienne jurisprudence ?
502. Que doit-on penser d'une opinion de M. Grenier, qui enseigne que le silence gardé pendant dix ans par le mineur ne valide pas l'acte *ab initio* à l'égard des tiers ?

COMMENTAIRE.

481. Les biens des mineurs, comme ceux des majeurs, sont soumis à l'hypothèque judiciaire, d'après la disposition finale de notre article. On n'a jamais douté de cette règle dans l'ancienne jurisprudence, et elle se trouvait même consignée dans les lois 3, § 1, D. *De reb. eorum qui sub tutelâ*, et dans la loi 7, § 10, D. *Quib. ex causis*.

On sent aisément que dans cette matière on ne pouvait créer de privilège pour le mineur; en effet, lorsque ses droits ont été débattus sous les yeux du juge, on n'a pas à craindre que la fraude ait abusé de son âge pour lui faire engager témérairement ses immeubles; sans cela personne ne voudrait traiter avec les mineurs (1).

482. Il n'y a pas de doute non plus que les biens du mineur ne puissent être frappés d'hypothèque légale: « *Diversum est, dit Voët, si de pignore, non conventio-* »
 » *nali, sed legali quæstio fit, quippè quo etiam pupillaria*
 » *bona gravari posse obtinuit* (2), » et c'est ce qui résulte de la loi 2, D. *De reb. eor.*; et de la loi 2, au D. *In quib. casis*.

(1) Cujas, Code, *Si major factus alien.*—Dans les projets de réforme qui ont été récemment discutés, on avait laissé, dans l'article 2118 (2^e délibération), correspondant à notre art. 2126, les mots « *en vertu de jugements* » qu'on trouve dans celui-ci, et cependant l'hypothèque judiciaire avait été supprimée, comme on l'a vu plus haut. (V. n^o 435, aux notes). C'est qu'on entendait uniquement valider les hypothèques autorisées en justice. Néanmoins, comme la rédaction pouvait faire naître des doutes, on avait voulu les prévenir, et l'article avait été préparé, en ces termes, pour la 3^e délibération: « Les biens des mineurs et des » interdits ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et » dans les formes établies par la loi. — Ceux des absents, tant » que la possession n'en est déférée que provisoirement, ne » peuvent être hypothéqués qu'*en vertu d'autorisation judiciaire.* » (Art. 2115 du projet.)

(2) Tit. *De reb. eor.*, n^o 4.

483. Mais, en ce qui concerne les hypothèques conventionnelles, la loi a dû environner le mineur de formalités protectrices pour le mettre à l'abri des pièges de la mauvaise foi.

D'après le droit romain, le tuteur de l'impubère ou le curateur du pubère ne pouvaient hypothéquer seuls les biens du mineur confié à leurs soins ; il fallait l'intervention de l'autorité du magistrat (1).

A la vérité, dans des temps plus anciens, on voit, par des textes empruntés aux écrits du jurisconsulte Scévola, que les tuteurs ou curateurs avaient seuls le droit d'hypothéquer les biens des mineurs (2). Mais l'empereur Sévère fit changer cet état de choses par un sénatus-consulte qui n'exigea d'abord l'intervention du magistrat que pour les héritages rustiques et suburbains. Plus tard, Constantin exigea que l'autorisation du magistrat fût requise pour tous les héritages quelconques, urbains ou ruraux (3).

Il n'y avait pas d'exception à cette obligation pour les mineurs émancipés. « Eos qui veniam ætatis à principali » clementiâ impetraverunt vel impetraverint, non solùm » alienationem, sed etiam hypothecam minimè posse » sine decreti interpositione rerum suarum immobilium » facere jubemus. » L. 3, C. *De his qui veniam ætatis*.

D'après le Code Napoléon, art. 437, le tuteur (même le père ou la mère) ne peut hypothéquer les biens immeubles du mineur sans y être autorisé par un conseil de famille, et cette autorisation ne peut être donnée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident.

Le mineur émancipé n'a pas une plus grande liberté

(1) L. 1, § 2, Dig. *De reb. eor.* Pand., t. 2, p. 160, n° 1. Voët, *De reb. eor.*, n° 1 et 9.

(2) L. 47, § 1, *De minor.*, et 20, *De auct. tutor.* Pothier, Pand., t. 2, p. 160, note a. Voët, *loc. cit.*

(3) L. 22, C. *De administ. tutor.* Pothier, Pand., t. 2, p. 161, n° 4. Voët, *loc. cit.*, n° 1.

que le mineur non émancipé. D'après les art. 483 et 484 du Code Napoléon, il ne peut hypothéquer ses biens qu'en observant les formalités imposées pour cela aux mineurs non émancipés (1).

L'ancienne jurisprudence française contenait à cet égard les mêmes dispositions (2).

484. Les mineurs marchands autorisés sont placés, par le Code de commerce, dans une position différente ; par l'art. 6 de ce Code, ils peuvent seuls hypothéquer leurs immeubles (3).

485. Les interdits pour cause de fureur, démence, imbécillité, sont dans la même catégorie que les mineurs non émancipés (art. 509 du Code Napoléon).

Ceux qui sont pourvus d'un conseil judiciaire ne peuvent hypothéquer leurs biens sans l'assistance de ce conseil (art. 499 et 513 du Code Napoléon).

486. Quant aux absents, l'art. 128 du Code Napoléon dit positivement que les parents qui jouissent des biens des absents, en vertu de l'envoi en possession provisoire, ne peuvent les hypothéquer.

Les tiers n'ont donc d'autre ressource que de prendre la voie d'actionner devant les tribunaux ceux qui jouissent des biens des absents par suite de l'envoi provisoire, et d'obtenir contre eux des jugements qui imprimeront sur les biens l'hypothèque judiciaire (4).

487. Je passe à la question si importante et si controversée de savoir si, lorsqu'une hypothèque consentie par l'un des incapables que je viens d'énumérer est ratifiée par lui lorsque son incapacité cesse, elle doit compter du jour de la ratification, ou bien si cette ratification pro-

(1) Grenier, t. 1, p. 64, n° 37. Merlin, Q. de droit, v° Hypothèque, p. 411. *Contra* M. Duranton, t. 3, n° 673.

(2) Pothier, Orléans, t. 9, n° 23. Argou, t. 1, liv. 1, ch. 8.

(3) Grenier, n° 38, t. 1. Dalloz, Hyp., p. 189.

(4) Répert., v° Hyp., sect. 2, § 3, art. 6, n° 2. Grenier, t. 1, n° 40. — V. *suprà*, la note sous le n° 481.

duit un effet rétroactif, et valide le contrat à l'époque de sa date.

Pour se former des idées claires sur cette question, il faut d'abord examiner quel est le genre de vice que produit l'omission des formalités requises pour habiliter les conventions des incapables dont il vient d'être question.

Occupons-nous d'abord des mineurs.

488. Il est indispensable de jeter, avant tout, un coup d'œil sur le droit romain.

Les lois romaines divisaient, comme on sait, la minorité en deux époques.

L'une, qui comprenait depuis la naissance jusqu'à quatorze ans pour les mâles, et douze ans pour les filles; c'était l'impuberté (1).

Pendant le temps de l'impuberté, le mineur était soumis à un tuteur. Il ne pouvait alors contracter aucune obligation, *même naturelle*, à moins cependant qu'il ne se fût enrichi (2). Il était dans la double incapacité de conduire sa personne et de gérer ses biens (3).

L'autre époque commençait à la puberté et finissait à vingt-cinq ans. L'adulte mineur était censé capable de conduire sa personne; mais en ce qui concerne ses biens, on ne présumait pas la même capacité, et il pouvait sur sa demande recevoir un curateur pour gérer sa fortune (4).

Quoique pourvu d'un curateur, le mineur pubère avait le pouvoir de s'obliger personnellement sans l'interven-

(1) L. final., C. *Quando tutor. esse inst. quib. modis tutel. finit.* M. Ducaurroy, t. 1, p. 222, n° 263.

(2) L. 43 et 59, Dig. *De oblig.* Cujas, sur la loi 59 citée, et sur la loi 127, *De verb. oblig.* Pothier, Pand., t. 3, p. 276, n° 17.

(3) M. Ducaurroy, t. 1, p. 225, n° 268.

(4) M. Ducaurroy, t. 1, p. 225, n° 268. Voy. les Instit. de Justinien, liv. 1, t. 23, *De curat.*, n° 2. *Item invitè adolescentes curatores non accipiunt*, ainsi que le comment. de Janus à Costa sur ce passage, qui a fort occupé les interprètes.

tion de ce protecteur de ses intérêts. Il était lié par les contrats qu'il souscrivait.

« Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. » L. 101, D. *De verb. oblig.* (1).

Je dis *personnellement*; car, comme le fait observer Cujas, le curateur n'étant donné que pour les biens et pas pour la personne, on n'avait pas besoin de son intervention pour obliger la personne.

Mais le mineur ne pouvait disposer de *sa chose*, ni l'obliger, sans l'assistance du curateur; car c'était précisément pour veiller sur la chose que celui-ci était proposé. Aussi voyons-nous, par la loi *Si curatorem habens*, C. *De in integ. restit.*, que le mineur ayant un curateur ne pouvait, sans son assistance, obliger ses biens (2).

Ainsi, ce serait une erreur de croire que, par le droit romain, le mineur adulte pouvait s'obliger seul, valablement dans tous les cas, sauf la restitution en entier, s'il y avait lésion. Sans doute, s'il n'avait pas demandé la nomination d'un curateur, les actes qu'il avait passés seul n'étaient sujets qu'à rescision (3). Mais lorsqu'il était dans les liens de la curatelle, il en était autrement. Il ne pouvait que contracter des obligations qui contenaient la simple prestation d'un fait personnel; quant à celles qui entraînaient la diminution de son avoir (4), elles étaient nulles; il n'était pas nécessaire que le mineur *se fit restituer*; il suffisait que le curateur ne fût pas intervenu.

« Fateor, dit Cujas (5), *res suas puberem non alienare*

(1) Cujas, sur cette loi. Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 293, n° 18, et note c. Voët, *De verb. oblig.*, n° 4; *De minorib.*, n° 52.

(2) Fachin., *Cout.*, liv. 3, ch. 9. Voët, *De minorib.*, n° 52.

(3) V. mon *Comment. de la Vente*, t. 1, n° 166. Huberus, sur le D. *De minoribus*, n° 2. *Et sanè*, dit-il, *qui non habent curatores, eos obligari posse.*

(4) *Quæ trahunt post se rei familiaris diminutionem ad sui implementum* (Voët, *loc. cit.*).

(5) Sur la loi 101, *De verb. oblig.*

» sine curatoris auctoritate. Nam curator rerum adm-
 » nistratio commissa est, at *in personam puberis* curator
 » potestatem non habet : pubes enim *est suæ tutelæ*,
 » ideòque *de sua personâ* promittere potest sine curatore
 » suo, *itemque nubere* (L. *Sciendum*, D. *De ritu nuptiar.*).
 » Similiter puberi solvitur rectè, sinè tutoris auctoritate.
 » Idem in judicio jusjurandum defert sine curatore.
 » (L. *nam postea*, § *si minor.*, Dig. *de jure*). Imò et mu-
 » lieri *puberi* tutorem habenti, sine tutore solvitur rectè,
 « auctore Tullio *in Topic.* Rursùs puber solvit et restituit
 » sine curatore suo (L. 1, § *fn. ad. s. c. Trebell.*). Pubes
 » adit hæreditatem sine curatore (L. *Cum in*, § *ult.* Dig.,
 » *de appellat.*). Deniquè ea quæ *personam suam* spectant
 » is solus administrat. Res suas, veluti prædia, aut man-
 » cipia, aut mobilia, non item. »

Ainsi, lorsque le mineur placé sous curatelle avait emprunté de l'argent sans l'assistance de son curateur, il n'était pas tenu de le rendre s'il ne s'en était pas enrichi ; car l'obligation était nulle, et le remède de la restitution n'était pas nécessaire (1).

Ce n'est pas tout. On a vu que, pour l'aliénation ou l'hypothèque des immeubles, il fallait le décret du magistrat. Faute de ce décret, l'aliénation était nulle *ipso jure*, dit Voët (2), et l'on n'avait pas besoin d'examiner s'il y avait ou non lésion. L. 2, 10, 11, 15, 16, C. *De prædiis minor.* On peut consulter le titre du Code « *Si major* » *factus alienat.* », avec le commentaire de Cujas et la glose de Godefroy, et l'on verra que ces jurisconsultes ne cessent de répéter que le défaut de décret produit une nullité de plein droit, *ipso jure*.

489. Mais si le mineur, parvenu à sa majorité, gardait le silence pendant cinq ans sur les actes nuls qu'il avait passés en minorité, le vice était couvert, et l'on con-

(1) Voët, *loc. cit.*

(2) *De reb. eor.*, n° 9. *Ipsò jure*, c'est-à-dire, ici, sans qu'il fût nécessaire de prouver une lésion. V. Rép. de jurisprud., v° Nullité, p. 674, 675.

sidérait ces actes comme valides *ab initio*. Telle est la disposition formelle de la loi 3, au C. *Si major factus alienat. fact. sine decreto ratam hab.* « Ideòque præcipimus, » si per quinque continuos annos post impletam minorem ætatem, id est, post 25 annos connumerandos nihil conquestus est super tali alienatione, is qui eam fecit, *vel hæres ejus*, minimè posse retractari eam, occasione prætermissionis decreti, sed sic teneri, quasi *ab initio* legitimo decreto fuisset res alienata. »

Et remarquons que cette ratification pouvait être donnée par le mineur, non-seulement par son silence pendant le délai voulu par la loi, mais encore par une volonté expressément déclarée. Favre (1) dit que le mineur pouvait ratifier la vente nulle faite par lui, *aut pacto expresso, aut longi temporis silentio*, et qu'alors « confirmaretur ex post facto venditio, quæ ab initio non valisset. » Voët tient le même langage sur le titre *De reb. eor. qui sub.* (2).

Quelle peut être la raison de cet effet rétroactif donné par les lois romaines à la ratification *expresse ou tacite* d'un acte qu'elles déclarent cependant nul *ipso jure*? C'est évidemment que cette nullité n'était pas absolue, qu'elle n'était établie qu'en faveur du mineur (3). Ainsi, comme l'acte subsistait déjà avec plénitude d'obligation envers certaines personnes, il n'y avait rien d'extraordinaire à ce que la ratification du mineur eût pour effet de le mettre à l'abri de critique, comme s'il eût été valable dès le commencement.

Mais cette ratification produisait-elle un effet rétroactif, non-seulement entre les parties contractantes, mais encore à l'égard des tiers?

On verra plus bas les raisons de douter et de décider. Je me borne à remarquer ici que la loi ne distingue pas ;

(1) Code, lib. 4, t. 33, déf. 3.

(2) V. aussi Merlin, Q. de droit, Hyp., § 4, p. 413, col. 2.

(3) Favre, Code, lib. 4, t. 33, déf. 3. *Contractus claudicabat*, dit-il.

qu'elle dit d'une manière absolue que la ratification tacite valide le contrat *ab initio*, et que par conséquent cela doit s'entendre des tiers comme des parties contractantes.

490. Voyons si les principes sont les mêmes dans le droit français (1).

Augeard (2) cite un arrêt du parlement de Paris du 19 février 1704, qui décida, en conformité des lois romaines, que l'aliénation des biens d'un mineur sans les formalités voulues, *était nulle de plein droit*. L'arrêt prononça « *sans qu'il soit nul besoin de s'arrêter aux lettres de rescision.* » Et Bretonnier approuve cette décision (3).

La ratification que le mineur faisait d'un pareil contrat le validait cependant *ab initio*.

Mais on n'était pas d'accord sur la question de savoir si cette ratification d'une hypothèque donnée en minorité produisait un effet rétroactif à l'égard des tiers, ou si elle devait seulement compter du jour de la ratification.

Cependant un arrêt du parlement de Paris du 23 juillet 1667, rapporté au *Journal du Palais* (t. 1, p. 10), jugea que la ratification devait produire un effet rétroactif à l'égard des tiers, et consacra les principes du droit romain.

Néanmoins, cet arrêt était en opposition avec un arrêt du parlement de Bretagne du 15 novembre 1652, et un autre arrêt du parlement de Rouen du 6 février 1668, rapportés par Basnage (4). On peut consulter cet auteur, qui, embarrassé de la question, s'est créé des distinctions peu satisfaisantes pour l'esprit. En général, c'est un

(1) Je suis revenu sur cette question dans mon *Comment. de la Vente*. J'engage à y recourir (t. 1, n° 166). — V. aussi mon *Commentaire du Cautionnement*, n° 74.

(2) T. 1, arrêt 46, p. 392.

(3) Sur Henrys, t. 2, p. 262.

(4) Hyp., ch. 3.

guide peu sûr, qui manque d'ordre et de méthode, et dont le savoir est très-superficiel; mais Pothier, qui a vu la chose en véritable jurisconsulte, marche au but d'un pas plus ferme et plus assuré.

« Il en est autrement, dit-il, lorsqu'ayant contracté moi-même en minorité, sous l'hypothèque de mes biens, je ratifie en majorité. Car, en ce cas, ce n'est pas ma ratification qui produit l'hypothèque; elle ne fait que confirmer celle que le contrat avait produite, et empêcher qu'il ne soit sujet à rescision » (1).

Je laisse de côté les opinions de Mornac (2), de Ferrières (3), et d'autres jurisconsultes anciens, et j'arrive au Code Napoléon.

491. MM. Grenier, Merlin et Toullier ont traité cette question. Le premier pense que la ratification ne nuit pas aux tiers, et que l'hypothèque ne peut prendre naissance que du jour de la ratification (4).

Au contraire, MM. Merlin et Toullier sont d'avis que l'hypothèque prend naissance depuis le contrat primitif (5).

C'est à cette seconde opinion que je me range, quoique je n'adopte pas toutes les propositions de ces deux auteurs (6).

492. Par le droit français comme par le droit romain, l'hypothèque consentie par le mineur, sans les formalités

(1) Orléans, t. 20, n. 24.

(2) Sur la loi 16, *De pignorib.*

(3) Sur Paris, art. 239, glose 2, n° 32.

(4) T. 1, n. 42 et suiv.

(5) Quest. de droit, § 4, Hyp. Droit civil, t. 7, n° 565.

(6) L'opinion de M. Grenier a été adoptée par M. Dalloz, Hyp., p. 190. Elle est professée par M. Persil, art. 2124, n° 12, et par MM. Delvincourt, t. 3, n° 6, p. 159; Duranton, t. 10, nos 80 et suiv.; Zachariæ, t. 3, p. 429 et 432; Solon, t. 1, n° 71; Valette sur Proudhon, ch. 16, sect. 2 et 5; Pont, *Revue de législation*, t. 21, p. 27 et suiv. V. aussi Cassation, 18 juin 1844 (Sirey, 44, 1, 497). Voyez, au surplus, la discussion contenue dans mon Commentaire de la *Vente*, t. 1, n° 166.

voulues par la loi, est nulle *ipso jure*, et il peut faire prononcer cette nullité par les tribunaux, sans prouver aucune lésion.

Il est vrai que M. Merlin soutient (1) que, par le Code Napoléon, ce n'est plus par *la voie de nullité*, mais par *la voie de rescision*, que le mineur, devenu majeur, peut réclamer contre les hypothèques consenties sans les formalités requises.

Mais il m'est impossible de souscrire à cette doctrine, que je crois fondée sur un abus de mots.

Tout le monde sait la différence qui existe entre *la nullité* et *la rescision*.

« L'action en nullité, dit M. Proudhon, n'exige la » preuve d'aucune lésion, parce qu'il est de la nature » des choses qu'un acte nul ne produise aucun effet » contre l'intérêt de celui pour lequel la nullité est éta- » blie par la loi.... Dans l'action en rescision, au con- » traire, il faut prouver la lésion, à moins qu'on ne soit » dans quelque cas où elle soit présumée de droit » (2).

La même distinction est enseignée par M. Toullier (3), qui prouve fort bien qu'il y a nullité *ipso jure*, et non pas lieu à rescision, lorsqu'un mineur procède sans les formalités voulues par la loi.

Cette différence entre l'action en rescision et l'action en nullité est écrite en termes très-clairs dans l'art. 1304 du Code Napoléon, où il est dit que le temps de ces deux actions court contre le mineur, à compter de sa majorité. Elle résulte aussi de l'art. 1311.

Mais, dit M. Merlin, l'art. 1305 porte : « La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur » non émancipé, contre toutes sortes de conventions ;

(1) *Loc. cit.*, p. 414.

(2) T. 2, p. 282; Traité des personnes. Consultez, au surplus, mon Commentaire de la *Vente*, t. 2, n° 685 et suiv. On y trouvera une dissertation approfondie sur les *nullités* et les *rescisions*.

(3) T. 6, n° 106, et t. 7, n° 572.

» et en faveur du mineur émancipé, contre toutes sortes
 » de conventions qui excèdent les bornes de sa capacité,
 » ainsi qu'elle est déterminée au titre de la minorité, de
 » la tutelle et de l'émancipation. »

Donc, ajoute-t-il, la vente que le mineur émancipé fait de ses immeubles, sans observer ces formalités, étant au nombre des conventions qui excèdent sa capacité, il s'ensuit que ce mineur émancipé ne pourra revenir contre ce qu'il a fait, que par rescision. Donc, la vente, l'aliénation, l'hypothèque qu'il a consenties sans observer ces formalités, ne sont pas nulles de plein droit. Donc il en est de même à l'égard du mineur non émancipé ; car il ne peut y avoir de différence entre l'un et l'autre.

J'ose croire que M. Merlin est tombé ici dans une erreur évidente.

L'art. 1305, en prononçant le mot de *lésion*, annonce par là qu'il ne s'occupe pas des voies de nullité à employer contre les contrats des mineurs. Il ne les envisage que sous le rapport du dommage que le mineur a pu en éprouver. Dès lors, il est clair qu'il les suppose valables dans la forme.

Ceci posé, quel a été le but de l'art. 1305 ? Qu'a-t-il voulu dire ? Le voici.

Lorsqu'un contrat est passé par un mineur, *quoiqu'il soit valable en la forme*, néanmoins le mineur pourra se faire restituer pour *simple lésion*. A la vérité, le Code n'a pas été aussi loin que l'ancienne jurisprudence, dont les inconvénients faisaient dire à Henrys (1) : « Vainement » on aura observé les formalités, avis de parents, rapports d'experts, décrets du magistrat, tout cela n'empêchera pas que le mineur ne puisse rentrer dans son bien, *s'il se trouve quelque lésion.... (Il n'y a pas d'assurance plus grande que d'acheter l'immeuble du mineur plus cher qu'il ne vaut.* » Pour éviter cet abus, le Code n'admet pas la *simple lésion* dans les aliénations des im-

(1) T. 2, p. 257, et Bretonnier sur Henrys, *loc. cit.*

meubles des mineurs valables en la forme (1) : il ne l'admet pas non plus dans les cas de partage (2), d'acceptation de donation (3) et autres cas expressément exceptés (4). Mais dans toutes les autres circonstances où le législateur n'a pas déclaré que l'accomplissement de telles ou telles formalités faisait assimiler les mineurs aux majeurs, la règle générale est que, quoique l'acte soit valable en la forme, le mineur pourra se faire restituer s'il y a simple lésion (art. 1305 du Code Napoléon, art. 481 du Code de procédure civile), tandis qu'il faut que le majeur prouve une *lésion énorme*. Encore le majeur n'est-il restituable pour lésion énorme que dans le cas de partage (887 du Code Napoléon) et de vente (1671 du Code Napoléon). Dans les autres contrats, même celui d'échange, il n'est pas restituable (1707 du Code Napoléon) (5).

Quant au mineur émancipé, comme il peut faire des actes d'administration, et qu'à cet égard il est assimilé au majeur, il ne sera restituable que dans le cas où un majeur le serait lui-même.

Mais dans tous les autres actes où sa capacité n'a pas plus d'étendue que celle du mineur, quoiqu'il ait passé ces actes avec l'assistance de son curateur et suivant les formalités voulues par la loi, il sera restitué

(1) Art. 1314.

(2) Idem, et art. 466, 840.

(3) Art. 463.

(4) Art. 1309, 1398, 481, 487, 1308.

(5) M. Toullier, t. 7, n° 574. Nous rappellerons ici qu'il existe sur la nullité et la rescision des actes qui concernent les mineurs, des divergences d'opinions dont M. Merlin n'est pas le seul organe. M. Duranton a développé, sur ce point, un système sur lequel il est, jusqu'à ce jour, seul de son avis (Traité des contrats). Je m'écarterais de mon plan si je discutais plus longuement cette question, dont les faces diverses ont été exposées dans la *Thémis*, t. 3, p. 548, et t. 5, p. 130. Il faut consulter aussi mon *Commentaire de la Vente*, t. 1, n° 166.