

passa sous l'influence de cette explication. On voit qu'elle rentre dans les principes généraux (1). Elle servira à résoudre les questions analogues qui pourraient s'élever à l'occasion d'augmentations de contenance provenant des causes diverses d'accession exposées par les art. 556 et suivants du Code Napoléon.

553 *bis*. Si un droit d'hypothèque est constitué sur un usufruit, s'étend-il à la nue propriété alors que l'usufruit et la nue propriété se réunissent et se consolident ?

M. Grenier résout avec raison cette question par la négative. L'usufruit et la nue propriété sont deux droits distincts, deux portions d'une même chose. Si étant propriétaire de la moitié du fonds Cornélien, j'hypothèque cette moitié, et que par la suite je me rende acquéreur de l'autre portion, l'hypothèque ne viendra pas s'y asseoir sans convention nouvelle. Il y a même raison lorsque la nue propriété se réunit à l'usufruit. Les choses restent ce qu'elles étaient lors de la séparation (2).

## SECTION IV.

DU RANG QUE LES HYPOTHÈQUES ONT ENTRE ELLES.

### ARTICLE 2134.

Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi, sauf les exceptions portées en l'article suivant.

(1) Grenier, t. 1, p. 314, n° 148.

(2) Grenier, t. 1, p. 310, n° 146. Dalloz, Hyp., p. 122, V. *suprà*, n° 400.

## SOMMAIRE.

554. Le rang des hypothèques s'établit par l'inscription.
555. Signes qui annonçaient les hypothèques chez les Grecs. Mais ce n'était pas pour établir un système de publicité.
556. *Quid à Rome?* Imitation des signes usités en Grèce.
557. L'hypothèque n'y fut pas publique. Preuves à cet égard.
558. De droit commun, l'hypothèque était occulte en France.
559. Excepté dans les pays de nantissement. Mais il y avait quelques lacunes dans ce système de publicité.
560. Pièges qui résultaient du système occulte adopté en France. Reproches de Loyseau contre ce système.
561. Tentatives infructueuses de Henri III et de Louis XIV pour rendre l'hypothèque publique.
562. Singulier argument de Basnage contre l'édit de Colbert de 1673. Mauvaises raisons de M. Daguesseau contre la publicité des hypothèques.
563. Édit de 1771. Il avait l'avantage d'ouvrir des moyens faciles de purger. Mais il ne protégeait pas les créanciers, et laissait l'hypothèque occulte. Réclamations contre lui dans les pays de nantissement.
564. Destruction des formes du nantissement par l'abolition de la féodalité. La loi de 1790 les remplace par une transcription. La loi de l'an III rend l'hypothèque publique. Ses tentatives pour mobiliser le sol. Elle n'est pas exécutée.
- 564 bis. Loi de brumaire an VII. Plusieurs personnes la considéraient comme supérieure au Code Napoléon.
565. Le Code Napoléon a adopté la spécialité et la publicité, malgré des préjugés puissants encore répandus. Mais son système est imparfait. Dangers qu'il présente pour les créanciers et les acquéreurs.
566. L'inscription ne fait pas l'hypothèque. Elle lui donne le rang et le droit de suite.
567. Elle n'est pas requise à l'égard du débiteur.
568. Le défaut d'inscription peut être opposé par les chirographaires. Tous les créanciers sont tiers entre eux pour s'opposer à d'injustes préférences, et pour contester les rangs.
569. Le créancier peut opposer le défaut d'inscription quand même il aurait su qu'il y avait hypothèque stipulée.
- 569 bis. Toutes les hypothèques sont soumises à l'inscription, excepté *certaines hypothèques légales*.
570. Les formes de l'inscription sont déterminées par la loi.

## COMMENTAIRE.

554. De même que l'on a vu le rang des privilèges sur les immeubles s'établir par la date de l'inscription (1), de même nous voyons notre article faire dépendre la préférence des hypothèques de la priorité de l'inscription.

C'est la conséquence de la publicité, qui est la base de notre régime hypothécaire, et dont nous allons voir les effets se développer successivement.

Mais, avant d'aller plus loin, je dois faire connaître les divers systèmes qui jusqu'au Code Napoléon ont prévalu sur la publicité des hypothèques.

555. Des monuments aussi anciens qu'authentiques prouvent que chez les Grecs, l'hypothèque n'était pas dépourvue de manifestation publique; on faisait connaître qu'un héritage était hypothéqué au moyen de petites colonnes établies sur les héritages, et chargées d'inscriptions qui rappelaient les obligations contractées avec un premier créancier (2).

Mais je crois que ces signes, apposés par le créancier, avaient bien moins pour but de donner aux hypothèques une publicité salutaire, que de créer au profit de ce créancier une sorte de tradition symbolique destinée à remplacer la tradition réelle, à laquelle les anciens peuples ont toujours infiniment tenu.

556. A Rome, le droit honoraire établit (3) l'hypo-

(1) *Suprà*, n° 364 bis.

(2) Loyseau, *Déguerp.*, liv. 3, ch. 1, n° 21. Barthélemy, *Anacharsis*, chap. 59, t. 5, p. 1 et 2.

(3) Janus à Costa, *Inst. de act.*, § 7. Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 561, n° 28. Loyseau, *Déguerp.*, liv. 3, ch. 2, n° 1. L. 1, *Dig.*, *De pign. act.* Le droit d'hypothèque n'était pas connu à Rome avant cette innovation du prêteur. Car, suivant M. Niebuhr, il était inconciliable avec le droit de propriété des Quirites, comme avec la simple possession (*Hist. rom.*, t. 2 de la traduction française, p. 385, note 506).

thèque, c'est-à-dire le gage sans dessaisissement, par imitation de ce qui se pratiquait dans la Grèce, à laquelle les Romains furent redevables de tant de choses dans les lettres, les arts et les lois.

557. Mais l'hypothèque y fut-elle publique? Cujas (1), Loyseau (2), Godefroy (3) enseignent que les Romains adoptèrent, à l'exemple des Grecs, l'usage des signes extérieurs démonstratifs de l'hypothèque (4). Mais il ne paraît pas que cet usage se rattachât en rien à un système d'hypothèque organisé sur la publicité. Dans les différentes lois où l'on s'occupe du rang des créanciers hypothécaires, il n'est jamais parlé de l'influence de ces signes publics sur la préférence des créanciers entre eux. Ce n'était (autant qu'on peut en juger par les monuments obscurs qui nous restent à cet égard) que des actes d'autorité privée, tenant plus à la vanité qu'à la conservation des droits, et auxquels les empereurs mirent des bornes par différentes lois; car c'était un sujet de discordes et de voies de fait.

Je crois donc qu'on peut conclure avec confiance, qu'à aucune époque, le système hypothécaire des Romains n'a reposé sur une véritable publicité (5), et c'est sans doute pour cela que nous voyons les acquéreurs d'héritages chercher à se garantir des évictions que pouvaient leur faire craindre les hypothèques occultes, par les sûretés les plus fortes, et particulièrement par des cautions qu'on appelait *auctores secundi* (6). On sait qu'il était tellement d'usage dans les contrats de vente de donner des fidéjusseurs pour les cas d'éviction, qu'au rapport

(1) Obs., lib. 16, c. 12.

(2) Déguerp., liv. 3, ch. 1, n° 25.

(3) Sur la loi 21, § 2, Dig., *Quod vi aut clàm*.

(4) Voici les sources: L. 20, Dig., *De injuriis*. L. 22, § 2, Dig., *Quod vi aut clàm*, et le titre du Code *Ut nemini liceat*, etc.

(5) M. Dalloz dit le contraire, mais sans preuves. Hyp., p. 25.

(6) L. 4, Dig., *De evict.*

de Paul, le vulgaire s'imaginait que les cautions étaient une condition nécessaire de la vente (1).

C'est aussi pour prévenir les fraudes des débiteurs, qui, profitant du secret de leurs engagements, auraient pu donner des hypothèques sur des biens déjà chargés d'hypothèques antérieures, au-delà de leur valeur, qu'on établit les peines les plus sévères contre le stellionat, c'est-à-dire contre le délit de celui qui, en contractant avec un tiers au sujet d'un immeuble, ne lui faisait pas connaître les hypothèques établies sur cet immeuble (2).

Celui qui se rendait coupable de ce crime était condamné à travailler aux mines, et l'homme en place était ou relegué pour un temps, ou dégradé (3). On ne pouvait échapper à cette peine, qu'en restituant au créancier qu'on avait trompé la somme qu'on lui avait empruntée. Quiconque était condamné pour stellionat était par cela même infâme (4).

Ces rigueurs devaient être un frein contre la mauvaise foi. Mais elles prouvent que l'hypothèque était loin de reposer à Rome sur la publicité, et qu'on avait cherché à suppléer aux inconvénients des hypothèques occultes par des moyens spéciaux et des précautions extraordinaires.

558. En France, comme à Rome, l'hypothèque était occulte de droit commun.

Cependant il y avait quelques provinces où l'on avait pris de sages précautions pour prévenir par la publicité les ruses des débiteurs, et pour éclairer les créanciers sur la situation de ceux à qui ils prêtaient.

559. Dans les coutumes de Laon, Reims, Ribemont, Montreuil, Chauny, Ponthieu, Boulonnais, Péronne,

(1) L. 56, Dig., *De evict.* Loyseau, *Déguerp.*, liv. 3, ch. 1, n° 17.

(2) L. 3, § 1, Dig., *De stellion.* L. 4, C. *De crim. stellion.*

(3) L. 3, § 2, Dig., *De stellion.*

(4) L. 1, C. *De crim. stellion.* Lamoignon, t. 2, p. 101. Basnage, ch. 1.

Roye, etc., il était de principe qu'une créance ne pouvait acquérir d'hypothèque que par le *nantissement*.

Le nantissement s'effectuait en faisant inscrire la créance sur un registre public, afin d'avoir hypothèque sur les biens du débiteur, du jour de l'inscription. Il arrivait de là que l'héritage servant de nantissement ne pouvait plus être engagé ni aliéné au préjudice du créancier, qui était préféré à tous ceux qui n'avaient pas pris la même précaution, ou qui l'avaient prise postérieurement (1).

La formalité du nantissement avait, comme l'on voit, de grands avantages, puisque par son moyen le créancier, avant que de prêter son argent, pouvait consulter le registre des nantissements que le greffier tenait dans chaque justice royale et seigneuriale, et s'éclairer sur l'étendue des hypothèques que le débiteur avait déjà créées sur son immeuble.

Mais, suivant M. de Lamoignon, le nantissement ne remplissait son but qu'imparfaitement, d'abord parce qu'il était embarrassé de formalités minutieuses et extraordinaires, surtout dans quelques coutumes de Picardie; en second lieu, parce qu'il ne garantissait pas des hypothèques tacites des mineurs, ni de celles des femmes mariées; et comme l'on donnait au remploi des propres aliénés et à l'indemnité des dettes auxquelles la femme avait concouru, le privilège de l'hypothèque légale *du jour du contrat de mariage*, l'inscription sur le registre de nantissement était souvent inutile, attendu que les obligations qui pouvaient être faites par le mari et la femme conjointement n'avaient pas de bornes.

D'ailleurs, depuis l'ordonnance de Moulins, qui attribuait aux jugements une hypothèque générale, on préférait contracter par voie d'obligations sous seing privé, qu'on faisait reconnaître en justice trois jours après; par ce moyen, on avait une hypothèque générale judi-

(1) Lamoignon, Arrêtés, t. 2, p. 103, note 1. Loyseau, liv. 3, ch. 1, n° 53. Répert., Devoirs de la loi et Nantissement,

ciaire, d'autant plus commode, qu'on n'était pas obligé de l'inscrire sur le registre des nantissements, et qu'on se trouvait dispensé de formalités gênantes; en sorte que M. de Lamoignon assure que, de son temps, l'usage des nantissements était fort affaibli (1).

560. Dans le reste de la France, l'hypothèque était occulte, et dépendait seulement de la date des contrats authentiques; un débiteur de mauvaise foi pouvait tromper ses créanciers sur sa position, accumuler sur ses biens une masse d'hypothèques supérieure à sa fortune, et tendre des pièges aux prêteurs de fonds par les apparences d'un crédit imaginaire.

Loyseau s'élevait avec force contre cet état de choses, qu'il considérait comme une source d'abus et de désordres.

« Mais l'inconvénient est grand, disait-il, à l'égard  
 » d'un tiers acquéreur de bonne foi, qui, pensant être  
 » assuré de ce qu'on lui vend, et qu'on met en sa pos-  
 » session, sachant bien qu'il appartenait à son vendeur,  
 » s'en voit enfin évincé et privé par un malheur inévi-  
 » table, au moyen des hypothèques précédentes, les-  
 » quelles étant constituées secrètement, il ne lui était  
 » pas possible de les savoir ni de les découvrir (2). »

561. Différentes tentatives furent faites pour remédier à ces inconvénients.

Henri III, par un édit de 1581, avait voulu établir dans toute la France un droit pareil à celui qui était en vigueur dans les coutumes de nantissement. Mais cet édit fut révoqué en 1588 (3).

En 1673, Louis XIV fit publier un édit qui rendait les hypothèques publiques; à cet effet, il établissait des greffes d'enregistrement, dans lesquels ceux qui auraient

(1) Mais ceci me paraît exagéré. V. les observations du parlement de Flandre, dans le discours de M. Treilhard (Discours et Motifs, t. 7, p. 59), et *infra*, n° 865.

(2) De l'action hyp., liv. 3, n° 16.

(3) Basnage, ch. 1, Hyp.

des hypothèques pourraient former et faire enregistrer leurs oppositions ; ces enregistrements les faisaient préférer à ceux qui négligeaient cette formalité. Néanmoins, le trésor public, les mineurs et les femmes mariées furent dispensés de l'enregistrement des oppositions.

Mais cette grande innovation, conçue par le génie de Colbert, ne put résister aux préjugés du temps. L'édit de 1673 fut révoqué en avril 1674 ; car, dit le roi dans les motifs de son édit de révocation, « *les règlements les plus utiles ont leurs difficultés dans leurs premiers établissemens.* »

L'édit de 1673 est curieux à méditer, aujourd'hui que nous marchons sous l'empire d'influences différentes. On y trouvera le germe d'un grand nombre de dispositions du Code Napoléon.

562. Mais il n'est pas moins curieux de voir les jugemens dont il fut l'objet, avant que les esprits se fussent accoutumés à la publicité des hypothèques.

Basnage en parle avec une sorte de dédain, et l'on voit que cet auteur n'en avait compris ni le dessein ni les résultats : « Aussi l'a-t-on toujours considéré comme édit » bursal, et la seule utilité que l'on en tire ne consiste » qu'à découvrir quelquefois une fausseté, ou pour empêcher qu'elle ne se commette aisément (1). » Je prie de faire attention à ces dernières expressions de Basnage : comment cet écrivain ne voit-il pas qu'un édit, qui empêchait les faussetés de se commettre aisément, était précisément ce que demandaient tous les jurisconsultes, et ce que cherchaient les meilleurs esprits politiques ? Mais Basnage ne sera jamais, pour ceux qui l'ont lu attentivement, qu'un auteur fort médiocre, manquant non-seulement d'ordre et de clarté, mais d'un vrai savoir et d'un discernement exact (2).

(1) Hyp., ch. 1.

(2) Cette absurdité de Basnage n'a pas empêché M. Bigot de Préameneu de s'appuyer sur son opinion pour prétendre que l'édit de Colbert n'était que bursal (Conf., t. 7, p. 45).

M. Daguesseau ne fut jamais partisan ni de l'édit de 1673, ni de la publicité des hypothèques. Son opinion est fondée sur les motifs d'une politique assez étroite, et sur des préjugés aujourd'hui décriés. Il croyait que la publicité des hypothèques tuait le crédit des particuliers, en permettant des investigations curieuses dans le secret des familles, en découvrant des plaies que le temps eût guéries; et que le grand jour rendait incurables, en faisant disparaître pour toujours ces heureuses occasions qui permettent à l'un de rétablir son commerce par une opération habile, à l'autre de faire un mariage avantageux qui le met à même de payer les dettes de sa maison, etc.

Cependant d'autres jurisconsultes estimés appelaient de tous leurs vœux cette publicité dont nous sentons aujourd'hui les avantages, et luttèrent contre les opinions de leur siècle. Tel fut d'Héricourt (1) : il désirait que les coutumes de nantissement fussent adoptées dans toute la France, et il sollicitait le rétablissement de l'édit de 1673.

563. L'édit de juin 1771 eut pour but de le faire revivre en partie : c'est ce que déclare le roi dans le préambule. « Nous nous sommes déterminé, dit-il, à faire » revivre un projet aussi utile, en lui donnant une forme » nouvelle, qui pût en rendre l'exécution plus facile, » plus assurée et d'un avantage plus général. »

Cet édit fit disparaître les décrets volontaires, qui souvent absorbaient le prix des immeubles (Préambule de l'édit). Lorsqu'un acquéreur craignait de n'avoir pas ses sûretés, et voulait purger les hypothèques des biens par lui acquis, il stipulait ordinairement qu'il pourrait faire un décret volontaire, et qu'il ne serait tenu de payer le prix de l'acquisition qu'après que le décret aurait été scellé sans opposition.

Pour parvenir à ce décret volontaire, on passait une

(1) Vente des immeubles, chap. 11, sect. 3, n° 8; ch. 14, n° 7.

obligation en brevet d'une somme exigible au profit d'un tiers, qui en donnait à l'instant une contre-lettre : en vertu de cette obligation, celui qui en paraissait créancier faisait saisir réellement le bien dont il s'agissait, et en poursuivait la vente par décret. Les formalités de ce décret étaient les mêmes que celles du décret forcé ; si ce n'est que quand le décret volontaire se poursuivait sur l'acquéreur, on devait remarquer dans la procédure quel était le vendeur, afin que ses créanciers fussent avertis de former leur opposition (1).

Ces formalités *longues et de grand coût*, comme dit Loyseau (2), avaient été imaginées dans l'absence d'une bonne législation hypothécaire, pour veiller aux droits et à la tranquillité des acquéreurs, et pour que les vendeurs pussent recevoir le prix de leur bien.

L'édit de Louis XV substitua à la formalité des décrets volontaires, celle des lettres de ratification qui purgeaient les immeubles des hypothèques dont ils étaient grevés. L'acquéreur exposait publiquement son titre d'acquisition. Les créanciers du vendeur devaient se faire connaître, et former opposition aux lettres de ratification (art. 8 et 9). Ils pouvaient requérir la surenchère pour éviter les fraudes. Ils étaient payés sur le prix par ordre de leurs privilèges et hypothèques. S'il n'y avait pas d'opposition dans le délai fixé, les lettres de ratification étaient scellées purement et simplement, et l'immeuble purgé. On n'exceptait pas même de l'obligation de former des oppositions, les femmes, les mineurs et les interdits, pour leur hypothèque légale (art. 17) (3).

Mais, comme le remarque M. Grenier (4), cet édit n'atteignait encore qu'une partie du but. Il laissait l'hypothèque occulte ; les prêteurs ne se connaissaient pour la première fois qu'à l'ordre, et c'était seulement alors que

(1) Répert., Décret d'immeubles.

(2) Act., Hyp., liv. 3, ch. 1, n° 9.

(3) *Infra*, n° 892 et 996.

(4) Disc. prélim., p. 26, et M. Treilhard (Conf., t. 7, p. 59).

plusieurs acquéraient la fâcheuse certitude qu'ils avaient été victimes d'une fausse sécurité, et qu'ils avaient prêté sans espoir d'être remboursés.

Aussi cet édit excita-t-il des réclamations générales dans les pays de nantissement, que l'art. 35 avait voulu priver de l'usage des saisines et nantissements pour acquérir hypothèque et préférence.

Dans ses remontrances, le parlement de Flandre disait : « qu'il fallait considérer la publicité des hypothèques comme le chef-d'œuvre de la sagesse, comme le sceau, l'appui et la sûreté des propriétés, comme un droit fondamental dont l'usage avait produit dans tous les temps les plus heureux effets, et avait établi autant de confiance que de facilité dans les affaires que les peuples belges traitent entre eux (1). »

Tel fut l'état des choses jusqu'à la révolution.

564. Les formes du nantissement furent abrogées par les lois destructives de la féodalité ; car plusieurs de ces formes étaient empruntées au régime féodal. La loi du 27 septembre 1790 les remplaça par la transcription des grosses des contrats d'aliénation ou d'hypothèque. Cette transcription se faisait au greffe des tribunaux.

La loi du 9 messidor an III fut la première qui établit la publicité de l'hypothèque. Elle voulut que tout titre conférant l'hypothèque fût inscrit chez le conservateur.

L'hypothèque était acquise du jour du contrat s'il y avait inscription dans le mois ; passé ce délai, l'hypothèque ne prenait plus rang que du jour de son inscription. Cette idée de l'inscription est à peu près la seule chose qui soit restée de cette loi, trop empreinte, dans ses autres parties, de l'esprit d'une faction qui voulait révolutionner la propriété. Par exemple, on avait imaginé de créer ce qu'on appelait du nom bizarre d'*hypothèque sur soi-même* (art. 36) (2). Le propriétaire faisait la déclara-

(1) Disc. de M. Treilhard, *loc. cit.*

(2) V. mon Comm. de la *Vente*, t. 2, n° 906. Je donne de nouveaux aperçus sur les inconvénients de cette loi.

tion de ses biens au conservateur des hypothèques : l'estimation en était déterminée par une expertise faite contradictoirement avec le conservateur, qui était garant envers les tiers de leur valeur capitale. Le conservateur délivrait au propriétaire des *cédulas hypothécaires* en autant de coupons qu'il désirait, et jusqu'à concurrence des trois quarts du prix vénal des biens déclarés, y compris le montant des hypothèques dont ils étaient déjà grevés. Ces cédulas hypothécaires étaient transmissibles par voie d'*endossement à ordre* ; elles formaient titre exécutoire contre le souscripteur au profit de celui à l'ordre duquel elles étaient passées. Ainsi le sol se trouvait mobilisé, mis en portefeuille, et livré, comme je l'ai dit dans mon *Commentaire de la Vente*, à toutes les chances du jeu et de l'agiotage !!! Cette idée n'eut pas de faveur, et la loi du 9 messidor ne fut pas même mise à exécution. On voit combien les intérêts de ceux qui gouvernaient alors étaient en harmonie avec les opinions et les intérêts de la nation ! Peut-être y a-t-il aujourd'hui quelque secte philosophique qui regrette ce système destructif de la propriété foncière (1). Tout ce que je puis en dire, c'est que je le trouve radicalement impraticable et profondément antipathique aux besoins que la sagesse du législateur doit spécialement protéger.

564 bis. La loi du 11 brumaire an VII fut vraiment créatrice d'un bon système hypothécaire en France, et beaucoup d'excellents esprits pensent que le Code Napoléon est loin de l'avoir dignement remplacée ; elle fut établie sur trois principes fondamentaux : la spécialité de l'hypothèque, sa publicité par l'inscription, et la nécessité de la transcription pour la transmission de la propriété. Son système est au surplus encore trop près de nous, pour que j'ajoute quelque chose à ce que j'en ai dit dans la préface de cet ouvrage.

(1) M. Decourdemanche le propose dans son livre intitulé : *Du danger de prêter sur hypothèque*, p. 171.

565. C'est avec raison que le Code Napoléon a voulu (1) que la publicité présidât aux transactions hypothécaires; le crédit des particuliers, comme celui des états, s'entretient par la confiance. Le crédit, a dit très-bien l'abbé Maury, est *l'usage de la puissance d'autrui*. Cet auxiliaire manquerait aujourd'hui à celui qui voudrait envelopper ses affaires de secrets et de ténèbres, et qui ne jouerait pas *cartes sur table*.

Mais le Code Napoléon a-t-il complètement rempli les espérances des partisans de la publicité? J'ai examiné cette question dans la préface de cet ouvrage. On voudra bien y recourir.

566. L'inscription est, d'après notre article, l'instrument, le véhicule de la publicité; mais elle ne fait pas l'hypothèque, elle la met seulement en action. On peut appliquer ici les réflexions que j'ai faites ci-dessus sur l'inscription des privilèges (2).

L'effet de l'inscription est de déterminer le rang des hypothèques *entre créanciers*. Peu importe l'époque des contrats portant constitution d'hypothèque. L'hypothèque est inerte tant que l'inscription ne la fait pas connaître. Les créanciers ne doivent en tenir compte *entre eux* que suivant les dates de l'émission des inscriptions. Car elles seules leur apprennent les charges qui pèsent sur le débiteur; sans cela ils n'auraient pas traité avec lui.

567. Puisque l'inscription n'est requise que pour assurer le rang des hypothèques *entre créanciers*, il suit qu'elle n'est pas requise à l'égard du débiteur. En effet, tout créancier porteur d'un titre authentique peut faire exproprier son débiteur (art. 2213 du Code Napoléon); il n'est donc pas nécessaire d'être créancier hypothécaire

(1) Le système adopté par le Code Napoléon éprouva des difficultés au conseil d'État. On peut voir, par les efforts que fait M. Treilhard pour défendre, dans son discours au corps législatif, *la spécialité et la publicité*, qu'il y avait encore beaucoup de préjugés en faveur de l'hypothèque générale et occulte.

(2) N° 266.

inscrit pour forcer un débiteur à remplir ses engagements sur ses immeubles.

Cependant, comme le fait remarquer M. Grenier (1), il est toujours prudent de s'inscrire. Car avant la dénonciation prescrite par l'art. 687 du Code de procédure civile, le débiteur peut vendre la chose dont on fait l'expropriation, et priver de son gage le poursuivant qui ne s'est pas attribué un droit de suite à l'égard des tiers (art. 692 Code de procédure civile) (2).

568. Mais on a demandé si les créanciers chirographaires peuvent opposer à un créancier hypothécaire le défaut de son inscription, lorsque, le cas de faillite venant à arriver, il n'est plus possible de prendre inscription.

On peut dire, pour la négative, qu'étant les ayants-cause du débiteur, ils ne peuvent être de meilleure condition que lui ;

Que l'inscription, n'étant requise que pour assurer la préférence des hypothèques, ne paraît avoir été exigée par la loi que dans l'intérêt des créanciers hypothécaires, et non des créanciers chirographaires ;

Que les créanciers chirographaires, par cela même qu'ils ont cette qualité, n'ont pas cherché à s'assurer un droit de suite sur les immeubles du débiteur, qu'ils ne peuvent être mis sur la même ligne que celui qui a pris la précaution de stipuler pour lui une hypothèque.

Mais ces raisons sont plus spécieuses que solides.

L'art. 2134 ne distingue pas. *Entre créanciers*, dit-il ; ces termes sont généraux et ne comportent pas d'exception. Notre article doit être rapproché d'ailleurs de l'article 2113 du Code Napoléon, qui dit formellement que l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions. Or, on doit comprendre dans la classe des tiers, non-seulement les créanciers hypothé-

(1) T. 1, p. 138.

(2) Répert., Saisie immob., § 9, art. 1, n° 14.

caires, mais encore les créanciers chirographaires. Car, quoique les uns et les autres tirent leurs droits du débiteur, ils ne tiennent pas leur rang de lui, et, par conséquent, ils sont tiers les uns à l'égard des autres pour s'opposer à ce que des préférences injustes soient établies en faveur de quelques-uns au préjudice de tous. La loi a déterminé les causes de préférence. Ce sont le privilège et l'hypothèque. Mais l'hypothèque, pour sortir de son inertie, est soumise à des conditions. Elle doit être inscrite ; sans cela, elle n'est qu'un corps privé des facultés qui le font mouvoir. Elle est réduite à un état purement passif, et la loi lui refuse le droit de produire une préférence.

En poussant plus loin les arguments, on voit par l'art. 2135 qu'il n'y a que certaines hypothèques privilégiées qui ont existence, à l'égard des tiers, indépendamment de toute inscription. Telles sont les hypothèques légales des femmes et des mineurs. Donc, toutes les autres hypothèques n'ont d'existence entre créanciers, à l'égard des tiers, qu'avec le concours de l'inscription. Donc, les créanciers chirographaires ont intérêt à repousser, comme incomplète, toute hypothèque dépourvue d'inscription.

Peu importe que les créanciers chirographaires n'aient pas cherché à s'assurer une préférence sur les biens de leur débiteur. Ce n'est pas une raison pour créer contre eux d'injustes préférences. C'est avec bien plus de raison qu'ils peuvent dire au créancier hypothécaire non inscrit, qu'ayant manqué aux obligations imposées par la loi, il ne doit pas réclamer son bénéfice.

Au surplus, ce dernier système a été consacré par différents arrêts (1), et personne ne le conteste aujourd'hui.

569. On a aussi agité la question de savoir si le créan-

(1) Pau, 23 juin 1816 (Dal., Hyp., p. 168). Cassat., 11 juin 1817 (Idem, p. 242). Rép. Inscript., p. 156. Q. de Droit, v<sup>o</sup> Succession vacante, § 1, n<sup>o</sup> 2. Grenier, Hyp., t. 1, p. 123 et suiv. Dalloz, Hyp., p. 223, n<sup>o</sup> 2.

cier hypothécaire inscrit, qui a eu connaissance d'une hypothèque antérieure non inscrite, peut ensuite opposer le défaut d'inscription.

L'affirmative est incontestable, et a été jugée par un arrêt de la cour de Bruxelles du 6 juin 1809 (1).

En effet, la loi ayant exigé, par des motifs d'intérêt général, que l'hypothèque soit inscrite, toute hypothèque non inscrite est réduite *ad non esse*, à l'égard des tiers, soit qu'ils aient eu connaissance de l'hypothèque, ou qu'ils l'aient ignorée. Une circonstance particulière, telle qu'une notion extra-judiciaire, ne peut faire fléchir la volonté du législateur.

569 bis. L'art. 2134 soumet à l'inscription toutes les hypothèques, soit légales, soit judiciaires, soit conventionnelles.

On a vu ci-dessus que dans les coutumes de nantissement les hypothèques judiciaires n'étaient pas soumises au nantissement (n° 559). C'était un vice radical qui permettait d'éluder les dispositions de la loi protectrices de la publicité.

Eclairé par l'expérience, le législateur a évité cet inconvénient, en soumettant à l'inscription l'hypothèque judiciaire.

On verra dans l'article suivant quelles hypothèques légales sont dispensées de l'inscription.

570. L'inscription n'est pas abandonnée pour la forme aux caprices des parties. Cette formalité était trop importante pour que le législateur ne prît pas le soin d'indiquer les solennités par lesquelles s'établit la publicité. On verra, quand j'analyserai l'art. 2146, quelle est sur ce point la théorie du Code Napoléon.

#### ARTICLE 2135.

L'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription,

(1) Sirey, 14, 2, 62. Dal., p. 418, note 7.

1° Au profit des mineurs et interdits, sur les immeubles appartenant à leur tuteur, à raison de sa gestion, du jour de l'acceptation de la tutelle ;

2° Au profit des femmes, pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leur mari, et à compter du jour du mariage.

La femme n'a hypothèque pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues, ou de donations à elle faites pendant le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions ou du jour que les donations ont eu leur effet ;

Elle n'a hypothèque, pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente.

Dans aucun cas, la disposition du présent article ne pourra préjudicier aux droits acquis à des tiers avant la publication du présent titre.

### SOMMAIRE.

571. L'absence d'inscription pour les hypothèques des femmes, des mineurs et des interdits, ne peut leur être opposée. Quand les hypothèques sont inscrites, elles ne prennent pas rang de l'inscription.
572. La dispense d'inscription pour hypothèque des *mineurs* subsiste, même après la fin de la tutelle. Cette hypothèque, ainsi que celle des interdits, remonte à l'acceptation de la tutelle.
573. L'art. 2135 a profité aux individus en état de minorité lors de sa promulgation, bien que la tutelle fût commencée sous la loi de l'an VII. Mais les créanciers qui s'étaient fait inscrire ont conservé leur priorité sur le mineur, pour qui l'art. 2135 a valu inscription. L'art. 2135 n'a pas profité aux personnes dont la tutelle était finie lors de sa promulgation.
574. De l'hypothèque légale des femmes. Renvoi pour le détail des droits qui en sont investis.

575. Tous ces droits ont hypothèque légale sans inscription. Réfutation de l'opinion de M. Grenier, qui veut que les droits paraphernaux de la femme soient inscrits. Sens des mots *reprises et propres* dans leur plus large acception.
576. L'hypothèque légale des femmes demeure dispensée d'inscription, même après la dissolution du mariage.
577. Époque à laquelle remonte l'hypothèque de la femme. Le projet de Code Napoléon proposait une époque unique. Le tribunal démontra que cela eût favorisé les fraudes. Adoption du système de plusieurs époques différentes, suivant les droits divers de la femme.
578. Époque de l'hypothèque pour *dot et conventions matrimoniales*.
579. Quand il y a contrat de mariage, l'hypothèque remonte au jour du contrat. Textes positifs en faveur de cette opinion.
580. Elle s'appuie d'ailleurs du principe qui veut que les conditions mixtes, comme la condition *si le mariage s'accomplit*, produisent un effet rétroactif.
581. M. Grenier, M. Persil et M. Dalloz pensent cependant que l'hypothèque pour dot ne prend date que du jour du mariage. Réfutation de cette doctrine par les lois romaines.
582. Et par l'opinion de Domat, de Lamoignon, de Basnage et de plusieurs arrêts.
583. Lebrun, tout en reconnaissant que la rétrogradation devait avoir lieu au jour du contrat, proposait de ne l'admettre qu'autant qu'il se serait écoulé peu de temps entre le contrat et les noces. Mais cette limitation était repoussée par la jurisprudence des arrêts. D'ailleurs, il ne fallait pas permettre que le mari se dépouillât du gage dû à sa femme dans l'intervalle qui s'écoule entre le contrat et les noces.
584. Arguments tirés de différents textes du Code, et particulièrement de l'art. 1404. Conclusion.
- 584 bis. C'est au jour du contrat que remonte l'hypothèque pour *dot et conventions matrimoniales*, quand même il y aurait des termes stipulés pour le payement.
585. Étendue des mots *dot et conventions matrimoniales*. Tout ce qui est dotal n'a pas hypothèque du jour du contrat de mariage. Les biens à venir sont dotaux quand cela a été convenu ; mais ils n'ont hypothèque que du jour où ils sont échéance à la femme. Exemple tiré des donations et successions échues à la femme.
586. Quand une donation produit-elle son effet?
587. Détails d'autres droits éventuels qui peuvent échoir à la

femme. Par exemple, sommes provenant de l'exercice d'une action en rescision, ou d'un réméré exercé par le vendeur quand l'immeuble grevé du pacte de rachat était dotal, ou d'un rachat de rente quand la rente rachetée était dotale. Date de l'hypothèque de ces différents droits.

588. De l'hypothèque de la femme pour *indemnité des dettes*. Origine de cette hypothèque. Inconvénients de l'ancienne jurisprudence, qui la faisait rétrograder au jour du contrat. Pour éviter les fraudes, le Code Napoléon a voulu qu'elle ne prit date que du jour de l'obligation.
- 588 bis. La femme ne peut pas stipuler dans son contrat de mariage que son hypothèque, pour indemnité des dettes, remontera au jour du mariage. Réfutation de l'opinion contraire de MM. Delvincourt et Dalloz. Explication d'un arrêt de la Cour de cassation.
589. Origine de l'hypothèque de la femme pour emploi de propres aliénés. Sa date.
- 589 bis. Il ne faut pas confondre l'hypothèque pour *dot* aliénée avec l'hypothèque pour *propres* aliénés. La première a effet rétroactif, mais pas la seconde. La femme ne pourrait déroger par son contrat à la disposition de notre article, qui veut que l'hypothèque pour emploi de propres prenne date du jour de la vente.
590. Date de l'hypothèque pour les paraphernaux.
591. De la preuve des sommes paraphernales reçues par le mari.
592. Date de l'hypothèque pour augment de dot. Législation actuelle sur l'augment de dot.
593. De la forme des quittances de dot. Font-elles foi contre les tiers quand elles sont sous seing privé?
594. Modification à tout ce qui a été dit pour les femmes des faillis.
595. De la renonciation de la femme à son hypothèque légale. Il ne s'agit ici que de la renonciation *au profit d'un tiers*. Renvoi pour la renonciation *au profit du mari*.
596. De la femme mariée sous le *régime dotal*. Par le droit romain, elle pouvait renoncer à son hypothèque.
597. Mais seulement quand cela ne faisait pas périlcliter sa dot.
598. Cas où sa renonciation pouvait être utile au cessionnaire.
599. Par la jurisprudence formée sur le droit romain, on distinguait deux sortes de renonciations à l'hypothèque, la *renonciation expresse* et la *renonciation tacite*. Exemples de *renonciation tacite*.
600. Disputes sur les effets de la renonciation *in favorem*. Il faut dire qu'elle équivalait à une cession.

- 600 *bis*. M. Proudhon prétend aujourd'hui que la renonciation *in favorem* n'est qu'extinctive. Erreur de cet auteur. Elle est *translative*. Elle vaut cession.
601. Conclusion que la femme *dotée* peut, sous le Code Napoléon, renoncer à son hypothèque quand elle ne se préjudicie pas. Opinion contraire de M. Persil réfutée.
602. La femme *commune* peut céder son hypothèque à un tiers.
603. Exemple de renonciations tacites ou cessions faites par une femme *commune*.
604. Effet de la cession de la femme entre créanciers.
605. 1<sup>er</sup> cas. Position des créanciers postérieurs à la cession.
606. 2<sup>e</sup> cas. Position des créanciers antérieurs. Distinction s'ils sont chirographaires ou hypothécaires. Exemples proposés.
607. Suite.
608. Les créanciers cessionnaires de l'hypothèque de la femme viennent, entre eux, par rang de date de leurs cessions. Raison de cela. Arrêt vicieux de la cour de Paris.
609. Les créanciers subrogés à la femme n'ont pas besoin de faire inscrire leur subrogation. Dissentiment avec M. Grenier.
- 609 *bis*. Effet de la renonciation de la femme à l'égard de l'acquéreur d'un immeuble grevé de son hypothèque.
610. Si le créancier cessionnaire de la femme peut agir sans qu'il y ait séparation des biens.
611. Mode de colloquer une femme non séparée, quand on distribue le prix de l'immeuble de son mari.
612. Examen de la question de savoir si la femme mariée sous le régime *dotal* peut, pendant le mariage, préférer une collocation sur le prix de l'immeuble grevé de son hypothèque à la revendication de son fonds *dotal* aliéné. Arrêts opposés sur cette question. Défense de la jurisprudence de la Cour de cassation, et réfutation de l'opinion contraire de M. Grenier, consacrée par quelques cours du Midi.
613. Position de la question.
614. Principes du droit romain sur l'inaliénabilité du fonds *dotal* et l'hypothèque légale des femmes.
615. Erreur singulière de la Cour de cassation sur le sens de la loi 30 au Dig., *De jure dotium*. Autre erreur de M. Crémieux, avocat à Nîmes, qui a soutenu que cette loi était abrogée par la loi unique au C. *De rei uxoriæ actione*.
616. Explication de la loi 30 au C. *De jure dotium*. Conséquences qui en résultent.
617. Jurisprudence française sur cette question.
618. Arrêt d'Aix rapporté par Boniface.