

CODE NAPOLÉON,

LIVRE III,

TITRE XVIII:

DES

PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

CHAPITRE VII.

DE L'EXTINCTION DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

ARTICLE 2180.

Les privilèges et hypothèques s'éteignent,

1° Par l'extinction de l'obligation principale,

2° Par la renonciation du créancier à l'hypothèque,

3° Par l'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers détenteurs pour purger les biens par eux acquis,

4° Par la prescription.

La prescription est acquise au débiteur, quant aux biens qui sont dans ses mains, par le temps fixé pour la prescription des actions qui donnent l'hypothèque ou le privilège.

Quant aux biens qui sont dans la main d'un tiers détenteur, elle lui est acquise par le temps réglé

pour la prescription de la propriété à son profit : dans le cas où la prescription suppose un titre, elle ne commence à courir que du jour où il a été transcrit sur les registres du conservateur.

Les inscriptions par le créancier n'interrompent pas le cours de la prescription établie par la loi en faveur du débiteur ou du tiers détenteur.

SOMMAIRE.

846. 1^{re} cause d'extinction de l'hypothèque : paiement, novation, etc.
847. De la dation en paiement. Lorsque le créancier est évincé de la chose donnée en paiement, les anciennes hypothèques revivent-elles ?
848. Si la cause d'éviction est postérieure à la dation en paiement, ou si elle est volontaire, on doit appliquer la maxime *obligatio semel extincta non reviviscit*.
849. Mais il en est autrement si l'éviction a lieu *ex causâ antiquâ vel necessariâ*. Lois romaines sur ce point. L. 46, D. De solut. L. 8, C. De sent. et interlocut.
850. Examen des lois alléguées comme contraires.
851. Notamment de la loi *Eleganter*, 24, D. De pignor. act. Conclusion qu'en ont tirée Bartole, Cynus et Cujas.
852. Mais cette loi ne peut militer contre les lois 46, D. De solut., et 8, C. De sent. Le principe est donc que l'obligation ancienne revit.
853. Développements de ce principe et application.
854. 1^{er} cas. L'ancienne hypothèque revit entre le créancier évincé et le débiteur originaire. (Art. 1187 du Code Napoléon.)
855. 2^e cas. L'ancienne hypothèque revit à l'égard des tiers qui avaient hypothèque avant la dation en paiement.
856. Argument tiré de l'art. 2177 du Code Napoléon.
857. La publicité de l'hypothèque n'empêche pas cette solution.
858. Utilité de la clause que la dation en paiement ne nuit pas à l'ancienne obligation.
859. 3^e cas. L'ancienne hypothèque revit-elle même contre ceux qui ont acquis les biens postérieurement à la dation en

payement, ou qui, postérieurement à cette dation, ont reçu hypothèque du débiteur? Opinion de MM. Toullier et Grenier. Arrêt de la cour de Nancy.

860. Opinion contraire préférable. Cas à distinguer.
861. Examen de la question à l'égard de ceux qui ont acquis, postérieurement à la dation en payement, des biens qu'elle devait affranchir. Il faut décider que l'hypothèque revit.
862. Dissentiment avec M. Toullier et M. Grenier. La publicité ne s'oppose pas à la renaissance des anciennes hypothèques.
863. En effet, si l'inscription n'a pas été radiée, les acquéreurs l'ont connue; ils ne peuvent se plaindre. Dissentiment avec la cour de Nancy.
864. Si le créancier muni de la dation en payement a consenti à la radiation, il pourra toujours se faire inscrire, tant que l'acquéreur n'aura pas transcrit. La radiation n'éteint pas l'hypothèque. Elle n'éteint que l'inscription.
865. Il en est de même s'il a laissé périmer son inscription.
866. Examen de la question lorsque, postérieurement à la dation en payement, le débiteur a donné de nouvelles hypothèques sur les biens qu'il croyait libérés.
867. 4^e cas. Lorsque l'immeuble donné en payement, et objet de l'éviction, est celui sur lequel on prétend faire revivre l'hypothèque, la question est décidée par l'art. 2177.
868. 2^e cause d'extinction. Renonciation du créancier. D'où résulte la renonciation tacite? Du consentement à la vente.
869. De celui qui assiste à la vente comme témoin.
870. Du cas où la vente à laquelle on a consenti n'est pas suivie d'effet. Si elle était suivie d'effet, l'hypothèque ne renaîtrait pas, quand même le débiteur se rendrait acquéreur de l'objet aliéné. *Quid* cependant, si le créancier avait hypothèque générale?
871. Du créancier hypothécaire qui consent que la chose soit hypothéquée à un autre. Renonce-t-il à son rang ou à son hypothèque?
872. Renvoi pour la renonciation de la femme à son hypothèque légale.
873. 3^e cause d'extinction. Formalités pour purger. Renvoi.
874. 4^e cause. Prescription. Principes du droit romain et du droit français à l'égard du débiteur direct.
- 875-876. Suite.
877. Droit d'après le Code Napoléon. La loi *Cum notissimi* est rejetée.

878. Principes sur la prescription à l'égard du *tiers détenteur*.
 878 *bis*. Suite.
879. De la bonne foi du tiers détenteur, et d'abord du cas où il est expressément chargé des hypothèques.
880. Du cas où l'hypothèque n'est pas déclarée.
 880 *bis*. Du cas où il est prouvé que l'acquéreur a eu connaissance des inscriptions ou de l'hypothèque. Erreur de la cour de Bourges.
881. Réfutation de l'opinion de MM. Grenier et Delvincourt.
882. Autre raison de M. Delvincourt réfutée.
883. Quand commence la prescription? Pourquoi commence-t-elle à compter de la transcription, quand il lui faut titre et bonne foi?
- 883 *bis*. De l'*interruption* de la prescription. L'inscription n'est pas un moyen d'interruption. *Quid* du purgement?
884. Des personnes contre qui court la prescription. Du mineur. Le mineur ne relève pas le majeur dans les choses divisibles.
885. La prescription court-elle contre la femme mariée?
886. Court-elle à l'égard d'une créance conditionnelle? *Quid* si, *pendente conditione*, le tiers détenteur possède la chose pendant dix ans avec titre et bonne foi?
887. Que pensait-on à cet égard dans l'ancienne jurisprudence? Que doit-on décider sous le Code Napoléon?
- 887 *bis*. Quelles personnes sont aptes à opposer la prescription de l'hypothèque?
- 887 *ter*. Actes d'où résulte la renonciation à l'hypothèque. Dissentiment avec la cour de Grenoble.
888. 5^e *cause*. *Resoluto jure dantis*, etc.
889. 6^e *cause*. Perte de la chose hypothéquée.
- 889 *bis*. De la transformation de la chose.
890. L'hypothèque sur la chose passe-t-elle sur l'indemnité qui la représente en cas d'incendie? Erreur de quelques auteurs et de deux cours impériales.
- 890 *bis*. *Quid* en matière d'indemnité d'émigré?
891. De la perte de l'usufruit par la consolidation.

COMMENTAIRE.

846. Notre article, qui fait à lui seul la matière du chapitre 7, s'occupe des moyens d'extinction de l'hypothèque.

La première cause d'extinction de l'hypothèque est l'anéantissement de l'obligation principale. L'hypothèque étant l'accessoire d'une obligation principale, doit s'éteindre avec elle ; l'accessoire suit toujours le sort du principal.

Il faut que l'obligation principale soit éteinte pour le total ; car s'il en restait la plus petite partie, l'hypothèque subsisterait pour le tout (1).

Il n'importe de quelle manière la dette ait été éteinte, soit par le paiement réel, soit par la remise que le créancier en fait à son débiteur, soit par la compensation, soit par la novation.

Cependant, si la novation contenait une réserve des hypothèques, ces hypothèques seraient transférées à la nouvelle créance, et ne seraient pas éteintes (2).

847. La dation en paiement qui a lieu lorsqu'à la place de ce qui est dû, le créancier consent à recevoir une chose mobilière ou immobilière, opère libération, puisqu'elle équivaut à un paiement, comme l'indique son nom. Elle engendre novation, elle éteint par conséquent les hypothèques attachées à l'ancienne créance (3).

Mais si le créancier vient à être évincé de la chose, on demande si l'hypothèque de l'ancienne créance renaîtra.

Pour résoudre cette question, il faut d'abord distinguer si l'éviction a lieu pour une cause postérieure au

(1) Pothier, Orléans, t. 20, n° 59. L. 19, Dig. *De pign. hyp. Suprà*, t. 2 n° 388. Voët, lib. 20, t. 15, n° 2.

(2) Pothier, *loc. cit.*

(3) Arrêt de cassation du 19 juin 1817 (Sirey, 19, 1, 35). M. Toullier, t. 7, n° 301. Voyez au surplus, sur la dation en paiement, mon Commentaire de la *Vente*, t. 1, n° 7. — Mais la collocation dans un ordre n'équivaut pas à un paiement, et elle laisse subsister l'hypothèque jusqu'à paiement effectif. Cass., 18 mai 1808 (Sirey, 8, 1, 291). Par suite, le créancier, en renonçant au bénéfice de la collocation, peut exercer son droit hypothécaire sur d'autres biens du débiteur. Paris, 31 août 1815 (Sirey, 16, 2, 12). Cass., 25 février 1839 (Sirey, 39, 1, 297). — V. cependant Paris, 25 avril 1838 (Sirey, 39, 2, 81).

contrat ou imputable au créancier, ou si cette éviction procède d'une cause antérieure au contrat, *ex causâ antiquâ vel necessariâ*.

848. Si la cause de l'éviction est postérieure au contrat et volontaire de la part du créancier, nul doute que, dans ce cas, les hypothèques éteintes ne revivent pas. C'est une maxime fondée sur la raison que : « *Obligatio, » semel extincta, non reviviscit, nisi justa causa subsit ex » quâ æquitas subveniat, » ou, comme le dit la loi 98, § 8, D. *De solut.* : « *In perpetuum sublata obligatio resti- » tui non potest.* » La même règle se tire aussi de la loi 4, C. *De transact.* (1).*

849. Mais si la cause est antérieure au contrat, et si c'est une cause nécessaire, il y a plus de difficulté pour savoir si les hypothèques attachées à la créance qu'on a voulu éteindre par la dation en paiement, reprennent leur force au moment de l'éviction. On trouve sur cette question beaucoup d'opinions contraires.

Jetons d'abord un coup d'œil sur les lois romaines.

La loi 46, D. *De solut.*, porte ce qui suit : « Si quis » *aliam rem pro aliâ volenti solverit, et evicta fuerit » res, manet pristina obligatio; et si pro parte fuerit » evicta, tamen pro solido obligatio durat; nam non ac- » cepisset re integrâ creditor, nisi pro solido ejus fie- » ret* (2). » Ce qui signifie :

Si un débiteur donne à son créancier qui l'accepte un immeuble en paiement de la chose qu'il lui devait, et si le créancier en est évincé, l'ancienne obligation demeure dans toute sa force. Si l'éviction n'a lieu que pour partie, l'ancienne obligation ne subsiste pas moins pour le tout; car le créancier n'aurait pas reçu la

(1) M. Toullier, t. 7, p. 360, n° 300.

(2) Pothier, Pandect., t. 3, p. 366, n° 85. Ce texte est tiré d'un ouvrage de Marcianus, sur les *Règles du droit*, lib. 3, *Regularum*. On peut dès lors le considérer comme étant l'expression d'un principe.

chose si elle n'avait pas dû devenir sienne en entier.

La même règle est portée dans la loi 8, C. *De sententiis et interloc.*

« Libera quidem Theodora, quam ex emptionis causâ,
 » vel in solutum creditori traditam proponis, pronun-
 » tiata, citrà provocationis auxilium, sententia rescindi
 » non potest. Verùm si, motâ quæstione, præmissâ dé-
 » nuntiatione ei qui auctor hujusmodi mulieris fuit, ju-
 » dicatum processit, quanti tuâ interest, empti, si emisti,
 » vel ob debitum reddendum, si in solutum data est,
 » repetere non prohibueris. »

Si un jugement a déclaré libre Théodora, qui avait été vendue par celui qui s'en croyait le maître, ou qui avait été donnée par le même en paiement d'une dette qu'il avait contractée, la sentence ne peut être réformée sans le secours de l'appel, et l'éviction demeure dans toute sa force. Mais... l'acheteur aura contre son vendeur l'action utile *ex empto* ; ou bien, si cette Théodora avait été donnée en paiement, le créancier recourra contre son débiteur pour se faire rendre ce qui lui était dû avant cette dation en paiement.

On voit que ces deux lois décident que, malgré la novation produite par la dation en paiement, l'action primitive n'est pas éteinte, si le créancier est évincé de ce qu'il a reçu.

850. On oppose contre cette résolution les trois lois qui suivent : la loi 4, C. *De evict.* ; la loi 24 *Eleganter*, D. *De pignorat. act.* ; la loi 1, au C. *De rer. permut.*

Voyons ce qu'elles portent :

« Si prædium (dit la loi 4, *De evict.*) tibi *pro soluto*
 » datum est quod aliis creditoribus fuerat obligatum,
 » causa pignoris mutata non est : igitur si hoc jure fue-
 » rit evictum, utilis tibi actio *contrà debitorem* compe-
 » tit ; nam hujusmodi contractus vicem venditionis
 » obtinet. »

Si on vous donne en paiement un immeuble hypothéqué à différents créanciers, leur hypothèque n'en est

pas altérée. C'est pourquoi, si ces créanciers vous évincent par l'action hypothécaire, vous avez l'action utile *de evictione* contre votre débiteur ; car le contrat de dation est assimilé à la vente.

Comme on l'aperçoit, cette loi ne prive pas du tout le créancier évincé de l'action qu'il peut avoir contre son débiteur en vertu de l'ancienne obligation : elle se borne à dire qu'il aura l'action utile *de evictione*. Ainsi donc, elle se concilie très-bien avec les précédentes, et de leur combinaison il résulte qu'à son choix le créancier aura l'action utile *de evictione*, ou bien l'action résultant de l'ancienne obligation.

851. Passons à la loi *Eleganter* 24, D. *De pign. act.* (1) :

« Eleganter apud me quæsitum est si impetrâsset creditor à Cæsare ut pignus possideret, idque evictum esset, an habeat contrariam pignoratitiam. Et videtur finita esse pignoris obligatio, et à contractu recessum. Imò utilis ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisficiat, vel in quantum ejus intersit. Et compensationem habere potest creditor, si fortè pignoratitiâ vel ex aliâ causâ cum eo agetur. »

Lorsque le créancier avait fait mettre en vente la chose hypothéquée, s'il ne se présentait pas d'acheteurs, il obtenait du prince le droit de retenir cette chose *jure domini*. Un créancier, ayant donc obtenu ce droit, fut évincé de la chose ; et Ulpien fut consulté sur la question de savoir si, à raison de cette éviction, ce créancier avait contre son débiteur l'action pignoratice contraire. Le jurisconsulte commence par dire qu'il semble que le contrat hypothécaire a été éteint, et qu'il y a eu abandon de ce même contrat. Cette solution est donnée sous la forme du doute ; et, sans l'approfondir davantage, Ulpien s'attache à une autre raison, qui doit invinciblement faire triompher celui qui le consulte ; c'est que, dans

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 580, n° 36.

tous les cas, il a l'action utile *ex empto*, de même que si la chose lui eût été donnée en paiement, pour obtenir d'être remboursé de ce qui lui était dû, ou de ses dommages et intérêts. Et si son débiteur agissait contre lui par l'action pignoratice directe, ou par toute autre, soit pour la prestation des fautes qu'il aurait commises sur le gage, soit par un autre motif, il pourra opposer la compensation.

Bartole a tiré de cette loi la conclusion que l'éviction ne fait pas revivre l'action originaire : *Nota quòd, re evictâ, primâ actione non agitur* (1); et pour concilier cette solution avec la loi *Si quis aliam*, D. *De solut.*, que je citais tout à l'heure, voici comment il raisonne : Dans la loi *Si quis aliam*, le jurisconsulte suppose qu'on a donné une chose en paiement d'une autre chose : *Ibi datur in solutum species pro specie*; au contraire, dans la loi *Eleganter*, on a donné une espèce à la place d'une somme d'argent : *hic species pro pecuniâ*. Or, quand on a donné une chose à la place d'une somme d'argent, c'est une vente, et l'on sait que le vendeur se libère en livrant la chose, quoiqu'il n'en rende pas l'acheteur maître et propriétaire : « *Quandò datur species pro pecuniâ, contrahitur emptio, in quâ liberatur venditor tradendo rem, licet non faciat emptorem dominum, ut leg. ex empto in principio de act. empt.* » Ainsi le contrat de vente est parfait par cela seul, et l'on renonce au premier engagement. « *Et idem perficitur contractus emptionis, et receditur à primo.* » Mais quand on donne une espèce pour une espèce, ce n'est pas une vente, c'est un échange, ou le contrat innommé *do ut des*, dans lequel on exige que la chose devienne parfaitement la propriété de celui qui la reçoit : « *Sed quandò datur species pro specie, non potest dici emptio, sed est permutatio, vel do ut des, in quibus requiritur quòd res perfectè fiat accipientis, ut L. fin. D. De condict. ob causam, et L. 1. De rer. permut.* »

(1) Sur la loi *Eleganter*, Dig., *De pign. act.*

Tel est aussi le sentiment de Cynus sur la loi *Libera Theodora*, C. *De sent.*, et de la glose sur la loi *Eleganter*.

Ce qu'il y a de remarquable en faveur de cette interprétation, c'est que Cujas l'adopte au livre 19 de ses Observations, chap. 38, où il la corrobore de nouveaux arguments tirés de la loi 1, au C. *De rer. permutatione*.

Voici les termes de cette loi : « Si cùm patruus tuus »
 » venalem possessionem haberet, pater tuus pretii no-
 » mine (licet non taxatâ quantitate) aliam possessionem
 » dedit; idque quod comparavit non injuriâ judicis nec
 » patris tui culpâ evictum est; ad exemplum ex empto
 » actionis non immeritò id quod tuâ interest, si in patris
 » jura successisti, consequi desideras. At si, cùm venalis
 » possessio non esset, permutatio facta est, idque quod
 » ab adversario præstitutum est, evictum est, quod da-
 » tum est, si hoc elegeris, cum ratione restitui postu-
 » labis. »

Je vais donner le sens de cette loi, d'après Cujas, dans ses Récitations solennelles sur le Code *De rer. permutatione*.

Votre oncle paternel ayant mis un fonds en vente, vous dites que votre père l'a acheté sans que le prix fût précisément déterminé, et qu'il a donné en paiement un autre fonds. Il est arrivé, suivant votre exposé, que le fonds transmis par votre oncle à votre père a été évincé, et il paraît certain que cette éviction n'a eu lieu ni par l'injustice du juge ni par la faute de votre père. Dans ce cas, on ne peut pas dire que ce soit positivement une vente; car il n'y a pas eu de prix certain, *non interveniunt nummi*; c'est un échange en vertu duquel vous compètera l'action *præscriptis verbis*, ou, comme le dit le texte lui-même, une action à l'instar de l'action *ex empto*. Cette action aura pour but de vous faire indemniser de l'éviction soufferte. Mais vous ne pourrez pas avoir la condition de la chose que votre père a donnée en contre-échange; car le contrat intervenu entre votre oncle et votre père a une grande affinité avec la vente,

à raison de la circonstance que la propriété de votre oncle était mise en vente, et que ce n'est qu'à titre de prix qu'il a reçu la chose. Or, dans le contrat de vente, l'acquéreur évincé n'a que l'action d'éviction, et l'on sait que le contrat de vente n'est pas résolu parce que l'acheteur est évincé. Mais si la chose de votre oncle n'avait pas été mise en vente, alors ce serait un échange pur et simple, et vous auriez à votre choix, ou l'action *præscriptis verbis* pour vous faire indemniser de l'éviction, ou la condition *ob causam* pour reprendre la chose donnée en contre-échange à votre père.

Quoiqu'il soit fort téméraire de combattre les opinions du grand Cujas, j'avoue que je ne vois pas que cette loi confirme le principe que l'éviction de la chose donnée en paiement ne fait pas revivre l'ancienne créance qu'on aurait voulu solder. Cette loi s'occupe d'un cas où il n'y a pas eu conversion d'une obligation primitive en une obligation postérieure : elle ne parle pas d'une novation. Elle a pour but d'indiquer les actions résultant du seul et unique contrat intervenu entre le père du demandeur et son oncle. A la vérité, cette loi prouve qu'il y a une différence, pour les actions qui en découlent, entre la vente et l'échange, et c'est ce qu'on ne conteste pas. Mais y a-t-il une différence entre la vente et l'échange pour faire revivre l'obligation primitive qu'on a voulu éteindre par une dation en paiement équivalant à vente, ou par une dation en paiement contenant échange? C'est ce dont la loi 1 C. *De rer. permut.* ne s'occupe pas.

Il faut donc voir si cette différence est formellement consacrée par les lois dont j'ai parlé ci-dessus.

852. On a vu que tous les auteurs, et à leur tête Bartole et Cujas, reconnaissent que, dans le cas d'échange, si la chose est évincée, le contrat primitif subsiste. Mais, à l'égard de la vente, Bartole et Cujas sont d'une opinion contraire sur le fondement de la loi *Elegantior*; et on est forcé d'avouer que, pour arriver à cette différence, ces deux grands interprètes ont tiré un très-habile

parti de la diversité d'effets que le droit romain attribuait à la vente et à l'échange.

Cependant je suis forcé de dire que je conserve des doutes, et il me semble que la loi *Eleganter* n'est pas assez formelle pour autoriser une différence qui répugne à la justice. Ulpien ne dit pas positivement que l'action pignoratice n'a pas lieu, et que le contrat de gage, pour lequel est intervenue la dation en paiement, est éteint; il propose cela sous la forme du doute : *Et videtur finita esse pignoris obligatio*, etc. Cette manière dubitative de s'exprimer ne me paraît pas conduire à un résultat différent de celui qui est si énergiquement et si explicitement donné par les lois 46, D. *De solut.*, et 8, C. *De sent.*, et je remarquerai sur cette dernière loi qu'elle ne dit pas, comme le suppose Bartole, que dans l'espèce on avait donné en paiement *species pro specie*. Elle dit que Théodora avait été donnée en paiement *pro debito*, ce qui suppose une dette d'argent, d'après le langage ordinaire.

Ainsi il faut dire que, par les lois romaines, la dation en paiement n'éteint l'obligation primitive qu'autant que le créancier n'est pas évincé; et que si l'éviction prouve que le débiteur ne lui a transféré qu'un domaine révocable, la première obligation renaît avec l'accessoire de ses hypothèques. C'est l'opinion de Doneau (1), de Voët (2) et de Renusson (3).

853. Voilà donc le principe trouvé (4). C'est dans les

(1) Sur la loi 4, C., *De evict.*, n° 5.

(2) *Ad Pandect.*, lib. 46, t. 2, n° 15.

(3) *Subrog.*, ch. 5, n° 21 et suiv.

(4) Il doit surtout prévaloir dans le système de la jurisprudence moderne. Car, en admettant la distinction de Bartole et de Cujas, entre le cas d'échange et le cas de vente, il faudra dire que la théorie du Code Napoléon sur la transmission de la propriété par le moyen de la vente étant absolument conforme à celle qui avait lieu dans le droit romain lorsqu'il y avait échange (voyez mon Commentaire sur le titre de la *Vente*, n° 4 et suiv.), on ne doit pas hésiter dès lors à donner la préférence aux lois 46, D. *De solut.*, et 8, C. *De sent.* qui sont la raison écrite.

lois 46, Dig. *De solut.*, et 8 C. *De sent.*, qu'il faut le chercher ; mais, pour le développer dans toute son étendue et sa clarté, il faut distinguer plusieurs cas.

Le premier cas a lieu lorsque le créancier évincé veut faire revivre l'ancienne créance à l'égard du débiteur.

Le second cas a lieu lorsqu'il veut la faire revivre envers les tiers, créanciers du débiteur.

Le troisième cas à remarquer est celui où l'hypothèque qu'on veut faire revivre frappe sur des biens autres que le bien donné en paiement.

Le quatrième cas se présente lorsque l'hypothèque qu'on veut faire revivre a eu lieu sur l'immeuble même qu'on a reçu en paiement.

854. Lorsqu'on veut faire revivre l'ancienne créance et ses hypothèques contre le débiteur lui-même, ce dernier ne peut avoir aucun moyen de résister à cette prétention légitime. C'est particulièrement au débiteur qu'est applicable le principe contenu dans les lois romaines que j'ai citées. Le Code Napoléon n'est pas moins formel. L'éviction résolvant la dation en paiement, les choses sont remises au même état que si le contrat de dation en paiement n'eût jamais existé. Telle est la disposition de l'art. 1183 du Code Napoléon. Le créancier n'a consenti à l'extinction de sa créance, que sous la condition qu'il ne serait pas troublé dans la jouissance de l'immeuble donné en paiement. L'extinction de la créance n'était donc que conditionnelle. Or, la condition venant à manquer, on doit dire que la créance n'a jamais été éteinte : elle a seulement été assoupie. *Non à morte, sed à somno resurgit*. C'est l'opinion de tous les auteurs (1).

Néanmoins, si l'éviction, au lieu de procéder *ex causâ antiquâ vel necessariâ*, provenait d'une cause personnelle au créancier et postérieure au contrat de dation en paiement, alors l'obligation précédente ne renaîtrait pas ; et

(1) Renusson, *loc. cit.* Basnage, *Hyp*, ch. 17. Toullier, t. 7, p. 564.

ce serait le cas d'appliquer la maxime : « *Obligatio sive actio semel extincta non reviviscit* » ; ou, comme le dit la loi 99, § 8 D. *de solut.*, « *In perpetuum sublata obligatio restitui non potest* (1). »

La raison en est que le débiteur, qui a donné une chose en paiement, n'est pas responsable des faits d'éviction qui surviennent postérieurement au contrat, ou par le fait de l'acquéreur. Pour que la transmission de propriété soit censée faite irrévocablement par le vendeur, il suffit que l'éviction ne provienne pas *ex causâ antiquâ et necessariâ*.

855. Mais l'hypothèque de l'ancienne créance revivra-t-elle à l'égard des tiers ?

Distinguons d'abord les tiers ayant hypothèque avant la dation en paiement, et les tiers ayant hypothèque postérieurement.

A l'égard des premiers, donnons une hypothèse. Je supposerai que l'hypothèque qu'on veut faire revivre est établie sur des biens autres que ceux donnés en paiement (2). *Putâ :*

J'ai hypothèque sur les biens A, B, C, appartenant à Titius, mon débiteur. Mon hypothèque est inscrite le 24 janvier 1824. Secundus a une hypothèque inscrite le 1^{er} janvier 1825, et Tertius une troisième hypothèque inscrite en février 1826. Le 1^{er} mars 1827, Titius me donne en paiement le fonds D ; mais Rémy, qui avait vendu cet immeuble à Titius, et qui n'en avait pas été payé, se pourvoit en résolution du contrat et m'évince. On sent l'intérêt que j'aurai à revenir armé de ma créance originaire, pour faire valoir mon hypothèque sur les fonds A, B, C. Mais Secundus et Tertius seront-ils fondés à me dire que mon hypothèque a été éteinte à leur égard, et qu'elle ne peut plus revivre ?

(1) V. aussi la loi 4, C., *De transact.*, et M. Toullier, t. 7, p. 360, n° 300.

(2) Ainsi il n'y a pas confusion.

Dans l'ancienne jurisprudence, cette question eut été décidée sans aucun doute contre Secundus et Tertius; car, n'éprouvant aucun dommage de ma présence, ils se plaindraient sans grief, les choses se trouvant dans le même état où elles étaient lorsqu'ils ont contracté. Aussi voit-on que les auteurs décident, en général, que l'éviction fait revivre les hypothèques attachées à l'ancienne créance (1).

856. Cette solution s'autorise de ce qui avait lieu en matière de délaissement. Lorsque le créancier, qui avait reçu en paiement la chose sur laquelle il avait hypothèque, en était évincé, il redevenait créancier en vertu de l'obligation primitive, et reprenait son rang d'hypothèque au regard de tous ceux qui avaient hypothèque sur l'immeuble avant la dation en paiement (2). C'est ce que décide l'art. 2177 du Code Napoléon, ainsi qu'on l'a vu ci-dessus.

A la vérité, il n'est question ici que des droits d'hypothèque que le créancier avait, avant la dation en paiement, sur l'immeuble même qui lui a été donné en paiement; au lieu que, dans la difficulté qui m'occupe en ce moment, les hypothèques qu'on veut faire revivre sont assises sur d'autres biens que celui donné en paiement. Mais les raisons de décider sont les mêmes pour l'un et l'autre cas. Elles se rattachent toujours au même principe, que la dation en paiement n'a pas été définitive.

857. Ce qui était ainsi décidé avant le Code Napoléon doit-il être également admis, depuis que l'hypothèque a été rendue publique et qu'elle est soumise à l'inscription?

Je crois que les principes sont les mêmes. Pour les appliquer sous le Code Napoléon, on trouve un argument extrêmement fort dans l'art. 2177 du même Code. Néanmoins, il est certaines circonstances où l'on peut demander si les règles de la publicité ne les font pas plier.

(1) Renusson et Basnage, *loc. cit.*

(2) Loyseau, liv. 6, ch. 4, n^o 14 et 15, et ch. 7, n^o 7.

L'hypothèque doit être inscrite : c'est l'inscription qui lui donne un rang utile. Mais supposez que le débiteur, qui se croit libéré par la dation en paiement qu'il m'a faite, fasse radier mon inscription sur les fonds A, B, C. Il est possible que, me croyant payé et indemnisé, et ne prévoyant pas de chances d'éviction, je donne quittance pleine et entière, et que j'autorise même la radiation.

Dans ce cas, si je viens à être évincé, la radiation m'aura fait perdre mon rang ; et Secundus et Tertius, qui ne marchaient qu'après moi, me primeront.

C'est en vain que je prétendrais reprendre mon premier rang. En vertu de quoi pourrais-je m'y placer ? Je n'ai plus d'inscription dont je puisse me prévaloir.

858. Pour éviter cet inconvénient, le créancier, qui reçoit en paiement une chose sur laquelle il peut avoir des craintes d'éviction, fera bien de stipuler qu'il se réserve, en cas de péril, son hypothèque ancienne et son inscription, et qu'il n'en sera pas accordé radiation. Cette précaution revient à peu près à celle que Bartole conseillait de prendre sous l'ancienne jurisprudence : « Nota » ut solet apponi in contractibus dationis in solutum » clausulam, *quòd si contingeret rem evinci, remaneat » actio in pristino statu* (1). »

Mais remarquez bien que j'ai dit que le créancier évincé peut prendre une nouvelle inscription, à la date de laquelle il fera valoir son droit d'hypothèque ; car, si la radiation lui a fait perdre son rang, la dation en paiement ne lui a pas fait perdre son hypothèque (2).

Quid si l'inscription que j'avais à la date du 24 janvier 1824 est périmée depuis la dation en paiement ?

On doit décider que cette péremption m'a fait perdre mon rang ; je devais prévoir l'événement qui est arrivé ; et, en père de famille diligent, je devais renouveler mes

(1) Sur la loi *Eleganter*, D., *De pign. act.*

(2) *Suprà*, t. 3, n° 757.

inscriptions sur les immeubles A, B, C, pour la conservation de mon droit (1).

859. Maintenant voyons ce qui concerne les créanciers qui ont acquis hypothèque postérieurement à la dation en paiement.

Finge. J'ai sur les fonds A, B, C, une hypothèque inscrite le 24 janvier 1824. Le 30 avril 1825, Titius, mon débiteur, me donne en paiement le fonds D. Quelque temps après, il consent hypothèque sur les immeubles A, B, C, à Secundus et Tertius. Mais il arrive que je suis évincé du fonds D, *ex causâ necessariâ et antiquâ*. Pourrai-je alors faire valoir mon hypothèque contre Secundus et Tertius ?

M. Toullier décide que non (2). Cette opinion paraît être aussi celle de M. Grenier (3). Elle a été adoptée par un arrêt de la cour de Nancy du 5 mars 1827, que les recueils n'ont pas donné, mais que je puise dans les registres du greffe de cette cour.

Voici les faits : Petit-Bien avait été condamné à payer certaines sommes au sieur Garnier, par jugement de ventôse an XII et de juillet 1806. Garnier prit inscription à la date des 20 thermidor an XII et 7 août 1806. Pour se libérer, Petit-Bien passa, le 15 février 1811, à Garnier, un acte par lequel il lui donna en paiement un jardin situé dans la commune d'Uruffe, avec faculté de rachat pendant cinq ans.

Mais ultérieurement, Garnier fut évincé par l'effet de poursuites hypothécaires. Pour faire revivre ses droits anciens, il prit, en janvier 1823, une inscription, en vertu des deux jugements de ventôse an XII et de juillet 1806.

Maintenant il faut savoir que, par acte sous seing privé du 7 prairial an XII, Petit-Bien avait vendu au

(1) *Suprà*, t. 3, n° 842.

(2) T. 7, n° 307, p. 367.

(3) T. 2, p. 446, n° 502.

sieur Godefrin différentes pièces de terre et prés situés sur le ban d'Uruffe. Cet acte sous seing privé n'ayant pas foi contre les tiers, Godefrin obtint, au mois de décembre 1814, jugement qui condamnait Petit-Bien à passer un acte authentique. A cette époque, l'inscription prise par Garnier, le 20 thermidor an XII, sur les biens vendus par Petit-Bien, était déjà périmée; et celle prise par le même, le 7 août 1806, le fut bientôt après. Plus tard, Godefrin vendit à un sieur Bernard les biens qu'il avait acquis sur Petit-Bien. Mais, dans le courant de décembre 1824, Garnier, muni de son inscription de 1825, qui affectait tous les biens du débiteur, dirigea des poursuites en délaissement contre Bernard.

Bernard appela Godefrin en garantie. Celui-ci prétendit, contre Garnier, que la dation en paiement avait éteint ses droits hypothécaires, et que, par conséquent, il n'avait pu prendre une nouvelle inscription pour s'assurer le droit de suite. Il soutenait que l'éviction soufferte par Garnier n'avait pu faire revivre des droits définitivement éteints; et, pour prouver que Garnier en avait lui-même ainsi jugé, il disait qu'il n'avait pas renouvelé en temps utile ses anciennes inscriptions.

Ce système a été adopté par l'arrêt de la cour, dont on va lire les considérants.

« Attendu que, d'après l'art. 834 du Code de procédure civile, la faculté d'inscrire postérieurement aux
 » aliénations ne peut appartenir qu'au créancier ayant
 » hypothèque au moment de ces aliénations; que c'est
 » à la date des 1^{er} et 12 décembre 1824 que les immeu-
 » bles dont il s'agit ont passé, dans la forme authen-
 » thique, entre les mains de Godefrin et de Bernard, son
 » acquéreur, et qu'on en poursuit aujourd'hui le délaisse-
 » ment contre ce dernier, en vertu des anciennes hypo-
 » thèques judiciaires qui s'attachaient aux jugements
 » des 11 ventôse an XII et 21 juillet 1806;

» Mais, considérant qu'à l'époque des aliénations de
 » 1814, ces hypothèques avaient cessé d'exister; que

» leur extinction avait été la conséquence de l'acte de
 » dation en paiement du 15 février 1814, par lequel le
 » débiteur originaire, pour se libérer des causes de ces
 » hypothèques, avait vendu à son créancier Garnier le
 » jardin désigné dans cet acte de dation en paiement;
 » Considérant que, pour conserver les anciennes hy-
 » pothèques en cas d'éviction, cet acte aurait dû au moins
 » en contenir la réserve expresse et spéciale pour les cas
 » d'éviction déterminés, notamment pour le cas d'évic-
 » tion de cet immeuble par l'action hypothécaire, mais
 » qu'on ne trouve dans l'acte de dation en paiement
 » aucune réserve à cet égard; qu'aussi voit-on que Gar-
 » nier, interprétant lui-même cet acte dans le sens de
 » l'extinction complète de ses titres hypothécaires, a né-
 » gligé de les conserver par le renouvellement de ses
 » inscriptions, celle du 20 thermidor an XII étant déjà
 » périmée avant les actes d'aliénation de 1814, et celle
 » du 7 août 1806 l'ayant été peu de temps après; qu'a-
 » lors, possesseur paisible, tant par lui que par son ac-
 » quéreur, du jardin qui lui avait été donné en paiement,
 » il a cessé pendant plus de cinq ans, depuis cette der-
 » nière péremption, de s'occuper de la conservation de
 » prétendus droits hypothécaires qu'il savait éteints;
 » qu'il ne s'en est pas occupé davantage lorsqu'il fut
 » averti des dangers de l'éviction par l'action hypothé-
 » caire dirigée contre son acquéreur en 1821... Qu'ainsi,
 » en résultat, les anciennes hypothèques de Garnier,
 » anéanties depuis longtemps, non réservées pour le cas
 » d'éviction survenu, ni conservées par des inscriptions,
 » n'ont pu servir de base aux commandements et som-
 » mations des 17 et 28 décembre 1824. »

860. J'avouerai qu'il ne m'est pas possible de me
 rendre aux autorités que je viens de citer. Je ne vois pas
 pour quel motif on voudrait s'écarter, à l'égard des tiers,
 des principes posés par les lois romaines; ils sont avoués
 par la raison et par l'équité; et le système de publicité
 qui fait la base du régime hypothécaire ne peut y apporter

que quelques modifications légères dont je vais parler, et qui ne sont que des exceptions à la règle, loin d'en être la destruction.

J'examinerai d'abord la question à l'égard de ceux qui ont acquis, postérieurement à la dation en paiement, des biens grevés d'hypothèques que cette dation en paiement avait pour but de faire disparaître.

J'examinerai ensuite la question relativement aux tiers qui ont acquis hypothèque sur ces biens, postérieurement à la dation en paiement.

MM. Grenier et Toullier n'ont pas distingué ces cas. Ils ont parlé en général. Je crois devoir suivre une autre route.

861. La dation en paiement n'éteint la créance ancienne et ses accessoires que lorsqu'il y a translation *irrévocable* du domaine. « *Cùm res est irrevocabiliter et incommutabiliter acquisita,* » comme disent les docteurs (1). C'est une règle qui ne peut être révoquée en doute, d'après tout ce que j'ai dit ci-dessus.

Mais, une fois la règle admise, il faut en subir toutes les conséquences; et ces conséquences doivent s'étendre non-seulement entre le créancier et le débiteur, mais encore aux tiers qui ont traité avec le débiteur. Les hypothèques, qui affectaient dans l'origine les biens postérieurement vendus à des tiers, n'ont été abandonnées par le créancier qu'à la condition tacite que ce qui lui a été donné en paiement lui serait irrévocablement acquis. C'est aussi à cette même condition que le débiteur a transmis ses droits aux tiers: il n'a pu leur transférer que les droits qu'il avait lui-même. La clause inhérente de la réapparition de l'hypothèque dans le cas prévu, affectait les immeubles, qui n'étaient libres que conditionnellement. Cette clause les a suivis, en quelques mains qu'ils soient passés: c'était une clause résolu-

(1) V. Tiraqueau, *De retract. gentil.*, § 1, glos. 7, n° 70, et les nombreux auteurs qu'il cite. V. *suprà*, n° 852, *in fine*.

toire de l'affranchissement des biens; et l'on sait que les conditions résolutoires sont réelles, et qu'on peut les exercer contre les tiers. Il me semble que je suis ici dans les véritables principes.

862. Mais, dit M. Toullier (1), d'après l'art. 1165 du Code Napoléon, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Or, le contrat de novation, qui contient la clause résolutoire, est étranger aux tiers qui n'y étaient pas parties. Donc, la clause résolutoire leur est également étrangère.

Mais, si je ne me trompe, cette raison ne signifie absolument rien; car, si le contrat de novation est étranger aux tiers, comme le dit M. Toullier, il faudra donc en conclure qu'ils ne peuvent s'en prévaloir pour soutenir que les anciennes hypothèques sont éteintes; car c'est un principe que « *res inter alios acta tertio non nocet NEC* » PRODEST. » Est-il possible de scinder le contrat, et de faire que les tiers demeurent simplement étrangers à la clause résolutoire, qui les gêne, tandis qu'ils se prévau draient des dispositions principales de l'acte pour prouver la libération?

Au surplus, il est faux de dire que les créanciers postérieurs soient étrangers à la clause résolutoire. Ils sont les ayants-cause du débiteur; ils n'ont d'autres droits que ceux qu'il avait lui-même.

M. Grenier (2) s'est placé sur un autre terrain pour combattre les principes anciens auxquels je me rallie. Il prétend qu'ils sont incompatibles avec la publicité de l'hypothèque, qui fait la base de notre législation actuelle. Mais je vais prouver que M. Grenier est dans l'erreur.

En effet, trois cas peuvent se présenter; et pour les faire mieux saisir, je reviens à l'exemple que je posais plus haut, au numéro 855. On supposera qu'après

(1) T. 7, p. 365.

(2) T. 2, 2, p. 446.

la dation en paiement, le débiteur a consenti vente à Secundus et à Tertius des immeubles A, B, C.

863. Il est possible, en premier lieu, que, malgré la dation en paiement, j'aie laissé subsister mon inscription du 24 janvier 1824. Dans ce cas, de quoi pourront se plaindre Secundus et Tertius lorsque je viendrai, en cas d'éviction, faire valoir mes droits anciens en vertu de cette inscription ? A l'époque où ils ont acquis, ils ont vu cette inscription chez le conservateur ; ils ont su qu'elle grevait les immeubles A, B, C. Ainsi, la publicité, loin de contrarier les principes anciens, fait que dans cette hypothèse ils reçoivent une nouvelle force de la circonstance que la fraude est impossible.

Dans l'espèce jugée par la cour de Nancy, l'une des inscriptions du créancier était encore subsistante au moment de l'acquisition faite par Godefrin. Il avait dû tenir compte au moins de celle-là. Je ne vois pas que la publicité, dont on parle tant, ait le pouvoir de faire plier ici les anciens et véritables principes.

864. Il est possible, en second lieu, que, dans la fausse persuasion que je suis irrévocablement payé, je consente à la radiation de mes inscriptions. C'est ici que M. Grenier s'écrie : « Si l'inscription était *une fois radiée, l'hypothèque disparaîtrait.* » Mais pas du tout, en vérité ; la radiation fait disparaître l'inscription ; elle fait perdre le rang ; mais le droit hypothécaire reste intact, tant qu'il n'est pas survenu une cause d'extinction qui l'affecte (1). Etant donc évincé, je pourrai prendre une nouvelle inscription, qui, à la vérité, ne me donnera rang que du jour où je l'aurai prise, mais qui, du moins, fera revivre mon droit de suite contre les tiers acquéreurs qui n'auront pas purgé.

Vainement dirait-on que Secundus et Tertius, ayant trouvé mon inscription radiée, ont pu penser que je n'avais pas de droit, et que ce serait pour eux une surprise

(1) *Suprà*, t. 3, n° 737.

s'ils me voyaient revenir pour faire revivre un droit que j'avais cru moi-même anéanti.

Cette raison serait bonne, en effet, si le système du Code Napoléon n'eût pas été changé par les art. 834 et 835 du Code de procédure civile. Sous le Code Napoléon, la vente purgeait toutes les hypothèques non inscrites au moment de l'aliénation. On ne pouvait pas prendre inscription après. Ainsi mon inscription étant radiée lors de l'acquisition faite par Secundus et Tertius, ils auraient reçu les fonds A, B, C, francs et quittes de mon hypothèque.

Mais il n'en est plus de même par les art. 834 et 835 du Code de procédure civile. L'acquéreur ne doit plus se fier à l'absence des inscriptions au moment où il achète. Il est possible que le débiteur ait consenti beaucoup d'hypothèques sur les immeubles vendus, et que ces hypothèques ne soient pas inscrites. Elles ont la faculté de se montrer avec avantage pendant la quinzaine de la transcription. Il faut donc que l'acquéreur fasse transcrire pour savoir à quoi s'en tenir sur les hypothèques qui grèvent le fonds acheté. Tant qu'il n'a pas rempli cette formalité, il ne peut que porter des jugements téméraires et faciles à démentir. Peu importe donc que Secundus et Primus aient trouvé que mon inscription était radiée lors de leur acquisition. Elle peut avoir été radiée pour des causes qui ne l'empêchaient pas de se reproduire. Primus et Secundus n'ont pu se rendre juges de mon droit. S'ils l'ont fait, ils ont agi avec une précipitation dont je ne dois pas supporter la peine. Ils devaient me mettre en demeure d'inscrire par la transcription. Ce n'est qu'autant que mon inscription n'aurait pas été réitérée dans la quinzaine, qu'ils pouvaient me considérer comme déchu. Ne l'ayant pas fait, je suis encore maître de m'inscrire, de même que je le serais si, ayant une hypothèque, je ne l'eusse pas fait inscrire du tout.

865. Il est possible, en troisième lieu, que j'aie laissé périmer mon inscription. Si elle est périmée avant l'ac-

quisition de Secundus et Tertius qui n'ont ni transcrit ni purgé, je pourrai la renouveler, sauf à ne prendre rang que du jour de ma nouvelle inscription. Je viens d'en dire la raison. Il y a même motif de décider pour le cas de péremption de l'inscription que pour le cas de radiation.

C'est ce que le sieur Garnier avait fait dans l'espèce jugée par l'arrêt de la cour de Nancy. Son inscription du 20 thermidor an XII était périmée lors de l'acquisition faite par Godefrin. Mais je crois que, l'éviction de la chose donnée en paiement ayant résolu l'acte de dation, il avait été fondé à prendre une seconde inscription en janvier 1823, sur Godefrin, qui n'avait pas transcrit, et à diriger contre lui des poursuites hypothécaires.

Que si la péremption de l'inscription était postérieure à l'acquisition, on devrait à plus forte raison permettre de la renouveler. Je pense donc que la cour de Nancy s'est encore placée hors des principes sur ce second point, en ne permettant pas à Garnier de renouveler l'inscription du 7 août 1806, qui n'était périmée que postérieurement à l'acquisition faite par Godefrin. Toutes les raisons que donne la cour pour établir que Garnier lui-même avait considéré son droit comme éteint, sont insignifiantes, lorsqu'il est facile de voir que Garnier n'avait négligé le renouvellement de ses inscriptions que parce qu'il se croyait irrévocablement payé, et que d'ailleurs, n'ayant pas été mis en demeure d'inscrire par la transcription, il était toujours à temps de le faire.

866. Maintenant examinons le cas où le débiteur a consenti hypothèque sur les biens qu'on pouvait croire libres par la dation en paiement.

La question se résout par les mêmes distinctions et les mêmes principes.

Par exemple, j'ai hypothèque inscrite le 20 janvier 1824 sur les fonds A, B, C; le 30 avril, Titius, mon débiteur, me donne en paiement le fonds B. En 1825, Titius accorde hypothèque à Secundus et Tertius sur le

biens A, B, C; mais je suis évincé, et je veux faire valoir mes droits originaux.

Si mon inscription du 20 janvier 1824 n'était pas radiée en 1825, quand Secundus et Tertius ont contracté avec mon débiteur, je les primerai en vertu de cette même inscription, dont ils auront eu connaissance lorsqu'ils ont eux-mêmes pris inscription.

Si mon inscription était radiée lorsqu'ils se sont fait inscrire, ils me primeront; je ne pourrai prendre rang qu'après eux; il en est de même si elle était périmée, ou si je la laisse périmer postérieurement à leur inscription sans la renouveler au bout de dix ans. Je n'aurai rang que depuis ma nouvelle inscription.

Mais si Secundus et Tertius n'avaient pas pris d'inscription lors de l'éviction dont je suis victime, et que j'eusse formalisé avant eux une nouvelle inscription pour remplacer l'ancienne qui était radiée ou périmée, je les primerai, et ils ne pourront pas m'appliquer la maxime: *Obligatio semel extincta non reviviscit.*

867. Lorsque l'immeuble donné en paiement est précisément celui sur lequel on prétend faire revivre l'hypothèque, la difficulté est résolue par l'art. 2177 du Code Napoléon, et c'est encore une nuance à laquelle n'ont pas fait attention MM. Grenier et Toullier. Cet article décide formellement, comme on l'a vu *suprà* (1), que l'hypothèque renaît.

C'est dans ce cas que s'est particulièrement expliqué Dumoulin (2). Et lorsque M. Grenier dit que l'opinion de ce jurisconsulte est incompatible avec le nouveau système hypothécaire, il ne fait pas attention que l'art. 2177 l'adopte au contraire dans sa plénitude.

(1) T. 3, n° 841. V. une analogie dans mon Commentaire de la Vente, t. 2, n° 737.

(2) Sur Paris, t. 1, § 15, glose 5, n° 41 et suiv.

Telle était aussi la doctrine de Tiraqueau (1), de Loyseau (2), de Favre (3), etc. (4).

Mais on sent qu'ici la lutte ne peut s'engager qu'avec des créanciers ayant hypothèque du chef du débiteur avant la dation en paiement. Car après la dation en paiement, l'immeuble est devenu la chose propre du créancier. Lui seul a pu y constituer des hypothèques ; et il doit garantie à ses créanciers personnels de celles qu'il leur a accordées.

Quid si mon inscription était tombée en péremption pendant ma détention ?

J'ai traité cette difficulté au n° 842.

868. Une seconde cause de l'extinction de l'hypothèque est la renonciation du créancier.

Il serait assez inutile d'examiner la question, fort controversée entre les interprètes du droit romain, de savoir si la renonciation à l'hypothèque libère de cette hypothèque *ipso jure* ou par le secours d'une exception. Sur quoi l'on peut voir Cujas, sur la loi 7, § 2, *De pactis*, qui tient que c'est par exception que l'hypothèque est éteinte, et Noodt, qui enseigne au contraire que l'hypothèque est éteinte de plein droit (5).

Je me bornerai à examiner quels sont les cas desquels résulte la renonciation à l'hypothèque.

La renonciation peut être expresse, elle peut être tacite.

La renonciation est expresse lorsqu'elle est exprimée formellement par le créancier.

La renonciation expresse est un acte unilatéral qui, une fois consenti, ne peut être rétracté, et dont les autres créanciers du débiteur auraient droit de s'empa-

(1) *De retract. gentil.*, § 1, glose 7, n° 70.

(2) Liv. 6, ch. 4 et 7.

(3) Code, lib. 8, déf. 8, t. 15.

(4) *Suprà*, t. 3, n° 841.

(5) *De pact. et transact.*, ch. 13.

rer, quand même le débiteur n'aurait pas accepté formellement cette renonciation. On peut se référer aux principes et aux décisions que j'ai rappelés, *suprà*, n° 738 (1).

Elle est tacite lorsque, sans être exprimée, elle résulte cependant de certains actes qui en font nécessairement supposer l'existence.

Par exemple, le créancier est censé renoncer à l'hypothèque, lorsqu'il permet au débiteur de vendre la chose sur laquelle l'hypothèque est assise.

« Creditor qui permittit rem vendere pignus dimittit (2). » Ainsi parle Cæus.

Ulpien dit aussi dans la loi 4, § 1, D. *Quib. modis pign. vel hyp. solv.*: « Si in venditione pignoris consentit creditor, vel ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari. »

Peu importe que le consentement précède ou suive l'aliénation. Il suffit qu'il soit intervenu (3).

869. Le créancier est censé avoir consenti et adhéré à la vente, lorsqu'il en signe l'acte, sans qu'on puisse expliquer cette signature par un autre motif que celui de renoncer à l'hypothèque (4).

Mais s'il signait l'acte purement et simplement comme témoin, *tanquam merus testis duntaxat*, on ne pourrait faire résulter de là aucune renonciation (5).

Basnage prête à Mornac (6) la citation d'un arrêt rendu

(1) Mais la renonciation est valablement contenue dans un acte sous seing privé. Paris, 25 avril 1853 (*J. Pal.*, 1853, t. 1, p. 692). Il n'en est pas ici comme de la radiation de l'hypothèque pour laquelle la loi (art. 2158), exige un acte authentique. V. t. 3, n° 741.

(2) L. 158, Dig., *De reg. juris*.

(3) L. 4, § 1, Dig., *Quib. modis*.

(4) L. 8, § 15, Dig., *Quib. modis*.

(5) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 584, note c. M. Grenier, t. 2, n° 508.

(6) Je n'ai pas trouvé cet arrêt dans Mornac. On prétend qu'il est rapporté sur la loi Cæus, D. *De pignor.* Il n'existe pas de loi Cæus sous ce titre. M. Grenier a évidemment cité Mornac de confiance (t. 2, n° 507).

dans l'espèce suivante : Un marchand de Paris avait été présent au contrat de mariage de son caissier, à qui il avait prêté 500 écus. Lors de la distribution des biens de ce caissier, sa veuve prétendit être préférable à ce marchand, se fondant sur ce qu'il avait été présent à son contrat de mariage. Mais il fut jugé que sa seule présence ne suffisait pas pour le priver de son droit de priorité, n'ayant pas signé au contrat.

Maynard rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, qui a décidé qu'un créancier hypothécaire qui avait assisté comme témoin à un acte par lequel son gage avait été vendu *quitte de toutes charges*, n'était pas censé avoir renoncé à son hypothèque ; mais il y avait cette circonstance particulière, que ce créancier avait apposé sa signature, sans se douter de ce qui avait été fait, et sans savoir que parmi les objets vendus se trouvait l'immeuble à lui hypothéqué (1). Ainsi cet arrêt, dont on a souvent abusé, ne doit pas tirer à conséquence. En général, il faut dire qu'il y a dol de la part de celui qui, assistant comme notaire ou comme témoin à un acte de vente, laisse croire que l'immeuble vendu est franc d'hypothèques, lorsqu'il y en a une de son chef. Aussi Basnage assure-t-il que, dans ce cas, le parlement de Paris décidait que le créancier qui signait un contrat de vente où l'immeuble était déclaré franc et quitte, perdait son hypothèque (2), et c'est aussi l'avis de M. Grenier (3).

Néanmoins, il faudrait faire exception si le créancier eût signé comme témoin un de ces actes qu'on signe *honoris causâ*, sans en connaître souvent le contenu, comme un contrat de mariage (4). Il faudrait aussi avoir égard à la qualité des personnes, et aux circonstances de fait qui pourraient exclure la mauvaise foi, et faire

(1) Liv. 8, ch. 70.

(2) Ch. 17.

(3) T. 2, n° 508.

(4) Basnage, ch. 17.

supposer l'absence de toute idée de renonciation (1).

870. Si le contrat de vente était nul ou inutile, ou que la vente n'eût pas été suivie d'effet, ou qu'elle eût été résolue, la renonciation à l'hypothèque deviendrait non avenue (2).

Du reste, une fois que la vente a produit son plein effet, l'hypothèque est anéantie, et ne renaît pas quand même le débiteur se rendrait acquéreur de l'objet précédemment aliéné par lui. « Porro, alienatione semel » rectè factâ, itâ, secundùm juris civilis dispositionem, » evanescebat pignoris vinculum, ut ne redintegraretur » quidem, si postmodùm ex novâ causâ res eadem in » debitoris reverteretur dominium ac potestatem. » (L. ult. C. *De remissione pignoris*.) Tel est le langage de Voët (3).

Mais si le créancier ayant une hypothèque générale, eût consenti à l'aliénation de l'immeuble B, affecté à cette hypothèque, et que postérieurement le débiteur se fût rendu acquéreur de ce même immeuble B, on demande si l'hypothèque générale du créancier l'affecterait de nouveau?

Les anciens jurisconsultes romains étaient partagés sur cette question, ainsi que nous l'apprend Justinien, dans la loi dernière au C. *De remissione pignoris*. Les uns voulaient que l'hypothèque générale, embrassant les biens à venir, vînt frapper sur l'immeuble au moment de son acquisition par le débiteur (4). Les autres voulaient que l'hypothèque, une fois éteinte par la renonciation, ne pût renaître. Justinien fit prévaloir cette dernière opinion par la loi 11, C. *De remissione pignoris*.

C'était supposer qu'une renonciation, accordée par le créancier pour faciliter au débiteur une opération avan-

(1) Domat, liv. 3, t. 1, sect. 7, n° 15. Paris, 5 février 1822. Dalloz, Faillite, p. 213, et Hyp., p. 422, n° 9.

(2) L. 4, § 2, D. *Quib. mod. pig.*; et Voët, liv. 20, t. 6, n° 7.

(3) Liv. 20, t. 6, n° 7.

(4) L. 8, § 8, Dig., *Quib. modis*.

tageuse, devait lui être opposée dans un cas où les circonstances n'étaient plus les mêmes, et où il n'y avait plus de différence à faire entre la chose nouvellement acquise et toute autre qui serait advenue au débiteur.

Mais en cela Justinien se montrait trop facile à étendre hors des véritables limites les effets de la renonciation. Aussi Gronewegen nous apprend-il, sur la loi dernière, C. *De remissione pignor.*, que cette loi n'est pas observée de nos jours.

Ainsi, par exemple, une femme consent à la vente que son mari fait du fonds A; elle renonce à son hypothèque en faveur de l'acquéreur. Mais si, par suite, son mari vient à racheter l'immeuble A, il ne faut pas douter que son hypothèque générale n'ait la vertu de l'atteindre, non comme chose anciennement affectée à une hypothèque qui renaît, mais comme chose à venir et nouvellement acquise (1).

871. Le créancier, qui consent que la chose soit hypothéquée à un autre, est censé renoncer aussi à son hypothèque (2).

(1) On peut consulter sur cette question Perezus (lib. 8, t. 26, n° 5 et suiv.), que M. Grenier cite inexactement (t. 2, p. 450). M. de Lamoignon, t. 2, p. 178, dit que la décision de Justinien ne peut servir de règle.

(2) La cour de Bordeaux a jugé en ce sens que le mari qui consent que sa femme, stipulant sous son autorisation, hypothèque à la sûreté d'un emprunt par eux contracté solidairement, un immeuble sur lequel il a un privilège à raison de la vente qu'il en a précédemment consentie à sa femme, est réputé par là renoncer à l'exercice de son privilège en faveur du prêteur. Arrêt du 17 mars 1830 (Sirey, 30, 2, 326). A plus forte raison la constitution d'hypothèque consentie par un débiteur sur un immeuble qui appartient à un tiers, mais sur lequel il a lui-même une hypothèque, vaut-elle renonciation de sa part à faire valoir son hypothèque au préjudice de son créancier. Caen, 1^{er} février 1848 (Sirey, 49, 2, 541). Mais le consentement donné à la radiation d'une inscription n'emporte pas renonciation à l'hypothèque; et dès lors le créancier qui a consenti à la radiation d'une première inscription par lui prise, peut en prendre une seconde, si, dans l'intervalle, il n'a pas été payé de son créancier. Cassation, 2 mars 1830 (Sirey, 30, 1, 342; Dalloz, 30, 1, 148).

« Paulus respondit Sempronium antiquiorem credito-
rem consentientem, quum debitor eandem rem tertio
creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse videri.»
L. 12, D. *Quib. mod. pig. vel. hyp. solv.* (1).

Il en est de même du créancier hypothécaire qui signe un acte par lequel le débiteur hypothèque l'immeuble à une autre personne, et le déclare franc et quitte. L. 9, § 1, D. *Quib. mod. pig.* (2).

On demande si celui qui consent à ce que l'héritage à lui hypothéqué soit donné en hypothèque à un autre, renonce à son hypothèque ou bien à son rang?

Nous venons de voir que la loi 12, Dig. *Quib. modis*, se prononce pour la renonciation à l'hypothèque. Cependant la loi 12, § 4, au même titre, dit que c'est là une question de fait, et que ce peut être, suivant les cas, ou une renonciation à l'hypothèque, ou une renonciation au rang.

Comme la renonciation absolue ne se présume pas, il faut décider, dans le doute, que le créancier n'a fait que céder son rang, et qu'il a voulu subroger le second créancier dans tous ses droits (3).

On doit appliquer ici ce que je disais au n° 869, de celui qui assiste, comme témoin ou comme notaire, à un acte de vente de l'immeuble à lui hypothéqué. Si un

(1) *Suprà*, t. 2, n° 599.

(2) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 586, n° 35.

(3) M. Persil, art. 2180, n° 26. M. Grenier, t. 2, n° 505. M. Dalloz, *Hyp.*, p. 422, n° 6. Je rattache à ceci, par analogie, un arrêt duquel il résulte que le créancier qui a action hypothécaire sur plusieurs particuliers, et qui renonce à son action à l'égard de quelques-uns, n'est pas pour cela entièrement privé de la faculté d'agir contre les autres. S'il est vrai qu'il soit responsable de son fait de s'être mis dans l'impossibilité de céder ses droits et hypothèques, tels qu'ils existaient originairement, la fin de non-recevoir qui s'élève contre lui ne doit être accueillie qu'en proportion du dommage causé au tiers détenteur. Cassation, 23 janvier 1815 (*Sirey*, 15, 1, 258). Ceci est d'un grand intérêt dans la pratique, à raison de l'usage où l'on est de consentir des mains-levées et des antériorités sans appeler les autres créanciers; et la règle est bonne à conserver, toutes les fois qu'il n'y a pas de fraude.

créancier hypothécaire assiste comme témoin à l'acte par lequel on constitue une nouvelle hypothèque sur l'immeuble, il n'est pas censé renoncer à son droit; car une hypothèque n'empêche pas l'autre.

Mais il en serait autrement, suivant les circonstances, s'il souffrait que l'immeuble fût déclaré *franc et quitte* d'hypothèque, et le notaire, qui aurait hypothèque sur le bien nouvellement hypothéqué par l'acte qu'il reçoit, et qui ne le déclarerait pas, serait inexcusable.

872. Je renvoie à ce que j'ai dit ci-dessus, n^o 595 et suivant, sur la renonciation de la femme mariée à son hypothèque légale.

Je crois inutile d'ajouter ici qu'il n'y a que les personnes capables d'aliéner qui puissent renoncer à l'hypothèque.

873. La troisième cause d'extinction des hypothèques est l'accomplissement des formalités requises pour purger les immeubles. J'en parlerai au chapitre 8, qui s'occupe spécialement de cette matière.

874. La prescription est la quatrième cause d'où procède l'extinction de l'hypothèque (1).

Il est indispensable de rappeler les anciens principes

(1) Cette cause avait été effacée dans les derniers projets de réforme hypothécaire. Elle avait été maintenue dans le projet du gouvernement et dans celui du conseil d'Etat, mais la Commission législative l'avait supprimée. La prescription, disait-elle par l'organe de son rapporteur, est une chance de perte pour le créancier : il faut la faire disparaître. L'acquéreur, en transcrivant, trouve des inscriptions; il les connaît: il sait qu'il ne peut payer au préjudice de ces inscriptions. Pourquoi donc l'admettre à prescrire par dix ou vingt ans? Il ne doit y avoir d'autre prescription que celle qui atteint le titre lui-même (V. le rapport de M. de Vatimesnil, p. 45). Aussi lit-on dans l'article 2191 du projet (article correspondant à l'art. 2180 du Code) une disposition aux termes de laquelle « l'hypothèque n'était pas » susceptible de prescription, indépendamment de la prescription « de l'obligation principale » Cette disposition avait été votée en première et en seconde lecture; et on la retrouve dans le projet qui avait été préparé pour la troisième délibération.

sur cette matière ; et, pour y parvenir, il faut distinguer deux cas : le premier, qui a lieu lorsque c'est le débiteur lui-même qui se prétend libéré par la prescription ; le second, qui a lieu lorsque c'est un tiers détenteur qui soutient que la prescription a affranchi l'immeuble par lui détenu de l'hypothèque qui le grevait.

875. Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque le débiteur, étant resté détenteur de l'immeuble hypothéqué, se prétendait libéré de l'hypothèque par la prescription, il y avait une loi fameuse qui décidait la question : c'est la loi *Cùm notissimi. C. De præscrip. trig. vel. quad. annor.*

L'empereur Justin y considère que, d'après le droit ancien, l'action hypothécaire contre le débiteur personnel détenteur de la chose hypothéquée, ou contre ses héritiers, n'était éteinte par aucun laps de temps, et qu'il en résultait le grave inconvénient de tenir les débiteurs dans des alarmes éternelles : *Ne possessores hujus modi propè immortalis timore teneantur.*

Il décide, en conséquence, § 1, que l'action hypothécaire serait éteinte par quarante ans, à moins qu'elle n'ait été interrompue, ou qu'elle ne coure contre un mineur, toutes choses demeurant, du reste, dans l'état où elles ont été fixées par les constitutions, à l'égard de l'action personnelle.

Il résultait de là quelque chose d'assez bizarre.

C'est que l'action personnelle se prescrivait par trente ans (1), tandis que l'action hypothécaire, qui faisait la force de l'action personnelle, se prolongeait jusqu'à quarante ans. Ainsi, l'action hypothécaire durait encore, lorsque l'action personnelle était éteinte. « Et ita (dit » Godefroy, sur la loi *Cùm notissimi*) citius perit personalis quàm hypothecaria, principalis quàm accessoria. »

Le fondement de cette loi était dans un principe que

(1) L. 3, C. *De præscript. 30 aut 40 annor.* Cujas Obs., liv. 18, ch. 26.

l'empereur Gordien énonce dans la loi 2, C. *De luit. pignor.* : *Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione summotá.* Car, comme le dit Cujas, sur la loi 1, § *Cùm prædium*, C. *De pignorib.*, l'hypothécaire n'est pas purement accessoire de la personnelle. Il est vrai qu'au commencement elle a besoin de la personnelle; mais, une fois établie, elle peut subsister sans elle. En effet, supposez que le débiteur vienne à vendre les biens hypothéqués, et qu'il meure ensuite sans héritier ni hoirie. Dans ce cas, l'action personnelle peut cesser; mais l'hypothèque reste toujours contre le tiers détenteur. Or, si cela peut avoir lieu contre un tiers, cela doit également avoir lieu contre le débiteur et ses héritiers (1).

D'ailleurs, la prescription éteint plutôt l'action que la dette, et, comme une dette destituée d'action ne laisse pas d'être susceptible d'hypothèque, les hypothèques sous lesquelles la dette avait été contractée subsistaient, nonobstant la prescription de trente ans (2).

876. Ces raisons et autres avaient fait admettre la loi *Cùm notissimi* dans beaucoup de provinces de France, et notamment au parlement de Paris (3).

Cependant plusieurs jurisconsultes s'étaient élevés avec force contre cette constitution de Justin (4). Et, chose remarquable, le parlement de Toulouse, ordinairement si fidèle aux traditions du droit romain, jugeait que l'action hypothécaire ne devait pas subsister plus de trente ans (5). Néanmoins, le parlement de Toulouse était

(1) Voyez aussi Favre, *Conject.*, lib. 7, s. 18, et mon Commentaire de la *Prescription*, t. 2, n° 817.

(2) Pothier, Orléans, t. 14, n° 60.

(3) Bourdin, sur l'art. 120 de l'ord. de 1539. Louet, lettre H, n° 3, et Brodeau, sur Louet, *loc. cit.* Pothier, Orléans, t. 14, n° 60.

(4) Boerius, q. 182. D'Argentree, Bretagne, article 273. Henrys, t. 2, liv. 4, q. 75.

(5) Maynard, liv. 6, ch. 30, et liv. 7, ch. 62. Bretonnier, sur Henrys, *loc. cit.*