

CHAPITRE V. DES HYPOTHÈQUES.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA NATURE ET DES OBJETS DE L'HYPOTHÈQUE.

Art. 195. La définition donnée ici de l'hypothèque indique : 1° que l'hypothèque est un droit réel, ce qui la sépare des trois sûretés personnelles ; 2° qu'elle porte seulement sur les immeubles, ce qui la sépare des privilèges qui peuvent aussi porter sur les meubles ; 3° qu'elle résulte de la volonté de l'homme, aussi bien que de l'autorité de la loi, ce qui la sépare encore des privilèges, lesquels, sauf le cas de nantissement, ne viennent que de la loi ; enfin, 4° qu'elle donne au créancier qui en est investi, un droit de préférence sur les autres créanciers ; mais la définition ne peut dire quel est le degré de cette préférence. La définition ne mentionne pas non plus que l'hypothèque s'exerce même contre la tiers-acquéreurs, par l'effet du droit de suite ; mais c'est la conséquence nécessaire du caractère *réel* du droit.

Art. 196. Il n'y a pas à reprendre les effets de l'indivisibilité active et passive qui est commune à toutes les sûretés réelles (v. art. 93, 105, 123 et 132).

Rappelons seulement ce qui a déjà été dit, au sujet des autres sûretés, que cette indivisibilité est *de la nature* du droit d'hypothèque, en ce sens qu'elle n'a pas be-

soin d'être stipulée ; mais elle n'est pas *de son essence*, en ce qu'elle peut être exclue par convention, et le texte l'exprime.

On peut même dire que l'indivisibilité de l'hypothèque résulte de l'intention des parties : la loi présume cette intention, mais seulement jusqu'à preuve contraire ; c'est ainsi que l'entend l'article 19 des Dispositions générales du présent Code, lorsqu'il énonce l'hypothèque parmi les choses " indivisibles par la disposition de la loi."

Art. 197. Il s'agit ici des choses susceptibles d'être hypothéquées et de celles qui ne le sont pas.

La règle est que tous les droits réels immobiliers sont susceptibles d'hypothèque et que, par exception, quelques-uns ne le sont pas. Cependant, les droits réels étant peu nombreux, la loi énonce aussi bien ceux qui peuvent être hypothéqués que ceux qui ne peuvent pas l'être.

On indique d'abord, les biens qui peuvent être hypothéqués : en premier lieu, la propriété, soit pleine, soit démembrée de l'usufruit ; puis, naturellement, l'usufruit ; viennent ensuite le droit de bail enfin l'emphytéose qui est un bail à long terme et la superficie qui est un droit de propriété tout spécial.

On pourrait objecter que le droit d'hypothéquer a déjà été reconnu précédemment à l'usufruitier au preneur à bail et, implicitement, à l'emphytéote par l'effet d'un renvoi général aux règles du bail ordinaire (v. Liv. des *Biens*. art. 68, 135 et 157) ; mais, comme on l'a répondu, au sujet d'objections semblables, il est bon que certaines théories soient complètes par elles-mêmes, surtout celles qui, comme l'usufruit, sont plus ou moins nouvelles au Japon : il est utile que ceux qui étudieront dans la loi seule les droits de l'usufruitier y voient qu'il peut hypothéquer son droit, ce qu'ils

n'apercevraient pas aussi facilement, s'il n'en était question qu'au sujet des hypothèques; de même pour le preneur à bail : c'est une innovation que ce droit puisse être hypothéqué ; il ne fallait pas attendre pour le voir qu'on fût arrivé au présent Livre.

Si l'on n'a pas trouvé, au sujet du superficiaire, la mention de la faculté d'hypothéquer son droit, c'est que la superficie est un véritable droit *de propriété* sur des bâtiments ou plantations et que le doute n'a pas paru possible.

On aurait pu croire que le plein propriétaire qui peut démembrement sa propriété en constituant un usufruit ou un droit de superficie, pourrait aussi hypothéquer l'usufruit sans la nue propriété, ou, réciproquement, hypothéquer, la nue propriété sans l'usufruit.

Assurément, ces combinaisons ne trouveraient pas d'obstacle dans la nature même des choses : le créancier hypothécaire aurait donné à son droit, tel qu'il eût pu être, la publicité requise en matière d'hypothèque, et, à défaut de paiement, il aurait saisi et fait vendre la fraction de droit ou plutôt le droit limité qui lui aurait appartenu. Mais la loi ne doit pas favoriser de tels fractionnements de la propriété, parce qu'ils préparent des occasions de conflits entre les divers ayant-droit.

Toutefois, la loi ne défend pas au propriétaire d'hypothéquer le sol sans les bâtiments ou les bâtiments sans le sol : dans le premier cas, au cas de saisie et de vente du sol hypothéqué, il ne sera plus que superficiaire, au second cas, ce sera l'acheteur des bâtiments qui deviendra superficiaire.

Il y aura alors à régler le montant de la redevance due par le superficiaire au propriétaire du sol. Il pourra y être pourvu lors de la fixation des conditions des enchères ; dans le cas où cette précaution n'aurait pas été prise avant l'adjudication, il y sera pourvu par le tribunal, après expertise et tenant compte des rede-

vances des fonds voisins, eu égard aux différences respectives des fonds.

Il n'y a pas d'obstacle à l'hypothèque d'une partie divisée de la propriété, c'est-à-dire d'une portion déterminée par des limites matérielles qui en feraient en quelque sorte une propriété distincte, ni d'une portion indivise, comme une moitié, un tiers, un quart. Dans le premier cas, à défaut de paiement, la portion hypothéquée sera vendue aux enchères et elle sera désormais un immeuble distinct de celui dont elle aura été détachée ; dans le second cas, l'acheteur aux enchères deviendra, copropriétaire du débiteur qui aura constitué l'hypothèque sur une part indivise en conservant le reste.

Les servitudes actives ne peuvent se concevoir, même par la pensée, séparées du fonds dominant : elles en sont, en quelque sorte, *des qualités* ; d'ailleurs, elles en pourraient trouver acquéreur, lors de la vente qui en serait faite aux enchères, à défaut de paiement.

Le motif n'est pas le même pour la prohibition d'hypothéquer les immeubles par destination : c'est qu'ils ne sont immeubles que par leur attache à un fonds et tant que dure cette attache : lors donc que la vente aux enchères s'en ferait, ce ne serait plus que comme de meubles ordinaires. Ils peuvent d'ailleurs être donnés en gage.

L'article 198 énonce d'autres prohibitions plus directes d'hypothéquer.

La première concerne deux droits auxquels on songe naturellement après celui d'usufruit, à savoir, les droits d'usage et d'habitation. Comme ces droits sont inaliénables ou incessibles par celui au profit duquel ils ont été constitués (v. Liv. *des Biens*, art 113), il est clair que l'hypothèque en est par cela même impossible, car elle tendrait à une vente aux enchères et cette vente est défendue.

La loi ajoute à cette prohibition spéciale une défense générale d'hypothéquer les biens inaliénables ou insaisissables.

En second lieu, la loi défend d'hypothéquer les créances immobilières mentionnées à l'article 10, nos 2 et 3 des *Dispositions générales*, lesquelles sont au nombre de trois.

1^{er} Cas. Une créance a pour objet l'acquisition d'un droit réel immobilier, lorsque l'immeuble à acquérir est non pas un corps certain, mais une quantité par exemple tant de *tsoubos* de terrain à choisir dans une plus grande quantité. Il est clair que, dans ce cas, la propriété n'a pu être transférée par le seul consentement, que le stipulant n'a pu acquérir qu'une créance et que la propriété ne lui sera acquise que par la tradition ou par une détermination faite d'un commun accord ou par la voie convenue (Liv. des *Biens*, art. 332); mais la créance est immobilière, puisqu'elle tend à l'acquisition d'un immeuble.

Est-ce une raison pour qu'elle soit susceptible d'hypothèque ?

On ne l'admet pas dans le Code : il n'est pas assez sûr que la créance se réalisera effectivement en acquisition du terrain promis : il pourra arriver que le promettant n'ait pas la quantité promise de terrain et soit finalement condamné à des dommages-intérêts que peut-être même il ne pourra payer. Ce serait donc manquer le but de l'hypothèque que de laisser les parties s'engager dans une voie qui ne peut y conduire avec certitude. En outre, il y aurait des difficultés sérieuses pour donner à cette hypothèque la publicité nécessaire.

2^e Cas. La seconde créance immobilière qui ne peut être hypothéquée est celle qui aurait pour but de recouvrer un immeuble. Le cas est rare et ne doit pas être confondu avec d'autres qui en sont voisins.

Lorsque quelqu'un a une action en résolution, en resc:

sion ou en révocation d'une aliénation d'immeuble, on est porté à dire qu'il a " une action tendant à recouvrer un immeuble " ; mais, en réalité, on peut dire que cette personne a déjà le droit même sur l'immeuble, sous la condition de faire les justifications nécessaires ; elle a même plutôt conservé son droit antérieur sur l'immeuble, puisque les conditions d'une aliénation valable n'ont pas été remplies.

En pareil cas, l'aliénateur pourrait certainement hypothéquer l'immeuble objet du droit d'action dont il s'agit, en présentant son droit tel qu'il se comporte, c'est-à-dire comme conditionnel et subordonné au succès de son action judiciaire. En effet, on a établi en son lieu sous les articles 403 et 410 du Livre des *Biens* que celui qui a aliéné un bien sous condition résolutoire, expresse ou tacite, a retenu la propriété sous condition suspensive, et l'article 410 nous a dit que les deux intéressés peuvent disposer de leur droit sous la même condition que celle dont il est affecté, ce qui comprend le droit d'hypothéquer, si d'ailleurs l'hypothèque ne rencontre pas quelque autre obstacle.

Ce que nous disons du droit de résolution s'applique également et par les mêmes motifs au droit de faire rescinder ou révoquer une aliénation : l'hypothèque conditionnelle est permise à l'égard du droit qui peut être recouvré par l'effet de l'action, parce que l'action est elle-même réelle en même temps qu'immobilière.

Mais la prohibition de notre article s'appliquera à l'action en rescision d'une aliénation faite sous l'influence du dol : dans ce cas particulier, l'action est purement personnelle, le Code s'en explique formellement (v. art. 312 du même Livre) : l'aliénateur n'a pas conservé la propriété sous condition suspensive ; il peut seulement la recouvrer, à titre de réparation du dol, si elle n'est pas passée dans les mains d'un tiers. On conçoit donc que la loi ne permette pas d'hypothéquer

un pareil droit personnel qui ne mène pas nécessairement à la propriété immobilière.

On peut rapprocher de ce cas celui de la promesse de vendre, soit unilatérale, soit réciproque, dont traitent les articles 26 à 28 du Livre précédent ; on y trouvera les mêmes situations : on la promesse aura conféré un droit réel conditionnel, ce qui sera le plus fréquent, alors l'hypothèque sera possible, comme s'appliquant au droit réel, ou elle n'aura donné qu'une créance, un droit personnel, (parce qu'il y avait promesse de vendre une quantité de *tsubos*), alors l'incertitude de l'exécution en nature formera obstacle à l'hypothèque.

3^e Cas. La troisième créance immobilière que la loi défend d'hypothéquer est celle qui aurait pour objet d'obtenir " la construction d'un bâtiment, avec les matériaux du constructeur " ; son objet est bien immobilier car, après l'exécution, il y aura un nouveau bâtiment dans le patrimoine du créancier, et ce n'est pas sans raison que la loi suppose que les matériaux doivent appartenir au constructeur : autrement, et s'ils devaient appartenir au stipulant celui-ci n'aurait droit qu'au fait même de la construction, il n'acquerrait pas un nouveau bien, mais seulement la modification de ses matériaux.

Quant à la raison pour laquelle cette créance ne peut être hypothéquée, c'est, d'abord, comme pour les deux précédents et avec plus de force encore, l'incertitude de l'exécution réelle qui mettra un nouvel immeuble dans le patrimoine du stipulant : il y a trop à craindre que l'obligation ne se résolve en dommages-intérêts.

Pour la quatrième créance immobilière, celle désignée au n^o 4 de l'article 10 précité, nous n'avons ici ni une prohibition, ni une autorisation de l'hypothèque. D'abord, ce ne sera que très exceptionnellement que la loi permettra d'immobiliser des créances. Ensuite, quand cela aura lieu, ce ne sera pas une raison pour que

l'hypothèque de tels immeubles soit permise : le plus souvent, ces créances seront en même temps déclarées inaliénables et insaisissables, ce qui suffira à empêcher l'hypothèque. Mais si l'hypothèque en est un jour permise par une loi spéciale, cette loi devra aussi pourvoir aux moyens de la rendre publique.

La définition même de l'hypothèque qualifiée " droit réel sur les immeubles " suffit à en exclure les meubles ; mais une exception est réservée en ce qui concerne les navires et bateaux qui, bien que meubles essentiellement, peuvent avoir une valeur considérable et être un moyen de crédit pour leurs propriétaires.

Assurément, comme meubles, ils peuvent déjà être donnés en gage ; mais alors le débiteur doit se dessaisir de la possession en faveur du créancier, ce qui l'empêche d'en tirer profit ; on a donc dû permettre l'hypothèque des navires, sans nantissement du créancier.

Déjà elle était autorisée, au moins implicitement, par une loi spéciale de la *xix^e* année de *Meiji* qui en règle la publicité ; le Code de commerce la règle d'une façon plus complétée (c. comm. art. 852 et suiv.).

Art. 199. La disposition du présent article établit que les règles de ce Chapitre formeront le droit commun des hypothèques et régiront les hypothèques qui sont ou pourraient être établies sur les immeubles par le Code de Commerce ou par des lois spéciales.

Art. 200. Cet article établit, au sujet des suggestions et améliorations du fonds, une profonde différence entre l'hypothèque et les privilèges (v. art. 169 et 173).

D'abord les améliorations fortuites survenues au fonds profitent au créancier hypothécaire, sans objection possible, puisqu'elles sont en même temps gratuites, comme le texte a soin de l'exprimer ; telle serait la plus-value

résultant de l'ouverture d'une route dans le voisinage, d'un canal, d'un chemin de fer, l'établissement d'un pont, etc.

Viennent ensuite les améliorations qui sont du fait du débiteur et sont obtenues à ses frais, "telles que constructions, plantations ou autres ouvrages." Ici, le doute pourrait se présenter, car ce que le débiteur tire de son patrimoine est enlevé au gage général de ses créanciers pour augmenter celui de l'un d'eux. Cependant, il y a tant de variétés possibles dans l'importance de ces dépenses et celles-ci peuvent être légitimes dans tant de cas que la loi pose en principe qu'elles profitent au créancier hypothécaire. S'il en est autrement pour les augmentations et améliorations des fonds grevés de privilège, c'est que le privilège ne vient que de la loi et de la cause de préférence par elle reconnue ; à savoir un service rendu au patrimoine ; or l'extension du privilège résulterait ici de la volonté du débiteur. D'un autre côté, l'abus est possible et pour le prévenir, en même temps que pour indiquer immédiatement le remède, la loi excepte d'abord le cas de "fraude aux autres créanciers ;" elle rappelle ensuite que les constructions et autres ouvrages peuvent donner lieu au privilège des architectes et entrepreneurs, réglé aux articles 174 et 175, de sorte que l'extension de la garantie hypothécaire n'aurait lieu que pour ce qui resterait de plus-value après que ceux-ci auraient été désintéressés.

La loi suppose enfin que le débiteur a acquis des terrains contigus au fonds hypothéqué. Ici la règle est inverse : l'hypothèque ne s'étend pas et il n'y a pas d'exception. Il va sans dire que, le plus souvent lors même que les nouvelles acquisitions auraient été soumises à l'hypothèque, elles l'auraient été d'abord au privilège du vendeur, mais si le prix en avait été payé avec les deniers du débiteur, c'eût été au préjudice des créanciers

chirographaires ; au cas d'échange, l'immeuble fourni en contre-échange aurait été également retiré du gage commun et l'on aurait toujours eu ce résultat inadmissible d'un créancier hypothécaire voyant sa garantie augmentée, en dehors de la convention primitive, par un acte préjudiciable à la masse.

La loi exprime enfin que la non-extension de l'hypothèque subsiste, lors même que le débiteur aurait opéré une jonction aussi intime que possible entre le nouvel immeuble et l'ancien, soit en les entourant tous deux d'une nouvelle clôture, soit en supprimant les clôtures intérieures : du moment qu'il ne s'agit pas ici d'une question d'intention, mais d'un motif de droit et de justice, il est naturel que les actes plus ou moins explicites du débiteur ne changent rien à la solution.

Art. 201. Cet article est la contre-partie de l'article précédent : les biens hypothéqués ont subi des diminutions ou détériorations.

On suppose d'abord qu'elles proviennent d'un cas fortuit ou d'une force majeure, ou même du fait d'un tiers, ce qui, pour le débiteur, est comme un cas fortuit ou une force majeure : dans ce cas, la perte est pour le créancier, sauf son droit à l'indemnité due par le tiers ; cette indemnité peut être celle d'un dommage ordinaire, par suite d'un acte illégitime ; ce pourrait être aussi l'indemnité d'une expropriation pour cause d'utilité publique, le tiers alors ne serait autre que l'Etat ou une compagnie concessionnaire d'un droit de l'Etat ; ce pourrait être enfin une indemnité d'assurance contre l'incendie.

Le texte suppose ensuite que c'est par la faute du débiteur que les biens hypothéqués ont subi des diminutions ou détériorations (le défaut d'entretien est un de ces cas) et que, par suite, la garantie du créancier est devenue insuffisante ; alors le créancier n'en doit

pas souffrir et le débiteur doit lui fournir un supplément d'hypothèque sur d'autres biens. Cette nouvelle hypothèque n'aura pas, sans doute, le même rang que la précédente : elle pourra en avoir un meilleur, si le bien offert en supplément n'est pas encore hypothéqué ; son rang sera inférieur dans le cas contraire.

Si le débiteur ne peut donner le supplément d'hypothèque, le remède est tout indiqué par un principe général : le débiteur perd le bénéfice du terme, la dette devient immédiatement exigible (v. Liv. des *Biens*, art. 405-3°) ; toutefois, il y aurait exagération à ce qu'elle fût exigible en entier : il suffit qu'elle le soit "dans la mesure où la garantie du créancier est devenue insuffisante."

Ce mode de règlement, quoique plus simple que le supplément d'hypothèque, ne pourra pas être imposé au créancier ; car, lors même que le débiteur aurait conservé le droit de rembourser sa dette avant l'échéance, cela ne l'autoriserait pas à faire un paiement partiel contre la volonté du créancier (v. art. 439).

Art. 202. Bien que l'hypothèque soit un démembrement de la propriété, elle ne va pas jusqu'à enlever au débiteur tout droit sur sa chose : s'il ne peut plus faire d'actes de disposition qui nuisent au créancier, il conserve tous les droits inhérents à l'administration et, précisément, c'est là la différence entre l'hypothèque et le nantissement immobilier, ce dernier enlevant au débiteur jusqu'à la possession qui est transférée au créancier.

SECTION II.

DES DIVERSES ESPÈCES D'HYPOTHÈQUES.

Art. 203. Les diverses hypothèques ne diffèrent

pas par leurs effets, soit quant au droit de préférence, soit quant au droit de suite : c'est au point de vue de leurs causes qu'elles sont distinguées ici.

On n'a pas songé un seul instant à l'introduire l'hypothèque judiciaire dans le Code japonais. On n'a pas trouvé juste que le créancier le plus rigoureux dans les poursuites ou dont la créance s'est trouvée échue le plus tôt fût investi d'un droit d'hypothèque générale résultant virtuellement du jugement qui reconnaît son droit. Mais on a admis une hypothèque testamentaire dont l'application est d'ailleurs, fort limitée.

§ 1^{er}.—DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

Art. 204. En général, la loi laisse les particuliers ou leurs représentants pourvoir eux-mêmes à leurs intérêts ; lorsqu'elle y pourvoit pour eux, c'est qu'elle veut protéger des incapables, soit contre leur propre faiblesse, soit contre la négligence ou l'intérêt contraire de leurs représentants.

Cette raison s'applique évidemment aux deux premières hypothèques légales : à celle des femmes mariées sur les immeubles de leur mari et à celle des mineurs et interdits sur les immeubles de leur tuteur.

Pour la troisième, celle de l'Etat et des autres personnes morales, l'hypothèque légale sur les immeubles des comptables a un double but : d'abord, de dispenser les chefs des comptables de stipuler une hypothèque conventionnelle, non-seulement au moment de l'entrée en fonction du comptable, mais encore chaque fois que celui-ci acquerrait de nouveaux immeubles, ce qui souvent pourrait n'être pas su en temps utile ; ensuite, de pourvoir à la garantie de l'Etat, au cas où les chefs manqueraient eux-mêmes à leur devoir de surveillance sur les comptables. Cette hypothèque appartenant au

droit fiscal est et sera établie par des lois administratives spéciales auxquelles le Code se borne à renvoyer.

La quatrième et dernière hypothèque légale est celle qui résulte d'un privilège dégénéré, faute d'avoir été publié dans le délai fixé et sous les conditions prescrites aux articles 181 et 184. Ici l'hypothèque a la même cause que le privilège, toujours reconnue par la loi, seulement elle est affaiblie.

Il convient de revenir, pour un instant, à l'hypothèque légale des femmes mariées et à celle des mineurs et interdits, lesquelles sont tout-à-fait nouvelles au Japon.

Quand une fille aura des biens propres, avant ou après son mariage, le mari aura, le plus souvent l'administration de ses biens, il devra faire des restitutions à la dissolution du mariage, et il se trouvera ainsi débiteur de sa femme ou de l'héritier de celle-ci.

Si la femme, en tant que créancière de son mari, était quant à l'hypothèque, laissée, sous l'empire du droit commun, elle devrait pourvoir elle-même à ses sûretés ou garanties contre l'insolvabilité possible de son mari : elle n'aurait d'hypothèque que si elle en avait obtenu la constitution, soit au moment du mariage, soit depuis. Mais on comprend aisément que ses sentiments naturels d'affection et de déférence la portent à des ménagements qui, gênant sa liberté, compromettraient ses intérêts, et cela, non-seulement pendant le mariage, alors qu'elle est vraiment sous la puissance maritale, mais même au moment du mariage et dès qu'il est arrêté entre les familles.

Cette situation, dangereuse pour les intérêts de la femme, a préoccupé de tout temps les législateurs civils et l'on trouve déjà dans le droit romain des privilèges légaux pour la garantie de la dot des femmes.

L'hypothèque légale de la femme mariée sera générale : elle portera sur tous les immeubles présents et à venir du mari, aussi bien s'ils sont acquis à titre gratuit

que s'ils le sont à titre onéreux, et elle garantira indistinctement toutes les créances de la femme contre son mari.

L'hypothèque légale des mineurs et des interdits est générale également ; elle est également nouvelle au Japon.

L'intervention de la loi en faveur du mineur est encore plus nécessaire qu'en faveur de la femme : en effet, celle-ci ou ses parents peuvent, à la rigueur, et sauf les obstacles de convenance dont on a parlé, stipuler et obtenir du mari qu'il consente à donner à la femme une hypothèque ou autre sûreté pour la garantie de sa dot et de ses reprises, et comme le mariage projeté est dans les vœux du mari, il n'est pas probable que cette exigence l'y fasse renoncer.

Il en est tout autrement des rapports d'intérêts du mineur avec son tuteur, et ce que nous dirons du mineur s'appliquera, par identité de motifs, à l'interdit pour démence : d'abord le mineur ne peut stipuler lui-même ; quant à ses parents, toujours plus ou moins éloignés en degré, ou ils manqueront du zèle nécessaire pour stipuler une hypothèque, ou ils seront arrêtés par des scrupules et des ménagements, au moins si le tuteur est lui-même très proche parent ; enfin, et c'est là la grande différence entre le tuteur et le mari, le tuteur refusera l'hypothèque conventionnelle pour qu'on ne lui confie pas la tutelle, ce qui serait un autre dommage pour le mineur.

Tous ces inconvénients sont évités et la situation se trouve bien simplifiée par la création d'une hypothèque légale.

Quant aux interdits, la loi n'exprime pas que l'hypothèque légale protège également ceux dont l'interdiction provient de la loi, à titre de peine civile et comme complément d'une peine criminelle : cette peine accessoire, en effet, a pour but d'empêcher les condamnés de

chercher dans la disposition de leurs biens des moyens de satisfactions personnelles incompatibles avec la peine principale, et surtout des moyens d'évasion, le tout, en provoquant la complaisance des gardiens. Mais, du moment qu'ils ne peuvent gérer eux-mêmes leurs biens, la loi leur donne un tuteur pour que ces biens ne soient pas la proie de parents avides, et du moment aussi qu'il y a un tuteur, celui-ci doit être lui-même soumis à la garantie ordinaire exigée des tuteurs.

§ II.—DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE.

Art. 205. La loi ne permet pas de constituer une hypothèque par convention verbale : elle doit être constituée par écrit : cela suffit pour dire que l'écrit n'est pas exigé pour la preuve seulement, mais pour l'existence du droit d'hypothèque ; c'est une solennité, si faible qu'elle soit.

Par une conséquence naturelle de nécessité d'un écrit pour la constitution même de l'hypothèque, la loi veut que si, par une cause de fait, le débiteur ne peut y figurer en personne et a besoin de s'y faire représenter par un mandataire volontaire, la procuration à cet effet soit mentionnée en substance dans la constitution d'hypothèque : cette condition a pour but, non-seulement de prouver le consentement du débiteur, mais encore de vérifier si le mandataire n'a pas excédé ses pouvoirs.

Nous avons supposé, pour qu'il y ait lieu à cette procuration, que c'est par une cause de fait que le débiteur est empêché de figurer dans la constitution d'hypothèque ; en effet, si l'empêchement vient d'une cause légale, laquelle ne peut guère être qu'une incapacité, le débiteur a un représentant qui est légal lui-même : par exemple, le mineur a son tuteur. Celui-ci peut avoir besoin, pour hypothéquer, de l'autorisation du conseil

de famille et du tribunal : dans ce cas, l'acte constitutif de l'hypothèque devra mentionner, outre les noms et qualité du tuteur, le fait et la date des autorisations requises.

S'il s'agissait d'une femme mariée voulant constituer une hypothèque sur son bien, l'autorisation du mari lui serait nécessaire et devrait aussi être mentionnée dans l'acte ; mais le mari ne représenterait sa femme qu'en vertu d'une procuration spéciale, car la femme mariée n'a pas d'empêchement légal à figurer en personne dans les actes qui l'intéressent.

Art. 206. C'est un principe généralement admis en législation que les actes passés en pays étranger y sont soumis, pour le fond des dispositions permises et pour la capacité requise chez les parties, à la loi du pays des contractants, spécialement de celui qui s'oblige ou aliène ; mais pour ce qui est de pure forme dans les actes, ils ne sont et ils ne peuvent être soumis qu'à la loi du pays où l'acte est passé.

Ce double principe s'applique à la constitution d'hypothèque ; mais le second seul est formulé ici, parce que, seul, il comporte une distinction ou réserve, fort naturelle d'ailleurs : les formalités consécutives à la convention même d'hypothèque, spécialement l'inscription destinée à la rendre publique, devant être accomplies au Japon pour qu'elle y produise ses effets, devront être remplies dans la forme japonaise.

Au surplus, il paraît suffisant, même dans les pays où l'hypothèque ne peut être donnée que devant notaire, que le sujet japonais la donnât par acte sousseing privé, puis que la loi japonaise n'exige pas un acte authentique.

Art. 207. A la différence des hypothèques légales qui sont le plus souvent générales, l'hypothèque con-

ventionnelle doit être spéciale, c'est-à-dire que l'acte constitutif doit désigner individuellement l'immeuble ou les immeubles qui y sont soumis. Rien n'empêche, il est vrai, d'arriver par ce moyen à hypothéquer tous les biens présents ; mais la loi pense que le débiteur se laissera moins facilement entraîner à donner une sûreté exagérée, en spécifiant les immeubles qu'il hypothèque, qu'en employant simplement une formule générale.

Il fallait prévoir le cas où le débiteur n'aurait pas observé la spécialité de l'hypothèque.

On n'a pas cru devoir aller jusqu'à la nullité complète d'une constitution générale : il y aura seulement réduction de l'hypothèque aux immeubles nécessaires à la garantie du créancier.

La disposition qui précède implique déjà que l'hypothèque ne doit pas pouvoir être constituée sur les biens à venir du débiteur ; mais, pour lever tous les doutes et surtout pour préciser la sanction de cette prohibition, la loi s'en explique : soit que le débiteur ait hypothéqué tous ses biens à venir en bloc, ou en spécifiant tel ou tel bien qu'il prévoit pouvoir lui appartenir un jour, ce n'est plus une simple réduction qui aura lieu, l'hypothèque est entièrement nulle.

Remarquons, du reste, que ce ne serait pas constituer une hypothèque sur un bien à venir que d'hypothéquer un immeuble sur lequel on aurait un droit subordonné à une condition suspensive ou qu'on aurait le droit ou l'espérance de recouvrer par une action en nullité ou en rescision : l'hypothèque, dans ce cas, serait elle-même conditionnelle.

Art. 208. Comme l'hypothèque n'est qu'un droit accessoire, il faut surtout dans l'intérêt des tiers auxquels elle est opposable, que la créance qu'elle garantit soit désignée avec une précision suffisante pour qu'il n'y ait pas d'incertitude au sujet de son existence et qu'on

ne puisse la confondre avec une autre créance qui existerait entre les mêmes parties ; c'est pourquoi la loi veut que la créance soit désignée " clairement " dans l'acte constitutif, par sa cause, par sa modalité et par son objet ; sans préjudice, bien entendu, de la désignation inévitable des parties.

La cause sera, par exemple, un prêt ou une vente de meuble ou d'immeuble dont le prix est encore dû ; *la modalité* sera le terme, la condition ou la solidarité des débiteurs ou des créanciers ; *l'objet* sera la chose due, " en principal et accessoires." Il n'est pas nécessaire que la date originaire de l'engagement soit relatée dans l'acte, parce que la constitution d'hypothèque suffit à elle seule à former une reconnaissance de la dette et à lui donner une nouvelle date.

La loi n'attache formellement aucune sanction à ces nouvelles dispositions ; mais il faut admettre que si l'une des énonciations requises manquait tout-à-fait, la nullité de l'hypothèque devrait être prononcée, à la requête, soit du débiteur, soit des autres créanciers, car l'hypothèque est une dérogation grave au droit commun et les conditions auxquelles la loi la soumet doivent être scrupuleusement observées.

Pour ce qui est de la *clarté* dans les énonciations, les tribunaux apprécieraient si elle est suffisante et ils devraient être très réservés dans la prononciation de la nullité.

Il n'est pas nécessaire pour qu'une dette soit valablement garantie par une hypothèque qu'elle ait pour objet une somme d'argent ; mais il faut au moins, quand l'objet est différent, qu'il soit évalué en argent, et cela, afin que les autres créanciers puissent connaître l'importance de l'hypothèque qui les prime ; de même, les tiers détenteurs auxquels l'hypothèque est opposable ont intérêt à savoir comment ils pourront satisfaire le

créancier hypothécaire pour arrêter l'exercice du droit de suite.

L'évaluation sera généralement faite dans la constitution même d'hypothèque ; au cas d'omission, ou s'il y a eu quelque obstacle momentané à faire une juste évaluation à ce moment elle pourra être faite par un acte postérieur. Dans les deux cas, comme elle sera contradictoire, c'est-à-dire débattue entre les parties, elle sera définitive.

Art. 209. L'hypothèque peut entraîner la vente aux enchères publiques de la chose hypothéquée ; cette éventualité fait exiger chez celui qui constitue l'hypothèque 1° le droit de propriété ou de jouissance soumis à l'hypothèque, 2° la capacité d'aliéner ce droit.

En se bornant à exprimer "la propriété ou la jouissance," la loi se réfère, en une formule abrégée, aux divers droits qui peuvent être hypothéqués, d'après l'article 197.

Quant à la capacité d'aliéner, la loi ne se contente pas toujours de ce que le constituant puisse aliéner à titre onéreux ; la capacité d'aliéner à titre gratuit, qui est plus rare, est exigée ici, lorsque la dette à garantir a été elle-même créée à titre gratuit, soit en même temps que la constitution d'hypothèque, soit antérieurement ; en effet, celui qui, ayant promis gratuitement une somme d'argent, en assure spécialement le paiement par une hypothèque, ajoute à sa donation, et si l'hypothèque est fournie par un tiers (v. art. 211), pour la garantie de la donation d'un autre, ce tiers est lui-même donateur d'une sûreté.

C'est un principe souvent appliqué précédemment que "nul ne peut transférer plus de droit qu'il n'en a lui-même ;" la loi en fait ici une nouvelle application et, comme il est déjà arrivé souvent pour le rappel de règles générales, c'est surtout pour y apporter un tempérament, une modification.

Voici des exemples de cas où le droit d'hypothèque du créancier subsiste après l'extinction du droit temporaire du débiteur : un usufruit hypothéqué portait sur des bâtiments assurés contre l'incendie, et le sinistre a eu lieu, ou bien il y a eu destruction desdits bâtiments par la faute d'un tiers, ou ils ont été expropriés par l'Etat : dans ces divers cas, le créancier hypothécaire ne verra pas son droit s'évanouir par le décès de l'usufruitier ou par l'arrivée du terme assigné primitivement à l'usufruit : son droit est transporté sur la portion de l'indemnité due à l'usufruitier par l'assureur, par le tiers en faute ou par l'Etat. C'est au fond l'application de l'article 201, au cas de droits temporaires de jouissance.

Art. 210. C'est au Livre des *Personnes* que le Code règle les formes et conditions imposées au tuteur pour hypothéquer les biens des mineurs et interdits.

Art. 211. De même qu'un tiers peut donner son bien en nantissement mobilier ou immobilier pour la dette d'autrui (v. art. 98 et 117), de même il est admis ici à donner une hypothèque : c'est ce qu'on appelle souvent cautionnement réel. Si l'immeuble ainsi hypothéqué a été saisi et vendu pour l'acquittement de la dette, la caution réelle a son recours de droit contre le débiteur, comme une caution personnelle, en distinguant si elle a fourni l'hypothèque sur mandat du débiteur, ou spontanément, comme gérant d'affaires (v. art. 30) ; elle aurait même le bénéfice de la subrogation légale (v. art. 36).

On a vu plus haut que la constitution d'hypothèque par le débiteur est un acte tantôt onéreux, tantôt gratuit, suivant la nature de la créance à laquelle elle ajoute une sûreté. Le même article a réservé pour le nôtre le cas où l'hypothèque est constituée par un tiers.

Ici, il n'y a plus, en principe, à distinguer la cause gratuite ou onéreuse de la dette garantie : pour le tiers qui fournit la sûreté, sans y être tenu et sans en tirer un avantage appréciable en argent, la constitution doit être considérée comme gratuite, c'est-à-dire comme une libéralité, au moins vis-à-vis du débiteur, et elle exigera entre lui et le constituant la capacité respective de donner et de recevoir.

La loi excepte le cas où “le débiteur a fait un sacrifice pour obtenir cette garantie ;” mais dans ce cas même, si le bien hypothéqué avait servi à l'acquittement de la dette, le tiers qui a fourni la sûreté n'en aurait pas moins un recours intégral, car il a bien consenti à donner du crédit au débiteur, mais non à payer sa dette.

Vis-à-vis du créancier la constitution sera encore gratuite, lorsqu'elle aura eu lieu après la création de l'obligation et sans avoir été stipulée : elle est alors aussi une libéralité pour lui et exigera la même capacité respective de donner et de recevoir. Ce n'est qu'au cas contraire, celui de la concomitance des actes ou d'une promesse originaire de cette sûreté que la constitution d'hypothèque sera réputée à titre onéreux vis-à-vis du créancier, lorsque d'ailleurs le contrat principal aura été lui-même à titre onéreux.

Art. 212. On a admis sans hésiter l'hypothèque testamentaire dans le Code japonais ; il est naturel, en effet, que le testament, par lequel on peut conférer tous les droits réels, puisse servir à conférer une hypothèque.

Le cas cependant doit être entendu avec précaution. Ce n'est pas celui où un débiteur auquel un créancier n'a pas demandé d'hypothèque à l'origine ou qui n'a pas consenti à lui en constituer une, pour ne pas perdre son crédit, se déciderait, plus tard, en prévision de son décès, à donner une hypothèque à ce créancier : une telle dis-

position serait une sorte de libéralité qui ne pourrait changer la position respective des créanciers, laquelle se fixe au décès du débiteur. Il s'agit seulement de l'hypothèque qu'un testateur donne à un ou plusieurs de ses légataires pour la garantie de leur legs : le legs de l'hypothèque peut améliorer la condition du légataire vis-à-vis des autres, mais il ne leur donnera aucune priorité sur les créanciers, même simplement chirographaires.

Lorsqu'un légataire aura reçu une hypothèque, ils viendra dans l'ordre que le testateur lui aura assigné, et s'il n'a été donné d'hypothèque qu'à un ou à plusieurs, cela suffira à leur donner la préférence sur ceux qui ne pourraient invoquer que le droit commun.

On pourrait objecter qu'il n'est pas nécessaire que le testateur donne une hypothèque au légataire qu'il veut favoriser de préférence aux autres ; il suffirait, en effet, qu'il exprimât sa volonté à cet égard, dans son testament ou dans un codicille ; mais l'hypothèque sera toujours utile pour suivre les immeubles sur les tiers détenteurs.

L'hypothèque testamentaire pourra recevoir une autre application, et plus fréquente : elle pourra être donnée pour la garantie de la dette d'un tiers. Elle constituera alors une double libéralité, tant en faveur du débiteur qu'en faveur du créancier, comme il a été expliqué plus haut, pour l'hypothèque conventionnelle fournie par un tiers.

SECTION III.

DE LA PUBLICITÉ DES HYPOTHÈQUES.

§ 1^{er}. — DES CONDITIONS ET DE LA DURÉE DE L'INSCRIPTION.

Art. 213. Il y a les mêmes raisons de publier les

hypothèques que les privilèges sur les immeubles : comme leur effet est de donner un droit de préférence sur les autres créanciers et un droit de suite contre les tiers acquéreurs du bien hypothéqué, il faut qu'il ne puisse y avoir aucune surprise des uns ou des autres.

Le moyen de publicité est l'inscription du titre constitutif, de l'hypothèque.

L'inscription se fait au bureau du lieu où sont situés les immeubles hypothéqués.

Il pourra arriver que le bien hypothéqué soit assez étendu pour dépendre de plusieurs bureaux d'inscription et qu'il ait été hypothéqué en bloc ; dans ce cas, pour éviter les frais, la loi n'exige l'inscription qu'au bureau dans lequel se trouve le chef-lieu du domaine : dans les autres bureaux on fera seulement une mention de l'inscription, spécialement de sa date, de sorte qu'il sera facile de s'y référer.

Notre article pose le principe absolu "qu'aucune hypothèque, même légale, n'est opposable aux tiers si elle n'est rendue publique par une inscription" et il n'annonce ni ne recevra aucune exception.

Il y a là une profonde et grave différence avec plusieurs Codes étrangers qui affranchissent de la publicité l'hypothèque légale des femmes mariées, des mineurs et des interdits. Ce caractère occulte, secret, de l'hypothèque des incapables a triomphé par la puissance d'une longue tradition et parce qu'autrefois les idées économiques de crédit, de sécurité des transactions, n'avaient pas encore la puissance qu'elles ont acquise depuis.

Sans doute, il est juste que la femme et le mineur soient protégés efficacement, exceptionnellement même, contre la mauvaise gestion et l'insolvabilité du mari et du tuteur ; cela suffit à expliquer que ces personnes reçoivent de la loi une hypothèque, sans avoir à la

stipuler ; cela explique aussi que l'hypothèque soit générale ; mais il ne faut pas aller jusqu'à exposer à des priorités de créances ou à des évictions résultant du droit de suite des tiers de bonne foi, c'est-à-dire des créanciers ou des acquéreurs ayant traité avec les maris ou les tuteurs, ignorant le mariage ou la tutelle ou au moins l'importance des reprises de la femme et des substitutions dues au mineur.

Tout le système du Code japonais, en matière d'acquisition de droits réels immobiliers, repose sur la publicité ; or, la moindre exception et celle-là serait considérable, formerait une brèche par laquelle entrerait l'incertitude et, par suite, le discrédit de la propriété foncière et la difficulté de la circulation des biens.

Art. 214. La seule condition mise ici à la validité de l'inscription à prendre sur le débiteur (celle à prendre sur un tiers détenteur est réglée plus loin) est négative : il ne faut pas qu'au moment où l'inscription est prise le débiteur soit déjà insolvable, et que son insolvabilité soit déjà déclarée ou au moins notoire.

L'idée de la loi est que si l'inscription était possible, quand il est certain ou légalement présumé que le passif du débiteur est supérieur à son actif, le créancier le mieux en situation de connaître cette circonstance, par sa proximité du domicile du débiteur ou autrement, se hâterait de prendre inscription et acquerrait ainsi la priorité sur les autres, sans cause légitime.

Cette limite au droit de prendre inscription ne concerne que les hypothèques nées avant que l'insolvabilité soit survenue : la loi a soin d'exprimer que l'inscription ne peut être prise lorsque cette insolvabilité est survenue postérieurement à la naissance de l'hypothèque ; c'est alors, en effet, que le créancier est en faute d'avoir tenu secret un droit que les tiers avaient intérêt à connaître. Dans le cas, au contraire, où le créancier

n'a acquis l'hypothèque légale ou conventionnelle que depuis que le débiteur est devenu insolvable, s'il l'a acquise à titre onéreux, il a augmenté l'actif du débiteur en lui fournissant une valeur et l'inscription qu'il prendra ne lui confèrera aucun avantage illégitime, elle ne le préservera même pas de tout risque. Nous disons qu'il faut supposer que l'hypothèque garantit un acte onéreux : la loi ne l'exprime pas ; mais dans l'hypothèse où nous sommes d'un débiteur déjà insolvable, les actes gratuits d'aliénation et d'hypothèque lui sont interdits par les principes généraux (v. Liv. des *Biens*, art. 340).

Pour que le créancier ne soit pas incertain sur son droit de prendre inscription, la loi veut que l'insolvabilité du débiteur soit "régulièrement déclarée," ou qu'elle soit "devenue notoire" et cela, non d'une façon qui puisse elle-même être discutée, mais "par la saisie de tout ou de la majeure partie de ses biens."

Quant à l'obstacle que met la faillite à l'inscription, c'est le Code de Commerce qui le détermine.

Le 1^{er} alinéa ne concerne que les limites au droit d'inscription "sur le débiteur ;" le 2^o alinéa renvoie à la Section v pour ce qui concerne le droit d'inscription "contre le tiers détenteur" (v. art. 248 et s.).

Art. 215. La prise de l'inscription n'étant qu'un acte conservatoire du droit d'hypothèque n'exige que la capacité d'administrer les biens. Ceux qui ne l'ont pas sont remplacés à cet égard par leur représentant légal ou judiciaire dont c'est "le droit et le devoir" de prendre inscription. Il en est de même des mandataires conventionnels généraux. A l'égard du mandataire spécial, il faut considérer comme tel, non-seulement celui qui aurait été chargé de prendre l'inscription, mais encore, comme l'exprime le texte, "celui qui aurait été chargé de passer l'acte auquel est attachée l'hypothèque légale ou conventionnelle : " il y a là une de ces "suites

nécessaires" du mandat dont l'article 233 du Livre précédent a donné d'autres exemples.

Enfin, la loi déclare qu'un mandat n'est pas nécessaire pour la validité d'une inscription : elle peut être prise, à titre de bon office, par un gérant d'affaires.

Art. 216. La femme est la première intéressée à la publicité et à la conservation de son hypothèque, elle peut donc en prendre elle-même l'inscription ; la loi dit qu'elle n'a pas besoin pour cela de l'autorisation de son mari ni de celle de justice : de son mari, parce que, leurs intérêts étant contraires, il la refuserait souvent ; de la justice, parce que, la femme ne pouvant que profiter et non souffrir dans ses intérêts, par l'effet de cette inscription, l'autorisation serait toujours accordée.

L'hypothèque ne peut être inscrite tant que la femme n'a pas quelque créance contre son mari, fût-ce une créance seulement conditionnelle, sans distinguer d'ailleurs si elle est née d'un contrat ou d'une autre cause reconnue par la loi.

Comme l'hypothèque est générale, l'inscription peut être prise sur tout ou partie des immeubles, au gré de la femme : il n'y a guère à craindre l'abus de sa part, ne fût-ce que parce que ce seraient des frais et des peines inutiles ; d'ailleurs, le mari peut toujours faire réduire les inscriptions excessives, comme la loi lui en réserve le droit (v. art. 226).

Pour le mari, c'est un devoir de prendre inscription au nom de sa femme, lorsqu'elle ne l'a pas fait : naturellement, il n'est pas tenu de prendre inscription sur tous ses immeubles, mais il doit, autant que possible, prendre l'inscription sur des immeubles libres ou encore assez peu grevés pour garantir suffisamment les droits de la femme. Le texte a soin de dire aussi qu'il n'est tenu de prendre inscription pour sa femme que "lorsqu'il est son débiteur."

Si ni le mari ni la femme n'ont pris l'inscription, les parents ou alliés de la femme peuvent la prendre, spontanément et sans mandat de sa part; mais ils devraient s'arrêter devant un refus formel de celle-ci ou, à plus forte raison, devant une renonciation de sa part à l'hypothèque.

Art. 217. Pour l'inscription de l'hypothèque du mineur, nous trouvons des dispositions à peu près semblables; toutefois c'est le tuteur et non le mineur qui figure en première ligne, comme devant prendre l'inscription. Après lui vient le subrogé-tuteur, dont le rôle est de représenter le mineur quand ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur.

En troisième lieu viennent les parents ou alliés du mineur; à la différence des parents et alliés de la femme, la loi leur fait un devoir de prendre l'inscription, mais seulement en tant qu'ils sont membres du conseil de famille. Pour eux, comme pour le subrogé-tuteur, cette obligation a une sanction, c'est la condamnation aux dommages-intérêts du mineur, parce qu'ils sont gardiens de ses intérêts; et comme l'obligation est la même pour tous, la loi établit ici un nouveau cas de solidarité légale.

Quant au tuteur, il ne peut être question de le condamner à des dommages-intérêts envers le mineur, puisque, s'il est insolvable, cette condamnation n'ajouterait rien aux droits du mineur déjà son créancier.

Le mineur peut lui-même requérir l'inscription, mais seulement lorsqu'il a été émancipé, parce qu'alors la tutelle a cessé et que le mineur prend l'administration de ses biens. Lorsque la tutelle a cessé, le tuteur, le subrogé-tuteur et les membres du conseil de famille restent obligés de prendre inscription pour les créances du mineur nées pendant leur responsabilité, laquelle dure tant que les comptes ne sont pas rendus et soldés.

Art. 218. L'assimilation aux mineurs des interdits pour démence est constante ; elle a déjà fait accorder l'hypothèque légale générale aux uns et aux autres ; il est donc naturel qu'on la retrouve ici au sujet de l'inscription : le tuteur, le subrogé-tuteur et les membres du conseil de famille devront prendre inscription et sous la même sanction que lorsqu'il s'agit du mineur. La seule différence à noter, c'est que l'interdit pour démence ne peut jamais requérir lui-même l'inscription.

Quant à l'interdit par suite de condamnation judiciaire, il est admis à donner, à cet effet un mandat spécial à un étranger, et s'il n'est pas autorisé à prendre lui-même l'inscription, c'est parce que ce serait incompatible avec le régime pénitentiaire.

Art. 219. Cet article ne demande aucun développement : il repose sur l'idée que le nom de l'héritier seul ne serait pas une désignation suffisante du créancier. De même, au cas de mandat, il faut la réunion des noms et qualités du mandataire et du mandant.

Art. 220. Si c'est le débiteur qui est décédé, le créancier peut encore s'inscrire sur lui, car il peut ignorer le décès ou le nombre et les noms des successeurs ; mais s'il connaît ceux-ci, il peut s'inscrire sur eux tous.

Dans le cas d'une hypothèque fournie par un tiers, il est clair que l'inscription est prise sur lui ; mais cela ne dispense pas de mentionner le nom du débiteur.

Art. 221. L'inscription conserve son effet pendant trente ans, après quoi elle sera périmée ; c'est, en même temps, le délai *maximum* possible de la prescription de la créance à laquelle l'hypothèque est attachée.

Cette combinaison de la péremption de l'inscription avec la prescription de la créance demande quelque précaution et présente plusieurs cas.

1° Si la prescription de la créance est de trente ans et n'a été ni suspendue, ni interrompue, la créance est éteinte et l'hypothèque l'est aussi, par voie de conséquence (v. art. 292-3°) : il est sans intérêt, dans ce cas, de remarquer que l'inscription est en même temps périmée ;

2° Si la prescription de la créance est de moins de trente ans, la créance et l'hypothèque seront éteintes en même temps et l'inscription n'aura plus d'effet, sans être à proprement parler périmée ;

3° Si la prescription de la créance était de trente ans, mais a été suspendue ou interrompue, cela n'empêchera pas que la péremption de l'inscription s'accomplisse par trente ans, parce qu'elle n'est pas suspendue en faveur des incapables (v. 2° al.) et qu'elle ne peut être interrompue que par un renouvellement qu'on ne suppose pas avoir eu lieu ;

4° Si la prescription était encore de trente ans et n'a été ni suspendue ni interrompue, lors même que l'inscription a été renouvelée avant l'expiration des trente ans, la créance est éteinte par prescription et l'hypothèque en même temps, parce que l'inscription ou son renouvellement n'interrompent pas la prescription (v. art. 298) ;

5° Si la prescription était de moins de trente ans et a été interrompue, la créance est conservée et l'inscription continue à valoir d'elle-même, parce que le délai de la péremption est de trente ans.

Le texte nous dit, en terminant, quel est l'effet du renouvellement avant et après la péremption : si l'inscription est renouvelée avant d'être périmée, elle conserve l'hypothèque à son rang primitif ; si elle est renouvelée après la péremption, c'est, en réalité, une inscription nouvelle qui ne vaut qu'à sa date.

Art. 222 On a vu à l'article 214 que l'inscription

d'hypothèque ne peut être prise sur le débiteur après son insolvabilité, déclarée ou notoire.

Si l'insolvabilité est survenue depuis l'inscription, elle n'empêche pas le renouvellement de l'inscription dans les trente ans, parce qu'alors l'inscription garde toujours la même date.

Si l'inscription a été périmée, le renouvellement n'est plus possible, parce que l'on se retrouve dans le cas où une inscription primitive n'est pas permise.

Art. 223. Il est naturel que la compétence au sujet des contestations relatives aux inscriptions soit celle du tribunal de la situation du bien, parce que ces contestations ont un caractère réel.

§ II.—DE LA RADIATION, DE LA RÉDUCTION
ET DE LA RECTIFICATION DES INSCRIPTIONS.

Art. 224. Le présent article nous indique deux causes de radiation de l'inscription : elles sont tirées de la créance ou de l'hypothèque et n'atteignent l'inscription que par voie de conséquence.

Le texte est assez précis pour n'avoir pas besoin de développements à ce sujet.

Remarquons seulement ce qui concerne l'extinction de la dette ; il n'y a lieu à radiation que si l'extinction est totale ; s'il n'y avait qu'extinction partielle, ce serait le cas de réduction de l'inscription, énoncé plus loin.

Il y a aussi un renvoi à l'article 231 (1), pour un autre cas de radiation qui ne pouvait encore prendre place ici.

Art. 225. La radiation de l'inscription, devant

(1) C'est par erreur que le texte porte renvoi à l'article 230 : c'est 231 qu'il faut lire.

autoriser les tiers intéressés à considérer l'inscription comme non avenue, ne doit pas être faite témérement ou avec des dangers d'erreur, aussi doit-elle être demandée et obtenue en justice, à moins qu'il n'y ait accord des parties, à cet effet, comme il est prévu aux articles 233 et suivants.

Les questions qui devront être jugées au sujet des demandes en radiation seront souvent très importantes, puisqu'elles pourront porter : 1° sur l'existence même de la prétendue créance hypothécaire, sur sa validité ou sur son extinction par un des modes légaux ; 2° sur l'existence de l'hypothèque, légale, conventionnelle ou testamentaire ; 3° sur la validité de l'inscription.

Le tribunal compétent est naturellement celui de la situation du bien, d'après l'article 223. Cependant, s'il y avait à juger des questions de capacité et autres n'intéressant l'inscription que par voie de conséquence, le tribunal du domicile du créancier défendeur serait compétent d'après le droit commun : il suffirait que le défendeur déclînât la compétence du tribunal de la situation pour obtenir le renvoi.

Art. 226 La loi arrive à la réduction des inscriptions ; le texte prévoit successivement les trois sortes d'hypothèques.

L'inscription de la femme peut être réduite pour deux causes : 1° si elle porte sur plus d'immeubles qu'il n'est nécessaire pour sa garantie, 2° si elle est prise pour une somme plus forte que la juste évaluation de sa créance.

Il y aurait bien un 3° cas de réduction, mais comme il est commun à toutes les hypothèques, il sera l'objet d'un article final, c'est le cas où la dette a été éteinte en partie. (v. art. 231).

Pour que la réduction puisse ainsi avoir lieu, il faut, pour la première cause, que l'hypothèque n'ait pas été déjà restreinte à un ou plusieurs immeubles, par con-

vention avec le mari, et pour la seconde, que l'évaluation de la créance n'ait pas été faite de même par convention.

Art. 227. L'hypothèque légale du mineur et de l'interdit est, ici encore, entièrement assimilée à celle de la femme : il y aura lieu aux deux mêmes causes de réduction de l'inscription, sous les deux mêmes conditions, à savoir qu'elle n'ait pas reçu un caractère conventionnel par délibération du conseil de famille ou de tutelle, d'accord avec le tuteur.

Art. 228 et 229. L'hypothèque conventionnelle semblerait, par sa nature, être irréductible quant aux immeubles, puisqu'elle doit être spéciale ; mais on a vu à l'article 207 que le Code permet d'hypothéquer la totalité ou une quote part des biens présents, sans autre désignation ; or, dans ce cas, la réduction de l'inscription est permise, s'il y a excès dans la garantie. La seconde cause de réduction fondée sur une évaluation excessive est également permise, si l'évaluation n'a pas été faite par convention avec le débiteur.

Mêmes solutions et aux mêmes conditions pour l'hypothèque testamentaire.

Art. 230. On aurait pu croire qu'à cause de l'indivisibilité de l'hypothèque, aucune réduction de l'inscription ne serait possible pour cause d'extinction partielle de la dette ; mais il y aurait là une confusion d'idées que la loi tient à prévenir : la réduction de l'inscription ne diminue en rien les garanties du créancier, puisque, dans ce cas, ainsi que le texte a bien soin de l'exprimer, il n'y a pas réduction des immeubles hypothéqués, mais seulement de la somme portée dans l'inscription ; dès lors, ce n'est pour le débiteur qu'un moyen de ne pas voir son crédit diminué plus qu'il n'est juste par une inscription excessive.

La loi n'admet pas non plus que la réduction puisse être demandée pour un paiement partiel quelconque : il faut que la dette soit éteinte pour plus de moitié ; sauf encore le droit pour le débiteur de faire mentionner, en marge de l'inscription, les paiements partiels quelconques qu'il faits, le tout à ses frais exclusifs, et cela, toujours pour conserver son crédit dans la mesure de la vérité.

Art. 231. Il est naturel que le jugement qui statue sur la demande en réduction faite par le débiteur déclare formellement quels immeubles seront affranchis de l'hypothèque et quelle somme restera garantie, par l'inscription. C'est dans le premier cas qu'il y a lieu à une radiation que n'a pas énoncée l'article 224, mais pour laquelle il a renvoyé à notre article. Il en résulte que ledit article 224 reste limité aux radiations qui dégrèvent complètement tous les immeubles du débiteur.

Dans le second cas, l'immeuble ou les immeubles restent grevés, mais la somme qu'ils garantissent est diminuée.

Art. 232. Bien que le Code n'oblige pas le débiteur à fournir un supplément d'hypothèque, en cas de diminution de la garantie par cas fortuit (v. art. 201), ce n'était pas une raison pour l'affranchir de cette obligation, lorsque les immeubles auxquels l'hypothèque a été restreinte ont subi des dépréciations, même fortuites ou résultant d'une force majeure : il ne faut pas perdre de vue qu'ici il y a un acte du débiteur qui a amené la restriction de l'hypothèque et indirectement causé cette insuffisance postérieure.

Art. 233. Il est désirable, lorsqu'il y a lieu à la réduction d'une inscription, que le créancier y consente et n'oblige pas le débiteur à recourir à la justice, ce qui

entraîne des lenteurs et des frais ; mais comme ce sont des actes graves en eux-mêmes et qui modifient une situation solidement établie, la loi exige que le consentement du créancier soit donné par écrit. S'il y a eu un jugement, il est naturel que la radiation ou la réduction ne soit effectuée qu'après que le jugement est devenu inattaquable.

Art. 234. Les distinctions que fait ici la loi au sujet de la capacité requise chez le créancier, pour consentir à la radiation ou à la réduction, sont naturelles et faciles à justifier : s'il y a eu extinction totale ou partielle de la dette, il suffit au créancier de pouvoir recevoir le paiement de la dette ou en reconnaître le paiement antérieur, car le consentement à la radiation ou à la réduction repose dans ce cas sur la reconnaissance d'un paiement. S'il s'agit de l'une des deux autres causes de radiation ou de réduction, comme elles ont toujours un caractère litigieux, il faut au créancier la capacité de transiger, car il se fait alors juge de son droit et de celui du débiteur respectivement. Enfin, s'il a y renonciation pure et simple à tout ou partie du bénéfice de l'inscription, il est clair que le créancier dispose gratuitement de sa créance et dès lors il lui faut la capacité de donner.

Art. 235. La procuration pour consentir une hypothèque étant soumise à la nécessité d'un écrit, il est naturel que la procuration pour la restreindre soit soumise à la même condition de forme.

Quant à la capacité du mandataire, elle est de même réglée d'après les causes de la radiation ou de la réduction.

Art. 236. Il est naturel que la radiation ne soit pas une cancellation de l'inscription : celle-ci n'est pas biffée ou bâtonnée, parce qu'il peut survenir des cir-

constances où la radiation devrait elle-même être annulée et où l'inscription devrait reprendre sa force (v. art. suiv.). Elle consiste donc dans une mention, en marge de l'inscription, de la convention ou du jugement qui les a autorisées ou ordonnées; de sorte qu'elle présente en même temps sa cause et sa justification.

Quant à la réduction, il est encore plus évident qu'elle ne peut consister que dans une mention, car elle doit indiquer soit l'immeuble affranchi de l'inscription, soit la somme à laquelle elle est réduite.

Art. 237. Il sera rare sans doute, que le jugement qui a ordonné la radiation ou la réduction de l'inscription soit annulé, puisqu'on vient de voir que la mention n'en est faite sur les registres que quand le jugement est devenu inattaquable; mais il y a des recours extraordinaires dont la possibilité ne sera certainement pas suspensive de la mention, comme la révision; notre article s'appliquera donc à ces cas.

En outre, il s'appliquera sans difficulté à la convention ayant autorisé la radiation ou la réduction, laquelle pourra être annulée pour incapacité ou pour vice du consentement, ou résolue pour inexécution des conditions.

La solution de la loi concilie à la fois l'intérêt de l'ancien créancier dont le droit est rétabli et celui des nouveaux qui, sur la foi de la radiation ou de la réduction, ont pu accepter des hypothèques ou prendre eux-mêmes des inscriptions qu'ils ont eu lieu de croire avantageuses.

Supposons que l'hypothèque de Primus ait été radiée sur un immeuble sur lequel Secundus occupait le second rang; ensuite Tertius a pris inscription, enfin l'inscription de Primus a été rétablie; Primus continuera à primer Secundus, parce que celui-ci ne verra pas sa position plus mauvaise qu'elle n'était à l'origine; mais

il sera primé par Tertius qui n'a vu que l'inscription de Secundus avant la sienne.

Voici le moyen de régler ces divers droits en apparence inconciliables : par exemple, trois créanciers sont inscrits chacun pour 1000 *yens* ; l'immeuble ne se vend que 2500 *yens* (il faut bien supposer que l'immeuble ne suffira pas à payer tous les créanciers, autrement, la question n'aurait pas d'intérêt), il y a donc un créancier qui perdra 500 *yens*. Secundus touchera certainement ses 1000 *yens*, car, que ce soit Primus ou Tertius qui reçoive les premiers 1000 *yens*, il ne peut en souffrir ni en profiter ; quant aux 1000 *yens* alloués au premier rang, ils ne peuvent primer Tertius vis-à-vis duquel il n'y avait plus qu'une inscription le primant, celle de Secundus ; Tertius touchera donc 1000 *yens*, dont 500 sont prélevés sur les 1000 du premier rang, et les 500 autres seront alloués à Primus ; c'est en somme sur celui-ci ce que les fonds manqueront.

Mais voici un cas plus intéressant :

Supposons que l'hypothèque de Primus, radiée, puis rétablie, ait été de 2000 *yens* ; c'était sur Secundus que les fonds auraient manqué, si Primus avait gardé son inscription sans interruption ; Tertius s'inscrivant pour 1000 *yens*, lorsqu'il n'y a plus qu'une inscription celle de Secundus, est sûr d'être payé ; plus tard, l'inscription de Primus est rétablie : Tertius n'en doit pas souffrir, il touchera donc ses 1000 *yens* ; Primus n'en aura plus que 1000 au premier rang et Secundus sera toujours réduit à 500 *yens*, chiffre sur lequel seul il a compté.

Art. 238. Les inexactitudes ou omissions ne suffiraient pas à faire annuler l'inscription ; mais comme les erreurs doivent toujours être redressées, elles donneront lieu à des conventions ou à des jugements rectificatifs et ces conventions ou jugements seront eux-mêmes mentionnés en marge de l'acte rectifié.

Le présent article prévoit seulement des erreurs dans l'inscription première, mais il faudrait l'appliquer à des erreurs dans le renouvellement, dans la radiation ou dans la réduction.

La même garantie que plus haut est accordée aux tiers : la rectification ne rétroagira pas contre eux.

SECTION IV.

DE L'EFFET ET DU RANG DES HYPOTHÈQUES ENTRE LES CRÉANCIERS.

Art. 239. Le premier alinéa de notre article pose un principe qui ne pourrait être mis en doute, même dans le silence de la loi, mais qui donne plus de relief à la disposition du second alinéa, laquelle est la plus saillante de toute la Section.

On a vu sous l'article 213 que, dans le Code, toutes les hypothèques, même celles des femmes mariées, des mineurs et des interdits, sont soumises à la formalité de l'inscription, sans quoi "elles ne peuvent être opposées aux tiers"; il est dès lors nécessaire que l'inscription détermine aussi le rang respectif de toutes, car si les tiers devaient subir une priorité que ne leur révélerait pas l'inscription, l'hypothèque dont le rang est le plus grand intérêt, conserverait encore un caractère occulte et le plus grave.

C'est donc la plus ancienne inscription qui assure le premier rang et ainsi, en suivant, jusqu'à la plus récente.

La loi ne pouvait négliger de prévoir le cas où plusieurs inscriptions seraient prises le même jour. Certains Codes étrangers donnent à cet égard une solution qu'on n'a pas cru pouvoir adopter : à savoir que tous les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence,

lors même que le conservateur aurait marqué entre eux des différences d'heure.

Cette solution a prévalu, parce qu'on a craint que, dans ce cas, par erreur ou par complaisance, le conservateur ne donnât aux uns sur les autres une priorité mal fondée. Mais si la loi ne croyait pas pouvoir accorder au conservateur, dans ce cas particulier, la même confiance que dans les autres, il fallait chercher quelque garantie spéciale de la vérité, plutôt que de sacrifier des intérêts légitimes, et c'est justement ce que le Code Japonais croit avoir fait

Il y a, en effet, un très grave inconvénient dans le système étranger : un créancier qui prend une inscription, un jour où il n'en existe encore aucune autre, n'est pas assuré de la priorité ; une ou plusieurs autres inscriptions pourront être prises le même jour et concourir avec la sienne ; c'est au système de la publicité une brèche à laquelle on s'est trop facilement résigné.

La garantie contre la fraude ou l'erreur du conservateur pourra consister dans la délivrance d'un récépissé portant le numéro d'ordre de la remise de la journée et dans la reproduction du même numéro d'ordre sur l'inscription.

Art. 240. Il est naturel que lorsque la créance porte intérêts et que l'inscription en fait mention, le créancier obtienne quelque partie de ces intérêts, sans être dans la nécessité de prendre une inscription spéciale à chaque échéance. Mais il ne serait pas juste non plus qu'il obtint tout ce qui se trouve dû au jour de la liquidation, parce que, s'il a laissé s'accumuler les intérêts, il a commis une négligence qui ne doit pas préjudicier aux autres créanciers.

Le Code n'accorde que deux années ; le texte a soin d'exprimer qu'il s'agit d'années échues, et des deux dernières, lesquelles peuvent avoir une moindre impor-

tance que de plus anciennes, s'il y a eu des paiements partiels du capital. Mais le créancier auquel il est dû un plus grand nombre d'années non prescrites peut toujours prendre à cet égard des inscriptions spéciales valant à leur date.

Le texte s'applique aux autres accessoires périodiques des créances, tels qu'arrérages des rentes perpétuelles ou viagères et prestations de denrées estimées en argent.

Art. 241. La créance conditionnelle existe, quoiqu'en un état imparfait : l'effet de l'inscription en est lui-même conditionnel et éventuel ; mais l'une et l'autre n'en ont pas moins un rang fixé également par la date de l'inscription, pour valoir si la condition s'accomplit et quand elle s'accomplira.

La loi se prononce formellement dans le même sens pour l'hypothèque garantissant le remboursement de sommes versées successivement en vertu d'une "ouverture de crédit," c'est-à-dire d'un prêt pouvant aller jusqu'à un chiffre déterminé ou même sans autre limite que la demande de l'emprunteur. Seulement, dans ce cas, l'inscription devrait porter un chiffre *maximum*

Dans ces divers cas, du moment que les tiers sont avertis de l'hypothèque et de son rang, ils traitent en conséquence avec le débiteur : ils ne courent aucun risque de surprise et ont, au contraire, des chances que la créance conditionnelle ne se réalise pas ou que le crédit ne soit pas arrivé au chiffre qu'il pouvait atteindre.

Art. 242. La disposition du présent article est un nouveau cas de subrogation légale.

Le cas de cette subrogation est assez facile à saisir à la lecture du texte : un créancier a hypothèque sur plusieurs immeubles de son débiteur (ce sera le cas d'une hypothèque légale, ce peut aussi être celui d'une hypothèque conventionnelle ou testamentaire) ; si tous

les immeubles sont vendus à la même époque et liquidés simultanément, l'équité demande, et c'est la disposition du 1^{er} alinéa, que le prix de chaque immeuble contribue, d'après son importance relative, à payer cette dette : autrement, le prix d'un seul immeuble pourra être absorbé, en tout ou en très grande partie, par le paiement intégral, au grand préjudice des autres créanciers inscrits à la suite sur le même immeuble, et au profit des créanciers inscrits sur les autres immeubles qui se trouveront ainsi dégrevés d'une forte créance.

Cette répartition proportionnelle, immédiate et directe, n'est pas toujours possible, la vente et la liquidation de tous les immeubles ne peut toujours être simultanée ; mais la loi indique un moyen d'y revenir indirectement, c'est la subrogation légale qui forme l'objet du 2^o alinéa : les créanciers inscrits à la suite de celui qui a été désintéressé en entier sur un seul immeuble prendront sa place, c'est-à-dire son rang, pour leur propre créance, sur les autres immeubles, au lieu de n'y venir qu'à leur rang personnel qui est peut-être peu favorable.

Le texte dit que, dans cette subrogation, ils gardent "leurs rangs respectifs," afin qu'on ne croye pas qu'ils y arrivent comme par un titre nouveau, ayant un seule date et un seul rang.

Le but de la loi étant de faire contribuer les divers immeubles hypothéqués à une seule dette, proportionnellement à leur valeur respective, il en résulte que cette subrogation ne permet aux créanciers perdants de prendre la place de celui qui les a primés que dans la mesure où les autres immeubles doivent contribuer au paiement de la première créance : autrement, on tournerait dans un cercle sans issue.

Cette subrogation légale rentre d'ailleurs dans la seconde application de ce bénéfice de la loi, telle qu'elle se trouve énoncée à l'article 482-2^o du Livre des *Biens* : on peut dire, que "ces créanciers en ont désintéressé

un autre qui leur était préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques.”

Art. 243. Le 1^{er} alinéa de cet article exprime l'effet ordinaire de la subrogation qui met le subrogé à la place du subrogeant ; lorsqu'on liquidera le prix des immeubles sur lesquels le créancier avait un droit qui n'a pas été utilisé, les créanciers perdants sur les premiers immeubles seront colloqués sur les autres avant les créanciers qui se trouvaient primés par le créancier désintéressé : ceux-ci ne pourront s'en plaindre raisonnablement, car ils se savaient primés dans une certaine mesure, proportionnelle à la valeur respective de chaque immeuble, comparée au montant de la créance inscrite la première ; or, il leur importe peu que ce droit de préférence soit exercé par un créancier ou par d'autres. Ce qu'il fallait éviter c'était qu'ils fissent un gain injuste.

Le 2^e alinéa indique pour les subrogés le moyen de se mettre en garde contre des actes passés entre le débiteur et l'ancien créancier, actes dont l'effet serait la radiation ou la réduction de l'inscription ; c'est aussi le moyen de se faire comprendre nommément dans la procédure d'ordre (ajoutons dans la procédure de suite dont le texte ne fait pas mention, parce que l'on n'y est pas encore arrivé) : autrement, les significations ne seraient faites qu'à l'ancien créancier et il serait en droit de n'y pas répondre, n'ayant plus d'intérêt et n'étant tenu d'aucune garantie envers les subrogés.

Si l'hypothèque du créancier désintéressé n'avait pas été inscrite sur les autres immeubles qui lui sont affectés, l'inscription pourrait être prise aux mêmes fins par les subrogés, mais elle ne vaudrait qu'à sa date.

Art. 244. Un créancier hypothécaire peut, tout en conservant sa créance renoncer à son droit d'hypo-

thèque, ou même garder son hypothèque et renoncer seulement à son rang, en faveur d'un autre créancier ; s'il y a d'autres créanciers inscrits à la suite du renonçant ils n'auront pas à en souffrir ni à en profiter ; en effet, ou la nouvelle créance est supérieure à celle du renonçant, alors elle ne s'exercera que dans la même mesure, ou elle est inférieure, alors le renonçant exercera son droit pour le surplus.

S'il y a plusieurs renonciations successives, ce qui est dit ci-après des cessions successives de la même créance leur est applicable.

Les créances hypothécaires sont cessibles par vente, échange, donation ou autre acte opérant transport cession ; dans ces cas, l'hypothèque est cédée avec la créance elle-même. Mais il est possible qu'en fait la même créance ait été l'objet de cessions successives, soit par la mauvaise foi du cédant, soit parce que l'héritier du créancier, ignorant une cession antérieure faite par son auteur, en ferait lui-même une autre, de bonne foi.

La loi doit donc régler ce conflit entre cessionnaires et il est naturel qu'elle puise dans le système de la publicité des hypothèques le principe de la priorité entre les cessionnaires : le premier rang appartiendra donc "à celui qui aura le premier publié son acquisition," et le mode de publicité sera le plus simple et le moins coûteux, à savoir la mention de la cession, en marge de l'inscription déjà prise ; si celle-ci n'a pas encore été prise par le cédant, elle le sera à la diligence du cessionnaire, avec la mention de la cession.

La loi met la subrogation sur la même ligne que la cession, parce qu'avec quelques différences dans l'étendue, elle a les mêmes effets.

On pourrait croire qu'il ne peut être question ici que de la subrogation conventionnelle, comme étant la seule qui puisse avoir lieu plusieurs fois, de mauvaise

foi ou par erreur, et qui, par conséquent, donne lieu à une question de priorité ; mais il ne faut pas mettre cette restriction dans la loi ; on peut, en effet, supposer une subrogation légale en conflit avec une cession ou avec une subrogation conventionnelle, soit antérieure, soit postérieure, et il est nécessaire que chacun des intéressés, avant de contracter, puisse être averti de la priorité qui lui sera opposable.

Art. 245. L'article 185 a déjà réglé un cas particulier de subrogation. Comme il est écrit pour la matière des privilèges, on a cru devoir en reproduire ce qui concerne la publicité, mais on se borne à un renvoi à cet article pour sa dernière disposition concernant la validité des paiements faits de bonne foi avant la publication de la cession ou de la subrogation.

Art. 246. La présente disposition est nécessaire pour montrer qu'il y a une profonde différence entre la publicité des hypothèques et celle des mutations ou constitutions de droits réels immobiliers. En effet, l'article 350 du Livre des *Biens* nous a dit que le défaut d'inscription ne peut être opposé aux acquéreurs négligents que par les ayant-cause "de bonne foi", c'est-à-dire qui ont ignoré les actes non inscrits ; de plus, une limite est mise aux moyens de prouver la mauvaise foi, c'est-à-dire la connaissance *extrinsèque* desdits actes ; elle ne peut être établie que par l'aveu même de la partie qui oppose le défaut d'inscription.

On n'a pas à revenir ici sur les raisons qui ont paru commandé cette disposition.

Mais de ce que la connaissance d'une mutation non inscrite enlève à celui qui avoue la connaître le droit de se prévaloir du défaut d'inscription, il ne s'en suit pas que la connaissance d'une hypothèque non inscrite enlève à celui qui avoue la connaître le droit d'opposer le

défaut d'inscription : les divers droits réels soumis à l'inscription sont généralement incompatibles les uns avec les autres, ils ne peuvent coexister ; on comprend dès lors que la loi ne donne la préférence qu'à celui qui, ayant publié son acquisition, a ignoré une acquisition antérieure, ou, en d'autres termes, la refuse à celui qui a vu ou e avoir connu, lors de son acquisition, une aliénation antérieure, bien que non inscrite. Mais diverses hypothèques peuvent coexister sur le même immeuble, au profit de personnes différentes, sans s'exclure nécessairement : un créancier primé par d'autres peut cependant être payé avant ceux-ci, soit avec des deniers disponibles, soit au moyen d'autres sûretés ; dès lors, la circonstance qu'un créancier sait, au moment où il s'inscrit, qu'il existe déjà une autre hypothèque non inscrite, ne le constitue pas en état de mauvaise foi, et ne l'oblige pas à s'abstenir de traiter : il a pu croire que le créancier négligent avait d'autres sûretés rendant son hypothèque moins utile

Art. 247. Les dispositions de cet article sont très importantes, Elle sont tellement conformes à la raison et à l'équité qu'on n'hésite pas à les introduire dans ce Code

La loi commence par poser un principe dont la suite n'est que le développement logique et nécessaire : le créancier, hypothécaire n'est créancier chirographaire que pour ce qu'il ne peut toucher dans le produit de la vente du bien hypothéqué ; il n'y a donc pas concours des deux qualités : l'une exclut l'autre ; ce n'est qu'après la clôture de l'ordre que l'on peut savoir quels créanciers hypothécaires restent chirographaires et pour quelle somme ils ont cette qualité.

Si l'on commençait toujours par la vente des immeubles, il n'y aurait aucune difficulté. Soient, par exemple, trois créanciers hypothécaires : le premier est

payé en entier sur le prix des immeubles, le second ne l'est que pour deux tiers, le troisième ne vient pas en ordre utile ; il est clair que le premier n'est plus créancier, en aucune qualité, que le second n'est créancier chirographaire que pour un tiers de sa créance et que le troisième est chirographaire pour le tout ; les deux derniers seront payés sur les valeurs mobilières en proportion de leur créance chirographaire.

Mais, précisément, il est rare que la vente des immeubles puisse être faite avant la liquidation des valeurs mobilières ; dès lors, tous les créanciers hypothécaires peuvent prétendre être compris dans la distribution, proportionnellement à leur créance, et on ne verrait pas à quel titre ni pour quelles sommes les en exclure : quelle que soit la vraisemblance que le premier créancier soit payé intégralement sur le prix des immeubles et le second pour une fraction, cette fraction est incertaine pour le second et, même pour le premier ce paiement intégral peut être empêché par la perte de l'immeuble ou par quelque nullité imprévue de son hypothèque.

La loi les autorise donc à se présenter tous à la distribution par contribution, chacun pour le montant intégral de sa créance, et chacun y touchera un dividende.

Puis, quand viendra la distribution du prix des immeubles, ce n'est pas pour ce qui lui reste dû que chacun viendra à la collocation par ordre : ce serait un avantage illégitime pour ceux des créanciers qui, par leur rang d'inscription, étaient exposés à ce que les fonds manquaient sur eux ; le premier créancier prenant moins à son rang, le second toucherait plus au sien et le troisième, qui dans la première hypothèse ne serait pas venu en ordre utile, pourrait toucher quelque chose, le tout au préjudice des créanciers chirographaires.

Il faut donc que, dans la liquidation du prix des immeubles, chaque créancier hypothécaire soit traité

comme si aucune distribution antérieure du prix des meubles n'avait eu lieu.

D'un autre côté, aucun créancier ne peut recevoir un double paiement de sa dette ni d'aucune partie de sa dette ; alors, celui qui se trouve en rang utile pour être payé en entier par sa collocation dans l'ordre, reverse à la masse mobilière tout le dividende qu'il en a reçu, car il se trouve que c'est à tort qu'il a figuré dans la première distribution ; le second créancier, s'il est appelé à toucher deux tiers, par exemple, dans l'ordre hypothécaire, n'aurait dû figurer que pour un tiers dans la distribution mobilière, et comme il y a figuré pour toute sa créance, il aura donc à restituer deux tiers de ce qu'il a reçu ; le troisième créancier, ne touchant rien hypothécairement, n'aura rien à restituer à la masse mobilière ; au contraire, il sera appelé à participer à la distribution des sommes restituées à la masse mobilière, car comme il est dit au dernier alinéa, ces sommes sont l'objet d'une nouvelle distribution proportionnelle.

SECTION V.

DE L'EFFETS DES HYPOTHÈQUES CONTRE LES TIERS DÉTENTEURS, OU DU DROIT DE SUITE.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Art. 248. On a déjà annoncé que l'hypothèque, étant une des sûretés les plus efficaces, ne préserve pas seulement celui qui en est muni du concours des autres créanciers, par le droit de préférence, mais encore le met à l'abri, par le droit de suite, des

aliénations, même non frauduleuses, de la chose hypothéquée.

C'est ce second droit qui va nous occuper dans la présente Section.

Si l'immeuble restait toujours dans les mains du débiteur et n'était grevé par lui d'aucun droit réel ou démembrement de la propriété, c'est sur le débiteur lui-même que le créancier poursuivrait la vente, pour l'exercice de son droit de préférence ; alors on ne parlerait pas de droit de suite : ce droit suppose, comme le porte notre premier article, que le débiteur a aliéné l'immeuble, en tout ou en partie, ou qu'il l'a démembré par la constitution d'un usufruit ou grevé d'un autre droit réel.

Le principal effet du droit de suite est, comme le porte encore notre article, d'autoriser le créancier hypothécaire "à demander contre le tiers détenteur le payement de la dette : " la poursuite en expropriation de l'immeuble hypothéqué n'est que " subsidiaire " et à défaut de payement volontaire ; cet immeuble est d'ailleurs le seul bien du tiers détenteur qui puisse être saisi du chef de cette dette, car il n'en est tenu que sur cette chose et à cause de cette chose, *réellement*, ce qui le sépare profondément du débiteur tenu *personnellement* et sur tous ses biens (v. art. 1^{er}).

Le but final de l'expropriation sera encore, l'exercice du droit de préférence, par l'ouverture d'un ordre et le payement au rang déterminé par l'inscription ; mais la présence d'un tiers acquéreur modifie considérablement l'exercice de ce droit.

Notre article contient une autre disposition très importante, c'est que la condition essentielle du droit de suite est " que le créancier ait pris inscription avant l'inscription, faite par le tiers détenteur, de l'aliénation ou du démembrement de la propriété. En effet, le tiers détenteur n'a pas moins d'intérêt à connaître le droit de suite auquel il est exposé que les créanciers n'en ont à

connaître le droit de préférence qu'ils doivent subir : peut-être le tiers détenteur n'aurait-il pas traité s'il avait su être exposé aux poursuites de créanciers hypothécaires, ou, assurément, il aurait pris certaines précautions pour le payement de son prix ou l'acquittement des autres charges de son acquisition.

Cette règle ne comporte pas d'exception, pas plus que celle qui subordonne le droit de préférence à l'inscription et fait dépendre la priorité de rang de l'antériorité d'inscription : les femmes mariées, les mineurs et interdits ne pourraient exercer le droit de suite sans que leur hypothèque eût été inscrite avant l'aliénation.

Par exception les baux ayant par leur durée modérée, un caractère d'actes d'administration seront respectés. Il ne faut pas, en effet, que les biens manquent d'être loués, parce que les preneurs traitant avec le débiteur, craindraient l'éviction par l'effet du droit de suite.

Si un bail avait été fait par le débiteur pour une durée plus longue que celle qui a un caractère d'administration, il ne serait pas nul, mais réductible à la durée permise, sur la demande des créanciers hypothécaires (v. art. 259.)

Art. 249. Cet article suppose que le débiteur a hypothéqué un démembrement de la propriété d'autrui, qui lui appartenait, et qu'il a ensuite renoncé à son droit. Cette renonciation doit être inscrite, d'après l'article 348-2^o du Livre des *Biens*. Si le créancier a inscrit son hypothèque avant l'inscription de la renonciation, celle-ci ne pourra lui nuire. Par exemple, le débiteur a hypothéqué son droit d'usufruit ou de bail, puis il a renoncé à son droit : le créancier hypothécaire inscrit en temps utile tiendra la renonciation pour non avenue à son égard et fera vendre le droit d'usufruit ou de bail comme intact.

Art. 250. Les créanciers chirographaires peuvent

saisir et faire vendre les biens meubles et immeubles de leur débiteur, en respectant les droits d'hypothèque qui peuvent grever ces biens ; le plus souvent, ils ne s'engageront dans cette procédure lente et coûteuse que lorsqu'ils ne se sauront pas primés par des hypothèques de nature à absorber tout ou la plus grande partie des immeubles. Seulement, il est difficile qu'ils aient une certitude absolue à cet égard, car la saisie, même inscrite, n'arrête pas encore les autres inscriptions.

Le Code de Procédure civile détermine les formes de la saisie. Parmi ces formes se trouve la publication de la saisie. Cette publication a pour but d'avertir les tiers qu'ils ne pourront plus acquérir de droits sur l'immeuble saisi : notamment, il ne pourrait plus être constitué par le débiteur de nouvelles hypothèques. Mais les hypothèques valablement acquises pourront encore être utilement inscrites, parce que la propriété n'est pas encore perdue pour le débiteur : la saisie inscrite ne le dépouille que du droit de disposer et non du droit de propriété, lequel ne lui sera enlevé que par d'adjudication.

Cette adjudication, à son tour, devra être inscrite (v. art. 348-3^o) et notre article nous dit que, jusqu'à cette transcription qui dessaisit le débiteur, ses créanciers peuvent valablement s'inscrire et s'assurer, ainsi, si non le droit de suite proprement dit, car il ne peut plus y avoir une nouvelle saisie et une nouvelle vente (v. art. 258), au moins un droit de préférence sur le prix, opposable aux saisissants.

Remarquons qu'ici l'hypothèque ne peut être inscrite après l'inscription de la saisie que si elle a été constituée par acte authentique : la loi a voulu par là prévenir une fraude qui eût été facile puisqu'en général l'hypothèque n'exige pas l'acte authentique.

La loi réserve un cas où l'inscription ne pourrait même être prise jusqu'à l'inscription de l'adjudication ; c'est celui où le débiteur serait considéré comme notoire-

ment insolvable, par l'effet de la saisie (même non transcrite) de la majeure partie de ses biens, meubles et immeubles, mais il ne faut pas considérer cette présomption d'insolvabilité comme absolue : le tribunal pourrait toujours admettre que la saisie a été faite avec exagération par un créancier rigoureux et que les biens du débiteur excèdent son passif.

Art. 251. L'article 214, rappelé plus haut, ne met obstacle qu'à l'inscription à prendre sur le débiteur, mais si c'est le tiers détenteur qui devient insolvable ou dont la succession n'est pas acceptée purement et simplement, cela ne fait pas obstacle à l'inscription à prendre sur lui : tant qu'il n'a pas publié son titre d'acquisition, les créanciers hypothécaires ne le connaissent pas et n'ont pas à se préoccuper de sa solvabilité.

Art. 252. En présence des inscriptions prises, le tiers détenteur peut prendre plusieurs partis qui concilient tout à la fois les droits des créanciers hypothécaires et son intérêt.

Il n'est pas, en général, obligé d'attendre les poursuites pour prendre l'un de ces partis ; cependant, le 3^e et le 5^e, l'exception de discussion et l'expropriation, supposent nécessairement des poursuites faites contre lui.

Chacun de ces parties est l'objet d'un § distinct.

§ 1^{er}.—DU PAYEMENT DES DETTES HYPOTHÉCAIRES.

Art. 253. Si la loi commence par le paiement des dettes hypothécaires, ce n'est pas parce que ce sera le parti le plus fréquent que prendra le tiers détenteur, car il pourrait le mener trop loin, c'est parce que le véritable effet de l'hypothèque contre le tiers détenteur,

celui que sanctionne le droit de suite, c'est l'affectation de l'immeuble au paiement de la dette.

Lorsque le prix de l'immeuble ne sera pas plus élevé que le montant des dettes hypothécaires, le paiement de celles-ci sera un moyen très simple pour le tiers détenteur de se libérer, tout à la fois, de son obligation comme tel vis-à-vis des créanciers hypothécaires et de son prix d'acquisition vis-à-vis du débiteur, son cédant. Dans ce cas, il n'a pas à devancer les échéances des dettes hypothécaires, ce qui serait le cas, au contraire, s'il voulait procéder à la purge (v. § suiv.).

Art. 254. Si le tiers détenteur avait déjà payé son prix au cédant, ou s'il devait un prix d'acquisition inférieur aux dettes hypothécaires, si même il ne devait pas de prix, comme coéchangiste, sans soulte à payer, ou comme donataire ou légataire, il aurait un recours à exercer contre le débiteur ; pour ce recours la loi lui accorde la subrogation de plein droit aux créanciers qu'il a désintéressés, pour jouir des autres hypothèques, sûretés ou avantages quelconques qui pourraient leur appartenir. C'est l'application du principe général que la subrogation légale appartient à celui qui a payé une dette dont il était tenu avec d'autres ou pour d'autres (v. art. 482-1^o du Liv. des *Biens*) ; cette subrogation comporte d'ailleurs ici les limites spéciales qui sont énoncées à l'article 483-3^o et 4^o.

Le 2^e alinéa de notre article signale un avantage particulier mais éventuel de cette subrogation : si le tiers détenteur ne désintéresse pas tous les créanciers hypothécaires et finit par être évincé ou exproprié de l'immeuble par les créanciers non payés, alors il a l'avantage d'exercer sur l'immeuble qu'il détient les hypothèques mêmes des créanciers qu'il a désintéressés ; il ne serait pas juste, en effet, que les créanciers postérieurs en rang à ceux qu'il a payés vissent ainsi s'améliorer leur rang

et leurs chances d'être payés, lors que les paiements ainsi effectués l'ont été de deniers qui n'étaient pas dus à leur débiteur.

On a dit que dans ce cas, le tiers détenteur acquiert par la subrogation une hypothèque sur son propre immeuble ; mais c'est une expression plus singulière qu'exacte : l'hypothèque n'est acquise que pour le cas d'éviction, qui est précisément le cas où le tiers détenteur cessera d'être propriétaire du bien hypothéqué.

§ II.—DE LA PURGE.

Art. 255. L'explication donnée au § précédent du premier parti que peut prendre le tiers détenteur a fait voir qu'il n'est pas sans inconvénient et que, le plus souvent, le tiers détenteur n'y recourra pas. Le parti auquel on donne ici le second rang sera, contraire, le plus prudent et, par suite, sera le plus fréquent.

Le nom de *purge* signifie purification : l'hypothèque est considérée comme un vice qui entache l'acquisition, ou comme une maladie qui affecte l'immeuble, et l'opération dont il s'agit enlèvera la tache ou le mal.

Notre article indique le caractère de la purge : le tiers détenteur ne paye pas toutes les dettes hypothécaires, il ne les paye que jusqu'à concurrence de son prix d'acquisition dans l'ordre de leur inscription, après des offres et une procédure particulière suivies d'une acceptation expresse ou tacite des créanciers même non désintéressés.

Comme l'acquisition du tiers détenteur n'a pas toujours lieu par vente, comme elle peut résulter d'une donation ou d'un legs, il faut alors que le tiers détenteur qui veut purger offre une valeur qu'il considère comme équivalente à celle de l'immeuble, car le droit des créanciers hypothécaires ne peut se trouver amoindri par le mode d'aliénation qu'aura employé le débiteur.

Lors même que l'acquisition a eu lieu par vente, comme le prix peut avoir été assez bas, le tiers détenteur a intérêt à offrir une somme supérieure à son prix, sauf recours contre son vendeur : autrement, il aurait peu de chances de voir ses offres acceptées. On peut admettre qu'en sens inverse, si, pour des raisons particulières, il avait payé un prix supérieur à la valeur réelle de l'immeuble, il pourrait offrir une somme moindre. Il est vrai que si les créanciers connaissent le prix de vente (et ce sera le plus fréquent, à cause de l'inscription), ils seront portés à ne pas accepter l'offre ainsi réduite, et le tiers détenteur n'aura pas lui-même, en général, intérêt à proposer cette réduction. Mais si l'on suppose qu'il a déjà imprudemment payé tout ou partie de son prix à son vendeur, directement, ce qui ne le libère nullement envers les créanciers hypothécaires, il aura grand intérêt à ne plus offrir que la valeur réelle de l'immeuble, n'ayant pas grandes chances de recouvrer du débiteur ce second paiement.

Notre article indique que la consignation peut remplacer le paiement effectif ; on y reviendra sous l'article 268.

Art. 256. On sait qu'une acquisition peut, comme une obligation, être affectée de deux sortes de conditions ; l'une, dite suspensive, qui la retarde et peut empêcher qu'elle se réalise, l'autre, dite résolutoire, qui la laisse s'effectuer, mais l'expose à être détruite ; toutes deux dépendant d'ailleurs d'un événement futur et incertain (v. art. 408 du Liv. des *Biens*).

Le droit de purger n'existe que dans le second de ces cas.

Dans le premier cas, le tiers détenteur, ayant moins un droit acquis que l'espérance et la chance de l'acquérir, ne peut purger (1^{er} al.) ; il y aurait, en effet, de grands inconvénients à ce que celui qui n'a qu'un droit

conditionnel pût anéantir les droits fermes et certains des créanciers hypothécaires sans désintéresser ceux-ci, tous et entièrement.

Au contraire, le tiers détenteur dont le droit existe actuellement et est seulement exposé à une résolution éventuelle est autorisé à purger (2^e al.). Mais la loi devait prévoir le cas où, après la purge et la radiation des hypothèques, le droit du tiers détenteur serait résolu par l'accomplissement de la condition. Deux hypothèses sont réglées :

1^o Les offres du tiers détenteur ont été acceptées, l'immeuble est resté dans ses mains et les hypothèques sur lesquelles les fonds ont manqué ont été radiées comme celles qui ont été éteintes par le paiement effectif (v. art. 268, 2^e al.) : quand le droit du tiers détenteur est ensuite résolu par l'accomplissement de la condition, la radiation sans paiement se trouve avoir été sans cause légitime, elle est résolue elle-même et il y a lieu de rétablir l'inscription, au moyen d'une mention en marge, conformément à l'article 237.

Cet article exige, en général, un jugement, comme le seul moyen de prévenir les erreurs ou les surprises dans une matière qui intéresse les tiers : ici les créanciers non payés qui demanderont le rétablissement de l'inscription devront obtenir un jugement qui se bornera à constater que la purge a été résolue, comme l'acquisition du tiers détenteur, et à ordonner ou autoriser le rétablissement de l'inscription radiée.

2^o Les offres du tiers détenteur n'ont pas été acceptées, alors l'immeuble a dû être vendu publiquement, comme il est établi ci-après (v. art. 267 et 278). Si l'adjudication une fois prononcée pouvait être résolue par l'accomplissement de la condition résolutoire de l'acquisition primitive, les enchères ne seraient pas suivies avec intérêt, l'adjudication ne donnerait pas le véritable prix de

l'immeuble : la loi exprime que "ladite adjudication demeure à l'abri de la résolution."

Art. 257. Cet article indique certains tiers détenteurs qui, par suite d'une autre qualité, ne peuvent s'affranchir des hypothèques par la voie de la purge. Ce sont :

1° Ceux qui sont tenus desdites dettes, non plus seulement comme détenteurs, mais personnellement, soit comme débiteurs principaux, tels que codébiteurs solidaires ou codébiteurs d'une dette indivisible, soit comme débiteurs accessoires, comme une caution : ils sont bien détenteurs de la chose hypothéquée, mais ils ne sont pas *tiers* détenteurs ; à plus forte raison, le débiteur unique de la dette hypothécaire, resté propriétaire, ne pourrait-il prétendre purger, en offrant la valeur estimative de son immeuble ;

2° Celui qu'on nomme "caution réelle," parce qu'il garantit la dette d'autrui sur un de ses biens : quoiqu'il ne soit pas tenu aussi rigoureusement qu'une caution ordinaire ou personnelle, laquelle est obligée sur tous ses biens, il n'en est pas moins obligé de respecter le droit qu'il a conféré ; or, la purge, quelle que soit sa légitimité, quand il s'agit d'un tiers détenteur qui n'a aucun rapport contractuel avec les créanciers hypothécaires, est une atteinte portée à l'hypothèque, laquelle ne peut provenir de celui-là même qui l'a constituée.

La loi ne se prononce pas sur le co-débiteur simplement conjoint qui aurait payé sa part dans la dette avant les poursuites : il faut l'admettre à purger, comme tiers détenteur, cas il n'est pas tenu personnellement de la part des autres.

Art. 258. Il s'agit ici de certains modes d'acquisitions qui ne donnent pas lieu à la purge parce qu'elles font légalement présumer que la valeur véritable de

l'immeuble a été obtenue, en sorte qu'une remise en vente ne donnerait pas un meilleur prix.

En premier lieu sont les adjudications faites aux enchères publiques ; telles sont : celles sur saisie immobilière (v. art. 250), sur surenchère (v. art. 265), sur poursuite hypothécaire (v. art. 278) ; la loi vise même " toutes les adjudications auxquelles les créanciers hypothécaires sont appelés à intervenir," ce qui comprend l'adjudication des immeubles des incapables et les autres auxquelles le Code de Procédure appelle les créanciers hypothécaires.

En second lieu sont les expropriations pour cause d'utilité publique : dans ce cas, l'indemnité est fixée dans des conditions qui permettent de dire que le juste prix a été donné à l'immeuble exproprié ; il y a de plus une raison péremptoire d'empêcher la purge ordinaire, c'est qu'elle permettrait de mettre la chose aux enchères publiques ; or, précisément, le bien dont il s'agit ne peut plus appartenir à un particulier, puisqu'il est reconnu nécessaire à un usage public.

Au surplus, le refus de purge prononcé par notre article contre deux classes d'acquéreurs ne leur cause aucun dommage et ne les soumet pas au paiement intégral des dettes hypothécaires, car le droit des créanciers se borne à une collocation sur le prix d'adjudication ou sur l'indemnité d'expropriation (3^e al.). Aussi peut-on dire que " l'adjudication purge les hypothèques inscrites," et on en pourrait dire autant de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Cela n'est pas contraire aux solutions de notre article : s'il refuse au tiers détenteur la faculté de purger dans les cas d'adjudication publique et d'expropriation, c'est de la purge de notre § qu'il entend parler, avec son caractère d'offre constituant une convention, si elle est acceptée, et menant à une revente, si elle est refusée.

Art. 259. Ici ce n'est pas la nature du mode d'acquisition qui met obstacle à la purge, c'est la nature du droit acquis.

Quand il s'agit de droits qui ne peuvent être saisis et vendus, la purge ne peut en être permise, puisque la vente est un de ces résultats possibles : tels sont les droits d'usage, d'habitation et de servitudes foncières, cités par notre article.

Cependant le tiers acquéreur de tels droits ne peut être tenu de payer toutes les dettes hypothécaires. D'un autre côté, il ne peut être question de limiter le droit de suite à un droit de préférence sur le prix d'acquisition, comme dans l'article précédent, car il peut y avoir eu échange, donation ou legs, cas où il n'y a pas de prix à payer. La loi résout la difficulté par une distinction : si les droits dont il s'agit ont été établis avant la constitution de l'hypothèque, l'immeuble est vendu grevé desdits droits, parce que les créanciers les ont connus et doivent les respecter. S'ils ont été établis après la constitution de l'hypothèque le droit de suite s'exercera par la saisie du bien resté aux mains du débiteur, en faisant abstraction des démembrements de propriété qui ne sont pas opposables aux créanciers. C'est l'application du principe général posé à l'article 248, 1^{er} alinéa.

A l'égard des baux, il n'y a pas non plus de purge possible ; deux cas sont d'ailleurs à distinguer : ou les baux ont une courte durée et ont un caractère d'actes d'administration, alors les créanciers les respectent (v. art. 248, 2^o al.), sans même avoir de préférence sur le prix de bail, pas plus qu'ils n'en auraient sur le prix des fruits du fonds vendus annuellement ; ou les baux ont une plus longue durée et alors ils sont considérés comme non venus à l'égard des créanciers et le fonds sera saisi comme n'étant pas loué pour plus que la durée permise. Mais si les baux avaient été consentis

avant la constitution d'hypothèque, ils seraient maintenus.

Art. 260. Le tiers détenteur n'est pas obligé pour purger d'attendre les poursuites d'un ou plusieurs créanciers : il a toujours le droit de sortir d'une situation incertaine. Mais, en sens inverse, s'il est sommé "de payer ou de délaisser," il doit, dans le mois, ou obtempérer à l'une de ces injonctions ou purger, à peine de déchéance.

Les dispositions des deux derniers alinéas sur la déchéance demandent attention ; il fallait une sanction à l'obligation d'observer le délai d'un mois, mais il ne fallait pas que la déchéance eût lieu de plein droit, même avec possibilité pour le détenteur d'en être relevé : c'est aux créanciers à la faire prononcer en justice et ils ne pourront pas toujours l'obtenir.

D'abord, si le tiers détenteur justifie d'empêchements légitimes, le tribunal peut lui accorder un nouveau délai ; ces empêchements pourraient être purement personnels, mais comme la loi excepte le cas où les créanciers "en éprouveraient un préjudice sérieux," il n'y a pas d'abus à craindre.

Les créanciers ne pourront non plus demander la déchéance contre des offres faites tardivement, s'ils y ont tacitement renoncé, en ne demandant pas la déchéance dans le délai d'un mois qui leur est accordé pour répondre aux offres ordinaires (v. art. 265-2°).

Art. 261. L'inscription est le préliminaire de la purge : c'est d'abord le moyen pour le tiers-détenteur de prendre la qualité de propriétaire qui l'autorise à faire des sommations et des offres aux créanciers ; c'est aussi le moyen de faire apparaître le privilège du vendeur ou autre aliénateur et son droit de résolution, droits qui, dans la théorie du Code, ne sont pas perdus

tant que l'inscription de la mutation n'est pas faite (v. art. 180).

Comme cette inscription arrête celle qui peuvent être opposées au tiers détenteur, c'est alors le moment pour lui de demander au conservateur " un état des privilèges et hypothèques qui grèvent son immeuble."

Art. 262. Les trois notifications que le tiers détenteur doit faire aux créanciers privilégiés ou hypothécaires sont assez précisées dans le texte pour ne pas demander de développements ; il suffit d'indiquer le but de chacune.

1° L'exposé du titre a pour but de faire connaître aux créanciers la qualité en laquelle le tiers détenteur se présente à eux : ils y verront : 1° s'il est acheteur ou donataire, 2° qui il est, 3° si c'est bien leur débiteur qui est l'auteur de l'aliénation, 4° si c'est bien l'immeuble à eux hypothéqué qui a été aliéné, 5° à quelle époque a eu lieu l'aliénation (ce qui importe pour la capacité d'aliéner), 6° à quelle date a été faite l'inscription du titre (ce qui influe sur la validité des autres inscriptions), enfin, 7° le prix d'acquisition ou la valeur estimative donnée à la chose, ce qui permettra aux créanciers de voir si les offres dont il est parlé au n° 3 sont suffisantes.

2° Le tableau des inscriptions fait connaître aux divers créanciers, respectivement, combien et qui ils sont, pour quelles sommes et à quelle date ou à quel rang ils sont, ce qui les aidera à voir si le prix à eux offert peut parvenir à les désintéresser ; l'indication du *folio* du registre des inscriptions permettra aux intéressés de vérifier si toutes les inscriptions sont régulières et valables, ce qui intéresse encore plus les créanciers respectivement que le tiers détenteur.

3° La déclaration ici prescrite est " l'offre " dont nous avons déjà parlé plusieurs fois et qui donnera à la purge un caractère conventionnel ou transactionnel, si ladite

offre est acceptée. Cette déclaration rappelle aux créanciers qu'ils ont le droit de requérir la mise aux enchères de l'immeuble en surenchérissant les premiers ; elle leur indique dans quel ordre ils seront payés, sans distinction entre les créances certaines et celles qui sont conditionnelles, et entre celles qui sont échues et celles qui ne le sont pas ; ici, en effet, il ne peut être question comme dans le premier parti que peut prendre le tiers détenteur, de payer les dettes à mesure qu'elles sont échues, car les premières en rang pourraient être à terme ou conditionnelles et, lorsque leur tour viendrait, les fonds pourraient manquer ; c'est une liquidation anticipée où tous les intérêts doivent être sauvegardés.

Bien entendu, les sommes dues sous condition ne seront pas versées aux ayant-droit, elles seront consignées, en attendant l'événement ou la défaillance de la condition.

L'article 268 reviendra sur l'application de la consignation auquel notre article fait déjà allusion.

Art. 263. Il serait bien inutile que le tiers détenteur se mît, par la purge, à l'abri du droit de suite résultant des privilèges et hypothèques, si certains créanciers dont le droit hypothécaire serait purgé conserveraient l'action résolutoire d'une aliénation ou d'un partage d'où provenait originairement le droit du débiteur.

Du moment que le Code fournit au tiers détenteur un moyen de se mettre à l'abri d'une action résolutoire indéfinie, tout en laissant à cette action un certain temps pour se produire, il n'y a pas de raison de la déclarer perdue par cela seul que le privilège l'est lui-même ; ainsi, quand le privilège d'un aliénateur ou d'un copartageant est dégénéré en hypothèque légale (v. art. 181), il est aussi facile de concevoir que l'action résolutoire subsiste que si le privilège était resté intact. Pour

rendre plus facile l'intelligence du système proposé, nous allons le présenter dans son ensemble, en donnant par anticipation, avec l'explication de notre article, celle des deux autres qui s'y rapportent.

1° Notre article veut que le tiers détenteur qui connaît, par l'inscription, la cause de chaque créance et, par là, l'action résolutoire appartenant à l'aliénateur ou au copartageant, conjointement avec son privilège ou son hypothèque, ne se borne pas à lui faire des offres comme aux autres créanciers, mais encore le somme "de déclarer, dans le même délai (d'un mois augmenté d'après les distances), s'il entend user de son action résolutoire." Ceci est déjà un acheminement à la purge de l'action.

2° Si l'aliénateur ou le copartageant notifie une surenchère d'un dixième, "sans réserver l'exercice de son action résolutoire, il est considéré comme y ayant renoncé" (art. 266).

Mais cette renonciation n'est acquise au tiers détenteur qu'à l'expiration du délai prescrit, de sorte que les réserves pourraient n'être pas jointes à la surenchère : le 2° alinéa de l'article cité s'applique à ce cas, comme à celui où le créancier, négligeant la surenchère, se bornerait à déclarer qu'il entend user de son action résolutoire.

Ladite déclaration doit être notifiée au tiers détenteur, comme principal intéressé, et au débiteur principal, précédent propriétaire, pour l'engager à prévenir par un payement l'éviction de son cessionnaire.

La première notification est seule exigée "à peine de nullité," comme cela a lieu pour la notification de la surenchère (v. art. 265 1° et 2°).

3° Si l'aliénateur ou le copartageant a conservé son action résolutoire, en se conformant aux dispositions qui précèdent, il lui reste à l'exercer effectivement "avant que le bien soit mis aux enchères" (v. art. 279).

Le tiers détenteur présentera requête au tribunal pour faire fixer un délai dans lequel l'aliénateur devra faire juger son action résolutoire. Cette requête sera nécessairement communiquée à la partie intéressée, afin qu'elle puisse se faire donner un délai suffisant.

Jusqu'au jugement définitif de la résolution, il n'y a pas mise en vente ; il n'y est pas procédé, si la résolution est admise ; alors toutes les hypothèques procédant du chef de l'acquéreur sont résolues avec son propre droit, et le tiers détenteur, étant lui-même évincé, n'a pas à purger des droits qui n'existent pas plus que le sien.

Au cas contraire, si la résolution est rejetée, la mise en vente a lieu d'après la surenchère d'un dixième faite depuis longtemps ; peut-être même a-t-elle été faite par l'aliénateur, car il a pu justement surenchérir, en prévision du cas où la résolution ne serait pas admise, ce qui serait à prévoir s'il était intervenu de sa part quelque acte pouvant être invoqué contre lui comme contenant renonciation à la résolution.

Art. 264. Dans le cas où l'acquisition comprend des biens hypothéqués et d'autres non hypothéqués, c'est à l'acquéreur à déterminer la somme qu'il lui paraît convenable d'offrir pour le bien hypothéqué ; il a intérêt à faire une offre suffisante : autrement, il s'expose à la surenchère.

Art. 265. Si les créanciers trouvent les offres acceptables, ils n'ont qu'à garder le silence et à laisser s'écouler le délai d'un mois qui leur est assigné par le n° 2 de notre article pour répondre à la notification et aux offres prescrites à l'article 262 : l'article 263 mettra cette idée en évidence.

Ici on suppose, au contraire, que les créanciers ou l'un d'eux n'acceptent pas l'offre, sans doute dans l'espérance d'obtenir un meilleur prix par la vente aux

enchères publiques. Ce sont, naturellement, les créanciers inscrits les derniers qui seront portés à ne pas accepter, parce que c'est sur eux que les fonds doivent manquer ; le même refus pourrait venir d'un créancier unique auquel serait due une somme plus forte que celle qui lui est offerte par le tiers détenteur.

Le refus du créancier n'a pas à être motivé, mais il a sa forme, son délai et ses conditions.

En la forme, il consiste dans une réquisition de mise aux enchères ; comme preuve de la sincérité dans la prétention à un meilleur prix, le requérant doit faire une surenchère d'un dixième de la somme offerte, et comme garantie qu'il n'agit pas témérement et en *fol enrichisseur*, il doit donner une caution ou une autre sûreté "pour le prix total ainsi augmenté et pour les frais," car il est possible qu'il n'y ait pas d'autre enchérisseur lors de la mise aux enchères, et dès lors le requérant serait débiteur du principal et des frais.

Comme c'est là un engagement très lourd et qu'il faut éviter les erreurs et les surprises, la loi exige que le requérant signe le tout sur l'original ou que la signature soit donnée pour lui par un mandataire spécial.

Cette réquisition doit être notifiée au tiers détenteur dans un délai assez court, un mois à partir de la signification des offres par lui faites.

La loi veut encore que la réquisition de mise aux enchères soit notifiée au précédent propriétaire ou cédant, comme débiteur principal, afin qu'il puisse, par le paiement, préserver son cessionnaire de l'éviction.

Enfin, dans le cas où l'hypothèque a été constituée par un autre que le débiteur, la signification lui est faite comme cédant, pour le motif qui précède, et aussi au débiteur principal, car il a, dans ce cas, un autre recours en garantie à éviter.

L'observation des deux premières formalités est prescrite à peine de nullité, et il n'y a pas lieu d'en relever

le requérant, même sous prétexte d'empêchement ou de cause majeure : le tiers détenteur ne peut rester indéfiniment dans l'incertitude au sujet des offres qui peuvent consolider son acquisition.

Mais les deux dernières significations ne comportent pas nécessairement la même sanction : pour que la nullité de la réquisition de mise aux enchères fût annulée pour n'avoir pas été suivie de l'une ou de l'autre de ces significations dans le délai prescrit, il faudrait que le tiers détenteur prouvât que le cédant ou le débiteur principal était en état de payer les dettes hypothécaires.

Art. 266. Cet article se trouve expliqué avec l'article 263.

Art. 267. La loi ne désire pas qu'il y ait autant de réquisitions de mise aux enchères qu'il peut y avoir de créanciers hypothécaires intéressés à la faire ; d'un autre côté, elle n'oblige pas le créancier surenchérisseur à notifier sa réquisition de mise aux enchères aux autres créanciers inscrits, quoiqu'il les connaisse : ce serait, dans les deux cas, une augmentation à peu près inutile de frais et de lenteurs ; mais il sera rare que les autres créanciers ne soient pas informés de la surenchère déjà faite : ceux d'entre eux qui, par leur rang, courent le risque de n'être pas payés avec le prix offert, se concerteront le plus souvent pour requérir la mise aux enchères.

Du moment que la loi admet qu'une seule surenchère doit profiter à tous les créanciers, il est naturel et nécessaire que le surenchérisseur ne puisse s'en désister ou la rétracter que du consentement de tous les autres créanciers. En effet, il arriverait le plus souvent ou que les autres créanciers ignoreraient cette rétractation et ne pourraient faire une nouvelle surenchère pour eux-mêmes, ou que, la connaissant, les délais pour en faire une autre seraient expirés.

Lorsque la vente publique sera effectivement poursuivie, soit par le premier surenchérisseur, soit par les autres créanciers prenant sa place, l'immeuble ne sera purgé que par l'adjudication qui suivra et pour laquelle la loi renvoie aux articles 278 et suivants.

Art. 268. La loi suppose ici qu'aucun créancier n'a requis la mise aux enchères et que les délais sont écoulés ; on peut dire alors que les offres sont tacitement acceptées.

Pour consommer la purge, le tiers détenteur n'a plus qu'à payer le prix offert. Mais comme le paiement ne peut avoir lieu que dans une procédure d'ordre ou dans un ordre amiable et qu'il peut surgir des difficultés dans lesquelles le tiers détenteur est sans intérêt, il est admis à consigner la somme offerte, au nom des créanciers, et "cela sans offres réelles préalables," parce que la somme n'est plus à discuter et cependant ne peut être reçue.

Une autre particularité de cette consignation, c'est qu'elle ne pourrait être retirée par celui qui l'a faite, comme le permet l'article 478 du Livre des *Biens* : cet article suppose la consignation faite par un débiteur ordinaire, seul intéressé à sa libération et pouvant y renoncer ; mais ici c'est dans un sens tout particulier que le tiers détenteur est débiteur et sa libération intéresse trop de personnes diverses pour qu'il puisse lui être permis de la rétracter.

Enfin, la loi n'oblige pas le tiers détenteur à payer ou à consigner les intérêts des sommes offertes, parce que, comme il a dû tenir ces sommes disponibles depuis les offres, il n'en a pas tiré un profit appréciable.

Lorsque le paiement ou la consignation sont effectués, l'immeuble demeure purgé et toutes les hypothèques sont radiées, même, dit la loi (et c'est là le caractère le plus saillant de la purge), "celles sur lesquelles les fonds ont manqué."

Art. 269. L'exercice des actions hypothécaires, même quand il ne mène pas à une vente aux enchères produit toujours pour le tiers détenteur une sorte d'éviction, puisqu'il ne tient plus son droit du contrat originaire, mais d'une sorte de transaction avec les créanciers ; de là, un recours en garantie qui varie dans son importance, suivant les cas :

1° Au cas de vente, l'acheteur a peut-être offert et payé plus que son prix d'acquisition ; cela aura eu lieu surtout quand il avait déjà eu l'imprudence de payer tout ou partie de son prix à son vendeur directement ;

2° Au cas d'échange, si le tiers détenteur a payé plus que la soulte promise (et ce sera presque toujours le cas, parce que la soulte n'est souvent qu'une faible partie de la contre-valeur et que le bien fourni en contre-échange de l'immeuble hypothéqué n'est pas lui-même assigné aux créanciers hypothécaires), il se fera rembourser cet excédant ; de même, s'il avait acquis par un autre contrat onéreux, comme une transaction ou une dation en paiement, il se ferait rembourser tout ce qu'il aurait payé aux créanciers au-delà de ce qu'il avait promis au cédant.

La loi y met cette réserve : “ s'il ne se fait pas restituer la contre-valeur par lui fournie ; ” en effet, si, au cas d'échange, il se fait rendre par le cédant le bien qu'il lui avait fourni en échange, il se trouve n'avoir payé qu'une fois la valeur de la chose estimée par lui-même : il en est, en quelque sorte, acheteur, et il n'a que payé son prix aux créanciers du vendeur. Même solution si, ayant reçu l'immeuble comme dation en paiement d'une dette, il faisait résoudre pour inexécution et considérer comme non avenue la novation qui était implicitement contenue dans la dation en paiement (v. Liv. des *Biens*, art. 461).

3° Au cas de donation ou de legs, rien de ce qui le tiers détenteur a payé aux créanciers n'était dû au dona-

teur ou au testateur, le recours a donc lieu pour le tout.

4° Tous les frais de la procédure de purge sont encore une charge dont le tiers détenteur doit être rendu indemne et qui retombera sur son cédant.

§ III.—DE L'EXCEPTION DE DISCUSSION.

Art. 270. Le nom et la nature de ce moyen de défense du tiers détenteur rappelle le bénéfice de la caution exposé aux articles 20 à 23.

Le texte tranche tout d'abord une question qui pouvait faire doute, à savoir si, comme la purge, le bénéfice de discussion exige que le tiers détenteur ne soit pas tenu de la dette personnellement à un titre quelconque (comp. art. 257), et il décide que la qualité de débiteur "principal" exclut seule l'exception de discussion hypothécaire; par conséquent, une caution personnelle en jouit. On ne pouvait admettre que la qualité de caution, qui, par elle-même, donne déjà le bénéfice de discussion, fût obstacle à l'exercice d'un bénéfice analogue fondé sur la qualité de tiers détenteur; il est, au contraire, tout naturel que celui qui cumule les deux qualités cumule aussi les deux bénéfices dans la mesure de ce que l'un contient de plus que l'autre, et, fussent-ils absolument semblables, il faudrait encore dire que la caution qui est en même temps tiers détenteur y a deux titres au lieu d'un.

L'exception de discussion appartenant au tiers détenteur est d'ailleurs moins étendue que celle qui appartient à la caution comme telle; en effet, le tiers détenteur ne peut renvoyer le créancier à discuter que "les autres immeubles hypothéqués à la même dette," sauf quelques restrictions; tandis que la caution peut même renvoyer le créancier à discuter tous autres biens du débiteur, sauf aussi des restrictions (v. art. 20 à 23).

Les trois premières restrictions à la discussion opposable par le tiers détenteur existent aussi pour le bénéficiaire de la caution et lui sont empruntées.

Le texte en ajoute une quatrième qui a paru tout-à-fait dans l'esprit du principe, c'est que les biens à discuter ne soient pas, d'après leur valeur et le rang du créancier auquel la discussion est opposée " manifestement insuffisants " à le désintéresser : autrement, on peut dire qu'elle est frustratoire.

Comme l'exception de discussion n'est, ici encore, qu'un moyen dilatoire, elle doit être proposée sur les premières poursuites (comp. art. 20).

Art. 271. De ce que l'exception de discussion hypothécaire peut se cumuler avec le bénéfice de discussion de la caution, il ne s'en suit pas que la renonciation à celle-ci emporte renonciation à celle-là. Le texte s'en explique formellement, pour qu'il n'y ait aucun doute.

La réciprocque serait vraie : la renonciation du tiers détenteur à l'exception de discussion hypothécaire ne lui enlèverait pas le bénéfice de discussion qu'il aurait comme caution : mais le texte n'a pas à le dire, parce que ce n'est pas ici qu'il y a lieu de parler des droits de la caution, et il n'était pas nécessaire d'insérer au Chapitre du Cautionnement une disposition en ce sens.

Art. 272. Celui qu'on appelle " caution réelle," parce qu'il n'est tenu que sur le bien qu'il a hypothéqué à la dette d'autrui, jouit de l'exception de discussion. Si la loi s'en explique, c'est parce qu'il n'a pas le droit de purger (art. 257). Or, il y a cette grande différence entre la faculté de purger et celle d'opposer la discussion que la première tend à détruire l'hypothèque et la seconde seulement à en ajourner l'effet ou, si elle la supprime, ce n'est que lorsqu'elle

n'aura plus aucune utilité, parce que le payement aura été obtenu sur un autre bien.

En somme, il ne reste que les codébiteurs solidaires et les codébiteurs d'une dette indivisible qui, ayant acquis le bien hypothéqué, soient privés du droit d'opposer l'exception de discussion.

§ IV.—DU DÉLAISSEMENT.

Art. 273. Le tiers détenteur n'étant tenu qu'à cause de sa détention, doit évidemment cesser d'être soumis aux poursuites individuelles dès qu'il cesse de détenir la chose hypothéquée. La loi ne restreint la faculté de délaisser par aucune limite de temps : loin de ne pouvoir être exercée qu'au début des poursuites hypothécaires, elle peut l'être "à toute époque de la procédure d'expropriation," jusqu'à l'adjudication.

Le texte prend soin de dire que le délaissement n'enlève au délaissant ni la propriété, ni même la possession civile de la chose : il lui enlève seulement la détention de fait ou la possession naturelle, laquelle passe aux créanciers poursuivants. En conséquence, la chose reste cessible par l'acquéreur et transmissible à son héritier ; elle est susceptible d'accroissements à son profit ; de même, si elle se détériore ou périt, c'est à son détriment ; si la chose avait été reçue de quelqu'un qui n'en était pas propriétaire ou qui n'avait pas pouvoir de l'aliéner, la prescription courrait au profit du délaissant considéré comme toujours possesseur, si d'ailleurs les autres conditions de la prescription étaient remplies.

Art. 274. Ici la loi est plus sévère pour la caution qu'au sujet de l'exception de discussion : celle-ci ne peut pas plus délaisser qu'elle ne peut purger, parce que dans les deux cas elle prétendrait se soustraire à

toute obligation personnelle, ce qui lui est impossible ; tandis que l'exception de discussion n'est, comme on l'a dit, qu'un moyen dilatoire

Au contraire, la caution réelle et les codébiteurs conjoints qui ont payé leur part dans la dette, peuvent délaisser, comme ils peuvent purger ou, opposer l'exception de discussion ; et même, à la différence de ce qui est prescrit, dans ce dernier cas, par l'article 272, et qu'on a admis sous l'article 257, ils peuvent délaisser, quand bien même le paiement de leur part n'aurait eu lieu que depuis les poursuites commencées : c'est la conséquence de ce que le délaissement est permis "à toute époque de la procédure," ce qui n'est pas possible pour l'exception de discussion (v. art. 270), ni même pour le droit de purger qui a ses limites de temps (v. art. 260).

Art. 275. Puisque le délaissement n'enlève au délaissant ni la propriété ni la possession civile, il n'y a pas lieu d'exiger chez lui la capacité d'aliéner. Il suffit donc, que le délaissant ait qualité pour "figurer comme défendeur à la poursuite en expropriation," soit en son propre nom, comme un mineur émancipé ou une femme mariée autorisée à plaider, lesquels ne pourraient aliéner, soit comme représentant légal, judiciaire ou conventionnel du tiers détenteur, comme le tuteur, le mari, l'administrateur des biens d'un absent, ou un mandataire spécial pour plaider.

Art. 276. Il est naturel que le délaissement se révèle par un acte juridique, quoique extrajudiciaire, plus que par un acte matériel : comme la procédure est commencée, il est également naturel que le délaissement soit déclaré au greffe du tribunal saisi, lequel est celui de la situation de l'immeuble.

La signature requise "du délaissant" est celle du tiers détenteur lui-même ou de son représentant légal, judi-

ciaire ou conventionnel, suivant ce qui est dit à l'article précédent, au sujet de la capacité de délaisser; mais si ces personnes ne peuvent signer elles-mêmes, elles doivent donner à cet effet un mandat spécial.

Le créancier poursuivant doit être informé du délaissement par une notification, afin qu'il ne continue pas les poursuites contre une personne qui n'a plus qualité pour y répondre.

Les poursuites sont continuées contre un "curateur au délaissement" nommé par le tribunal, à la requête du créancier poursuivant ou de tout autre intéressé.

Art. 277. La loi ne pourrait permettre au tiers détenteur de changer successivement de qualité et de rôle, en délaissant et en rétractant son délaissement à son gré; mais il était impossible de lui refuser la faculté de rétracter une fois son délaissement, du moment qu'il ne pourrait exercer cette faculté qu'en désintéressant complètement les créanciers poursuivants et en payant tous les frais déjà faits.

A l'égard des créanciers non poursuivants qui ne seraient sans doute intervenus que dans l'ordre ouvert après l'adjudication, ils n'ont encore aucun droit à prétendre: ils pourront seulement faire des poursuites à leur tour; et comme ils n'ont pas été représentés par les premiers créanciers poursuivants auxquels ils ne se sont pas joints en temps utile, leurs poursuites feront commencer un nouveau délai pour la purge, et le tiers détenteur jouira à leur égard du droit de discussion et de délaissement.

§ V.—DE LA VENTE AUX ENCHÈRES ET DE L'EXPROPRIATION.

Art. 278. C'est à peine si l'on peut dire que laisser vendre l'immeuble aux enchères et subir ainsi l'ex-

propriation est le dernier parti que puisse prendre le tiers détenteur ; en effet, quand les autres moyens de satisfaire les créanciers hypothécaires n'ont pas été employés, la vente et l'expropriation sont imposées au tiers détenteur ; mais on peut dire qu'il "a pris le parti" de se laisser exproprier, quand, dès le début et de propos délibéré, il a voulu que les créanciers en vinsent à cette extrémité.

On remarquera qu'avec les trois conditions négatives qui motivent la vente publique on ne trouve pas le défaut d'emploi de l'exception de discussion ; en effet, lors même qu'elle aurait été opposée, il serait arrivé de deux choses l'une : ou les autres immeubles, objets de la discussion, auraient suffi à payer les dettes hypothécaires, alors le tiers détenteur aurait été à l'abri de l'expropriation, ou les autres immeubles auraient été insuffisants, et comme l'exception n'est qu'un moyen *dilatatoire* de défense, elle n'empêcherait pas l'expropriation finale.

La vente aux enchères ne peut être faite qu'en vertu d'un titre exécutoire (jugement ou acte notarié) ; elle doit être précédé d'une injonction de payer ; elle est soumise à une publicité antérieure et concomitante ainsi qu'à des formes déterminées tendant à garantir les divers intérêts engagés ; mais ce sont là des conditions qui ne touchent pas au fond du droit et qui ont été naturellement réservées au Code de Procédure civile.

Le texte rappelle que la vente aux enchères est aussi la suite naturelle du refus des offres de purge manifesté par une surenchère d'un dixième, d'après l'article 265.

Art. 279. Cet article se trouve expliqué avec les articles 263 et 266, relatifs comme lui, à la purge de l'action résolutoire.

Art. 280. Du moment que la vente et l'adjudication sont destinées à produire l'éviction du tiers déten-

teur, de sorte qu'il sera considéré, a l'égard des tiers, comme n'ayant pas acquis le fonds hypothéqué, il est naturel qu'il puisse se présenter aux enchères comme un étranger et se porter enchérisseur.

S'il offre la plus forte enchère, il sera déclaré adjudicataire ; dans ce cas, il peut encore être considéré comme évincé, parce qu'il ne tient pas la chose du titre que lui a conféré son cédant, et il aura un recours en indemnité contre lui (v. art. 288) ; mais le jugement d'adjudication sera seulement mentionné en marge de la précédente inscription faite à sa requête et il en sera confirmatif, comme dit le texte.

Art. 281. Au contraire, quand l'adjudication est prononcée au profit d'un autre que le tiers détenteur, le jugement est un titre absolument nouveau qui doit être "inscrit spécialement" et à sa date ; il en est cependant fait mention en marge de la précédente inscription : cette fois, ce n'est pas pour la confirmer, mais au contraire, pour la détruire ou plutôt pour annoncer qu'elle est détruite.

Art. 282. Du moment que la première acquisition est annulée, il est naturel que les démembrements de la propriété qui appartenaient antérieurement au tiers détenteur sur la chose acquise, et qui s'étaient trouvés éteints par confusion, renaissent rétroactivement, comme s'ils n'avaient jamais été éteints.

Si le premier alinéa de notre article statue spécialement sur les servitudes, c'est parce qu'en théorie exacte les servitudes appartiennent moins au tiers acquéreur qu'à son fonds et la formule devait différer à leur égard.

Art. 283. Le cas où le tiers détenteur avait lui-même une hypothèque sur le fonds adjudgé diffère du cas des autres droits : son hypothèque n'est jamais éteinte

par confusion, même lorsque c'est lui qui devient adjudicataire. Il y a à cela une raison de justice évidente et la théorie ne l'explique pas moins aisément.

Quand il s'agit des autres démembrements de la propriété, leur extinction par confusion ne cause aucun dommage au tiers acquéreur, puisque, soit dans la première vente amiable, soit dans la vente aux enchères, il a payé, d'autant moins cher que son droit antérieur était plus important ; tandis que l'existence des hypothèques, tant de la sienne que des autres, n'exerce aucune influence sur le prix de vente ; si donc le tiers détenteur perdait son hypothèque, ce serait une perte sans compensation pour lui et tout à l'avantage des autres créanciers.

En théorie, la solution se justifie encore, en ce que, vis-à-vis des créanciers hypothécaires, l'aliénation est comme non avenue : ils sont traités comme si leur débiteur était resté propriétaire ; le tiers détenteur ne doit donc pas être traité autrement que les autres à l'égard de son hypothèque.

C'est pourquoi notre article dit que, “ dans les deux cas, il est colloqué à son rang.”

Art. 284. Cet article statue encore pour les deux cas d'adjudication, soit en faveur du tiers détenteur, soit en faveur d'un étranger. Il est clair que s'il y a un excédant du prix d'adjudication qui ne soit pas absorbé par les créances hypothécaires, c'est au tiers détenteur qu'il appartient et il ne pourrait appartenir à un autre.

Ce ne pourrait être au débiteur, car il est garant envers le tiers détenteur de l'éviction que celui-ci a subie par l'effet des hypothèques ; et si le débiteur n'a pas de droit à ce prix, ses créanciers chirographaires n'en peuvent avoir davantage ; cet excédant ne pourrait être conservé par l'adjudicataire étranger, car il est acheteur et il doit payer son prix à quelqu'un ; si c'est le tiers détenteur qui est adjudicataire, l'excédant

de prix lui appartient encore, car cette adjudication n'a fait que confirmer sa première acquisition, une fois que les créanciers hypothécaires se sont trouvés désintéressés.

Comme conséquence de ce que l'excédant de valeur sur les créances hypothécaires appartient toujours au tiers détenteur, il suit que s'il avait, avant l'adjudication, conféré lui-même des hypothèques ou s'il avait été acquis des hypothèques légales contre lui, elles seraient colloquées à leur rang respectif, à la suite des hypothèques antérieures.

Art. 285. Le tiers détenteur, sachant ou devant savoir qu'il y avait des hypothèques sur le fonds qu'il a acquis, a dû s'abstenir de tout acte qui pouvait diminuer la garantie des créanciers et, des lors, s'il a manqué à ce devoir, il en doit l'indemnité aux créanciers. Réciproquement, il a droit à être indemnisé des dépenses nécessaires ou utiles qu'il a faites, parce que les créanciers en profiteraient sans cause légitime.

Art. 286. Lorsqu'il s'agit de faire courir les intérêts contre le débiteur d'une somme d'argent, une sommation ne suffit pas, en général : il faut une demande en justice. Il ne peut être question de faire supporter au tiers détenteur les intérêts des dettes hypothécaires, parce qu'il n'en est pas personnellement débiteur ; d'ailleurs, les intérêts des deux dernières années sont ajoutées au principal de la créance (v. art. 240). Mais le tiers détenteur perçoit les fruits de la chose hypothéquée ; ces fruits sont, comme le fonds même, la garantie des créanciers : on conçoit qu'il n'en soit pas comptable, de plein droit, depuis son acquisition, parce qu'il a pu les consommer sans profit appréciable ; mais on comprend également qu'une simple sommation l'oblige à les conserver ou à en tenir compte, et la loi attache cet effet à la sommation de payer ou de délaisser qui a commencé l'exercice de l'action hypothécaire.

Art. 287. On a déjà eu l'occasion de dire que "l'adjudication purge l'immeuble" et le dégrève des hypothèques dont l'effet est transféré sur le prix. La radiation des inscriptions ne pourrait cependant avoir lieu avant le payement effectif ou la consignation du prix, comme il est prescrit au cas de purge volontaire, par suite de l'acceptation des offres du tiers détenteur (v. art. 268, 1^{er} al.).

Art. 288. Il y a analogie mais non similitude entière, entre le cas de notre article et celui de l'article 269, au sujet de la garantie due au tiers acquéreur.

Si le tiers détenteur devient adjudicataire, il est indemnisé dans la mesure de ce qu'il a payé comme tel aux créanciers au-delà de son obligation primitive, plus des frais de procédure : c'est le cas le plus semblable à celui de l'article précité.

Si c'est un étranger qui est adjudicataire et si l'acquisition a été à titre onéreux, le prix d'adjudication servira à déterminer la plus-value, pour ce dont il excède la contre-valeur primitivement due ou fournie ; si l'acquisition primitive a été gratuite, le tiers détenteur ne sera indemnisé que de ce dont le prix d'adjudication a libéré le donateur de ses dettes hypothécaires ; pour le surplus du prix d'adjudication, il le touche directement des mains de l'adjudicataire.

SECTION VI.

DE LA RESPONSABILITÉ DES CONSERVATEURS.

Art. 289. L'article 355 du Livre des *Biens* n'a pu statuer sur la responsabilité civile des conservateurs qu'en matière d'inscription des mutations ; il fallait ici

une disposition analogue pour l'inscription d'hypothèque.

Art. 290. Le présent article est très important, parce qu'il suppose un conflit entre deux personnes qui se sont également conformées à la loi au sujet de la publicité et dont cependant l'une doit être sacrifiée à l'autre. Un créancier a pris inscription d'hypothèque avant l'inscription d'une acquisition ; l'hypothèque est donc opposable au tiers détenteur ; mais, dans le certificat délivré à celui-ci l'inscription de ce créancier a été omise, de sorte qu'il n'a pas reçu la notification à fin de purge qui assurait son droit de suite (art. 962), et s'il y a eu mise aux enchères, il n'en a pas été directement informé.

Sans doute, la responsabilité civile du conservateur est encourue, et si l'intérêt compromis n'excède pas sa solvabilité, il importe peu au créancier hypothécaire d'être désintéressé par lui ou par le tiers détenteur. Mais si le conservateur ne peut réparer tout le dommage causé, il est très important de savoir sur qui, du tiers détenteur ou du créancier hypothécaire, retombera la perte.

La loi sacrifie les droits du créancier hypothécaire à l'intérêt de la circulation des biens et de la sécurité des mutations : il n'est pas contraire à la nature des choses qu'un créancier hypothécaire, même diligent, coure quelques risques, tandis qu'un acquéreur qui a traité avec le véritable propriétaire, qui a publié son acquisition et pris un certificat des inscriptions, doit avoir une sécurité absolue. S'il en était autrement, les immeubles ne seraient pas achetés et ce serait un bien plus grand mal social que s'il n'était pas fait de prêts hypothécaires : les ventes d'immeubles donnent toujours lieu à des améliorations de la chose vendue ; par conséquent, à des travaux et à des salaires d'ouvriers, sui-

vis d'une augmentation dans la production ; tandis que les prêts hypothécaires peuvent sauver quelques emprunteurs, mais, le plus souvent, ils ne font que retarder leur ruine en l'aggravant.

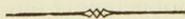
Il est d'ailleurs bien plus facile à un créancier hypothécaire, omis sur le certificat du conservateur, de connaître l'aliénation et la procédure commencée, de purge ou d'expropriation, qu'au tiers détenteur de connaître l'hypothèque omise dans le certificat.

L'article suivant suppose précisément que le créancier hypothécaire a découvert l'omission dont il courait risque d'être victime.

Art. 291. Si le créancier découvre l'omission commise à son égard, avant l'expiration des délais pour surenchérir, il peut le faire, après s'être fait communiquer les offres faites aux autres créanciers ; si la procédure d'expropriation est commencée, il peut s'y faire comprendre pour la sauvegarde de ses intérêts, " mais sans pouvoir la retarder."

Si les délais pour surenchérir sont expirés ou si l'adjudication est prononcée, il peut se faire comprendre dans l'ordre, " tant qu'il n'est pas clos," et ici la loi ne s'oppose pas à ce que la clôture en soit retardée, parce que le préjudice sera infiniment moindre que si l'on retardait une adjudication.

Les deux derniers alinéas règlent la responsabilité : en première ligne est celle du conservateur vis-à-vis du créancier ; ensuite vient celle du débiteur envers le conservateur, car c'est, en somme, la dette du débiteur que le conservateur aura payée.



SECTION VII.

DE L'EXTINCTION DES HYPOTHÈQUES.

Art. 292. Le texte nous annonce sept causes d'extinction de l'hypothèque. Nous en donnons d'abord un exposé sommaire ; sauf à revenir, avec les textes, sur deux d'entre eux, la renonciation et la prescription.

I. La première cause d'extinction de l'hypothèque peut être, dite, "par voie de conséquence," par opposition aux suivantes qui sont "par voie principale ou directe."

Il est clair que l'hypothèque n'étant qu'un droit accessoire, la sûreté d'une créance, ne peut continuer d'exister quand cette créance est éteinte.

Il y a cependant une exception déjà rencontrée et que la loi devait rappeler, c'est lorsque les parties, faisant novation de la créance, sont convenues que l'hypothèque qui garantissait la première dette garantirait la nouvelle (v. Liv. des *Biens*, art. 503).

La loi n'ajoute pas le cas de subrogation, légale ou conventionnelle, parce que la subrogation conserve la créance elle-même (v. art. 479 du même Livre) ; dès lors elle en conserve aussi les garanties.

II. Le créancier peut renoncer à son hypothèque, s'il a la capacité requise par l'article 294.

Bien entendu, il ne s'agit pas ici du cas où il renonce à son hypothèque au profit d'un autre créancier (v. art. 244) : dans ce cas, l'hypothèque subsiste ; on doit même dire qu'elle garde son rang, seulement le bénéficiaire en est changé.

III. La prescription de l'hypothèque ne figure ici que nominativement : son caractère et ses conditions demandent des développements qui occupent les quatre derniers articles de la Section.

IV. La purge volontaire a été, sous un autre point

de vue (celui de la défense au droit de suite), l'objet de développements qui nous dispensent d'y revenir ici. Remarquons seulement, avec le texte, que l'extinction n'est consommée, comme la purge, que par le payement effectif ou la consignation des sommes offertes.

V. L'adjudication opérant par elle-même la purge des hypothèques, lorsque les créanciers ont été appelés à y défendre leurs intérêts (v. art. 258) et lorsque le prix d'adjudication est payé ou consigné (v. art. 287), est un mode voisin du précédent et pourrait être appelé "la purge forcée."

VI. Il est clair qu'il ne peut subsister d'hypothèque sur un immeuble qui a péri en totalité ; le droit du créancier, il est vrai, est transporté sur l'indemnité qui peut être due par un tiers à l'occasion de cette perte ; mais on peut dire que ce n'est plus une hypothèque, à proprement parler, qu'exerce le créancier sur cette indemnité, c'est plutôt un droit de préférence résultant d'une délégation spéciale de la loi.

VII. Le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique est tout-à-fait analogue au précédent ; l'expropriation est alors, pour les créanciers hypothécaires, une sorte de perte de l'immeuble par force majeure. Toutefois, le texte ne dit pas que l'hypothèque n'est éteinte que par le payement effectif ou la consignation de l'indemnité : comme l'Etat est toujours considéré comme solvable, il suffit de réserver le droit du créancier sur l'indemnité.

Art. 293. Le cas prévu au présent article est analogue à celui prévu à l'article 237 où une inscription est supposée avoir été indument rayée, sans que le droit hypothécaire ait été nécessairement éteint : ici, c'est le droit d'hypothèque qui avait été considéré comme éteint et qui est rétabli, restitué, pour une cause légale.

La solution sera la même : si intéressant que soit le créancier qui recouvre son droit, il ne l'est pas plus que les nouveaux créanciers qui ont acquis ou inscrit une hypothèque après la radiation d'une inscription antérieure et avant son rétablissement.

Art. 294. Bien que l'hypothèque soit un droit réel immobilier et un démembrement de la propriété, il n'est pas cependant nécessaire au créancier, pour y renoncer, d'avoir la capacité d'aliéner un droit immobilier principal : l'hypothèque n'est toujours que l'accessoire, la garantie d'une créance, d'un droit généralement mobilier ; or, l'accessoire ne peut avoir plus d'importance que le principal. La loi n'exige donc chez le renonçant, que la capacité de disposer de la créance elle-même.

Il faudra la capacité de disposer à titre gratuit, si la renonciation est faite sans équivalent et expose le créancier à la perte de tout ou partie de ce qui lui est dû ; la capacité de disposer à titre onéreux suffira si le créancier reçoit pour sa renonciation un avantage qui puisse être considéré comme compensation du risque qu'il court.

La renonciation du créancier à son rang pouvant présenter le même danger qu'une renonciation à l'hypothèque elle-même est soumise à la même condition de capacité.

La loi admet que la renonciation à l'hypothèque ou au rang peut n'être que tacite : ce serait aux tribunaux à apprécier les cas dans lesquels on allèguerait qu'il y a eu renonciation tacite ; mais ils devraient le faire avec une grande réserve.

Il serait tout naturel, par exemple, que si un créancier hypothécaire est intervenu, comme codébiteur solidaire ou comme caution, à un nouvel engagement hypothécaire de son débiteur, il soit considéré comme ayant renoncé à son rang en faveur du nouveau créancier.

La loi prévoit spécialement le cas où le créancier hypothécaire est intervenu volontairement à l'aliénation du bien hypothéqué, et elle interprète cette intervention dans le sens d'une renonciation au droit de suite seulement, en faveur du tiers détenteur ; mais le droit de préférence n'en éprouvera aucune atteinte.

Art. 295. La prescription de l'hypothèque présente quelques difficultés.

On peut d'abord se demander si elle a le caractère acquisitif de la liberté du fonds ou libératoire de la charge hypothécaire ; mais c'est plutôt là une question théorique et de langage. Ce qui est certain, c'est qu'elle suit au fond les règles de la prescription dite "acquisitive," de celle qui fait présumer une acquisition légitime de la propriété pleine et libre.

Toutefois, une distinction fondamentale se présente d'abord avec notre article comparé au suivant : ou l'immeuble est resté dans les mains du débiteur, ou il a été aliéné par lui.

Dans le premier cas, il n'y a que la prescription libératoire de la créance elle-même qui puisse éteindre l'hypothèque : on se retrouve alors en présence de l'extinction par voie de conséquence, prévue au 1^{er} alinéa de l'article 292. Il serait inadmissible, en effet, que le créancier qui aurait interrompu la prescription de la créance ou qui jouirait d'une suspension de prescription à cet égard fut obligé de prendre des précautions spéciales pour conserver son hypothèque.

Le second cas est réglé par les articles suivants, avec une nouvelle distinction : l'immeuble a été cédé par le débiteur, en même temps propriétaire, ou il l'a été par quelqu'un qui n'était pas le propriétaire.

Art. 296. Dans le cas où le tiers détenteur a traité avec le débiteur, propriétaire de l'immeuble, il

est difficile de dire qu'il soit de bonne foi à l'égard des hypothèques, car il a pu et dû les connaître par les inscriptions antérieures à sa propre inscription ; dans tous les cas, quelles que soient son ignorance de fait et son honnêteté, il est légalement considéré comme de mauvaise foi à l'égard des hypothèques ; dès lors, il n'en sera affranchi que par une possession de trente ans, sans trouble résultant des actions hypothécaires, et ces trente ans ne courront qu'à partir de l'inscription de son titre, laquelle est seule considérée comme le constituant possesseur à l'égard des créanciers hypothécaires, en ce sens qu'elle les avertit que c'est contre lui que leur droit doit s'exercer désormais.

Bien entendu, si la prescription libératoire de la créance s'accomplissait plus tôt, soit parce que le temps en serait plus court que trente ans, soit parce qu'une partie du délai en était déjà écoulé avant son acquisition, il jouirait de cette prescription et pourrait s'en prévaloir, même à défaut par le débiteur de l'invoquer (v. art. 97 Liv. des *Preuves*,).

Art. 297. Dans le cas où le tiers détenteur tient la chose d'un autre que le vrai propriétaire, il a, tout à la fois, à prescrire contre le vrai propriétaire et contre les créanciers hypothécaires. La loi admet que lorsqu'il aura prescrit contre le propriétaire il aura prescrit également contre les créanciers hypothécaires : s'il est de mauvaise foi à l'égard du propriétaire, il ne pourra alléguer une prétendue bonne foi à l'égard des créanciers inscrits et il lui faudra trente ans de possession, comme au cas précédent, sauf que le point de départ des trente ans sera sa prise de possession et non l'inscription de son titre, laquelle ne pouvant lui donner aucun droit, ne peut non plus être obligatoire ; si au contraire, il est de bonne foi à l'égard du vrai propriétaire, il sera affranchi des actions hypothécaires en même temps que de la reven-

dication car il est naturel qu'il ait ignoré les hypothèques, comme il a ignoré le droit du vrai propriétaire, sauf ce qui est dit à l'article suivant des actes de poursuite des créanciers.

Dans le cas où le tiers détenteur se prévaut de sa bonne foi pour prescrire contre le vrai propriétaire et les créanciers hypothécaires, le délai de la prescription ne se compte qu'à partir de l'inscription qu'il a dû faire de son titre (v. Liv. des *Preuves*, art. 141).

S'il s'agit d'un possesseur sans titre il ne prescrira contre le propriétaire et contre les créanciers que par trente ans, mais évidemment sans inscription.

Art. 298. Cet article s'applique aux diverses situations prévues par les deux articles précédents : il est naturel que l'interruption de la prescription de l'hypothèque ne résulte que d'actes auxquels le tiers détenteur participe activement, ou au moins passivement ; un renouvellement de l'inscription fait en dehors de lui ne pourrait donc avoir un effet interruptif.

On verra au sujet de la prescription dite libératoire qu'elle est suspendue par le terme ou la condition qui affecte la créance (v. Liv. des *Preuves*, art. 125) : il est naturel que le créancier n'ait pas à faire d'actes interruptifs tant que son droit ne peut être exercé ; l'inaction étant imposée au créancier par son titre, le débiteur ne peut évidemment s'en prévaloir comme d'une remise tacite de la dette ou comme d'une présomption de paiement.

Mais quand il s'agit d'un tiers détenteur dont la possession est pure et simple, le créancier à terme ou conditionnel, ne doit pas rester inactif : il doit dénoncer son droit et son intention de le faire valoir en temps utile : le tiers détenteur possédant le fonds comme libre, le créancier doit protester contre cette prétention.

On retrouvera ce principe plus largement appliqué

au Livre des *Preuves* (art. 128). On y trouva aussi les autres causes de suspension ici annoncées.

FIN DU LIVRE DES GARANTIES.
