

435. L'hypothèque générale ne s'étend pas à l'immeuble sur lequel le débiteur n'a qu'un droit de réméré. Car l'immeuble appartient à l'acquéreur, qui en est seul propriétaire (1). Le vendeur n'y a qu'un droit éventuel. Les biens ne sont frappés par l'hypothèque générale qu'à mesure qu'ils entrent dans la propriété du débiteur (2). Ce n'est donc que lorsque le rachat sera effectué que l'hypothèque viendra s'asseoir sur l'immeuble.

Quid si le vendeur, au lieu d'exercer lui-même ce droit, le vend? La Cour de cassation a décidé (3) que l'hypothèque ne peut aller chercher l'immeuble dans les mains du nouvel acquéreur. Cet immeuble n'est pas rentré dans le patrimoine du débiteur. Il n'est pas venu y prendre l'empreinte de l'hypothèque; il est passé sans circuit de l'acquéreur à réméré à l'acquéreur définitif. Mais si le vendeur avait aliéné son droit par fraude, le créancier pourrait faire usage de l'action Paulienne.

SECTION II.

DES HYPOTHÈQUES JUDICIAIRES.

ART. 2123.

L'hypothèque judiciaire résulte des jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus.

Elle résulte aussi des reconnaissances ou vérifications faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé.

(1) *Suprà*, n° 406; *infra*, 469.

(2) Arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1825. Dalloz, 26, 1, 43. Il est dit, à tort, ce me semble, que le vendeur n'a qu'un *jus ad rem*! J'ai combattu cette proposition, empruntée à Pothier, dans mon Commentaire de la *Vente*, t. 2, n° 698. Mais, au surplus, ceci ne change rien à la justesse de la solution.

(3) Même arrêt.



Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, sauf aussi les modifications qui seront ci-après exprimées

Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution.

L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités.

SOMMAIRE.

- 455 bis. L'hypothèque judiciaire est différente du *pignus prætorium* et du *pignus giudiciale* des Romains. Dissentiment avec M. Grenier.
456. Que comprenait le *pignus prætorium et giudiciale* des Romains? Quels biens frappe notre hypothèque judiciaire? Elle est soumise à l'inscription. Une seule inscription suffit pour tous les biens, présents et à venir, de la circonscription du bureau.
- 456 bis. Si le jugement rendu contre la femme *dotée* donne hypothèque sur sa dot. Distinction. Dissentiment avec M. Grenier.
- 456 ter. Si l'hypothèque résultant d'un jugement contre le mari frappe les conquêts de communauté et les suit après le partage. Distinction de Pothier, qu'il faut adopter sous le Code Napoléon.
437. Lorsque l'immeuble soumis à l'hypothèque judiciaire est échangé, l'hypothèque frappe-t-elle sur le bien donné en échange et sur le bien reçu en échange? Renvoi.
- 437 bis. Cas où il y a hypothèque judiciaire, et non hypothèque purement conventionnelle. Lorsqu'un jugement confirme un titre donnant hypothèque spéciale, il y a hypothèque générale. Nuances à cet égard.
438. Tous jugements n'engendrent pas hypothèque. Quels jugements donnent naissance à l'hypothèque judiciaire.
439. Un jugement qui ordonne une reddition de compte produit-il hypothèque judiciaire? Opinions diverses. Dissentiment avec l'opinion commune et celle de la Cour de cassation.

440. Le jugement qui nomme un curateur à une succession vacante ne produit pas hypothèque. Dissentiment avec M. Dalloz.
441. *Quid* du jugement qui ordonne de donner caution? Dissentiment avec M. Persil.
- 441 bis. *Quid* du jugement qui homologue un concordat?
- 441 ter. *Quid* d'un jugement d'*adjudication*?
442. *Quid* d'un jugement ordonnant règlement d'un mémoire d'ouvriers?
- 442 bis. *Quid* d'un jugement portant prohibition d'aliéner des immeubles?
- 442 ter. *Quid* d'un jugement qui ordonne la continuation des poursuites?
- 442 quat. *Quid* d'un bordereau de collocation délivré contre un adjudicataire?
443. Des jugements sur reconnaissance d'écriture. Du cas où le titre reconnu par jugement contient un terme de paiement.
- 443 bis. Peut-on prendre inscription en vertu d'un jugement contradictoire non levé ou non signifié?
- 443 ter. Peut-on prendre inscription en vertu d'un jugement dont il y a appel?
444. Des jugements par défaut. Faut-il qu'ils soient signifiés pour donner lieu à l'inscription? Du cas où il y a opposition.
445. Des jugements rendus par des juges incompétents. Distinctions à ce sujet.
446. Quels juges sont compétents pour donner un jugement de reconnaissance d'écriture privée?
447. Des jugements rendus par l'autorité administrative.
448. Quelles sont les sentences de juges de paix qui produisent hypothèque? Des reconnaissances de signatures faites au bureau de conciliation.
449. Des décisions arbitrales.
450. De quel jour date l'hypothèque résultant d'un jugement portant amende ou dommages et intérêts pour un délit ou crime?
451. Des jugements rendus en pays étranger.
452. Des jugements des consuls français en pays étranger.
453. Des jugements rendus par des arbitres en pays étranger.
454. De quelques traités diplomatiques, 1° avec le corps Helvétique; 2° avec le roi de Sardaigne. Question sur ce second traité relativement à l'hypothèque judiciaire.
455. Questions occasionnées par les cessions et séparations de territoire.
- 456, 457, 458. Suite.
459. Un jugement rendu pendant l'occupation d'une province française par l'ennemi, et émanant des juges institués par

l'ennemi, produit-il hypothèque en France lors de l'évacuation ?

459 bis. Effet des jugements rendus contre une succession. Dissentiment avec la Cour de cassation et M. Grenier.

COMMENTAIRE.

435 bis. Le gage judiciaire des Romains, appelé *pignus prætorium*, *pignus judiciaire*, est fort différent de l'hypothèque judiciaire, telle que nous la connaissons; en sorte qu'on peut dire que cette hypothèque judiciaire est purement du droit français.

En effet, d'après les lois romaines, une sentence ne produisait pas ce résultat, si important dans nos lois, d'affecter tous les biens du débiteur condamné par une hypothèque générale. La chose jugée ne produisait qu'une simple action personnelle *in factum, vel ex judicato* (1).

Par cette action, on s'adressait au magistrat à qui il appartenait de connaître de l'exécution de la sentence. Le seul point qu'il y avait à débattre devant lui était de savoir s'il y avait ou non chose jugée. Lorsque le magistrat acquérait la certitude qu'il y avait chose jugée, alors il pourvoyait à l'exécution.

De là, le *pignus prætorium* par lequel le magistrat mettait le créancier en possession des biens du débiteur absent, pour les détenir *merâ custodiâ*, puis, après un certain délai, lui permettait de les faire vendre *sub hastâ*.

Lorsque le débiteur condamné *était présent*, le magistrat lui accordait un délai s'il le requérait; mais s'il le laissait écouler sans payer, il commettait un appariteur qui saisissait les biens du débiteur, et en faisait ce qu'on appelait *pignus judiciaire*. Si le débiteur ne payait pas dans les deux mois, les biens étaient mis en vente.

Cujas a marqué les différences assez nombreuses qui

(1) Pothier, Pand., t. 3, p. 167, n^o 42, 46. Brodeau sur Louet, lettre H, som. 25.

existent entre le *pignus prætorium* et le *pignus judiciaire* (1). Je n'entrerai pas dans ce détail plus curieux qu'utile; je me bornerai à remarquer que ces deux gages ressemblent bien plus à la saisie immobilière ou exécution qu'à l'hypothèque. C'est la remarque de Mornac: *Vernaculo nostro forensi dixerimus nunc, saisie réelle* (2). A la vérité Justinien, dans la loi 2, C. *De prætor. pignore*, donne le nom d'hypothèque au *pignus prætorium*. Mais la raison en est qu'une fois la saisie opérée, le créancier avait les biens du débiteur dans ses mains à titre de gage, et qu'il se trouvait par conséquent dans une position semblable au créancier qui agissait par l'action hypothécaire. Alors il n'est pas étonnant que le mot hypothèque se soit présenté sous la plume du législateur, d'autant que, dans le langage des lois romaines, les mots *pignus* et *hypotheca* sont souvent employés l'un pour l'autre.

Ainsi, je ne nie pas que l'exécution du jugement ne produisît des effets semblables à ceux de l'hypothèque, c'est-à-dire la saisie ou mise en possession des biens. Mais il y avait cette différence entre l'exécution du jugement par voie de saisie, et la poursuite de l'hypothèque par l'action hypothécaire, que celui qui saisissait par l'action hypothécaire avait sur la chose un droit réel antérieur à sa mise en possession; au lieu que, dans la saisie par exécution du jugement, le créancier ne commençait à avoir droit réel que par la saisie ordonnée par le juge; avant cette ordonnance et cette mise en possession, le jugement ne donnait au créancier qu'une action personnelle. Ces considérations me portent à penser que M. Grenier (1), qui a vu dans le *pignus prætorium* et le *pignus judiciaire* des Romains la source de notre hypothèque judiciaire, est tombé dans l'erreur; cela est si vrai que, dans notre droit, on ne pourrait jamais prétendre à

(1) *Respons. Papinian.*, lib. xi, ad leg. 12, *Pro emptore*.

(2) L. 26, D., *De pign. act.* Répert., Hyp., sect. 1, § 6. n° 1. Brodeau, *loc. cit.*

(1) Hyp., t. 1, p. 403, n° 192.

une hypothèque judiciaire avant le jugement définitif ; au lieu que, par les lois romaines, on obtenait le *pignus prætorium* par le seul fait de l'absence du débiteur, et avant la sentence définitive (1).

L'ancienne pratique de la France était conforme à cet usage des Romains, et Brodeau (2) dit avoir vu dans des décisions manuscrites de Jean Desmares, qu'un arrêt n'était pas exécutoire contre les héritiers et tiers détenteurs du condamné, mais se résolvait en action et non en exécution ; c'est aussi ce qui est remarqué par Bourdin (3), par Papon (4) et par Dumoulin (5).

L'ordonnance de Moulins changea cet état de choses. Par l'art. 35 il fut dit que « dès lors, et à l'instant de la condamnation donnée en dernier ressort, et du jour de la prononciation, il serait acquis à la partie droit d'hypothèque sur les biens du condamné, pour l'effet et exécution des jugement et arrêt par lui obtenus. »

Telle est la véritable origine de l'hypothèque judiciaire dans le droit français. La loi hypothécaire du 9 messidor an III la maintint par un article ainsi conçu : « Il résulte en faveur du créancier hypothèque sur les » biens présents et à venir de son débiteur, contre lequel » il est intervenu soit un jugement de reconnaissance » d'écrit privé ou de condamnation, soit une sentence » arbitrale rendue exécutoire (art. 10). » On retrouve l'hypothèque judiciaire dans l'art. 3 de la loi du 11 brumaire an VII : « L'hypothèque existe... 2° pour une créance résultant d'une condamnation judiciaire. » Le Code Napoléon a cru devoir consacrer cette antique création de notre jurisprudence. Il l'a conservée avec les caractères principaux qu'elle avait à son origine, et comme l'ordonnance de Moulins, il veut qu'elle date du jour de la

(1) Loyseau, Déguerp., liv. 3, ch. 6, n° 19.

(2) Sur Louet, lettre H, som. 25.

(3) Sur l'ord. de 1539, art. 92.

(4) Liv. 18, t. 6, art. 35.

(5) Sur Reims, art. 180.

sentence définitive et qu'elle soit générale. La raison qui a déterminé le législateur à donner à la chose jugée la sanction d'une hypothèque, c'est la nécessité d'assurer l'exécution des arrêts de la justice. D'après les principes généraux, lorsque les obligations d'une partie sont déclarées par un jugement, elles deviennent plus étroites et plus respectables; la condamnation forme en quelque sorte une obligation nouvelle qui sanctionne la première, convertit l'action primitive en action *judicati*, et rend ainsi meilleure la condition du créancier (1). Il est donc naturel que lorsqu'une décision judiciaire est venue fortifier le contrat ou l'obligation originaire, la créance se trouve investie d'une hypothèque qu'elle n'avait pas auparavant : *neque enim deteriores causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem* (2).

(1) L. 29. D. *De noval.*

(2) Mêmes loi. Néanmoins ces considérations n'avaient pas protégé l'hypothèque judiciaire contre les attaques dont elle fut l'objet lors de la discussion récente sur le projet de réforme hypothécaire. Déjà en 1841, quand le gouvernement, qui préparait cette réforme, consulta préalablement les Cours et les Facultés, six Cours et sept Facultés appelèrent son attention sur l'hypothèque judiciaire, dont elles ne demandaient pas la suppression, à la vérité, mais qu'elles critiquaient d'une manière assez vive, et que dans tous les cas elles voulaient restreindre, soit dans son caractère, soit dans ses effets. V. à cet égard, les documents publiés par M. le garde des sceaux, t. 1, introduction, p. 207 et suiv., et t. 3, p. 261, 266, 275, 280, 238, 286, 288. Mais plus récemment, la réforme procédait d'une manière bien plus radicale. A partir du projet de loi présenté par la commission instituée le 15 juin 1849 par le Président de la République, jusqu'à celui qui avait été préparé pour être soumis à la troisième délibération de l'Assemblée, l'hypothèque judiciaire, attaquée avec succès à toutes les phases de la discussion, avait été supprimée toujours, soit d'une manière absolue, soit avec substitution d'un système d'opposition. Ainsi, la commission formée le 15 juin 1849 en proposait la suppression à l'unanimité, par l'organe de M. Persil, son rapporteur (V. le rapport, p. 109 à 124), sans rien mettre à la place. Le conseil d'Etat, saisi par le gouvernement de l'examen du projet, ne fut pas moins absolu. « Le projet, disait le rapporteur, supprime l'hypothèque judiciaire. Cette réforme est sans contre-

436. D'après le droit romain, le *pignus prætorium* n'avait lieu dans les actions réelles que pour la chose qui faisait l'objet de la condamnation.

Mais lorsque la condamnation était personnelle, la

dit l'une des plus importantes de la loi ; le conseil y donne son adhésion... La pratique nous apprend que les inscriptions arrivent au moment où la fortune du débiteur s'ébranle ; elles s'acquièrent alors au pas de course. Or, quelle préférence légitime peut résulter de cet empressement ? La loi civile, qui déclare que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, ne reçoit-elle pas une atteinte, lorsque de semblables primes sont le fruit de la seule diligence ? D'un autre côté, comment, dans l'ensemble de la législation, expliquer le contraste que ces faits établissent entre la loi civile et la loi commerciale, si jalouse de l'égalité des créanciers dans la faillite du débiteur ? Les motifs énoncés justifient pleinement pour le conseil la suppression de l'hypothèque judiciaire. » (V. le rapport, p. 36 et suiv.). Le résultat fut le même dans la commission de l'Assemblée nationale (V. le rapport de M. de Vatimesnil, p. 21 à 31).

Jusqu'à-là, l'hypothèque judiciaire avait trouvé peu de défenseurs, et le rejet en avait été prononcé sans que rien fût mis à la place. Mais après la première lecture du projet, les réclamations commencèrent à surgir. Presque tous les tribunaux de commerce et un grand nombre de chambres de commerce demandèrent le maintien de l'hypothèque judiciaire comme indispensable au crédit commercial ; trois chambres de notaires le demandèrent également. La chambre des avoués de Paris éleva aussi la même réclamation et la justifia par des considérations bien faites pour frapper l'attention du législateur. (V. Observations de la chambre des avoués, brochure in-4°, p. 10 et suiv.) C'est alors que la commission de l'Assemblée se ravisant, fit un article additionnel (c'est l'art. 2163 de la rédaction soumise à la seconde délibération), qui, sans revenir sur la suppression, posa pour la première fois le principe des *oppositions*, et fut voté le 22 février 1851, mais après une discussion fort vive (V. le *Moniteur* de 1850, p. 3615-3625, et le *Moniteur* de 1851, p. 537), à la suite de laquelle on reconnut la nécessité de restreindre dans son application ce principe nouveau qui venait d'être posé. De là la rédaction définitive qui avait été préparée pour la troisième délibération, et qui était ainsi conçue : « Tout créancier peut former, au bureau de la conservation des hypothèques, opposition sur les immeubles de son débiteur, lorsqu'il est porteur, — soit d'une obligation notariée, dont le montant est liquide et exigible, — soit d'un jugement de condamnation au

mise en possession avait lieu pour tous les biens par le droit ancien (1). Justinien la restreignit *juxta mensuram declarati debiti* (2).

Lorsqu'on avait recours au *pignus judiciaire*, on pouvait saisir tous les biens du débiteur condamné; mais il fallait commencer par les meubles, puis on venait aux immeubles, enfin aux créances et actions.

Comme nous avons conçu l'hypothèque judiciaire sur d'autres bases que les Romains, nous avons aussi d'autres principes sur ses résultats. Ainsi, dès le moment de la sentence, tous les biens *présents et à venir* du condamné demeurent affectés tacitement par la puissance de cette même sentence (3).

payement d'une somme liquide ou provisoirement évaluée par le tribunal; — soit d'un jugement de reconnaissance ou de vérification de la signature apposée à un acte sous seing privé contenant une obligation liquide. — Dans ce dernier cas, si le jugement a été rendu avant l'échéance ou l'exigibilité de l'obligation, il ne peut être formé opposition en vertu de ce jugement qu'à défaut de payement de l'obligation après son échéance ou son exigibilité. — A partir de l'opposition, aucune hypothèque ne peut être acquise; et aucune somme due par le nouveau propriétaire, à titre soit de prix, soit d'évaluation faite pour la purge, ne peut être valablement payée au préjudice de l'opposant. » Tel est le résultat auquel la réforme aboutissait en France, sur cette particularité du régime hypothécaire. On voit que, sortie du même point de départ, la suppression de l'hypothèque judiciaire, la loi récemment votée en Belgique est arrivée à un résultat inverse. Là, le projet primitif organisait le principe des oppositions qu'il mettait à la place de l'hypothèque judiciaire; c'est par la discussion qu'on arriva à la suppression pure et simple de ce système et de l'hypothèque elle-même (V. ma Préface, p. xxiv, à la note). Cela est plus radical et c'est aussi plus logique; car enfin, dès que l'hypothèque judiciaire est supprimée, pourquoi la faire renaître sous une autre dénomination? Mais l'innovation est-elle heureuse? Voilà la question. Et je dois dire qu'un parti nombreux s'était formé dans l'Assemblée, qui, frappé des inconvénients de la suppression, se proposait, pour résoudre cette question, de rejeter le projet.

(1) Voyez au Dig., *In quibus causis in posses.*

(2) Authent. *Et qui jurat*, C. *De bonis auctor. jud.*

(3) *Infrà*, n° 443.

Seulement cette hypothèque est soumise à l'inscription. La loi, dont le système est tout d'affection pour la publicité de l'hypothèque, a cru devoir restreindre, autant que possible, le nombre des hypothèques occultes, et ne pas étendre aux hypothèques judiciaires l'exemption d'inscription accordée aux hypothèques légales des mineurs et des femmes mariées.

L'hypothèque judiciaire portant sur les biens à venir, de même que sur les biens présents, on a demandé si une seule inscription suffisait pour frapper tous les biens présents et à venir, ou bien s'il était nécessaire de prendre inscription à mesure des acquisitions faites par le débiteur.

Mais il a été décidé, par un arrêt de la Cour de cassation du 3 août 1819, qu'une seule inscription, prise en vertu d'un jugement, comprend tous les biens présents et à venir sis dans l'arrondissement du bureau (1).

En effet, l'hypothèque judiciaire est générale, et puisque l'inscription a pour but de la conserver, il s'ensuit qu'elle la conserve dans son intégrité, et par conséquent avec son caractère de généralité. Ce raisonnement se fortifie des inductions qu'on tire de l'art. 2148, § final, dont je parlerai *infra*. Au surplus, on peut voir sur cette question M. Grenier, qui, après avoir épuisé tous les arguments pour et contre, émet une doctrine conforme à l'arrêt de la Cour de cassation (2).

436 bis. Puisque je viens de m'occuper du principe que l'hypothèque judiciaire affecte tous les biens présents et à venir, je dois examiner une question qui se

(1) Dalloz, Hyp., p. 180, 181. *Junge* Lyon, 18 fév. 1829 (Sirey, 29, 2, 259); Metz, 23 avril 1825 (Sirey, 25, 2, 88). A moins que le créancier ne se soit borné à prendre inscription sur les immeubles que son débiteur possède au moment du jugement. Cass. 21 novembre 1827 (Sirey, 28, 1, 163).

(2) T. 1, n° 193. *Junge* Persil, Quest., t. 1, p. 295. Rép. t. 16, p. 445. *Infra*, n° 691. Voir dans le même sens, arrêt de Paris du 23 février 1835 (Sirey, 35, 2, 209. Dalloz, 35, 2, 163).

rattache à ses développements. C'est de savoir si le jugement rendu contre une femme mariée sous le régime dotal donne hypothèque sur sa dot.

Pour résoudre cette difficulté, on a coutume de distinguer deux cas.

Le premier, lorsque la dette qui a motivé la condamnation est contractée durant le mariage; le second, lorsqu'il s'agit d'une dette antérieure au mariage.

Dans le premier cas, nul doute que la dot ne puisse pas être grevée de l'hypothèque judiciaire. Le fonds dotal est inaliénable, même après la séparation de biens, et ne peut pas être plus hypothéqué que vendu. S'il en était autrement, la femme pourrait réduire à une véritable chimère l'inaliénabilité de la dot, en contractant des dettes, et en ne les payant pas (1). M. Grenier professe à tort une opinion contraire (2).

Dans le second cas, il faut considérer d'abord que, suivant l'art. 1558 du Code Napoléon, l'immeuble dotal peut être aliéné, *mais seulement avec permission de justice*, pour payer les dettes de la femme qui ont une date antérieure au mariage.

Quel est le but de cette disposition de la loi? On a voulu que la permission de la justice intervînt, afin que les fraudes fussent prévenues, afin que la femme ne pût vendre des biens au delà de ce qui serait nécessaire pour payer les dettes.

Suit-il de là que la femme ne peut hypothéquer ses biens dotaux, pour dettes antérieures au mariage, qu'avec autorisation de justice?

En thèse générale, l'affirmative est incontestable : car la faculté d'hypothéquer marche sur la même ligne que la faculté d'aliéner. Ainsi, de même qu'une femme ne peut vendre son fonds dotal qu'avec permission de jus-

(1) Favre, Code, liv. 5, t. 7, déf. 6, Limoges, 8 août 1809. (Sirey, 9, 2, 386). Persil, Quest., t. 1, p. 228.

(2) T. 1, n° 205.

tice, de même elle ne peut l'hypothéquer qu'avec permission de justice pour dettes antérieures au mariage.

Mais lorsqu'il s'agit, non pas d'une hypothèque conventionnelle, mais d'une hypothèque judiciaire, on doit dire que la permission d'hypothéquer se trouve implicitement comprise dans le jugement de condamnation ; car on *quasi-contracte* en jugement. On doit supposer qu'il y a eu convention tacite de la femme au profit de ses adversaires, pour s'obliger à payer la dette si elle était reconnue fondée, et à hypothéquer tous ses biens présents et futurs ; et comme il intervient un jugement qui reconnaît la légitimité de la dette, il faut dire que le juge a comme adhéré à la promesse d'hypothèque générale sous-entendue dans la comparution en jugement.

On sent, en effet, que notre cas est fort différent de celui où la femme accorde volontairement une hypothèque conventionnelle. Dans cette dernière hypothèse, elle peut, par collusion, consentir des hypothèques plus considérables que ce qui est juste et nécessaire : mais, lorsque la femme est poursuivie, que c'est contre sa volonté qu'elle est condamnée, et que la justice arrive pour mesurer l'étendue de ses obligations, alors les inconvénients cessent tout à fait. Cette opinion est aussi celle de M. Persil (1). On peut l'étayer d'un argument tiré de l'art. 2126.

436 *ter*. Pothier (2) examine la question de savoir si l'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement obtenu contre le mari frappe les conquêts de communauté, de manière à suivre après la dissolution du mariage l'immeuble échu dans le partage de la femme.

Voici comme il la résout. S'il s'agit d'une dette contractée par le mari durant la communauté, on doit dire que l'immeuble de communauté échu à la femme pour

(1) Q., t. 1, p. 287. *Junge* Riom, 2 juin 1840 (Sirey, 40, 2, 298).

(2) Communauté, nos 752 et suiv.

son lot n'en demeure pas moins soumis à l'hypothèque; car le mari, maître de la communauté, a pu aliéner et hypothéquer, et sa femme, en acceptant la communauté, est censée avoir participé à tout ce qu'a fait son mari.

Mais si la dette avait été contractée par le mari antérieurement au mariage, quoique la condamnation fût postérieure, l'hypothèque, tant que la communauté existerait, pourrait bien frapper les biens de cette communauté; mais à sa dissolution, elle devait se restreindre aux biens du mari: car, par le partage, le mari est censé n'avoir eu de propriété en son nom personnel que sur la portion à lui dévolue. Ces deux décisions ne peuvent qu'être approuvées.

457. Lorsqu'un immeuble soumis à l'hypothèque judiciaire est échangé, l'immeuble reçu en contre-échange est-il hypothéqué, et l'immeuble donné reste-t-il soumis à l'hypothèque? Voyez *suprà*, n° 434 bis.

457 bis. Dire que l'hypothèque judiciaire est celle qui émane des jugements, c'est énoncer une de ces vérités si triviales qu'elles paraissent inutiles à proclamer. Mais ce qui n'est pas toujours aussi clair, c'est de savoir quand l'hypothèque prend sa source dans un jugement, comme, par exemple, dans le cas suivant. Un débiteur s'est obligé, par acte sous seing privé, à donner une hypothèque spéciale sur certains immeubles, et à en passer acte authentique. S'il refuse, et qu'il y soit forcé par un jugement déclarant qu'à défaut de ce faire le jugement tiendra lieu de contrat, l'hypothèque qui sera inscrite en vertu de ce jugement sera-t-elle judiciaire ou conventionnelle?

On peut dire, en faveur de l'hypothèque conventionnelle, que le jugement n'a fait qu'adhérer à la convention, et qu'il ne doit pas avoir des effets plus étendus. Ainsi, dans ce système, l'hypothèque ne doit frapper que sur les biens désignés dans la convention.

Mais il faut répondre que l'hypothèque est judiciaire :

car le jugement a reconnu dans l'espèce une obligation préexistante, et son effet a été d'attacher tacitement cette obligation une hypothèque générale. Peu importe qu'originellement il y ait eu seulement promesse d'une hypothèque spéciale. Le jugement a étendu l'obligation que le débiteur a à se reprocher de n'avoir pas accomplie. Car, en ce qui concerne l'hypothèque, il y a une grande différence entre l'obligation imposée par un jugement et l'obligation imposée par un contrat. Ici l'hypothèque n'a d'étendue que celle que lui ont donnée les parties : là l'hypothèque est générale.

C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation par un arrêt du 20 avril 1825 (1). En voici les termes relatifs au point de droit : « Attendu qu'aux termes de l'art. 2123 du Code Napoléon, l'hypothèque judiciaire résulte des jugements, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus.

» Que l'art. 2148, dans son dernier paragraphe, en s'occupant du mode des inscriptions légales ou judiciaires, et en employant ces expressions, à défaut de convention, n'a pas exclu l'application de l'art. 2123 lorsqu'il existe une convention, et que, néanmoins, les contestations des parties les ont amenées devant les tribunaux, et ont reçu une décision judiciaire qui devient un nouveau titre légal (2). »

D'où il faut conclure que, lorsqu'un jugement confirme un titre portant promesse d'hypothèque spéciale on ne peut pas appliquer la maxime : *confirmatio nihil novi juris addit*. Une hypothèque générale prend place d'une hypothèque spéciale.

Mais que devient l'hypothèque générale, dans le cas où le débiteur, satisfaisant à la condamnation, fournit

(1) Dalloz, 25, 1, 276.

(2) V. aussi Répert., t. 16, p. 402, et t. 17, v^o Titre confirmatif.

l'hypothèque spéciale convenue? V. *infra*, art. 2161, Code Napoléon, n° 767.

Lorsqu'il y a une convention de laquelle résulte l'établissement définitif d'une hypothèque spéciale, si, par la suite, ce titre étant critiqué par le débiteur pour vice quelconque, le créancier obtient contre son débiteur un jugement qui le déclare valable et ordonne qu'il sera exécuté, il a alors deux hypothèques, l'une spéciale et conventionnelle, l'autre générale et judiciaire. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation par arrêts des 29 avril 1823 (1) et 13 décembre 1824 (2).

Mais le créancier ne peut faire usage de son hypothèque générale qu'autant que son hypothèque spéciale est insuffisante; et si elle suffit, les créanciers du débiteur peuvent le renvoyer à se faire payer sur les biens grevés de cette hypothèque spéciale. C'est ce que j'expliquerai plus tard (3).

438. Tout jugement quelconque, dit M. Tarrible, n'engendre pas une hypothèque (4); et en effet, il n'y a que les jugements qui condamnent à une *obligation* qui puissent produire cet effet; car on ne conçoit pas qu'une hypothèque adhère à quelque chose qui ne contiendrait pas une *obligation* principale (5).

Nous disons que l'hypothèque judiciaire ne ressort que des jugements de condamnation; c'est ce que déclaraiert expressément l'ordonnance de Moulins, la loi du 9 messidor an III et celle du 11 brumaire an VII, dont nous avons rappelé les termes au n° 435 *bis*. Il est vrai que l'art. 2123 du Code Napoléon ne se sert pas d'expressions aussi énergiques et aussi claires; mais,

(1) Dalloz, Hyp., 178.

(2) Dalloz, 25, 1, 39. Répert., t. 17, Titre confirmatif.

(3) N° 762.

(4) Répert., Hyp., p. 905, n° 2.

(5) V. Cassation, 4 juin 1828 (Sirey. 28, 1, 347). Bourges, 31-mars 1830 (Sirey, 30, 2, 187). Grenoble, 28 mai 1831 (Sirey, 32, 2, 95). Cassation, 17 janvier 1844 (Sirey, 44, 1, 419).

outre qu'il doit être interprété par les lois qui l'ont précédé, il faut dire qu'une pensée toute semblable ressort implicitement de sa contexture. En effet, par ces mots *en faveur de celui qui les a obtenus*, il suppose évidemment qu'il y a un vainqueur et un vaincu ; que le jugement, en favorisant l'un, a fait succomber l'autre ; qu'une lutte était engagée sur un point déduit en jugement, et que la décision n'a terminé le combat qu'en condamnant la prétention la moins juste et la moins fondée.

C'est en vain que, pour donner plus de latitude à l'art. 2123, on argumenterait de l'art. 2117, qui fait résulter l'hypothèque des jugements ou *actes judiciaires*, car, par ces derniers mots, l'art. 2117 n'a voulu faire allusion qu'aux reconnaissances ou vérifications faites en jugement, ou aux ordonnances judiciaires d'exécution des sentences arbitrales, lesquelles emportent aussi hypothèque judiciaire, aux termes de l'art. 2123.

Et, comme il n'y a pas de condamnation possible sans une obligation à remplir, il s'ensuit que les jugements qui n'obligent pas la partie à donner ou à faire quelque chose ne sont pas accompagnés de la sanction de l'hypothèque.

Ainsi, un jugement préparatoire et d'instruction, un jugement qui ordonnerait un rapport d'experts, une descente sur les lieux, ne produiraient pas d'hypothèque. En effet, où est l'obligation imposée aux parties, où est par conséquent la possibilité d'asseoir une hypothèque (1). Aussi notre article dit-il que l'hypothèque judiciaire n'

(1) Ainsi, il a été jugé avec raison que l'hypothèque ne s'attache pas au jugement portant nomination d'un expert pour constater la réception des travaux dans le cas de l'art. 2103, n° 4 C. Nap. Bordeaux, 26 mars 1834 (Sirey, 34, 2, 375) ; ni à celui qui, avant faire droit, renvoie devant un arbitre rapporteur. Paris, 26 décembre 1844 (Sirey, 45, 2, 174). — V. cependant Montpellier, 7 janvier 1837 (Sirey, 38, 2, 415), et 2 juin 1841 (Sirey, 42, 2, 65).

résulte que de jugements *définitifs* ou *provisoires* : elle ne peut donc résulter de jugements prononçant des *non-faire-droit*. On verra plus bas plusieurs applications de ces principes (1).

Cela posé, dit encore M. Tarrible (*loc. cit.*), nous devons dire que les jugements qui imposent à l'une des parties une obligation envers l'autre, ou qui déclarent légitime une obligation préexistante, engendrent seuls hypothèque judiciaire.

» Quel que soit l'objet de l'obligation, qu'elle consiste à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose, l'effet est le même. Lorsqu'un jugement impose en effet une obligation, ou cette obligation consiste à donner une somme déterminée, et alors l'objet de l'hypothèque concomitante ne peut être équivoque : ou elle consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose ; et comme cette obligation, selon l'art. 1142 du Code Napoléon, se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur, celui-ci se trouvera, en dernière analyse, obligé à payer une somme de la même manière que celui qui est directement obligé à payer une somme fixe, et conséquemment l'hypothèque aura aussi un objet positif. A la vérité, cet objet restera indéterminé dans sa valeur, jusqu'à ce qu'un nouveau jugement, rendu sur la preuve de l'inexécution, ait liquidé les dommages et intérêts : mais une créance indéterminée dans sa valeur n'en est pas moins susceptible d'hypothèque, pourvu qu'elle soit fondée sur un titre capable de lui conférer ce droit, ainsi que le porte l'art. 2152. »

Nous allons voir l'application et la portée de ces principes.

439. Un jugement qui ordonne une reddition de compte produit-il hypothèque judiciaire ?

(1) Nos 439 à 442 *ter.*

Les auteurs (1) et la jurisprudence (2) concourent en majorité à établir l'affirmative.

Néanmoins, il ne faut pas croire que cette opinion soit sans contradicteurs; et, quoique les dissidents soient en minorité, il importe, puisque l'on discute encore, d'examiner les raisons de part et d'autre.

Lorsque la Cour de cassation se prononça la première fois sur cette question, en faveur de l'hypothèque judiciaire, elle le fit sur les conclusions *contraires* de M. Giraud, avocat général, et au surplus ses arrêts ne sont que des arrêts de rejet; or, on sait que la Cour de cassation a une inclination très-prononcée pour les rejets, ce qui balance singulièrement l'autorité de ceux de ses arrêts qui aboutissent à ce résultat.

Par arrêt du 31 mars 1830, la cour de Bourges a abandonné sur quelques points la jurisprudence de la Cour de cassation; mais elle l'a fait avec timidité (3). Elle a reconnu le principe général posé par la Cour de cassation, savoir: que tout *mandataire* ou *comptable*, à qui il est ordonné de rendre compte, est soumis à l'hypothèque générale; mais elle a cherché à se placer dans une exception: il s'agissait d'un individu dans le compte duquel le tribunal avait ordonné des redressements d'erreurs. La cour de Bourges pensa qu'une pareille décision n'entraînait pas d'hypothèque générale.

Enfin M. Pigeau, que (je ne sais pourquoi) l'on ne cite pas dans la discussion de cette question (4), tient franchement une opinion contraire à la Cour de cassation (5).

(1) MM. Grenier, t. 1, p. 425. Persil, Q., t. 1, p. 180. Dalloz Hyp., p. 171, n° 2. Duranton, t. 19, n° 337 *bis*. Baudot, n° 46.

(2) Cassat., 21 août 1810. Lyon, 11 août 1809. Dalloz, Hyp. p. 177. Cassat., 4 août 1825, Dall., 25, 1, 388. — *Junge Colmar*, 26 juin 1852 (Sirey, 52, 2, 650). Cassation, 16 février 1842 (Sirey, 42, 1, 714).

(3) Dall., 1830, 2, 163.

(4) *Ibid.*

(5) T. 2, Procéd. civ., p. 598.

Le *avis* de cet auteur me paraît devoir être préféré. Le jugement qui ordonne de rendre compte n'impose pas l'obligation de payer une somme. Il impose seulement le devoir de fournir un compte. Le *rendant est débiteur d'un compte et non débiteur de sommes*, comme le dit M. Pigeau ; qui sait si, par l'événement, il ne sera pas créancier ? Or, l'hypothèque judiciaire ne s'attache qu'à l'obligation produite par le jugement. Il ne pourrait tout au plus y avoir hypothèque, que pour forcer à l'obligation de rendre le compte, et pour servir de garantie aux moyens de contrainte organisés par l'art. 534 du Code de procédure civile. Mais une fois le compte présenté et affirmé, l'obligation portée par le jugement étant remplie, l'hypothèque doit disparaître. Pour que le rendant soit débiteur de sommes, il faut aller plus loin : il faut ou qu'il y ait un reliquat avoué par le rendant et résultant du compte présenté et affirmé, et alors l'hypothèque sortira de l'exécutoire prononcé par le juge commissaire (1) ; ou bien que le reliquat, d'abord dénié par le rendant, surgisse des débats du compte, et alors c'est le jugement qui le fixe, et c'est de ce moment que commence l'hypothèque, parce qu'alors commence l'obligation judiciaire de payer. Avant cela, l'hypothèque est prématurée : elle est sans cause.

On oppose qu'un jugement de reddition de compte comprend nécessairement l'obligation de payer le reliquat, s'il y en a. C'est comme si l'on disait qu'un jugement qui ordonne une preuve contient une condamnation implicite pour celui qui ne la fera pas, et qu'un tel jugement produit hypothèque générale. Sans doute, si un tel résultat pouvait être admis, ce serait un grand triomphe pour la maxime *tout est dans tout*, mise en honneur par M. Jacotot ; mais je doute qu'ici la raison s'en accommode.

Le jugement de reddition de compte est fondé sur un

(1) Art. 535 du Code de procédure civile.

doute : il ignore ce qui arrivera. Le juge ne dit pas même de plein saut : S'il y a un reliquat, je vous condamne dès à présent à le payer. Le juge fait tout simplement espérer qu'il condamnera, si le reliquat ressort du compte. Il préjuge ce qu'il fera, mais il ne juge pas ce qui est fort différent. Et comment jugerait-il, puis qu'il hésite et que la cause n'est pas instruite? Est-ce qu'un juge prononce des condamnations conditionnelles? est-ce qu'il engage sa décision avant de savoir à quoi s'en tenir? Et puis, comment pouvez-vous dire, vous demandeur, qui réclamez, par exemple, le paiement d'une somme de 4,000 francs, comment pouvez-vous dire que vous avez un titre dans le jugement qui ordonne la reddition du compte? Est-ce que votre prétention a été accueillie? Votre victoire ne dépend-elle pas de preuves et de moyens ultérieurs qui peuvent tourner à votre confusion? En supposant même que le compte prouve ce reliquat, n'est-il pas possible que la prescription vous fasse échouer dans votre action? Par quel aveuglement vous obstinez-vous donc à trouver un titre judiciaire là où la justice n'a exprimé qu'un doute; et ne voyez-vous pas que l'obligation de payer le reliquat s'attache si peu de plein droit à ce jugement, que la loi veut qu'elle soit ultérieurement prononcée par le juge commissaire ou par le tribunal, suivant l'issue du compte (1)?

440. Un jugement qui nomme un curateur à une succession vacante emporte-t-il hypothèque?

M. Persil (2) examine cette difficulté avec détail et la résout avec raison pour la négative. En effet, il ne résulte du jugement aucune condamnation ni créance contre le curateur : il n'a pas encore géré, il ne doit rien : peut-être, par la suite, son administration pourra-t-elle donner lieu à des reproches qui attireront sur lui une res

(1) V. *infra*, les nos 440, 442, auxquels ceci doit se lier.

(2) Quest., t. 1, p. 272. — *Junge* M. de Fréminville, *Minorités* t. 2, n° 1126.

responsabilité. Mais il n'est redevable de rien, lorsqu'il n'est pas encore entré en fonctions.

Le jugement de nomination ne le soumet pas même à l'obligation de rendre compte ultérieurement. C'est la loi seule qui lui en fait un devoir, lorsqu'il aura géré; car tant qu'il n'a pas accepté la gestion, il n'y a pas encore de contrat, il n'est pas mandataire: il n'est tenu à aucune obligation. Je conviens que s'il s'immisce dans la gestion, il sera tenu de rendre compte. Mais, comme nous le verrons tout à l'heure, ce ne sera pas en vertu du jugement, mais par la force du contrat extra-judiciaire, formé par son acceptation. Pour que le jugement de nomination fit peser sur lui l'obligation judiciaire de rendre compte, il faudrait qu'il y eût eu un demandeur et un défendeur, savoir: un demandeur réclamant un compte, un défendeur le refusant; et que, sur ce débat, le juge eût prononcé contre le défendeur, *en faveur du demandeur* qui aurait obtenu gain de cause (1). Or, je le demande, où est ici le vainqueur, où est le condamné? Et comment une hypothèque judiciaire pourrait-elle sortir d'un état de choses dans lequel il n'y a ni perdant ni gagnant, où personne n'a tort, où personne n'est condamné? Il est si vrai que le jugement de nomination n'a aucune force, même implicite, à cet égard, que l'on est obligé de prendre un nouveau jugement pour forcer le curateur qui a administré à rendre compte.

M. Dalloz a cependant soutenu le contraire (2). Il argumente beaucoup de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui attribue l'hypothèque judiciaire à un jugement de reddition de compte; et, marchant d'induction en induction, il voit dans la nomination d'un curateur l'obligation *implicite* de rendre compte, et par conséquent l'obligation *implicite* de payer le reliquat, s'il y en a. D'après ce que nous avons dit au numéro

(1) *Suprà*, n° 438, et texte de l'art. 2123.

(2) *Hyp.*, p. 158, nos 2 et 9, et p. 171, n° 2. *Suprà*, n° 423.

précédent, on pressent que nous ne sommes pas ébranlé par cette argumentation. Seulement nous ferons remarquer jusqu'à quels résultats outrés peut conduire ce système de *conditions implicites*, dont la Cour de cassation a jeté les bases dans la jurisprudence que j'ai cru devoir critiquer au numéro précédent.

L'opinion de M. Dalloz a cependant reçu l'assentiment de la cour de Paris, dans une espèce qui, sans être absolument semblable à celle que je viens d'examiner, se résout cependant par les mêmes moyens.

Goupy avait provoqué l'interdiction de sa sœur : deux jugements l'avaient nommé administrateur provisoire des biens de celle-ci. Depuis cette époque, la poursuite en interdiction avait été abandonnée, et Goupy avait continué sa gestion ; mais, quelque temps après, un tuteur *ad hoc*, nommé à la demoiselle Goupy, prit inscription sur les biens de Goupy, *tant en vertu de la loi que des deux jugements*. — Goupy demande radiation, et un jugement du tribunal de la Seine accueille sa réclamation.

Sur l'appel, le tuteur *ad hoc* fut à peu près obligé de convenir que l'inscription ne pouvait se soutenir à titre d'hypothèque légale ; mais il prétendit que les deux jugements qui avaient nommé Goupy administrateur provisoire conféraient une hypothèque judiciaire pour la sûreté de sa gestion. C'est le système qui fut accueilli par la cour de Paris, malgré les efforts de M^e Dupin jeune (1). Son arrêt, du 12 décembre 1833 a été déféré à la Cour de cassation, et j'apprends, par la *Gazette des Tribunaux*, que la section des requêtes a admis le pourvoi. En attendant que la section civile fasse prévaloir les vrais principes, que sa haute science possède si bien, je prendrai l'initiative de quelques observations.

On s'élève, depuis plusieurs années, contre les hypo-

(1) Dalloz, 34, 2, 2 et 3. Sirey, 34, 2, 103. Gazette des Tribunaux du 10 janvier 1834.

hypothèques légales, qui gênent la circulation d'un nombre immense de propriétés foncières. Sans admettre tous les rapproches qu'on adresse sur ce point au Code Napoléon, on conviendra néanmoins que le moment est mal choisi pour sortir des sages limites tracées par la loi, et envelopper d'un vaste réseau d'hypothèques générales le patrimoine de tous ceux que des jugements appellent à gérer, même provisoirement, la fortune d'autrui. C'est là cependant ce que fait la cour de Paris. Au moyen d'un détour qui trompe la pensée du Code Napoléon, elle étend à tous ceux dont les biens sont administrés par un procureur judiciaire la garantie hypothécaire que l'article 2121 n'a voulu attribuer qu'aux mineurs et aux interdits à l'égard de leur tuteur. Et, pour arriver à ce résultat désastreux, que fait-elle? Il lui suffit d'appeler hypothèque judiciaire ce qu'elle n'ose pas appeler hypothèque légale, et ce qui n'est au fond qu'une hypothèque légale, puisque la loi ne veut pas que les administrateurs en question puissent leur mandat ailleurs que dans un jugement. Ainsi, avec ce système, il n'y aura pas un curateur aux biens d'un absent, pas un curateur à succession vacante, pas un gérant nommé en justice, pas un séquestre judiciaire qui ne soit assimilé au tuteur et tenu sous l'hypothèque de tous ses biens. Mais où trouvera-t-on, avec une telle jurisprudence, des mandataires pour tous ces cas? Il faudra même dire que l'absent aura hypothèque judiciaire sur les biens des envoyés en possession provisoire; car l'envoi en possession n'est ordonné que par un jugement (1), et il rend les possesseurs comptables de leur administration envers l'absent, en cas qu'il reparaisse ou donne de ses nouvelles!!! Je crois qu'il suffit d'énoncer de pareils résultats, pour démontrer combien est fautif le système dont une inflexible nécessité les fait sortir.

Mais voyons de plus près l'argumentation de la cour de Paris.

(1) Art. 121.

L'art. 2123, dit-elle, ne fait aucune distinction entre les jugements prononçant une condamnation pécuniaire actuelle, et ceux qui n'imposent qu'une obligation de faire, toujours résoluble en argent pour le cas d'inexécution ; et comme le jugement qui commet un administrateur provisoire pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur à l'interdiction, impose à cet administrateur provisoire l'obligation de gérer et de rendre compte de sa gestion, nécessairement le jugement de nomination doit entraîner hypothèque pour sûreté de cette obligation. Ainsi raisonne la cour de Paris. Mais n'y a-t-il pas, au fond de ses aperçus, une étrange confusion d'idées ?

Le jugement qui nomme un curateur à une succession vacante et à un absent, ou un administrateur provisoire à un défendeur à l'interdiction, n'oblige pas la personne désignée à accepter ce mandat. En cas de refus de la part de cette dernière, on ne peut la contraindre à se charger d'une gestion qu'elle entend répudier. Le jugement de nomination n'a pas plus de valeur coercitive qu'une simple procuration donnée à un particulier par un particulier. Que faut-il donc pour qu'il y ait contrat, et par conséquent une cause d'obligation ? Il faut qu'à la nomination se joigne l'acceptation. C'est par l'acceptation seule que la convention est liée, qu'elle prend le caractère et engendre les devoirs du mandat (1).

Il est donc faux de dire que le jugement de nomination emporte avec lui obligation de gérer, de rendre compte, de payer le reliquat : tous ces effets implicites de la chose

(1) C'est pour cela sans doute qu'aujourd'hui l'art. 34 de la loi du 30 juin 1838 donne aux juges qui nomment un administrateur provisoire à un individu non interdit placé dans un établissement d'aliénés, la faculté de constituer en même temps sur les biens de celui-ci une hypothèque générale ou spéciale, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée par le jugement, sauf au procureur impérial à faire inscrire, dans le délai de quinzaine, cette hypothèque qui ne date que du jour de l'inscription.

jugés sont des chimères. Pour qu'elle les engendre, il lui faut l'adhésion d'un élément nouveau, de l'acceptation de la partie. Il suit de là que l'hypothèque judiciaire ne saurait protéger les droits de celui à qui le compte doit être rendu; car l'hypothèque judiciaire n'est qu'une sanction donnée à l'autorité de la chose jugée : elle ne prête main forte qu'aux condamnations et aux ordres impératifs émanés de la justice seule; mais elle reste à l'écart dans les cas où un jugement n'est rien par lui-même, et où il faut qu'il attende le concours volontaire d'une tierce personne, pour devenir quelque chose d'actif. L'adage vulgaire, et presque toujours vrai, est qu'on contracte en jugement; mais, ici, l'axiome reste sans application. Le jugement, loin de former un contrat, n'est que l'un des termes de la convention : il n'a de vertu que si une volonté libre vient lui apporter le second terme dont il est dépourvu auparavant, il manque d'un des éléments nécessaires à tout acte : il n'est que la pierre d'attente d'un tout qui n'a pas encore été créé. Or, je demande si le mandat, indirectement issu d'un tel jugement, n'est pas tout aussi volontaire que judiciaire, et s'il n'est pas contraire à la raison de donner les effets d'un jugement à ce qu'un jugement est incapable de produire.

La cour de Paris a cru répondre à cette objection en disant que l'acceptation n'est qu'une condition suspensive qui, une fois intervenue, a un effet rétroactif et fait considérer l'obligation comme parfaite, dès l'instant même où le jugement a été rendu : mais il est assurément difficile d'être plus mal inspiré. Comment la cour de Paris a-t-elle pu oublier que le consentement de la personne avec laquelle on contracte est un des éléments essentiels de la convention, et que, tant que le consentement est inconnu, il n'y a pas l'ombre de contrat? Comment a-t-elle pu voir un contrat conditionnel dans un acte où une seule des parties a parlé? Par quelle étrange préoccupation a-t-il échappé à sa sagacité qu'un contrat, même conditionnel, n'existe que par l'accord de

deux volontés : *duorum in idem placitum consensus* (1)?

Au compte de la cour de Paris, il faudrait donc dire que, lorsqu'on traite avec une personne éloignée et qu'on lui propose, par exemple, de lui acheter une maison, le contrat remonte à la date de la proposition, de telle sorte que l'acceptation du vendeur aura pour conséquence de l'obliger, avant même qu'il n'ait parlé!!! Où en sommes-nous, si les vérités les plus élémentaires du droit se trouvent ainsi compromises?

Pothier avait examiné, dans l'ancienne jurisprudence, une question voisine de celle que nous discutons. On va voir que sa décision est une réfutation péremptoire de l'arrêt de la cour de Paris.

On sait que dans le droit antérieur à la révolution, tout contrat authentique emportait avec lui une hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir (2). L'acte authentique faisait donc à peu près ce que nos jugements de condamnation font aujourd'hui. Eh bien! Pothier se demande si une procuration passée par devant notaire donne au mandant hypothèque sur les biens du mandataire, et il n'hésite pas à se prononcer pour la négative. « Car, dit-il, ce n'est pas par la procuration » que le mandataire, qui n'y est pas présent, s'oblige » envers le mandant; ce n'est que par l'acceptation qu'il » fait depuis la procuration. C'est pourquoi, à moins que » cette acceptation ne se fit aussi par un acte devant no- » taire, le mandant ne peut avoir d'hypothèque sur les » biens du mandataire (3). » La similitude de cette espèce avec la nôtre est frappante. Le jugement de nomination équivaut à la procuration : c'est le *spondes ne* des Romains. L'acceptation est la réponse, le *spondeo*, et comme elle n'a rien de judiciaire, elle repousse l'hypothèque dans notre espèce, comme elle l'exclut dans l'hypothèse tout à fait analogue de Pothier.

(1) V. Pothier, *Mandat*, n° 86.

(2) *Suprà*, n° 392.

(3) *Mandat*, n° 66.

Ces arguments ne s'appliquent pas à un cas dont je parlais tout à l'heure, à celui des envoyés en possession provisoire des biens d'un absent; car ce sont eux qui sollicitent l'envoi en possession, et le tribunal ne l'ordonne que sur leur demande (art. 120 Code Napoléon). Mais ce qui répond au système qui voudrait, l'arrêt de la cour de Paris à la main, faire peser sur leurs biens une hypothèque générale, c'est que le jugement qui les nomme n'est pas un jugement de condamnation (1); c'est que ce jugement ne statue pas sur la question de responsabilité, laquelle n'a pas été déduite *in judicio*; c'est que l'art. 2123 ne crée l'hypothèque judiciaire qu'en faveur de celui qui a obtenu le jugement, et qu'ici c'est précisément en faveur des envoyés en possession que le jugement a été rendu, car ils triomphent dans leur demande. Au surplus, ce qui achève de lever tous doutes, c'est que, d'après l'art. 120, l'envoi en possession ne peut être exécuté qu'autant que l'envoyé a donné caution pour sûreté de son administration. Or, quel rôle jouerait une hypothèque générale, quel secours donnerait-elle à l'absent, déjà suffisamment garanti par l'interposition de la caution? Que ferait d'ailleurs l'absent de cette hypothèque? Il faudrait qu'elle fût inscrite. Qui l'inscrira pour lui? Il n'est plus représenté que par l'envoyé en possession, qui a intérêt à ne pas charger ses biens d'une inscription et qu'aucune loi n'oblige, après tout, à prendre cette mesure.

Ces observations me paraissent donc démontrer, avec la dernière évidence, que le législateur n'a nullement entendu soumettre l'envoyé en possession à une hypothèque générale, bien que l'envoi en possession le rende comptable à l'égard de l'absent; car autre chose est d'être déclaré comptable par suite d'un jugement rendu après résistance, ou d'être comptable en vertu d'une disposition de la loi qu'on n'entend pas éluder.

(1) *Suprà*, n° 438.