

pour simple lésion de même qu'un mineur non émancipé (1).

Tel est le véritable sens de l'art. 1305. On doit le prendre *secundum subjectam materiam*, et non pas lui donner une application détournée de la pensée du législateur. Au surplus, on voit par plusieurs autres textes du Code Napoléon que l'action en *nullité* est la seule qu'il faille employer contre les obligations des mineurs passées sans les formalités de la loi.

C'est ce que prouve l'art. 2012 du Code Napoléon, qui porte qu'on peut cautionner « l'obligation, encore qu'elle » puisse être *annulée* par une exception personnelle à » l'obligé, par exemple dans le cas de minorité. »

C'est ce que prouve encore, par un argument irrésistible, l'art. 502 du Code Napoléon, portant : « L'inter- » diction ou la nomination d'un conseil aura son effet du » jour du jugement. Tous actes passés postérieurement » par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil, seront » *nuls de droit*. » Il n'est pas possible de mettre une différence entre le mineur et ceux qui sont ou interdits ou sous l'assistance d'un conseil. La loi assimile toujours ces individus les uns aux autres.

L'erreur de M. Merlin me paraît donc établie par ces textes et ces rapprochements décisifs, et je m'étonne que M. Toullier (2) ait cru devoir donner des éloges sans restriction au passage de M. Merlin qui contient cette confusion de choses si clairement distinctes.

Tenons donc pour constant que le défaut d'autorisation vicie l'acte passé en minorité d'une nullité *ipso jure*, de même que dans le droit romain (3).

(1) M. Toullier, t. 7, n° 576. Mais si le mineur émancipé a passé ces actes sans l'assistance de son curateur ou sans les formalités voulues par la loi, ils seront *nuls de droit*. Rennes, 17 novembre 1836 (Sirey, 37, 2, 354).

(2) T. 7, n° 569, note 1.

(3) Cass., 16 janvier 1837 (Sirey, 37, 1, 102. Dalloz, 37, 1, 62). Rennes, 17 novembre 1836 (Sirey, 37, 2, 354).

493. Mais puisqu'il est constant que cette nullité n'est pas absolue, qu'elle n'est que relative, il faudra dire avec la loi romaine que la ratification par le silence gardé pendant dix ans validera l'acte *ab initio*.

Et puisque le silence produit cet effet important, combien, à plus forte raison, ne sera-t-il pas produit par la ratification expresse, émanant de la volonté libre, réfléchie, d'un majeur, que sa bonne foi porte à imprimer le sceau de l'inviolabilité à ses engagements de conscience et d'honneur?

494. Mais, dit-on (1), le mineur devenu majeur ne peut, par son fait, dépouiller les créanciers qui ont contracté avec lui (dans l'intervalle du premier contrat à la ratification) du droit d'exercer à sa place l'action en nullité qui lui était ouverte. Cette ratification leur porte un véritable préjudice; il est d'ailleurs de principe que la ratification ne peut avoir d'effet au préjudice des tiers.

La réponse me paraît facile à faire.

D'abord, il est trop absurde de dire que le mineur devenu majeur ne peut, par son fait, priver ses créanciers du droit d'exercer à sa place l'action en nullité; car il résulterait de ce système, qu'un débiteur ne pourrait jamais user de ses droits, sans consulter la masse de ses créanciers; ce qui serait le mettre dans un état d'interdiction véritable, et entraver la liberté des contrats dans un majeur. Que les créanciers puissent exercer les droits de leur débiteur, tant que ces droits subsistent ou sont ouverts, il n'y a à cela nulle difficulté; mais cette faculté leur est interdite lorsque ces droits ont cessé d'exister en la personne de leur débiteur, et par le fait de ce débiteur. Ils sont obligés de respecter ses actes, à moins qu'il n'y ait eu fraude de sa part, auquel cas ils peuvent exercer l'action révocatoire paulienne (2).

(1) C'est l'objection de Basnage, Hyp., ch. 3; de Ferrières, sur Paris, art. 259, glose 2, n° 52; de M. Grenier, t. 1, n° 44; et de tous les partisans de l'opinion de M. Merlin que je combats.

(2) Art. 1167 du Code Napoléon. Q. de Droit, Hypoth., p. 419, col. 2.

495. En second lieu, c'est un principe certain que la ratification produit un effet rétroactif, « retrò currere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit, » dit la loi 16, au D. *De pignorib. et hypothecis* (1).

Il y a, à la vérité, une exception remarquée par tous les auteurs. C'est que la ratification ne produit pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers (2).

C'est pourquoi Mornac dit : « *Distinctio tamen, et in scholâ et in foro, perpetua hæc est, ut nimirum si agatur de præjudicio tertii, retrò trahatur numquam ratihabito; secus, si de solo ratificantis damno* (3). »

496. Mais s'il est vrai que la ratification n'a pas d'effet rétroactif au préjudice des tiers, il ne faut pas croire que ce soit dans tous les cas et sans exception aucune. Cette règle n'est vraie que dans deux circonstances, savoir : 1° lorsque l'acte ratifié est d'une nullité absolue ; car, n'ayant eu aucune existence légale avant la ratification, on ne peut créer au préjudice des tiers une fiction qui ferait remonter la validité de cet acte à une époque où ils avaient sujet de le croire nul.

2° Lorsque le contrat qu'on ratifie a été passé à *non domino*, ou par une personne qui n'était pas munie de pouvoirs, comme dans le cas de la loi 16, au D. *De pignorib. et hypoth.*

« *Si nesciente domino, res ejus hypothecæ data sit, deindè posteà dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipso quod ratum habet, voluisse eum retrò currere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit.* » On suppose que, par la ratification, les choses sont mises dans les mêmes termes que si celui qui ratifie avait donné originairement un mandat « *ratihabito mandato æquiparatur.* »

(1) V. aussi l. *Licet*, Dig., *De jud.*, et l. *ult.*, C., *Ad S C. maced.*

(2) Tiraqueau, *De retract. gent.* glose x, § 1, n° 69. Il cite une foule d'autorités suivant son usage. Maynard, t. 2, liv. 7, c. 33, etc.

(3) Sur la loi 16, Dig., *De pig. et hyp.*

Mais cette rétroactivité ne peut préjudicier aux tiers. En effet, l'hypothèque donnée à *non domino* sur le bien que le véritable propriétaire leur a plus tard engagé, n'était rien pour eux, à l'époque où ils ont traité avec ce dernier, qui n'avait encore rien ratifié. C'est seulement du jour de la ratification que le propriétaire réel est censé avoir créé l'hypothèque, puisque auparavant elle lui était étrangère, et qu'elle émanait d'une personne sans pouvoir. De quel droit le propriétaire pourrait-il donner un effet rétroactif à cette hypothèque au préjudice de droits acquis (1)?

497. Mais, comme Pothier le fait remarquer (2), on ne peut dire la même chose d'un contrat passé par un mineur. Car ce contrat n'est pas nul *absolument*; il n'est nul qu'à l'égard du mineur, tandis qu'il lie d'un lien de droit indissoluble ceux qui y ont pris part et adhéré (3).

Je ne puis m'empêcher de citer encore un autre passage de Pothier, tiré de son *Traité des retraits* (4); on y verra clairement marquée la différence d'effet de la ratification entre les actes nuls d'une nullité relative, et ceux qui sont nuls d'une nullité absolue.

« Lorsque la vente a été faite *par un autre que par le*
 » *propriétaire*, quoique la tradition soit intervenue, ce
 » n'est que du jour du consentement donné à la vente
 » par ce propriétaire, qu'il y a ouverture au retrait, au
 » profit de la famille de ce propriétaire. Car ce n'est que
 » par ce consentement qu'il est censé vendre, et que
 » l'héritage est mis hors de la famille.

• Lorsqu'un mineur a vendu son héritage propre, et

(1) C'est dans ce sens qu'il faut entendre un arrêt de la Cour de cassation du 6 juillet 1831 (Dall., 31, 1, 228 et 229). Il s'agissait d'une vente de la chose d'autrui qui avait été ratifiée. V. aussi mon *Commentaire de la Vente*, t. 1, p. 237.

(2) Orléans, tit. 20, n° 24.

(3) Ulp., l. 13, § 29, Dig., *De act. emp.*

(4) N° 123 et 124.

» que, devenu majeur, il ratifie, c'est du jour du contrat
 » de vente que le retrait est ouvert. Car la nullité de
 » l'aliénation des héritages des mineurs n'est pas une
 » nullité absolue, mais relative, et en faveur du mineur
 » seulement. L'acte n'est nul que dans le cas auquel le
 » mineur, ou ceux qui succèdent à ses droits, jugeraient
 » à propos de s'en plaindre, et d'avoir recours aux
 » lettres de rescision; l'acte par lequel il ratifie en ma-
 » jorité est un acte par lequel il renonce à s'en plain-
 » dre. Mais ce n'est pas par cet acte, c'est par la vente
 » qu'il a faite de son héritage, qu'il l'a mis hors de sa fa-
 » mille, et c'est cette vente qui donne ouverture au re-
 » trait et non à la ratification. »

On voit que dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque la vente est faite à *non domino*, et où par conséquent il y a nullité absolue, la ratification ne produit pas d'effet rétroactif au préjudice des tiers qui veulent exercer le retrait. Ils sont admis à le demander dans l'année de la ratification (1).

Au contraire, lorsque la nullité est relative, comme dans le second cas, la ratification produit un effet rétroactif au préjudice des tiers. Ce n'est pas du jour de la ratification que le retrayant doit calculer le délai du retrait, mais du jour de la vente originaire. On ne peut rien trouver de mieux marqué que cette différence, et rien de plus applicable à la question que j'examine.

498. Il est étonnant que M. Grenier, qui a cherché à l'approfondir, n'ait pas saisi cette nuance (2); en effet, on voit que les anciens docteurs, en enseignant la règle fondée sur la raison (3), que la ratification ne produit

(1) C'est aussi ce que prouve Tiraqueau, par la raison qu'en ce cas la ratification ne produit pas d'effet rétroactif, § 1, glose x, n^o 66 et suiv.

(2) Elle n'a échappé ni à M. Merlin, Q. de Droit, Hypoth., p. 413, ni à M. Toullier, t. 7, n^o 563, p. 666.

(3) Ils avaient aussi voulu l'étayer des lois romaines; car, à cette époque, on voulait tout rattacher à des textes. Mais les lois

pas d'effet rétroactif *au regard des tiers*, ne l'ont jamais appliquée qu'aux actes nuls d'une nullité absolue, ou faits *à non domino*. C'est ainsi que Bartole, qu'on ne cesse de citer, et qui dit que « *actus medius interveniens* » *impedit ratihabitionem retrotrahi*, » ne s'appuie de ce principe que pour décider la question de savoir si la ratification donnée par un propriétaire à une vente *faite sans son autorisation*, produit un effet rétroactif à l'égard des tiers. C'est aussi ce cas que la glose envisage, ainsi que la plupart des auteurs. Tiraqueau, qui développe longuement la règle de non-rétroactivité à l'égard des tiers, et Maynard, ne la considèrent non plus que dans l'hypothèse où la vente ratifiée avait été faite *à non domino*, cas qui est le même que celui dont parle Pothier dans le passage cité tout à l'heure. Il ne faut donc pas étendre au cas d'une nullité relative ce qui n'a été créé que pour les nullités absolues. Car c'est seulement à l'égard de celles-ci que l'on peut dire que la rétroactivité est *une fiction*, et que la fiction ne peut nuire aux tiers (1). Mais à l'égard des nullités relatives, il n'y a pas réellement *fiction*. On ne peut pas dire que l'acte n'existait pas avant la ratification, puisqu'il obligeait déjà l'une des parties par un lien indissoluble.

499. Objectera-t-on l'art. 1538, qui, en parlant de la ratification des actes nuls ou sujets à rescision, dit qu'il ne sera plus possible de les attaquer, *sans préjudice néanmoins des droits des tiers*?

Mais, en réservant les droits des tiers, cet article n'a nullement voulu dire que la ratification ne dût jamais

qu'ils citaient (*Si partem*, § dernier, *Quemad. servit. amitt.*, l. 1, § *Si quis filium* 7, D., *Si tab. tut. nullæ ext.* l. xi. § 1, D., *Qui potior in pig.*) ne paraissent guère faites pour justifier leur sentiment.

(1) Par exemple, la légitimation, qui n'est qu'une fiction, ne produit pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers. Tiraqueau, *De ret. gent.*, § 1, glose x, n° 71. Arrêt de la Cour de cassat. du 11 mars 1811 (Dall., 11, 1, 175).

produire d'effet rétroactif à l'égard des tiers. J'ai dit que, dans le cas de nullité absolue, la ratification ne produisait pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers. Eh bien! c'est ce droit des tiers que l'art. 1338 a cru devoir réserver, afin, dit M. Toullier (1), qu'on n'abusât pas de l'omission de cette réserve dans un article dont la disposition est générale. Que prouve donc cette objection, qui cependant paraît si décisive à M. Dalloz, puisque nous convenons qu'il y a des cas où les tiers ne peuvent pas être préjudiciés par la ratification?

M. Grenier étaye sa doctrine d'un arrêt de la cour de Nancy, du 1^{er} mai 1812 (2). Mais cet arrêt paraît avoir été déterminé par une opinion que M. Merlin avait enseignée dans la première édition de ses Questions de Droit, et qu'il a ensuite abandonnée (3).

500. Tout ce que je viens de dire des mineurs s'applique aux prodigues qui ratifient, lorsqu'ils ont recouvré la plénitude de leurs droits, les hypothèques consenties par eux, à l'époque où ils étaient pourvus d'un curateur, et c'est ce qu'a jugé la cour de Paris par arrêt du 14 prairial an x (4).

501. A l'égard des femmes mariées qui s'obligent sans

(1) T. 7, n° 570, p. 684.

(2) Dalloz. Hyp., p. 192.

(3) Il ne faut pas regarder comme contraire à mon opinion l'arrêt de cassation du 16 janvier 1838, cité n° 492, *in fine*.

Dans l'espèce de cet arrêt, le majeur n'avait ratifié la vente par lui faite pendant la minorité qu'après avoir, depuis sa majorité, consenti à un tiers une seconde vente du même immeuble.

Le vendeur n'ayant plus aucun droit sur l'objet vendu du moment où il en avait transmis régulièrement la propriété à un tiers, ne pouvait, au moyen d'une ratification, attribuer au premier acquéreur un droit qu'il n'avait plus lui-même.

V. encore sur la question, les arrêts de Paris du 23 juillet 1838 (Sirey, 39, 2, 5) et de Douai, 18 mars 1840 (Sirey, 40, 2, 289). *Junge* Paris, 15 décembre 1830 (Sirey, 31, 2, 83), et Cassation, 5 août 1839 (Sirey, 39, 1, 753).

(4) Sirey, 2, 2, 293. Dalloz, Hyp., p. 191, note.

l'autorisation de leurs maris, et qui, étant veuves, ratifient ces obligations, il faut se décider par les mêmes règles que pour les mineurs.

A la vérité, dans l'ancienne jurisprudence française, les contrats passés par la femme sans autorisation étaient censés nuls d'une nullité absolue, et la femme ne pouvait s'obliger *seule ni obliger les autres*. De sorte que la plupart des auteurs tenaient que la ratification donnée par la femme n'avait pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers (1).

Mais comme, d'après les principes du Code Napoléon, la nullité d'un acte passé par une femme mariée, sans autorisation maritale, est purement relative (art. 225 du Code Napoléon), il s'ensuit que l'on ne peut se dispenser d'assimiler les femmes mariées aux mineurs, pour les effets de leurs ratifications (2). M. Grenier professe à tort une opinion contraire (3).

502. J'ai dit ci-dessus que le laps de dix ans, écoulé sans que le mineur se fût pourvu par la voie de nullité contre l'obligation souscrite par lui sans autorisation, purge le vice de cette obligation, qui est censée avoir été valable *ab initio*. On a vu que telle était la décision formelle de la loi 3, au C. *Si minor factus ratam*, et jamais à ma connaissance il n'était venu dans la pensée d'aucun auteur de la contrarier (4).

Mais MM. Battur et Grenier (5) ont eu l'idée de soutenir que l'hypothèque attachée au contrat ainsi purgé et validé, ne doit pas valoir *ab initio*, et qu'elle ne peut commencer à compter que du jour où la prescrip-

(1) Pothier, Orléans, tit. 10, ch. 8; Oblig., n° 50; Retraits, n° 125.

(2) Toullier, t. 7, n° 571. Merlin, Q. de Droit, Hyp., p. 418, col. 2, n° 5.

(3) T. 1, n° 43.

(4) Basnage, Hyp., ch. 3. Arrêt de Rouen, 20 août 1689. Merlin, *loc. cit.* Persil, art. 2126, n° 4.

(5) Battur, t. 1, p. 128. Grenier, t. 1, p. 91, n° 47.

tion de dix ans est terminée ; qu'il faut par conséquent lui préférer toutes les hypothèques intermédiaires contractées d'une manière valable.

Je crois qu'il est inutile, après la discussion qui précède, de réfuter cette opinion. On sait d'ailleurs que la prescription accomplie produit toujours un effet rétroactif (1).

ARTICLE 2127.

L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte passé, en forme authentique, devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins.

SOMMAIRE.

- 503. L'hypothèque pouvait, chez les Romains, être consentie verbalement. L'écriture n'y était requise que pour la preuve. Mais une hypothèque par acte public l'emportait toujours sur une hypothèque par acte privé.
- 504. En France, l'hypothèque résultait dans l'ancienne législation de tout acte authentique. Elle était toujours générale de plein droit.
- 505. Aujourd'hui, l'hypothèque conventionnelle est spéciale. Il faut qu'elle soit expressément stipulée dans un acte notarié.
- 505 bis. *Quid* des actes administratifs publics? Peuvent-ils contenir stipulation d'hypothèque?
- 506. L'acte sous seing privé ne produit hypothèque que lorsqu'il est reconnu. Il peut être reconnu devant notaire. Le simple dépôt suivi de procès-verbal suffit.
- 507. Du sort de l'hypothèque contenue dans un acte public, *mais non enregistré*.
- 508. Les actes qui liquident une créance indéterminée déjà inscrite ne doivent pas être publics.
- 509. Ainsi le mandataire qui a pris inscription sur les biens du

(3) V. mon Commentaire de la *Prescription*, t. 1 et 2, n° 489 et 826.

mandant pour paiement de ses honoraires, déboursés et avances, n'est pas tenu à prouver ses actes de gestion par des actes publics.

510. On peut constituer hypothèque par procureur. Mais le procureur est-il obligé de montrer une procuration authentique pour que les biens de son mandant soient valablement hypothéqués? Conflit d'opinions. La négative est préférable.

COMMENTAIRE.

503. Caius nous apprend que, chez les Romains, l'hypothèque pouvait être établie verbalement, et que l'écriture n'était employée que pour la preuve. « Et ideò et » sine scripturâ si convenit ut hypotheca sit, et probari » poterit, res obligata erit de quâ conveniunt. Fiunt enim » de his scripturæ, ut quod actum est per eas faciliùs » probari possit. Et sine his autem valet quod actum est, » si habeat probationem (1). »

Néanmoins, on sent qu'entre créanciers du même débiteur, il eût été difficile d'établir quel était celui qui avait pour lui l'antériorité, s'il n'y eût eu que des obligations verbales. Aussi les lois disaient-elles que l'on préférerait le créancier qui aurait un titre passé devant les officiers publics, à celui qui n'en aurait pas, bien que son droit pût être antérieur. Il était aussi préféré à celui qui n'avait qu'un titre sous seing privé d'une date antérieure; car un titre privé ne peut avoir de date certaine ni d'effet contre les tiers qui n'y ont pas été parties. Cependant on assimilait à un écrit authentique l'acte sous seing privé souscrit par trois personnes *integræ opinionis* (2).

M. Grenier (3) paraît croire que depuis la loi 11, au C. *Qui potior*, ce fut une nécessité d'établir l'hypothèque par

(1) L. 4, Dig., *De pignorib. et hyp.* Pothier, Pand., t. 1, p. 557, n° 6.

(2) L. 11, C. *Qui potior*. Tiraqueau, *Retract. convent.*, § 1, glose 7, n° 43. Voët, *De pignorib.* n° 9, Cujas, 8, obs. 13.

(3) T. 1, n° 6.

acte public. Ceci me semble une erreur. L'hypothèque valait toujours entre le créancier et le débiteur, quand même elle eût été consentie sans solennité. Seulement comme de pareilles conventions ne pouvaient être opposées aux tiers, il fut établi que celui qui avait un acte authentique primerait celui qui n'avait qu'un acte privé. Voët expose cet état de choses avec clarté. « *Modum quod* » *attinet ad solemnitatem hypothecæ tùm specialis tùm* » *generalis constituendæ, jure quidem romano, privatâ* » *potuisse auctoritate fieri extrâ dubium est; ut tamen* » *jure potior fuerit habitus creditor, licèt tempore poste-* » *rior, cui publico instrumento, vel privato quidem, sed* » *trium testium fide dignorum subscriptione munito,* » *quàm cui aliâ privatâ scripturâ, testium trium sub-* » *scriptionem non habente, hypotheca constituta erat (1).* » M. Dalloz est tombé dans la même erreur que M. Grenier (2).

Au surplus, il fallait que l'acte authentique, ou bien l'acte privé souscrit de trois témoins, dont on voulait se prévaloir pour prétendre une hypothèque, en portât une convention expresse; mais il ne fallait pas que la convention d'hypothèque fût accompagnée du dessaisissement de la chose hypothéquée, l'hypothèque ne différant du gage que parce que, dans le contrat de gage, le débiteur livrait la chose, au lieu que dans le contrat d'hypothèque il restait en possession (3).

504. En France, sauf quelques exceptions (4), l'hypothèque était censée attachée, de droit, à tout acte authentique; on supposait que les parties en avaient sous-entendu la stipulation, alors qu'elles ne s'en étaient pas expliquées. Cet état de choses paraissait monstrueux au président Favre (5). En effet, ce jurisconsulte ne pouvait

(1) L. 20, t. 1, n° 9.

(2) V° Hyp., p. 194.

(3) *Suprà*, n° 7.

(4) *Infrà*, n° 558.

(5) *De errorib. pragmat. decad. 1.*

se persuader qu'une hypothèque *conventionnelle* pût exister *sans convention*. Mais nos praticiens, appliquant, sans trop la comprendre, la maxime *qui s'oblige oblige le sien*, n'en avaient pas moins fait passer en usage que l'hypothèque était censée avoir été consentie, même dans les contrats où il n'en était pas question, pourvu qu'ils fussent authentiques (1).

Le droit commun de la France était donc que l'hypothèque ne pouvait découler que des actes publics, et je dois remarquer que les actes sous seing privé, quoique revêtus de la signature de plusieurs témoins, ne pouvaient jamais rivaliser avec eux, à moins qu'ils n'eussent été reconnus en justice ou par-devant notaires (2).

505. Le Code Napoléon n'a pas voulu que l'hypothèque conventionnelle fût sous-entendue de plein droit dans tous les actes authentiques. Ce système eût été contraire au principe de spécialité qui fait la base du régime hypothécaire actuel. Comme il est indispensable de désigner les héritages qui seront frappés de l'hypothèque, il s'ensuit que la stipulation d'hypothèque doit toujours être exprimée; ainsi, il y a nécessité d'une convention explicite.

Il faut, de plus, que la convention par laquelle le débiteur accorde une hypothèque à son créancier, soit contenue dans un acte notarié (3), c'est-à-dire, aux termes de la loi du 25 ventôse an xi, dans un acte reçu par deux notaires, ou bien par un notaire et deux témoins. Je renvoie pour les formalités des actes publics à la loi du

(1) Maynard, liv. 3, ch. 2. Basnage, Hyp., ch. 4. Pothier, Orléans, tit. 20, n° 6.

(2) *Infrà*, n° 586.

(3) V. Cassation, 27 août 1844 (Sirey, 44, 1, 740).—Néanmoins, la promesse de consentir une hypothèque, faite par acte sous seing privé, est valable et donne une action tendante à obliger celui qui a fait une telle promesse à la réaliser. Pau, 16 juillet 1852 (Sirey, 52, 2, 417).

25 ventôse an xi sur le notariat, et à l'avis du conseil d'Etat du 20 juillet 1810 (1).

505 *bis*. Un acte authentique, mais qui ne serait pas notarié, par exemple un procès-verbal de conciliation devant un juge de paix, serait insuffisant pour constituer une hypothèque valable (art. 54, Code de procédure civile).

Quid des actes passés par les autorités administratives dans le cercle de leurs attributions ?

La loi du 23 octobre 1790 (2) portait : « Le ministère des notaires ne sera nullement nécessaire pour la pas- sation desdits baux (3) ni pour tous les actes d'admi- nistration. *Ces actes*, ainsi que les baux, seront sujets au contrôle, et *ils emporteront hypothèque et exécution forcée.* »

Cette loi se référerait au principe qui dominait alors et en vertu duquel l'hypothèque générale était attachée de droit et sans convention, à tout acte authentique. Elle n'entendait pas créer une hypothèque légale d'une nouvelle espèce. C'était à titre d'hypothèque conventionnelle sous-entendue, qu'elle faisait sortir de l'acte administratif doué de l'authenticité, la garantie hypothécaire que tous les contrats notariés portaient avec eux. Mais on sait que la loi du 11 brumaire an vii adopta un autre système, celui de l'hypothèque spéciale, et que nul acte authentique ne peut produire à l'avenir hypothèque conventionnelle, qu'autant que cela aurait été expressément convenu.

La loi du 11 brumaire an vii avait été plus loin. Elle avait voulu, dans son art. 3, que l'hypothèque conventionnelle résultât d'un acte notarié. Notre article exige la même condition. De là, la question de savoir si les actes administratifs ont pu désormais contenir stipulation d'hypothèque, et même si de plein droit ils ont continué,

(1) Répert., Acte public.

(2) Art. 14, t. 2.

(3) C'est-à-dire des baux relatifs aux biens nationaux,

malgré l'établissement de la spécialité du régime hypothécaire, à entraîner une hypothèque générale conventionnelle.

Examinons d'abord cette difficulté par rapport aux baux, et commençons par les baux passés par les administrateurs des établissements publics de bienfaisance et autres.

On sait que les corps, communautés et établissements publics, tant ecclésiastiques que laïques, conservés par les lois de la révolution, pouvaient consentir des baux n'excédant pas neuf années, et que ces baux pouvaient être passés aux enchères en présence d'un membre du corps municipal (1). Plus tard, ces formalités furent changées, et le décret du 12 août 1807 voulut que les baux à ferme des hospices et autres établissements publics de bienfaisance ou d'instruction publique fussent faits aux enchères, *par-devant un notaire* désigné par le préfet du département. L'art. 1 ajoute, dans son paragraphe final : « Le droit d'hypothèque sur tous les biens du preneur y » sera stipulé par la désignation, conformément au Code » Napoléon. » Mais quel était, avant la publication de ce décret, l'effet hypothécaire des baux aux enchères passés en présence de l'autorité administrative ? Emportaient-ils, dans l'origine, hypothèque générale, comme les contrats notariés ? Dans le cas d'affirmative, la loi de brumaire an VII, et plus tard le Code Napoléon, ne leur avaient-ils pas enlevé cette vertu comme à tous les contrats ? Ne fallait-il pas que la convention d'hypothèque fût faite par-devant notaire ? Du moins, les baux administratifs ne durent-ils pas contenir mention d'une affectation hypothécaire spéciale en harmonie avec le régime de l'an VII et du Code Napoléon ?

La première de ces questions me paraît peu susceptible de difficulté. La loi du 23 octobre 1790, qui sou-

(1) Répert., v^o Bail, § 18. Lois des 5 novembre 1790, t. 2., article 13, et 5 février 1791.

mettait les actes administratifs au contrôle, et leur donnait hypothèque et exécution parée, y répond d'une manière catégorique. Mais ce qui est plus frappant encore de vérité, c'est que la loi du 11 brumaire an VII, substituant l'hypothèque spéciale conventionnelle à l'hypothèque générale de plein droit, a nécessairement ôté aux actes administratifs dont nous nous occupons toute la puissance d'hypothèque virtuelle et générale que leur donnait la loi de 1790. Assimilés en tout aux actes notariés par cette dernière loi, par quelle anomalie eussent-ils conservé une force hypothécaire que la législation nouvelle enlevait à ceux-ci ?

L'art. 56 de la loi de brumaire an VII ne portait-il pas d'ailleurs cette disposition remarquable : « Les deux lois » du 9 messidor an III, ensemble *toutes les lois, coutumes* » *et usages antérieurs sur les CONSTITUTIONS d'hypothèque* » demeurent abrogés. »

Vainement opposerait-on un avis du conseil d'Etat rendu le 13 août 1807 (le même jour que le décret qui exige le ministère des notaires pour la passation des baux des établissements publics), avis dans lequel on lit : « que les baux précédemment passés aux enchères, soit » devant les autorités administratives, soit devant les » commissions des hospices, étant faits en vertu des lois » existantes, emportent voie parée et *donnent hypothèque* » *sur les immeubles* (1). Mais il faut faire attention que le conseil d'Etat suppose évidemment que les baux en question contiennent une convention expresse d'hypothèque. C'est ce qui résulte de la conclusion à laquelle il arrive. « *En conséquence, toutes les inscriptions faites en vertu* » *des expéditions desdits baux doivent avoir leur effet,* » *comme si ces actes eussent été faits par-devant notaire.* » Il suit de cette assimilation du bail administratif à l'acte notarié, que le conseil d'Etat reconnaît implicitement la

(1) Voyez-le dans M. Grenier, t. 1, n° 11, et dans M. Pailloz, Hyp., p. 195.



modification apportée à la loi du 23 octobre 1790 par la loi du 11 brumaire an VII. C'est; du reste, ce qui a été décidé par arrêt de la Cour de cassation du 3 juillet 1817 (1), et par un arrêt de la cour de Bruxelles du 27 août 1807 (2). Je m'étonne qu'une décision contraire ait été rendue par la cour de Paris (3).

Reste à savoir si la stipulation d'hypothèque a pu être légalement formée par une convention contenue dans des baux passés dans la forme administrative autorisée et seule pratiquée avant le décret du 12 août 1807. Le doute vient de ce que la loi du 11 brumaire an VII voulait que l'hypothèque conventionnelle résultât d'un acte notarié, et que l'art. 2127 du Code Napoléon, plus explicite encore, n'accorde restrictivement la puissance hypothécaire qu'à l'acte notarié. La Cour de cassation n'a pas voulu trancher la difficulté lors de son arrêt du 3 juillet 1817. Mais on a vu que le conseil d'Etat n'hésitait pas à décider que l'on avait pu déposer une convention valable d'hypothèque dans l'acte de bail légalement passé dans les formes administratives et sans ministère de notaire (4).

Comment concilier cependant cette interprétation avec la loi de l'an VII, et surtout avec l'art. 2127 du Code Napoléon, qui, statuant en termes prohibitifs, ne se con-

(1) Dalloz, Hyp. p. 169.

(2) Sirey, 7, 2, 342.

(3) Arrêt du 6 messidor an X (Sirey, 3, 2, 463. Dalloz, Hyp., p. 196).

(4) Décision conforme du ministre de la justice, en date du 27 messidor an 7 (Sirey, VII, 2, 342). Il disait : « Il aurait été sans doute à désirer que la loi du 11 brumaire an VII se fût expliquée positivement sur ce point, au lieu de ne faire mention que des créances résultant d'actes notariés. Mais il est évidemment dans le vœu de la loi de ne point refuser à des actes passés par des corps administratifs pour des objets de leur compétence toute l'authenticité et la force qu'elle reconnaît à ceux des notaires et des tribunaux. » Mais le ministre de la justice aurait-il pu en dire autant du Code Napoléon, dont l'art. 2127 est tout à fait exclusif, et parle bien plus énergiquement que la loi de l'an VII ?

tente pas d'un acte authentique, mais exige impérieusement que l'authenticité vienne du ministère du notaire? La difficulté d'opérer cette conciliation redouble surtout si l'on compare l'affectation de ces deux lois à ne parler que des actes notariés, avec l'art. 17 de la loi du 9 messidor an III, qui permettait de faire découler l'hypothèque de tout *acte public de la juridiction volontaire ou contentieuse!* Et comme ce dernier système a été abrogé en termes exprès par l'art. 56 de la loi du 11 brumaire an VII, il me paraît évident dès lors qu'il a été dans la pensée des lois nouvelles d'enlever aux autorités administratives le droit de recevoir des conventions d'hypothèque. Le décret du 12 août 1807 a même reconnu d'une manière implicite ce grave changement, puisqu'il renvoie aux notaires la réception des baux et les stipulations hypothécaires qu'il peut être utile d'y insérer. Or, quelle autorité peut avoir contre cette induction, fortifiée par la lettre du Code, un avis du conseil d'Etat qui n'a pas été inséré au Bulletin des Lois?

Ira-t-on chercher un argument dans l'art. 1712 du Code Napoléon, qui décide que les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établissements publics sont soumis à des règlements particuliers? Mais qu'importe cet article? Qui songe à contester ses réserves? Quelle influence peuvent-elles avoir sur la constitution d'hypothèque, droit spécial réglé par un titre du Code Napoléon tout différent du titre du bail? Que les baux énumérés dans l'art. 1712 se singularisent par des anomalies, nous l'accordons! Mais est-ce à dire que les constitutions d'hypothèque qui intéressent les communes, la nation, les hospices, soient hors du droit commun? Ne serait-ce pas fausser les lois du raisonnement que d'argumenter du cas du bail au cas d'hypothèque? Au surplus, faisons attention que lorsque l'art. 1712 du Code Napoléon a été édicté, la loi du 11 brumaire an VII avait déjà opéré une révolution et produit tous ses effets, et qu'il n'est pas présumable que l'art. 1712 ait voulu faire

allusion à un ordre de choses ruiné. Enfin, pour que l'article 2127 et la loi de l'an VII pussent se plier au sens que leur a prêté l'avis non officiel du conseil d'Etat, il faudrait qu'ils continssent cette restriction significative qu'on lit dans l'art. 1248 du Code hollandais. « L'hypothèque » ne peut être consentie que par acte notarié, *excepté dans les cas où la loi indiquera expressément un autre mode de l'établir* (1). • Mais où trouver, dans nos lois françaises, une disposition équivalente à celle-ci (2) ?

Ce que je viens de dire des baux des établissements publics s'applique aux baux des biens domaniaux dont la forme est réglée par l'art. 14 du t. 2 de la loi du 28 octobre 1790. Plus d'hypothèque générale attachée de plein droit aux baux passés par l'administration pour ces sortes de biens : la spécialité s'y oppose. Plus de possibilité de stipuler une hypothèque conventionnelle dans des baux administratifs : l'art. 2127 y met obstacle par ses dispositions restrictives. Le ministère des notaires est désormais nécessaire pour ajouter l'hypothèque à un contrat de bail résultant d'un acte de l'administration.

Ces actes ne sont pas les seuls que l'administration a le droit de faire, et qui, quoique authentiques, sont cependant impuissants pour donner à une convention hypothécaire un caractère de validité. Par exemple, un décret du 20 mai 1811 (3) décide qu'un acte de remplacement fait par un préfet, dans lequel un sieur Boursier s'était engagé à payer au sieur Roulot une somme de 4,400 fr., pour sûreté de laquelle Boursier avait hypothéqué une maison sise à Paris, ne donnait à Roulot aucun droit hypothécaire; que, pour acquérir hypothèque conventionnelle, ce dernier aurait dû faire passer l'acte dont il s'agit devant notaire. Je ne sais si ce décret est

(1) *Revue étrangère*, t. 1, p. 648.

(2) Je reviens sur ce point dans mon *Commentaire du Louage*, n° 72, où je combats l'opinion contraire de M. Duranton, t. 17, n° 41.

(3) *Bulletin des Lois*, t. 7, 4^e série, p. 2.

dû à une des lueurs passagères de légalité qui, quelquefois, portaient Napoléon à comprimer la tendance envahissante de son administration. Quoi qu'il en soit, cet acte demeure; il nous appartient, et nous y voyons la preuve de tout ce qu'il faut rabattre de cet art. 44 du t. 2 de la loi du 28 octobre 1790, qui voulait que *les actes administratifs* eussent la même puissance que les actes notariés.

Reste l'examen d'une dernière question : c'est celle qui consiste à savoir si les marchés passés par les autorités administratives avec les entrepreneurs, marchands, ouvriers et fournisseurs, produisent hypothèque sur les biens de ceux-ci. Voyons, avant tout, le texte de la loi qui sert de base aux prétentions de l'administration pour échapper à l'art. 2127 du Code Napoléon. La loi du 4-9 mars 1793 est ainsi conçue : « Art. 3. Quoique les marchés » (avec les entrepreneurs, marchands, ouvriers et fournisseurs) soient passés par des actes sous signatures » privées, la nation aura néanmoins hypothèque sur les » immeubles appartenant aux fournisseurs et à leurs cautionnements, à compter du jour où les ministres auront » accepté les marchés. » Ainsi, d'après cette disposition, l'Etat avait une hypothèque générale de plein droit par la force de l'acceptation ministérielle qui donnait au marché son authenticité : c'était la reproduction du système déjà consacré par l'art. 14 du t. 2 de la loi du 28 octobre 1790. Dès lors il semble que la loi du 11 brumaire an VII et le Code Napoléon aient dû l'entraîner dans le même néant que celui-ci. Néanmoins la cour de Paris a cru pouvoir décider, par arrêt du 29 mars 1830 (1), que l'adjudication de travaux de construction, passée par le préfet du Bas-Rhin à un sieur Duplan, emportait *privilege ou simple hypothèque non déterminée*, et que le Code Napoléon, loin d'ébranler la loi du 4-9 mars 1793, en avait au contraire confirmé les dispositions par son art. 2098.

(1) Sirey, 50, 2, 230.

Mais je crois qu'il est difficile de trouver un arrêt où les vrais principes de la matière soient plus ouvertement méconnus. On demande à la cour impériale de Paris si l'hypothèque dont parle la loi de 1793 a été abolie par les lois subséquentes, et elle va chercher sa réponse dans l'art. 2098, qui n'est relatif qu'aux *privilèges*, qui ne réserve les droits du Trésor que pour *les privilèges*. C'est la première fois peut-être qu'il est arrivé de confondre deux droits aussi distincts que l'hypothèque et le privilège. Et où donc la cour impériale de Paris a-t-elle vu que la loi de 1793 parle de privilège? Depuis quand est-il permis de mettre sur la même ligne et d'unir comme équipollents *un privilège et une simple hypothèque non déterminée*?

Le privilège écarté, et en se renfermant dans le cercle d'une simple hypothèque, voici, si j'en me trompe, ce que la cour impériale de Paris aurait dû voir. De deux choses l'une : ou la loi de 1793 a voulu donner à l'Etat une hypothèque légale sur les biens des fournisseurs, ou elle n'a entendu qu'attribuer à l'acceptation ministérielle les effets hypothécaires que tous les actes authentiques produisaient alors. Dans le premier cas, sa disposition est abolie par l'art. 2121 du Code Napoléon, qui ne donne d'hypothèque légale à l'Etat que sur les biens des comptables (1). Dans le second cas, qui est le plus probable, la spécialité a anéanti les hypothèques non déterminées attachées de plein droit par l'ancienne jurisprudence à toutes les conventions authentiques.

Mais que devrait-on décider si le marché passé par le préfet contenait une stipulation d'hypothèque spéciale? La Cour de cassation a décidé, par arrêt du 12 janvier 1835 (2), portant cassation d'un arrêt de Pau du 6 juin 1832 (3), qu'une telle constitution d'hypothèque

(1) *Suprà*, n° 430.

(2) Sirey, 35, 1, 13.

(3) Sirey, 32, 2, 572. Dall., 33, 2, 95.

est valable. Il s'agissait dans l'espèce d'une adjudication, faite en la forme administrative, des travaux à faire au lazaret de Bayonne. L'adjudicataire, par acte sous seing privé passé avec le préfet, avait déclaré hypothéquer différents immeubles pour garantie de l'exécution de ses obligations. L'arrêt de la Cour de cassation est ainsi conçu : « Vu l'art. 14 de la loi du 28 novembre 1790, les art. 1 » et 3 de la loi du 4 mars 1793, et les art. 2127, 2132 du » Code Napoléon ;

« Attendu que de la combinaison des lois ci-dessus vi- » sées, il résulte que le ministère des notaires n'est point » nécessaire pour les marchés passés avec l'administra- » tion, et que les actes administratifs contenant les stipu- » lations relatives auxdits marchés portent hypothèque ;

« Attendu que, dans l'espèce, il s'agit de la validité » d'une inscription prise par le préfet du département » des Basses-Pyrénées, au sujet de l'adjudication faite au » sieur Romain Lagarde, pour la construction d'un laza- » ret maritime à Bayonne, suivant sa soumission accep- » tée par le conseil de préfecture de ce département ; » qu'ainsi sous ce premier rapport, quoique l'acte ne » soit pas notarié, *il est hors de doute que l'inscription est » valable;.... CASSE.* »

Cet arrêt a d'abord un grand défaut, c'est qu'il répond aux arguments serrés et pressants de l'arrêt de la cour de Pau par une pétition de principe. La Cour de cassation a beau dire, pour colorer probablement l'exiguïté de ses motifs, que l'opinion qu'elle consacre *est hors de doute*. C'est là une assertion, et non pas une excuse ; car la question est vivement controversée, comme le prouve l'arrêt de la cour impériale ; et d'ailleurs la Cour de cassation, qui ne doit sa haute considération qu'à ses hautes lumières, sait mieux que personne que, dans notre siècle, l'autorité ne se conquiert que par la raison, et que la raison, toute puissante qu'elle est, doit se donner la peine de prouver ce qu'elle avance, sous peine de trouver des incrédules.

La Cour de cassation se borne donc à affirmer que le ministère des notaires n'est pas nécessaire pour les marchés passés avec l'administration ; et, ce qui me paraît fort, elle asseoit cette proposition sur la conciliation de la loi de 1790 avec l'art. 2127 du Code Napoléon. Mais ce qu'elle appelle une *combinaison* de ces deux lois n'est autre chose qu'un pêle-mêle des dispositions les plus hétérogènes, et un démenti donné à l'art. 2127. Comment donc ! cet art. 2127 décide que l'hypothèque conventionnelle *ne peut être consentie* que par un acte notarié, et l'on prétendra faire valoir à sa face des hypothèques consenties par acte non notarié ! On maintiendra sans modification la loi de 1790, et l'on ne conviendra pas qu'au moins, en ce qui concerne les stipulations d'hypothèque, les marchés passés par l'Etat avec ses entrepreneurs et fournisseurs doivent être notariés ! On ne voudra tenir nul compte ni du langage restrictif du Code Napoléon, seule loi complète et vivante sur la constitution de l'hypothèque, ni de l'art. 2115, qui n'admet l'hypothèque que lorsqu'elle se présente avec les formes voulues par la loi ! Il faudra laisser inaperçues ces paroles énergiquement prohibitives de l'art. 2127, lorsqu'on sait cependant qu'à l'époque où elles ont été formulées, la question actuelle était déjà pendante, et que les ministres prétendaient que la loi du 11 brumaire an VII était trop vague pour la faire décider contre l'administration ! Eh bien ! je le demande, y a-t-il de l'amphibologie dans l'art. 2127 ? Parle-t-il d'une manière énonciative des actes notariés comme l'art. 2 de la loi de brumaire an VII ? Pourquoi sa pensée est-elle exprimée d'une manière plus sévère ? Y avait-il des actes non notariés autres que ceux de l'administration qui prétendissent à l'hypothèque ? N'est-il pas certain que les contrats administratifs étaient les seuls à vouloir rivaliser avec les actes notariés ? Dès lors, n'est-il pas clair qu'en se renfermant dans une formule absolue et exclusive, l'article 2127 a voulu précisément et hautement condamner l'opinion de l'administration et mener à l'unité la constitution de l'hypothèque ?

Telle est mon opinion. J'y persiste, non par une obstination mesquine, mais parce que les raisons qui entraînent ma conviction ne sont pas même effleurées par la décision de la Cour de cassation. Je ne change pas au gré d'un arrêt, surtout lorsque cet arrêt est vide de motifs.

506. Quant aux actes sous seing privé qui concèdent hypothèque, ils sont destitués d'effet. Ils ne peuvent servir de base à une inscription, qu'autant qu'ils ont été reconnus en jugement. Mais alors l'hypothèque qui les accompagne est plutôt une hypothèque judiciaire (1) qu'une hypothèque conventionnelle.

On demande si, lorsque la reconnaissance de l'acte sous seing privé se fait par-devant notaire, lorsque, par exemple, les parties déposent chez un notaire l'acte sous seing privé, et qu'il en est dressé procès-verbal, cet acte sous seing privé devient authentique, et peut produire hypothèque.

L'affirmative n'est pas douteuse. Voici, en effet, ce qu'on lit dans la discussion qu'a subi au conseil d'Etat l'art. 2127 (2).

« M. Duchâtel demande qu'on attribue à la reconnaissance de la signature, lorsqu'elle est faite devant notaires, la même force que lorsqu'elle est faite en jugement.

» M. Berlier dit qu'il n'y a point de motif pour admettre cet amendement. En effet, s'il s'agit d'un titre sous seing privé, dont la reconnaissance ait été poursuivie en justice, l'art. 2125 y pourvoit. L'hypothèque en ce cas devient judiciaire. Si, au contraire, il s'agit d'un titre sous seing privé, que toutes les parties intéressées aient porté à un notaire pour lui donner la forme authentique par la transcription, l'annexe, ou une nouvelle rédaction, l'article en discussion suffit. Car l'acte notarié donne ouverture à l'hypothèque, et

(1) *Suprà*, n° 445.

(2) Procès-verbal de la séance du 5 ventôse an xii.

» dès ce moment elle peut être acquise, en observant les formalités prescrites par la loi.

» M. Treilhard dit que les actes sous seing privé de viennent des actes devant notaires, pourvu que la reconnaissance ait lieu de la part de ceux contre qui elle fait preuve. S'ils n'étaient déposés que par l'une des parties, à moins que ce ne fût le débiteur, la reconnaissance ne serait pas complète.

» L'article est adopté. »

C'est en effet ce qui avait lieu dans l'ancienne jurisprudence. On y regardait comme authentiques les actes sous seing privé *reconnus* devant notaires par le débiteur. Ils produisaient hypothèque du jour de la reconnaissance (1). On doit dire la même chose du cas où l'acte a été, non pas reconnu, mais déposé chez un notaire du consentement des parties. Il y a alors reconnaissance implicite. Cette vérité si palpable a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation (2) du 11 juillet 1815. M. Merlin en rapporte l'espèce (3) et en approuve la décision. M. Grenier l'adopte également (4), et je ne puis concevoir que quelques auteurs (5) y aient trouvé des difficultés. La question s'est présentée à la cour de Caen dans une espèce où le dépôt avait été fait chez un notaire par le créancier seul, mais par suite d'une clause de l'acte sous seing privé portant : « Pour le reconnaître et déposer devant notaires et le faire revêtir des formalités voulues par la loi, les parties se donnent réciproquement pouvoir, *en présence comme absence*, sans qu'il soit besoin d'intimation. » Ainsi le créancier avait été le mandataire du débiteur pour opérer ce dépôt. Par arrêt du 22 juin 1824 (6), la cour de Caen décida que le

(1) Basnage, Hyp., ch. 12. Pothier, Orléans, t. 20, n° 13.

(2) Dalloz, Hyp., p. 200.

(3) Répert., t. 16. Hyp., p. 404.

(4) T. 1, nos 67, 68.

(5) M. Paillet, sur l'art. 2127. M. Delvincourt, t. 3, p. 159.

(6) Dalloz, 25, 2, 112. — V. encore Cassation, 15 février 1832 (Sirey, 32, 1, 792).

dépôt était valable et que l'acte était authentique et suffisant pour donner existence à l'hypothèque. Les motifs de cet arrêt sont péremptoires, et, quoi qu'en dise M. Dalloz (1), la décision me paraît devoir être approuvée.

507. Quel serait le sort d'une hypothèque consentie dans un acte notarié, mais non enregistré dans les délais ?

Cette question divise les auteurs.

MM. Merlin (2) et Grenier (3) sont d'avis que l'acte notarié, qui n'est pas enregistré dans les délais, ne peut valoir que comme acte sous seing privé, et qu'il n'a fixé de date et ne produit hypothèque qu'à compter du jour de l'enregistrement.

Ils se fondent sur l'art. 9 de la loi du 5 décembre 1790, relative à l'organisation de l'enregistrement; cet article est ainsi conçu : « A défaut d'enregistrement dans les délais fixés, un acte passé devant notaires ne pourra valoir que comme acte sous seing privé. L'acte, ayant reçu la formalité omise, acquerra la fixité de la date et l'hypothèque, à compter du jour de l'enregistrement. »

Ce qui était conforme à l'édit du mois de mars 1693, qui (dit son préambule) avait organisé le contrôle, pour constater la date des actes et leur donner plus de force et d'authenticité (4). Néanmoins il faut dire que, sous l'empire de cet édit, plusieurs auteurs voulaient que le contrôle, en quelque temps qu'il fût fait, produisît effet rétroactif, et que l'hypothèque remontât au jour de l'acte (5).

Mais l'opinion de MM. Merlin et Grenier est combattue

(1) Hyp., p. 194, n° 6.

(2) Rép., Enreg., § 4, et t. 16, Hyp., p. 406.

(3) Hyp., t. 1, n° 17.

(4) Dalloz, Enregist., p. 1, n° 1.

(5) D'Héricourt, ch. 11, sect. 2, n° 37. Soutlages, Hyp., p. 56. M. Grenier, *loc. cit.*

par M. Favard de Langlade (1), par les auteurs du Dictionnaire de l'enregistrement (2), par M. Rolland de Villargues (3), et par M. Dalloz (4). Deux arrêts l'ont même condamnée, l'un de la Cour de cassation du 23 janvier 1810 (5), l'autre de la cour de Bourges du 17 mai 1827 (6), qui est motivé avec force et qui discute la question avec étendue (7).

Ce second sentiment me paraît préférable. En effet, la loi de 1790 a été abrogée par la loi du 22 frimaire an VII, qui s'est contentée de soumettre à une amende le notaire coupable du défaut d'enregistrement dans les délais prescrits. C'est le motif donné par l'arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 1810. Mais il faut entrer dans quelques développements pour prouver cette vérité.

La loi de 1790 avait entendu faire de l'enregistrement une mesure qui ne fût pas absolument fiscale. Elle avait voulu qu'il servît « à constater les dates, l'ordre » des hypothèques, les nuances des conventions, les époques » et les conditions de la propriété; enfin qu'il imprimât » un caractère inaltérable, en fixant les volontés et en » garantissant la fidélité réciproque » (8). C'est pourquoi l'art. 2 portait : « Les actes des notaires et les exploits » des huissiers seront assujettis, dans toute l'étendue du » royaume, à un enregistrement, pour assurer leur existence et constater leur date. »

(1) Rép., acte notarié, § 1, n° 3.

(2) V° Acte, p. 33.

(3) Jurisprudence du notariat, 1828, p. 147.

(4) Hyp., p. 196, n° 16.

(5) Je ne l'ai pas trouvé dans l'ouvrage de M. Dalloz. M. Rolland de Villargues le rapporte dans sa Jurisprudence du notariat, p. 148.

(6) Rolland de Villargues, *loc. cit.*, 1829, p. 641, 642, 645 (Sirey. 29, 2, 109).

(7) Dans le même sens, autre arrêt de la cour de Toulouse du 12 décembre 1835 (Dalloz, 36, 2, 95; Sirey, 36, 2, 432).

(8) Rapport fait à l'assemblée constituante par le comité, le 24 novembre 1790.

On a vu que c'était aussi sous prétexte *d'assurer la date des actes*, que l'édit de 1693 avait fait du contrôle une formalité indispensable dans l'ancien régime. Cet édit avait presque opéré une révolution. Il avait soulevé une foule d'oppositions. Plusieurs villes, plusieurs provinces avaient obtenu ou *gratuitement* ou moyennant finance d'en demeurer affranchies. On peut citer la Flandre, le Hainaut, le Cambrésis, l'Artois, l'Alsace, et surtout la ville de Paris (1). On voit, par le rapport du comité d'imposition de l'Assemblée constituante, avec quelle opiniâtreté les notaires de Paris s'opposèrent à la formalité de l'enregistrement, à laquelle l'Assemblée voulait les soumettre comme les autres notaires de France; mais leurs réclamations ne furent pas écoutées, et la loi de 1790 les assujettit au principe d'uniformité qui dominait tout, dans la législation régénérée de la France.

L'enregistrement fut donc invoqué comme mesure tendant à fixer *la date des actes*; la main du notaire ne suffisait pas. Aussi, lorsque l'Assemblée constituante organisa le notariat, dans sa définition des fonctions des notaires, elle se borna à dire que ces officiers imprimaient à l'acte *l'authenticité*, sans parler de la date. « Il » sera établi dans tout le royaume des fonctionnaires » publics chargés de recevoir tous les actes, et de leur » donner le caractère *d'authenticité* attaché aux actes publics (2). »

Quoi qu'il en soit, il me semble que la loi de 1790 ne faisait autre chose que colorer une mesure fiscale par un faux prétexte d'utilité, lorsqu'elle disait que l'enregistrement donnait aux actes publics la fixité de la date. Elle exigeait, en effet, que l'acte notarié fût présenté à l'enregistrement dans les dix jours *qui suivront la date* (art. 8), et l'on sait que si cette présentation était faite,

(1) Répert., v° Enregistrement.

(2) Loi du 6 octobre 1791.

l'acte prenait rang et date, non du jour de l'enregistrement, mais du jour de la date apposée par le notaire (1). Dès lors, quelle garantie cet enregistrement offrait-il contre les antidates? Qui répondait que le notaire n'avait pas choisi une date plutôt qu'une autre? Combien d'antidates possibles dans ce laps de dix jours, qui était porté à vingt pour les lieux qui n'étaient pas le siège d'un bureau? Quand la loi dit que les actes sous seing privé n'ont de date certaine que du jour de l'enregistrement, je vois alors une règle précise, appliquée logiquement et arrivant aux résultats auxquels elle tend. L'enregistrement est tout, le dire des parties n'est rien, quant à la date. Mais on me dit qu'un acte, pourvu qu'il soit enregistré dans les dix jours, prendra date de l'époque indiquée par le notaire, et non pas de l'époque de l'enregistrement, je ne conçois plus que l'enregistrement soit un moyen de *constater la date*.

La loi du 22 frimaire an VII, qui a refondu toutes les lois antérieures sur l'enregistrement, n'a pas répété les dispositions de la loi de 1790, dont je viens de parler. Faut-il s'étonner qu'elle soit rentrée dans le vrai, en mettant de côté ce charlatanisme de fixité de dates, qui n'était que dans les mots?

L'art. 73 de cette loi a même abrogé d'une manière générale et absolue la loi de 1790. Il porte : « *Toutes les lois rendues sur les droits d'enregistrement, et toutes dispositions d'autres lois y relatives sont abrogées.* »

MM. Merlin et Grenier font ici une objection que la cour de Grenoble traite de *subtilité dénuée de tout fondement raisonnable*. Ils disent : L'art. 73 n'a abrogé que ce qui était relatif *aux droits* d'enregistrement, mais non à la formalité elle-même; il n'a parlé que de ce qui, dans les lois précédentes, était purement fiscal; il laisse subsister tout ce qui y est étranger.

(1) Arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} brumaire an XIII. Dict. de l'Enreg., v^o Acte.

Cette objection tombe devant les termes de la loi de l'an VII, qui abroge non certaines dispositions des lois *rendues sur les droits d'enregistrement*, mais les lois elles-mêmes, dans leur entier et dans toutes leurs parties, afin qu'il n'y ait plus qu'un Code de l'enregistrement, renfermé dans la loi nouvelle. Or, la loi de 1790 est une loi *sur les droits d'enregistrement*. Lorsque la commission des impositions de l'Assemblée constituante présenta le projet qui devint depuis la loi de 1790, elle dit dans son rapport : « C'est d'après ces réflexions que nous avons » rédigé le projet de décret que nous vous soumettons » *sur les droits* appelés si improprement domaniaux. » Et ce projet porte l'intitulé suivant : « *Projet de décret sur* » *le DROIT d'enregistrement des actes civils et judiciaires, et* » *des titres de propriété.* »

Ouvrons, d'ailleurs, la loi de 1790 elle-même : dans son art. 1^{er}, elle abroge *les droits de contrôle* et tous autres de même nature.

Dans l'art. 2, elle établit la formalité de l'enregistrement, et ajoute : « A raison de cette formalité, il sera » payé *un droit dont les proportions seront réglées ci-* » *après.* »

Dans l'art. 3, elle divise les actes de propriété en trois classes pour la perception *du droit d'enregistrement*.

Les art. 4 et 5 déterminent les bases *du droit d'enregistrement* sur ces différents actes.

L'art. 6 impose deux fois la somme *du droit* sur la valeur des objets omis dans les déclarations des parties.

L'art. 7 indique sur quelles classes et sections du tarif *la somme du droit sera réglée*.

Les art. 8 et 9 indiquent dans quels délais les actes doivent être présentés à l'enregistrement ; ils déterminent des peines contre les actes dont l'enregistrement a été retardé, et aussi des peines contre les officiers retardataires, et les notaires sont astreints à payer *deux fois les droits* ; d'où il suit que cet art. 9 dont s'appuyent

MM. Merlin et Grenier, aboutit positivement à une disposition *sur les droits d'enregistrement!!*

L'art. 10 s'occupe des *droits* sur les actes *judiciaires*.

Puis viennent plusieurs dispositions sur les droits auxquels sont assujettis les actes sous seing privé, sur les déclarations de succession, sur l'établissement des bureaux pour l'enregistrement, sur la prescription des actions en supplément *de droits* ou en restitution *de droits*, et l'on arrive à l'art. 21 portant : « La perception *des droits d'enregistrement réglés par le présent décret et par le tarif annexé* n'aura aucun effet rétroactif. »

L'article final s'occupe de « *l'introduction et de l'instruction des instances relatives à la perception des droits d'enregistrement.* »

Et c'est en présence de pareilles dispositions, qu'on viendrait soutenir que la loi de 1790 n'est pas essentiellement et fondamentalement *une loi rendue* (comme le dit l'art. 73 de la loi du 22 frimaire an VII) *sur les droits d'enregistrement!!!*

Cette loi est donc abrogée, et aucune de ses parties ne doit survivre à la disposition générale de la loi de l'an VII, qui abroge tout ce qui est « *loi rendue sur les droits d'enregistrement.* » La loi de 1790 est un corps complet où tout se lie, où la matière est organisée dans un esprit homogène. De deux choses l'une : ou elle n'est pas abrogée du tout, ce que personne n'oserait prétendre, ou elle est abrogée dans son entier.

Mais comparons l'art. 9 de la loi de 1790, avec les articles correspondants de la loi du 22 frimaire an VII.

Cet article, partant du principe posé dans l'art. 2 et rappelé ci-dessus, disait que l'acte non enregistré dans les délais fixés *ne vaudrait que comme acte sous seing privé*, que le notaire serait responsable de l'omission envers les parties, et qu'il payerait le double droit ; que cependant l'acte, ayant reçu après coup la formalité requise, acquerrait fixité de date et hypothèque à compter du jour de l'enregistrement.

Puis venait un paragraphe relatif aux actes d'huissiers. Ils sont *déclarés nuls* à défaut d'enregistrement, et les huissiers sont condamnés à une amende de 10 fr. pour chaque exploit non enregistré.

Les auteurs de la loi du 22 frimaire an VII se sont occupés de la sanction pénale des dispositions qu'ils ordonnaient dans les art. 33, 34 et suivants.

L'art. 34 est relatif aux huissiers ; il leur impose une amende de 25 fr., et, de plus, une somme équivalente au montant du droit de l'acte non enregistré. Puis, il s'arme des mêmes rigueurs que l'art. 8 de la loi de 1790, et il *déclare nuls* l'acte et le procès-verbal non enregistrés dans les délais. Voici donc l'art. 8 de cette loi reproduit dans la loi nouvelle. Le législateur de l'an VII l'avait sous les yeux ; il y a puisé sa règle de conduite, en ce qui concerne les huissiers.

En a-t-il été ainsi à l'égard des notaires ? Nullement. Ici, le législateur abandonne tout à fait les errements de l'art. 8, et, dans son art. 33, il se borne à condamner ces officiers ministériels à une amende et au paiement du droit ; mais il ne dit plus que l'acte non enregistré ne vaudra que comme acte privé, et qu'il n'acquerra fixité de date et hypothèque que du jour de l'enregistrement tardif. Pourquoi donc cette imitation de la loi de 1790 en ce qui concerne les huissiers, et cette dissemblance en ce qui concerne les notaires ? N'est-il pas clair que le nouveau système rejette les principes de l'ancien sur la valeur de l'enregistrement, quant à la fixité des dates des actes notariés ? Il me semble impossible de rien répondre de concluant à un rapprochement aussi frappant.

Veut-on maintenant savoir la cause de ce changement de système ?

D'abord il n'était pas exact de dire, comme le faisait la loi de 1790, que l'enregistrement donnait aux actes notariés la fixité de la date ; j'ai prouvé ci-dessus que les

dispositions de cette loi étaient en opposition avec ses promesses.

De plus, nous avons vu tout à l'heure que les auteurs de la loi de 1790 avaient appelé à leur secours la formalité de l'enregistrement *pour constater l'ordre des hypothèques*. Mais tout cela était devenu inutile par la loi du 11 brumaire an VII, qui avait réorganisé le régime hypothécaire, et qui avait voulu que l'hypothèque fût toujours spéciale, et que *l'ordre des hypothèques dépendît de l'ordre des inscriptions*.

Enfin la crainte des antedates, qui avait servi de thèse au législateur de 1790, devait beaucoup moins frapper les auteurs de la loi du 22 frimaire an VII, puisque la loi du 11 brumaire de la même année faisait dépendre les transmissions de propriété, non pas du jour des actes notariés, mais du jour de la transcription de ces actes dans les bureaux du conservateur.

Sous tous ces rapports, les peines portées par la loi de 1790 devenaient donc inutiles et gênantes, et l'on conçoit qu'elles aient été abrogées.

Aussi voyez la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat.

« Les notaires, dit-elle, sont des fonctionnaires publics
 » établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels
 » les parties doivent ou veulent faire donner le caractère
 » d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique,
 » et pour *en assurer la date*, en conserver le dépôt, en
 » délivrer des grosses et des expéditions. »

Ainsi, la date d'un acte ne dépend plus de son enregistrement : c'est le notaire qui, par le caractère dont il est revêtu, assure aux dates leur fixité. Voilà donc la loi de 1790 abrogée par la loi du 25 ventôse an XI, comme elle l'avait été par la loi du 22 frimaire an VII, et ces deux dernières lois se rencontrent dans le même système. Notez que les expressions de la loi de l'an XI sont d'autant plus remarquables qu'elles ajoutent à la loi de 1791 sur le notariat, qui se taisait sur la fixité des dates apposées par les notaires ; car elle s'en rapportait au

principe posé dans les art. 2 et 8 de la loi de 1790. La démonstration est donc maintenant complète.

Il ne faut pas se le dissimuler, au surplus, les dispositions relatives à l'enregistrement (dont je ne veux pas nier l'utilité sous d'autres rapports) n'ont jamais été un préservatif contre les antيدات, puisque l'enregistrement opéré en temps utile a toujours produit un effet rétroactif à la date apposée par le notaire. Le véritable remède contre les antيدات est dans les répertoires que tiennent les notaires, et sur lesquels ils doivent inscrire jour par jour, sans blanc ni interligne, les actes qu'ils reçoivent (1). C'est ce que disait Loyseau, en se plaignant des inconvénients qui résultaient, de son temps, de l'oubli où était tombée l'ordonnance de 1535, qui prescrivait la tenue de pareils répertoires. Après avoir rappelé des exemples d'antيدات et de faux, il ajoutait (2) : « Pour donc obvier à ces deux méchancetés, à » sçavoir de l'antيدة, et du changement de la feuille » du milieu..., il serait très-nécessaire de renouveler les » ordonnances qui enjoignent aux notaires de faire des » registres continus. »

Concluons de tout ceci que l'hypothèque doit toujours remonter à la date de l'acte public, pourvu que, dans un délai quelconque, cet acte soit présenté à l'enregistrement, et que dès lors l'inscription prise avant l'enregistrement (ce qui pourrait arriver dans le cas d'une fausse mention de l'enregistrement) doit produire tout son effet.

508. J'ai dit ci-dessus (3) que l'on peut prendre inscription en vertu d'une convention conditionnelle, et quoique le montant de l'obligation ne soit pas encore liquidé.

J'ai cité pour exemple le cas d'un particulier qui s'est obligé de fournir à un manufacturier des matières brutes,

(1) Art. 49 de la loi du 22 frimaire an VII. Art. 14 de la loi de 1790, sur l'Enregistrement. Ordonn. de 1535.

(2) Off., liv. 2, ch. 5, n^{os} 73, 74, 75.

(3) N^{os} 471 et suiv., 476, etc.

lesquelles matières le manufacturier s'est obligé de son côté à fabriquer pour le compte de ce propriétaire, en lui donnant une hypothèque sur ses biens pour une somme déterminée. J'ai dit que quoique cette convention dépendît des livraisons ultérieures à faire par le propriétaire, elle était obligatoire à l'égard du manufacturier.

Mais j'ai annoncé au n° 477 que les auteurs n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si le propriétaire devait justifier ses fournitures par des quittances authentiques ou par des actes sous seing privé.

M. Persil pense que des quittances par acte public sont nécessaires (1). M. Merlin est d'avis que des quittances sous seing privé suffisent, et l'on peut voir que M. Grenier, malgré ses incertitudes, est enclin à suivre cette seconde opinion.

Je pense qu'on doit la préférer.

Il faut distinguer ici deux choses : l'acte qui constitue l'hypothèque et l'acte qui liquide la créance.

L'acte constitutif de l'hypothèque doit être authentique, et cela a eu lieu dans l'espèce proposée.

Mais pourquoi la même condition serait-elle exigée pour la liquidation de la créance ? La loi ne la requiert pas.

Les tiers pourraient-ils se plaindre ? mais sur quoi donc seraient fondées leurs doléances ? L'inscription leur a fait connaître l'acte authentique, qui est la cause efficiente de l'hypothèque ; ils ont pu apprécier l'importance des obligations dans lesquelles leur débiteur se trouvait déjà engagé. L'inscription leur a fait également connaître le montant par évaluation du capital de la créance. De quel droit exigeraient-ils quelque chose de plus ? Ils ont dû, par tous ces documents, se tenir pour avertis, et ils ne peuvent être reçus à critiquer des actes qu'ils ont connus quand ils ont traité avec le débiteur, et qu'ils

(1) M. Dalloz est aussi de ce sentiment, Hyp., p. 205, n° 20.

doivent respecter, à moins qu'ils ne fassent valoir des moyens de fraude.

509. C'est par ces principes qu'on doit décider la question de savoir si un mandant ayant consenti hypothèque au profit de son mandataire, pour le payement de ses indemnités, de ses salaires, avances ou frais, le mandataire doit prouver par des actes authentiques qu'il est créancier de ces indemnités, salaires, avances ou frais.

La négative est incontestable.

Le mandataire a fait inscrire l'acte public qui lui donne hypothèque sur les biens du mandant : l'inscription évalue la créance éventuelle. Les tiers, qui ont traité avec le mandant, ont connu tout ce qu'ils ont dû connaître. On ne demande pas à leur débiteur plus que ce que l'inscription a annoncé qu'il devait, et ils seraient mal reçus à critiquer une inscription sous l'influence de laquelle ils se sont cependant déterminés à contracter. La liquidation de la créance du mandataire est une affaire de lui au mandant, et rien n'empêche que les actes sous seing privé n'y soient admis.

Toutefois, dans l'ancienne jurisprudence, Raviot sur Perrier (1) voulait que les actes de gestion fussent constatés d'une manière authentique ; mais les raisons sur lesquelles il se fonde ont été fort bien réfutées par M. Merlin (2). On peut y ajouter celle-ci : c'est que dans l'ancienne jurisprudence, où l'hypothèque était occulte, on pouvait se montrer sévère sur les actes justificatifs de la liquidation de la créance. Mais aujourd'hui que l'hypothèque est publique, que l'on connaît d'avance le créancier et l'évaluation de la créance, on ne peut soupçonner facilement la fraude, et les tiers qui viennent tardivement critiquer ce qu'on leur a fait connaître en temps utile sont dans une position peu favorable (3).

(1) Quest. 90, n° 31.

(2) Quest. de droit, v° Hyp., p. 397, col. 2.

(3) M. Grenier, t. 1, n° 29.