

510. L'hypothèque conventionnelle peut, sans contredit, être consentie par procureur (1).

Mais le mandataire qui n'a qu'une procuration sous seing privé peut-il constituer une hypothèque valable sur les biens de son mandant, ou bien faut-il que sa procuration soit authentiquée ?

M. Merlin (2) soutient avec force, contre un arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1819 (3), la nécessité que la procuration soit authentique ; voici comment il raisonne. Sans doute, l'acte authentique passé par le mandataire constitue l'hypothèque. Mais il ne la constitue pas seul. Il ne la constitue que par son identification avec le mandat ; ce n'est que dans le mandat qu'est le consentement de qui il tire toute sa force. Isolé du mandat, il n'est rien, le consentement qu'il énonce manque de preuves ; il n'y a plus de consentement légalement donné à l'hypothèque (4).

Je crois que la meilleure réponse à cette doctrine subtile se trouve dans les considérants de l'arrêt de la Cour de cassation :

- « Attendu que le mandat à l'effet de consentir une
- » hypothèque, et l'acte constitutif de cette hypothèque,
- » sont deux choses tout à fait distinctes ;
- » En ce qui concerne le mandat, attendu que le Code
- » établit comme une règle générale que tout mandat,
- » quel qu'en soit l'objet, peut être donné par acte sous si-
- » gnature privée, et que, s'occupant dans une disposition

(1) Mais le mandataire général qui se procurerait des fonds par un emprunt ne pourrait pas hypothéquer à la sûreté de cet emprunt les immeubles du mandant. V. mes Comment. du *Mandat*, n° 286, et de la *Société*, t. 2, n° 686. — *Secus* lorsqu'il y a un mandat spécial pour l'accomplissement duquel l'acte de disposition est un moyen essentiel. V. mon Comment. du *Mandat*, n° 319.

(2) Répert., t. 16, Hyp., p. 392, col. 1. — *Junge Riom*, 31 juillet 1851 (Sirey, 51, 2, 698), et Cass., 7 février 1854 (*J. P.* 1854, t. 1, p. 152; Dalloz, 54, 1, 49). Mais voyez la note 3 de la page suivante.

(3) Dall. Hyp., p. 201. Sirey, 19, 1, 324.

(4) M. Grenier semble partager cet avis, t. 1, n° 68, p. 143.

» ultérieure du mandat à l'effet de consentir hypothèque, il ne déroge point à la règle qu'il vient d'établir ; il dit, et rien de plus, que ce mandat doit être exprès, et que dans l'espèce ce mandat est exprès ;

» En ce qui concerne l'acte constitutif de l'hypothèque, attendu que cet acte est authentique et consenti par un mandataire spécialement autorisé à grever d'hypothèque les biens de son mandant, REJETTE. »

La cour de Caen, de qui émanait l'arrêt confirmé par la Cour de cassation, a persisté dans sa jurisprudence par un arrêt du 22 juin 1824 (1).

Enfin, la Cour de cassation a mis le sceau à sa jurisprudence par un nouvel arrêt du 5 juillet 1827 (2), et la majorité des auteurs partage son opinion (3).

En effet, toutes les fois que la loi a voulu déroger à la règle que la nomination d'un procureur peut se faire par acte privé, elle s'en est exprimée (4). Mais lorsqu'elle ne l'a pas fait, on reste dans le droit commun (5). C'est ainsi qu'il a été décidé, par arrêt de la cour de Toulouse du 19 août 1824 (6), que le donateur peut se faire re-

(1) M. Dalloz, 25, 2, 112.

(2) Sirey, 28, 1, 105. Dalloz, 27, 1, 295.

(3) MM. Persil, art. 2127, n° 6; Battur, Hyp., t. 1, 167; Delvincourt, t. 3, p. 163, n° 6; Villargues, Hyp., p. 137; Duranton, t. 19, n° 357 bis. — Par un retour très-inattendu de jurisprudence, la Cour de cassation vient de décider le contraire (arrêt déjà cité du 7 février 1854) en rejetant le pourvoi dirigé contre l'arrêt également cité de la cour de Riom du 31 juillet 1851, et de décider, en outre, avec ce dernier arrêt, que la ratification ultérieure par le mandant de l'hypothèque consentie par le mandataire en vertu d'un mandat sous seing privé, ne saurait avoir d'effet rétroactif à l'encontre des tiers. — Je ne crois pas que cet arrêt, rendu, d'ailleurs, contre les conclusions du ministère public, doive être regardé comme le point de départ d'une jurisprudence nouvelle, et j'ai quelque raison de penser que, le cas échéant, la Cour reviendrait à sa doctrine, si solidement établie par ses arrêts de 1819 et de 1827, contre lesquels je ne vois rien de décisif dans celui de 1854. — Sur le point relatif à la ratification, voyez une question analogue, *suprà*, n° 495.

(4) Art. 56, 66, 932, etc.

(5) Art. 1985.

(6) Dalloz, 1826, 1, 226.

présenter à la donation par un mandataire muni d'une procuration sans authenticité, par la raison que la loi qui exige un mandat authentique de la part du donataire pour l'acceptation de la donation par procureur (1), n'exige pas la même formalité pour assurer la légalité du concours du représentant du donateur. En général, on reproche à notre législation d'être trop formaliste. Ne multiplions pas les solennités, n'embarrassons pas la jurisprudence de nullités extrinsèques, tant que la loi ne s'en sera pas clairement expliquée.

ART. 2128.

Les contrats passés en pays étrangers ne peuvent donner d'hypothèques sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités.

SOMMAIRE.

511. Les actes passés en pays étranger ne produisent pas, en France, l'hypothèque. Raison de cette règle. Objection. Le Code Napoléon a été trop loin.
512. Controverse dans l'ancienne législation française.
- 512 *bis*. Celui qui a un acte public passé en pays étranger ne peut que se procurer en France une hypothèque judiciaire.
513. Des contrats de mariage passés à l'étranger. Ils ne produisent pas hypothèque. Mais peu importe, puisque l'hypothèque légale se rattache au mariage, abstraction faite du contrat. Opinion décisive de M. de Lamoignon.
- 513 *bis*. Quoi qu'en dise la Cour de cassation, le mariage passé en pays étranger procure hypothèque légale, bien que l'on n'ait pas rempli les formalités exigées par l'art. 171 du Code Napoléon.
- 513 *ter*. La femme *étrangère*, mariée en pays étranger, a hypothèque en France sur les biens de son mari. La loi qui donne hypothèque à la femme est un statut réel. L'hypothèque est du droit des gens. Dissentiment avec MM. Grenier et Dalloz. Arrêt du grand conseil rendu à la majorité d'une voix. Renvoi.

(1) Art. 952.

COMMENTAIRE.

511. L'hypothèque, quant à la manière de l'acquérir, est du droit civil (1). Elle ne peut découler que d'actes à qui le droit civil a attribué la vertu de la produire. Nous avons vu, sous l'article précédent, qu'il faut un acte notarié.

Notre article, continuant à traiter le même sujet, ajoute que les officiers publics appartenant à une puissance étrangère ne peuvent imprimer l'hypothèque sur les biens situés en France. La raison en est, suivant Mornac (2), que l'acte passé en pays étranger, quoique revêtu des formes solennelles voulues en ce pays, ne vaut en France que comme acte sous seing privé. « *Obligatio extra Galliam contracta pro simplici chirographo est in Gallia.* »

Sans doute, les actes passés par des officiers publics étrangers font foi en France. Ils ont, comme le dit Pothier (3), *une autorité de créance*. Mais ils n'ont pas l'autorité publique *de pouvoir*, qui est nécessaire pour imprimer le droit d'hypothèque sur les biens des contractants. Nous n'admettons, en France, d'autorité publique de cette espèce que celle qui émane du chef de l'Etat (4).

Quelques personnes s'étonnent cependant qu'un testament passé en pays étranger ait la puissance de changer l'ordre des successions réglé par la loi nationale, de dé-

(1) *Suprà*, n^{os} 429 et 392.

(2) Sur la loi dern. Dig. *De jurid.*, n^o 11.

(3) Orléans, t. 20, n^o 9.

(4) L'idée contraire avait prévalu dans la discussion sur la réforme hypothécaire. L'assemblée avait admis que l'hypothèque sur les biens de France pouvait résulter d'actes reçus en pays étranger par les officiers publics de ce pays, et par suite on avait été amené à reconnaître qu'on devait attribuer le même effet aux actes reçus par les consuls français, suivant les formes prescrites à ce sujet. — V. l'art. 2118 du projet préparé pour la 3^e délibération.

pouiller les héritiers du sang d'une hoirie qui faisait leur espérance, pour l'attribuer à un individu sans lien de parenté avec le défunt, et qu'un acte de constitution d'hypothèque reste sans effet, si les officiers d'un prince étranger l'ont reçu! Pourquoi cette condescendance d'une part en faveur d'un acte si grave, et cette rigueur de l'autre contre un acte qui l'est beaucoup moins? D'ailleurs, est-il absolument indispensable de permettre aux testaments de se multiplier, et n'est-il pas bien plus nécessaire que le contrat d'hypothèque, si favorable au commerce, si utile dans toutes les relations d'affaires, soit dégagé d'entraves inutiles puisées dans des susceptibilités diplomatiques assez frivoles?

On conçoit cependant que, dans l'ancienne législation, on ait adopté, à l'égard de l'hypothèque, la maxime de Mornac. L'hypothèque découlait de l'authenticité même de l'acte; elle était un effet *de la puissance publique* inhérent à la forme du contrat; alors il était possible de comprendre qu'une pareille puissance ne s'attachât pas aux actes passés par des officiers étrangers; et les raisons données par Pothier sont toutes décisives (1). Mais ont-elles la même force quand on les applique au système adopté par le Code Napoléon sur l'hypothèque conventionnelle? Notre hypothèque conventionnelle résulte de *la convention et de la volonté des parties*. L'autorité *de créance* qui s'attache au contrat ne suffit-elle pas? N'est-ce pas assez qu'il soit constant que la partie a voulu obliger sa propriété et la grever d'une charge?

A ces raisons, qui ne manquent pas de force, on peut opposer cependant cette considération, qu'un acte de constitution d'hypothèque se résout toujours *en exécution*, et que l'exécution forcée des contrats est un attribut ré-

(1) Voilà pourquoi encore elles restent dans toute leur énergie à l'égard de l'*hypothèque judiciaire*, qui est un privilège découlant de la puissance publique, et attaché à certains actes de l'autorité. (*Suprà*, n° 429.)

servé à la puissance publique du pays où cette exécution doit avoir lieu (1). L'expropriation est une mesure des plus graves (2). On n'arrache pas une propriété à un citoyen, sans que la société en conçoive quelques inquiétudes. La puissance nationale inspire seule assez de confiance pour qu'on lui ait réservé exclusivement le droit d'ordonner ce moyen de contrainte; il ne peut donc résulter que d'actes émanés des délégués du prince, et jamais de contrats passés devant des officiers étrangers.

Mais remarquez que notre article va plus loin : il ne se borne pas à dénier la voie exécutive aux hypothèques concédées en pays étranger; il refuse de reconnaître comme valable la stipulation d'hypothèque elle-même; cette stipulation est inefficace, d'après notre texte. Or, c'est en quoi je trouve que le Code s'est montré beaucoup trop sévère (3).

512. Au surplus, dans l'ancienne jurisprudence française, la question tranchée par le Code Napoléon était fort controversée (4).

L'ordonnance de 1629 (art. 121) avait en vain décidé que les contrats et obligations reçus es royaumes et souverainetés étrangères, pour quelque cause que ce soit, n'auraient aucune hypothèque ni exécution en France, et tiendraient lieu de simples promesses.

Mais cette ordonnance ne fut jamais observée au parlement de Paris, ni citée comme loi dans les plaidoiries des avocats (5). La défaveur qui s'attachait presque toujours à un enregistrement forcé, l'avait fait repousser

(1) Art. 546 du Code de procédure civile.

(2) Montesq., *Esprit des lois*, liv. 6, ch. 2.

(3) Le Code napolitain s'est montré moins injuste. Voy. la préface. Mais le Code hollandais a adopté le principe de notre article. Voy. son article 1249, dans la *Revue étrangère*, t. 1, p. 649.

(4) Hyp. de Basnage, ch. 12.

(5) Mém. de Talon, t. 3, n° 329. Pothier, Louage, n° 186, et sur Orléans, t. 20, n° 9. Grenier, Hyp., t. 1, n° 14, p. 20. Mon Comment. de la *Prescription*, t. 2, n° 1005 et 1006.

dans le ressort d'autres parlements, malgré la sagesse de ses dispositions.

Livrés à l'arbitraire de leurs opinions individuelles, les jurisconsultes s'étaient donc divisés. Les uns pensaient que l'hypothèque, étant du droit des gens, devait résulter des actes reçus en pays étranger, ainsi que l'avaient décidé Chopin (1) et Loyseau (2).

D'autres, en adoptant le principe que l'hypothèque est du droit civil, quant à la manière de l'acquérir, tenaient pour certain que l'hypothèque ne pouvait être admise en France que lorsqu'elle résultait d'actes authentiques reçus par des officiers soumis à la souveraineté du roi; mais ils faisaient une exception pour les contrats de mariage et les actes de tutelle, à cause de la faveur de la dot, et des biens des mineurs. Tronçon (3), Chopin (4), Mornac (5), Bouguier (6), rapportent des arrêts qui l'ont jugé de la sorte, et depuis l'ordonnance de 1629, Boullenois pensait que ce sentiment devait être suivi (7).

Cependant, avant comme depuis l'ordonnance de 1629, il y avait un bon nombre d'esprits judicieux qui soutenaient que nul acte passé hors du royaume ne pouvait produire en France une hypothèque, et qui n'apportaient à cette règle aucune exception (8).

Mais il faut convenir que la jurisprudence était trop douteuse et les avis trop partagés, pour qu'on ne désirât pas vivement, lors de la rédaction du Code Napoléon,

(1) Sur Anjou, liv. 3, t. 3, ch. 3.

(2) Off., liv. 1, ch. 6, n° 104.

(3) Sur Paris, art. 165.

(4) Sur Paris, liv. 3, t. 2, p. 20.

(5) Sur la loi *extrà*, Dig. *De jurid.*

(6) Lettre C, n° 7.

(7) T. 1, p. 631. C'était aussi l'avis de Bourjon, t. 2, 558.

(8) Brodeau, sur Paris, art. 107 et 166, et sur Louet, lettre II, § 5. Malicostes, sur Maine, art. 186. Lamoignon, Hyp., art. 25, rapporté *suprà*, n° 429. Pothier, Orléans, t. 20, n° 9. Arrêt de Paris, de 1757, au Répert., v° Hyp., p. 718, n° 8.

qu'une décision formelle vînt mettre fin à ces discussions.

C'est ce qu'a fait notre article, en adoptant la disposition de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629.

Seulement l'hypothèque pourra résulter d'actes passés hors du royaume, si cela a été stipulé dans les traités.

512 bis. Mais que doit faire celui qui est porteur d'un acte public passé en pays étranger, et portant hypothèque à son profit?

M. Dalloz lui conseille de faire assigner le débiteur devant un tribunal français, d'obtenir jugement contre lui, et de prendre inscription en vertu de ce jugement. Cet auteur ne pense pas que le créancier puisse se présenter seul devant le tribunal français, pour faire apposer à son contrat le *pareatis*. Car, dit-il, ce serait vouloir attacher l'hypothèque aux contrats passés en pays étranger, tandis que l'art. 2128 les prive absolument de la faculté de produire hypothèque en France : il ne les regarde que comme de simples promesses, capables seulement de servir de base à une action judiciaire (1).

Il paraît que telle est aussi l'opinion de M. Grenier (2).

Elle est la seule qu'on doive admettre. Il en serait autrement, sans doute, si l'art. 2128 s'était borné à refuser à l'hypothèque constituée en pays étranger la voie exécutive. Mais, comme je l'ai dit au n° 512, le Code considère comme non écrite une pareille stipulation d'hypothèque. Le créancier n'a donc pas de secours à puiser dans son contrat. Un simple *pareatis* ne lui suffit pas : il faut qu'il recoure à l'hypothèque judiciaire.

513. Insistons maintenant d'une manière plus particulière sur l'effet hypothécaire des contrats de mariage passés en pays étranger.

Nous avons vu tout à l'heure la diversité d'opinions qui régnait dans l'ancienne jurisprudence.

(1) Hyp., p. 195, n° 12.

(2) Hyp., t. 1, p. 26, n° 16.

M. Grenier considère la question comme simplifiée par notre article (1), et il fait une distinction qui prouve que cet article laisse la difficulté entière. Ou il s'agit, dit-il, de deux étrangers mariés en pays étranger, et alors leur contrat ne produit en France aucune hypothèque; ou il s'agit d'un Français marié en pays étranger, et la femme pourra réclamer, sur les biens de son mari situés en France, l'hypothèque légale pour les conventions contenues dans son contrat de mariage. Je demande en quoi notre article a pu aider à une pareille solution.

M. Dalloz propose la même distinction (2). Sans en discuter en ce moment le mérite, essayons de montrer l'influence de notre article sur la question proposée.

Comme on le verra plus tard (3), l'hypothèque de la femme date, quand il y a contrat, non du jour du mariage, mais du jour du contrat.

Mais quand il s'agit d'un contrat de mariage fait à l'étranger, il me paraît impossible de rattacher l'hypothèque à ce contrat: ce serait placer dans le contrat la cause de l'hypothèque. Ce serait, par conséquent, se mettre en opposition avec notre article, qui ne veut pas qu'un contrat passé à l'étranger serve d'auxiliaire à une hypothèque en France.

Mais suit-il de là que la femme sera tout à fait destituée d'hypothèque légale? Non, sans doute!

La femme n'a pas besoin de recourir à son contrat pour avoir hypothèque. Le fait de son mariage est, à lui tout seul, la cause principale d'hypothèque légale. Ainsi, ce que ne fera pas le contrat, la célébration du mariage l'opèrera (4).

(1) Hyp., t. 1, p. 530, n° 247.

(2) Hyp., p. 196, n° 15.

(3) *Infra*, n° 578.

(4) Argument d'un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} février 1816, dans l'espèce duquel la femme était, à la vérité, mariée en France, *mais n'avait qu'un contrat sous seing privé*. Le contrat fut admis seulement comme moyen de liquider les apports de la femme (Dalloz, Hyp., p. 128).

Ceci posé, il est évident qu'il est indifférent que le mariage ait été solennisé en France ou en pays étranger. Car le mariage contracté en pays étranger est valable, si l'on a observé les formalités voulues dans ce pays. La loi française y croit comme à un fait incontestable. En admettant le fait, elle admet nécessairement aussi l'hypothèque légale qui en résulte (1). Telle était la doctrine de M. Lamoignon. Il avait remarqué, avec sa sagacité habituelle, la différence qui existe entre la femme dont le contrat a été fait en France, et celle dont le contrat a été formalisé en pays étranger. Cette différence gît tout entière dans la date. « Les actes et jugements passés et » rendus en pays étrangers n'emportent hypothèque en » France, *quoique ce fût contrats de mariage* et actes de » tutelle ; mais l'hypothèque n'aura lieu que *du jour de la » célébration du mariage* et de la gestion de la tutelle(2). »

Voilà les véritables principes. Le contrat de mariage pourra sans doute être invoqué pour fixer la nature et l'étendue des droits de la femme, mais non pas comme source de l'hypothèque. C'est le fait seul du mariage qui en sera la cause.

513 bis. Mais faudra-t-il qu'à l'appui de son acte de mariage, la femme qui a épousé un Français prouve qu'elle s'est conformée aux dispositions de l'art 171 du Code Napoléon? Faudra-t-il que, dans les trois mois de son retour en France, l'acte de célébration de son mariage soit transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile?

Un arrêt de la Cour de cassation, du 6 janvier 1824 (3), a jugé l'affirmative. Il décide que, quoique le mariage d'un Français et d'une étrangère contracté en pays étranger soit valable, l'hypothèque légale qui en résulte ne peut avoir lieu contre des tiers, en France, qu'en se con-

(1) V. la *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 1, p. 278. M. Wolowski adopte cette opinion.

(2) Des Hyp., art. 25.

(3) Dalloz, Hyp., p. 144 et 133, n° 3.

formant aux règles prescrites par les lois françaises, et notamment par l'art. 171 du Code Napoléon.

M. Dalloz blâme cette décision rendue contre sa plaidoirie, et qui, au surplus, n'est qu'un arrêt de rejet.

Je suis disposé à partager l'opinion de cet auteur (1). L'art. 171 est purement réglementaire; il ne prononce pas de peine contre l'omission des dispositions qu'il prescrit. Cette omission n'empêche pas le mariage d'être valable, et la Cour de cassation le reconnaît elle-même dans ses considérants. Les formalités de l'art. 171 n'ont été prescrites que par mesure de précaution pour faciliter la recherche de l'acte de mariage; mais, encore une fois, elles ne sont pas de l'essence du mariage, qui subsiste sans elles. Or, c'est au fait du mariage, c'est à sa célébration seule, que l'hypothèque doit sa naissance. Admettre la validité du mariage, comme le fait la Cour de cassation, et ne pas admettre les conséquences du mariage, c'est tomber dans une manifeste contradiction. C'est comme si, en déclarant un mariage régulier, on refusait de regarder comme légitimes les enfants qui en sont issus. De même que la légitimité des enfants, l'hypothèque est un des effets du mariage. Pour nier l'existence de l'hypothèque, il faut nier l'existence du mariage. Sans quoi, on prête à la loi des rigueurs qu'elle n'a pas eues, et l'on se place en dehors de la saine logique.

Ajoutez que faire dépendre l'hypothèque de l'accomplissement des formalités de l'art. 171, ce serait la subordonner à la vigilance du mari, et remettre entre ses mains le sort des garanties que la loi donne à la femme.

(1) On peut invoquer à l'appui un arrêt de Montpellier du 3 juin 1830 (Dall., 31, 2, 31). Mais dans cette espèce, il y avait une circonstance particulière: il s'agissait d'une femme divorcée qui avait déposé en France, dans les registres de l'état civil, son acte de divorce. La cour pensa que ce dépôt équivalait aux formalités prescrites par l'art. 171 du Code.

Or, c'est là un résultat qui contrarie le système du Code sur l'hypothèque légale (1).

515 *ter*. Arrivons maintenant à la distinction de MM. Grenier et Dalloz, entre les épouses étrangères et les épouses françaises mariées hors de France. Les unes et les autres ont-elles hypothèque sur les immeubles de leurs maris situés dans l'empire ? ou bien n'y a-t-il que l'épouse du Français qui puisse réclamer sur eux le bénéfice de l'hypothèque légale ?

L'opinion de MM. Grenier et Dalloz me paraît absolument fautive. M. Dalloz oublie même qu'il a professé le contraire dans une autre partie de son ouvrage (2). Ces deux auteurs pensent que l'hypothèque légale, étant une concession du droit civil, n'a été introduite qu'en faveur des régnicoles, mais qu'elle ne peut profiter aux femmes étrangères, parce que le droit civil n'a pas parlé pour elles, mais bien pour les nationaux.

J'ai déjà eu occasion de toucher une question sem-

(1) Mon opinion a été consacrée par un arrêt de Bordeaux du 31 août 1837, que l'on trouve au recueil des arrêts de cette cour, t. 12, p. 581. « Attendu, y est-il dit, que l'art. 171 ne prononce aucune peine, aucune sorte de nullité pour l'omission de la formalité qu'il exige; que le principe, la cause de l'hypothèque étant dans le mariage, il faut, tant qu'on n'annule pas le mariage, ce qui est impossible, respecter l'hypothèque qui en est la conséquence nécessaire et forcée, hypothèque, au surplus, dont la validité ne saurait dépendre du caprice du mari. » — Et la Cour de cassation elle-même, rejetant le pourvoi dirigé contre cet arrêt, est revenue sur la doctrine qu'elle avait consacrée par celui du 6 janvier 1824, et a jugé que la formalité prescrite par l'art. 171 n'est que réglementaire, et que la femme, devenue Française par son mariage, participe, sans avoir rempli cette formalité, au bénéfice de l'hypothèque légale. Arrêt du 23 novembre 1840 (Sirey, 40, 1, 929). Conf. Douai, 25 août 1851 (J. P., 1852, t. 2, p. 454). — *Junge* MM. Battur, n° 304; Duranton, t. 19, n° 292; Zachariæ, § 264, note 15; Tessier, t. 2, n° 123, note 1091; Pont et Rodière, t. 1, n° 174.

(2) V° Loi, p. 884, n° 36, § 4.

blable (1). Elle consistait à savoir si un mineur étranger, dont la tutelle aurait été déferée en pays étranger, pourrait avoir hypothèque sur les biens de son tuteur situés en France, et j'ai pensé, contre l'opinion de M. Grenier, et avec l'appui de doctrines et de raisons qui me paraissent imposantes, que le mineur dont il s'agit peut se prévaloir du bénéfice de la loi française pour recourir sur les immeubles français appartenant à ce tuteur.

Ici les raisons sont absolument les mêmes.

Il n'est nullement exact de dire que l'hypothèque est tellement du droit civil, que les étrangers ne puissent y participer (2). Car si le principe était vrai, il devrait être général, et il faudrait l'appliquer non-seulement aux hypothèques légales, mais encore aux hypothèques judiciaires, qui sont aussi une concession de la loi; aux hypothèques conventionnelles, qui tiennent du droit civil leurs formes constitutives; aux privilèges sur les immeubles, qui ne sont que des hypothèques privilégiées, et qui ont, par conséquent, la même origine; aux privilèges sur les meubles, qui sont des affectations sur la chose, et qui tiennent leur faveur de certaines qualités qu'il a plu au législateur de placer à tel ou tel rang de préférence. Or, jamais les deux auteurs que je m'efforce de combattre n'iront jusqu'à soutenir que toutes les hypothèques, soit légales, soit judiciaires, soit conventionnelles, soient hors des droits auxquels un étranger peut prétendre en France; ils n'entreprendront pas de dire qu'un jugement rendu par les tribunaux français au profit d'un étranger, ne produit pas en sa faveur une hypothèque judiciaire (espèce d'hypothèque légale) sur les biens du condamné. Ils ne refuseront pas à l'étranger qui aliène un immeuble qu'il possède en France, le privilège du vendeur. En un mot, ils reconnaîtront qu'en organi-

(1) *Suprà*, n° 429.

(2) *Suprà*, n° 392 bis.

sant le système des hypothèques et des privilèges, le législateur n'a pas entendu travailler exclusivement pour les nationaux, mais qu'il a voulu que ce système s'étendît à tous ceux qui sont propriétaires d'immeubles en France.

Quelle en est la raison? c'est, comme je le disais au n° 429, que la loi qui règle les hypothèques est un *statut réel*, et qu'à ce titre elle affecte tous les immeubles français, sans s'informer si ce sont des régnicoles ou des étrangers qui en sont propriétaires.

MM. Grenier et Dalloz sont donc partis d'un faux principe, d'un principe auquel ils ne voudraient certainement pas donner toute l'extension qui est cependant virtuellement en lui. Pour moi, je conclurai qu'il n'y a pas de différence, quant à l'hypothèque, entre le Français et l'étranger qui possède des immeubles en France. Cette proposition me paraît désormais évidente.

Ceci étant une fois admis, il importera peu que le fait dont la loi française fait le fondement de l'hypothèque ait eu lieu en France ou en pays étranger. Il suffit que ce fait existe, et que la loi française y ajoute autorité de créance. On conçoit sans doute que je ne veux pas parler ici de contrats passés en pays étrangers, ni de jugements rendus par des tribunaux qui ne sont pas français, puisque la loi française déclare expressément qu'elle ne leur attribue aucune vertu hypothécaire, même à l'égard des Français qui les ont obtenus. Mais il en est autrement d'une tutelle ou d'un mariage. Ce sont là des faits que la loi française accepte pour valables, quand ils ont été consommés avec les formalités voulues dans le pays où ils ont eu lieu. Ce sont des positions civiles qu'elle reconnaît pour légitimes, et auxquelles elle consent à prêter appui. Eh bien! par cela seul qu'elle les homologue de plein droit, il s'ensuit qu'elle sanctionne tous les effets civils qu'elles produisent; et quand un étranger possède des immeubles

en France, et qu'un autre étranger vient demander au statut réel qui les régit d'agir sur eux, il ne fait rien de blessant pour la nationalité française; il s'incline au contraire devant la souveraineté de la loi du pays; il la prend pour sa règle; il consent à ce qu'elle réalise toutes ses conséquences sur les biens qu'elle affecte.

En un mot, l'étranger participe comme le Français au bénéfice de l'hypothèque. Comme le Français, il l'acquiert pour les conventions qu'il passe en France, pour les jugements qu'il obtient en France, pour le mariage qu'il contracte en France. Comme le Français, il ne peut y prétendre pour les jugements et contrats obtenus et passés en pays étrangers. Mais comme le Français, la femme étrangère pourra, en vertu de son mariage, même contracté en pays étranger, invoquer la loi française, qui place sous le coup d'une hypothèque légale les biens que le mari possède en France. Tout cela est la conséquence de ces deux règles incontestables: la première, que l'hypothèque est du droit des gens, et que, malgré tout ce qu'il y a de civil dans la manière dont elle s'acquiert, les étrangers n'en ont jamais été exclus. La seconde, que le statut qui frappe d'hypothèque légale les immeubles du mari est un *statut réel*, et agissant par conséquent sur les immeubles, sans rechercher qui les possède (1).

(1) « Attendu, dit fort bien la cour de Bordeaux, dans l'arrêt » cité au n° 513 bis, qu'il importait peu que le mariage eût été » contracté en pays étranger, et même que la femme fût étran- » gère; que les contrats de mariage étant du droit des gens, et » la loi par laquelle les biens des maris, situés en France, se » trouvaient frappés de l'hypothèque légale *constituant un statut » réel*, il n'y avait jamais lieu de *s'occuper des personnes auxquelles » les cette loi avait profité.* »

Je dois dire que ce sont les anciens principes qu'invoque ici la cour de Bordeaux pour en faire l'application à un mariage contracté avant le Code Napoléon. Mais il est évident que la nouvelle législation n'a rien changé à cette théorie du droit des gens et du statut réel.

La cour, d'ailleurs, les déclare ensuite applicables sous l'em-

Telle est aussi l'opinion de M. Merlin (1); il combat avec force un arrêt de la cour supérieure de Liège, du 16 mai 1823, qui a jugé le contraire. Il faut, du reste, remarquer que dans la discussion la femme ne s'était pas attachée à faire ressortir le moyen tiré des deux raisons sur lesquelles j'insistais tout à l'heure.

La question s'est présentée dans l'ancienne jurisprudence, à l'occasion des droits hypothécaires que la princesse de Carignan réclamait, en vertu de son contrat de mariage *passé à Turin*, sur les biens que son mari, le prince de Carignan, possédait en France. Un arrêt du parlement de Paris, du 4 septembre 1744, prononça contre les créanciers en faveur de la femme. Mais ceux-ci se pourvurent au grand conseil, et, *après partage*, l'arrêt fut cassé à la majorité d'une *seule voix* (2) : on voit qu'un tel arrêt ne peut être d'un bien grand poids.

J'engage, au surplus, à se rappeler l'arrêt du parlement de Lorraine que j'ai cité ci-dessus, n° 429, et qui est rendu sur un cas analogue, dans un sens favorable aux principes que j'ai développés (3).

pire du Code Napoléon en décidant que l'hypothèque de la dame Gansford reçut, par la promulgation de ce Code, le complément dont elle avait besoin, et qui lui manquait sous la loi du 11 brumaire an VII, sous laquelle cette dame n'avait pas *pris inscription*. Cependant, la cour de Bordeaux est revenue plus tard sur cette décision, comme on peut le voir dans la note qui termine ce numéro.

(1) Rép., t. 17, v° Remploi. *Junge*, MM. Tessier, t. 2, n° 133; Pont et Rodière, t. 1, n° 474.

(2) Rép., t. 5, v° Hyp., p. 787, col. 2.

(3) Ces principes, soutenus, comme je l'ai déjà dit, par MM. Merlin, Tessier, Pont et Rodière, ont été consacrés, non-seulement par l'arrêt de Bordeaux cité dans l'une des notes qui précèdent, mais encore par un arrêt récent de la cour de Grenoble du 19 juillet 1849 (*J. P.*, 1850, t. 2, p. 233).

Cependant, l'opinion contraire, émise par MM. Grenier et Dalloz, est plus généralement adoptée. Outre l'arrêt de Liège du 16 mai 1823, on peut citer, dans ce sens, un arrêt de Douai du 24 juin 1844, et un autre de Bordeaux du 14 juillet 1845 (*J. P.*,

ART. 2129.

Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui, soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur, déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance. Chacun de tous ses biens présents peut être nominativement soumis à l'hypothèque.

Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués.

SOMMAIRE.

513. Importance de notre article. Il pose le fondement de la spécialité, et prépare les éléments desquels résulte la publicité.
514. Mais il pousse les précautions à l'excès. Renvoi au numéro 536 bis.
515. L'hypothèque générale conventionnelle est aujourd'hui

1844, t. 2, p. 401, et 1846, t. 2, p. 676) et l'avis de MM. Duranton, t. 19, n° 292; Battur, t. 2, n° 351; Aubry et Rau sur Zachariæ, § 264, note 15; Massé, *Dr. Comm.*, t. 2, n° 332; Gaudry, *Rev. de légis.*, t. 2, p. 300; Fœlix, *Rev. étrang.*, 3^e livr., t. 1, p. 25.

Mais je dois dire qu'entre ces deux systèmes il s'en est placé un troisième intermédiaire qui, rattachant l'hypothèque légale au statut personnel, admet bien que la femme n'en est pas privée à raison de son extranéité, mais ne la lui accorde qu'autant qu'elle y aurait droit d'après la loi de son pays. A ce système se rattache un arrêt de la cour de Paris du 19 août 1851 (*J. P.*, 1852, t. 2, p. 452); et il est enseigné par MM. Cubain, n° 679; Demangeat, *Hist. de la cond. civ. des étrang. en France*, p. 380, n° 82; Rapetti, *Cond. des étrang.*, p. 121, et Valette, t. 1, p. 267, n° 139. Ce point de vue trouve, à mon avis, une réfutation suffisante dans les observations que j'ai présentées ci-dessus, n° 392 bis et 429.

prohibée par la loi. On ne peut hypothéquer les biens à venir. Effet de cette prohibition.

516. Dans l'ancienne jurisprudence et par les lois romaines, l'hypothèque des biens présents et à venir était permise.
517. Peut-on hypothéquer la chose d'autrui?
518. Cette hypothèque était nulle par le droit romain. Il fallait que le débiteur fût propriétaire de la chose au moment de la convention.
519. Raison pour laquelle on pouvait vendre et non hypothéquer la chose d'autrui. Aujourd'hui, à plus forte raison, l'hypothèque sur la chose d'autrui est nulle.
520. Sens de ces mots, *appartenant à*, dont se sert notre article.
521. Mais quel sera le sort de l'hypothèque consentie sur la chose d'autrui, si celui qui l'a promise en devient propriétaire *ex post facto*? Principes du droit romain. On décidait qu'il se faisait alors *reconciliatio pignoris*.
522. Si le débiteur, *devenu propriétaire*, vendait l'immeuble, le créancier hypothécaire pouvait agir contre le tiers acquéreur par l'action hypothécaire. Lois à cet égard. Opinion de Cujas, qui traite de réverie la doctrine contraire enseignée par Accurse.
523. Et c'est ainsi qu'on le jugeait dans l'ancienne jurisprudence française. Arrêt du parlement de Paris du 14 août 1601.
524. On doit décider de même sous le Code Napoléon. Raisons à cet égard.
- 524 bis. *Quid* à l'égard du créancier hypothécaire dont le droit est postérieur à la consolidation de la propriété?
525. Ce qui vient d'être dit a lieu, soit que le créancier sût ou non, au moment de la convention, que la chose hypothéquée n'appartient pas au débiteur. Opinions contraires réfutées.
526. *Quid* du cas où un créancier hypothécaire du véritable propriétaire critique l'hypothèque consentie par le faux propriétaire devenu maître légitime de la chose?
527. *Quid juris* lorsque le véritable propriétaire devient héritier de celui qui a hypothéqué la chose qui ne lui appartient pas? Lois romaines contraires à ce sujet. Efforts des interprètes pour les concilier. Il faut dire qu'il y a antinomie, et que l'opinion de Modestin doit être préférée à celle de Paul.
528. L'hypothèque consentie sous condition que tel bien m'appartiendra, est valable.
529. Celui qui est porteur d'un acte sous seing privé non enre-

gistré, duquel il résulte qu'il a acheté un immeuble, peut-il critiquer les hypothèques que son vendeur aurait consenties postérieurement par acte public? Peut-il dire qu'elles sont consenties à *non domino*? Doctrine de M. Toullier à cet égard.

530. L'acquéreur par acte sous seing privé, est en général l'ayant-cause du vendeur, de même que celui à qui le vendeur a donné hypothèque. Mais il arrive quelquefois que celui qui est ayant-cause sous un rapport ne l'est pas sous l'autre. Celui qui a en sa faveur une hypothèque en vertu d'un titre authentique, n'est pas ayant-cause dans le sens de l'art. 1322 du Code Napoléon.
531. L'opinion de M. Toullier est isolée et nouvelle. Elle est condamnée par les lois romaines, par Paul de Castro, Tiracbeau et autres.
532. Réponse à l'objection qu'on ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même.
533. Exemple tiré de l'art. 1743 du Code Napoléon.
534. Arrêts pour et contre sur la matière.
535. Suite.
536. Suite.
- 536 *bis*. Il ne faut exiger, à peine de nullité, la mention de la nature et de la situation de l'immeuble, qu'autant que l'omission aurait occasionné un dommage.

COMMENTAIRE.

513. L'art. 2129 du Code Napoléon est un des plus importants du titre des hypothèques, puisqu'il fait de la spécialité une condition indispensable de la constitution de l'hypothèque conventionnelle.

Dans l'ancienne jurisprudence, lorsque l'hypothèque était occulte, la spécialité ne pouvait être une nécessité; ce n'était qu'un accident dépendant de la volonté des parties.

Il fallait qu'elle fût nominativement stipulée, et c'est ce qu'on faisait très-rarement, parce que l'hypothèque spéciale devenait le plus souvent funeste au créancier, en ce que ce dernier était obligé de discuter l'hypothèque spéciale, avant d'attaquer les biens soumis à l'hypothèque générale, qui était toujours de droit; car

la convention d'une hypothèque spéciale ne dérogeait pas à la générale (1).

Aujourd'hui, au contraire, l'hypothèque doit être publique. Il fallait donc déterminer par une indication spéciale les immeubles qui en sont grevés.

On voit que le législateur prépare dans notre article les éléments de l'inscription dont il sera question plus tard, et qui porte l'hypothèque à la connaissance du public. Il exige que l'acte constitutif de la créance, ou bien un acte authentique postérieur, désigne la nature et la situation de chacun des immeubles hypothéqués, afin que ces indications soient répétées dans l'inscription.

Ainsi la spécialité prépare l'inscription ; l'inscription assure la publicité.

514. On pourra cependant trouver que le Code a poussé jusqu'à l'excès les précautions qu'il a prises pour la spécialité de l'hypothèque. Pourquoi exiger, par exemple, *dans tous les cas*, la désignation de la nature et de la situation des immeubles ? Lorsqu'un individu hypothèque tous ses biens présents, n'est-ce pas une formalité surabondante que de le contraindre à préciser en quoi consistent ces biens, et où ils sont situés ? Les tiers n'en savent-ils pas assez, lorsqu'ils sont informés que tous les biens, sans exception, de celui avec qui ils contractent, sont déjà hypothéqués ?

Que le législateur ait exigé une désignation spéciale du lieu de la situation et de la nature de l'immeuble, lorsqu'on hypothèque un champ, un pré, un terrain quelconque isolé, je le conçois. On n'aurait pu, sans ces renseignements, arriver à une connaissance précise de l'objet.

Mais montrer la même exigence lorsque l'hypothèque frappe sur tous les biens présents du débiteur, c'est assurément porter la prudence jusqu'à l'exagération. Il

(1) *Infrà*, n° 762.

est certain qu'on aurait pu arriver à une publicité suffisante sans ces détails minutieux (1).

515. Une des conséquences les plus importantes de la spécialité, c'est que l'hypothèque générale conventionnelle se trouve prohibée par le Code.

Plusieurs motifs ont déterminé le législateur :

1° D'abord il n'a pas voulu que le débiteur pût facilement engager toute sa fortune, sachant bien que les emprunteurs passent facilement par toutes les conditions qu'on leur impose, pourvu qu'on leur prête de l'argent (2).

2° Ensuite il a voulu empêcher l'accumulation de plusieurs hypothèques sur le même immeuble. Car leur concours entraîne toujours des discussions dispendieuses (3).

3° Enfin (et ce motif est le plus décisif) il a voulu favoriser les effets de la publicité. Car, comme je viens de le dire, de la spécialité découle, dans l'esprit du Code, la publicité. Or, l'hypothèque générale étant celle qui comprend les biens *présents et à venir* du débiteur, comment pourrait-on indiquer dans l'obligation la nature et la situation de biens qui ne sont pas encore dans le domaine du débiteur ?

Aussi notre article dit-il *que les biens à venir ne peuvent être hypothéqués*.

Ainsi, une hypothèque générale est nulle par le Code Napoléon, non-seulement à l'égard des tiers qui ont intérêt à la critiquer, mais encore à l'égard du débiteur lui-même, qui peut se faire relever de la témérité qui lui a dicté un engagement qui ne remplit pas le vœu de la loi. Elle peut aussi être attaquée par les héritiers du débiteur (4).

(1) M. Grenier, préface, p. xxvi. V. *infra*, n° 536 bis, et ma préface.

(2) Répert., Hyp., p. 910.

(3) Rép., *loc. cit.*

(4) M. Grenier, t. 1, n° 65. M. Chabot, sur l'art. 873, n° 13. Arrêt de Riom du 6 janvier 1820, Denev., 20, 2, 12.

Mais le débiteur qui aurait consenti une hypothèque générale, nulle aux termes de la loi, pourrait-il se refuser à donner à son créancier une hypothèque spéciale qui lui tînt lieu de garantie? L'affirmative a été jugée par arrêt de la cour d'Aix du 16 août 1811 (1). Mais cet arrêt paraît dur à M. Grenier (2), qui aimerait mieux suivre un arrêt de la cour de Riom du 25 mai 1816, qui a jugé qu'un individu qui a hypothéqué tous ses biens, à une époque où il ne possédait aucun immeuble, pouvait être contraint à donner une hypothèque spéciale sur ceux qu'il avait acquis depuis (3). Sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, la cour supérieure de Bruxelles a jugé, par arrêt du 27 juin 1821 (4), que le créancier pouvait se prévaloir de l'hypothèque générale pour exiger une hypothèque spéciale. M. Persil approuve cette opinion (5).

Il y a sans doute quelque équité dans cette jurisprudence. Mais je ne voudrais pas concourir à un arrêt qui la sanctionnerait, parce qu'elle me paraît résister aux termes de la loi. L'hypothèque consentie, étant nulle, ne peut être remplacée, *par le seul fait du juge*, par une autre hypothèque, qui aurait les caractères requis par le législateur. Les jugements ne créent pas les conventions, ils les déclarent. Que fait-on ici? On force le débiteur à accorder autre chose que ce qu'il a promis. (Voyez *infra*, n° 539.)

Revenons à la proscription de l'hypothèque des biens à venir.

516. C'est là une des innovations les plus remarquables du nouveau régime hypothécaire.

(1) Dal., Hyp., p. 215, note.

(2) Il est vrai que cet arrêt décide que cette clause n'était que de style dans l'espèce.

(3) M. Grenier, t. 1, p. 137, n° 65. Dalloz, Hyp., p. 178. Notez bien qu'on ne se trouvait pas dans le cas de l'art. 2130.

(4) M. Dalloz cite la date, mais ne donne pas le texte de cet arrêt. Hyp., p. 201, note 2.

(5) Art. 2129, n° 1.

Dans le droit romain, l'hypothèque conventionnelle pouvait porter sur les biens présents et à venir. Ce genre de stipulation n'était pas interdit aux parties (1). Justinien voulut même, par la loi finale du Code, *Quæ res pignori vel hyp.*, que lorsqu'un individu hypothéquait ses biens présents ainsi que ses biens à venir, le droit d'hypothèque générale s'étendit même aux biens à venir (2).

Dans l'ancienne jurisprudence française, on avait été plus loin : l'hypothèque de tous les biens présents et à venir était attachée de droit à tout contrat authentique ; pour restreindre l'hypothèque à quelques objets spéciaux, il fallait une convention expresse (3). Mais Loyseau regardait cet état de choses comme une source de désordres et de malheurs inévitables (4).

Le Code Napoléon a donc agi sagement en proscrivant l'hypothèque conventionnelle des biens à venir. Néanmoins, on verra une modification à ce principe de la législation moderne dans l'art. 2130.

517. Je dois examiner ici une question extrêmement importante, et que les auteurs modernes résolvent diversement.

Lorsqu'un individu hypothèque spécialement une chose dont il n'est pas *actuellement* propriétaire, l'hypothèque devient-elle valable, si par la suite il en acquiert la propriété ?

Cette question est complexe. Elle en embrasse beaucoup d'autres.

Et d'abord quel est, en général, le sort d'une hypothèque donnée sur la chose d'autrui ?

518. Cette hypothèque était nulle par le droit romain.

(1) L. 6, Dig., *De pignorib. et hyp.*

(2) Voët, *De pignor. et hyp.*, n^o 6 et 8. Poth., *Pand.*, t. 1, p. 567, n^o 11.

(3) *Suprà*, n^o 504.

(4) Déguerp., liv. 3, ch. 1, n^o 16.

Car, pour que l'hypothèque *spéciale* fût valable, il fallait qu'il fût prouvé que la chose hypothéquée appartenait au débiteur lors de la constitution de l'hypothèque :

« Quod dicitur, creditorem probare debere, quum con-
 » veniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam con-
 » ventionem pertinet quæ specialiter facta est, non
 » ad illam quæ quotidiè inseri solet cautionibus, ut spe-
 » cialiter rebus hypothecæ nomine datis, cætera etiam
 » bona teneantur debitoris, quæ nunc habet, et quæ pos-
 » teà adquisierit, perindè atque si specialiter hæ res fuis-
 » sent obligatæ. » L. 15, § 1, D. *De pignorib. et hyp.* (1).

Les lois se présentent en foule pour décider qu'on ne pouvait hypothéquer *spécialement* la chose d'autrui. La loi 6, au C. *Si aliena res pignor.*, disait entre autres : « Et per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse certissimum est (2). »

519. On pourra demander comment il se fait que l'hypothèque de la chose d'autrui fût nulle, lorsque la vente de la chose d'autrui était permise par le droit romain. Cujas (3) a résolu ce problème par des raisons assez développées, que Voët a résumées en ces termes. Je les cite de préférence, *brevitatis causâ*.

« Etsi enim id quod venditionem recipit, quia in com-
 » mercio est, etiam pignorationem recipere possit (l. 9,
 » § 1, D. *De pignorib. et hypoth.*, l. 1, § 2, *Quæ res pi-
 » gnorib. vel et hypoth.*), non tamen ab omni eo qui rem
 » vendere potest, etiam jure oppignoratur. Nam cum ex
 » pignoris an hypothecæ constitutione creditori nasci de-
 » buerit jus pignoris, adeoque jus in re, necesse fuit ut
 » jus in re haberet qui jus pignoris alteri constituere vult.
 » At venditor, ex contractu venditionis, nullum emptori
 » constituit jus in re, sed tantum suam personam ad rem

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 508, n° 13.

(2) Pothier, *loc. cit.* Cujas, sur la loi 41, Dig., *De pign. act.*, lib. 3. *Quæst. Pauli*.

(3) Récit. solenn. sur le tit. du Code *Si aliena res*, etc.

» tradendam obligat, ad quod non opus est, ut ullo jure
 » in re munitus sit (1). »

Ces principes étaient ceux de l'ancienne jurisprudence française (2), et l'on sent combien à plus forte raison ils doivent être ceux du Code Napoléon, qui déclare nulle la vente de la chose d'autrui. Aussi notre article dit que les biens sur lesquels l'hypothèque est assise doivent appartenir *actuellement* au débiteur, c'est-à-dire au moment de la convention.

Ainsi donc, l'hypothèque consentie sur un bien dont on n'est pas le maître ne peut nuire au véritable propriétaire. « Undè intelligitis contractum ejus nullum præ-
 » judicium dominio vestro facere potuisse. » L. unic. au C. *Si comm. res.*

520. Mais que doit-on entendre par ces mots *appartenant à* dont se sert notre article?

La loi 181 D. *De verb. signif.* définit ainsi le mot *pertinere*, qui est le synonyme de notre verbe *appartenir*.

« Verbum illud *pertinere* latissimè patet. Nam et eis
 » rebus petendis aptum est quæ dominii nostri sint, et
 » eis quas jure aliquo possideamus, quamvis non sint do-
 » minii nostri. *Pertinere* ad nos etiam ea dicimus, quæ in
 » nullâ eorum causâ sint, sed esse possint (3). » Ce qui veut dire :

L'expression *appartenir* a un sens très-large, car elle s'applique aux choses qui sont dans notre domaine, de même qu'aux choses que nous possédons par quelque titre, quoiqu'elles ne soient pas à nous (comme l'usufruit, l'emphytéose, le droit de superficie); elle s'applique aussi aux choses que nous n'avons pas encore, mais que nous aurons, parce que nous avons une action pour

(1) Ad Pand. *Quæ res pignori*, n° 3.

(2) Basnage, *Hyp.*, ch. 3.

(3) Nous avons vu ci-dessus, n° 468 *ter* et suiv., que l'on pouvait hypothéquer l'immeuble sur lequel on n'avait qu'un droit *suspendu* par une condition, ou *résolutoire*.

les obtenir. Tel est la paraphrase de cette loi, d'après les notes de Pothier (1).

521. Maintenant passons à une hypothèse qui nous rapproche de la question proposée.

Si celui qui n'était pas propriétaire d'une chose lorsqu'il l'a hypothéquée le devient *ex post facto*, pourra-t-il se prévaloir de la nullité originaire de l'hypothèque pour soutenir qu'elle ne peut produire d'effet au profit du créancier en faveur de qui il l'a consentie?

Il est certain qu'il ne le pourra pas : car il irait contre son propre fait, et il serait repoussé par l'exception de dol.

« Sed et si *filius familiâs*, patre suo relegato vel longo tempore absente, dotem pro filiâ promiserit, et rem patris pignori dedit..., planè si patri hæres exstiterit, et pignus persequatur, exceptione doli mali submouebitur. » L. 5, § 2, D. *ad S. C. maced.* (2).

Ces principes, que l'on trouve répétés dans les lois 41, D. *De pign. act.*, l. 5, C. *Si aliena res*, sont de tous les temps et de tous les lieux.

Le président Favre les développe avec force (3).

« Non potest debitor quæstionem dominii referre, quia cum convenerit ipse de pignore, arguit se de mendacio, si neget rem eo tempore suam fuisse, sive bonâ fide illam possiderit, sive possidendi titulum habuerit; ac ne ipsam quidem possessionem, ut Paulus subjicit in fine hujus legis, tametsi, cum rem pignori dabat, non affirmaverit rem suam esse. Sufficit enim id tacitè actum fuisse, ut pro certo et affirmato habeatur. »

Ainsi, lorsque le débiteur devenait propriétaire de la chose hypothéquée, quoiqu'il ne le fût pas lors de la constitution d'hypothèque, il se faisait ce que les inter-

(1) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 558, n° 11. M. Merlin, *Q. de Droit*, v° *Hyp.*, p. 433, col. 2.

(2) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 559, n° 19.

(3) *Rationalia*, sur la loi 41, *Dig.*, *De pignor. act.*

prêtes, et notamment Balde, ont appelé *reconciliatio pignoris*, et il suivait de là que le créancier pouvait poursuivre la chose hypothéquée sur son débiteur.

Mais, pour y parvenir, il n'avait pas l'action *ordinaire* hypothécaire; car cette action n'était attachée qu'à une hypothèque valablement constituée *ab initio*. Il avait seulement, *ex æquitate*, l'action *utile* hypothécaire, qui produisait le même effet. « Confirmatur pignus, non quidem » directò, quia directi et *summi juris regula*, quæ à Catone » profecta est, obstat, *quæ vetat quod ab initio non valet* » *ex post facto convallescere*, et ideò neque pignus quod ab » initio non valet, ex post facto convalescit directò, *sed* » *convalescit utiliter*, hoc est, *pignoris persequendi gratiâ* » *creditori datur adversùs debitorem, non quidem ordinaria et directa actio hypothecaria, sed utilis et extraor-* » *dinaria, sive in factum, quæ eundem effectum habet* (1). »

Dans l'ancienne jurisprudence française, où l'on ne faisait pas de distinction entre les actions utiles et les actions ordinaires, et où toutes les actions étaient fondées sur l'équité (2), le créancier jouissait du même droit que par le droit romain. Il pouvait faire exproprier son débiteur de la chose que ce dernier lui avait donnée en hypothèque, sans en avoir été propriétaire à l'époque du contrat de prêt, pourvu que plus tard il en eût acquis la propriété (3), et ces principes sont aussi les seuls qu'on puisse, à mon avis, professer aujourd'hui. Je les trouve expressément consacrés dans un arrêt de la cour de Bordeaux du 21 décembre 1832 (4).

522. Mais en sera-t-il de même si le débiteur, étant devenu propriétaire de la chose, l'a vendue à un tiers?

(1) Cujas, sur la loi 41, Dig., *De pign. act.*, lib. 3. *Quæst. Pauli*.

(2) *Sed jus gallicum eò semper incurrit quod humanius est, benignius et æquius*. Mornac, sur la loi 41, D. *De pign. act.*

(3) Basnage, *Hyp.*, ch. 3.

(4) Dal., 33, 2, 152, 153. *Junge mon Comm. de la Vente*, t. 1, n 256.

Alors le créancier pourra-t-il poursuivre son hypothèque entre les mains de ce tiers?

Cette question était controversée parmi les commentateurs du droit romain.

Le président Favre, renouvelant une ancienne opinion d'Accurse, soutient (1) que le créancier ne peut intenter l'action hypothécaire contre le tiers possesseur.

Mais presque tous les interprètes enseignent une opinion contraire. A leur tête se place Cujas (2).

Zazius, sur le titre *Qui potior in pignore vel hypoth.*, dit formellement : « Quid si hypotheca sit constituta à non domino, à quo, postea domino facto, alteri est oppignorata? Nihilominus erit potior posteriori, non obstante quòd eidem à domino facta sit constituta hypotheca; nam hoc ipso quod dominium postea accedit, confirmatur jus prioris. »

Voët, sur le même titre, n° 31, tient le même langage : « Quid si priori à non domino pignus devinctum sit, posteriori autem illud ipsum ab eodem, sed jam domino facto, adhuc prior potior est, eò quòd ipso primo acquisiti domini momento firmatum priori fuit pignoris jus (3)? »

Citons encore Corvinus dans ses énarations sur le C. *Si aliena res*, etc. (4).

« Creditori... actio dabitur contra debitorem et eos qui à debitore causam habent.

« *Contra debitorem*, quia si hâc defensione uti velit, quòd tunc cùm pignoravit non fuit dominus, venit contra factum suum, et doli mali replicatio ei obstat (l. 21, § 1 *De pignor.*, et *hypoth.*) : arguetur enim de mendacio suo, quia rem quasi suam pignoravit.

« *Contra eos qui à debitore causam habent*, quia debent auctoris sui jure niti. » (L. nemo 54, D. *De reg. juris.*)

(1) *Rationalia*, loc. cit.

(2) *Loc. cit.*

(3) V. aussi le n° 4 de son Comm. sur le tit. du Dig., *Quæ res pign.*, etc.

(4) P. 631, col. 1.

Cette opinion paraît en effet fondée sur les lois les plus formelles.

La loi 41, D. *De pignor. act.*, dit : « *Rem alienam pignori dedisti : deinde dominus rei ejus esse coepisti.* »
 » *Datur utilis actio pignoratitia creditori.* »

Et tous les auteurs font remarquer que ce que Paul appelle ici *utilis pignoratitia* n'est pas l'action personnelle *pignoratitia* dont il est question au D. au tit. *De pignor. act.* ; mais l'action utile hypothécaire, c'est-à-dire une action persécutoire de la chose (1).

La loi 5, au C. *Si aliena res*, n'est pas moins formelle.
 « *Cùm res, quæ necdùm in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis ejus esse incipiat : ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est : sed tamen æquitatem facere, ut facilè utilis persecutio, exemplo pignoratitiæ detur* (2). »

Or, si les lois donnent au créancier une action hypothécaire *rei persecutoria*, il s'ensuit que c'est pour poursuivre la chose sur des tiers, et non pas seulement sur le débiteur lui-même (3). Aussi Cujas (4) traite-t-il de frivole l'opinion d'Accurse, qui pense que l'action doit être donnée seulement contre le débiteur, et non pas contre les tiers possesseurs. « *Hoc satis est ; nec (quasi in hanc rem Accursii nugas) puta id non probanti creditori dari hypothecariam in debitorem, non in extraneum possessorem. Datur enim hypothecaria in utrumque, in quemlibet possessorem, sed utilis, ut dixi, non directa.* » Ces paroles sont si graves, que je crois devoir y insister en les traduisant : « En voilà assez sur cette question. Et ne

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 559, note *h.* Cujas, *loc. cit.*, etc.

(2) Pourquoi l'action utile et pas l'action ordinaire ? Parce que l'action directe ne peut découler que d'une hypothèque valablement constituée, au lieu qu'il s'agit ici d'une hypothèque constituée à *non domino* (Pothier, Pand., t. 1, p. 559, note *f.*).

(3) Les lois 9, § 3, Dig., *De pignorib.*, et 4, Dig., *Ad S. C. Maced.*, en contiennent d'ailleurs la preuve positive. (Pothier, Pand., t. 1, p. 560. Merlin, Q. de Droit, Hyp., p. 428.)

(4) Quæst. de Paul, lib. 3, l. 41, Dig., *De pign. act.*

» croyez pas (comme le veut Accurse dans ses gloses
 » frivoles) que le créancier qui ne prouve pas qu'au temps
 » de la convention la chose était à son débiteur, n'ait
 » l'action hypothécaire que contre le débiteur, et pas
 » contre le tiers possesseur. Car il a cette action contre
 » les tiers. Mais ce n'est que l'action utile (1). •

523. Ces principes étaient ceux de l'ancienne jurisprudence française. Il existe à cet égard un arrêt du parlement de Paris, du 14 août 1601. Guillaume Marchand, tuteur d'Anne Marchand, sa fille, engagea à un de ses créanciers une maison appartenant à cette dernière. Mais plus tard ayant succédé à sa fille, il fut question de savoir si, au moyen de son adition d'hérédité, l'hypothèque était convalidée. On jugea l'affirmative entre le sieur de Serizy d'une part, et le sieur Chauvin de l'autre (2).

524. Pourquoi cette décision et celle des lois romaines ne trouveraient-elles pas leur application sous le Code Napoléon ?

Il est certain que l'ayant-cause ne peut être de meilleure condition que son auteur. Or, ce dernier ne pourrait résister à l'action hypothécaire intentée contre lui : je l'ai démontré tout à l'heure : il ne le pourrait pas sans alléguer son mensonge et s'accuser de stellionat, ou, s'il était de bonne foi, sans manquer à des engagements d'honneur, et qu'il est en son pouvoir de remplir. Il invoquerait d'ailleurs un moyen de nullité, qu'il est obligé de garantir. Enfin c'est une maxime constante que, *confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis*.

Mais si l'on peut raisonner ainsi contre le débiteur, ne peut-on pas proposer les mêmes arguments contre son *ayant-cause*, qui tient de lui son titre de propriété, et qui ne peut avoir des droits plus étendus !

(1) M. Merlin a donné des autorités différentes, mais également positives. Q. de Droit, Hyp, p. 423.

(2) Automne, Conf. du droit français avec le droit romain. Sur la loi 22., D., *De pign. act.* Bouguier, p. 182, éd. de 1738. Merlin, *loc. cit.*, p. 443, 444.

A l'époque à laquelle cet acquéreur a contracté, la propriété était déjà consolidée; l'hypothèque avait acquis toute son efficacité. Elle grevait l'immeuble vendu du même poids que si elle eût été expressément ratifiée. L'acquéreur est donc non recevable à présenter contre elle des moyens de nullité, parce que d'une part ces moyens de nullité sont couverts, parce que de l'autre sa qualité d'ayant-cause lui fait une loi d'y renoncer, de même que son auteur y était obligé. Il a reçu l'immeuble avec le droit du créancier hypothécaire déjà raffermi : est-il possible qu'il s'en affranchisse en faisant valoir des moyens qui étaient anéantis dans la main de son auteur ? « Quod ipsis qui contraxerunt obstat et successoribus » eorum obstat (1). » Plerùmque emptoris eadem esse » causa debet, circa *petendum* et *defendendum* quæ fuit » *auctoris* (2). »

En un mot, quelle que soit l'hypothèque, examinée en elle-même et dans sa source, ce n'est pas à l'acquéreur qu'il appartient de la critiquer. Encore une fois, il y est non recevable.

Je trouve même qu'il y a plus de raison pour le décider ainsi sous le Code Napoléon que sous l'ancienne jurisprudence. Car aujourd'hui que les inscriptions font tout connaître aux tiers, ils ne peuvent plus se plaindre de surprise. En achetant du vendeur déjà devenu propriétaire de la chose, ils ont dû savoir qu'elle était hypothéquée. Et quoique cette hypothèque ait été consentie à une époque où le vendeur n'était pas encore maître de l'immeuble, ils n'ont pas dû ignorer la maxime « *confirmato jure* » *dantis, confirmatur jus accipientis.* »

524 bis. Ce que je dis d'un acquéreur s'applique évidemment à un créancier hypothécaire, à qui l'hypothèque

(1) L. 143, Dig., *De reg. juris*. On verra, *infra*, n° 550, que ce principe s'applique non-seulement aux successeurs universels, mais encore aux successeurs à titre particulier.

(2) L. 1, 56, § 3. *De reg. juris*.

n'a été consentie *que depuis* que la propriété s'est consolidée sur la tête du débiteur (1).

Le contraire a cependant été jugé par arrêt de la cour de Bruxelles du 11 juin 1817 (2). Demunter acquiert par acte public un moulin et ses dépendances. Son père s'empare de cette acquisition, se fait inscrire comme étant propriétaire au rôle des contributions, fait des constructions comme un maître véritable. Il consent des hypothèques en 1811, et ce n'est qu'en 1812 qu'il se fait donner par son fils un titre légal de propriété.

Devenu réellement propriétaire de la chose, il créa de nouvelles hypothèques. L'immeuble dont il s'agit ayant été vendu, le prix en fut distribué. Alors les créanciers hypothécaires de 1812 prétendirent que les hypothèques créées en 1811 étaient nulles comme constituées *à non domino*. Au contraire, les créanciers hypothécaires de 1811 se défendirent en invoquant les dispositions du droit romain, les lois 41, *Dig., De pign. act.*; 5 C. *Si alienares*; 2, § 1, *Dig., Qui potior*, etc.

Mais leur système fut proscrit par la cour de Bruxelles.

« Attendu (dit l'arrêt) que d'après les principes établis par le Code civil, une hypothèque conditionnelle ne peut être consentie que sur des biens appartenant au débiteur, d'où il suit que les inscriptions des 27 novembre et 16 décembre 1811 sont nulles et inopérantes, etc. »

M. Merlin a réfuté cet arrêt avec des moyens accablants, auxquels il suffit de renvoyer. Contentons-nous de dire que l'art. 2129 ne porte rien qui soit de nature à justifier la décision de la cour de Bruxelles. Car il ne s'agissait pas, à vrai dire, de l'hypothèque sur une chose d'autrui, mais d'une hypothèque sur une chose déjà entrée dans le domaine du débiteur, d'une hypothèque ratifiée par la consolidation de la propriété sur la tête de ce dernier,

(1) L. 11, § 10, *Dig., De except. rei judicatae*.

(2) Merlin, *Quest. de Droit, Hyp.*, p. 444. *Dal., Hyp.*, p. 193.

d'une hypothèque enfin qui, au moment où on l'attaquait, grevait une propriété actuellement appartenant au débiteur.

M. Grenier, qui a écrit sans connaître l'arrêt de la cour de Bruxelles, professe cependant une opinion conforme (1). Mais sur quoi se fonde-t-il pour repousser l'influence des lois romaines et de l'ancienne jurisprudence? Sur ce que « on supposait une convention tacite, d'a-
» près laquelle celui qui consentait hypothèque sur la
» chose qui ne lui appartenait pas, était censé l'avoir
» ainsi voulu, dans l'idée qu'il en deviendrait ainsi pro-
» priétaire, » sur ce qu'en outre « on se basait essentiel-
» lement sur l'effet et l'étendue qu'avait alors l'hypothè-
» que générale, puisqu'elle portait sur les biens à venir
» comme sur les biens présents. »

Je ne sais où M. Grenier a vu que les lois romaines supposaient la convention *tacite* (2) dont il parle. On a vu ci-dessus les raisons qui prouvent que c'est dans d'autres motifs qu'il faut puiser les principes du droit romain sur la ratification de l'hypothèque, au cas dont nous parlons. Quant à ce que dit M. Grenier, qu'on se laissait diriger par les principes de l'hypothèque générale, le contraire résulte précisément de la loi 15, § 1. *Dig. de pign. et hyp.*, qui prend bien soin de remarquer la différence qu'il y a entre l'hypothèque générale et l'hypothèque spéciale pour la constitution de l'hypothèque sur la chose d'autrui.

M. Grenier pense que le mot *actuellement* a été mis dans notre article pour faire disparaître les inductions qu'on aurait pu tirer des lois romaines. Mais convenons qu'alors le législateur s'y serait bien mal pris. Car son mot *actuellement* ne fait que rappeler le principe des lois

(1) T. 1, n° 51.

(2) La loi 7, § 1, *Dig., Qui potior*, parle d'une hypothèque constituée sur la chose d'autrui *quand elle m'appartiendra, si in dominium meum pervenerit*; mais la condition est ici *expresse*, et non *tacite*.

romaines « que, pour donner hypothèque spéciale, il faut » être propriétaire de la chose au moment de la convention. » Or, nous avons vu que les lois romaines, malgré ce principe, considéraient l'hypothèque comme valable, lorsque le débiteur devenait *ex post facto* propriétaire de la chose. Le mot *actuellement* n'est donc pas un obstacle à ce qu'on arrive à une pareille solution sous le Code Napoléon.

J'ajoute que M. Grenier insiste beaucoup sur ce motif que l'hypothèque doit être stable dès son origine et basée sur la certitude que la propriété réside sur la tête du débiteur. Mais cette raison ne manque-t-elle pas dans les obligations conditionnelles, dans le cas où celui qui a créé l'hypothèque n'avait sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou dépendant de l'événement d'une condition résolutoire qui affecte l'immeuble dans les mains d'un tiers (1), enfin dans les hypothèques consenties à *non domino* et ratifiées ensuite par le véritable propriétaire (2) ?

La solution que j'embrasse ne contrarie ni le principe de *la publicité* ni celui de *la spécialité*. On ne peut concevoir le scrupule *catonien* (3) qui la ferait condamner, lorsque, ne blessant aucun intérêt et n'étant pas une source de fraude, elle assure des conventions faites de bonne foi (4).

(1) *Suprà*, n° 468 *ter* et suiv.

(2) *Infrà*, n° 527.

(3) On connaît la règle de Caton : *Quod ab initio nullum est non potest tractu temporis convalescere*. Mais dans combien de cas cette règle ne se trouve-t-elle pas en défaut ? V. Répert., *Règle de Caton*.

(4) Le système contraire à celui que je défends peut s'appuyer d'un arrêt de la cour de Bordeaux du 24 janvier 1853 (Dal., 53, 2, 153.). V. aussi Nancy, 30 mai 1843 (Sirey, 43, 2, 547). Cependant la décision de la cour de Bordeaux n'est pas exempte d'obscurité. Elle paraît acquiescer en droit au système de M. Merlin, qui est aussi le mien ; mais en fait, elle l'abandonne, sous des prétextes qui me semblent peu concluants. La cour de Metz s'est, au contraire, très-nettement prononcée en faveur de ce système, par arrêt du 20 avril 1836 (Sirey, 38, 2, 167).

524 *ter.* Quelques auteurs anciens ont avancé que le créancier ne pouvait exercer l'action hypothécaire, qu'autant que le débiteur qui avait hypothéqué une chose qui ne lui appartenait pas encore, la possédait au moins de bonne foi. Tels sont Accurse et autres glossateurs. Mais c'est encore une de ces opinions que Cujas (1) qualifiait de *nugæ*. « Nec (quasi in hanc rem Accursii nugæ) »
 » *puta, ... ut idem Accursius ait, dari hypothecariam, si*
 » *tempore conventi pignoris debitor eam rem bonâ fide*
 » *possidebat, quoniam, propter bonam fidem, eo tempore*
 » *quodam modo in bonis debitoris fuisse intelligitur; non*
 » *si eam rem malâ fide possidebat. Nam et hoc rejicien-*
 » *dum est: quia utroque casu verius est creditori, confir-*
 » *mato pignore acquisitione domini, dari utilem hypo-*
 » *thecariam adversus debitorem qui eam possidet, quasi*
 » *retroacta pignoris confirmati causa, ad tempus conven-*
 » *tionis.* »

525. Avant de terminer sur ce point, je dois parler d'une question qui a fort agité les interprètes : plusieurs ont voulu que notre décision fût limitée au cas où le créancier ignorait que la chose hypothéquée n'appartenait pas à son débiteur. Mais ils ont pensé que, lorsqu'il savait qu'elle ne lui appartenait pas, il ne pouvait exercer l'action hypothécaire.

D'autres ont décidé, au contraire, que le créancier pouvait se prévaloir de son hypothèque, soit qu'il ignorât, soit qu'il connût que son débiteur n'était pas propriétaire.

C'est un mot de Papinien qui a donné lieu à ces graves débats.

La loi 1, au D. *De pignorib. et hypoth.*, tirée du livre XI de ses Réponses, porte ce qui suit :

« In speciem autem alienæ rei collatâ conventionem,
 » si non fuit ei qui pignus dabat debita, postea debitori
 » dominio quæsito, *difficilius* creditori qui non ignora-

(1) Q. Pauli, liv. 3, leg. 41, Dig., *De pign. act.*