
PRÉFACE.

*« Istæ præfationes, et libentiùs nos ad
« lectionem propositæ materiæ producunt. »*
CAIUS, l. 1, D. de Orig. Juris.

« La matière des hypothèques, disait M. Réal, est sans contre-
dit la plus importante de toutes celles qui doivent entrer dans
la composition d'un Code civil. Elle intéresse la fortune mobi-
lière et immobilière de tous les citoyens. Elle est celle à laquelle
toutes les transactions sociales se rattachent. Suivant la manière
dont elle sera traitée, elle donnera la vie et le mouvement au
crédit public et particulier, ou elle en sera le tombeau. »

On ne trouvera rien d'exagéré dans ces paroles, si l'on considère que c'est l'hypothèque qui conserve aux familles le précieux patrimoine des épouses, qui protège la fortune de ceux à qui leur âge ou leur capacité morale ne permet pas de surveiller leurs intérêts, qui soutient ou relève le crédit du particulier, qui favorise le placement des capitaux étrangers au commerce, qui porte le numéraire au secours de l'agriculture et des spéculations civiles, et qui enfin, comme un puissant levier, donne le mouvement aux plus importantes transactions, par cela même qu'elle les environne des plus solides garanties.

Cette influence journalière et immédiate de l'hypothèque sur la propriété et la circulation des capitaux, a souvent fait élever des plaintes amères sur la complication des rouages qui servent à la mettre en action. Je reconnaitrai, tant qu'on voudra, que notre régime hypothécaire est susceptible de grandes améliorations. Mais espérer que l'on pourra jamais y introduire cette simplicité de combinaison qui séduit dans la pratique, et que l'on envie au coupon des rentes sur l'Etat ou au billet de banque, me paraît à la fois un désir irréfléchi et une utopie impossible à réaliser (1). Le régime hypothécaire restera toujours la partie la plus ardue du Code Napoléon. Car il remue les intérêts les plus nombreux et les plus graves, il met en conflit les droits les plus opposés et en

(1) Voyez ce que je dis plus bas aux pages xxvi et xxvii et à la note.

même temps les plus dignes de faveur ; et le législateur manquerait à sa mission si, par amour pour une simplicité systématique, il les courbait tyranniquement sous un joug absolu, plutôt que de les concilier par des tempéraments opportuns, au risque de sacrifier la simplicité à la justice civile. Lorsque la civilisation a développé chez un peuple un grand mouvement de transactions et d'affaires, la législation est toujours assez simple quand elle est nettement formulée, quand les solennités qu'elle emploie sont, quoique nombreuses, claires et commandées par l'utilité, quand leur établissement est mitigé dans l'application par un principe large d'équité. Après tout, cette simplicité dans les lois, dont je vois, quelques esprits si préoccupés, n'est qu'un leurre funeste, une promesse féconde en déceptions. Napoléon, qui a imprimé sur le Code civil les traits de cet étonnant génie qui brilla dans le gouvernement de l'Etat autant qu'à la tête des armées, Napoléon a dit, à propos du régime hypothécaire, ces mots profonds qu'il faut sans cesse rappeler aux hommes superficiels que la difficulté effraye, et qui ne rêvent la simplification indéfinie de la législation que pour se dispenser de la méditer : « Depuis que j'entends dis- » cuter le Code civil, je me suis souvent aperçu que la trop grande » simplicité dans la législation est l'ennemie de la propriété. On » ne peut rendre les lois extrêmement simples, sans couper le » nœud plutôt que de le délier, et sans livrer beaucoup de choses » à l'incertitude de l'arbitraire..... Que la loi soit moins simple, » pourvu qu'elle soit conforme aux principes de la justice ci- » vile (1). »

Si j'avais un reproche à adresser à notre régime hypothécaire, ce serait bien plutôt d'avoir visé à une simplicité trop grande dans l'organisation du système de l'aliénation des droits réels, et d'avoir exposé, par une trop grande sobriété dans les formes, les acquéreurs et les prêteurs à des mécomptes désastreux. Le système qui consacrait le secret de l'hypothèque, et qui dispensait le créancier de l'assujettissement à la spécialité et à l'inscription, était, au premier coup d'œil, le plus simple, puisqu'il était le plus avare des solennités gênantes. C'est en partie sous ce rapport qu'il fut défendu par M. Bigot de Préameneu, dans le travail qu'il fournit au conseil d'Etat, pour repousser les innovations de la loi de l'an vii, et faire ressortir les avantages de l'ancienne jurisprudence. Mais qui pourrait nier aujourd'hui que cette simplicité ne fût la ruine du crédit et la source intarissable de longs et inextricables litiges ? En effet, les idées ont fait bien du chemin, depuis M. Bigot et le petit nombre des conseillers d'Etat qui réchauffèrent, lors de la discussion du Code Napoléon, les prédilections

(1) Confér., t. 7, p. 118.

du chancelier d'Aguesseau pour l'hypothèque occulte. Dans un pays comme la France, où la publicité a pénétré partout comme base de la confiance des gouvernés dans les gouvernants, la raison publique ne sait plus comprendre comment la confiance entre particuliers pourrait s'établir sur le secret dans les affaires privées et sur les apparences souvent trompeuses d'un crédit qui veut échapper aux investigations.

Ainsi donc, pour raisonner sans préjugés sur le mérite du système hypothécaire qui nous régit, deux conditions sont indispensables : résister à ce désir de simplicité qui est incompatible avec la matière même des hypothèques, et de plus, accepter comme seul point de départ possible l'état des choses sanctionné par le Code Napoléon. Quiconque voudrait enlever au législateur le libre emploi de formes, même multipliées, et subjuguier les transactions civiles sous le niveau d'une simplicité toujours arbitraire, méconnaîtrait les progrès de la science législative. Quiconque voudrait remonter dans le passé pour ressusciter les institutions surannées de notre ancien droit hypothécaire, ne serait pas de son temps, et faillirait aux leçons de l'expérience.

La question qui s'agite aujourd'hui parmi les jurisconsultes français et étrangers, est de savoir si le Code Napoléon donne aux acquéreurs et aux créanciers le plus grand nombre de garanties désirables, ou bien s'il n'y aurait pas moyen d'augmenter ces garanties, en élargissant le principe de la publicité, et en le faisant pénétrer dans les hypothèques légales des femmes et des mineurs, et dans l'aliénation de tous les droits de propriété. C'est entre les partisans du *statu quo*, et ceux qui sollicitent les innovations que j'indique, qu'est aujourd'hui la lutte. Car je ne compte pas cette petite secte qui affiche la haute prétention de reconstituer à neuf la famille, la propriété, le droit de succession, toutes les relations de la vie sociale, et qui a proclamé sur le régime hypothécaire des conceptions qui peuvent marcher de pair avec ce qu'on trouve de plus extraordinaire dans le corps de ses doctrines. Le jurisconsulte de cette école spéculative est M. Decourdemanche, qui dépense beaucoup d'esprit à son service. Après avoir fait une brochure pour améliorer le régime hypothécaire, M. Decourdemanche a fini par le trouver décidément mauvais, même avec les perfectionnements dont il avait cru pouvoir l'enrichir. Il pense que l'hypothèque est contraire aux principes de justice qui doivent régler les rapports des hommes entre eux ; qu'elle est attentatoire au crédit public et anti-productive (1) ; qu'on doit la proscrire avec la même sévérité que le prêt sur gage mobilier,

(1) Lettres sur la Législat., lettre 8, p. 18 et 19. Ces lettres ont été imprimées aux frais de la société saint-simonienne, et publiées dans le *Globe*.

parce qu'elle est immorale, et qu'elle ne tient aucun compte de la bonne foi, etc. Il ne traite pas avec plus de faveur les privilèges sur les meubles et sur les immeubles (1). Il en propose en conséquence l'abolition, et demande qu'on interdise au débiteur de créer des hypothèques. Au système hypothécaire, il substitue une vaste mobilisation du sol, que l'on assimilerait aux rentes sur l'Etat. La propriété, dégagée de tous droits réels et hypothécaires, se transmettrait sans entraves, et par là des valeurs énormes seraient rendues à la circulation. Le propriétaire qui aurait besoin d'argent, et qui aujourd'hui n'emprunte que parce qu'il ne peut pas vendre d'une manière opportune (2), se déferait de son immeuble avec la plus grande facilité, et en trouverait toujours un prix avantageux. Au lieu de contrats d'hypothèque ou d'antichrèse, il n'y aurait plus que des ventes à réméré. L'emprunteur passerait sous le nom du prêteur le nombre de pièces de terre qui serait nécessaire pour garantir la somme prêtée, et il se ferait remettre une promesse de revente pour l'époque où il rendrait la somme avancée. Si le prêteur vendait à un étranger avant le délai convenu, la vente serait valable, aucune clause résolutoire ne pourrait y porter atteinte. Mais le débiteur aurait une action en indemnité, et il est à croire que cette action serait presque toujours utile, car ceux qui prêtent sont ordinairement solvables.

Par ce moyen la législation serait simplifiée, la confiance renaîtrait, les procès et les frais de justice ne dévoreraient plus la substance du pauvre citoyen, la bonne foi présiderait à toutes les affaires, et probablement nous serions tous comme le sage de Zénon :

« *Liber, honoratus, pulcher, rex denique regum,*
 » *Præcipue sanus, nisi cum pituita molesta est* (3). »

Mais laissons les impraticables rêveries de cette école. Nous ne voulons nous occuper ici que des opinions éclairées par l'expérience ou susceptibles d'entrer dans le domaine des faits.

Et d'abord, jetons un coup d'œil sur les essais de systèmes hypothécaires opérés depuis quelques années chez des nations voisines, qui rivalisent avec nous de lumières et de civilisation. L'étude de la législation comparée est la meilleure manière d'approfondir les grandes questions que présente la science du droit.

(1) Lettre 7.

(2) Rien n'est plus faux. Celui qui emprunte est toujours mu par l'espoir de retrouver plus tard le capital prêté sans se priver de sa propriété, qui est la chose à laquelle l'homme tient le plus, et à laquelle il ne se décide à renoncer qu'à la dernière extrémité. En général, il est rare que celui qui veut vendre ses biens pour réaliser ne le fasse pas avec avantage, lorsqu'il agit avec discernement et sans précipitation.

(3) Horace, épit. 1, in fine.

Deux codes hypothécaires, celui de Naples et du Piémont, se sont attachés à reproduire les bases principales du Code civil français. Au contraire, en Bavière, en Lombardie, dans la Belgique, la Hollande et dans le canton de Genève, des voies nouvelles ont été ouvertes ou proposées, et notre régime y est tombé dans un discrédit plus ou moins général. Cette adoption d'une part, cette répulsion de l'autre, sont des faits graves dont les causes doivent être recherchées.

Lorsque les royaumes de Naples et de Piémont interrogent les antiquités de leur droit, ils n'y trouvent, avec les lois romaines, que le secret de l'hypothèque, qui a cessé d'être en harmonie avec les besoins et les idées de l'époque actuelle, et qui ne réveille plus nulle part aucune sympathie (1). Mais on sait combien il est difficile de rompre d'une manière complète avec le passé. Arriver tout d'un coup d'un système où tous les droits réels se transmettent sans publicité, à une théorie qui les soumettrait tous sans exception à une manifestation extérieure aussi large que possible, serait une transition trop brusque et trop hasardeuse. L'esprit humain, au milieu même de ses goûts d'innovation, aime à s'arrêter de degré en degré pour demander conseil à la réflexion. Il était donc naturel que la première tentative faite pour sortir de l'hypothèque occulte, aboutit à une composition entre le secret absolu et la publicité absolue du droit hypothécaire ; et dès lors le Code français, qui offre précisément l'expression de cette transaction, dûl paraître au législateur napolitain et piémontais le type du meilleur système. Ajoutez à cela l'admiration et quelquefois même l'engouement que le Code Napoléon avait excité chez l'étranger aussi bien qu'en France, à cause de la précision de ses formes, de la clarté de ses dispositions, et de l'avantage que présente la codification moderne comparée au chaos de l'ancien droit ; faites ensuite la part de l'habitude, qui, pendant l'occupation française, avait popularisé le système hypothécaire du Code Napoléon, et avait attesté sa supériorité sur le régime fécond en déceptions qui l'avait précédé ; alors on s'expliquera facilement pourquoi la révision du Code français, ordonnée en 1815 par le roi de Naples et terminée en 1819 (2), n'amena dans la matière des hypothèques que des modifications secondaires, qui ne touchent en rien aux idées mères du système ; et pourquoi aussi

(1) *Nulle part!* je vais trop loin. Car je vois, par la lecture des journaux, que la chambre des communes d'Angleterre, à la majorité de 161 voix contre 48, a rejeté le bill présenté par lord Brougham pour l'enregistrement des actes relatifs aux propriétés immobilières et pour la publicité des dettes contractées par les propriétaires fonciers.

(2) Voyez dans la *Thémis*, t. 2, p. 13, un article de M. Romanazzi, napolitain. Le Code révisé fut déclaré exécutoire à partir du 1^{er} septembre 1819.

l'édit piémontais du 16 juillet 1822, qui établit la publicité et la spécialité à partir du 1^{er} janvier 1823, est à peu près taillé sur le modèle du Code Napoléon (1). Dans un moment où les dynasties anciennes avaient repris leur place, où les conquêtes de Napoléon n'existaient plus qu'en souvenir, et où il se faisait une sorte de réaction contre la domination de la France, ce fut une œuvre de sagesse, et dont il faut savoir gré au législateur napolitain et piémontais, de n'avoir pas rétrogradé jusqu'à l'hypothèque occulte, qui semblait plus en harmonie avec les principes du gouvernement.

Les légères modifications dont j'ai parlé pouvant servir au perfectionnement de quelques parties de notre Code, ou tout au moins à mettre en lumière les éléments d'une controverse toujours utile, je ferai connaître rapidement ici celles qui ont le plus d'importance.

Tout en disposant que le défaut d'inscription ne peut être opposé à la femme ou au mineur, le Code napolitain a cru devoir mettre en mouvement un plus grand nombre d'agents que le Code français, pour procurer l'inscription des hypothèques légales. Il ordonne aux notaires qui reçoivent des actes de constitution de dot, de prendre inscription pour la femme, à peine de destitution et de dommages et intérêts (2). De plus, le juge de paix et son greffier ne doivent pas délivrer des expéditions de délibérations du conseil de famille sur la tutelle, si on ne leur justifie de l'inscription prise sur les biens du tuteur. (Art. 2027, 2029, 2031.)

Lorsque le mariage est dissous, ou que la minorité a cessé, le même Code veut que la veuve et le mineur prennent inscription dans le délai d'un an, à compter de la dissolution du mariage ou de la majorité. (Art. 2032, 2033.) Cette disposition réalise un vœu émis par M. Grenier, pour améliorer le système du Code Napoléon (3).

Suivant l'art. 2014 du Code napolitain, les contrats passés en pays étranger ne sont pas dépourvus de tout effet hypothécaire. Seulement, les tribunaux napolitains doivent en prendre connaissance et en ordonner l'inscription, s'il y a lieu (4). Cette disposition me paraît beaucoup plus juste que celle de notre art. 2128, qui rend absolument inefficace la stipulation d'hypothèque conventionnelle, contenue dans un contrat passé en pays étranger

(1) Voyez l'analyse de cet édit, dans la *Thémis*, t. 3, p. 225, article de M. Jourdan.

(2) *Thémis*, t. 5, p. 235.

(3) T. 1, p. 524.

(4) I contratti fatti in paese straniero, secondo le leggi del lungo, possono produrre ipoteca sopra i beni esistenti nel regno, allorchè fattone l'esame dal tribunale civile della provincia o della valle, inteso il pubblico ministero, sentenza ne sarà ordinata l'iscrizione.

On verra plus bas (1) les motifs de la préférence que j'accorde à cet égard au Code napolitain.

Quant au législateur piémontais, il est entré moins vivement que le Code des Deux-Siciles dans l'imitation du Code français. On y sent, de temps en temps, une tendance à se rapprocher du droit romain ; c'est ce que l'on aperçoit dans la dispense indéfinie d'inscription accordée au fisc, au vendeur, au copartageant, à la femme mariée, aux enfants sur les biens du père administrateur.

Les privilèges y sont multipliés bien au delà des bornes tracées par notre Code, et ils ont effet du jour de leur date, pourvu qu'ils soient inscrits dans les trois mois.

Pour mieux assurer l'inscription de l'hypothèque légale de la femme, on exige, de même que dans le Code napolitain, que le notaire prenne inscription ; et comme il pourrait ignorer la situation des biens, on ordonne qu'elle sera signalée au notaire par le mari, qui, pour le dire en passant, est un assez mauvais indicateur des renseignements qu'on recherche, puisqu'il a intérêt à les dissimuler, et à rendre illusoire la sollicitude de la loi.

Ce qu'il y a de singulier dans un code pour qui l'adoption du système de la publicité semble avoir été un sacrifice, c'est que l'hypothèque légale du mineur est soumise à l'inscription.

Le montant de la surenchère est fixé au sixième.

Le renouvellement des inscriptions n'est plus nécessaire lorsque l'immeuble hypothéqué a été vendu judiciairement avant la péremption de l'inscription ; lorsque, par l'expiration du délai accordé aux créanciers pour demander une nouvelle vente, le prix de l'immeuble se trouve définitivement fixé ; ou lorsqu'il s'est introduit une instance générale de discussion. On a voulu trancher législativement des questions qui, chez nous, sont dans le domaine de l'interprétation. Quoique les solutions données par le législateur piémontais soient exactes, on pourra cependant se convaincre, par ce que j'ai dit sur ce point dans le courant de cet ouvrage (2), qu'il est loin d'avoir aperçu et embrassé toutes les difficultés qu'il voulait prévenir.

Telles sont à peu près les innovations que l'on remarque dans les deux codes imités du système français. Du reste, rien n'est changé à la théorie du Code Napoléon sur la transmission du droit de propriété à l'égard des tiers : dans le concours de deux ventes faites par le même propriétaire, la préférence appartient au pre-

(1) N° 511.

(2) Nos 717, 718. J'indique là les projets auxquels on s'était arrêté, dans les discussions récentes de la réforme hypothécaire en France, en vue de trancher législativement, comme a fait le législateur piémontais, les difficultés que ce point a soulevées dans la pratique.

mier acquéreur, quand même le second aurait été plus diligent pour transcrire (1).

Des tentatives plus hardies se rencontrent dans le Code hypothécaire bavarois, dans la législation que l'Autriche a donnée au Milanais sur les hypothèques, dans les projets de Code gènois et belge, ainsi que dans la loi hollandaise du 28 avril 1834.

Le Code bavarois et l'édit milanais n'ont reculé devant aucune formalité ni devant aucune considération, afin d'assurer sur des bases solides le crédit entre particuliers. Tous les droits réels qui pèsent sur le gage immobilier donné au prêteur ou sur la propriété vendue à l'acquéreur, doivent être mis au grand jour. On a voulu que le créancier fût complètement sûr que son hypothèque ne pourrait le trahir; on a voulu que l'acheteur ne pût, sous aucun prétexte, redouter des évictions inattendues. Pour arriver à ce résultat, il a été décrété que lorsque le propriétaire aliènerait sa chose à deux propriétaires différents, la propriété fût accordée à l'acquéreur le premier inscrit, quelle que fût d'ailleurs la date du titre (2).

Tout individu qui prétend exercer, sur un immeuble possédé par un tiers, un droit réel, soit à titre de servitude (3), de clause résolutoire, de possession, de bail, d'usufruit, d'antichrèse, de droit de retour ou de rachat, de disposition à charge de rendre ou fideicommiss, soit à titre d'hypothèque conventionnelle ou légale, doit justifier d'une inscription existante au moment de l'aliénation faite au tiers détenteur (4). A défaut de quoi, il est déchû de tout droit de suite, et il n'a qu'une simple créance contre celui avec qui il a contracté.

L'inscription est nécessaire, soit que le droit de propriété intégral ou partiel ait été transmis par actes entre vifs, soit qu'il ait été transmis par succession ou testament.

Nul ne peut perdre sa propriété, sans l'inscription du titre de déchéance.

Pour mieux garantir encore les tiers détenteurs contre les résolutions pour survenance d'enfants, ou contre les actions en nullité ou en rescision, la loi veut d'une part que le donateur n'ait contre le donataire qu'une action personnelle, de l'autre que les actions en nullité ou en rescision soient soumises à une prescription très-courte.

Lorsqu'il s'agit d'un droit litigieux, le prétendant droit peut prendre une inscription provisoire appelée *prénotation*; et si sa

(1) Art. 2081 du Code napolitain.

(2) §§ 432, 440, édit milanais.

(3) Dans le Code bavarois, la servitude est dispensée de l'inscription (Théms, t. 6, p. 197).

(4) § 445, édit milanais. Code bavarois conforme.

prétention se vérifie, cette prénotation devient inscription définitive avec effet rétroactif au jour de sa date (1).

Les cessions d'hypothèque sont également assujetties à l'inscription, en sorte que les cessionnaires ne courent pas le risque d'être trompés par des transports antérieurs qu'ils ignoraient (2).

La tenue des écritures est combinée de la manière suivante.

Une *première* colonne contient :

1° La désignation individuelle de la propriété ;

De plus son estimation.

L'estimation sert de boussole au prêteur, qui peut calculer avec son secours si les charges qui grèvent l'immeuble lui permettront de rentrer dans ses fonds.

2° Les droits réels, tels que dîmes, droits seigneuriaux, servitudes, etc., dont la propriété est grevée ;

Les prénotations.

Cette subdivision de la première colonne détermine l'état de l'immeuble à l'égard des tiers.

La *deuxième* colonne contient :

1° La désignation du possesseur ;

2° L'indication de son titre et les restrictions qui le limitent ou peuvent le faire résoudre, telles que réserve d'aliments, faculté de rachat.

Cette deuxième colonne indique l'état de l'immeuble dans ses rapports avec son possesseur actuel, et par elle, le créancier ou l'acheteur aperçoivent d'un coup d'œil les chances d'éviction qui pèsent sur celui avec qui ils contractent.

La *troisième* colonne contient :

1° Les hypothèques dont la chose est grevée ;

2° Les cessions d'hypothèque, qui font apercevoir le mouvement de la créance hypothécaire ;

3° Les radiations d'hypothèque.

L'inscription hypothécaire s'effectue en indiquant :

Le montant de la créance, même indéterminée ;

La nature et la date du titre ;

Le taux de l'intérêt ;

Le créancier ;

Les changements survenus dans la créance par paiement partiel ou intégral ;

Les changements survenus dans la personne du créancier (3).

(1) Code bavarois, Thémis, t. 6, p. 199.

(2) *Idem*, p. 200.

(3) Code bavarois, t. 6, p. 196 et suiv.

Deux tables indiquent, l'une le nom des propriétés inscrites, l'autre celui des propriétaires.

Par cet aperçu des principes fondamentaux des Codes bava-rois et milanais, on voit que le législateur a laissé bien loin derrière lui non-seulement le Code civil français, mais encore la loi de brumaire an vii, que ce même Code avait cependant trouvée trop prodigue de publicité, soit en ce qui concerne la transmission de la propriété, soit en ce qui concerne les hypothèques légales.

Un respect si exclusif pour la publicité la plus absolue, une application si vive et si énergique d'un principe dont nos législateurs n'ont jamais voulu user que partiellement, ne saurait s'expliquer que par le seul amour de la logique. Si celui qui donne des lois à un peuple n'était que logicien, il aurait bientôt fait le désespoir de ses sujets, et les hommes qui ont formulé le Code bava-rois (1) et l'édit milanais avaient assez de lumières, pour savoir que la meilleure législation n'est pas celle qui est la plus fidèle aux règles inflexibles du syllogisme, mais celle qui s'adapte le mieux aux mœurs d'une nation. C'est, en effet, dans les vieux usages de l'Allemagne qu'il faut chercher la source du système dont nous venons d'esquisser les traits principaux. Elle est là tout entière, et non dans des théories imaginées dans le cabinet, et déduites, la dialectique à la main, sans tenir compte de l'état des peuples.

Lorsqu'une nation en est encore à son époque féodale (2), et que l'idée abstraite de morale et d'équité n'a pas encore pénétré dans les profondeurs de la société, le législateur est obligé de frapper les sens grossiers de l'homme par des rites symboliques et des formes palpables, qui gravent dans sa pensée les actes de la vie civile, qui lui en rappellent l'importance, qui l'enchaînent aux obligations qui en découlent. Le droit n'est alors qu'une sorte de drame, où chaque contrat s'exprime par des solennités mimiques, des emblèmes, des paroles sacramentelles, etc., etc. De là les formalités de l'hommage lige et simple, la procédure si minutieuse des épreuves, l'offre d'un gazon ou d'un fétu pour signifier et opérer la tradition d'un immeuble, et tant d'autres cérémonies semblables, dont le droit était surchargé au moyen âge. Dans l'opinion de cette époque, on ne pouvait concevoir l'aliénation d'un droit par la seule volonté des parties, et sans le secours d'un acte exprimant, par un fait extérieur et allégorique, que l'ancien propriétaire se dépouillait, et que l'acquéreur était investi à sa place (3).

(1) Le Code bava-rois a été rédigé par M. Goenner, savant jurisconsulte. *Thémis*, t. 6, p. 193.

(2) Sur le caractère des époques féodales ou aristocratiques, voyez l'admirable ouvrage de Vico, intitulé *Scienza nuova* (Science nouvelle), et traduit par M. Michelet.

(3) Vico a mis dans tout leur jour ces vérités si importantes dans l'histoire du droit.

C'est dans ces antiquités du droit féodal qu'est l'origine du nantissement, du vest et dévest, des œuvres de loi, etc., pratiqués d'abord dans toute la France avec des modifications diverses, restreints ensuite à certaines provinces, connues sous le nom de pays de nantissement, et toujours maintenus dans la Belgique et l'Allemagne, où les formes féodales se sont perpétuées avec plus de ténacité que partout ailleurs. Sans doute les progrès de la civilisation ont modifié ces formes. Ce qui n'était qu'une procédure réellement en action s'est converti en une procédure écrite; mais le sens en est resté le même; et pour ces peuples, l'aliénation du droit de propriété, partiel ou intégral, n'a jamais pu se détacher de la nécessité d'une tradition imitative, à défaut de tradition manuelle, et d'une manifestation solennelle et éclatante.

On conçoit, maintenant, comment le régime hypothécaire adopté par le Code bavaïse a pu facilement s'implanter sur un terrain de longue main préparé, par l'emploi des formes nationales nécessaires pour la transmission du droit de propriété. Depuis le milieu du siècle dernier, ce régime hypothécaire est en plein usage dans la Prusse et dans l'Autriche, et il ne paraît pas qu'il ait éprouvé d'entraves dans sa mise à exécution (1). Là, d'ailleurs, comme en Bavière, la tenue des registres des droits réels est singulièrement simplifiée par l'existence de grands domaines, par l'immobilité dont plusieurs sont frappés à raison de substitutions fidéicommissaires, par une législation sur les successions qui ne tend pas, comme en France, à diviser indéfiniment la propriété (2). La popularité dont ce système hypothécaire jouit en Autriche, dit suffisamment pourquoi l'empereur a voulu l'introduire dans ses états du Milanais.

M. Bigot a cherché à flétrir ces usages de l'Allemagne et de la Belgique, en les représentant comme le résultat de l'oppression des seigneurs féodaux, qui, afin de multiplier leurs droits de mutations, ont assimilé la constitution d'hypothèque à une aliénation effective, et ont entravé les transmissions de la propriété par mille formalités, pour qu'aucune n'échappât à leur avide surveillance (3). Mais c'est fausser entièrement la vérité de l'histoire. Que les financiers de la féodalité aient profité dans leur propre intérêt de coutumes qui facilitaient la perception de certains impôts; qu'ils aient même régularisé ces coutumes dans un but d'investigations purement fiscales, c'est ce que je m'empresse de reconnaître. Mais il n'en est pas moins vrai qu'en elles-mêmes, ces coutumes sont indépendantes de leurs inventions, et que leur

(1) Rapport de M. Girod sur le projet de Code génevois. *Thémis*, t. 9, p. 19.

(2) M. Jourdan, *Thémis*, t. 6, p. 202.

(3) *Confér.*, t. 7, p. 80, 81, 82.

racine se trouve dans l'intimité même des mœurs du moyen âge (1).

Ce régime hypothécaire, si heureusement pratiqué en Allemagne, une commission législative l'a proposé, le 21 décembre 1827, à l'adoption du conseil représentatif du canton de Genève (2). Le projet de loi a été rédigé en grande partie par M. Bellot, conservateur des hypothèques depuis quinze ans. Le rapport habilement travaillé, ouvrage de M. Girod, contient la critique la plus complète et la plus spécieuse du droit hypothécaire, que le Code Napoléon a établi à Genève lorsque ce pays faisait partie de la France. M. Girod lui reproche de s'être placé en arrière de ce que la loi du 11 brumaire an vii avait ordonné; d'avoir permis aux hypothèques légales des femmes et des mineurs de ne pas se promulguer; d'avoir entièrement négligé les moyens de constater que l'immeuble, objet du contrat et de la garantie, appartient à l'individu qui se représente comme propriétaire, etc.; les dispositions que nous avons vues dans le Code bavarois et dans l'édit milanais sont proposées comme infiniment préférables; l'inscription de tous les droits réels, les prénotations, la publicité des cessions d'hypothèques, passent dans le projet de loi précédées d'un commentaire lumineux pour en faire sentir les avantages; enfin les objections tirées de la grandeur de ces innovations, de l'encombrement des registres, de l'immense responsabilité imposée au conservateur, sont réfutées avec soin, et donnent lieu à deux mesures imposantes: la première, c'est que les inscriptions seront affranchies du renouvellement décennal qui complique inutilement les écritures; la seconde, c'est la création d'une caisse d'indemnité où se puiseront les sommes dues pour vices dans la tenue des registres, et qui sera dotée du dixième de ce que l'Etat aura reçu pour droits perçus par le conservateur (3). Je dois faire observer, au surplus, que ces projets de réforme en sont, à l'heure qu'il est, au point où le rapport de M. Girod les a laissés.

Le projet du Code belge contient des innovations moins larges, mais cependant profondes. Ce projet, présenté en 1824 aux Etats-généraux, devait se coordonner avec un projet de Code civil, dont l'une des bases était que la propriété des immeubles ne

(1) Je trouve la confirmation de ces idées dans un petit écrit de M. Cooper qui traite des formalités intrinsèques des actes translatifs de propriété (Londres, 1831). Ce savant juriconsulte anglais reconnaît que les transcriptions et registrations en usage chez les peuples du Nord n'ont pas été introduites originellement par une pensée de crédit public, mais bien comme moyen plus prompt et plus facile de remplacer l'ancienne tradition (p. 56, 57).

(2) *Thémis*, t. 9, p. 1 et suiv.

(3) Cet intéressant rapport se trouve dans la *Thémis*, t. 9, p. 1 et suiv.

pourrait être transférée que par la transcription (1). Or, pour peu qu'on ait étudié l'histoire du droit, on sait combien de facilités offraient les anciens usages belges pour soumettre à un témoignage public les mutations de droits réels!! Quant aux hypothèques considérées isolément, le législateur semble avoir (2) fait tous ses efforts pour rompre les habitudes que la longue existence de notre Code avait fait germer en Belgique. Il propose d'abolir les hypothèques légales du trésor, des mineurs et des femmes, et de n'admettre ces hypothèques qu'autant qu'elles seraient conventionnelles et spéciales. Il entre par là dans le vieux système attesté par Voët (3), et qui n'accordait à la femme aucune hypothèque légale (4). Il proscriit l'hypothèque judiciaire et l'hypothèque générale. Il veut que toute hypothèque soit contractuelle, spéciale et publique. Quant aux privilèges, ils doivent cesser d'attribuer un *jus in re*; ils n'ont plus de droit de suite, et n'ont d'effet qu'entre créanciers d'un débiteur commun. Les créanciers privilégiés ne sont préférables qu'aux chirographaires, mais ils sont primés par les créanciers hypothécaires. C'est la résurrection de la théorie du droit romain (5), que le droit français avait depuis bien longtemps renversée. Or, on sait qu'avant la révolution qui a rompu les liens de la Belgique et de la Hollande, le gouvernement du roi Guillaume était loin de venir chercher en France des autorités, et qu'il se laissait diriger par cette pensée, « qu'il fallait autant que possible des Codes qui éloignent les Belges des institutions françaises (6). »

Aussi, l'un des premiers actes du gouvernement provisoire établi en Belgique lors de la révolution de 1830, a-t-il été de rapporter les projets de Code préparés par les ministres du monarque hollandais; et la révision du système hypothécaire qu'ils avaient méditée a été englobée dans cette proscription. La Belgique reste donc soumise au régime hypothécaire du Code Napoléon. Je n'y connais qu'une seule modification, résultant d'une loi du 22 décembre 1828, qui a statué « qu'à partir du

(1) V. la *Revue étrangère*, t. 1, p. 102 et suiv., et surtout p. 641. Nous ne saurions trop recommander au public studieux cet intéressant recueil, publié par M. Foelix.

(2) V. l'analyse que M. Jourdan a faite de ce projet dans la *Thémis*, t. 7, p. 53 et suiv. Ce juriscônulte a cru à tort que dans le nouveau système proposé, l'aliénation de la propriété devait rester sous l'empire des dispositions de notre Code Napoléon.

(3) Lib. 20, t. 2, n° 20. V. *infra*, n° 417, note.

(4) M. Jourdan dit qu'il ne peut deviner les motifs de cette innovation du projet du Code belge, et il se livre à des conjectures assez éloignées, p. 56, 57. Il me semble que les antiquités du droit hollandais expliquent clairement cette privation de l'hypothèque légale.

(5) *Infra*, nos 18, 19, 20.

(6) *Thémis*, t. 1, p. 90, article sur les Codes nouveaux qui se préparent en Europe. V. aussi même ouvrage, t. 3, p. 188, au passage de l'exposé des principes qui ont dirigé le législateur belge dans la refonte du Code français.

» 1^{er} janvier 1829, il n'y aurait plus lieu au renouvellement décennal des inscriptions portées sur les registres hypothécaires, en vertu de la législation en vigueur (1). »

(1) L'état de choses que je signale ici a été changé par la loi récente du 16 décembre 1851, qui réalise, en Belgique, la réforme du régime hypothécaire. Préparée, dès l'année 1848, par une commission composée d'hommes dont l'expérience et les lumières étaient à la hauteur de la tâche, cette réforme a pris pour point de départ cette idée qu'un bon système hypothécaire ne saurait être conçu sans se coordonner avec le droit qui préside à la transmission de la propriété (V. *infra*, p. xxvi). De là, la division de la loi en deux parties distinctes : la première, sous le titre de *dispositions préliminaires*, se rapporte à la transmission des droits de propriété et autres droits réels; la seconde comprend dans une série de neuf chapitres, les changements faits au titre 18, liv. 3 du Code Napoléon, et à quelques articles épars dans d'autres parties du même Code.

Dans la première partie, la loi belge, proclamant la nécessité de la publicité, organise la transcription et détermine successivement ensuite les actes qui y sont sujets, le mode suivant lequel elle doit être effectuée, et les effets qu'elle produit. A cet égard, on peut voir quelle est l'économie de la loi dans l'analyse qui a été faite par M. Pont (*Revue de législation*, année 1848, t. 3, p. 385-395) des travaux de la commission et du projet du Gouvernement : le seul changement notable qui ait été fait au projet par la loi, consiste dans le mode de transcription. L'acte doit être transcrit en entier, d'après la loi, tandis que, d'après le projet, il suffisait de certaines annotations déterminées, prises par le conservateur sur une copie authentique qui lui était présentée, et devait rester déposée à son bureau. — Je reviens là-dessus, *infra*, sous l'art. 2181, à l'occasion du projet de loi sur la transcription récemment présenté en France.

La seconde partie traite des privilèges et des hypothèques. Les privilèges appelaient moins que les hypothèques le secours de la réforme; aussi ne sont-ils l'objet d'aucune de ces modifications fondamentales qui constituent un système nouveau. Je signale seulement les tendances de la loi à mettre ses dispositions en rapport avec les principes d'humanité, de justice et d'ordre public, mieux encore que ne l'a fait le Code Napoléon. Je signale aussi la disposition de l'art. 28, qui, calqué sur le texte proposé récemment en France par M. Rouher, dans la discussion de la loi sur la réforme du régime hypothécaire, a eu pour objet de tempérer les effets de l'action résolutoire.

C'est surtout dans la partie de la loi relative aux hypothèques que se trouvent les innovations essentielles. Le chapitre 3 commence, à cet égard, par des dispositions générales qui reproduisent les articles 2114 à 2120 du Code Napoléon, sauf deux modifications importantes qui se rapportent, l'une à la détermination des biens susceptibles d'être hypothéqués, l'autre à la division des hypothèques. Sur le premier point, la loi complète l'art. 2118, en ajoutant aux biens qu'il énumère comme susceptibles d'être hypothéqués, les droits d'usufruit, d'emphytéose et de superficie, et en imposant au créancier l'obligation de respecter soit les ventes de coupes de bois faites de bonne foi, soit les baux contractés aussi de bonne foi après la constitution de l'hypothèque, sauf néanmoins réduction de ces baux s'ils excèdent neuf années. — Sur le second point, la loi supprime l'hypothèque judiciaire, et sans tenir compte à cet égard des propositions faites par la commission et reproduites dans le projet du Gouvernement, elle supprime cette hypothèque sans rien mettre à la place, écartant ainsi la donnée du projet primitif qui avait créé l'*opposition immobilière* et l'avait substituée à l'hypothèque judiciaire.

Néanmoins, la loi reconnaît encore trois espèces distinctes d'hypothèques. L'hypothèque est légale, conventionnelle, testamentaire. — Les dispositions de la loi sur l'hypothèque conventionnelle reproduisent les art. 2124 à 2133 du

Mais les tentatives d'innovation qui avaient trouvé la Belgique rebelle, ont été conduites avec plus de succès dans la Hollande

Code Napoléon, sauf certaines modifications soit dans la rédaction, soit dans le fond même des choses, mais dans tous les cas assez peu considérables pour que je croie ne pas devoir m'y arrêter ici. — Je ne dis rien non plus de l'hypothèque testamentaire, sinon qu'elle a été introduite pour donner au testateur le moyen d'assurer le paiement d'une dette ou d'un legs, et qu'elle a sa raison d'être dans la suppression, en principe, des hypothèques générales, cette suppression entraînant comme conséquence celle de l'hypothèque résultant de l'article 1017 du Code Napoléon. — J'arrive donc à l'hypothèque légale; c'est plus particulièrement à cette hypothèque que la réforme s'est attachée.

La loi belge ajoute au texte de l'art. 2121 du Code Napoléon : elle accorde en effet l'hypothèque légale, non-seulement aux femmes, aux mineurs et interdits, à l'Etat, aux communes et aux établissements publics, comme il est dit dans cet article, mais encore aux provinces et aux personnes placées dans des établissements d'aliénés. Mais c'est surtout par rapport aux garanties à fournir par les tuteurs et par les maris, que l'innovation a été sérieuse. La généralité de l'hypothèque est la règle dans le Code Napoléon; c'est par exception seulement et dans des hypothèses particulières que le Code permet à cette hypothèque de se spécialiser (V. notamment les art. 2140 et 2141). Or, ce qui est l'exception dans le Code Napoléon, est posé comme une règle absolue dans la loi belge. Ainsi, quant à l'hypothèque de la femme, le montant en doit être fixé dans le contrat de mariage; elle doit être inscrite par le mari avant la célébration du mariage; et puis, pour assurer les droits de la femme, la loi lui donne à elle-même et elle donne soit aux parents et alliés des époux jusqu'au troisième degré inclusivement, soit au juge de paix et au procureur du roi, le droit de requérir l'inscription; du reste, en cas d'insuffisance de la garantie déterminée par le contrat de mariage, comme aussi pour toutes causes de recours que la femme peut avoir contre son mari, il lui est permis de requérir des inscriptions, au cours du mariage et en vertu de l'autorisation du président du tribunal, sauf le droit du mari de demander ensuite que ces inscriptions soient restreintes aux immeubles suffisants pour garantir les droits en raison desquels elles auraient été prises. — Quant aux mineurs, à l'ouverture de la tutelle, si la personne appelée à l'exercer possède des propriétés foncières, le conseil de famille désigne celles qui seront frappées d'hypothèque, et fixe la somme pour laquelle l'inscription sera prise; la loi prend avec soin les précautions les plus propres à assurer que la formalité de l'inscription sera accomplie. — S'il est reconnu que le tuteur n'a pas d'immeubles ou qu'il n'en a pas de suffisants, il peut être tenu de verser dans la caisse des dépôts et consignations les capitaux mobiliers du mineur, en attendant l'emploi qu'il en doit faire dans la mesure à fixer par le conseil de famille, suivant la prescription de l'art. 455 du Code Napoléon. Si dans le cours de la tutelle, les garanties fournies par le tuteur se trouvent modifiées, le conseil de famille peut en exiger de nouvelles, dans le cas où les premières seraient devenues insuffisantes, ou les restreindre dans le cas où elles seraient devenues évidemment excessives. — Enfin, pour assurer l'exécution des délibérations du conseil de famille, en ce qui concerne les inscriptions hypothécaires, l'art. 63 de la loi prescrit la tenue au greffe de chaque justice de paix, d'un état de toutes les tutelles ouvertes dans le canton, avec obligation au greffier d'envoyer chaque année au procureur du roi de son arrondissement copie de cet état, et nécessité pour le tribunal de statuer, tant d'office que sur les réquisitions du ministère public, ce qu'il appartiendra, sur le vu de l'état.

Ces classifications établies, la loi consacre d'une manière absolue le principe que « sans inscription pas d'hypothèque, » et supprimant les exceptions faites par l'art. 2135 du Code Napoléon en faveur des femmes, des mineurs et des interdits, elle dispose généralement et sans réserve « qu'entre créanciers, l'hy-

séparée de son heureuse rivale. Le gouvernement vient d'y faire adopter, en 1834, le système hypothécaire dont j'ai esquissé tout à l'heure les traits principaux (1). La propriété ne s'y transmet donc désormais que par le secours de la transcription. La loi ne reconnaît plus d'hypothèques légales, judiciaires et générales. Les privilèges sont primés par l'hypothèque, et n'ont pas de droit de suite. Les privilèges du vendeur et du copartageant sont abolis. Une inscription ne peut être déclarée nulle qu'autant qu'elle ne fait pas connaître suffisamment le créancier, le débiteur, la dette ou le bien grevé (art. 1264) (2). L'inscription conserve l'hypothèque sans renouvellement (art. 1265). Le délaissement est supprimé. Le mode de purgement est soumis à des modifications graves qui ne semblent pas toujours heureuses; par exemple, la surenchère n'est pas autorisée, et les créanciers restent à peu près désarmés contre les simulations de prix si fréquentes dans nos mœurs.

Toutes ces réformes, réalisées ou projetées en pays étranger, ave plus ou moins d'étendue, doivent avoir pour nous une importance d'autant plus grande, qu'il existe en France une opinion sinon générale, du moins très-imposante, qui tient en grande méfiance le système hypothécaire qui nous régit. Après l'enthousiasme que le Code Napoléon excita à sa naissance, sont venues la réflexion qui a refroidi bien des admirateurs, et la pratique qui a fait naître plus d'un mécompte. La critique a élevé sa voix; et quand elle a eu pour organes des hommes tels que l'infortuné

» pothèque n'a de rang que du jour de l'inscription prise sur les registres du » conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi. » (Art. 81.)

Enfin la loi règle dans autant de chapitres distincts le mode de l'inscription des privilèges et des hypothèques, la radiation et réduction des inscriptions, l'effet des privilèges et hypothèques contre les tiers détenteurs, l'extinction des privilèges et hypothèques, le mode de purger les propriétés des privilèges et hypothèques, enfin la publicité des registres et la responsabilité des conservateurs. Dans ces divers chapitres on peut relever encore des modifications assez nombreuses; mais elles ne sont pas à beaucoup près aussi considérables que celles dont je viens de parler. Parmi celles qui me paraissent le plus dignes d'être signalées, j'indique celle de l'art. 87, qui porte de deux années à trois le droit de collocation pour les intérêts, et applique le principe au privilège comme à l'hypothèque; celle de l'art. 90 qui fixe à quinze ans le temps pendant lequel l'inscription conserve ses effets, en ajoutant toutefois que l'hypothèque des mineurs, de la femme mariée, etc., est dispensée du renouvellement jusqu'à l'expiration de l'année qui suit la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage; enfin celle de l'art. 103 qui, en maintenant la prescription parmi les causes extinctives de l'hypothèque ou du privilège, dispose que le tiers détenteur ne pourra invoquer que la prescription de trente ans. — Telle est l'économie de la loi qui régit maintenant les privilèges et les hypothèques en Belgique.

(1) V. la loi tout entière dans la *Revue étrangère*, t. 1, p. 640 et suiv.

(2) V. mon comm. de l'art. 2146, t. 3, et ma critique de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Jourdan, ravi trop tôt à la science du droit qu'il éclairait de la vive lumière de ses aperçus historiques et philosophiques, elle a parlé un langage véhément, incisif, je dirai presque accusateur. Le travail hypothécaire du législateur de 1804 a été immolé sans pitié aux conceptions plus avancées de nos voisins d'Allemagne ; l'œuvre de Napoléon, de Portalis et de Treilhard a été stigmatisée, comme un chaos d'*éléments hétérogènes, de dispositions inexplicables, d'antinomies insolubles, ne produisant que tourment pour les interprètes et procès pour les justiciables* (1). Puis, est entré dans la lice un homme que la France pleure encore, Casimir Périer, qui voulut l'ordre avec la fermeté d'un grand caractère, et le progrès avec la maturité d'un génie sage et prudent. Notre système hypothécaire lui avait paru tellement vicieux, qu'en 1827 il ouvrit spontanément un concours, pour indiquer les améliorations qui pouvaient lui rendre la confiance publique, et il créa un prix de 3,000 francs pour l'auteur du mémoire qui aurait le mieux atteint ce but. « Depuis longtemps (écrivait-il aux journaux, le 5 février 1829), tous ceux qui s'intéressent à la prospérité sociale, s'affligent d'en voir le développement entravé PAR LES VICES DE NOTRE SYSTÈME HYPOTHÉCAIRE, dont les principaux effets sont d'éloigner les capitaux des prêts sur immeubles, et de maintenir la disproportion considérable et fâcheuse qui existe entre l'intérêt dans les emprunts sur la propriété, et celui que présentent les autres opérations de même nature. Le commerce et l'agriculture réclament également, dans cette partie de notre législation, des améliorations qui permettent d'étendre le crédit dont l'un et l'autre éprouvent un si grand besoin, en l'assurant sur la base à la fois la plus large et la plus solide, sur la valeur immense de notre sol.

» Frappé de ce fâcheux état de choses, et désirant contribuer à en avancer le terme, j'ai proposé, il y a deux ans, les questions suivantes, en créant un prix de 3,000 francs pour l'auteur du mémoire qui serait reconnu les avoir le mieux résolues.

» 1° Quels sont en France les vices et les lacunes des dispositions législatives et administratives concernant le prêt hypothécaire ?

» 2° Quels sont les obstacles qui s'opposent à la direction des capitaux vers cette nature d'emploi ?

» 3° Quelles seraient enfin les meilleures dispositions à établir pour former sur cette partie le projet de législation le plus complet et le plus en harmonie avec les besoins du fisc, ceux des emprunteurs, et les garanties qu'ont droit d'exiger les prêteurs, etc. ? »

(1) *Thémis*, t. 5, p. 228, 229. Voir aussi p. 481, et t. 6, p. 193.

Une législation sur laquelle pèse une improbation venue de si haut, et si solennellement manifestée, ne saurait être absoute, ni par le grand nom de ses auteurs, ni par les imitations qu'elle a produites au dehors, ni par les apologies incomplètes de quelques-uns de ses partisans (1). Le gant lui a été jeté; il faut qu'elle le relève, et qu'elle vienne rendre compte des principes qu'elle a préférés, et des motifs de son option. Cependant jusqu'à ce jour la critique a parlé seule, et la défense est restée muette. Est-ce donc à dire que la cause est définitivement perdue?

Pour moi, je ne veux me constituer ni le défenseur absolu ni l'adversaire exclusif du régime hypothécaire, objet de tant d'attaques. De grands défauts existent dans le Code; des lacunes fâcheuses s'y sont remarquer. Mais, à tout prendre, ses vices ne sont pas tous aussi énormes, ils ne sont pas aussi nombreux que le pensent ceux qui lui reprochent de nuire au crédit dont devrait jouir la propriété foncière. Peut-être que, sous ce dernier rapport, on ne fait pas assez d'attention qu'on veut rendre le régime hypothécaire responsable d'un état de choses qui tient, en partie, à la nature même de la propriété.

Quelque simple qu'on suppose la saisie immobilière, qui est la sanction de l'hypothèque, il faudra toujours des formalités assez lentes et même assez dispendieuses pour arriver à l'expropriation. Le crédit n'est pas le seul qui ait droit à des garanties. La propriété n'est pas moins fondée à en réclamer; car elle est le plus précieux de ces biens inestimables pour lesquels l'homme demande à la société toute sa sollicitude. Or, pour que la propriété soit efficacement garantie, il est indispensable que le débiteur, qui l'a offerte comme sûreté, trouve, dans des formalités prudentes, la certitude que ses créanciers n'abuseront pas de sa position, ne s'enrichiront pas injustement à ses dépens, et feront vendre son immeuble à sa vraie valeur. Il faut, de plus, des précautions pour que la brusquerie des prêteurs ne trouble pas violemment la possession des tiers détenteurs, et consente à entrer avec eux en compte de leurs améliorations. Enfin, les créanciers eux-mêmes doivent être rassurés contre la crainte que l'un d'entre eux ne s'empare, sans droit, du gage commun. Tous ces intérêts compliqués et divers ne sauraient être pris en considération, sans retarder la rapidité des poursuites, et par conséquent le paiement de ce qui est dû.

Il suit de là qu'un inconvénient grave, et découlant nécessairement de la nature même de la propriété, sera toujours inhérent au prêt hypothécaire. C'est que le prêteur ne peut espérer une

(1) Dissert. sur le régime des hypothèques, par M. Hennequin (Thémis, t. 4, p. 352 et suiv.). Ce célèbre avocat est loin d'avoir abordé toutes les objections.

prompte rentrée dans son capital, si à l'échéance le débiteur ne paye pas volontairement; et cet inconvénient se présente d'autant plus fréquemment, qu'en général ceux qui empruntent sur hypothèque manquent de crédit personnel, qu'on prête plutôt au sol qu'à eux-mêmes, et qu'une dette contractée par un propriétaire foncier en amenant ordinairement une autre, l'expropriation forcée est le terme où aboutit son dérangement. Je ne dis pas que ce résultat soit sans exception. Je suis loin de prétendre qu'il n'y ait aucun prêt hypothécaire qui ne soit fondé sur le désordre des affaires de l'emprunteur; je reconnais même que beaucoup d'emprunts sur gage immobilier sont contractés par des pères de famille possesseurs d'un actif solide. Mais j'ai voulu faire allusion à l'état de choses malheureusement signalé par le plus d'exemples. Presque toujours les propriétaires aiment mieux emprunter que vendre; et quand ils ont emprunté et que le fardeau des intérêts les a mis dans l'impossibilité de restituer la somme, beaucoup préfèrent se laisser arracher le patrimoine qui leur est cher, que de s'en séparer par un sacrifice volontaire. C'est là un résultat de cet amour du sol, qui s'exalte si facilement jusqu'à l'exagération la plus mal entendue, tant il a de profondes racines dans le cœur de l'homme.

Placez au contraire le prêteur en présence d'un commerçant en possession de tout son crédit. Quelle immense différence! Il n'en est pas ici comme du propriétaire inconnu qui, ses titres en main, est obligé de solliciter le secours du capitaliste. Le négociant accrédité n'a pas besoin d'aller au-devant des écus; ce sont eux qui viennent le trouver. Son crédit vaut un titre authentique, son renom égale toutes les garanties. Quiconque a un excédant sur ses revenus, ou un capital disponible, s'empresse de le déposer chez lui, en se contentant du modique intérêt qu'il lui plaît de lixer. Car c'est lui qui dicte la loi, et non lui qui la reçoit; le prêteur se croit même heureux qu'il accepte ses fonds, dont peut-être il ne saurait que faire, et il trouve une compensation suffisante de la diminution du taux des intérêts dans la certitude d'être remboursé sans frais et sans longueur, souvent à simple réquisition. Tels sont les avantages de prêter à la personne plutôt qu'à la chose, au crédit plutôt qu'à la propriété. Le vrai crédit personnel est toujours prêt à rendre, la propriété toujours disposée à différer. Le crédit offre sûreté et promptitude, la propriété fait acheter la sûreté par de longs délais. La condition du crédit personnel est donc de l'emporter sur la propriété. Vouloir changer cela, c'est vouloir changer la nature des choses.

Mais cette supériorité du crédit sur le gage immobilier apparaît en caractères bien plus éclatants, quand c'est l'Etat qui emprunte, et que la sûreté du grand livre de la dette publique est

protégée par l'ordre intérieur, par la paix du dehors et la fixité de la constitution. De tous les placements de fonds, ceux qui offrent le plus de commodité, de sûreté et d'avantages, sont alors les achats de rentes sur l'Etat. La facilité des transferts, la puissance de l'amortissement, les chances d'élévation du capital, alors que l'avenir est exempt d'inquiétudes, le paiement régulier des intérêts dans les localités les plus reculées, tout concourt à faire affluer les capitaux dans cette direction, et à ralentir les prêts sur hypothèque. Epuisez les combinaisons les plus ingénieuses de la législation, et vous ne pourrez faire qu'un simple propriétaire soit aussi solvable que l'Etat placé dans une situation paisible, que le crédit d'un seul vaille le crédit de tous. Il faut donc accepter cet état de choses, ou bien se créer des chimères.

L'époque à laquelle Casimir Périer faisait appel aux jurisconsultes réformateurs, était celle d'une fièvre industrielle inouïe dans nos annales, et d'une confiance illimitée dans les fonds publics. La paix ouvrait au commerce de vastes débouchés ; l'activité française se portait avec une ardeur impétueuse sur tous les genres de spéculation ; la bourse, s'appuyant sur la situation florissante du pays et sur la confiance qu'inspirait l'avenir, attirait à elle une masse énorme de capitaux, les uns pour se caser paisiblement, les autres pour courir les chances de l'agiotage. N'est-ce pas une conséquence même de cet état prospère, que les prêts sur hypothèques fussent sacrifiés, dans quelques villes de grand commerce, à des placements qui souriaient davantage à la tendance des esprits et aux besoins de la société ? Je suis peut-être dans l'erreur, mais je m'étonne que l'esprit juste et profond de Casimir Périer ait imputé aux vices seuls du régime hypothécaire, cette préférence pour des opérations d'un autre genre.

Mais que la chance tourne, que le crédit soit ébranlé, que l'Etat soit en proie au génie des révolutions : alors les capitaux abandonneront le commerce, les rentes sur le grand-livre seront délaissées, et les prêts hypothécaires auront toute la faveur, parce que, s'ils ne sont pas les plus commodes, ils remplissent du moins toutes les conditions de solidité et de sûreté dont manquent les autres spéculations. Ainsi, chaque remède a sa vertu, chaque combinaison sa revanche et son temps d'opportunité. On a dit des hommes, *non omnia possumus omnes*. Il faut le dire aussi des institutions.

Cessons donc de demander à la législation hypothécaire des effets qu'elle ne pourra jamais produire. Cessons de vouloir qu'elle engendre une rapidité dans les transactions, une commodité dans les recouvrements, incompatibles avec les formes compliquées qui protègent la propriété ; renonçons à exiger

qu'elle donne à la personne qui n'a à offrir en gage que son immeuble, et qui ordinairement inspire des soupçons d'embarras pécuniaires, par cela seul qu'elle contracte des dettes, cette confiance qui est l'attribut de celui qui, par ses relations commerciales, sa bonne conduite, son travail et sa réputation, vit du crédit public et commande aux capitaux. Il ne faut pas se heurter contre des impossibilités.

Gardons-nous de croire d'ailleurs que les vices du régime hypothécaire empêchent tellement la machine de fonctionner, que le crédit en soit frappé au cœur, et que les capitaux fuient épouvantés les prêts sur immeuble. Je sais que tous les jours on répète (et il est arrivé à Casimir Périer lui-même de le dire) que la direction des fonds disponibles s'éloigne d'une manière notable des placements hypothécaires. Mais cette assertion, quoique sans cesse admise comme point de départ, est d'une incroyable inexactitude, au moins pour la province que j'habite et pour celles qui l'avoisinent. Les renseignements que j'ai pûs auprès de notaires éclairés m'ont prouvé que les capitaux abondent dans leurs études pour être employés en prêts sur contrats, tandis que ce sont les emprunteurs qui manquent et ne se présentent pas. Tout propriétaire qui offre un gage est sûr de ne pas attendre un instant l'argent dont il a besoin. Au contraire, celui qui veut placer est obligé de patienter longtemps, et souvent en vain, pour trouver quelqu'un qui veuille traiter avec lui ; et ce n'est pas seulement aujourd'hui que ce fait existe, il avait lieu même en 1825, à cette époque d'agiotage et de folles spéculations. Qu'on ne dise donc pas que le crédit échappe tout à fait à la propriété, et que les capitaux ont pour l'hypothèque une invincible répugnance. La vérité est que, malgré le contrepoids du grand-livre, le sol a encore auprès des détenteurs de fonds un large crédit ouvert, un crédit bien supérieur à ses besoins. Il ne faut pas faire le mal plus grand qu'il n'est, et gâter une bonne cause par l'exagération.

Et toutefois, nous ne devons pas nous abstenir de sérieux efforts pour perfectionner cette législation hypothécaire, mal conçue à tant d'égards. Nous avons droit de lui demander si elle remplit son but principal, la sûreté des fonds prêtés ; si elle ne trompe pas quelquefois la confiance des capitalistes nombreux qui ont encore foi à ses promesses, malgré les vives et publiques attaques dirigées contre ses défauts ; nous pouvons faire des vœux pour qu'elle se débarrasse de formalités inutiles, de lenteurs exagérées qui embarrassent son action. La procédure sur l'expropriation et sur l'ordre doit être simplifiée (1). Cependant ne

(1) Elle a été simplifiée, depuis que j'ai écrit ceci, par la loi du 2 juin 1841 sur les ventes judiciaires, qui remplace aujourd'hui divers titres du Code de procédure. Mais il s'en faut qu'on ait fait assez ; il reste encore beaucoup à faire.

nous abusons pas sur la portée de ces réformes. Quelque habiles qu'elles soient, elles ne donneront jamais à l'hypothèque cette allure dégagée, ces armes légères et promptes, qui ajoutent tant de prix au crédit commercial et aux rentes sur le grand-livre (1).

Et quand la tâche sera entreprise, il sera bon de jeter aussi ses vues sur les tarifs qui ont suivi la loi de 1841. Ces tarifs, établis d'une manière générale, peuvent convenir à Paris, où les ventes et les expropriations portent généralement sur des immeubles d'une valeur considérable; mais appliqués dans la campagne, où les ventes les plus nombreuses s'élèvent à peine à 5 ou 600 fr., et où il n'est pas rare de voir des lots adjugés pour 200, pour 100 et même pour 50 fr., ils sont écrasants pour la propriété.

Sur tout cela il y a de bonnes vues à prendre dans le rapport et dans le projet qui furent soumis, le 25 novembre 1850, à l'Assemblée législative, comme annexe au projet de réforme hypothécaire qui était alors en discussion. M. de Valmésnil, rapporteur, en constatant, dans son rapport, que la loi du 2 juin 1841 avait fait un pas très-important dans la voie des réformes, exprimait aussi qu'on pouvait et qu'on devait aller encore au delà, et dans cette vue il proposait, au nom de la commission, un projet dont les dispositions étaient destinées à remplacer les articles du Code Napoléon, sur l'expropriation forcée, et ceux du Code de procédure, sur la saisie immobilière, sur les incidents de la saisie immobilière, sur la surenchère sur aliénation volontaire, sur les ventes de biens de mineurs, sur les partages et licitations, sur le bénéfice d'inventaire, et sur la vente des immeubles dotaux. Ce projet est resté sans suite comme et avec celui de la réforme hypothécaire qu'il complétait; mais il pourra être utilement consulté, dans quelques-unes de ses parties, quand le moment sera venu de faire un pas de plus dans la voie des réformes ouverte par la loi du 2 juin 1841.

(1) Quelques-unes de ces observations ayant été contredites après la publication de la première édition de cet ouvrage, j'ajoutai, dans la seconde édition, la note suivante :

« Plusieurs des propositions qu'on vient de lire ont été contredites par » M. L. Wolowski, dans la *Revue de législation et de jurisprudence* (t. 1, » p. 43 et suiv.), tribune nouvellement ouverte par ce juri-consulte à la science » du droit. M. Wolowski pense qu'il ne serait pas aussi impossible que je le » dis, de donner au prêt hypothécaire la simplicité du coupon de rentes, et il » s'appuie surtout sur une institution pratiquée avec succès en Pologne et en » Prusse, les associations territoriales de crédit. Comme M. Wolowski a plu- » tôt indiqué que développé ses idées dans le premier article qu'il a publié, je » ne suis pas assez convaincu pour modifier les miennes. Jusqu'à preuve con- » traire, la raison philosophique et la raison pratique me feront croire que, tant » que le régime hypothécaire sera tenu de pondérer les droits rivaux assis sur » la propriété foncière, ce sera une machine compliquée dans ses ressorts et » pesante comme le sol qui est son élément. Cependant, si M. Wolowski continue » (ce que j'espère) à exposer en détail sa théorie, il me trouvera tout disposé à » profiter de ses aperçus et à faire à la vérité le sacrifice de mes opinions. »

Depuis que j'ai écrit ces lignes, les associations de crédit auxquelles M. Wolowski faisait allusion, ont été fondées, en France, par un décret du 28 février 1852, qu'a complété plus tard la loi du 10 juin 1853. Avant ce décret, diverses tentatives avaient été faites dans la même pensée : d'une part, le gouvernement avait présenté un projet à l'Assemblée législative, le 8 août 1850; d'une autre part, MM. Wolowski, Loyer et Martin (du Loiret) avaient fait, dans la même Assemblée, des propositions qui furent renvoyées à l'examen d'une commission, et donnèrent lieu à un second projet qui fut déposé par M. Chegaray, au nom de la commission, le 29 avril 1851. Ces deux projets, bien qu'ils différassent entre eux sur quelques points, s'accordaient cependant sur les règles auxquelles ils soumettaient les sociétés autorisées et sur les privilèges qu'ils leur accor-

Un bon système hypothécaire ne saurait être conçu, sans se coordonner avec le droit qui préside à la transmission de la propriété. Les rédacteurs du Code Napoléon l'avaient senti : car ils avaient proposé un projet d'article, d'où il résultait que les actes translatifs de propriété ne pouvaient être opposés à des tiers, quand ils n'avaient pas été transcrits (1). C'était persister dans le système adopté, après de longues méditations, par la loi de brumaire an vii. Mais cette proposition fut écartée au conseil d'Etat par l'influence de M. Tronchet, qui la qualifia de *désastreuse* (2). Ce jurisconsulte soutint que celui qui achète n'a pas besoin que la loi pourvoie d'une manière particulière à sa sûreté. « Il a les titres sous les yeux, disait-il. Il peut vérifier la posses-

daient. Mais dans l'état où se trouvaient les esprits alors, l'institution serait-elle sortie victorieuse de l'épreuve de la discussion? Il est permis d'en douter.

Quoi qu'il en soit, l'idée a été reprise après le 2 décembre; une commission fut insatuee au ministère de l'agriculture et du commerce, et du travail de cette commission est sorti le décret du 28 février 1852.

Ce décret, comme le dit très-exactement M. Josseau (V. le *Moniteur*, du 9 mars 1852, et le *Traité du crédit foncier*, introd. p. xxxv), ne renterme pas une organisation complète du crédit foncier; il ne crée pas des sociétés de crédit foncier, il favorise seulement leur établissement sous le contrôle du gouvernement. Dans cette vue, il indique le but de l'institution, qui est le prêt remboursable par annuité à long terme, par l'émission de titres ou lettres de gage, titres garantis par hypothèque, produisant intérêt et négociables sans frais.

L'opération s'accomplit par un intermédiaire entre l'emprunteur et le prêteur, entre le propriétaire et le capitaliste, intermédiaire dont la fonction est d'apprécier le crédit de la propriété foncière, d'émettre le titre, de recevoir l'annuité due par l'emprunteur et de servir l'intérêt au prêteur ou au porteur du titre. Cet intermédiaire, c'est l'association qui, ou le comprend, peut être formée soit entre des emprunteurs, soit entre des prêteurs. Le décret, art. 2, autorise les deux formes. Il organise ensuite, dans les tit. 2, 3 et 4, le système d'opération, les règles qui ont paru le plus susceptibles de concourir au succès de la société, et les moyens et privilèges à l'aide desquels peut être assuré le remboursement exact des prêts effectués.

Parmi ces privilèges, le décret a étendu au prêt hypothécaire consenti par la société de crédit foncier, la purge des hypothèques légales non inscrites que le Code Napoléon restreint au cas d'aliénation (art. 2193). Mais, en organisant une procédure et des formes spéciales, le décret déclarait la purge obligatoire. C'était un obstacle. Il a été levé par la loi du 10 juin 1853, qui maintient la purge, mais comme une simple faculté. L'art. 1^{er} de cette loi substitue des formes nouvelles, pour la purge, à celles que le décret avait établies; j'en donne le texte *infra*, sous le n^o 975. En outre, la loi tend à rendre le nouveau crédit plus accessible à la petite propriété; elle corrige la rigueur de la règle qui interdisait aux sociétés de prêter autrement que sur première hypothèque; elle évite à l'emprunteur les inconvénients de la publicité dans tous les cas où la publicité n'est pas indispensable, et elle diminue les frais et les lenteurs des prêts.

Telles sont les bases sur lesquelles l'institution est assise aujourd'hui. Elle est d'une date trop récente pour qu'on puisse encore rien dire de son avenir. Attendons que le temps nous apprenne si elle convient aux habitudes françaises, et si elle peut s'accommoder avec les conditions dans lesquelles la propriété foncière est constituée chez nous.

(1) Conf., t. 7, p. 223.

(2) *Ibid.*, p. 224.

» sion du vendeur ; et ce serait pour se dispenser de cet examen,
 » qu'on ne craindrait pas de compromettre la propriété d'un ci-
 » toyen qui se repose avec sécurité sur un contrat légal !

» Cette disposition, à la vérité, n'est pas nouvelle : on l'a em-
 » pruntée de la loi du 11 brumaire an VII ; mais elle n'y était
 » placée, comme beaucoup d'autres, *que pour l'intérêt du fisc*, et
 » sans avoir de point d'appui dans les principes de la matière.
 » Car comment colorer même une préférence évidemment arbi-
 » traire ou plutôt évidemment injuste (1) ? »

A ces raisons, d'une incroyable légèreté, M. Treilhard oppo-
 sait avec force, que l'effet du système de la publicité des hypo-
 thèques serait manqué, si l'on n'était pas autorisé à regarder
 comme propriétaire celui avec qui l'on stipule (2). Il démontrait
 qu'entre le prêteur, qui a confié ses fonds dans l'ignorance in-
 vincible d'une vente antérieure, faite par son emprunteur, et
 l'acquéreur à qui il était si facile de faire connaître son contrat,
 et qui ne l'avait pas fait, il n'y avait pas à hésiter, et qu'il était
 de toute justice de sacrifier celui qui, par une négligence repré-
 hensible, avait induit en erreur le prêteur que la loi renvoyait
 aux registres. Mais ce fut en vain. La discussion s'égara sur des
 points secondaires. On perdit de vue le point principal ; on ne
 sut pas se pénétrer de l'importance qu'il y avait à rattacher le
 système hypothécaire à un système de transmission de la pro-
 priété, protecteur des intérêts des tiers. L'article proposé ne re-
 parut plus, par un retranchement fort difficile à expliquer ; car
 aucune résolution précise du conseil d'Etat ne le proscrivit.
 Ainsi donc, l'une des plus grandes questions du régime hypothé-
 caire fut emportée à la faveur d'une omission non motivée, peut-
 être par suite d'un malentendu, ou d'un escamotage (3) ! !

(1) Conf., t. 7, p. 225.

(2) *Ibid*, t. 7, p. 226.

(3) Je dois ajouter ici que cette omission est sur le point d'être réparée. Dans toutes les tentatives de réforme hypothécaire qui ont eu lieu en France, le rétablissement de la transcription a été proposé toujours en première ligne et comme un préliminaire obligé. En 1841, vingt-deux cours et sept facultés représentaient « que la transcription est tellement dans l'esprit de nos lois, qu'on doit la regarder moins comme une innovation que comme une restitution à faire au Code Napoléon ; que la disposition de la loi du 28 avril 1816, qui exige le paiement du droit proportionnel de transcription sur les actes de vente, au moment même de l'enregistrement, est insuffisante pour garantir leur publicité, et qu'on ne saurait refuser de réparer ce qui est une omission évidente dans notre Code, surtout quand les peuples voisins qui ont adopté ce Code et le conservent avec respect n'ont point hésité eux-mêmes à remettre en vigueur le principe de la loi de brumaire. » (Voy. les documents publiés en 1844, par les soins de M. le garde des sceaux, t. 1, introd., p. LXV et suiv.) Deux cours seulement, celle de Bordeaux et celle de Toulouse, et la moitié des membres de la cour de Besançon, s'étaient prononcés pour l'état actuel des choses (V. *Ibid.*). En 1849, et dans les années suivantes, le rétablissement de la

Voyons ce qui en est résulté à l'égard des acquéreurs et des prêteurs.

Un acquéreur se présente pour acheter un immeuble. Il vérifie avec soin les titres de son vendeur. Il les trouve en règle. Il purge et il paye. Il se croit propriétaire paisible. Mais tout à coup un acquéreur précédent qui avait tenu son titre caché, et qui ne s'était pas mis en possession, réclame l'immeuble, et obtient qu'il lui soit adjugé. Quel moyen le second acquéreur avait-il de se prémunir contre l'erreur dans laquelle il a été entraîné, puisque le législateur a refusé de soumettre les translations de propriété à la publicité ?

Cette hypothèse n'est pas une fiction de l'école, sans exemple dans la pratique. Elle s'est plusieurs fois présentée devant les tribunaux (1).

On a même vu un vendeur recourir à la ruse suivante. Cet individu vend son immeuble avec rétention d'usufruit. Aux yeux des tiers, qui ne peuvent en aucune manière connaître un pareil arrangement, et qui voient la possession se continuer dans les mêmes mains, c'est lui qui demeure toujours le propriétaire de fait et de droit. Mais bientôt à la faveur de ce piège, tendu à la confiance publique, il vend ce même immeuble à un second acquéreur de bonne foi, qui paye son prix sans hésiter. A la mort du vendeur, l'usufruit se réunissant à la nue-propriété, le premier acquéreur, qui est aussi de bonne foi, réclame l'immeuble comme lui appartenant, et, d'après les principes du Code Napoléon, il triomphe dans son action (2). Evidemment de pareilles

transcription était la pensée dominante, et il ne souleva pas le moindre dissentiment. Successivement proposée dans le projet du gouvernement, dans celui du conseil d'Etat et dans les divers projets soumis à l'Assemblée législative par la commission qu'elle avait formée dans son sein, la transcription, comme moyen de consolider la propriété, appela à elle toutes les sympathies. Il n'y eut et il ne pouvait y avoir de discussion que sur les détails, et en particulier sur les formes à suivre pour constituer la publicité et sur les applications dont le principe était susceptible. Cette unanimité de vues, du moins quant au rétablissement du principe, a eu et devait avoir sa portée. Aujourd'hui, l'idée d'une réforme générale de la législation hypothécaire paraît abandonnée; mais celle de la transcription a survécu, et à l'heure qu'il est le Corps législatif est saisi d'un projet de loi spécial sur la transcription en matière hypothécaire. Une commission a été nommée : elle a fait son rapport, le 22 mai 1854, par l'organe de M. de Belleyme, et si le peu de temps qui reste à s'écouler avant que la session de 1854 atteigne à son terme ne permettait pas que la loi fût votée dans cette session, on peut affirmer du moins que celle de 1855 ne finira pas sans que le législateur ait comblé la trop regrettable lacune qui a été laissée dans la loi hypothécaire de 1804.

(1) Arrêt de la cour de Toulouse du 28 décembre 1821. Autre de la cour de Nîmes du 11 juin 1807. Autre, Angers, 11 novembre 1818 (*Decourdemanche, Danger de prêter sur hypothèque*, p. 177 à 184, et p. 188).

(2) Espèce jugée par la Cour de cassation, 25 juin 1816. *Journal du Palais*, t. 48, p. 358.

déceptions seraient impossibles si, conformément au système de la loi de brumaire an vii, abandonné par le Code Napoléon, les transmissions de propriété étaient soumises à la publicité. Le second acquéreur, éclairé par les registres, n'aurait pas acheté; ou bien, si le premier acquéreur n'avait pas transcrit, il aurait dû porter la peine de sa négligence, et son acquisition aurait été déstituée d'effet à l'égard des tiers.

Les mêmes dangers menacent les acquéreurs par expropriation forcée. Je me rends adjudicataire d'un immeuble sur saisie réelle. Mais si, par malheur, cet immeuble avait déjà été vendu à un précédent acquéreur que je ne connaissais pas, et dont la mise en possession n'avait eu rien de public, il pourra m'évincer; et la plus solennelle de toutes les ventes, celle sur adjudication publique, devra être rétractée. C'est ainsi que la question a été jugée, avec raison, par arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 1810, dans une espèce où les circonstances dont je viens de parler se rencontraient (1). Sous l'empire de la loi de brumaire an vii, un tel péril n'était pas à redouter.

Ce qui arrive à un acquéreur, pour le fonds même de la propriété qui lui a été vendue, et dont le prive une éviction imprévue, peut aussi se présenter pour un usufruit, pour un droit d'usage ou d'habitation, pour une servitude onéreuse, pour un bail qu'on lui aurait laissé ignorer (2), et qu'il est obligé de supporter à son grand détriment, quand ces charges prennent leur source dans des actes antérieurs à son contrat. Dans tous ces cas, l'acquéreur n'a pas eu la possibilité de se prémunir. L'inspection des titres du vendeur n'a été sous ce rapport pour lui qu'une inutile exploration. On voit donc combien était inconsidérée la proposition de M. Tronchet, savoir, *que celui qui achète n'a pas besoin que la loi pourvoie d'une manière particulière à sa sûreté* (3).

L'acquéreur ne se trouve pas dans un embarras aussi invincible, quand c'est par l'effet d'une clause résolutoire qu'il est évincé. Car, en consultant les titres de son vendeur, il a pu s'éclairer sur son existence; il a pu savoir si l'immeuble qu'il a acheté était frappé d'un droit de réméré, si, ayant été donné à son vendeur avec des charges à remplir, celui-ci a prévenu la résolution en y satisfaisant. Une résolution pour survenance d'enfants, ou pour défaut d'accomplissement de charges à venir, une action en réduction des biens compris dans une donation excessive, ne pourront pas le prendre au dépourvu; car, sachant que le bien qu'il achetait provenait originairement de donation, il a dû s'attendre

(1) Répert., vo Transcription, § 3.

(2) Arrêt de la cour d'Angers du 15 juillet 1818. Palais, t. 54, p. 400. Decourdemanche, p. 198.

(3) Je reviens là-dessus dans mon Commentaire sur la Vente. T. 1, n° 44.

à toutes ces chances, et prendre contre elles ses précautions. Les titres ont pu lui faire connaître aussi si son vendeur était soumis à un recours pour lésion. S'il a acheté un bien indivis, et que ce bien ne tombe pas dans le lot de son vendeur, il doit s'imputer d'avoir pris un immeuble sur lequel ce même vendeur n'avait pas des droits certains. Enfin, les titres des anciens possesseurs, en lui faisant connaître la mouvance, lui ont aussi appris si les acquéreurs successifs avaient soldé leur prix, s'il n'y avait pas de vendeur non payé, si les quittances étaient ou non satisfaites. Que s'il a eu l'imprudence de ne pas se livrer à cet examen, et qu'il soit inquieté par un vendeur non payé, demandant la résolution de la vente, il doit à la rigueur s'accuser lui-même, beaucoup plus que l'insuffisance de la loi. C'est ici qu'on pourra lui objecter, avec M. Tronchet : « Vous avez eu sous les yeux les titres ; vous pouviez vérifier la possession du vendeur (1). » Sans doute, cette vérification est souvent pénible. Il faut remonter le cours de longues années, pendant lesquelles les titres peuvent s'être égarés. Néanmoins les jurisconsultes ont dit avec raison : *Vigilantibus jura scripta sunt*. » Et pour décharger l'acquéreur de cette vigilance, il n'est pas clair qu'on puisse imposer à des tiers des obligations de nature à les gêner.

On peut en dire autant du cas où l'acquéreur a contracté avec un mineur, un interdit, un failli, une femme mariée sous un régime qui lui défend d'aliéner ses biens, un héritier apparent, etc. Il lui a été rigoureusement possible de s'informer de l'état de ceux avec qui il entrait en affaires. Les exemples de déception et d'erreur, qu'offre la jurisprudence (2), n'excluent pas un certain degré d'imprévoyance de la part des acquéreurs.

En exposant les divers risques de l'acheteur dans les différentes positions où je l'ai placé, j'ai voulu, avant tout, me mettre à l'abri des exagérations, dans lesquelles il me paraît que plusieurs critiques sont tombés. C'est le reproche que je ferai au plus marquant d'entre eux, à M. Jourdan (3), qui, dans ses vives attaques contre le système du Code Napoléon, n'a pas assez nettement distingué le cas où l'acquéreur se trouve dans l'impossibilité absolue de vérifier la condition de son vendeur, de ceux où le même acquéreur n'est arrêté que par de simples difficultés d'investigation.

(1) Confér., t. 7, p. 224, 225.

(2) Arrêt de la Cour de cassation, du 8 octobre 1806, qui annule une vente faite par un failli (ayant fait cession de biens) à un individu qui ignorait ces circonstances. Palais, t. 17, p. 35. Arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 1806, qui annule une vente faite par un failli à un acquéreur de bonne foi (Palais, t. 73, p. 254). Decourdemanche, p. 228 et suiv.

(3) Thémis, t. 5, p. 232, 233, et t. 6, p. 191, 195.

Nous venons de voir les chances de l'acquéreur contre des actions en résolution ou en revendication. Voyons si l'action hypothécaire a aussi pour lui des périls imprévus.

Sous ce nouveau point de vue, on ne peut se dissimuler que l'acheteur ne soit plus efficacement garanti, puisqu'il peut dégager son immeuble par la voie du purgement (1). Il peut même le purger des privilèges et hypothèques existants du chef des précédents propriétaires (2). S'il ne connaissait pas les femmes et mineurs ayant hypothèque légale sur les anciens possesseurs, ce ne serait pas un obstacle. L'avis du conseil d'Etat de 1807 lui offre le moyen de purger sûrement. Ce point est encore un de ceux sur lesquels M. Jourdan a fait à tort le procès au Code Napoléon (3). Notre loi ne contient à mon avis qu'un vice, et il est majeur ; c'est de permettre au vendeur, qui a laissé purger l'immeuble de son privilège, de revenir par la voie détournée de la clause résolutoire (4). Si le purgement peut être rendu inutile par la demande en résolution, à quoi bon l'autoriser avec un luxe trompeur de formalités ?

Concluons de tout ceci que, dans plusieurs cas importants, la solidité des acquisitions manque de garanties, par l'abandon du système de la loi de brumaire an vii ; et que, si le mal n'est pas aussi général que l'ont dit quelques auteurs, il est néanmoins assez grave pour qu'on soit en droit d'accuser le législateur d'imprudence, et d'exiger une réforme également désirée par les esprits pratiques et par les esprits spéculatifs (5).

Passons au prêteur.

(1) N° 927 de ce Commentaire, art. 2181, 2185, 2186, 2193 du Code Napoléon, et Avis du conseil d'Etat de 1807, n° 979.

(2) N° 913.

(3) « Quant aux hypothèques légales dispensées d'inscription, dit-il (Thémis, t. 5, p. 233), l'avis du conseil d'Etat de juin 1807 a rempli une lacune du Code Napoléon, en ouvrant à l'acquéreur une voie pour purger celles qu'il ne pourrait pas connaître. A l'égard des hypothèques inscrites sur le vendeur, il est vrai de dire que l'acquéreur peut s'en garantir. *Il n'en est pas de même des hypothèques INSCRITES* sur les précédents propriétaires de la chose, dont l'acquéreur peut ignorer les noms. (Cette assertion me paraît entièrement fautive. V, n° 913.) Ce n'est que dix ou vingt ans après la transcription de son contrat qu'il pourra être à l'abri de toute inquiétude. Ce n'est que trente ans après son acquisition qu'il devra être rassuré contre le privilège d'un vendeur, sans préjudice des suspensions légales. » Tout cela est inexact. Il est connu de tous qu'on peut purger les hypothèques et privilèges inscrits sur les précédents propriétaires. De plus, si ces hypothèques sont inscrites, comment l'acquéreur pourrait-il ignorer les noms des précédents propriétaires, puisque l'inscription doit faire connaître le nom du débiteur propriétaire ?

(4) V. nos 222 et suiv.

(5) Les notaires du Havre ont adressé au ministre de la justice, le 31 octobre 1834, une pétition tendant à obtenir le rétablissement de la transcription. Je les remercie d'avoir pensé que mon opinion peut avoir quelque influence sur la solution de cette question importante. Mais j'aurais désiré qu'ils eussent cité mes paroles avec plus d'exactitude.

Si le prêteur n'a pas les moyens de s'assurer que l'immeuble qu'on lui a donné en gage est la propriété de son débiteur, tout l'effet du système hypothécaire se trouve compromis. Or, nous avons vu que l'absence d'une formalité extérieure destinée à donner effet aux acquisitions à l'égard des tiers, expose le possesseur à se voir enlever par des acquéreurs plus anciens, mais forcément inconnus de lui, l'immeuble qui servait de siège à l'hypothèque; la revendication de cet immeuble fera donc tomber cette hypothèque, et le prêteur qui croyait avoir une garantie satisfaisante deviendra simple créancier personnel. Or, cette disparition soudaine de l'hypothèque est un danger contre lequel le Code Napoléon reste impuissant, et qui paralysait le crédit entre particuliers, si la plupart des emprunteurs n'avaient la bonne foi de répudier les moyens frauduleux auxquels l'imprévoyance de la loi donne un si facile passage.

Ce n'est pas tout. Supposons que le débiteur soit réellement propriétaire de l'immeuble offert en gage. Mais il a pu en diminuer la valeur accidentelle par une concession d'usufruit qu'il a laissé ignorer à son créancier. Et lorsque celui-ci se présente à l'effet de saisir l'immeuble, l'acquéreur de l'usufruit s'oppose à la poursuite en ce qui concerne son droit. Que devient alors l'hypothèque, privée de ce qui faisait sa valeur principale? Ce cas s'est offert dans une espèce jugée par arrêt de la Cour de cassation du 15 octobre 1810 (1).

Le possesseur peut faire autre chose. Il peut, avant la constitution d'hypothèque, consentir un bail d'une longueur démesurée, et se faire payer d'avance un grand nombre d'années de fermages. Celui qui ensuite prend cet immeuble à hypothèque, ignorant l'existence d'un pareil bail, voit ses intérêts compromis de la manière la plus grave, par des causes contre lesquelles il ne lui a pas été possible de se prémunir (2). Ce cas s'est présenté devant la cour de Paris (3), et il est même assez fréquent dans la pratique.

(1) Répert., *vo* Transcription. § 3.

(2) C'est en vue de ces dangers que le projet de loi dont le Corps législatif est saisi en ce moment, exige la transcription *des baux de plus de dix-huit années* pour que le bail puisse être opposé aux tiers (V. l'art. 2 du projet). La fixation de la durée des baux avait nécessairement, comme l'exprime M. de Belleyme dans son rapport, quelque chose d'arbitraire. Les rédacteurs du projet ont pensé que le terme de dix-huit ans concilie les exigences du crédit immobilier avec le respect dû aux usages et à la liberté des conventions privées. La loi belge, dont j'ai donné l'analyse plus haut, s'est montrée plus exigeante : elle prescrit la transcription de tous les baux dont la durée excède neuf années, et ajoute que dans le cas où les baux n'auraient pas été transcrits, la durée en serait réduite conformément à l'art. 1429 du Code Napoléon; c'est-à-dire que le bail ne serait obligatoire que pour le temps qui resterait à courir soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvaient encore, soit de la seconde, et ainsi de suite. V. dans la *Revue crit.*, t. 4, p. 160, un article de M. Pont, dans lequel ces dispositions de la loi belge sont approuvées.

(3) Arrêt du 3 déc. 1824, n° 777 *ter*, sur l'art. 2166.

Le créancier peut encore être trompé par l'existence ignorée d'une antichrèse, et par une cession de plusieurs années de fruits faite par anticipation (1); évidemment toute supercherie deviendrait impossible, si l'antichrèse et les cessions de fruits étaient soumises à la publicité pour pouvoir être opposées aux tiers.

D'autres perplexités attendent encore le créancier.

Prête-t-il à un homme marié?

En supposant qu'il connût sa qualité et qu'il eût vu son contrat de mariage, il ignorera la quotité fixe de la somme pour laquelle l'épouse a hypothèque légale; car cette somme est éventuelle; elle se compose d'éléments divers, que l'avenir peut modifier, tels que successions à échoir, indemnité pour dettes qui pourront être contractées, indemnité de propres qui pourront être aliénés, etc. Si le créancier fait un calcul approximatif, et que les reprises de la femme viennent à être plus fortes qu'il ne l'avait prévu, la place qu'il croyait avoir lui échappera, et son hypothèque sera inutile.

Quelquefois le mariage est précédé de plusieurs jours par un contrat de mariage qui n'a rien de public pour les tiers; c'est cependant à l'époque de ce contrat que remonte l'hypothèque de la femme (2). Or, le prêteur qui confiera ses fonds dans l'intervalle du contrat et de la célébration du mariage, et qui, ignorant ce qui s'est passé, croira avoir contracté avec un célibataire exempt d'hypothèque, verra le défaut de publicité lui enlever la garantie sur laquelle il avait cru pouvoir se reposer (3).

(1) Voy. *infra*, nos 778 et suiv.

(2-3) Mais ici, je dois appeler l'attention du lecteur sur la loi des 10-18 juillet 1850, qui a eu pour objet de faire connaître aux intéressés, par l'acte de célébration du mariage, si les époux ont ou n'ont pas de contrat destiné à régir leur association quant aux biens, et, par suite, de préserver les tiers contre la fausse déclaration des femmes qui allèguent s'être mariées sans contrat, tandis qu'elles en auraient un d'où résulterait pour elles l'incapacité d'aliéner. Dans cette vue, la loi a ajouté aux art. 75, 76, 1391 et 1394 du Code Napoléon les dispositions suivantes :

« ART. 75. L'officier de l'état civil interpellera les futurs époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, si elles sont présentes, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage, et dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu.

» ART. 76. § 10. La déclaration faite sur l'interpellation prescrite par l'article précédent, qu'il a été ou qu'il n'a pas été fait de contrat de mariage, et, autant que possible, de la date du contrat, s'il existe, ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu; le tout à peine, contre l'officier de l'état civil, de l'amende fixée par l'art. 50. — Dans le cas où la déclaration aurait été omise ou serait erronée, la rectification de l'acte, en ce qui touche l'omission ou l'erreur, pourra être demandée par le procureur impérial, sans préjudice du droit des parties intéressées, conformément à l'art. 99.

• ART. 1391. Toutefois, si l'acte de célébration du mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable