

que les autres n'ont qu'une obligation accessoire comme tiers détenteurs (1).

801. Maintenant voyons la forme de la discussion.

D'abord, l'exception de discussion doit être requise par le tiers détenteur : le juge ne peut l'ordonner d'office ; et comme elle est purement dilatoire, elle doit être proposée *sur les premières poursuites* (art. 2022 du Code Napoléon) (2).

Qu'entend-on par première poursuite ? C'est la sommation faite au tiers détenteur de délaisser ou de payer, parce que, comme nous l'avons vu ci-dessus, cette sommation tient lieu de commandement, et sert de point de départ à la poursuite en expropriation (3).

Néanmoins, rien n'empêcherait le tiers détenteur d'opposer, avant tout, la nullité de la poursuite, si en effet elle était entachée de quelque vice ; car, l'exception de discussion étant un obstacle à la poursuite, il

(1) C'est en ce sens que la chose a toujours été comprise. Je lis dans les Prélections d'*Huberus* le passage suivant, où l'on voit la qualification de *principal débiteur* donnée à la caution : « Si » debitor ejusque hæredes non exstent, priusquam tertius possessor excutiat, fidejussores conveniendi sunt, qui scilicet ut » *principales* debitorum sunt obligati, et actionem *principalem* » participant..... » *De pign. et hyp.*, n° 9, p. 1033. Je reviens là-dessus dans mon *Commentaire du Cautionnement*, n° 428 et suiv.

(2) Loyseau, ch. 8, liv. 3, n° 26.

(3) N° 790. MM. Persil, art. 2170, n° 9, et Rolland de Villargues, v° Discussion, n° 21, enseignent néanmoins que, les créanciers ne pouvant poursuivre la saisie immobilière que trente jours après la sommation de payer faite au tiers détenteur, celui-ci est à temps de réclamer la discussion tant qu'il n'y a pas de poursuites ultérieures après l'expiration de ce délai. Mais l'exception est tardivement proposée si elle ne l'est qu'après l'apposition des placards de la saisie immobilière pratiquée sur le tiers détenteur. Toulouse, 30 avril 1836, Bordeaux, 6 décembre 1839 (Sirey, 37, 2, 23 ; 40, 2, 208) ; à plus forte raison, si elle est proposée pour la première fois en appel. Bourges, 31 décembre 1830 (31, 2, 265). V. encore Bourges, 6 décembre 1839 (Sirey, 40, 2, 311).

s'ensuit qu'il n'est nécessaire d'y recourir qu'autant que la poursuite est régulière. Par la même raison, on pourrait opposer, avant l'exception de discussion, le défaut de qualité dans le poursuivant (1).

Le tiers détenteur doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion (2). Il ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la Cour impériale du lieu où le paiement doit être fait (3), ni des biens litigieux, ni, comme je viens de le dire au numéro précédent, des biens hypothéqués à la dette, qui ne sont plus en la possession du débiteur (4).

Je ne fais ici qu'indiquer les principes. Leur développement se rattache à un autre commentaire sur les art. 2022 et suivants du Code Napoléon, au titre du Cautionnement. Je me borne à ajouter que, d'après l'article 2024, toutes les fois que la caution a fait l'indication des biens, et qu'elle a fourni les deniers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable à l'égard du tiers détenteur,

(1) On peut consulter, sur le rang à suivre dans les exceptions qu'on a droit d'opposer, *Hilligerus*, commentateur de *Donellus* (Doneau), lib. 22, cap. 8, note 24. Cette matière des exceptions est fort imparfaitement traitée dans nos auteurs. Mais ce n'est pas le lieu de s'en occuper ici.

(2) Par arrêt du 21 mars 1827, la Cour de cassation a décidé que le tiers détenteur n'était pas obligé de faire l'offre de l'avance des frais s'il n'en était requis. Dal., 27, 1, 182. Mais le contraire résulte d'un arrêt de la cour de Bordeaux du 6 août 1833 (Sirey, 34, 2, 51). V. aussi M. Duranton, t. 20, n° 247.

(3) Conf. MM. Delvincourt, t. 3. p. 610; Persil, art. 2170, n° 7. V. cependant M. Duranton, t. 20, n° 246.

(4) Art. 2023. Pothier, Orl., t. 20, n° 36. Loyseau, ch. 8, liv. 3, n° 19, et Garantie des rentes, ch. 9, n° 4. Basnage, Hyp., ch. 16. Jugé par suite que le tiers détenteur ne peut indiquer comme objet de discussion un immeuble vendu par le débiteur, bien que le prix en soit encore dû par l'acquéreur, surtout si la distribution de ce prix paraît devoir donner lieu à des contestations. V. l'arrêt déjà cité de la Cour de Bordeaux du 6 août 1833.

de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par défaut de poursuites.

802. Pendant la discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué. Cependant je crois que, malgré la vérité de cette règle, il faut apporter ce tempérament, que l'on ne doit surseoir aux poursuites hypothécaires qu'autant que les biens ne seraient pas notoirement insuffisants pour payer le créancier. Car, s'il était évident que les biens indiqués fussent de si peu de valeur qu'il n'y eût pas à beaucoup près de quoi payer la dette, on ne laisserait pas de continuer la poursuite hypothécaire. Le créancier ne peut être retardé dans son paiement. Toutefois, pour peu qu'il y eût des biens, il faudrait toujours les faire vendre, puisque ce serait autant de diminué à la décharge du tiers détenteur. Telle est l'opinion des anciens interprètes, approuvée par Loyseau (1).

802 *bis*. La discussion, une fois faite sur l'exception d'un tiers détenteur, ne peut être réclamée par d'autres tiers détenteurs des biens hypothéqués à la même dette.

De même, la discussion faite par l'un des créanciers profite à tous les autres créanciers qui ont hypothèque (2).

Et ces deux propositions sont toujours vraies, à moins toutefois qu'on ne prouve que, depuis, le débiteur principal a recouvré des biens, ou qu'il a un héritier pur et simple solvable (3).

803. Le Code ne parle dans notre article que de l'exception de discussion : mais il en est plusieurs autres dont s'occupent les auteurs.

La première est l'exception pour raison d'impenses que le détenteur aurait faites sur l'immeuble. Je m'en occuperai sur l'art. 2175.

(1) De l'Act. hyp., liv. 3, ch. 8, n° 24. Elle a été consacrée par la cour de Toulouse dans un arrêt du 30 avril 1836 (Sirey, 37, 2, 23). V. aussi M. Duranton, t. 20, n° 246.

(2) Favre, C. lib. 8, t. 6, déf. 30.

(3) Idem, déf. 28.

804. La deuxième a lieu, suivant quelques-uns, pour raison des hypothèques que le tiers détenteur pourrait avoir sur l'immeuble, et qui lui assurent un rang *antérieur* au créancier poursuivant.

On a soutenu d'après la loi 12, D. *Qui potior in pig.*, que, dans ce cas, le tiers détenteur pouvait avec fondement s'opposer à l'expropriation, ou même au délaissement, si toutefois il paraissait évident que son hypothèque antérieure fût de nature à absorber la valeur du fonds. Quel serait alors le profit du créancier poursuivant? Il serait absolument nul. L'expropriation ne lui procurerait en aucune manière le paiement de sa créance. Elle ne fait qu'occasionner des frais considérables, qui, diminuant d'autant la valeur de l'immeuble, empêcheraient peut-être le tiers détenteur d'être payé de la totalité de son dû, tandis que, sans ces poursuites, il aurait conservé l'immeuble, et y aurait trouvé une compensation suffisante à sa créance (1).

Cette opinion a une grande apparence d'équité, et elle a été adoptée par arrêt de la cour de Rouen du 14 décembre 1815 (2).

Néanmoins elle n'est pas exactement vraie, et il faut lui apporter une modification.

En effet, il est certain en principe que le créancier premier en hypothèque, qui achète, sans formalités d'adjudication, la chose sur laquelle est assise cette hypothèque, est assimilé à un tiers détenteur étranger, et que les autres créanciers hypothécaires, quoique postérieurs, peuvent le poursuivre hypothécairement : « Ex » adverso, dit Voët, si creditor *antiquior* pignus, non » actione publicâ, sed privatim à debitore comparaverit, » liberum reliquis creditoribus est adversus eum hypothecariâ agere, et pignus evincere, perindè ac si ex-

(1) Pothier, Orléans, t. 20, n° 40. M. Grenier, t. 2, n° 335.

(2) Den., 16, 2, 125. Il a été cassé le 10 février 1818 (Dall., Hyp., p. 340).

» *traneo debitor pignus vendidisset.* » L. 1, C. *Si antiq., creditor pignus vend.* (1).

Je sais bien que, par la loi 1, C. *Si antiq.*, que je viens de citer, le créancier postérieur qui voulait poursuivre par l'action hypothécaire le créancier antérieur devenu acquéreur du gage commun, devait offrir à ce dernier de lui payer sa créance; sans quoi, il n'était pas écouté dans son action. Mais cela tient à ce que, par le droit romain (2), tous les créanciers indistinctement n'avaient pas le droit de faire vendre l'immeuble, qu'il n'y avait que le créancier premier en rang qui pût faire procéder à l'adjudication. Pour que le créancier suivant pût requérir la mise en vente, il fallait qu'il se mît aux droits du premier, en lui payant ce qui lui est dû. Ceci n'a pas lieu en France : on y a toujours tenu *qu'une hypothèque n'empêche pas l'autre*, et que tout créancier a indistinctement le droit de saisie immobilière.

Seulement, on craint ici que les frais de saisie ne consomment inutilement la valeur de l'immeuble. Mais comment peut-on savoir que la véritable valeur de l'immeuble sera plus qu'absorbée par la créance antérieure du tiers détenteur, et par les frais? En général, il n'y a, dans le système du Code, peut-être trop confiant à cet égard, que l'adjudication qui soit censée faire porter la chose à un prix dont les créanciers ne puissent pas se plaindre. Ordonnera-t-on une expertise, comme le fit dans un cas à peu près semblable le parlement de Paris, par arrêt du 16 juillet 1641 (3)? Mais on répondra que ce moyen présente moins de sûreté que l'adjudication, la chaleur des enchères pouvant quelquefois élever le prix de la vente bien au delà de la valeur intrinsèque.

Ainsi, le second créancier hypothécaire qui poursuit la vente, peut toujours répondre avec avantage qu'il est possible que l'adjudication fasse monter le prix de la

(1) Lib. 20, t. 5, n° 10. Favre, C., lib. 8, t. 11, déf. 4.

(2) *Suprà*, n° 355.

(3) Henrys, liv. 5, q. 29, ch. 6, *Infra*, n° 805.

chose à une valeur plus que suffisante pour acquitter les frais, et payer le tiers détenteur premier en hypothèque. L'exception du tiers détenteur n'est donc pas aussi bien fondée en droit qu'elle le paraît en équité, et elle résiste à l'art. 2169 du Code Napoléon, qui donne à tout créancier inscrit le droit de faire vendre la chose sur le tiers détenteur. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation par arrêt du 10 février 1818 portant cassation de celui de Rouen (1).

Néanmoins, comme il serait possible qu'en réalité l'adjudication ne produisît aucun autre résultat que de consommer en frais de justice une grande partie de la valeur de l'immeuble, la pratique a introduit l'usage d'ordonner, tout en rejetant l'exception, que le créancier poursuivant donnera bonne et valable caution de faire porter l'immeuble à si haut prix, que le tiers détenteur sera payé *intégralement* de sa créance première en rang (2); par ce moyen, tous les droits sont garantis et les principes sauvés. Je crois que cet usage n'a rien de contraire au Code Napoléon. *Nec obstat* ce que j'ai dit *suprà*, n° 795 *quat.*, savoir, que le créancier premier en rang qui veut s'emparer du gage commun n'a pas droit d'exiger des créanciers inférieurs requérant l'adjudication, qu'ils donnent caution de faire valoir l'immeuble à un prix suffisant pour l'indemniser loyalement et quittement. Ce dernier cas est différent de celui dont je m'occupe en ce moment. Ici le créancier est acquéreur : il cherche à conserver un droit acquis en opposant une exception à ceux qui viennent le troubler. Dans le n° 795 *quat.*, au contraire, je parle d'un créancier qui n'a aucun droit de propriété sur la chose, qui n'a de préférence que sur le prix de l'héritage, et qui, loin de pouvoir s'opposer à la vente, semble n'avoir d'autre intérêt

(1) Dal., Hyp., p. 340. Sirey, 18, 1, 173. M. Dalloz n'a pas donné les faits de cet arrêt.

(2) Pothier, Orléans, t. 20, n° 40. Grenier, t. 2, n° 325, p. 81.

que de la hâter pour profiter des sommes qu'elle produira. A la vérité, la Cour de cassation ne parle pas, dans son arrêt du 10 février 1818, de cette obligation de donner caution; mais il ne faudrait pas croire qu'elle la rejette par son silence : dans l'espèce sur laquelle il a été statué, il n'en avait pas été question entre les parties, et le tiers détenteur n'avait pas songé à la demander (1).

805. La troisième exception, relevée par quelques auteurs, et qui a beaucoup de rapport avec la précédente, c'est l'exception tirée de ce que le tiers détenteur aurait payé jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble des créanciers hypothécaires antérieurs au poursuivant, et dont il a subrogation légale.

Henrys soutient avec force que cette exception est fondée sur la nécessité d'empêcher de consommer en frais d'expropriation la chose achetée par le tiers détenteur. Il n'est pas raisonnable, dit-il, qu'un tiers acquéreur, qui a payé les premiers créanciers et autant ou plus que le fonds peut valoir, puisse être dépossédé impunément et sans apparence de profit par un dernier créancier, et que celui-ci fasse vendre opiniâtement un fonds sur lequel il n'a rien à prendre, suivant les apparences. Tout au moins faut-il que ce créancier donne caution de le faire valoir plus qu'il n'est estimé, et de se charger des frais, dommages et intérêts qu'il peut causer par une poursuite volontaire et frustratoire (2).

C'est aussi l'opinion de Bretonnier, annotateur d'Henrys.

Ce cas doit être décidé par les mêmes raisons et de la même manière que le cas précédent. Au moyen de la subrogation légale, l'acquéreur remplace les créanciers qu'il a payés dans l'hypothèque antérieure qu'ils avaient. C'est donc comme si originairement il avait eu de son chef une hypothèque antérieure au créancier poursuivant.

(1) M. Dalloz est d'une opinion contraire (Hyp., p. 356, 357), mais à tort, à mon avis. V. *infra*, n° 836.

(2) Liv. 4, ch. 6, p. 29, t. 2.



Or, j'ai dit plus haut que le tiers détenteur ne pouvait dans ce cas empêcher la continuation des poursuites; qu'il pouvait seulement exiger que le poursuivant donnât caution de faire valoir la chose à un prix assez haut pour ne pas souffrir de la recherche.

Cependant un arrêt du parlement de Paris, du 16 juillet 1641, rendu sur les conclusions conformes de M. Talon, avocat général, et rapporté par Henrys, *loc. cit.*, en a jugé autrement, dans un cas où un dernier créancier voulait faire vendre un immeuble à lui hypothéqué sur le tiers détenteur qui avait employé le prix à payer des créanciers antérieurs en hypothèque. Le parlement ordonna par cet arrêt que l'immeuble serait expertisé, afin de connaître quelle était sa véritable valeur, et de savoir s'il y avait espoir que le poursuivant pût par la vente forcée profiter de quelque chose. Mais, l'expertise ayant établi que l'immeuble avait été payé par l'acquéreur à sa véritable valeur, la cour jugea, par un arrêt définitif du 14 juillet 1642, sur les conclusions conformes de M. Talon, que l'acquéreur ne pourrait être inquiété.

Ces arrêts ne peuvent faire aujourd'hui aucune autorité. On ne doit pas hésiter à les rejeter (1).

806. La quatrième exception relevée par les auteurs est l'exception de garantie. Je laisse parler Pothier (2) :

« Lorsque le créancier est personnellement obligé,
 » de quelque manière que ce soit, envers le possesseur,
 » à la garantie de l'héritage qui lui est hypothéqué, *putà*,
 » comme étant devenu l'héritier du vendeur, il résulte
 » de cette obligation de garantie dont il est tenu, une
 » exception péremptoire contre son action hypothécaire;
 » car, la garantie consistant dans l'obligation de défendre le possesseur de tous troubles en la possession de
 » son héritage, il est évident qu'elle résiste à l'exercice de
 » l'action pour le lui faire délaisser. De là cette maxime :

(1) M. Grenier, t. 2, p. 81, n° 335. *Suprà*, n° 795 bis.

(2) Orléans, t. 20, n° 41.

» *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

» Lorsque le créancier n'est tenu qu'en partie de la garantie de l'héritage, il ne sera exclu de l'action hypothécaire que pour la partie dont il est tenu de cette garantie.

» Lorsque le créancier n'est pas à la vérité personnellement tenu de la garantie, mais possède des héritages hypothéqués à cette garantie, il peut, comme possédant ces héritages, être exclu de l'action hypothécaire; mais avec cette différence que le créancier, qui est personnellement tenu de la garantie, est absolument exclu de l'action hypothécaire; au lieu que celui qui possède seulement des héritages affectés à cette garantie, n'est exclu de son action hypothécaire qu'autant qu'il veut retenir ces héritages, et il peut, en les abandonnant, suivre l'action hypothécaire. »

807. La cinquième exception est l'exception *cedendarum actionum*.

Le tiers détenteur, dit Pothier (1), qui a acquitté la dette par l'effet de la poursuite hypothécaire, a droit de requérir, en payant, la subrogation à tous les droits, actions, hypothèques et privilèges du créancier (2).

On voit que cette exception ne pouvait, même d'après Pothier, arrêter la vente par expropriation forcée. C'était un moyen pour le créancier *qui voulait payer* de se ménager un recours contre les autres tiers détenteurs. Mais, une fois la poursuite en expropriation entamée, l'exception *cedendarum actionum* ne pouvait la paralyser, à moins qu'il n'y eût paiement.

Aujourd'hui, le tiers détenteur n'a pas même besoin de demander la cession d'actions. Elle a lieu de plein droit, d'après l'art. 1251 du Code Napoléon, au profit du tiers détenteur qui paye les créanciers hypothécaires.

(1) Orléans, t. 20, n° 42.

(2) V. *suprà*, 788 bis.

Ainsi, l'on doit dire à plus forte raison que l'exception *cedendarum actionum* n'est d'aucune efficacité contre la poursuite en saisie immobilière.

Il pourrait arriver cependant que le créancier poursuivant fût lui-même détenteur de choses hypothéquées à sa dette; alors le détenteur d'autres héritages qu'il poursuit en expropriation forcée peut exiger que le créancier fasse confusion de sa dette, au prorata de ce qu'il possède d'héritages hypothéqués et qu'il a acquis postérieurement à l'acquisition du défendeur (1).

Mais de ce que le créancier devrait diminuer sa créance, il ne s'ensuit pas que la poursuite en expropriation puisse être arrêtée. La poursuite n'est pas nulle pour avoir été commencée pour une somme plus forte que celle qui est due au créancier (art. 2216, Code Napoléon).

Seulement, lors de la sommation de délaisser ou de payer, le tiers détenteur pourrait objecter que le créancier doit faire une défalcation sur son dû, et faire des offres réelles, si le créancier opposait quelque résistance.

ART. 2174.

L'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble.

SOMMAIRE.

808. Que l'on ne peut opposer l'exception de discussion à celui qui a hypothèque spéciale. Ancienne jurisprudence. Variété d'opinions.
809. On ne peut l'opposer contre les créanciers privilégiés.

(1) *Suprà*, n° 789 *ter*. Pothier, Orléans, t. 20, n° 43.

COMMENTAIRE.

808. C'était autrefois une question fort controversée et fort diversement résolue, que de savoir si l'exception de discussion pouvait être opposée au créancier ayant hypothèque spéciale.

Accurse (1) pensait que le créancier ayant hypothèque spéciale ne pouvait être renvoyé à discuter le débiteur principal et ses cautions. C'était aussi l'avis de Masuer et de Dumoulin, et Voët le trouvait assez probable (2). Mais Loyseau (3) soutient qu'il ne faut pas distinguer, et que celui qui a une hypothèque spéciale doit être renvoyé à discuter le débiteur principal, de même que celui qui a une hypothèque générale. Loyseau convient bien qu'anciennement il en avait été autrement ; mais il prétend que c'était une mauvaise pratique fondée sur une fausse interprétation de la novelle 112.

Tel était le sentiment de Favre (4), de Fachinée (5), de Louet sur Brodeau (6), de Despeisses (7).

Le Code a préféré l'ancienne opinion, qui, du reste, avait pour elle le texte ou l'esprit de la plupart des coutumes (8). L'hypothèque spéciale, qui, chez nous, résulte de la convention, semble prendre dans la convention elle-même quelque chose de plus énergique et de plus étroit, qui s'oppose à ce que le droit qu'elle procure soit suspendu.

(1) Sur la nov. 4, *De fidej.*, § *sed neque*.

(2) Lib. 20, t. 4, n° 3.

(3) Dég., liv. 3, ch. 8, n° 7.

(4) *De errorib. pragmat.*, error 3, dec. 6.

(5) Cont., lib. x, c. 10.

(6) L. H., n° 9.

(7) T. 1, p. 403.

(8) Paris, art. 108. Orléans, art. 436. Sens, art. 134. Tours, art. 217. Basnage, p. 84. Coquille, t. 7, art. 3. Pothier, Orléans, t. 20, n° 55. V. encore là-dessus mon *Commentaire du Cautionnement*, n° 561 et suiv.

Notre article s'applique même au cas où l'hypothèque spéciale embrasserait tous les biens présents du débiteur. La loi a voulu, autant qu'il a été en elle, favoriser la spécialité, qui sympathise davantage avec la publicité de l'hypothèque.

Quid si l'hypothèque conventionnelle comprenait, outre les biens présents reconnus insuffisants, les biens à venir?

Il faudrait donner la même solution. Cette hypothèque, quoique générale, n'en est pas moins spéciale : les inscriptions qui sont prises à mesure des acquisitions doivent contenir la spécialisation de l'immeuble par la mention de sa nature et sa situation (1).

809. L'exception de discussion ne peut non plus être opposée contre le créancier privilégié.

On sait qu'il y a des privilèges généraux et des privilèges spéciaux.

Notre article, qui a distingué les hypothèques générales d'avec les hypothèques spéciales pour concéder le bénéfice de discussion contre les premières, et le refuser contre les secondes, ne fait pas la même distinction à l'égard des privilèges. Il dit en général que l'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié. Evidemment cette disposition s'applique aux privilèges généraux comme aux privilèges spéciaux.

ART. 2172.

Quant au délaissement par hypothèque, il peut être fait par tous les tiers détenteurs qui ne sont pas personnellement obligés à la dette, et qui ont la capacité d'aliéner.

(1) MM. Delvincourt, t. 3, p. 180, n° 7. Persil, art. 2171, n° 4. Dalloz, Hyp., p. 349, n° 8. Duranton, t. 20, n° 250. *Contrà*, Grenier, n° 326, et Tarrible, *Tiers détenteur*.

SOMMAIRE.

810. Transition.
811. Pourquoi celui qui est obligé personnellement ne peut délaisser. La honte d'une saisie peut le porter à tenir ses engagements. Pourquoi le délaissement est-il admis à l'égard de celui qui n'est pas personnellement obligé?
812. Des mutations par décès et entre-vifs qui engendrent ou non obligation personnelle.
813. Le tiers détenteur qui a été chargé de la dette, en l'absence du créancier, peut-il délaisser? Variété d'opinions. Précautions que doit prendre le créancier pour empêcher le délaissement.
814. L'obligation de purger implique-t-elle prohibition de délaisser? Arrêt approuvé quant à sa solution, et blâmé quant aux motifs.
815. De la soumission à payer la folle-enchère.
816. Cas singulier où celui qui a consenti l'hypothèque peut délaisser.
817. Capacité pour délaisser.
818. De l'héritier bénéficiaire.
819. Du curateur à succession vacante. Des syndics d'une faillite. Des envoyés en possession provisoire des biens d'un absent. De celui qui est placé sous la direction d'un conseil.
820. Du mineur. Erreur ou obscurité reprochée à M. Grenier.
821. De la femme mariée.
822. Résultat du délaissement fait par un incapable.
823. Pour pouvoir délaisser, faut-il avoir déjà payé le prix au vendeur?
824. Il faut distinguer si les créanciers se contentent ou non du délaissement. S'ils s'en contentent, ou s'ils le requièrent, le délaissement est valable. Sinon, ils peuvent exercer l'action personnelle de leur débiteur pour être payés du prix.

COMMENTAIRE.

810. Deux conditions sont requises pour délaisser : la première, c'est de n'être pas personnellement obligé à la dette ; la seconde, d'avoir capacité pour aliéner.

La première condition a été l'objet de quelques éclaircissements dans ce que j'ai dit n° 797 et 798. J'ai cité des exemples qui s'appliquent parfaitement ici, soit d'une manière directe, soit d'une manière indirecte. J'ai parlé aussi des héritiers. Cependant je dois ajouter ici des principes plus précis, et d'autres exemples empruntés à la jurisprudence.

811. Celui qui a contracté une obligation personnelle, garantie par une hypothèque, ne peut, en aucune manière, se libérer par l'abandon de la chose hypothéquée. La loi 1, au D. *De pignorib.*, dit positivement: « qui cre-
» ditoribus proficitur se pignoribus cedere, *nihilò magis*
» *liberatur.* » Mêmes principes dans les lois *Creditor*, D. *si certum pet.* — *si pro mutuâ*, C. *eod tit.* — *si quis in pignore*, D. *de pign. act.* La raison en est que le délaissement n'abolit pas l'obligation personnelle, qui a affecté la personne même du débiteur. Car le gage n'a pas été donné au créancier pour qu'il s'en contente, mais bien pour qu'il y trouve une sûreté. « In datione pignoris non
» hoc agitur, ut eo contentus sit creditor, sed potius ut
» in tuto sit creditum. » *Inst. § dern. quib. mod. re contrah.* (1).

Ainsi, le délaissement n'aurait aucun but à l'égard du créancier personnel. Il produirait seulement pour résultat de l'exempter des tracasseries ou même de la honte qui accompagnent une expropriation forcée, et de faire suivre l'expropriation sur un curateur. Mais il est juste qu'un mauvais payeur subisse ces désagréments et cette honte. Ce peut être un frein pour l'empêcher de manquer à ses obligations : la crainte de s'y voir exposé l'excitera à tenir loyalement ses promesses.

Mais à l'égard de celui qui n'est pas tenu personnellement, il n'a d'engagement qu'à cause de la chose, et sa position est toute différente. Dès qu'il consent à abandonner cette chose, il est convenable de l'y admettre,

(1) Loyseau, *Déguerp.*, liv. 4. ch. 3, n° 3 et 4.

et de le débarrasser des incommodités d'une expropriation, qui ferait une brèche injuste à son crédit (1).

Ceci posé, voyons dans quel cas un détenteur est obligé personnellement.

812. Les mutations universelles ou à titre universel par décès emportent toujours avec elles l'obligation *personnelle* de payer les dettes. Les héritiers, les légataires universels, ou à titre universel, sont dans cette catégorie : ils ne succèdent pas seulement aux biens, ils succèdent encore à l'obligation personnelle (2). Ils ne peuvent donc pas délaisser pour la part et portion dont ils sont tenus personnellement.

Le légataire particulier, n'étant pas tenu des dettes, doit être placé dans une catégorie différente. Il peut délaisser, à moins toutefois qu'une clause expresse du testament ne l'obligeât à payer la dette assise sur l'immeuble à lui légué (3). A l'égard des mutations *entre-vifs*; s'il s'agit d'un donataire universel, c'est-à-dire de celui qui est donataire de biens présents et à venir (art. 1085 et 1093 du Code Napoléon), il paraît juste de dire qu'il doit se considérer comme personnellement obligé aux dettes, et qu'il ne peut délaisser.

Mais, pour ce qui concerne le donataire de tous les biens présents, ou bien celui d'une chose déterminée, il est certain que ni l'un ni l'autre n'est *personnellement* tenu des dettes du donateur (4); d'où il suit que la faculté de délaisser existe à leur égard.

Il en est autrement lorsque le donateur a chargé le donataire du paiement des dettes : le délaissement ne lui est pas permis (5).

(1) *Infrà*, n° 828.

(2) *Suprà*, n° 797, 798.

(3) L. 70, *De leg.* 2°.

(4) Cette opinion n'est cependant pas sans contradicteurs. Mais ce n'est pas le moment de la discuter. Je l'ai traitée avec développement dans mon Commentaire sur le titre de la *Vente*, n° 448 et suiv.

(5) M. Tarrille, Rép., v° Tiers détenteur.

Mais faut-il nécessairement que cette délégation, que cette charge ait été acceptée par le créancier? Je vais tout à l'heure traiter cette question. Je continue l'énumération des autres causes de mutations entre-vifs.

Ce sont la vente, l'échange, la dation en paiement, etc. Dans tous ces cas, l'acquéreur n'est qu'un successeur particulier, qui demeure étranger aux obligations personnelles de son auteur.

Mais les conventions particulières peuvent mettre à la charge de l'acquéreur l'obligation de payer les créanciers avec le prix de la chose. Nul doute que dans ce cas l'acquéreur ne soit tenu personnellement, lorsque les créanciers ont accepté cette délégation. Car il s'établit alors une obligation personnelle entre les créanciers et l'acquéreur (1).

813. Mais que doit-on décider s'il y a eu simple délégation ou indication de paiement?

M. Delvincourt (2) professe l'opinion que l'acquéreur ne s'oblige alors que comme simple détenteur, et qu'il doit être reçu au délaissement. C'est aussi ce qu'a décidé la Cour de Bruxelles, par arrêt du 9 floréal an XIII (3).

Mais la Cour de cassation a décidé, par arrêt du 21 mai 1807, que celui qui avait été chargé par le vendeur de payer une rente, ne pouvait se décharger de la rente à l'égard du créancier en délaissant l'immeuble, encore bien que cette délégation n'eût pas été acceptée par le créancier qui n'avait pas été partie au contrat (4).

(1) Loyseau, lib. 4, ch. 4, nos 15 et 16. Bruxelles, 12 mai 1810. Sirey, 13, 2, 365. Dal., Hyp., p. 341, note 1, n° 1.

(2) T. 3, p. 378, note 2.

(3) Sirey, 7, 2, 762.

(4) Répert., Délaissement. Sirey, 7, 1, 278. Dalloz, Hyp., p. 344. Arrêts conf. Paris, 12 mars 1812. Dalloz, *loc. cit.*; Rouen, 12 juillet 1823 (Sirey, 25, 2, 324). C'est aussi l'avis de M. Grenier, n° 331. Je dois dire cependant que la Cour de cassation paraît n'y avoir pas persisté. V. 27 juin 1838 et 15 janvier 1839 (Sirey, 38, 1, 663; 39, 1, 131).

Cette seconde opinion paraît préférable ; elle est conforme à ce qu'enseigne Loyseau (1).

En effet , le créancier peut s'adresser directement à l'acquéreur qui, par le contrat, s'est obligé à payer entre ses mains. Le créancier n'intente pas alors l'action hypothécaire, dont la conclusion directe est le délaissement et non le paiement ; il ne fait qu'exercer les actions de son débiteur, qui pourrait contraindre l'acquéreur à payer suivant la convention. D'où il suit que « quand même l'acquéreur voudrait délaisser l'héritage (c'est Loyseau qui parle), lorsqu'il serait poursuivi par le créancier, celui-ci pourrait toujours intenter contre lui l'action utile , en vertu de la promesse qu'il aurait faite au premier débiteur de payer et acquitter la rente, *encore même que ce débiteur n'eût pas fait de cession d'actions au créancier.* »

Cette opinion est seule exacte.

Mais il faut bien remarquer que les créanciers devraient se garder de conclure au délaissement ; car le détenteur serait en droit de les prendre au mot (2). Ils doivent se renfermer dans les conclusions de l'action qu'ils exercent au nom du débiteur, et ne pas y mêler les conclusions de l'action hypothécaire.

814. Il s'est présenté la question de savoir si l'obligation de purger, imposée par le vendeur à l'acquéreur, est une de ces obligations personnelles qui s'opposent au délaissement. On disait pour l'affirmative que la soumission à purger entraîne l'obligation de payer le prix de la chose aux créanciers inscrits, qu'il y a donc impossibilité de délaisser de la part de l'acquéreur ; car le délaissement n'est pas le purgement de l'immeuble ; c'est une mesure toute différente, et qui suppose même que le purgement n'a pas eu lieu. Néanmoins, par arrêt du 18 juillet 1817, la cour de Poitiers se prononça pour le

(1) Liv. 4, ch. 4, n° 10. *Suprà*, n° 797.

(2) V. *infra*, n° 823.

délaissement, sous prétexte qu'il n'y avait pas eu obligation personnelle, et la Cour de cassation (1) rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt par le motif qu'il appartenait aux juges du fond de décider, d'après les circonstances, si l'obligation était ou non personnelle.

Pour bien apprécier cet arrêt et celui de la Cour de cassation qui le confirme, il faut se fixer sur quelques points de fait importants à connaître. C'est que les créanciers à qui le délaissement avait été fait, ne s'étaient nullement plaints de ce délaissement; ils y avaient même acquiescé, puisqu'ils avaient fait nommer un curateur pour poursuivre l'expropriation sur lui.

C'était le vendeur seulement qui prétendait faire annuler le délaissement. Le litige n'existait qu'entre l'acquéreur et lui. Les créanciers poursuivants n'y étaient pas parties. Or, s'il plaisait à ces créanciers de s'en tenir au délaissement, plutôt que d'intenter l'action personnelle contre l'acquéreur, ils en étaient les maîtres, et l'on ne voit pas pourquoi le vendeur serait admis à se plaindre de l'exercice de ce droit. Quand notre article dit que celui qui est obligé personnellement n'est pas reçu au délaissement, il entend dire que ce débiteur personnel ne peut forcer les créanciers à recevoir le délaissement de l'immeuble, comme pourrait le faire un tiers détenteur pur et simple. Mais quand ces créanciers y consentent, on ne voit pas que cet arrangement soit de nature à être critiqué par le vendeur.

Voilà ce qui, dans l'espèce, me paraît devoir mettre à l'abri de la critique la décision des juges de Poitiers. Mais on aperçoit que, pour parvenir à cette solution, ils ont pris une mauvaise route, et ont examiné des moyens qui, suivant moi, n'étaient pas les moyens véritables de la cause (2).

Il me paraît même certain que l'obligation de purger,

(1) 8 juin 1819. Dal., Hyp., p. 347. Sirey, 20, 1, 14.

(2) *Infra*, n° 822.

imposant des obligations personnelles, pourrait mettre les créanciers à même de refuser le délaissement (1).

815. On a agité une autre question. Celui qui se rend adjudicataire d'un immeuble vendu aux enchères sur vente volontaire, et qui s'oblige à payer la folle-enchère en cas d'inexécution des clauses du contrat d'adjudication, est-il recevable à délaisser l'immeuble par hypothèque ?

Dans l'espèce, une des clauses du cahier des charges était de payer aux créanciers inscrits le prix de l'adjudication. L'acquéreur, sommé de payer, par ces créanciers, leur fit le délaissement. Mais il fut refusé, et par arrêt de la cour de Paris, du 17 janvier 1816, il fut décidé que la soumission de l'acquéreur à payer la folle-enchère emportait de sa part renonciation au délaissement (2).

Cet arrêt est conforme aux principes.

816. Il arrive quelquefois qu'une personne consent à accéder à l'obligation d'une autre, mais seulement pour fournir hypothèque, et sans entendre contracter en aucune manière l'obligation personnelle de payer. Nul doute que, dans ce cas, ce débiteur purement hypothécaire ne soit admis à délaisser pour s'exempter du paiement du prix. C'est aussi l'opinion de Loyseau (3). Cet auteur avertit, du reste, que cette circonstance est rare ; car il n'arrive pas souvent qu'on oblige sa terre sans obliger en même temps sa personne. Cependant j'ai vu cette circonstance se rencontrer. Je signale donc ce cas de délaissement comme étant fort remarquable (4), puisque

(1) Et ils seraient certainement fondés à le refuser si l'acquéreur leur avait notifié son contrat avec offre de payer le prix de vente. Cela est établi par la jurisprudence. V. Paris, 9 décembre 1833 (Sirey, 34, 2, 491). Cassation, 14 mars 1838 (Sirey, 38, 1, 463). Il en est de même si l'acquéreur a laissé procéder à l'ordre ouvert sur le prix de vente de l'immeuble par lui acquis. Bourbon, 18 janvier 1834 (Sirey, 36, 2, 253 ; Dalloz, 37, 2, 173).

(2) Sirey, 16, 2, 83.

(3) Liv. 4, ch. 3, n° 16.

(4) M. Persil l'a touché, art. 2171, n° 2.

celui qui le fait n'est pas un tiers détenteur, mais bien celui qui a constitué l'hypothèque. On sait qu'en principe celui qui s'est obligé personnellement avec hypothèque n'est pas admis au délaissement.

817. Venons à la seconde condition pour délaisser. C'est d'avoir capacité pour aliéner. Car, quoique le délaissement ne soit pas une véritable aliénation, cependant il y conduit directement, puisqu'il place l'héritage entre les mains du créancier pour qu'il le vende.

818. Voyons d'abord ce qui concerne l'héritier bénéficiaire.

Dans des temps anciens, il paraît que c'était l'usage au parlement de Paris d'assujettir l'héritier bénéficiaire détenteur d'immeubles hypothéqués à les délaisser par hypothèque ou à payer. Cet usage fut observé jusqu'à ce que Chopin, le savant commentateur de la coutume de Paris et de la coutume d'Anjou, ayant été chargé de soutenir l'appel contre une sentence qui avait jugé suivant la coutume admise, fit changer la jurisprudence par arrêt du 3 juin 1592, qu'il rapporte lui-même (1), avec une analyse assez étendue de son plaidoyer. Cet arrêt décida qu'il était permis à l'héritier bénéficiaire de garder les biens de la succession, sans être tenu de les délaisser, sauf aux créanciers hypothécaires de les faire saisir réellement. La cour ordonna que cet arrêt serait lu et publié au Châtelet.

Le principal fondement de cet arrêt, d'après les raisons plaidées par Chopin, fut que l'héritier bénéficiaire tient plus du curateur à succession vacante que du véritable héritier, parce qu'il doit compte aux créanciers des biens revenus de la succession.

Lebrun approuve cet arrêt (2). « Comme en toute occasion, dit-il, la coutume le compare au curateur aux biens vacants, il doit observer les formalités auxquelles

(1) Cout. de Paris, liv. 2, t. 5, n° 22, 23.

(2) Success., liv. 3, ch. 4, n° 68.

» un curateur aux biens vacants est astreint, pour ne
 » vendre les immeubles que par décret; et, d'un autre
 » côté, il ne peut être poursuivi personnellement, ni de
 » l'action mixte sur ses propres biens, et ne peut être
 » condamné de payer les dettes ou de déguerpir, mais
 » bien de vendre solennellement et de rendre compte. »

Ainsi, suivant ces auteurs et l'arrêt qu'ils invoquent, l'héritier bénéficiaire ne devait pas être sujet à l'action hypothécaire.

Mais Loyseau, qui a écrit après Chopin, ne partage pas cette opinion. Il tient formellement que l'héritier bénéficiaire est, comme bien-tenant, soumis à l'action mixte ou écrite *in rem* pour les rentes foncières, et à l'action hypothécaire pour les simples hypothèques (1).

Aussi, quand il examine la question de savoir si l'héritier bénéficiaire peut *déguerpir*, il se prononce, sans hésiter, pour l'affirmative, par la raison qu'il est véritable propriétaire des biens, et qu'il peut aliéner (2). C'est aussi l'opinion de Pothier (3).

Mais si l'héritier bénéficiaire pouvait déguerpir de son chef, pourquoi n'aurait-il pas qualité pour délaisser? Le délaissement est quelque chose de moins que le déguerpissement. Il ne produit pas une aliénation actuelle, tandis que le déguerpissement opérerait une aliénation présente (4). Le délaissement vient toujours se résoudre en vente publique aux enchères, ce qui est une garantie qu'on retirera de l'immeuble un prix aussi élevé que possible. Au contraire, le déguerpissement était un abandon fait au créancier qui gardait la chose par devers lui.

Mais il ne suffit pas de raisonner par des analogies. Notre article pose un principe : c'est que quiconque peut aliéner, peut aussi délaisser. Toute la question est donc de savoir si l'héritier bénéficiaire peut aliéner.

(1) Liv. 2, ch. 3, n° 4.

(2) Liv. 4, ch. 6, n° 16 et suiv.

(3) Orléans, t. 19, n° 81.

(4) *Suprà*, n° 786.

Or, il est certain que l'héritier bénéficiaire, étant vrai héritier et maître de la succession (*verus enim hæres et herus est*), a capacité pour aliéner.

A la vérité, il est soumis à certaines formalités pour la vente des immeubles (art. 806 du Code Napoléon et 987 et suiv. du Code de procédure civile); mais cela ne tient qu'à la forme, et ne touche pas à la capacité. On a cru devoir introduire des formes de vente plus solennelles pour donner une garantie aux créanciers de la succession. Mais la preuve que s'il vend sans formalités, les ventes sont valables et ne peuvent être attaquées, c'est que l'article 988 du Code de procédure civile se borne, pour toute peine, à le déclarer héritier pur et simple. Loyseau prouve très-bien (1) que quand l'héritier bénéficiaire vend autrement que par justice, il n'en transfère pas moins à l'acquéreur la propriété incommutable de la chose; que seulement il s'expose à voir les créanciers soutenir qu'il leur doit compte des biens vendus, non à raison du prix qu'il a touché, mais à raison de leur juste valeur, s'ils veulent maintenir qu'ils valaient davantage qu'il ne les a vendus. Ces principes sont ceux de Dumoulin, qui, sur l'art. 30 de la coutume de Paris, tient que l'héritier bénéficiaire a capacité non-seulement pour vendre, mais encore pour donner les biens de la succession. Ils ont été adoptés par un arrêt de la cour de Rouen du 20 frimaire an xiv (2).

Disons donc que l'héritier bénéficiaire a capacité pour vendre, sauf certaines formalités. Donc il peut aussi délaisser; et remarquons que les formalités dont parlent les articles 806 du Code Napoléon et 987 et suiv. du Code de procédure civile, ne concernent que la *vente*; qu'elles sont par conséquent étrangères au *délaissement*, qui est un acte d'abdication différent, et pour lequel, d'ailleurs, le Code Napoléon a tracé des formalités solennelles qui

(1) Liv. 4, ch. 6, n° 16.

(2) Sirey, 7, 2, 997.

servent de garantie, et ne permettent pas de supposer que l'immeuble n'a pas été cédé pour sa juste valeur.

Il faut donc repousser les doctrines professées à cet égard par Chopin et Lebrun, et qui sont fondées sur la fausse assimilation d'un héritier bénéficiaire à un curateur aux biens vacants, et sur de mauvaises conséquences tirées de l'obligation imposée à cet héritier de ne vendre que suivant certaines formalités.

819. A l'égard du curateur à succession vacante, qui n'est qu'un véritable administrateur, il ne peut pas délaisser, et il faut qu'il laisse les créanciers procéder par voie d'expropriation forcée.

Il en est de même du failli, qui est dessaisi par la déclaration de faillite, et ne peut faire aucun acte d'aliénation. A la vérité, le failli peut faire cession de ses biens (art. 566 et suiv. du Code de commerce); et en principe, on assimile souvent le délaissement à la cession des biens (1). Mais il y a cette différence, en ce qui touche la question qui m'occupe, que la cession des biens porte sur *tous les biens* du failli, en sorte qu'aucun des créanciers ne peut en éprouver de préjudice, au lieu que le délaissement par hypothèque n'a pour objet que le simple abandon des propriétés *hypothéquées*, et qu'il est possible que cet abandon de quelques portions seulement de la fortune du débiteur nuise à quelques-uns de ceux qui ont des affaires avec lui.

C'est ainsi que l'héritier bénéficiaire peut abandonner *tous les biens* aux créanciers de la succession et aux légataires (art. 802 du Code Napoléon), et que cependant, s'il veut vendre quelques effets singuliers de l'hérédité, il ne le peut qu'avec l'autorisation du tribunal (art. 987 et 988 du Code de procédure civile).

(1) Loyseau, liv. 6, ch. 7, n° 3. — Mais, du reste, on ne peut plus s'arrêter à ce point de vue depuis la loi du 8 juin 1838 modificative du titre des Faillites au Code de commerce, puisque, d'après cette loi, aucun débiteur commerçant n'est désormais recevable à demander son admission au bénéfice de cession de biens. (V. le nouvel art. 541 du C. de comm.)

Les syndics provisoires d'une faillite, n'ayant aucune mission pour se mêler de l'aliénation des immeubles, ne peuvent délaissier pour le failli dont les créanciers hypothécaires veulent poursuivre les biens (1).

Mais, à l'égard des syndics définitifs, il en est autrement : ils ont qualité pour aliéner. D'après l'art. 534 du Code de commerce, ils doivent, en vertu du contrat d'union, et sans autres titres authentiques, poursuivre la vente des immeubles du failli, sans qu'il soit besoin d'appeler le failli. Il est clair qu'ils sont par là investis du pouvoir de faire vendre : ils peuvent donc aussi délaissier.

A la vérité, l'art. 572 du Code de commerce ajoute que les syndics doivent procéder à la vente suivant les formalités prescrites pour la vente des biens des mineurs. Mais cela ne tient qu'aux solennités de la vente, à laquelle on veut qu'il soit donné plus de publicité, pour élever le prix aussi haut que possible. Mais, quant à la capacité de faire vendre, il n'y a aucune assimilation à faire entre les mineurs et les syndics définitifs. Aussi M. Grenier pense-t-il que ces derniers peuvent délaissier (2).

Les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent ne pouvant, d'après l'art. 128 du Code Napoléon, ni aliéner ni hypothéquer, ils ne peuvent non plus délaissier. Il faut, dit M. Grenier, qu'ils laissent un libre cours aux actions hypothécaires (3).

Le tiers détenteur placé sous la direction d'un conseil peut faire le délaissier avec l'assistance du conseil, conformément aux art. 499 et 513 du Code Napoléon.

820. En ce qui concerne le mineur qui se trouve détenteur des biens soumis à une hypothèque, je ne fais pas

(1) M. Grenier, t. 2. M. Pardessus, t. 4, p. 329, n° 1279. M. Dalloz, Hyp., p. 343, n° 7.

(2) Grenier, t. 2, n° 328, p. 62.

(3) Ibid.

de doute que son tuteur ne puisse délaisser, pourvu qu'il y soit autorisé par un conseil de famille, d'après l'article 464 du Code Napoléon. Il en est de même du tuteur de l'interdit (art. 509 du Code Napoléon).

Je remarquerai cependant que MM. Persil (1) et Pigeau (2) veulent, en se fondant sur les art. 457 et 458 du Code Napoléon, que la délibération du conseil de famille soit homologuée par le tribunal. Mais, en plaçant la difficulté sous l'autorité de l'art. 464, on acquiert la conviction que cette formalité est inutile (3).

A ce sujet, M. Tarrible (4) dit une chose fort raisonnable : c'est que ces formalités ne doivent pas empêcher le créancier poursuivant de passer outre, quand les délais pour procéder à la saisie immobilière sont expirés. Mais il me semble que M. Grenier va beaucoup trop loin lorsqu'il dit « que l'incapacité d'aliéner rend impossible, » *par elle seule*, le délaissement par hypothèque; que » ce n'est pas le cas de recourir à des formalités à l'effet » de le légitimer, etc. (5). » Et pourquoi donc le tuteur ne pourrait-il pas s'environner de toutes les formalités qui légitiment les aliénations pour arriver au délaissement? Je ne vois pas de prohibition dans la loi.

M. Grenier enseigne lui-même que celui qui a été mis sous l'assistance d'un conseil, peut cependant légitimement délaisser, pourvu qu'il soit assisté du conseil que la loi lui donne (art. 499 du Code Napoléon).

Il y a, ce me semble, parité entre les deux cas, si ce n'est que les formalités pour autoriser le tuteur sont plus nombreuses. Mais l'incapacité est analogue. Pourquoi donc M. Grenier ne dit-il pas aussi, à l'égard de cet individu placé sous un conseil, que l'incapacité d'aliéner

(1) Art. 2170, n° 4.

(2) T. 2, p. 447, § 2, n° 1. — *Junge* Battur, t. 3, n° 482.

(3) M. Dalloz, Hyp., p. 343, n° 5. — *Junge* M. de Freminville, t. 1, n° 441 bis.

(4) Rép., v° Tiers détent.

(5) T. 2, p. 59.

rend impossible par elle seule le délaissement ; que ce n'est pas le cas de recourir à des formalités pour le légitimer ?

M. Grenier a-t-il voulu dire seulement que le créancier poursuivant n'a pas besoin d'attendre l'accomplissement des formalités requises pour valider l'aliénation des biens du mineur ? A-t-il voulu dire que ce créancier poursuivant ne doit pas être partie dans tout ce qui est fait au nom du mineur pour habiliter son délaissement ? En droit, nul doute que M. Grenier n'ait eu raison. Mais il faut convenir alors qu'il a enveloppé sa pensée sous des formes bien obscures, et que les fausses propositions dont il l'environne éloignent l'esprit du but qu'il voulait indiquer.

M. Grenier, pour faire sentir de plus en plus la vérité de sa proposition, en ce qui concerne particulièrement les mineurs, s'applique à réfuter les auteurs qui ont assimilé le délaissement à une vente, et qui ont étayé leur opinion des art. 457, 458. Quoique le sentiment de ces écrivains ne soit pas conforme au mien, je crois devoir faire remarquer cependant que M. Grenier les attaque avec de mauvaises armes. Il leur objecte en effet qu'ils ont tort de s'arrêter aux art. 457 et 458 du Code Napoléon ; qu'ils auraient dû voir que, pour que l'aliénation soit valable, il faut arriver jusqu'aux art. 955 et 956 du Code de procédure civile ; faire procéder par experts à l'estimation de l'immeuble qu'il s'agirait de conserver ou de délaisser ; en un mot, compléter tout ce qui est remis par l'ensemble des lois sur l'aliénation des biens des mineurs (1). Or, dit-il, toutes ces formalités ne peuvent être appliquées au délaissement.

D'abord, quand tout cela serait vrai, je ne vois pas pourquoi on pourrait dire qu'il y a prohibition de remplir ces nombreuses formalités pour délaisser, pourvu qu'elles se fissent de manière à ne pas retarder l'action des créanciers poursuivants.

(1) T. 2, p. 59.

Mais ensuite, il est bien évident que M. Grenier va au delà du but. Il veut appliquer au délaissement les formalités des art. 955 et 956 du Code de procédure civile, que la loi n'a établies que pour la vente des biens des mineurs. Or, le délaissement n'est pas une vente. Ce peut être une aliénation, mais toute aliénation n'est pas une vente. Et qui ne voit d'ailleurs que ces formalités sont ici hors de propos, puisque, si le délaissement a lieu, les biens seront vendus à la requête des créanciers poursuivants dans la forme des saisies immobilières?

Je me suis arrêté un peu longtemps peut-être à réfuter une opinion du respectable M. Grenier; peut-être ai-je mal saisi sa pensée. Quoi qu'il en soit, j'ai cru devoir consigner ici mes observations; car je dois avouer que lors de la première lecture que je fis de l'ouvrage de M. Grenier, les passages que j'ai relevés portèrent dans mes idées un trouble que des réflexions plus mûres ont pu seules faire disparaître.

821. § Si l'immeuble poursuivi hypothécairement est un immeuble de la communauté, le mari peut faire seul le délaissement. Si l'immeuble est un propre de la femme, le délaissement devra être fait par celle-ci avec le consentement de son mari.

Si l'immeuble est dotal, la femme ne peut délaisser qu'avec la permission de justice, conformément à l'article 1558 du Code Napoléon.

822. Je crois avoir passé en revue à peu près tous les cas d'incapacité de délaissement et ceux où l'on peut se faire relever de cette incapacité en observant certaines formalités habilitantes.

Je dois examiner maintenant quels pourraient être les résultats d'un délaissement fait par un incapable.

D'abord, si l'incapacité du délaissant est reconnue du tribunal, il ne doit pas donner acte du délaissement; il doit le rejeter. Mais si cette incapacité n'est pas connue, et que le tribunal donne acte du délaissement, on sait qu'alors le créancier le plus diligent fait nommer un

curateur aux biens délaissés, et que c'est sur lui que se poursuit l'expropriation forcée. Le tiers détenteur pourrait, dans ce cas, argumenter de son incapacité, soutenir que la saisie a été faite sur une personne sans qualité, et qu'elle est nulle, et obtenir l'annulation des poursuites. En sorte que le créancier hypothécaire en serait pour les frais avancés, et devrait recommencer une nouvelle saisie sur le tiers détenteur lui-même. Ainsi le créancier poursuivant ne devra pas accepter le délaissement d'une personne incapable et non autorisée, et lorsqu'on se présentera devant le tribunal pour demander acte du délaissement, il devra avoir grand soin de s'opposer à son admission (1).

823. Aux deux conditions requises par le Code pour pouvoir délaisser, quelques personnes ont voulu en ajouter une troisième. On a soutenu que l'acquéreur d'un immeuble ne devait être reçu à délaisser, qu'autant qu'il avait déjà payé le prix à son vendeur. On disait dans ce système que l'acquéreur, qui n'a pas payé le prix au vendeur, doit purger et offrir ce prix aux créanciers. Autrement il serait en son pouvoir de résoudre à son bon plaisir le contrat de vente, et il en résulterait cette étrange combinaison, que celui qui obtiendrait la résolution du contrat, serait, non pas celui qui a à se plaindre de l'inexécution du marché, mais bien celui qui n'en remplit pas les conditions. En effet, un acquéreur se repent-il d'avoir acheté, désire-t-il se délier d'un engagement indissoluble? Cela lui devient facile ! il n'a qu'à ne pas payer son vendeur, et à ne pas purger. Les créanciers le sommeront de payer ou de délaisser : c'est ce qu'il demande, et il se hâtera de faire le délaissement, ce qui équivaut à la résolution du contrat de vente. Heureux encore le vendeur, s'il ne forme pas contre lui une demande en dommages et intérêts pour lui avoir vendu un immeuble dont il a été évincé.

(1) C'est donc à tort que M. Dalloz a dit qu'il importait assez peu au créancier que la vente fût poursuivie sur le curateur ou sur le tiers détenteur. Hyp., p. 343, n° 8.

Il suit de là, a-t-on dit, que le délaissement ne serait qu'un moyen de manquer à ses engagements, et qu'il n'a pas été dans l'intention du législateur de le permettre à celui qui n'a pas payé son vendeur. Il est évident que ce remède ne peut être employé que par celui qui a payé le vendeur et qui se trouve menacé de payer une seconde fois.

C'est vers cette opinion que paraît incliner M. Delvincourt (1).

Mais elle est contraire à un arrêt de la Cour de cassation du 8 août 1816 (2).

Dans l'espèce, un créancier avait fait sommation à l'acquéreur, non pas de délaisser, mais de se conformer à l'art. 2183 du Code Napoléon. Mais au lieu de cela, l'acquéreur fit le délaissement, et s'en *fit donner acte* par jugement sur requête. Le créancier, loin de s'en plaindre, garda le silence, et ce fut le *vendeur seul* qui s'avisa de critiquer le délaissement, prétendant qu'il aurait dû être précédé tout au moins d'offres de payer adressées au créancier. C'est cette prétention que la Cour de cassation rejeta par deux motifs : le premier, qu'il était constant en fait que l'acquéreur n'avait pas contracté l'obligation de purger ; le second, qu'aucune loi ne dit qu'on ne peut délaisser qu'autant qu'on a payé le prix au vendeur, ou offert de le payer aux créanciers, qui le refusent.

C'est à l'opinion de la Cour de cassation qu'il faut s'en tenir.

En effet, l'opinion contraire ne tend à rien moins qu'à forcer le tiers détenteur à purger. Et cependant c'est un principe qui sert de base au système hypothécaire, que le purgement des hypothèques est purement facultatif (3).

Je dis que cette opinion ne tend à rien moins qu'à

(1) T. 3, p. 377, note 1.

(2) S., 16, 1, 533 ; Dalloz, Hyp., p. 347, note 1.

(3) Grenier, t. 2, p. 50. — Je reviens là-dessus dans mon Comment. sur la *Vente*, t. 1, n° 542.

forcer au purgement, et qu'elle ne se borne pas à vouloir priver l'acquéreur du délaissement. Il ne suffirait pas, en effet, dans l'opinion que je combats, d'empêcher l'acquéreur de délaisser. Car quel est le but? D'enchaîner tellement l'acquéreur qu'il ne soit pas en son pouvoir de se dégager du contrat de vente, dont il n'a pas rempli les conditions? Eh bien! veut-on que l'acquéreur ne délaisse pas? Qu'arrivera-t-il? c'est que les créanciers saisiront sur lui, qu'on l'expropriera forcément, et que par une voie ou par l'autre on arrivera toujours à une éviction. Il faut donc que les partisans de ce système erroné aillent encore plus loin, et qu'ils disent : « Non-seulement l'acquéreur ne pourra pas délaisser, mais encore » il devra nécessairement offrir le prix aux créanciers » inscrits, c'est-à-dire qu'il faudra, bon gré mal gré, » qu'il purge. » Or, cette proposition est une de celles qu'il suffit d'énoncer pour en sentir le vice, et tout le système auquel elle sert de base doit s'écrouler, puisque, par une confusion palpable, il veut rendre obligatoire et forcé ce que la loi n'a établi que facultativement.

Ainsi, il faut dire que le délaissement est ouvert à tous les acquéreurs, soit qu'ils aient payé ou n'aient pas payé leur vendeur. Il ne peut y avoir grand inconvénient à ce qu'ils préviennent, par un abandon spontané, l'abandon forcé auquel les créanciers ne manqueront pas de recourir, s'ils espèrent meilleur avantage de l'immeuble que du prix stipulé dans le contrat. On objecte qu'un acquéreur de mauvaise foi pourra abuser de cette disposition pour dissoudre un contrat synallagmatique dont il se repent. Mais c'est une erreur de dire que c'est l'acquéreur qui rompt le contrat : ce n'est pas lui qui le dissout, ce sont les créanciers qui, à raison de leur droit hypothécaire, peuvent dessaisir l'acquéreur, et faire vendre la chose. En effet, pensons-y bien, nous sommes dans un cas où le délaissement ne dépend pas seulement de l'acquéreur : il dépend aussi des créanciers, qui sont maîtres de refuser, s'ils espèrent trouver dans le prix

stipulé plus d'avantages que dans l'action hypothécaire. Je dis qu'ils peuvent préférer le prix ; car ils ont droit d'exercer les actions de leur débiteur sur ce même prix, non payé, et ils peuvent, ainsi que l'aurait fait ce dernier, poursuivre l'acquéreur sur ses biens personnels jusqu'à ce qu'il se soit libéré. Le délaissement n'est donc pas une faculté dont le tiers détenteur dont nous parlons ait la libre disposition et l'initiative absolue. Il ne peut délaisser qu'autant que les créanciers y consentent (1).

Supposons maintenant que ces créanciers, au lieu de refuser le délaissement, veuillent l'accepter, parce qu'ils y trouvent plus d'avantage qu'à exercer les actions de leur débiteur pour être payés sur le prix stipulé. Il est bien clair que le vendeur ne pourra pas faire révoquer le délaissement, et se plaindre de ce qu'il a eu pour résultat de dissoudre le contrat de vente ; car il doit savoir à quelles conditions il a concédé des hypothèques ; il a dû prévoir que, si les créanciers trouvent que le prix de vente n'est pas satisfactoire pour eux, ils ont toujours moyen d'en venir à la dépossession de l'acquéreur, à qui le vendeur n'a pu concéder de droit à leur préjudice. Et en effet, si l'acquéreur eût voulu purger, les créanciers auraient été en droit de requérir la surenchère, d'amener une éviction, de faire résoudre le contrat.

Eh bien ! au lieu de cela, l'acquéreur ne purge pas, mais il délaisse. Il faut vendre alors par expropriation forcée. Or, le résultat n'est-il pas le même ? N'y a-t-il pas encore résolution d'un contrat ? On voit que c'est là une chose à laquelle il faut aboutir sous une forme ou sous une autre, et que le vendeur ne saurait empêcher.

Seulement, s'il a été stipulé dans la vente que l'acquéreur purgerait, et si l'omission de purger, sanctionnée par le consentement des créanciers, donne lieu à des

(1) Arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 1836 (Dall., 36, 1, 279 ; Sirey, 36, 1, 623). — V. aussi Rouen, 12 juillet 1823, et Paris, 2 mars 1833 (Sirey, 25, 2, 324, et 33, 2, 416).

frais plus considérables, à raison de ce qu'il faut recourir à l'expropriation forcée, qui est plus dispendieuse que l'enchère, le vendeur pourra exiger que ces frais soient supportés par l'acquéreur, qui y a donné lieu en n'exécutant pas les clauses du contrat.

824. M. Grenier a posé une hypothèse de laquelle il semble au premier coup d'œil tirer une conclusion contraire à celle que je viens d'embrasser. Mais, avec un peu d'attention, on voit que le cas est différent. Voici les faits que propose l'auteur. Il les annonce comme un exemple de ce qu'il a vu arriver ; mais il est certain qu'ils n'ont rien d'identique avec l'espèce jugée par la Cour de cassation dans l'arrêt dont je viens de parler.

Guillaume achète, en 1806, un domaine moyennant 80,000 francs. Ce domaine est grevé d'un grand nombre d'inscriptions. Menacé de poursuites hypothécaires, Guillaume offre de délaisser. Il y trouve un grand avantage ; car cet immeuble, vendu 80,000 francs en 1806, n'en vaut plus que 50,000 au moment du délaissement. De plus, il doit l'intérêt du prix de la vente, qui se monte très-haut : Il pense qu'en délaissant il ne sera tenu que des jouissances, qui, pour l'ordinaire, se calculent à un taux moins élevé. Ainsi, il gagne 30,000 francs sur le capital, et il fait bénéfice sur les intérêts. Les créanciers, qui s'aperçoivent du tort que leur fait le délaissement, se réunissent et *déclarent tous par acte* qu'ils entendent se contenter du prix de la vente.

Dans ce cas, M. Grenier (1) pense que Guillaume ne peut pas délaisser. Les créanciers, en se contentant du prix stipulé dans le contrat, ne font qu'exercer les droits du vendeur sur Guillaume. Or l'acquéreur ne pourrait, à l'égard de son vendeur, se dispenser de payer et faire le délaissement. Il ne doit pas être de meilleure condition quand les créanciers ne demandent que ce que leur débiteur aurait pu exiger.

(1) T. 2, p. 109, n° 345.

Je suis tout à fait de l'avis de M. Grenier.

D'abord il suppose que Guillaume n'est pas menacé de poursuites hypothécaires, et qu'il n'y a de sa part qu'une offre spontanée de délaisser. Il n'a pas encore été donné acte du délaissement. Ce délaissement n'est pas définitif. Peut-être même n'y a-t-il pas eu sommation de la part des créanciers !!

Alors que font les créanciers ? ils se gardent bien d'insister sur des poursuites hypothécaires. Ils y renoncent au contraire formellement. Ils savent bien que par des poursuites hypothécaires ils ne peuvent pas conclure en premier ordre au paiement, et qu'ils ne peuvent demander directement que le délaissement. Or, le délaissement est précisément ce qu'ils ne veulent pas. Ils sortent d'une voie qui ne pourrait que leur porter préjudice, et ils recourent à une autre action qui n'a rien de commun avec l'action hypothécaire, et qui est purement personnelle, et tend à exercer les droits du débiteur. Voilà comment s'explique l'hypothèse de M. Grenier.

Mais si les créanciers eussent été assez mal avisés pour s'engager dans l'action hypothécaire, dont la conclusion directe est le délaissement, ils auraient dû perdre leur procès. On ne conçoit pas comment ils auraient pu faire déclarer inadmissible le délaissement par eux réclamé, et demander en premier ordre une condamnation pécuniaire contre quelqu'un qui n'est pas obligé envers eux.

En définitive, lorsque les créanciers veulent exercer les actions personnelles de leur débiteur pour le prix, ils doivent bien se garder d'y mêler la conclusion hypothécaire, qui tend à tout autre fin. Ils doivent éviter avec soin un amalgame préjudiciable à leurs intérêts (1).

ARTICLE 2173.

Il peut l'être même après que le tiers détenteur a reconnu l'obligation ou subi condamnation en

(1) *Suprà*, n 813.

cette qualité seulement : le délaissement n'empêche pas que, jusqu'à l'adjudication, le tiers détenteur ne puisse reprendre l'immeuble en payant toute la dette et les frais.

SOMMAIRE.

- 824 *bis*. Dans le doute, on doit présumer que le tiers détenteur n'a pas voulu s'obliger personnellement.
825. Le délaissement n'est pas une aliénation. Conséquences de ce principe.
826. Si les créanciers renoncent au délaissement, le tiers détenteur peut-il se dispenser de reprendre la chose ? Arrêt de Riom combattu.
- 826 *bis*. Quand le délaissant a repris la chose, en offrant de payer toute la dette, il devient débiteur personnel des créanciers inscrits. Conséquence de ceci. Renvoi.

COMMENTAIRE.

824 *bis*. Le tiers détenteur peut même délaisser lorsqu'il a reconnu l'obligation, en qualité de tiers détenteur seulement, ou subi condamnation dans cette même qualité. Il suffit qu'il n'ait en lui rien de ce qui tient à l'obligation personnelle. Tant qu'il reste détenteur pur et simple, la faculté de délaissement lui demeure toujours ouverte.

L'acquéreur reconnaît l'obligation en qualité de tiers détenteur, lorsqu'il reconnaît que sa propriété est hypothéquée à la dette. Cette reconnaissance ne porte alors que sur l'hypothèque : elle n'a pas trait à l'obligation personnelle (1).

Dans le doute, on doit toujours présumer que l'acquéreur n'a voulu s'obliger que comme tiers détenteur ; car l'obligation personnelle est une aggravation qui ne doit pas être facilement admise ; il faut qu'elle soit prouvée (2).

(1) Loyseau, liv. 4, ch. 4, n° 11.

(2) M. Delvincourt, t. 3, p. 378, note 3.