
CHAPITRE V.

DE LA RADIATION ET RÉDUCTION DES HYPOTHÈQUES.

ARTICLE 2157.

Les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée.

SOMMAIRE.

- 736. La radiation est volontaire ou forcée.
- 737. Objet et effet de la radiation. Une inscription peut être radiée sans que le droit hypothécaire en soit atteint.
- 738. Formes du contrat *volontaire* de main-levée. Il est unilatéral. Conséquences de ceci.
- 738 *bis*. Quelles personnes ont capacité pour consentir à une main-levée d'inscription. Position de la femme commune et du mineur quand il s'agit d'accorder main-levée d'une inscription sur un immeuble appartenant à un tiers. Position de la femme commune quand il s'agit de consentir à une main-levée sur les immeubles de son mari. Distinction entre le cas où cette main-levée est consentie dans l'intérêt du mari ou dans l'intérêt d'un tiers. Capacité de la femme *séparée* de biens. Capacité du tuteur. Capacité du mineur émancipé. *Quid* à l'égard des communes, des établissements publics, du Trésor, etc. ?
- 739. De la radiation *forcée* ou ordonnée par jugement. Caractères du jugement qui l'ordonne. Comment il doit être préalablement signifié ? Est-ce au domicile élu ou au domicile réel ? Dissentiment avec plusieurs auteurs et plusieurs arrêts.

739 *bis*. De l'appel du jugement de radiation. S'il peut être signifié au domicile *élu* ?

740. De la radiation ordonnée dans certains cas par le juge commissaire.

COMMENTAIRE.

736. Notre article ouvre la matière de la radiation des inscriptions hypothécaires, il dit que la radiation peut être volontaire ou forcée.

La radiation forcée est celle qui est ordonnée par jugement. La radiation volontaire est celle qui s'opère par le consentement des parties ayant capacité à cet effet. Le conservateur ne pourrait radier hors ces deux cas.

Arrêtons-nous un instant sur ce qui les concerne ; mais avant tout fixons-nous bien sur l'utilité de la radiation.

737. La radiation est la conséquence soit d'un vice qui affecte l'inscription elle-même, soit de la nullité ou de l'extinction de l'hypothèque, dont elle est la manifestation (art. 2160 Code Napoléon). Elle fait disparaître les traces de la publicité. C'est le moyen dont se sert le débiteur pour rétablir son crédit et annoncer au public qu'il est désormais libéré (1).

Un créancier qui consent à la radiation de son inscription n'est pas toujours (2) censé pour cela avoir nécessairement renoncé à son droit d'hypothèque. Car, comme le dit M. Tarrible (3), l'extinction de l'hypothèque et la radiation sont deux choses très-différentes (arg. de l'article 2164). Un créancier peut, pour ménager le crédit de son débiteur, consentir à lever momentanément l'inscription qui grève sa propriété. Il fait déjà un très-

(1) M. Tarrible, Répert., v° Radiation, p. 585, col. 1, n° 5.

(2) Voyez cependant, au n° 738 *bis*, un cas d'exception où la radiation partielle de l'inscription fait supposer nécessairement la réduction du droit d'hypothèque.

(3) *Loc. cit.*

grand sacrifice, puisqu'il consent par là à se laisser primer par tous ceux qui s'inscriront utilement pendant l'absence de son inscription. Mais il ne faudrait pas conclure de là qu'il ne pourrait pas faire reparaître ensuite son inscription. Tant qu'il n'a pas renoncé à son hypothèque, celle-ci subsiste et ne peut être altérée par des concessions faites pour en suspendre la publicité (1).

Voici un second exemple d'une application plus fréquente : l'on sait que, d'après la loi du 3 septembre 1807, lorsqu'il a été rendu un jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing privé, formée avant l'échéance, il ne peut être pris d'inscription hypothécaire qu'à défaut de paiement de l'obligation. Supposons qu'un créancier prenne inscription contrairement à la loi du 3 septembre 1807. Evidemment le débiteur pourra exiger la radiation d'une inscription qui nuit à son crédit (2). Mais évidemment aussi cette radiation n'altérera en rien le germe de l'hypothèque contenu dans le jugement de reconnaissance (3).

738. Maintenant voyons ce qui concerne la radiation par consentement mutuel.

Ce consentement doit être contenu dans un acte authentique, conformément à l'art. 2158 du Code Napoléon. On doit en remettre l'expédition au conservateur, et ici nous ferons remarquer que ce consentement n'étant autre chose qu'une renonciation *extinctive* (4) de l'inscription, est un acte unilatéral qui n'a pas besoin de l'acceptation du débiteur. C'est une répudiation parfaite

(1) Voyez un exemple de ceci dans un arrêt de cassation du 4 janvier 1831 (Dall., 31, 1, 62 et 63).

(2) *Suprà*, n° 443.

(3) On trouvera, *infra*, nos 773 et 858, deux exemples où la radiation de l'inscription n'empêche pas l'hypothèque de subsister. Voir aussi n° 958. Ainsi jugé, au reste, par arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 1830 (Dall., 30, 1, 149). — *Junge* Cassation, 8 décembre 1852 (Sirey, 54, 1, 93).

(4) *Suprà*, n° 600 bis, t. 2.

par la seule volonté du renonçant, ou, comme le dit très-bien Onuphrius Donadeus dans son traité de la renonciation (1), *pendens ab unius voluntate tantum*; par cela seul que le consentement est donné, le créancier disparaît, et il est censé ne pas exister comme ayant rang sur l'immeuble; *de medio se tollit*, dit Deluca (2), *ita se faciendo vel habendo mortuum*.

Il suit de là que le consentement à la main levée étant donné par acte sérieux et authentique, le créancier ne pourrait le rétracter que pour dol et pour fraude. En règle générale, on ne peut reprendre un droit que l'on a éteint par sa volonté.

Ces considérations sont importantes pour le cas où le débiteur aurait omis de faire radier l'inscription, et où, après le consentement à une main-levée, il aurait hypothéqué à d'autres créanciers son immeuble. Il paraît certain que ces nouveaux créanciers auraient pris de plein droit la place laissée vacante par le renonçant, et qu'ils pourraient faire radier l'inscription abandonnée par lui, encore bien qu'il voulût se rétracter. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation par arrêt du 4 janvier 1831 (3).

738 bis. Il n'y a que les personnes capables de consentir qui puissent former une pareille convention. Ainsi la femme commune non autorisée, le mineur sans son tuteur donneraient vainement main-levée de leurs inscriptions.

Mais si la femme est autorisée de son mari, si le mineur est assisté de son tuteur, tous les empêchements sont levés.

Néanmoins ceci ne doit s'entendre que dans le cas où il s'agit de donner main-levée d'une inscription hypo-

(1) Cap. 1, n° 5.

(2) *De renuntiat.*, t. 2, n°s 5 et 6.

(3) Dall., 51, 1, 82. *Infra*, n° 868. Arrêt conforme de la cour d'Agen du 19 mai 1836 (Sirey, 36, 2, 404; Dalloz, 36, 2, 114).

thécaire qui grève un immeuble appartenant à un tiers, ou bien lorsqu'il s'agit de dégager un immeuble appartenant au mari, mais dans l'intérêt d'un tiers. Dans ce cas, la seule autorisation du mari ou du tuteur suffit pour rendre la radiation valable.

Cependant un arrêt de la cour de Poitiers du 10 août 1810, faisant une fausse application des art. 2144 et 2145 du Code Napoléon, avait décidé qu'une femme mariée n'avait pu, quoique autorisée par son mari, donner main-levée de son inscription hypothécaire sur un bien que son mari vendait à *un tiers* conjointement et solidairement avec elle. Cette cour avait pensé que cette restriction d'hypothèque n'avait pu être consentie par la femme que d'après l'avis de quatre de ses plus proches parents. Mais cet arrêt fut cassé dans l'intérêt de la loi, par arrêt de la Cour de cassation du 12 février 1811 (1).

En effet, le consentement des quatre parents n'est requis que lorsque la femme veut donner main-levée de quelques-unes de ses inscriptions, dans l'intérêt unique de son mari; mais lorsque la femme contracte avec des tiers, il est bien certain qu'elle peut renoncer en faveur de ces tiers à son hypothèque légale, et par conséquent leur donner main-levée de son inscription (2).

Dans l'espèce de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, la dame Morisset avait figuré au contrat par lequel son mari avait vendu l'immeuble d'*Ecoulantie*, sur lequel elle avait inscription; par cela seul, elle avait renoncé à son hypothèque en faveur de l'acquéreur (3), et l'avait subrogé dans tous ses droits. Plus tard, elle avait consenti, avec l'autorisation de son mari, à la main-levée de son inscription, et c'est ce consentement que la cour

(1) Répert., v° Transcription, *ad notam*, p. 118. Dalloz, Hyp., p. 443.

(2) *Suprà*, t. 2, n°s 635 *bis* et 643 *bis*.

(3) *Suprà*, t. 2, n° 603.

de Poitiers trouvait insuffisant ; mais il était facile de voir que l'acquéreur, étant subrogé aux droits de la femme, n'avait pas besoin de son consentement pour faire radier une inscription dont il était le propriétaire.

Lorsqu'il s'agit d'une radiation qui a pour objet unique l'intérêt du mari, il ne suffit pas de présenter au conservateur le consentement de la femme et des quatre parents, il faut encore un jugement, conformément aux art. 2144, 2143 du Code Napoléon. De même que la sanction de la justice est nécessaire à la femme pour *restreindre* en faveur de son mari son hypothèque légale, de même il est raisonnable d'exiger l'intervention du juge pour la *radiation partielle* de ses inscriptions. Le motif de ceci est que, par la force des choses, la femme ne peut renoncer à ces mêmes inscriptions sans renoncer en même temps à son hypothèque ; on ne peut pas dire d'elle ce que je disais dans le numéro précédent, savoir, qu'elle n'a fait que le sacrifice de son rang ; car son rang ne dépend pas de l'inscription, c'est la loi qui le lui assigne. On ne saurait concevoir à quoi servirait la renonciation de la femme à l'inscription, si elle ne renonçait par là à partie de son droit d'hypothèque.

Ce que je viens de dire a lieu également lorsque le tuteur demande la radiation d'inscriptions partielles prises sur ses biens au profit du mineur. La justice a dû nécessairement intervenir pour autoriser cette radiation, qui ne peut pas être volontaire (art. 2143 et 2145 du Code Napoléon). Le conservateur doit donc exiger le dépôt de l'expédition du jugement.

J'ai parlé d'une femme commune. Mais une femme séparée de biens peut-elle donner main-levée de son hypothèque, sans l'autorisation de son mari ? Cette question partage les auteurs. MM. Tarrible, Grenier et Persil sont d'avis que la femme a besoin de l'autorisation

risation de son mari. M. Delvincourt (1) et M. Dalloz (2) adoptent une opinion contraire sur le fondement de l'art. 1449 du Code Napoléon, et M. Dalloz cite (sans en donner ni le texte ni l'espèce) un arrêt de la cour de Turin, du 19 janvier 1811 (3), qui paraît l'avoir jugé ainsi.

Je crois devoir préférer ce dernier sentiment; l'article 1449 permet à la femme séparée de disposer de son mobilier et de l'aliéner. Elle peut donc donner main-levée des inscriptions qui lui servent de garantie. A la vérité, l'art. 1449 défend à la femme séparée d'aliéner ses immeubles; mais une inscription n'est pas un immeuble dans le sens de l'art. 526 du Code Napoléon; car le droit de poursuivre l'immeuble hypothéqué peut survivre à l'inscription et n'être pas compromis par la radiation. D'ailleurs l'art. 1449 n'a entendu parler, à mon avis, que des droits immobiliers qui subsistent par eux-mêmes, et non de ceux qui sont subordonnés à un droit mobilier aliénable par la femme (4).

Le tuteur peut-il consentir à la radiation, sans une autorisation du conseil de famille? M. Tarrible, qui examine cette question, décide que le tuteur peut à lui seul donner la main-levée (5). En effet, dit-il avec raison, le tuteur a qualité pour recevoir un paiement dans l'intérêt de son pupille: il doit donc aussi donner quittance, et par conséquent libérer l'immeuble affecté à la sûreté d'une créance éteinte par le paiement.

(1) T. 3, p. 182, n° 6.

(2) Hyp., p. 441. — *Junge* MM. Duranton, t. 20, n° 190, et Baudot, n° 905.

(3) *Idem*, p. 442, note 1. — Il s'agissait, dans l'espèce, d'une femme en jouissance de ses biens paraphernaux. V. Sirey, 13, 2, 359.

(4) *Quid* de la femme mariée sous le régime dotal? V. mon *Comm. du Contrat de mariage*, n° 272. — V. aussi Caen, 18 août 1829; Grenoble, 8 mars 1834; Rouen, 8 février 1842, et Cass., 9 juin 1841 (Sirey, 42, 2, 171; 41, 1, 468).

(5) Rép., Radiat., p. 83.

M. Tarrible pense même que le tuteur pourrait donner main-levée de l'hypothèque, *sans recevoir le montant de la dette*. Car il peut recevoir les sommes mobilières dues au mineur et les dissiper. A plus forte raison peut-il donner décharge d'une sûreté accessoire ; sa responsabilité reste seule engagée.

Je crois pouvoir élever des doutes sur cette doctrine, qui, du reste, a été condamnée par la Cour de cassation (1).

L'acquiescement gratuit du tuteur à la radiation des inscriptions que le mineur a sur des tiers, peut compromettre les droits de préférence de ce dernier. Cela dépasse donc les pouvoirs du tuteur, dont l'administration est toute de protection (art. 450). Le tuteur ne peut transiger qu'avec l'autorisation du conseil de famille (art. 467). Il ne peut acquiescer qu'avec la même autorisation à toute demande qui exposerait les droits immobiliers du mineur (art. 464). Or, le droit de préférence du mineur est menacé tant que l'inscription n'est pas là pour le conserver. Ses droits immobiliers éprouveraient donc un préjudice contre le vœu de la loi, si le tuteur seul consentait gratuitement à la radiation.

On voit que le système de M. Tarrible peut être fatal au mineur. Il conduit jusqu'à mettre entre les mains du tuteur le pouvoir de rendre illusoire tous les droits hypothécaires du mineur. L'administration du tuteur ne peut avoir une si grande latitude. Si la loi lui a donné du pouvoir, c'est pour protéger les intérêts du mineur ; elle veut qu'il soit enchaîné tant que ces intérêts peuvent être compromis. Cette opinion est au reste contraire à deux circulaires du ministre de la justice et du ministre des finances, des 29 frimaire et 14 ni-

(1) 21 juin 1818, Rejet. (Dall., Hyp., p. 447.) — M. Duranton, t. 20, n° 190, enseigne, par analogie, que les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent ne peuvent donner main-levée d'une inscription avant que la créance de ce dernier n'ait été soldée.

vôse an XIII, et à l'opinion de M. Grenier (1) et de M. Dalloz (2).

Le mineur émancipé, ne pouvant donner décharge d'un capital mobilier sans l'assistance de son curateur, ne peut non plus, sans ce dernier, donner main-levée de l'inscription qui protège ce capital (3).

Mais comme le mineur émancipé peut toucher ses revenus et en donner décharge (4), il doit pouvoir consentir à la radiation de l'inscription prise pour sûreté de l'exécution du bail, quand ce bail est exécuté pleinement par le fermier; le consentement à la radiation n'est qu'une conséquence de l'acquittement entier de l'obligation contractée avec lui par le fermier et dont il a pu donner quittance (5).

(1) Hyp., t. 2, n° 521.

(2) Hyp., p. 441, n° 6. — *Junge* M. Persil, art. 2137, n° 7. Il a même été jugé que le tuteur ne peut seul, et sans l'autorisation du conseil de famille, consentir la translation d'une hypothèque spéciale inscrite au nom de ses pupilles, sur d'autres biens offerts par le débiteur. Metz, 18 juin 1824 (Sirey, 25, 2, 329).

(3) Arg. de l'art. 482 du Code Napoléon. M. Grenier, t. 2, n° 222.

(4) Art. 481 du Code Napoléon.

(5) M. Dalloz, Hyp., p. 441, note.

Mais on s'est demandé si le mineur, devenu majeur, peut donner, avant la reddition de son compte de tutelle, une main-levée partielle de son hypothèque légale. On peut dire, à cet égard, que la question est résolue par les mots *tout traité* dont se sert l'art. 472 du Code Napoléon. Ces mots comprennent en effet toute convention relative, directement ou indirectement, au compte de tutelle. Dans cette catégorie rentre assurément la renonciation à l'hypothèque légale. Cette hypothèque garantit les obligations résultant du compte de tutelle; le mineur ne peut donc détruire une garantie souvent plus utile que la créance. C'est l'opinion dominante en doctrine. V. MM. de Fréminville, t. 2, n° 1159; Demolombe, t. 8, n° 64 et 65; Baudot, n° 934. Et la jurisprudence est conforme: V. Caen, 17 décembre 1827 (Sirey, 28, 2, 170; Dalloz, 28, 2, 92); Dijon, 28 mars 1840 (Sirey, 40, 2, 422; Dalloz, 41, 2, 25). Ce dernier arrêt impose au conserva-

D'après un décret du 11 thermidor an XII, les receveurs des établissements de charité ne peuvent consentir volontairement aucune radiation, changement ni limitation d'inscription hypothécaire, sans une décision spéciale du conseil de préfecture, prise sur une proposition formelle de l'administration, et sur l'avis du comité consultatif établi dans chaque arrondissement communal.

Lorsqu'il s'agit d'inscription prise au profit du trésor, le conservateur des hypothèques opère la radiation sur un certificat du trésor public constatant que le comptable n'est pas débiteur envers lui (loi du 5 sept. 1807, art. 9).

Dans le cas de notification pour purger conformément à l'art. 2183 du Code Napoléon, si le trésor ne dépose pas dans trois mois à compter de cette notification, et au greffe du tribunal de la situation des biens vendus, un certificat constatant la situation du comptable, la main-levée a lieu de droit et sans qu'il soit besoin de jugement (même loi, même article).

On sait que toutes les dispositions de la loi du 5 septembre 1807 s'appliquent au trésor de la couronne (1).

teur l'obligation de refuser la radiation, et la Cour de cassation lui a reconnu qualité et intérêt pour s'assurer de la suffisance et de la régularité de la main-levée d'hypothèque en vertu de laquelle la radiation est demandée, ainsi que de la capacité de l'auteur de la main-levée, en jugeant que le conservateur auquel on demande la radiation de l'hypothèque légale existant au profit d'un mineur sur les biens ayant appartenu à son tuteur, en lui représentant un acte émané du mineur, devenu majeur, contenant main-levée de cette hypothèque et reconnaissance que le tuteur a été dépossédé de ses biens par un jugement de résolution, peut refuser d'opérer cette radiation tant qu'on ne lui justifie pas soit du jugement prononçant la résolution, soit d'un compte de tutelle dont la reddition aurait seule pu autoriser le mineur à renoncer à son hypothèque légale. Cassation, 12 juillet 1847 (*J. P.*, 1847, t. 2, p. 554). V. encore Cass., 9 juin 1841 (*J. P.*, 1841, t. 2, p. 33).

(1) Jugé le 29 novembre 1834 par la cour de Douai (Sirey, 35, 2, 51), que le maire d'une commune n'a pas capacité pour donner, seul, radiation d'une inscription.

739. La radiation, ai-je dit plus haut, peut être forcée : c'est quand elle est ordonnée par jugement.

Pour que la radiation puisse s'opérer en vertu d'un jugement, il faut que ce jugement soit rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée.

Un jugement passe en force de chose jugée lorsqu'il n'est plus susceptible d'opposition ni d'appel (1).

Ainsi, s'il s'agit d'un jugement rendu par défaut contre une partie qui n'a pas d'avoué, le conservateur devra exiger qu'on lui justifie que, conformément à l'art. 159 du Code de procédure civile, le jugement a été mis à exécution, de telle sorte que la partie a pu en avoir connaissance, et que cependant elle ne s'est pas opposée sur les actes d'exécution. On sait que ces sortes de jugements sont susceptibles d'opposition jusqu'à l'exécution.

C'est pour cela que, par arrêt du 14 mai 1808, la cour de Paris a décidé que le conservateur des hypothèques n'était pas obligé de radier une inscription hypothécaire, lorsque le jugement qui ordonnait cette radiation avait été rendu par défaut contre une partie n'ayant pas avoué, et que le requérant ne justifiait pas avoir mis le perdant en demeure de faire opposition, par les actes d'exécution dont parle l'art. 159 du Code de procédure civile, et notamment par les poursuites pour se procurer le paiement des dépens du procès (2).

(1) Delvincourt, t. 3, p. 183, note 2. Grenier, t. 2, n° 526. Dall., Hyp., p. 442, n° 2. Art. 548 du Code de procédure civile. Art. 5, t. 27, Ord. de 1667.

(2) Sirey, 8, 2, 227 ; Dall., Hyp., p. 446, note 2, n° 2. — V., dans le même sens, un arrêt de la Martinique, du 19 mars 1842 (Sirey, 44, 2, 29), duquel il résulte que le conservateur ne peut être contraint à opérer une radiation ordonnée par un jugement avant l'expiration du délai d'appel. — Conf. MM. Grenier, n° 526 ; Delvincourt, t. 3, p. 620 ; Persil, Quest., t. 2, p. 22 ; Baudot, n° 986. Il en est ainsi alors même que le créancier a donné mainlevée et a acquiescé ainsi au jugement. Rouen, 8 février 1842 (Sirey, 42, 2, 271).

Lorsque le jugement est passé en force de chose jugée, le conservateur doit-il exiger en outre qu'il ait été signifié?

D'après l'art. 147 du Code de procédure civile, les jugements ne peuvent être exécutés qu'après avoir été signifiés à avoué, à peine de nullité; et les jugements provisoires et définitifs, qui prononcent des condamnations, doivent être signifiés à la partie, à personne ou domicile, avec mention de la signification à avoué.

Cet article s'applique sans difficulté aux jugements qui ordonnent une radiation.

Au reste, cette vérité est mise dans tout son jour par l'art. 548 du Code de procédure civile, portant ce qui suit :

« Les jugements qui prononceront une main-levée, »
 « une radiation d'inscription hypothécaire, ou quelque »
 « autre chose à faire par un tiers, ne seront exécutoires »
 « par les tiers ou contre eux, même après les délais de »
 « l'opposition ou de l'appel, que sur le certificat de »
 « l'avoué de la partie poursuivante, contenant la date »
 « de la *signification* du jugement faite au domicile de »
 « la partie condamnée, et sur l'attestation du greffier, »
 « constatant qu'il n'existe contre le jugement ni opposi- »
 « tion ni appel. »

Mais cette signification dont parle l'art. 548 du Code de procédure civile, doit-elle être faite au domicile élu par la partie condamnée, ou bien au domicile réel?

Cette question partage les tribunaux et les auteurs.

La cour de Turin, par arrêt du 29 novembre 1809, la cour d'Agen, par arrêt du 6 février 1810, celle de Colmar, par arrêts des 20 mars 1810 (1) et 17 mai 1828 (2), et enfin la Cour de cassation, par arrêt du 29 août 1815, rendu spécialement sur la matière (3),

(1) Dall., Exploit, p. 804.

(2) Dall., 28, 2, 253.

(3) Sirey, 15, 1, 450; Dall., Hyp., p. 446. Mais il s'agissait d'un jugement par défaut.

ont décidé que la signification du jugement doit être faite au domicile réel, et non au domicile élu (1).

La cour de Bruxelles s'est rangée au contraire à l'opinion que la signification au domicile élu est suffisante (2).

Le premier avis est enseigné par MM. Merlin (3) et Grenier (4), et par deux circulaires du ministre des finances, en date des 21 juin et 5 juillet (5).

Quant à M. Dalloz, on trouve le pour et le contre sur cette difficulté, dans sa collection alphabétique. Au mot *Hypothèque* (6) on lit « qu'aujourd'hui il n'est plus douteux que la signification ne doive se faire au domicile réel. » Mais, au mot *Exploit* (7), on trouve une série de raisons pour donner la préférence au domicile élu.

Ce dernier avis est le seul véritable, quoique la majorité des arrêts et des auteurs tende à le repousser.

L'art. 111 du Code Napoléon tranche la question. Cet article embrasse toutes les demandes, *significations* et poursuites relatives à l'acte qui contient l'élection de domicile. Or, il ne me paraît pas sérieux de soutenir que la signification du jugement portant radiation est étrangère à l'inscription. On a beau dire que le jugement termine les poursuites, qu'il donne naissance à une nouvelle procédure, qu'il substitue un nouveau titre à l'ancien !! cela n'est vrai qu'autant que le jugement est signifié, parce que c'est la signification qui clôt l'instance d'une manière complète.

(1) Dans le même sens, arrêts de Paris, 8 janvier 1831 et 21 janvier 1834 (Sirey, 31, 2, 269, et 34, 2, 555); Martinique, 19 mars 1842 (Sirey, 44, 2, 29).

(2) Dall., *Exploit*, p. 801, col. 1 et 2. — *Junge Delvincourt*, p. 664; Duranton, t. 20, n° 204.

(3) Rép., t. 16, Domicile élu, p. 201.

(4) T. 2, p. 469. *Junge* Baudot, n° 984.

(5) Voir dans Dal., *Hyp.*, p. 442, note 4.

(6) *Loc. cit.*

(7) P. 796, n° 8.

On fait une objection qui a fait fortune, et qui a été répétée et par le ministre des finances, et par les auteurs, et par les arrêts, savoir, que l'art. 147 du Code de procédure civile, en décidant que la signification à avoué n'est pas suffisante, quoiqu'il y ait chez l'avoué *domicile d'élection* pour le procès, et en exigeant en outre la signification à personne ou domicile, a donné à entendre bien formellement qu'il fallait de toute nécessité une signification à domicile réel.

Mais, malgré le crédit dont elle jouit, cette objection me paraît sans force. D'abord, l'art. 147 ne dit pas que le jugement ne pourra être signifié *à la partie, au domicile* de son avoué; il dit seulement que la signification faite *à l'avoué* ne dispense pas de la signification à la partie; il laisse *sub judice* la question de savoir si cette signification *à partie* doit être faite à la partie au domicile réel ou au domicile élu.

De plus, supposons que l'art. 147 décide que la signification faite à la partie au domicile de son avoué soit insuffisante, s'ensuivra-t-il que cette décision doive s'étendre à tous les cas d'élection de domicile? Non sans doute; il ne faut pas confondre le domicile judiciaire, qui est de droit chez l'avoué, avec le domicile choisi par une volonté libre et résultant d'un contrat ou d'un quasi-contrat. Ce dernier dessaisit les juges naturels et transporte à d'autres juges la connaissance du débat; il porte sur un nouveau théâtre demandes, significations, poursuites. Au contraire, le domicile judiciaire, établi de droit chez l'avoué par l'art. 61 du Code de procédure civile, loin de dessaisir les juges naturels, suppose une demande concomitante formée devant les juges ordinaires et compétents. Il suit la demande et l'accompagne chez l'avoué constitué, tandis que l'élection de domicile volontaire la détourne d'un ressort pour la porter dans un autre. Il n'y a donc aucune parité à établir entre ces deux domiciles. L'élection de droit est limitée aux simples actes de procédure, et comme elle n'est pas une

substitution complète du domicile fictif au domicile réel, il faut que tous les actes qui ne sont pas de simple procédure aillent au véritable domicile. Mais l'élection de domicile volontaire, qu'elle soit faite par contrat, ou bien qu'elle résulte d'un acte unilatéral, est une substitution du domicile fictif au domicile réel, et tous les actes qui se rattachent à l'opération prévue peuvent donc être signifiés au domicile élu. L'art. 147 ne dit rien de contraire, et quand il parle de signification à partie ou à domicile, il entend aussi bien le domicile élu volontairement que le domicile réel. Car le premier équivaut au second. L'art. 111 du Code Napoléon reste donc avec tous ses effets.

Les mêmes raisons répondent aux objections qu'on pourrait tirer de l'art. 155 du Code de procédure civile.

On dit que ce système favorise les surprises : mais si le jugement est contradictoire, le défendeur étant averti a pu prendre ses précautions. Si la condamnation est par défaut, l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution (1).

739 *bis*. L'appel du jugement de radiation peut être signifié au domicile élu; l'art. 456 du Code de procédure civile ne s'y oppose pas, puisque le domicile élu est aussi un véritable domicile. L'appel est une demande, et à ce titre il tombe sous l'empire de l'art. 111 du Code Napoléon, qui domine tout le procès pour y introduire sa fiction. C'est ce qui me paraît résulter d'une manière positive d'un arrêt de la Cour de cassation du 23 avril 1818 (2). L'opinion contraire a été adoptée par arrêt de la cour de Paris du 8 janvier 1851 (3), sur le faux prétexte que l'art. 548 du Code de procédure

(1) Le conservateur des hypothèques a qualité pour opposer la péremption d'un jugement par défaut, ordonnant la radiation d'une inscription hypothécaire. Pau, 21 janvier 1854 (Dall., 54, 2, 188; Sirey, 54, 2, 553). V. *infra*, n° 1000.

(2) Dal., Exploit, p. 817. *Junge* Lyon, 7 août 1829 (Sirey, 29, 2, 239).

(3) Dal., 51, 2, 55.

civile exige que les significations soient faites au domicile réel; mais l'art. 548 ne dit rien de semblable; il exige une signification au *domicile de la partie condamnée*; mais il ne dit pas si c'est le domicile *réel* ou le domicile *élu*, et dès lors il me semble que la cour de Paris devait tenir un peu plus de compte de l'art. 411 du Code Napoléon.

740. D'après l'art. 759 du Code de procédure civile, le juge-commissaire doit prononcer la déchéance des créanciers non produisants. D'après l'art. 776, il doit aussi prononcer la radiation des créanciers non utilement colloqués. Dans ces deux cas, l'ordonnance du juge commissaire ne peut être attaquée ni par voie d'opposition, ni par voie d'appel (1). Ainsi, sur le vu de ces ordonnances, l'adjudicataire peut requérir du conservateur la radiation, sans que cet agent soit fondé à exiger l'accomplissement des formalités dont parle l'art. 548 du Code de procédure civile (2); car cet article ne s'applique évidemment qu'aux jugements.

ARTICLE 2158.

Dans l'un et l'autre cas, ceux qui requièrent la radiation déposent, au bureau du conservateur, l'expédition de l'acte authentique portant consentement, ou celle du jugement.

SOMMAIRE.

741. Des pièces qui doivent être remises au conservateur pour qu'il opère la radiation. L'acte de consentement à la radiation doit être *authentique*.

(1) Terrible, v° Saisie immobilière, § 8, n° 4. Carré article 759. Grenier, t. 2, n° 528.

(2) Inst. gén. de la Régie, du 15 nov. an XIII. Voir *infra*, n° 958, plusieurs exemples où la radiation de l'inscription, par suite de ces ordonnances, n'empêche pas l'hypothèque de subsister.

COMMENTAIRE.

741. Le conservateur n'est pas juge de la question de savoir si l'on requiert avec raison ou non la radiation; c'est un agent passif, chargé de l'exécution des ordres de la justice ou de la volonté des parties (1). Il faut donc placer sous ses yeux des preuves matérielles de l'obligation où il se trouve de consommer la radiation (2). C'est pour mettre sa responsabilité à couvert à cet égard, que la loi exige qu'on dépose entre ses mains une expédition de l'acte *authentique* portant consentement à la radiation, ou du jugement qui l'ordonne. Notre article veut que l'acte de convention soit authentique (3). On a vu

(1) Mais il a qualité pour examiner le mérite de l'acte en vertu duquel il est requis de procéder à la radiation d'une inscription (Paris, 17 août 1843. Sirey, 43, 2, 534), puisqu'il peut être déclaré responsable s'il opère une radiation consentie illégalement. V. *infra*, n° 1000.

(2) Spécialement, le conservateur ne peut être tenu de radier l'inscription du privilège du vendeur faite d'office, qu'autant qu'on lui représente un acte constatant que le prix a cessé d'être dû, ou une renonciation du vendeur au bénéfice de son privilège; il ne suffirait pas de représenter au conservateur un acte par lequel le vendeur consent la radiation d'une inscription, ce consentement n'équivalant pas à une renonciation. Dijon, 17 juillet 1839 (Sirey, 40, 2, 71). Cassation, 24 juin 1844 (Sirey, 44, 1, 598). Du reste, la radiation de l'inscription d'office doit être demandée contre le vendeur et non contre le conservateur, alors même que l'acte de vente porterait renonciation de la part du vendeur à son privilège. Nîmes, 27 juin 1838 (Sirey, 38, 2, 504).

(3) En est-il de même pour la renonciation qui, aux termes de l'art. 2180, opère l'extinction de l'hypothèque? V. *infra*, n° 868. Mais il a été décidé que la radiation peut être faite en vertu d'un acte de main-levée passé en brevet devant notaire. Cass., 18 juillet 1838 (Sirey, 38, 1, 1004). Toutefois, cela n'est pas usité dans la pratique, et de fait cela paraît contraire à la loi du 25 vent. an xi et à l'ancienne ordonnance, qui indiquent les actes que l'on peut faire en brevet. V. MM. Grenier, n° 525, et Duranton, t. 20, n° 193.

par l'art. 2152 que le cessionnaire qui veut faire opérer un changement de domicile sur l'inscription, doit justifier au conservateur d'une cession par acte authentique. Combien à plus forte raison l'authenticité de l'acte doit-elle venir tranquilliser le conservateur, lorsqu'il s'agit de faire disparaître et de radier l'inscription (1).

ARTICLE 2159.

La radiation non consentie est demandée au tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été faite, si ce n'est lorsque cette inscription a eu lieu pour sûreté d'une condamnation éventuelle ou indéterminée, sur l'exécution ou liquidation de laquelle le débiteur et le créancier prétendu sont en instance ou doivent être jugés devant un autre tribunal; auquel cas la demande en radiation doit y être portée ou renvoyée.

Cependant la convention faite par le créancier et

(1) La Cour de cassation a jugé, le 21 juillet 1830 (Sirey, 36, 1, 921), que le conservateur est fondé à exiger que le mandat en vertu duquel la radiation est consentie, soit en forme authentique. *Junge* Lyon, 29 déc. 1827 (Sirey, 28, 2, 287). Cette décision n'est pas contraire à ce que j'ai dit, en me fondant sur un arrêt de la Cour de cassation, *suprà*, t. 2, n° 510, relativement à l'hypothèque consentie en vertu d'un mandat sous signature privée.

La Cour suprême a pu voir, dans les dispositions de l'art. 2157, une exception à la règle générale, qui veut que tout mandat, quel qu'en soit l'objet, donné par acte sous signature privée, ait la même force que s'il était en la forme authentique.

Remarquons, au surplus, que la Cour suprême ne décide pas que la radiation opérée en vertu d'un acte authentique consenti par un mandataire sous signature privée ne serait pas valable, mais seulement que le conservateur pouvait se refuser à l'opérer. La radiation d'une inscription peut avoir des conséquences bien autrement graves que l'inscription elle-même, et l'article 2158 semble, par ses termes, avoir eu pour but de mettre le conservateur à l'abri d'une surprise dont il serait responsable.

le débiteur, de porter, en cas de contestation, la demande à un tribunal qu'ils auraient désigné, recevra son exécution *entre eux*.

SOMMAIRE.

- 742. Du tribunal compétent pour connaître de la demande en radiation. Renvoi. *Quid* du cas où il y a instance liée ou prête à l'être sur l'exécution de la sentence éventuelle ou indéterminée en vertu de laquelle l'inscription a été prise?
- 743. Du cas où il y a entre les parties une convention spéciale sur la compétence.
- 743 bis. Du cas de litispendance.
- 744. Mais, de droit commun, le tribunal compétent pour connaître de la radiation est le tribunal de la situation des biens.
- 744 bis. La demande en radiation est susceptible de deux degrés de juridiction. Elle est dispensée du préliminaire de conciliation.
- 745. Par qui peut être intentée la demande en radiation.
- 745 bis. Privilège des frais de radiation à la suite d'un ordre.

COMMENTAIRE.

742. J'ai devancé les explications qui se rattachent à notre article par quelques détails, dans lesquels je suis entré sous l'art. 2156, relativement à la compétence du tribunal qui doit connaître des contestations élevées sur l'inscription. Les principes restant donc posés ainsi que je les ai déduits à l'endroit cité, il ne me reste plus qu'à entrer dans quelques observations qui tiennent de plus près à l'interprétation de l'art. 2159.

J'ai dit que le tribunal compétent pour juger les actions en radiation est le tribunal de la situation des immeubles (1). Mais j'ai parlé aussi, n° 733, d'une exception

(1) Mais voyez les tempéraments avec lesquels cette règle doit être prise, n° 733.

formellement établie par notre article. C'est lorsqu'après condamnation pour somme indéterminée, ou condamnation éventuelle, il y a des difficultés sur l'exécution ou la liquidation, et que ces difficultés sont pendantes ou doivent être jugées à un autre tribunal. Alors c'est ce tribunal qui est le juge de la radiation, quoiqu'il ne soit pas le tribunal de la situation des immeubles.

Par exemple, j'ai obtenu par jugement que Pierre me payerait 10,000 francs, si son chargement de sucre et d'indigo n'arrivait pas le 10 octobre 1831, et j'ai pris inscription, pour sûreté de cette condamnation, sur les biens que Pierre possède à Orléans. Mais il s'élève une contestation entre Pierre et moi devant le tribunal de Bordeaux, pour savoir si la condition a été accomplie. Il est évident que, tant que cette instance sera pendante, je ne pourrai pas saisir le tribunal d'Orléans d'une demande à fin de radiation. Cette demande devra être portée au tribunal de Bordeaux. La raison en est qu'étant accessoire à la demande principale formée devant le tribunal de Bordeaux, sur la question de savoir si la somme de 10,000 francs est due, elle doit suivre le for où cette question, pour ainsi dire préjudicielle, est agitée. Cela rentre dans les dispositions de l'art. 171 du Code de procédure civile.

Cet exemple porte sur le cas où la question principale est pendante à un autre tribunal que celui de la situation des biens. Mais notre article va plus loin, il veut que le tribunal de la situation soit incompétent alors même que la question n'est pas encore pendante, pourvu qu'elle doive l'être ultérieurement devant un autre tribunal, d'après les règles de compétence ordinaire.

Par exemple, j'ai été condamné par jugement à vous garantir d'une éviction. Vous avez pris inscription sur mes biens à Nancy, jusqu'à concurrence de 10,000 francs. Si je veux demander radiation de cette inscription, et que je vous actionne à Nancy, vous aurez droit de demander votre renvoi devant le tribunal de la Seine, dans

le ressort duquel vous êtes domicilié, si vous prétendez que le cas d'éviction s'est vérifié (1).

743. Ce premier cas, où nous voyons le tribunal de la situation dessaisi, n'est pas le seul.

Notre article parle d'un second cas, qui a lieu lorsqu'il y a convention entre les parties pour que l'action en radiation soit portée à un tribunal déterminé. Mais cette stipulation est renfermée entre les parties contractantes, et ne change pas l'ordre des juridictions à l'égard des tiers (2).

743 bis. D'autres cas peuvent encore se présenter, quoiqu'ils ne soient pas mentionnés dans notre article. Par exemple, la radiation peut dépendre d'une instance *pendante* près le tribunal du *domicile* du défendeur, et relative à la validité du titre.

Ce cas diffère de celui dont j'ai parlé au n° 742, parce que je n'avais alors en vue que des difficultés nées ou à naître sur l'exécution d'un *jugement de condamnation*, tandis qu'ici j'ai en vue des difficultés élevées sur un titre *conventionnel*. Or, quoique l'art. 2159 ne parle que des difficultés survenues sur des jugements de condamnation, il me paraît certain que la raison de décider est la même, et que la demande en radiation n'est pas tellement de la compétence du tribunal de la situation des biens, qu'il ne faille renvoyer la demande aux juges premiers saisis de la question de validité de la convention; c'est ce qui s'induit d'un arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 1812 portant règlement de juges (3). On peut se reporter au surplus à ce que j'ai dit *suprà*, n° 733, sur certains principes de la matière.

(1) M. Tarrible, Répert., Radiation, p. 590.

(2) MM. Jolivet et Treilhard, Conf., t. 7, p. 210, 211.

(3) Sirey, 13, 1, 251. Dal., Hyp., p. 451 et 449, n° 449, n° 3. V. encore sur tout cela, Cass., 1 février, an xii; idem, 29 brumaire an xiii; idem, 11 février 1834; Paris, 9 mars 1813; avis du Conseil d'Etat, du 16-25 thermidor an 12; et MM. Grenier, t. 1, p. 190, n° 94. Persil, article 2159. *Contra*, M. Tarrible, Répert., Radiation, p. 590.

744. Mais lorsque des motifs pareils ou de connexité ou de litispendance n'existent pas, et qu'il n'y a pas de question préjudicielle, il ne faut pas hésiter à dire que le tribunal compétent est celui de la situation des biens.

Cette vérité est prouvée de plus en plus par un arrêt de la cour impériale de Paris, du 23 mai 1817 (1), dans une espèce dont voici le sommaire.

Un arrêt avait annulé un jugement arbitral en vertu duquel une inscription hypothécaire avait été prise. On avait pensé que la demande en radiation devait être portée *de plano* devant la cour, comme appelée à juger des difficultés relatives à l'exécution de ses arrêts. Mais ce système ne fut pas accueilli. D'après l'art. 472 du Code de procédure civile, il fut jugé qu'y ayant attribution de juridiction au juge de la situation des biens, c'était par-devant lui qu'il fallait intenter l'action (2).

744 *bis*. La demande en radiation est une demande ordinaire et susceptible des deux degrés de juridiction. C'est ce qu'a jugé l'arrêt précité de la cour de Paris.

Ce même arrêt décide que pareille demande n'est pas dispensée du préliminaire de conciliation (3). M. Grenier est d'un avis contraire (4), et je le crois préférable, parce que, dans une telle matière, il est rare qu'il n'y ait pas urgence.

745. Voyons maintenant qui peut demander la radiation. La demande en radiation émane ordinairement du débiteur, qui a intérêt à faire disparaître l'inscription pour que son crédit ne s'en trouve pas plus longtemps altéré. Elle peut être aussi intentée par l'acquéreur ou l'adjudicataire, qui n'est pas moins intéressé à effacer les traces de l'hypothèque sur l'immeuble qui passe dans

(1) Sirey, 18, 2, 20. Dalloz, Hyp., p. 449, n° 4.

(2) Opinion, Conf. M. Tarrible, Répert., Radiation, p. 590.

(3) Conf., Caen, 13 novembre 1839 (Sirey, 40, 2, 25; *J. Pal.*, 1840, t. 1, p. 664).

(4) T. 1, n° 95.

ses mains. Enfin, elle peut être dirigée dans un ordre par un créancier, contre le créancier porteur d'une inscription nulle ou irrégulière qui le primerait (1).

745 bis. On a vu, t. 1, n° 127, que les frais de radiation à la suite d'ordre sont privilégiés et doivent être prélevés par l'adjudicataire sur le prix.

ARTICLE 2160.

La radiation doit être ordonnée par les tribunaux, lorsque l'inscription a été faite sans être fondée ni sur la loi, ni sur un titre, ou lorsqu'elle l'a été en vertu d'un titre soit irrégulier, soit éteint ou soldé, ou lorsque les droits de privilège ou d'hypothèque sont effacés par les voies légales.

SOMMAIRE.

746. Des causes qui donnent lieu à la radiation.

746 bis. De l'effet de la radiation à l'égard des tiers.

COMMENTAIRE.

746. Toutes les causes qui donnent lieu à l'extinction de l'hypothèque peuvent former le sujet d'une demande en radiation. Je ne veux pas en ce moment approfondir ces causes d'extinction de l'hypothèque; je m'en occuperai sous l'art. 2180, on peut y recourir.

Mais l'extinction de l'hypothèque suppose que l'hypothèque a été valable pendant un certain temps. Il serait cependant possible que le droit hypothécaire n'eût jamais été constitué d'une manière valable. Ce serait encore un autre motif pour que le tribunal ordonnât la radiation.

(1) Répert., Radiation, p. 591, n° 11.

Enfin il pourrait arriver que, l'hypothèque étant valablement constituée, l'inscription fût cependant nulle dans la forme; il y aurait alors également lieu à la radiation; seulement, le créancier pourrait prendre une nouvelle et plus régulière inscription s'il en était encore temps. Mais cette inscription ne procurerait de rang que du jour où elle aurait été prise (1).

Il s'est élevé plusieurs questions pour savoir quand il y avait lieu à radiation de l'inscription prise par l'acquéreur sur les biens du vendeur, pour sûreté de promesse d'éviction.

Ces questions sont plutôt de fait que de droit. Tout ce qu'on peut dire, c'est que l'inscription ne peut être levée que lorsque le danger d'éviction est passé sans retour. Mais l'appréciation de ceci dépend évidemment des circonstances (2).

746 bis. Lorsque la radiation a été opérée, encore bien qu'elle l'ait été sans motif légal, l'inscription radiée ne peut jamais être opposée au créancier qui a contracté postérieurement, sur la foi d'un certificat négatif du conservateur des hypothèques. C'est ce qu'ont jugé des arrêts positifs (3), qu'on doit approuver (4).

Ainsi une inscription est radiée en vertu d'un arrêt que la Cour de cassation casse de ce chef : le rétablissement de l'inscription ne pourra nuire à ceux qui ont contracté avec la certitude de sa radiation et dans le

(1) V. *infra*, 767.

(2) V. les arrêts rapportés par Dalloz, Hyp., p. 226, 227 et 448. — V. aussi Cassation, 25 novembre 1812; Limoges, 9 mai 1812; Orléans, 22 août 1834; Cassation, 27 mars 1849 (Sirey, 49, 1, 509; 35, 2, 121; 13, 1, 177; 12, 2, 409).

(3) Cassat., 26 janvier 1814 (Dalloz, Hyp., p. 444); Paris, 15 avril 1811 (*idem*); Cass., 18 juillet 1838 (Sirey, 38, 1, 1004); *idem*, 9 décembre 1846 (Sirey, 47, 1, 827). V. encore, en sens divers, Bordeaux, 7 avril 1827 (Sirey, 28, 2, 88); Cassation, 4 janvier 1831 (Sirey, 31, 1, 126); Agen, 19 mai 1836 (Sirey, 36, 2, 404).

(4) *Suprà*, t. 2, n° 644 *ter*.

moment de son absence légale (1). Mais à l'égard des créanciers antérieurs, elle sera censée n'avoir jamais cessé d'exister, ainsi qu'il a été jugé par arrêts de la cour de Paris, du 12 juin 1815, et de la cour de Douai, du 10 janvier 1812 (2).

ARTICLE 2161.

Toutes les fois que les inscriptions prises par un créancier qui, d'après la loi, aurait droit d'en prendre sur les biens présents ou sur les biens à venir d'un débiteur, sans limitation convenue, seront portées sur plus de domaines différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté des créances, l'action en réduction des inscriptions, ou en radiation d'une partie en ce qui excède la proportion convenable, est ouverte au débiteur. On y suit les règles de compétence établies dans l'article 2159.

La disposition du présent article ne s'applique pas aux hypothèques conventionnelles.

SOMMAIRE.

- 747. Liaison. De l'action en réduction des inscriptions. Cas où elle est ouverte. Sommaire de notre article. En quoi il diffère des art. 2143 et 2144.
- 748. Motifs qui ont fait établir l'action en réduction. C'est la faveur pour la spécialité.
- 749. L'action en réduction n'est pas ouverte pour les hypothèques conventionnelles. Elle n'a lieu que pour les hypothèques générales. Motifs. Erreurs de M. Grenier.
- 750. A qui est ouverte l'action en réduction. Elle n'appartient qu'au débiteur, et non aux créanciers entre eux. Du con-

(1) Dall., Hyp., p. 442, n° 3.

(2) Dall., *loc. cit.*, p. 444 et 445, note n° 2. — Junge M. Duranton, t. 20, n° 205.

cours de l'hypothèque générale avec la spéciale. L'hypothèque générale doit toujours conserver sa plénitude. On ne peut la forcer à se replier sur d'autres biens qu'elle affecte.

751. L'équité semble cependant ne pas admettre cette solution. Moyen de la concilier avec les principes.
752. Premier cas de concours.
753. Deuxième cas, plus difficileux. Première difficulté. Solution.
754. Décision contraire de la cour de Paris. Mais elle ne peut faire autorité.
755. Deuxième difficulté. Le créancier à hypothèque spéciale peut la lever, en payant le créancier à hypothèque générale, aux droits duquel il se trouve subrogé.
756. Opinion contraire de M. Tarrible rejetée.
757. Cas où cette subrogation pourrait être mise en œuvre par la fraude. Moyen d'y remédier.
758. Lorsque l'on n'a pas pris la précaution du paiement avec subrogation, y a-t-il, indépendamment de tout paiement, subrogation légale de l'hypothèque spéciale à la générale ? Opinions à cet égard discutées, ainsi que les arrêts.
759. Troisième cas.
760. Quatrième cas. Solution.
761. Arrêt de la cour de Paris qui paraît contraire, mais qui, au fond, ne l'est pas.
762. Peut-on opposer l'exception de discussion à celui qui a en même temps une hypothèque générale et une hypothèque spéciale.
763. Objection résolue.
764. Quand on prête à quelqu'un dont les biens sont grevés d'hypothèque générale, la meilleure précaution à prendre, c'est de ne pas contracter sans que le créancier à qui elle appartient consente à une réduction.
765. De la réduction amiable. Cas où la réduction ne peut s'opérer en justice.
766. Règles de compétence pour obtenir la réduction judiciaire.
767. Cas où l'action en réduction est ouverte. *Quid* dans le cas où l'individu condamné à donner hypothèque spéciale a satisfait au jugement ?
768. Peut-on demander la réduction pour hypothèque antérieure au Code Napoléon ? Dissentiment avec M. Dalloz et avec quelques arrêts.

COMMENTAIRE.

747. Après avoir parlé des cas où l'inscription doit être radiée pour cause de nullité, ou pour absence d'hypothèque, le Code s'occupe du cas où la manifestation de l'hypothèque est restreinte dans sa généralité, et où par conséquent il y a lieu à radiation partielle.

D'après notre article, l'action en réduction du nombre des inscriptions est ouverte dans tous les cas où il y a hypothèque générale et où l'inscription frappe sur plus de domaines différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté de la créance. Le tribunal compétent est celui déterminé dans l'art. 2159. L'action en réduction ne peut avoir lieu que pour les hypothèques légales ou judiciaires. Elle n'a pas lieu pour les hypothèques conventionnelles.

Tel est le sommaire de notre article. Il est introductif d'un droit nouveau. Il diffère des cas prévus dans les art. 2143 et 2144 du Code Napoléon, en ce que, dans ces deux articles, le législateur a en vue la réduction de l'hypothèque elle-même, la restriction du fond du droit, au lieu que, dans notre article, il ne prévoit que la réduction du nombre des inscriptions, de telle sorte qu'en certains cas l'inscription peut se reproduire si cela est nécessaire (arg. de l'art. 2164). Ainsi, dans le cas de l'art. 2161, l'hypothèque subsiste toujours; seulement elle sommeille, elle ne peut se manifester au dehors, sauf à reparaître ultérieurement s'il y avait nécessité absolue (1). Au contraire, dans le cas des art. 2143 et 2144, l'hypothèque est éteinte et les immeubles sont complètement affranchis.

748. Si l'on recherche les motifs qui ont donné lieu aux dispositions de l'art. 2161, on les trouve aisément dans l'affection du législateur pour la spécialité. Partout il cherche, autant que possible, à restreindre les hypothèques dans des limites plus favorables au crédit du débiteur, et à ramener les créanciers qui ont une hypo-

(1) Art. 2164, et Arg. de l'art. 2131.

thèque générale à une affectation spéciale, plus en harmonie avec la publicité qu'une affectation générale. Les créanciers dont les inscriptions sont diminuées ne peuvent s'en plaindre. On ne les force à lever leur mainmise sur une portion des biens du débiteur, qu'autant qu'il lui en reste suffisamment pour garantir leurs droits.

749. Mais la faculté de faire réduire le nombre des inscriptions ne s'applique qu'aux hypothèques légales et judiciaires; elle ne s'applique pas aux hypothèques conventionnelles.

La raison en est que, lorsque le débiteur s'est engagé par la convention à hypothéquer ses biens présents, et, en cas d'insuffisance, ses biens à venir au fur et à mesure des acquisitions, il ne s'est soumis à cette obligation que pour rassurer son créancier, et parce que ce dernier en faisait la condition de son prêt. Le débiteur ne peut donc exiger une modification à un contrat qui est son ouvrage.

Au contraire, cette raison disparaît lorsqu'il s'agit d'hypothèques dont la cause est étrangère à une convention. La loi qui les donne n'a pas statué pour des cas particuliers; elle a parlé en général, et il serait possible que ses dispositions pussent froisser quelques intérêts. Alors elle vient elle-même à leur secours, et fait fléchir, par un motif d'utilité, ce que l'utilité lui avait fait établir (1).

(1) *Infra*, n° 772. — V., en ce sens, MM. Persil, art. 2161, n° 9; Zachariæ, t. 2, § 281, note 5; Duranton, t. 20, n° 207; Baudot, n° 1048. Et il a été jugé qu'on ne peut demander la réduction d'une hypothèque conventionnelle par le motif que le paiement de la créance est assuré, en ce que le débiteur a laissé entre les mains de l'acquéreur de l'un de ses immeubles une somme suffisante pour l'acquittement de la créance (Grenoble, 3 janvier 1825; Sirey, 26, 2, 144); ou encore, sous le prétexte, lorsque l'hypothèque frappe la totalité d'un immeuble avec réserve pour le débiteur de pouvoir transporter cette hypothèque sur un autre immeuble déterminé, que le premier immeuble hypothéqué a acquis depuis, par le dégrèvement d'autres charges hypothé-

Toutefois, comme il n'y a rien de plus naturel que de défaire par une convention ce qu'une convention a formé, le créancier et le débiteur peuvent faire un traité pour restreindre l'hypothèque conventionnelle. Ce que la loi défend, c'est que la réduction d'une hypothèque de ce genre soit demandée et obtenue par *voie d'action* (1).

M. Grenier pense cependant que, lorsque l'hypothèque conventionnelle embrasse les biens présents et à venir, le débiteur peut demander la réduction du nombre des inscriptions, si le créancier lui donnait une étendue excessive comparativement au montant de la dette (2). Mais je ne puis concilier cette opinion avec le texte si formel de notre article. Vainement M. Grenier oppose-t-il qu'on ne doit pas livrer le débiteur à la fantaisie, à la dureté ou à une crainte chimérique du créancier. La loi s'oppose à cette commisération, d'autant plus déplacée que le débiteur a à s'imputer d'avoir souscrit un engagement sans limites.

750. La réduction du nombre des inscriptions de l'hypothèque légale ou judiciaire ne peut être demandée que par le débiteur. C'est ce qui résulte de ces expressions : *l'action en réduction est ouverte au débiteur*. Les autres créanciers n'ont pas qualité pour la demander (3), à moins qu'ils n'exercent les droits de leur débiteur (4).

caires, une valeur libre au moins égale à celle prévue par la convention (Amiens, 24 mars 1824; Sirey, 24, 2, 139). Mais, lorsque le créancier s'est fait colloquer sur un immeuble du débiteur et a ainsi spécialisé une hypothèque générale, il ne peut demander de nouvelles collocations sur d'autres immeubles, encore qu'originellement tous ces immeubles lui aient été hypothéqués; en ce cas, lui refuser toute collocation nouvelle, c'est s'opposer à un dommage sans objet et non pas réduire les hypothèques du créancier (Paris, 31 juillet 1813 et 29 avril 1814; Sirey, 15, 2, 270 et suiv.).

(1) V. *infra*, n° 959 *ter*.

(2) T. 1, p. 135, n° 63. — *Junge* M. Battur, n° 700.

(3) M. Tarrible, v° Radiation, p. 492, col. 1.

(4) Dall., Hyp., p. 436, n° 20.

Je dois examiner cependant si, dans le cas de concours d'une hypothèque générale avec une hypothèque spéciale, le créancier qui a une hypothèque spéciale ne peut pas exiger que le créancier à hypothèque générale soit renvoyé à faire valoir ses droits sur les biens existants et suffisants pour acquitter l'obligation.

Cette grave question, qui se lie au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, et à celui de la réduction des hypothèques excessives, est susceptible de nombreuses difficultés d'application.

Cependant elle paraît simple en point de droit. Il semble qu'on puisse dire sans hésiter que l'hypothèque générale étant indivisible, il appartient au créancier de choisir celui des immeubles grevés sur lequel il préfère exercer son droit.

C'est ce que portaient les lois 2, D. *Qui potior*, et 6 C. *eod. tit.*

« Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea prædium ex his bonis datur, quamvis ex cæteris pecuniam suam redigere possit, » dit la première de ces lois.

La seconde ajoute : « Si generaliter bona sint obligata » et postea res alii specialiter pignori dentur, quoniam » ex generali obligatione potior habetur creditor qui » antea contraxit, si ab illo priore tempore tu compa- » rasti, non oportet te ab eo qui postea credidit, inquietari (1). »

Sur quoi Voët dit, d'après Carpzovius (definit. forens., part. 2, const. 23, def. 29) et Brunemann, sur la loi 2, au D. *Qui potior*...., « Solâ generali munitus anteriore.... » potior est eo cui specialiter postea res quædam ex » generaliter devinctis obligatæ fuerunt, idque in ipsis » illis rebus specialiter posteriori obligatis, etiamsi cre- » ditori anteriori facile fuerit ex rebus aliis generaliter » obligatis suum consequi, cum non debuerit ei per super-

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 571, n° 15.

» venientem hypothecam specialem adimi jus suum eligendi ex generaliter obligatis eam rem, cujus persecutionem sibi faciliorem, aut commodiorem, aut tutiorem arbitratur (1). »

Ces règles sont fondées sur le principe que l'hypothèque est indivisible, qu'elle affecte toutes les portions de la chose grevée, *est tota in toto, et tota in quâlibet parte*.

Supposez que Primus ait une hypothèque judiciaire sur tous les biens de Paul. On vend par expropriation forcée le fonds Cornélien grevé d'une hypothèque postérieure spéciale au profit de Secundus. Secundus pourra-t-il opposer à Primus qu'il peut se faire payer sur les autres biens de Paul, qui sont suffisants et qu'il doit préalablement discuter? Primus ne pourra-t-il pas répondre victorieusement que son hypothèque porte sur le fonds Cornélien comme sur tous les domaines appartenant à Paul; que le renvoyer à discuter ces autres domaines serait apporter à son hypothèque une restriction qui n'est pas dans la loi, et que le créancier ne peut pas obtenir; car si le législateur ouvre une action en réduction, ce n'est pas pour les créanciers, c'est pour le débiteur seul?

En principe et en droit, il n'y a rien à répondre à ces raisons de Primus.

751. Néanmoins on conçoit que l'équité puisse élever la voix en faveur du créancier à hypothèque spéciale; qui par une combinaison malheureuse est exposé à se trouver privé de sa garantie hypothécaire. En effet, le créancier à hypothèque générale peut absorber le gage commun sur lequel il a priorité. Que reste-t-il à Secundus? rien absolument qui puisse servir d'aliment à son hypothèque. Et cependant si Primus, au lieu de porter son action sur le fonds Cornélien, l'eût dirigée sur les autres immeubles du débiteur, chacun eût été payé intégralement : Primus eût été rempli du montant de son

(1) Voët, lib. 20, t. 1, n° 15.

hypothèque générale. Secundus aurait touché la totalité de la somme pour laquelle une hypothèque spéciale lui avait été consentie.

La conciliation de l'intérêt du créancier à hypothèque spéciale avec celui du créancier à hypothèque générale a excité la sollicitude des auteurs qui ont écrit sur le nouveau système hypothécaire (1). Mais ils ont rencontré

(1) Lors de l'enquête judiciaire qui fut ouverte en 1841 en vue de la réforme hypothécaire, qui était alors dans les projets du gouvernement, les cours et les facultés se montrèrent vivement préoccupées de cette difficulté, et pensèrent que la loi devait la résoudre. A cet effet, les cours d'Agen, d'Aix, d'Angers, de Besançon, de Bordeaux, de Colmar, de Douai, de Metz, de Montpellier, de Nancy, d'Orléans, de Paris et de Riom, la faculté de Caen et celle de Strasbourg proposèrent de dire que ceux dont le gage particulier aurait servi à désintéresser le créancier à hypothèque générale seraient subrogés, par une disposition formelle de la loi, aux droits de ce créancier, suivant le rang d'ancienneté de leur inscription, mais sans que la part de chacun pût excéder soit le montant de sa créance hypothécaire, soit le produit de la vente du bien affecté à son hypothèque spéciale. Cette opinion était justifiée par des raisons tirées de l'intention présumée du créancier, des conditions essentielles de l'hypothèque, de la nécessité de prévenir l'arbitraire et la fraude, du développement que donne au crédit foncier la sécurité de tous les droits, et de l'insuffisance de la loi et de la jurisprudence. — Les cours d'Amiens et de Poitiers reconnurent aussi la nécessité d'adopter une règle qui permit d'assurer le paiement de l'hypothèque générale sans nuire aux droits des créanciers à hypothèque spéciale; mais elles se bornèrent à provoquer, sans rien indiquer, une décision du législateur. — Mais les cours de Limoges, de Pau, de Rennes, de Rouen, et les facultés de Dijon, de Grenoble, de Poitiers et de Rennes, tout en manifestant le désir que les créanciers à hypothèque spéciale fussent subrogés aux droits des créanciers à hypothèque générale, rejetèrent cependant un système qui, pour classer les hypothèques spéciales selon la date de leur inscription, méconnaissait le principe même de la spécialité. Elles ne voulaient pas, sans doute, que l'action du créancier à hypothèque générale fût morcelée, ou que, ce créancier payé, le surplus du prix des immeubles fût réparti entre les créanciers à hypothèque spéciale au marc la livre de leur créance; elles demandaient uniquement que chaque immeuble qui était atteint

dans leur route de grandes difficulté; on peut dire de

par l'hypothèque générale contribuât, proportionnellement à sa valeur, au paiement de la créance garantie par cette hypothèque; que la contribution de chaque immeuble fût supportée, suivant l'ordre des inscriptions, par ceux qui avaient sur cet immeuble une hypothèque spéciale; et que le créancier dont le gage avait satisfait à l'hypothèque générale exerçât son recours, conformément à l'art. 1214. — Enfin, comme dernier système, je trouve celui de la cour de Dijon qui, personnifiant en quelque sorte les immeubles frappés d'une même hypothèque, applique à ces débiteurs, solidaires par la chose, d'abord l'art. 1251 relatif à la subrogation légale, et ensuite les art. 1213 et 1214, d'après lesquels l'obligation solidaire acquittée par l'un des débiteurs peut être réclamée contre les autres pour la part et portion de chacun d'eux. — V., sur tout cela, les documents publiés par les soins de M. le garde des sceaux en 1844, t. 1, introd., p. cxciv et suiv., et t. 2, p. 827 et suiv.

On paraît s'être moins préoccupé de cette grave difficulté dans les discussions plus récentes dont a été l'objet la réforme du régime hypothécaire; du moins n'en ai-je trouvé aucune trace soit dans les premiers projets émanés du gouvernement, du conseil d'Etat et de la Commission de l'Assemblée législative, soit dans les rapports dont ces projets ont été précédés. Mais les esprits y furent amenés par la discussion qui s'ouvrit sur la première lecture devant l'Assemblée législative. En-effet je trouve, sur ce point, dans le deuxième projet, une disposition spéciale qui avait pour objet d'abord d'interdire au créancier le droit de donner main-levée de son inscription, après sa production à l'ordre, pour favoriser soit lui-même, soit un autre créancier, et ensuite, en cas de concours des hypothèques générales et spéciales, d'établir une subrogation. Et cette disposition, qui fut votée lors de la seconde lecture, passa, avec de simples changements de rédaction, dans le projet qui avait été préparé pour la troisième délibération, où elle forme l'art. 2105 qui était conçu en ces termes : « Le créancier ayant hypothèque sur plusieurs » immeubles ne peut, à peine de dommages-intérêts, soit renon- » cer à son hypothèque sur un de ces immeubles, postérieure- » ment à la saisie immobilière par lui pratiquée ou à la somma- » tion à lui faite de prendre communication du cahier des » charges, soit s'abstenir de produire à l'ordre ouvert sur le prix » de l'un desdits immeubles, si cette renonciation ou cette abs- » tention a pour but de favoriser un créancier au détriment d'un » autre créancier dont l'hypothèque est plus ancienne. — Le » créancier hypothécaire qui a été primé dans un ordre par un