

sance; et, en principe, il doit jouir comme le propriétaire: il ne peut donc pas altérer l'état des lieux en faisant des constructions. S'il en fait, que deviennent-elles à la fin de l'usufruit? La question est très-controversée. Nous avons enseigné que le seul droit du propriétaire est de demander que l'usufruitier lui rende les choses dans l'état où elles se trouvaient lors de l'ouverture de l'usufruit, et que, de son côté, l'usufruitier a le droit d'enlever les matériaux (t. VI, n° 490). N'en faut-il pas conclure que la vente de ces constructions que ferait l'usufruitier est une vente mobilière? C'est, en réalité, la cession de l'indemnité à laquelle l'usufruitier aura droit si le propriétaire veut conserver ces constructions. Pendant la durée de l'usufruit, l'acquéreur n'a qu'un droit de jouissance, analogue à celui du preneur. La vente n'est donc pas un acte translatif de droits réels immobiliers; partant, elle ne doit pas être transcrite. Dans l'opinion qui admet que les constructions de l'usufruitier deviennent la propriété du nu propriétaire, et même sans indemnité, l'on enseigne naturellement qu'elles constituent un droit réel immobilier; ce qui rend applicable la formalité de la transcription (1).

Les constructions faites par un preneur sont-elles un droit immobilier pendant la durée du bail? Cette question aussi est très-controversée; nous l'avons examinée ailleurs (t. V, n°s 415 et 416). Dans notre opinion, le droit du preneur n'est jamais qu'un droit mobilier; d'où suit que la vente des constructions est mobilière, partant non sujette à la transcription. Dans l'opinion qui considère le droit du preneur comme immobilier, la vente est immobilière et doit, par conséquent, être transcrite (t. V, n° 417) (2).

Les constructions faites sur des fonds qui appartiennent au domaine public sont-elles immobilières, et tombent-elles sous l'application de la loi de 1851? Nous avons examiné la question ailleurs (t. V, n° 418).

(1) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 22, n° 13. Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 23, n° 33.

(2) Comparez, en sens divers, Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 22, n° 13; Ducruet, *Etudes sur la loi de la transcription*, n° VI; Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 23, n° 32.

Il y a encore une espèce de propriété dont la nature donne lieu à de grandes difficultés, ce sont les mines. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre de la *Division des biens* (t. V, n°s 407 et 427) (1).

39. L'article 1^{er} de notre loi hypothécaire contient encore une autre restriction de la plus haute importance; il soumet à la transcription les *actes entre-vifs* translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers. Ainsi les acquisitions à cause de mort ne doivent pas être rendues publiques: telles sont les successions et les testaments.

Pourquoi la loi n'a-t-elle pas étendu aux successions le principe de publicité, qui, de sa nature, est un principe universel? On conçoit que les transmissions mobilières n'y soient pas soumises (n° 37); mais, quand il s'agit de successions immobilières, il semble que des registres publics devraient faire connaître aux tiers que celui avec lequel ils traitent possède tels immeubles comme héritier. En effet, les tiers sont intéressés à s'assurer si le possesseur d'un immeuble en est le propriétaire; il faut donc qu'ils connaissent ses titres; est-ce comme héritier qu'il possède, il ne sera propriétaire que si son auteur l'était; il faut donc que les tiers sachent qui est cet auteur, et si lui-même avait la propriété des immeubles qu'il a transmis à ses successeurs. C'est en remontant ainsi d'un titre à l'autre que les tiers acquerront la preuve que le possesseur actuel est propriétaire, au moins par l'effet de la prescription; or, la prescription est, en définitive, la seule preuve qui assure les droits du possesseur et de ceux qui traitent avec lui; et il importe à ceux-ci de savoir si le possesseur a acquis les biens comme héritier, puisque, à ce titre, la possession de son auteur se joint nécessairement à la sienne. L'intérêt des tiers à connaître la transmission qui se fait par voie d'hérédité ne saurait donc être contesté. Reste à voir pourquoi, malgré cet intérêt, la loi n'a pas prescrit la publicité de l'acquisition des immeubles par succession.

Il y a un premier obstacle, et il est invincible, c'est que

(1) Comparez Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 21, n° 12; Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 32, n°s 42-53.

la transmission s'opère sans *acte*, c'est-à-dire sans un fait juridique de l'héritier, par le seul effet de la loi. Or, là où il n'y a pas d'*acte*, la transcription devient impossible. C'est en ce sens qu'il faut entendre ce que les auteurs des lois nouvelles ont dit, en France et en Belgique, pour justifier la lacune que présente la publicité de la situation immobilière des propriétaires fonciers; les registres publics, dit-on, la constatent; or, il se trouve que ces registres ne contiennent aucune mention de l'acquisition la plus importante, et souvent la seule que le possesseur ait faite, des immeubles qu'il a recueillis à titre d'héritier. On répond qu'il est impossible de faire dépendre la transmission des biens par voie d'hérédité de la formalité d'une transcription, sans porter atteinte au principe que *le mort saisit le vif* (1). En réalité, ce principe n'a rien de commun avec la transcription; il concerne la transmission de la *possession*, qui est censée se faire par le mourant à son héritier; et la transcription est étrangère à la *possession*, elle a pour objet la publicité des actes qui transmettent la *propriété*. C'est donc du verbiage que ces phrases qu'on lit dans un auteur qui trop souvent prend des phrases pour des raisons: « La succession a toujours été considérée en France comme opérant une dévolution de plein droit; et la maxime *le mort saisit le vif* est une des règles les plus essentielles de notre jurisprudence. Faudra-t-il *rétrograder jusqu'au moyen âge germanique* pour soumettre à l'investiture le successeur *ab intestat*? Faudra-t-il enlever à la jurisprudence française une de ses plus *précieuses libertés* et briser cet enchaînement des générations qui se remplacent les unes les autres, comme si elles ne faisaient qu'un tout domestique(2)? » Qu'est-ce que la *liberté* a affaire dans un débat où il s'agit d'apprendre aux tiers la filiation de la propriété? Et en quoi la publicité aurait-elle brisé *l'enchaînement des générations*? Si la publicité était possible, le législateur aurait dû la prescrire, afin de compléter le registre aux transcriptions, qui aurait ainsi présenté la situation exacte de tous

(1) Rapport de la commission spéciale belge (Parent, p. 9).

(2) Troplong, *De la transcription*, p. 205, n° 36.

les propriétaires fonciers. Loin de *rétrograder*, le législateur aurait étendu et généralisé sa réforme. S'il ne l'a pas fait, c'est qu'il était impossible d'appliquer le système de la transcription à la transmission des biens par la voie de l'hérédité. En effet, la transcription suppose un acte que le conservateur copie: où est cet acte en matière de succession? Il n'y en a pas. C'est la loi, c'est le sang qui transmettent les biens du défunt à celui que son degré de parenté y appelle; il n'y a là aucune base sur laquelle on puisse asseoir une transcription. Le législateur aurait dû se contenter d'une déclaration du successible; mais une pareille déclaration, comme le dit très-bien la commission belge, n'aurait pas formé en faveur du successible un titre contre l'héritier véritable. Le législateur a dû s'arrêter devant l'impossible.

40. Toutefois en Belgique et en France on a compris combien il serait utile aux tiers de connaître le fait de la transmission de tels immeubles à tels héritiers. Intérêt de curiosité, dit M. Troplong. La commission belge a répondu d'avance à cette frivole objection. « Elle a pensé, dit le rapport, qu'un registre public qui ferait connaître aux tiers les mutations qui se seraient opérées par décès présenterait un certain degré d'utilité, en donnant le moyen de remonter à la connaissance de tous les propriétaires successifs d'un même bien. Pour atteindre ce but, il suffirait d'indiquer dans les déclarations de succession les immeubles par les sections et numéros sous lesquels ils figurent à la matrice cadastrale et de prescrire aux conservateurs de tenir, indépendamment des registres actuels, un registre sur lequel seraient transcrites les déclarations de successions relatives aux immeubles situés dans leurs arrondissements respectifs, et dont les receveurs des droits de succession seraient tenus de leur transmettre une copie. » Si la commission ne formula pas cette proposition en article de loi, c'est qu'elle pensait que la mesure, étant purement administrative, trouverait mieux sa place dans une loi sur les droits de succession.

La commission de 1849, instituée en France par le garde des sceaux, a fait la même proposition, et elle la formula

dans son projet. On lit dans le rapport de cette commission : « La conviction que, sans la publicité de toutes les mutations, de tous les établissements de propriétés immobilières, de quelque source qu'ils vinssent, il n'y avait pas à compter sur le vrai développement du crédit, nous aurait amenés à étendre l'obligation de la transcription jusqu'aux successions *ab intestat*, si cela avait été possible; mais le premier élément de cette formalité nous manquait. Nous n'avons pas d'acte à soumettre à la transcription. La nature des choses s'est montrée ici plus forte que la logique, et nous avons dû renoncer à en poursuivre jusque-là les conséquences. Mais nous avons voulu commencer à ouvrir la voie d'une universelle publicité, en imposant aux receveurs de l'enregistrement, à qui les déclarations de succession doivent être faites, l'obligation de donner connaissance immédiatement de la mutation qui venait de s'opérer afin qu'il en pût être fait mention sur le registre aux transcriptions. Ce ne sera sans doute qu'un renseignement auquel ne pourront pas s'attacher, à l'égard des tiers, les effets légaux de la transcription; mais ce renseignement pourra leur être utile, et cela suffit pour en exiger la mention sur les registres des conservateurs et sur les états qui seront demandés à ces derniers (1). »

Ces propositions n'aboutirent ni en France ni en Belgique. Il paraît que ce qui empêcha, chez nous, le gouvernement d'y donner suite, ce sont les difficultés d'exécution et l'inconvénient d'embarrasser par de nouvelles écritures les archives déjà trop encombrées de la conservation hypothécaire (2). De simples difficultés de fait n'auraient pas dû arrêter l'exécution d'une mesure qui aurait complété la publicité, à laquelle le crédit public est si essentiellement intéressé.

41. Les testaments sont aussi des actes à cause de mort, par conséquent dispensés de la transcription. Quelles en sont les raisons? C'est une nouvelle exception au principe de la publicité et une nouvelle lacune; il en résulte que les

(1) Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 9, n° 13.

(2) Martou *Commentaire de la loi de 1851*, t. I, p. 32, n° 14.

registres du conservateur ne mentionnent aucune transmission héréditaire; de sorte qu'ils ne font pas connaître la transmission la plus importante et la plus usuelle, puisqu'elle a lieu nécessairement à la mort de chaque propriétaire. On ne peut pas dire des testaments ce que nous avons dit des successions *ab intestat*, que la publicité en est impossible, car il n'y a pas de testament sans acte; et, de fait, il y avait des coutumes de nantissement qui prescrivaient les devoirs de loi pour la succession testamentaire. Il y a plus; le code lui-même prescrit la publicité des substitutions fidéicommissaires permises quand elles se font par acte de dernière volonté, aussi bien que quand elle se font par donation entre-vifs. L'article 1069 porte : « Les dispositions par actes entre-vifs ou testamentaires, à charge de restitution, seront rendues publiques : savoir, quant aux immeubles, par la transcription des actes sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation; et, quant aux sommes colloquées avec privilège sur des immeubles, par l'inscription sur les biens affectés au privilège. » Voilà une anomalie, et l'anomalie est telle, que l'on doit se demander si cette disposition n'est pas abrogée par la loi hypothécaire. Il est de principe que la loi hypothécaire ne déroge pas au code civil, sauf que le titre des *Hypothèques* est remplacé par la loi nouvelle; toutefois ce principe n'est pas absolu, comme nous allons le voir en traitant des donations. Ce qui nous porte à admettre que la loi hypothécaire n'abroge pas l'article 1069, c'est que cette disposition appartient à une matière toute spéciale, et a été portée pour des motifs tout spéciaux; nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit sur les substitutions fidéicommissaires; c'est donc une exception au droit commun, et, à ce titre, elle peut subsister à côté du droit commun. L'article 1069 est encore exceptionnel sous un autre rapport. En règle générale, la transmission des valeurs mobilières n'est pas soumise à la publicité, tandis que l'article 1069 prescrit la publicité des capitaux garantis par un privilège. Cette nouvelle exception confirme ce que nous venons de dire, c'est que la matière des substitutions est toute spéciale, et que, par suite, les exceptions qui s'y

trouvent peuvent coexister avec la règle établie par la loi hypothécaire. C'est l'application du principe qu'une loi générale postérieure à une loi spéciale ne déroge pas à celle-ci (1).

42. Toujours est-il que, la publicité étant consacrée par le code civil pour les testaments en matière de substitution, il est d'autant plus difficile d'expliquer la règle contraire admise par les auteurs de notre loi hypothécaire. La commission du sénat a motivé comme suit l'exception que la loi nouvelle fait au principe de publicité en ce qui concerne les testaments (2). Elle distingue entre les légataires qui ont la saisine et ceux qui doivent demander la délivrance. Les légataires saisis sont en tout assimilés aux héritiers légitimes; si l'on n'a pas prescrit la publicité pour la transmission des biens *ab intestat*, à raison du principe de la saisine, on doit, par identité de motifs, étendre la même exception aux légataires universels qui ont la saisine. Cette première raison n'est pas concluante. C'est moins à cause de la saisine que l'on a dispensé les successions *ab intestat* de la transcription, qu'à cause de l'impossibilité qu'il y avait de prescrire la transcription alors qu'il n'y a pas d'acte à transcrire (n° 39). Il faut donc laisser la saisine de côté. La commission du sénat ne s'est pas dissimulé que la clandestinité avait de grands inconvénients : elle compromet les droits des tiers. Si l'héritier légitime ou le légataire universel saisi dispose d'un bien légué, il vend la chose d'autrui; la vente est nulle, le légataire peut revendiquer et le tiers acquéreur se trouvera évincé sans qu'il ait pu connaître l'existence du legs. Par contre, la nécessité de rendre publiques les dispositions testamentaires aurait compromis les droits des légataires. Il y a, sous le rapport de la publicité, une grande différence entre le légataire et l'acquéreur entre-vifs, acheteur ou donataire; celui-ci est partie au contrat, et il sait que s'il ne transcrit point, il ne sera pas propriétaire à l'égard des tiers; ses intérêts sont garantis par cela seul qu'il est en mesure de

(1) Martou, *Commentaire de la loi de 1851*, t. I, p. 33, n° 1

(2) Rapport de la commission du sénat (Parent, p. 395).

les sauvegarder. Il n'en est pas de même du légataire; il peut ignorer, et il ignore souvent l'existence du testament; l'héritier qui trouve l'acte parmi les papiers du défunt tarde à le faire connaître, et il dispose, en attendant, des biens légués. Si l'on admet comme principe que le légataire n'est propriétaire à l'égard des tiers que par la transcription, il n'aura aucune action contre les tiers acquéreurs des biens qui lui appartiennent, et son action contre les héritiers peut être inefficace si ceux-ci sont insolubles. Le système de la publicité conduirait donc à dépouiller le légataire, sans qu'il lui fût possible de conserver ses droits. La considération est grave, mais elle n'est pas décisive. En effet, on se prévaut d'un cas exceptionnel, qui se présentera rarement, pour déroger au principe de publicité qui est d'intérêt général.

La commission du sénat ajoute que les intérêts des tiers ne courent pas grand danger, même dans le système de clandestinité, parce que la jurisprudence incline à maintenir les actes faits par l'héritier apparent lorsque les tiers sont de bonne foi. Cela est vrai de la jurisprudence française, cela n'est pas vrai de la jurisprudence des cours de Belgique; et, à notre avis, celle-ci est dans le vrai. L'héritier véritable est seul propriétaire; il peut donc revendiquer les biens qui lui appartiennent contre les tiers auxquels l'héritier apparent les a vendus. Il en est de même de la concession des droits réels. Il en résulte que les actions en pétition d'hérédité jettent le trouble dans les relations civiles. C'est une des raisons qui avaient engagé la commission française à proposer la publicité pour les testaments, mais cette proposition n'a pas été admise (1).

43. Le système de publicité par la voie de la transcription ne s'applique qu'aux actes translatifs et déclaratifs de droits réels immobiliers et à certains baux. Il y a d'autres actes qui intéressent les tiers et dont le législateur n'a pas prescrit la publicité. Telle est l'antichrèse; la loi française la soumet à la transcription, notre loi garde le silence;

(1) Parent, p. 395. Comparez le rapport fait au corps législatif par De Belleyme (Troplong, p. 31 et suiv.); Mourlon, t. I, p. 7 et suiv.

nous avons dit ailleurs que l'antichrèse n'est pas un droit réel immobilier, mais un simple droit de créance que l'antichrésiste ne peut pas opposer aux tiers. Dès lors il était inutile de la rendre publique.

L'institution contractuelle doit-elle être transcrite? Nous allons examiner la question. La négative est généralement admise. Toutefois il y a des tiers qui auraient intérêt à la publicité, ce sont les tiers donataires. Le législateur n'a-t-il pas considéré cet intérêt comme suffisant? ou est-ce par oubli qu'il n'a pas parlé de la donation des biens à venir? Toujours est-il qu'en cette matière la publicité était très-facile à organiser, puisqu'il existe un acte authentique.

Lorsqu'une créance hypothécaire est éteinte par le paiement ou par tout autre mode légal, l'hypothèque est également éteinte. Les tiers qui traitent avec le créancier dont le droit est éteint seraient intéressés à connaître l'extinction de la créance et de l'hypothèque. Nous dirons plus loin pourquoi le législateur n'a pas prescrit la publicité de la libération et comment il a pourvu aux intérêts des tiers cessionnaires.

La cession de biens n'est pas translatrice de propriété; donc elle n'est pas soumise à la transcription, quand même elle comprendrait des immeubles. Toutefois il eût été utile aux tiers de connaître la cession, puisque l'on admet que le débiteur qui l'a consentie ne peut plus disposer de ses biens, ni directement ni indirectement, au préjudice des créanciers auxquels il en a fait l'abandon. Si le législateur n'a pas prescrit la publicité, c'est probablement par oubli.

§ II. Application.

N° 1. DES ACTES ENTRE-VIFS A TITRE GRATUIT.

44. L'article 939 soumet à la transcription les *donations* de biens susceptibles d'hypothèques, et l'article 1^{er} de notre loi hypothécaire porte : « Tous actes entre-vifs à titre gratuit seront transcrits. » De là la question de savoir si la loi nouvelle a entendu maintenir l'article 939

et les articles suivants qui s'y rattachent, ou si elle a abrogé toutes ces dispositions. La loi française de 1855 a prévu la difficulté et l'a décidée en ces termes : « Il n'est point dérogé aux dispositions du code Napoléon relatives à la transcription des actes portant donation ou contenant des dispositions à charge de rendre; elles continueront à recevoir leur exécution. » Notre loi hypothécaire ne contient aucune disposition concernant l'abrogation des lois antérieures, sauf celle de l'article 1^{er}, portant que la loi hypothécaire remplace le titre XVIII du livre III du code civil. Est-ce à dire que toutes les autres dispositions du code civil relatives à des matières traitées par la loi nouvelle sont maintenues? Telle n'a pas été et telle n'a pas pu être la pensée du législateur. Lors de la discussion de la loi à la chambre des représentants, on en a fait la remarque. Il y a, disait M. de Theux, des dispositions de divers titres du code qui sont changées, notamment du titre des *Successions* et du titre des *Donations*. » L'orateur demanda que le gouvernement présentât une loi qui mît en harmonie les dispositions de la loi hypothécaire avec celles du code civil, c'est-à-dire qui modifiât le code Napoléon pour le mettre en rapport avec la loi hypothécaire. Le ministre de la justice répondit que telle était l'intention du gouvernement (1). Cette intention n'a pas eu de suite

Il résulte de cette discussion que la loi de 1851 déroge au titre des *Donations*; une loi spéciale devait déterminer la portée de ces dérogations; dans le silence de la loi, c'est à l'interprète de décider d'après les principes généraux de droit (2). Un premier point est certain, c'est que la loi belge ne maintient pas, comme l'a fait la loi française, les dispositions du code sur la publicité des donations; il y a abrogation, de l'aveu des auteurs mêmes de la loi. C'est un point très-important, car il écarte une objection de principe. La matière de l'abrogation des lois n'est pas traitée par le code; on l'a abandonnée à la doctrine. Or, la doctrine a posé comme règle que les lois générales postérieures

(1) Delebecque, *Commentaire législatif de la loi de 1851*, p. 1, n° 1. Martou, *Commentaire de la loi de 1851*, t. I, p. 33, n° 17.

(2) Comparez le t. XII de mes *Principes*, p. 454, n° 370.