

teur aliène l'immeuble hypothéqué, exercer son droit de suite et poursuivre hypothécairement le tiers détenteur, mais il ne peut pas saisir l'immeuble contre le débiteur, puisque le bien n'est plus dans le patrimoine de celui-ci; à partir de la vente, l'immeuble a cessé d'être son gage, sauf l'exercice du droit de suite. Sans doute, le débiteur qui a hypothéqué un héritage en reste propriétaire, il a le droit de l'aliéner, et, en l'aliénant, il cesse d'être soumis à l'action hypothécaire. Mais à une condition, c'est que l'acte de vente soit transcrit. Jusque-là la vente n'existe pas à l'égard des tiers; donc elle n'existe pas à l'égard du créancier hypothécaire; la conséquence est que l'immeuble est encore dans le patrimoine du débiteur, il est donc toujours le gage du créancier; d'où suit qu'il peut être saisi contre le débiteur.

L'objection à laquelle nous répondons ne tient aucun compte de l'innovation que le principe de publicité a apportée au code civil; tout ce que l'on oppose au créancier hypothécaire était vrai sous l'empire du code, qui permettait à l'acquéreur d'opposer son droit aux tiers sans publicité aucune; le code permettait par cela même au vendeur de faire sortir de son patrimoine le bien hypothéqué, sans rendre la vente publique; partant, il ne restait au créancier hypothécaire que le droit de suivre l'immeuble entre les mains du tiers acquéreur, en exerçant son action hypothécaire contre lui. Mais tout cela est changé. La clandestinité de la vente compromettait les intérêts des tiers. Chose singulière! les partisans de l'opinion que nous combattons l'avouent; ils reconnaissent que les frais de la saisie seront à charge du créancier qui l'a opérée. C'est avouer que la clandestinité cause un préjudice à ce créancier. Sous l'empire du code civil, cela était logique, puisque la loi ne prenait aucun souci de l'intérêt des tiers. Mais cette logique était funeste aux tiers; voilà pourquoi le législateur a remplacé la clandestinité par la publicité. Le changement est radical. Il en résulte que les tiers ne peuvent plus être lésés; et pour qu'ils ne puissent pas l'être, la loi ne veut pas qu'on leur oppose des actes non transcrits. Quand la vente faite par le débiteur n'est pas transcrite, le

créancier hypothécaire doit croire que l'immeuble est encore dans le patrimoine de son débiteur; à son égard, l'immeuble n'est pas aliéné; il peut donc le saisir contre le débiteur. Si ensuite l'acquéreur transcrit, les frais de la saisie ne doivent pas être à la charge du créancier, lequel n'a fait qu'user de son droit; la saisie reste valable, le droit du créancier hypothécaire l'emporte sur le droit de l'acquéreur, parce que le premier était public, tandis que le second était resté clandestin (1).

Nous n'entrons pas dans la discussion des divers systèmes ni de la jurisprudence, parce que la question et les difficultés qu'elle soulève tiennent en partie aux principes qui régissent la saisie, matière qui est en dehors des limites de notre travail. Il n'y a qu'une question qui nous intéresse encore, celle de savoir si les créanciers chirographaires peuvent saisir les immeubles de leur débiteur tant que l'aliénation qu'il en a faite n'a pas été rendue publique par la transcription. Nous allons y revenir en traitant des créanciers chirographaires.

173. Les créanciers chirographaires sont-ils des tiers, dans le sens de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire? Cette question, très-controversée, l'était déjà sous l'empire du code civil pour les donations immobilières, ainsi que pour les substitutions. Il est inutile de renouveler le débat auquel l'article 941 a donné lieu, puisque cette disposition est remplacée par la loi nouvelle. Il importe toutefois de constater que l'opinion généralement suivie se prononçait en faveur des créanciers; elle s'appuyait sur ces termes de l'article 941 : « Le défaut de transcription pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt », qui semblaient comprendre les créanciers chirographaires (2). Quant aux substitutions, l'article 1070 est conçu à peu près dans les termes de la loi hypothécaire, qui permet aux tiers d'invo-

(1) Bertauld, dans le *Recueil périodique* de Dalloz, 1858, 2, 162, note. En sens contraire, Mourlon, *Dissertation (Revue pratique)*, t. I, p. 472 et suiv.; id., *De la transcription*, t. II, p. 82, nos 55 et suiv. : comparez, en sens divers, les auteurs et les arrêts qu'il cite. Ajoutez Flandin, *De la transcription*, t. II, p. 73, nos 850-853; Aubry et Rau, t. II, p. 313, no 96.

(2) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Donations*, no 1367, 1^o-4^o.

quer le défaut de transcription; et le code civil dit que le défaut de transcription pourra être opposé par les *créanciers* et *tiers acquéreurs*; or, on a toujours entendu par *tiers*, en matière de transcription, ceux qui achètent et ceux qui prêtent, les acquéreurs et les créanciers. Reste à savoir si le mot *créanciers* comprend les créanciers chirographaires, et c'est cette même difficulté qui se présente pour le mot *tiers*. C'est donc par la loi nouvelle que la question doit être décidée pour tous les actes soumis à la transcription. Elle l'a été par la cour de cassation en faveur des créanciers chirographaires; l'arrêt, rendu au rapport de Defacqz, a fait jurisprudence (1); dans ce que nous allons dire, nous ne ferons que développer les motifs donnés par notre cour suprême.

La cour invoque le texte et l'esprit de la loi. Aux termes de l'article 1^{er}, les actes translatifs et déclaratifs de droits réels immobiliers doivent être transcrits; jusque-là ils ne peuvent être opposés aux *tiers*. L'article 5 établit le même principe, dans les mêmes termes, pour la cession de créances privilégiées ou hypothécaires; elle ne peut être opposée aux *tiers* que si elle est rendue publique par la voie de l'inscription. Que faut-il entendre par le mot *tiers*? Nous avons déjà répondu à la question (n° 165); la cour de cassation fait la même réponse. Le mot *tiers* employé dans l'article 1^{er}, sans autre addition, signifie, dans son acception ordinaire et logique, toutes personnes qui n'ont pas été parties à l'acte non transcrit, sans distinguer si l'intérêt qu'elles ont à l'écarter procède d'un droit réel sur l'immeuble ou de toute autre cause légitime. Quand le texte est clair et formel, on doit s'y tenir, à moins qu'il ne résulte à l'évidence de l'esprit de la loi que le texte ne rend pas la pensée du législateur. Or, loin de là, l'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. Quel est l'objet de toute loi hypothécaire, quel a été surtout l'objet des dispositions préliminaires de notre loi en prescrivant la publicité de tous les actes qui peuvent intéresser les tiers? La cour de

(1) Rejet, 8 mai 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 1, 260). Liège, 14 août 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 463).

cassation répond en d'excellents termes, que nous allons transcrire : « Pour faciliter les transactions en les entourant de garanties, la loi du 16 décembre 1851 a voulu établir le crédit immobilier sur des bases dont *chacun* pût vérifier en tout temps la solidité, et elle a fondé ce système sur la publicité de la mutation des droits réels et des charges qui affectent la propriété foncière. » Que la transcription ait été établie pour éclairer tous ceux qui traitent avec les propriétaires d'immeubles, il serait difficile de le nier; or, si *chacun* a intérêt à la publicité, chacun est par cela même intéressé à se prévaloir du défaut de publicité; donc les créanciers chirographaires doivent être admis, aussi bien que les créanciers hypothécaires et les tiers acquéreurs, à opposer le défaut de publicité; car, au lieu d'être une garantie, la publicité serait un leurre, si elle n'avait pour sanction le principe établi par l'article 1^{er} de la loi et répété dans l'article 5, que des actes non transcrits ne peuvent être opposés aux tiers.

Tel est l'esprit général de notre loi, puisqu'elle a eu pour objet de remplacer un régime de clandestinité, funeste au crédit, par un régime de publicité qui fonde le crédit sur la publicité, en faisant connaître la situation des propriétaires à tous ceux qui contractent avec eux. Nous disons *tous ceux* qui traitent avec un propriétaire d'immeubles; à moins que la loi n'exclue les créanciers chirographaires, ceux-ci peuvent invoquer le bénéfice de la publicité comme tout tiers. Il nous faut voir si l'exclusion de ces créanciers, qui ne résulte certes pas du texte, résulte des travaux préparatoires, où l'on va chercher d'ordinaire ce que l'on appelle l'esprit de la loi. Avant tout, il importe de bien préciser le débat. Les termes généraux de la loi comprennent les créanciers chirographaires sous le nom de *tiers*; pour qu'il soit permis à l'interprète de s'écarter du texte, il faut une preuve bien positive que la volonté du législateur a été de les exclure. Les discussions fournissent-elles cette preuve? Le procureur général, qui a pris des conclusions contraires, invoque les explications que les commissions du sénat et de la chambre des représentants ont données sur la portée de la loi, en la *restreignant* toujours aux tiers

acquéreurs de droits réels. Le mot *restreindre* n'est pas exact, il semble dire que les rapports *excluent* les créanciers chirographaires, tandis qu'en réalité ils n'en parlent pas. Cela suffit déjà pour ôter toute autorité aux travaux préparatoires; la question que nous discutons n'a été prévue ni dans les rapports ni dans la discussion; et comment le sénat et la chambre des représentants auraient-ils décidé une question qui n'a pas été discutée? Voilà comment il se fait que les travaux préparatoires, invoqués contre les créanciers, sont aussi invoqués en leur faveur. C'est ce qu'a fait la cour de Liège en transcrivant le texte des rapports; les voici. On lit dans le rapport de la commission spéciale qui a préparé la nouvelle loi: « que cette loi a eu pour objet de *faciliter les transactions*, d'assurer le *crédit de la manière la plus complète*, en donnant la plus grande publicité aux mutations immobilières ». De son côté, le rapporteur de la chambre des représentants, M. Lelièvre, cite les coutumes de réalisation ou de nantissement, sur lesquelles nous reviendrons. Enfin le ministre de la justice, M. Tesch, après avoir signalé les vices du code civil et les inconvénients que la clandestinité présentait pour les prêteurs, disait en exposant les motifs, c'est-à-dire l'esprit de la loi nouvelle, que celle-ci s'écartait complètement des principes du code Napoléon; que, d'après l'article 1^{er}, la transmission des droits réels n'aurait d'effet à l'égard des tiers que par la transcription de l'acte; d'où la conséquence que le propriétaire qui vend *reste propriétaire à l'égard des tiers* tant que cette formalité n'a pas été remplie.

Ces explications ne prévoient pas textuellement notre question et ne la décident pas. Toutefois il est certain que l'Exposé des motifs de la loi, tel qu'il a été fait par tous les organes officiels du pouvoir législatif, est favorable aux créanciers chirographaires, car les motifs qu'ils allèguent sont généraux aussi bien que le texte. Qu'importe qu'ils citent comme exemple les tiers acquéreurs de droits réels? Ils font ce que l'on fait toujours quand on explique une loi; on l'applique aux cas qui se présentent usuellement: dire que les tiers acquéreurs et créanciers hypothécaires profiteront de la publicité, ce n'est pas dire que les

créanciers chirographaires n'en profiteront point, alors que les motifs pour lesquels les premiers peuvent invoquer le défaut de publicité s'appliquent littéralement aux derniers. Voilà le véritable esprit de la loi; c'est ce que dit très-bien la cour de cassation: « La loi n'a pas borné sa sollicitude aux contrats relatifs à des droits réels, mais, portant plus loin ses vues, elle a voulu, pour tous les cas, rendre certain et notoire et public l'état de la fortune immobilière de celui qui s'oblige; en conséquence le créancier qui, sur la foi de cette situation, se contente d'un engagement personnel, est ensuite, s'il doit recourir aux immeubles du débiteur, protégé par l'article 1^{er} contre quiconque ne se sera pas conformé à ses dispositions. »

La cour dit que cela est *évident*. C'est un mot que l'on peut rarement employer dans notre science, où tout est sujet à controverse. Néanmoins nous disons avec l'arrêt que, si l'on s'en tient à l'esprit général de la loi de 1851, on peut affirmer qu'il est favorable aux créanciers chirographaires. De quoi se plaignait-on sous le régime du code civil? Pourquoi le trouvait-on si défectueux? C'est qu'il n'y avait aucun moyen de s'assurer que le propriétaire apparent fût le propriétaire véritable; les créanciers chirographaires étaient trompés par cette clandestinité, aussi bien que les créanciers hypothécaires, car ils traitaient sur la foi d'une richesse immobilière qui n'existait point, si le propriétaire avait aliéné les biens sur lesquels les créanciers comptaient, alors qu'ils n'avaient aucun moyen de connaître ces aliénations. Qu'a voulu la loi nouvelle? Rendre les mutations publiques afin d'éclairer tous ceux qui ont intérêt à s'assurer de la situation immobilière de ceux avec lesquels ils traitent. A-t-elle voulu éclairer les uns et ne pas éclairer les autres? La question est passablement absurde. Quoi! le législateur signale les défauts de la clandestinité, il déclare qu'il y portera remède par la publicité la plus large, et il sous-entendrait que les bienfaits de la publicité ne pourront être invoqués que par certains créanciers et non par d'autres! Le législateur dirait: « Grâce au système de publicité que j'organise, les tiers pourront traiter en toute confiance, ils ne seront plus trompés par une

propriété apparente » ; et lui-même induirait en erreur une partie considérable de ces tiers, les plus nombreux, les créanciers chirographaires, et il les tromperait par un sous-entendu, sans dire que ces créanciers ne doivent pas compter sur la publicité, alors que le texte de la loi leur dit que tout tiers y peut compter ! Cela est impossible ; en ce sens la cour de cassation a raison de dire qu'il est évident que la loi nouvelle, en proclamant le principe de publicité, a voulu qu'il profitât à tous, et qu'il garantît tous les intérêts.

174. Il nous faut répondre maintenant aux objections que l'on fait contre la doctrine de la cour de cassation. On invoque d'abord la tradition. Si elle était constante, ce serait un puissant préjugé en faveur de l'opinion qui exclut les créanciers chirographaires. Mais quelle est la tradition à laquelle la loi hypothécaire se rattache ? Le procureur général invoque la loi du 11 brumaire an VII ; la cour de cassation dit, au contraire, que la loi nouvelle reproduit le système des œuvres de loi des coutumes de nantissement. Qui a raison ? Nous dirons de la tradition ce que nous venons de dire des travaux préparatoires : la question de savoir si les créanciers chirographaires sont des tiers n'a pas été prévue lors de la discussion, ni par les commissions, ni au sein des chambres. On ne peut donc pas dire que les auteurs de la loi belge ont exclu les créanciers chirographaires, puisqu'ils ont reproduit la loi de brumaire, laquelle n'avait en vue que les créanciers hypothécaires et les tiers acquéreurs. Et l'on ne peut pas dire non plus que la loi nouvelle reproduit le système des coutumes, qui comprenaient les créanciers chirographaires parmi les tiers dont les devoirs de loi avaient pour objet de garantir les intérêts. Toutefois, une chose est certaine, c'est que notre loi procède des coutumes de nantissement plutôt que de la loi de brumaire. Sur ce point les travaux préparatoires ne laissent aucun doute. Et faut-il s'en étonner ? La publicité des transactions immobilières, et la publicité la plus large, la publicité donnant satisfaction à tous les intérêts, n'en excluant aucun, est pour nous une tradition nationale, c'est la gloire du droit coutumier belge, car toutes nos coutumes consacraient le système des œu-

vres de loi, tandis que, en France, la clandestinité romaine formait le droit commun, et la publicité n'était admise que dans quelques provinces qui jadis avaient fait partie de la Belgique. Quoi de plus naturel que le législateur belge ait suivi la tradition belge ?

Tous les travaux préparatoires sont unanimes sur ce point. La commission spéciale, qui a proposé le principe de publicité, s'appuie sur nos anciennes coutumes, d'après lesquelles les mutations immobilières ne s'opéraient que moyennant les œuvres de loi, c'est-à-dire par une prise de possession publique, constatée par des registres publics ; tout tiers était admis à consulter ces registres, et tout tiers pouvait se prévaloir du défaut de publicité. Le rapporteur de la commission de la chambre des représentants cite également nos coutumes : La réalisation, dit M. Lelièvre, conférait seule un droit réel ; sans elle l'acheteur n'acquerrait qu'un droit personnel contre le vendeur ; les coutumes de Brabant ne considéraient que comme un droit mobilier l'action appartenant à l'acquéreur en vertu d'un contrat non réalisé. Personne, dira-t-on, ne nie que le principe de publicité procède des coutumes de nantissement ; est-ce à dire que la transcription s'identifie avec les œuvres de loi ? Quant au principe, oui. Le ministre de la justice l'a dit dans le discours où il exposé les innovations de la loi hypothécaire. « Les œuvres de loi de notre ancien droit, dit M. Tesch, sont remplacées par la transcription ; à l'égard des tiers, la vente ne sera plus parfaite par la simple volonté des parties, elle ne le sera que par la transcription. » Ces paroles sont considérables. C'est précisément parce que la vente non transcrite n'a *aucun effet* à l'égard des tiers, que les créanciers hypothécaires peuvent opposer le défaut de transcription. La vente non transcrite est une vente non existante à l'égard des tiers. Or, conçoit-on qu'un acte existe à l'égard de tels tiers et n'existe pas à l'égard des autres ? Nos coutumes étaient plus logiques ; elles refusaient tout effet à la vente non réalisée à l'égard de tous ; et notre loi hypothécaire dit aussi que la vente non transcrite ne peut être opposée aux tiers.

175. Il y a une loi plus récente, dit-on, celle du 11 bru-

mairie an VII; c'est celle-là que le législateur belge a reproduite; la preuve en est que les termes sont à peu près identiques. L'article 26 de la loi de brumaire est ainsi conçu : « Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente. » L'analogie entre cette rédaction et celle de notre loi hypothécaire est évidente, mais il y a des différences qui sont tout aussi incontestables, et ces différences impliquent un principe différent. La cour de cassation en a fait la remarque, pour combattre l'argument que le procureur général puisait dans la loi de l'an VII. Notre loi parle des tiers en général, sans restreindre l'acception générale que cette expression a dans le langage ordinaire, et spécialement en matière de transcription. Il n'en est pas de même de la loi de brumaire : elle ajoute au mot tiers une disposition qui en limite le sens; en effet, l'article 26 dit que l'acte non transcrit ne peut être opposé aux tiers *qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente*. Il n'y a donc que les tiers qui ont fait certains *contrats* avec le vendeur qui puissent opposer le défaut de transcription. Quels sont ces contrats? L'article 26 le dit : ce sont ceux que la loi de l'an VII soumettait à la publicité, c'est-à-dire les actes de vente et les actes d'hypothèque. C'est exclure les créanciers chirographaires, car les contrats que ceux-ci passent ne doivent pas être rendus publics. Ainsi la comparaison des deux lois prouve qu'elles ont un objet différent; la loi de brumaire n'a voulu sauvegarder que les intérêts des tiers qui ont stipulé un droit réel dans la chose vendue, elle ne s'est pas préoccupée des droits des créanciers chirographaires : la loi belge, au contraire, a entendu garantir tous les intérêts. Ce qui prouve encore que l'esprit des deux lois n'est pas le même, c'est que la publicité est moins large d'après la loi de brumaire; elle ne prescrit la transcription que pour les actions susceptibles d'hypothèques,

ce qui indique qu'elle n'a en vue que les intérêts des créanciers hypothécaires; tandis que la loi belge soumet à la transcription *tous* les actes translatifs de droits réels immobiliers. La différence est caractéristique et elle est décisive. Dans un système de publicité générale et qui a pour objet de garantir tous les intérêts légitimes, l'exclusion des créanciers chirographaires serait une anomalie inexplicable.

176. Il est vrai que le législateur français l'a fait. La loi du 23 mars 1855 exclut les créanciers chirographaires; le rapporteur l'a dit en termes formels. Mais la comparaison de cette loi avec la nôtre prouve encore que la loi belge est conçue dans un autre esprit. L'article 3 de la loi française porte : « Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. On voit que la loi de 1855 est la reproduction de celle de l'an VII; c'est la même disposition, rendue plus claire, mais c'est aussi la même restriction. Nous ne craignons pas de le dire : le législateur français a été égaré par la tradition française, tandis que le législateur belge a été mieux inspiré par notre tradition coutumière, les coutumes de nantissement. La tradition française, en cette matière, est la tradition de clandestinité, dont le législateur révolutionnaire a eu de la peine à s'affranchir, et dont il ne s'est affranchi que d'une manière incomplète. Nous l'avons dit plus haut : la barbarie féodale, ici comme en bien des choses, a été supérieure à la science des jurisconsultes. La critique que nous faisons de la loi de 1855 n'a pour objet que de mettre dans tout son jour le principe de la loi belge. Du reste, en France même, un des meilleurs commentateurs de cette loi, Mourlon, lui a reproché, comme un de ses grands défauts, l'inégalité inexplicable qu'elle établit entre les créanciers chirographaires et les tiers qui ont un droit réel dans la chose; nous transcrivons ses paroles, elles confirment tout ce que nous avons dit en faveur des créanciers chirographaires.

Après avoir rappelé le rapport qui dit formellement