

CHAPITRE III.

DES HYPOTHÈQUES.

SECTION I. — Introduction historique.

161. La publicité des privilèges et hypothèques est la base du régime que le code civil a établi et que la loi belge a maintenu en lui donnant une nouvelle extension. Ce principe, aussi élémentaire que fondamental, est si bien entré dans nos mœurs, qu'on n'a plus songé à le contester quand il s'est agi de la révision du titre des *Hypothèques*; loin de là, on reprochait au code civil d'avoir dévié du principe que nous considérons aujourd'hui comme étant de l'essence d'un bon système hypothécaire. Il n'en était pas de même lors de la discussion du code civil; la publicité venait d'être organisée par la loi de brumaire an VII; elle heurtait une tradition séculaire, elle blessait des préjugés et des intérêts. Il fallut une lutte longue et sérieuse pour conquérir la publicité incomplète et la spécialité inconséquente que l'on reprocha, en 1851, au code Napoléon comme un défaut. Ceux qui connaissent la loi qui préside au progrès ne s'étonneront pas de la lenteur avec laquelle il s'accomplit; ils comprendront que le législateur recule parfois dans la voie trop rapide qui s'ouvre aux époques de révolution. Mais l'histoire nous prouve aussi que la vérité, une fois qu'elle s'est manifestée, ne périt plus. Elle peut être arrêtée dans sa marche; mais si parfois des nuages l'obscurcissent et la voilent, bientôt la lumière chasse les ténèbres et elle reparait avec un nouvel éclat. Ce qu'il importe donc, c'est d'aller à la recherche de la vérité et de la défendre contre les hommes du passé. Les obstacles qu'elle rencontre doivent nous apprendre qu'il faut toujours lutter, mais nous pouvons être sûrs que la victoire restera à la vérité.

162. Il est à peine besoin de prouver que la publicité et la spécialité qui s'y lie intimement sont de l'essence du régime hypothécaire. Grenier, dans son rapport au Tribunal, dit très-bien que les hypothèques doivent être rendues publiques dans l'intérêt des tiers qui sont dans le cas de prêter sur la foi d'une garantie réelle, ou qui veulent acquérir des immeubles; si elles restaient occultes, le prêteur serait dans l'impossibilité de connaître les charges qui peuvent déjà grever l'immeuble qu'on lui offre en garantie; ce serait donc une garantie dérisoire, puisqu'il se verrait primé par des créanciers antérieurs. Quant au tiers acquéreur, s'il traite dans l'ignorance des hypothèques établies sur l'immeuble qu'il achète, il s'expose à être évincé. Grenier ajoute que la publicité ne suffit point; l'hypothèque doit aussi être spéciale, dans l'intérêt de l'emprunteur aussi bien que dans celui du prêteur. Le premier, n'hypothéquant ses biens que jusqu'à concurrence de la dette qu'il contracte, conservera son crédit pour les nouveaux emprunts qu'il sera dans le cas de faire, en offrant comme garantie au capitaliste, soit des biens libres, soit des immeubles qui ne sont grevés que pour une partie de leur valeur. Quant au prêteur, la spécialité lui donne le gage qui lui est nécessaire pour sauvegarder complètement ses intérêts (1).

163. Comment des idées d'une vérité aussi évidente ont-elles pu trouver de l'opposition au conseil d'Etat? Les jurisconsultes sont des hommes de tradition: c'est leur force, mais c'est aussi leur faiblesse, quand, par respect pour le droit traditionnel, ils prétendent l'immobiliser. Ce sont les légistes français qui donnèrent au droit romain le beau nom de *raison écrite*: c'était dire que les lois romaines étaient l'expression de la vérité éternelle et qu'on aurait tort de les changer. Aujourd'hui nous professons une doctrine toute contraire; toute œuvre humaine est imparfaite, et la mission de l'humanité est de perfectionner sans cesse les institutions que le passé lui lègue. Le droit romain n'échappe pas à cette loi. Dans sa première mani-

(1) Grenier, Rapport, n° 8 (Loché, t. VIII, p. 254).

festation, l'hypothèque, grecque d'origine, était essentiellement publique; on peut dire qu'elle l'était trop, puisque des signes apparents désignaient à tout le monde les maisons ou les fonds qui étaient hypothéqués. De publique qu'elle était à Athènes, l'hypothèque devint occulte à Rome; à une publicité excessive succéda la clandestinité absolue. De plus, on admit la faculté illimitée d'hypothéquer les biens à venir. Ainsi le droit romain était le contre-pied du nôtre. Le législateur moderne veut que les hypothèques soient spéciales et publiques, et les lois romaines consacraient la généralité et la clandestinité des hypothèques. Certes ce n'est pas là la raison écrite. On s'est étonné de cette imperfection d'un droit que l'on est habitué à considérer comme parfait (1). Elle s'explique par le caractère et la mission providentielle du peuple romain : peuple de guerriers, il était appelé à faire la conquête du monde ancien; l'industrie lui fut toujours étrangère et il dédaignait le commerce. Par cela même, l'idée du crédit ne pouvait naître à Rome, et ce sont les besoins du crédit qui ont fait admettre chez les peuples modernes les principes de la publicité et de la spécialité des hypothèques.

Le droit romain était suivi dans la France presque tout entière, même dans les pays de droit coutumier. On n'y apporta qu'un changement, et cette modification même fut funeste au crédit privé et public. On exigea un acte authentique pour la validité de l'hypothèque; c'était un progrès, puisque c'était un pas vers la publicité; mais, comme on attachait à tout acte public la force d'engendrer par lui-même et sans stipulation aucune une garantie réelle et une hypothèque générale sur les biens du débiteur, les hypothèques se multiplièrent à tel point que Loyseau disait : « Nul ne se peut vanter que ses biens ne soient pas obligés, si en sa vie il a passé quelque contrat. Et puisque l'hypothèque suit perpétuellement la chose en quelques mains qu'elle passe, il s'ensuit qu'il est fort malaisé de rien acquérir qui ne soit chargé de plusieurs hypothèques (2). »

(1) Valette, *Des Privilèges*, p. 46, n° 47, et note 3; p. 172, n° 120.

(2) Valette, p. 175, n° 121. Loyseau, *Du déguerpissement*, t. III, n° 35.

164. Il y avait dans quelques provinces du nord de la France, conquises sur la Belgique, un régime tout différent concernant les hypothèques. Nous avons dit ailleurs que la publicité la plus complète présidait à la transmission de la propriété immobilière dans les pays de nantissement (t. XXIX, n°s 13-24). On suivait les mêmes formes pour la constitution d'hypothèque; ce qui est très-logique, puisque l'hypothèque implique une aliénation partielle de l'immeuble. Les formes du nantissement variaient, mais le principe était partout le même, c'était la publicité. Le créancier représentait son contrat aux officiers du seigneur haut justicier, et les requérait de le nantir par hypothèque de l'héritage. On mentionnait le nantissement au dos du titre, puis il était enregistré au greffe de la justice du lieu, dans des registres que tout le monde pouvait consulter.

Le rapporteur du Tribunat, nourri, comme tous les légistes français, dans le respect du droit romain, dit que l'on est fondé à croire que les coutumes de nantissement ont leur origine dans les formes que l'ancien droit romain exigeait pour la transmission de la propriété. Grenier lui-même n'est pas très-convaincu de cette explication, qui va chercher à Rome le premier germe d'une institution féodale. Il ajoute que si la publicité des hypothèques vient du droit féodal, on doit reconnaître qu'un régime bizarre et contraire à tout ordre social a produit les éléments les plus propres à l'organisation d'un bon régime hypothécaire (1). La féodalité ne mérite pas le dédain que lui prodiguaient les hommes de la révolution, frappés surtout des abus qu'elle avait engendrés : nous lui devons la transformation de l'esclavage en servage et la lente émancipation des serfs : nous lui devons notre liberté politique, notre régime représentatif. Il est vrai que c'est chose plus étonnante encore qu'on lui doive les principes essentiels de notre régime hypothécaire, principes qui tiennent aux nécessités du crédit; et certes la féodalité n'avait aucun souci, ni même aucun soupçon des besoins du commerce et de l'industrie.

(1) Grenier, Rapport, n° 7 (Loché, t. VIII, p. 254). Comparez Martou, *Commentaire*, t. II, p. 295, n° 685.

Nous avons appelé l'attention de nos lecteurs sur cette apparente anomalie en traitant de la transcription; dans le développement du droit, comme dans le développement de toutes les faces de l'humanité, il y a une part à faire, et une grande part, à un gouvernement providentiel : ce que les hommes veulent n'est pas toujours ce que Dieu veut. Nous avons montré la main de Dieu dans l'histoire de l'humanité; il faudrait aussi écrire l'histoire du droit à ce point de vue, on verrait à chaque page la confirmation de cette consolante vérité, que les hommes sont les artisans du progrès, qu'ils font eux-mêmes leur destinée, mais sous la main de Dieu.

165. Les passions des hommes et leurs intérêts égoïstes mettent obstacle au progrès des institutions politiques et civiles. Il y a encore des partisans du passé qui regrettent et maudissent la révolution française; ils s'imaginent que les progrès légitimes se seraient réalisés par l'action lente et pacifique du temps. L'histoire du droit privé nous offre à cet égard un enseignement qu'il est bon de constater. Il y a eu, sinon des rois, du moins des ministres qui étaient animés de la passion du bien général; ils essayèrent d'introduire la publicité des hypothèques, et ils échouèrent. On lit dans les Mémoires de Sully que ce grand ministre voulait « qu'aucune personne, de quelque *qualité* ou *condition* qu'elle pût être, n'eût pu emprunter sans qu'il fût déclaré quelles dettes pouvait déjà avoir l'emprunteur, à quelles personnes, sur quels biens. » Voilà la publicité et la spécialité; mais on voit aussi que l'ami d'Henri IV redoutait l'opposition de ceux qui invoquaient leur *condition* et leur *qualité* pour combattre, dans un intérêt de caste, les mesures que le bien de l'Etat inspirait aux rois ou à leurs conseillers. Un édit de 1581 ordonnait l'inscription, dans un registre spécial, de tout contrat contenant obligation de plus de cinq écus; faute de quoi on n'acquerrait pas d'hypothèque. L'édit fut déjà révoqué en 1588. Renouvelé en 1606 par Henri IV, il rencontra une résistance unanime dans les parlements; un seul, celui de Normandie, l'accepta. Lors de la discussion du code civil, les partisans de l'hypothèque occulte reprochèrent aux auteurs de ces édits de

n'avoir prescrit la publicité que dans un but fiscal; l'accusation est téméraire quand elle s'adresse à Henri IV et à Sully. A la fin du xvii^e siècle, il se trouva un autre ministre qui reprit l'idée de Sully. Colbert institua des registres publics destinés à faire connaître aux tiers les droits d'hypothèque, mais l'édit de 1672 fut déjà rapporté l'année suivante.

D'où venait cette opposition constante qui mettait obstacle à la réformation des lois civiles? Sully nous l'a fait pressentir. Colbert flétrit les mauvaises passions de la noblesse et ses préjugés dans le *Testament* qui porte son nom; quoiqu'il ne soit pas son œuvre, il nous apprend les causes qui firent échouer les tentatives de Louis XIV, comme elles avaient fait échouer celles d'Henri IV et de Sully. Le parlement, dit l'auteur, remontra que la fortune des plus grands de la cour s'anéantirait par la publicité qui serait donnée aux charges dont leurs biens étaient couverts; la plupart ayant plus de dettes que d'avoir, ils ne trouveraient plus de crédit quand leurs créanciers connaîtraient le véritable état de leurs affaires. Singulière objection qui prouvait précisément la nécessité de la publicité; car à quoi servait le crédit que donnait une fortune apparente? A tromper les tiers qui contractaient dans l'ignorance de ces charges (1).

166. Telle est la puissance des préjugés de caste qu'elle aveugle les mieux pensants. Qui croirait que d'Aguesseau, l'illustre chancelier, prit la défense des hypothèques occultes contre Colbert (2)? On a toujours cru, dit-il, que rien n'était plus contraire au bien et à l'avantage de toutes les familles que de faire trop connaître l'état et la situation de la fortune des particuliers. » Qui est cet *on*? Les nobles, qui avaient intérêt à la clandestinité pour tromper plus facilement ceux qui traitaient avec eux sur la foi d'une richesse menteuse. D'Aguesseau en fait l'aveu : « Un Italien a dit autrefois que l'opinion était la reine du monde; si cela est, on peut dire que c'est en France qu'elle a établi le

(1) *Testament politique de Colbert*, ch. XII, p. 551, édition de 1693.

(2) *Œuvres de d'Aguesseau*, in 4^o, t. XIII, p. 620.

siège de son empire; on n'y vit, on n'y subsiste que par l'opinion; le *crédit* et la confiance ne sont fondés que sur l'*opinion*, et c'est ôter aux hommes leurs dernières richesses que de leur arracher cette réputation qui leur tient souvent lieu de biens, lors même qu'ils ont tout perdu. » Qu'un noble tienne ce langage, rien de plus naturel. Mais un jurisconsulte! Est-ce que les créanciers prêtent leurs capitaux avec hypothèque sur l'*opinion*? Et un chancelier devait-il prendre parti pour les fripons nobles contre leurs dupes? Hâtons-nous d'ajouter que telle n'est pas la pensée du ministre de Louis XV; il suppose que ceux à qui les tiers prêtent sur la foi de biens qu'ils n'ont point parviennent à refaire leur fortune. Cela peut arriver une fois sur cent. Et les quatre-vingt-dix-neuf prêteurs qui sont victimes de cette singulière théorie, que deviennent-ils?

167. D'Aguesseau était un homme de cour; il est l'organe de la noblesse, il n'est pas l'organe du droit quand il fait un plaidoyer en faveur des hypothèques occultes. Les légistes n'étaient pas de son avis; ceux-là surtout qui, par la spécialité de leurs travaux, avaient fait une étude approfondie du régime hypothécaire et de ses défauts. Loyseau dit que l'inconvénient est grand des innombrables hypothèques qui grèvent le sol, tout contrat emportant droit réel. Il insiste sur le péril qu'il y avait à acquérir des immeubles. L'acquéreur de bonne foi pense être bien assuré de ce qu'on lui vend, et puis il s'en voit évincé au moyen d'une hypothèque constituée secrètement qu'il ne lui était pas possible de connaître ni de découvrir (1). Basnage (2) et d'Héricourt (3) forment les mêmes plaintes: les prêteurs étaient trompés aussi bien que les acquéreurs. Il n'y avait qu'un remède au mal, d'Héricourt l'indiqua: c'était d'ériger en loi générale la publicité que prescrivaient les coutumes de nantissement.

En regard des plaintes formées par les légistes, il faut placer une déclaration du parlement de Flandre. Un édit

(1) Loyseau, *Traité du déguerpissement*, livre III, ch. I, nos 14 et suiv.

(2) Basnage, *Traité des hypothèques*, chap. I, p. 10 (édit. in-12 de 1702).

(3) D'Héricourt, *Traité de la vente des immeubles*, ch. XI, sect. III, n° 3 et suiv., et ch. XIV, n° 7.

de 1771 étendit aux pays de nantissement le système hypothécaire qui régissait toute la France; le parlement résista, et sa résistance était légitime; il l'appuyait, non sur des préjugés, mais sur des faits: « La publicité des hypothèques, dit-il, est le chef-d'œuvre de la sagesse, le sceau et la sûreté des propriétés. » Le parlement considère la publicité « comme un droit fondamental dont l'usage avait produit dans tous les temps les plus heureux effets et avait introduit autant de confiance que de facilité dans les affaires que les peuples belges traitent entre eux ». « Les hypothèques se conservent de la même manière dans les Pays-Bas français, autrichiens, hollandais, et les peuples de ces différentes contrées font entre eux une infinité d'affaires avec une confiance entière (1). »

168. On a fait, lors de la discussion du code civil, un reproche et presque un crime aux coutumes de nantissement, c'est d'être entachées de féodalité. Il est vrai que les formes étaient féodales, mais le principe de la publicité n'était certes pas un abus de la féodalité. Que fallait-il faire? Maintenir le principe et changer les formes. C'est ce que fit l'Assemblée constituante; elle supprima (loi du 27 septembre 1790) les formalités du nantissement féodal et les remplaça par la transcription du contrat au greffe des tribunaux. Ainsi le législateur maintenait le nantissement dans son essence; la publicité restait judiciaire, comme elle l'était dans nos anciennes coutumes. La loi de 1790 n'était qu'une mesure transitoire; le mode de publicité qu'elle consacrait tenait à la confusion de la juridiction contentieuse et de la juridiction volontaire. Il fit place à une publicité administrative, ce qui était en harmonie avec le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs; la juridiction volontaire ou gracieuse appartient aux agents du pouvoir exécutif, elle n'a rien de commun avec l'exercice de la puissance judiciaire. La loi du 3 messidor an III institua les conservateurs des hypothèques et adopta un autre mode de publicité: au lieu de transcrire au greffe les actes constitutifs de l'hypothèque, le conservateur fut

(1) Treilhard, *Exposé des motifs*, n° 16 (Loché, t. VIII, p. 238).

chargé de donner la publicité aux hypothèques, en faisant l'inscription sur un registre à ce destiné. Il restait à compléter la publicité par la spécialité. C'est ce que fit la loi du 11 brumaire an VII : elle disposa qu'à l'avenir on ne pourrait établir d'hypothèque conventionnelle que pour garantie de créances déterminées, et que ces hypothèques ne pourraient frapper que les immeubles spécialement désignés dans l'acte.

169. Pour la France presque tout entière, la publicité était une innovation. Cela explique le peu de faveur que trouvèrent les principes du système hypothécaire établi par la loi de brumaire. Lorsque le projet de code civil fut soumis aux tribunaux d'appel, où les vieux parlementaires se trouvaient encore en majorité, la plupart se prononcèrent contre la publicité (1); neuf seulement proposèrent de maintenir la loi de l'an VII, mais la minorité appartenait aux villes les plus considérables, Paris, Lyon, Rouen, Bruxelles. Au conseil d'Etat aussi, la majorité paraissait favorable au régime traditionnel. La section de législation s'étant divisée, il y eut deux rapports, l'un de Bigot-Prémeneu en faveur de l'hypothèque occulte, l'autre de Réal en faveur de la publicité. Le premier est d'une faiblesse extrême; il témoigne, à vrai dire, contre la cause qu'il défend. Le rapporteur repousse les coutumes de nantissement, parce qu'elles procédaient du régime féodal, et il ne tient aucun compte des édits royaux, parce qu'ils étaient entachés de fiscalité. Il est inutile de répondre à ces accusations : est-ce que Sully et Colbert, est-ce que Loyseau, Basnage et d'Héricourt étaient des barons féodaux, et quand ils invoquaient l'intérêt des tiers, plaidaient-ils la cause du fisc? Pour prouver que la publicité était inutile, Bigot-Prémeneu dit qu'il y a des hypothèques, générales de leur nature, qu'il est impossible de spécialiser et de soumettre à la publicité. Notre loi, en étendant la spécialité et la publicité aux hypothèques légales, a donné un démenti à cette prétendue impossibilité. Enfin le rapporteur va jusqu'à in-

(1) Trente sur trente et un (Bigot-Prémeneu. Rapport, dans Loaré, t. VIII, p. 166).

voquer la liberté individuelle, qui s'oppose, disait-il, à ce qu'on mette au grand jour la situation pécuniaire des familles. Voilà une liberté d'un nouveau genre, la liberté de tromper les tiers! Est-il nécessaire de répondre que ceux qui ne veulent pas révéler au public qu'ils ont plus de dettes que de biens ont un moyen bien simple : c'est de ne pas contracter des dettes qui dépassent leur avoir; mais vouloir emprunter, en donnant pour gage imaginaire des immeubles hypothéqués au delà de leur valeur, c'est réclamer le droit de tromper ses créanciers. C'est une *liberté* à l'usage des fripons (1)!

170. Réal fit un rapport en sens contraire au nom des membres de la section de législation qui s'étaient prononcés pour le maintien du système de publicité et de spécialité inauguré par la loi de brumaire (2). C'est l'œuvre d'un vrai jurisconsulte qui, dans une question où le bien public est engagé, s'inspire de l'intérêt général sans léser les droits des individus. Le régime hypothécaire, dit Réal, doit protéger spécialement, efficacement, les traités qui ont les immeubles pour objet : il faut que les lois donnent sur les biens toutes les sûretés que l'on cherche dans une garantie réelle. Réal cite les paroles du tribunal d'appel de Rouen pour montrer quelle est l'importance d'une bonne législation sur les hypothèques : selon la solution que le législateur sanctionnera, la loi donnera la vie et le mouvement au crédit public et particulier, ou elle en sera le tombeau. Chose singulière! les mots de *crédit public* ne se trouvaient point dans le rapport de Bigot-Prémeneu; on dirait un Romain du temps des XII Tables. Réal place le débat sur son véritable terrain. Les immeubles entrent dans les transactions, soit pour être affectés au paiement d'une somme prêtée, soit pour en obtenir le prix destiné à l'exécution d'une obligation. Le but à remplir est donc de procurer à ce double genre de transactions la plus grande solidité. Il faut que l'acquéreur trouve sécurité dans son acquisition, facilité et sécurité dans sa libération. Il faut

(1) Bigot-Prémeneu, Rapport, séance du 12 pluviôse an XII (Loaré, t. VIII, p. 146 et suiv.).

(2) Réal, Rapport, séance du 12 pluviôse an XII (Loaré, p. 170 et suiv.)

que le propriétaire d'un immeuble jouisse de la totalité du crédit que lui assure sa propriété; et si son immeuble est déjà affecté à quelque créance, il doit obtenir un crédit égal à la valeur dont sa propriété surpasse l'engagement qui la grève. De son côté, le capitaliste qui voudra prêter, ainsi que tous ceux qui traitent avec un propriétaire, doivent trouver dans la loi hypothécaire un moyen sûr, infail- lible de connaître la fortune de celui avec qui ils contrac- tent. La conséquence d'un pareil régime sera qu'un homme de mauvaise foi ne pourra jamais vendre ce qui ne lui ap- partient pas, ni présenter au capitaliste un crédit menson- ger. Il en résultera que les propriétaires et les capitalistes n'auront plus de dangers à courir; par suite, il y aura aux ventes d'immeubles un plus grand concours d'acquéreurs; ce qui fera remonter le prix des biens à leur véritable va- leur. Il en résultera que le capitaliste, trouvant une sécu- rité parfaite dans les prêts sur immeubles, se contentera d'un plus léger bénéfice. Par là le régime hypothécaire fa- vorisera l'agriculture, et il fera baisser l'intérêt de l'argent. En disant ce que la législation hypothécaire devait faire, Réal justifiait les innovations de la loi de brumaire en ce qui concerne la publicité et la spécialité des hypothèques. A ceux qui invoquaient la tradition contre la loi de l'an VII, Réal répondait en rétablissant les faits altérés par les par- tisans des hypothèques occultes. La publicité est une insti- tution coutumière, elle a été pendant longtemps la loi de la plus grande partie de la France; elle est restée la loi des provinces belgiques et des provinces rhénanes, ces contrées riches et heureuses dont la France républicaine s'était agrandie. Au reproche de fiscalité, Réal opposait l'autorité de Colbert; s'il échoua dans ses projets de ré- forme, il faut en chercher la cause dans les préjugés, dans l'intrigue, et surtout dans la malheureuse nécessité où se trouvaient les grands d'en imposer au public par leur ri- chesse mensongère, pour tromper leurs créanciers.

171. La discussion au conseil d'Etat fut longue et sé- rieuse. Treilhard, un des hommes de 1789, défendit vive- ment l'œuvre de la révolution, qui n'était certes pas une œuvre révolutionnaire, puisqu'elle emprunta la publicité à

des coutumes féodales. Dans l'Exposé des motifs, l'orateur du gouvernement reproduisit les considérations qu'il avait fait valoir au sein du conseil d'Etat. Treilhard rappelle les essais de réforme tentés par Henri IV et Louis XIV. Pourquoi échouèrent-ils? « Les hommes puissants voyaient s'évanouir leur funeste crédit; ils ne pouvaient plus absor- ber la fortune des citoyens crédules qui, jugeant sur les apparences, supposaient de la réalité partout où ils voyaient de l'éclat. » Il faut y ajouter, dit Treilhard, l'opposition d'une classe d'hommes accoutumés à confondre l'habitude avec la raison : les cris des praticiens vinrent fortifier les plaintes des courtisans. Croirait-on qu'au conseil d'Etat on reproduisit la défense maladroite que d'Aguesseau avait opposée à l'édit de Colbert? On alla jusqu'à dire que la pu- blicité des hypothèques altérerait le crédit et nuisait à la cir- culation. Treilhard répond en se moquant de l'objection : « Il est possible que l'espèce de circulation qui porte la fortune de l'homme de bonne foi dans la main de l'homme astucieux et immoral soit diminuée par cette publicité, et c'est un des grands avantages du projet; car la république ne gagne rien, elle perd, au contraire, quand le fripon s'enrichit en trompant l'honnête homme (1). »

Enfin Treilhard repousse l'autorité de la tradition ro- maine. Il reconnaît volontiers que les jurisconsultes de Rome sont nos maîtres; cela ne veut pas dire que nous leur devons un respect servile. « Quand il s'agit d'opinions, dit très-bien l'orateur, je ne donne à l'autorité, quelle qu'elle soit, que l'avantage de commander un examen plus réflé- chi. Or, il y a des choses qui ne peuvent jamais être bonnes et que la tradition ne peut justifier : telles sont les hypo- thèques occultes. »

172. Napoléon présidait le conseil d'Etat dans les deux séances où fut débattue cette grave question. Son esprit si juste fut frappé des avantages, pour mieux dire, de la né- cessité de la publicité. Mais il trouvait que les partisans de la loi de brumaire ne répondaient pas à la critique que

(1) Treilhard, Exposé des motifs, nos 5 et 19 (Loché, t. VIII, p. 238 et 244).

l'on faisait des dispositions de cette loi concernant les hypothèques légales. Napoléon consentait bien à sacrifier les intérêts du trésor à l'intérêt général, qui réclame la publicité des charges hypothécaires. Qu'on soumette donc à la publicité l'hypothèque légale de l'Etat; mais peut-on subordonner à cette condition l'efficacité des hypothèques que la loi donne aux mineurs et aux femmes mariées, c'est-à-dire à des incapables? La loi ne doit-elle pas protéger ceux qui ne peuvent pas eux-mêmes sauvegarder leurs intérêts? L'opinion du premier consul l'emporta sur l'opposition dangereuse qui se manifestait au conseil d'Etat contre la publicité; mais Napoléon fit une concession à ceux qui attaquaient la loi de brumaire en consentant à la clandestinité des hypothèques légales (1). C'était un compromis, et, comme toute transaction sur les principes, celle-ci fut funeste au crédit; car ce sont précisément les hypothèques des incapables qui couvrent le sol et qui enlèvent aux propriétaires le crédit auquel ils ont droit, en accordant aux mineurs et aux femmes mariées des garanties réelles dispensées de la publicité. Le législateur belge, plus conséquent, a étendu les principes de la publicité et de la spécialité à toutes les hypothèques, sans sacrifier néanmoins les intérêts des incapables. Nous exposerons plus loin le système de la loi nouvelle.

SECTION II. — Notions générales.

§ 1^{er}. Définition et caractères.

N^o 1. L'HYPOTHÈQUE EST UN DROIT RÉEL IMMOBILIER

173. « L'hypothèque est un droit *réel* sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation » (art. 41; code civil, art. 2114). Nous avons dit ailleurs quels sont les caractères qui distinguent les droits *réels* des droits *personnels* ou de créance. Ce qui les caractérise, c'est qu'ils

(1) Séance du conseil d'Etat du 12 pluviôse an XII (Loché, t. VIII, p. 179, n^o 97), et séance du 19 pluviôse an XII, n^o 91 (Loché, t. VIII, p. 189 et suiv.).

sont absolus et s'exercent sur la chose ou contre la chose dans quelques mains qu'elle se trouve, tandis que les droits personnels supposent un créancier qui a action contre la personne. L'article 41 consacre ce principe en disant que l'hypothèque *suit* les immeubles dans quelques mains qu'ils passent. En quel sens l'hypothèque est-elle affectée à l'acquittement d'une obligation? Elle donne au créancier un droit de préférence à l'égard des créanciers chirographaires, sur le prix de l'immeuble hypothéqué. Le droit du créancier hypothécaire se réalise donc par la vente forcée de l'immeuble qui est affecté à sa créance; il est colloqué sur ce prix par préférence aux autres créanciers. C'est là le but de l'hypothèque et son effet essentiel.

On dit d'ordinaire que l'hypothèque donne deux droits au créancier, le droit de préférence et le droit de suite, et que le droit de suite est la sanction du droit de préférence (1). A vrai dire, le droit de suite est la conséquence de la réalité du droit d'hypothèque; tout droit réel donne le droit de suite, parce que tout droit réel est un droit absolu. Si les privilèges mobiliers ne donnent pas le droit de suite, c'est parce que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque (art. 46; code civil, art. 2119), c'est-à-dire que celui qui a un droit réel sur un objet mobilier ne peut l'exercer contre un tiers possesseur de bonne foi. Le propriétaire même n'a pas le droit de suite, puisqu'il ne peut pas revendiquer la chose mobilière contre le possesseur de bonne foi; à plus forte raison celui qui n'a qu'un droit réel ne peut-il le faire valoir contre un tiers possesseur. Nous reviendrons plus loin sur le vieil adage reproduit par l'article 46.

174. L'hypothèque est-elle un droit immobilier ou un droit mobilier? Cette question est très-controversée; notre loi hypothécaire l'a tranchée implicitement par l'article 1^{er} qui est ainsi conçu : « Tous actes translatifs ou déclaratifs de *droits réels immobiliers*, autres que les *privilèges* et les *hypothèques*, seront transcrits. » La loi pose une règle pour les droits réels immobiliers, puis elle y fait une ex-

(1) Duranton, t. XIX, p. 367, n^o 248. Comparez Valette, p. 377.