

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.

ception pour les privilèges et les hypothèques ; or, l'exception implique que les droits auxquels elle se rapporte sont compris dans la règle, donc la loi range les privilèges et les hypothèques parmi les droits réels immobiliers. Il nous reste à voir si cette classification est exacte.

Nous avons dit, au titre de la *Distinction des biens*, qu'il y a deux espèces de droits immobiliers. D'abord ceux qui tendent à mettre un immeuble dans la main de celui à qui ils appartiennent, ce que l'article 526 appelle actions qui tendent à revendiquer un immeuble. C'est une mauvaise formule du vieil adage : *Jus est immobile quod tendit ad immobile*. Il est certain que, considérée sous ce rapport, l'hypothèque n'est pas un droit immobilier ; en effet, à quoi tend-elle ? À payer le créancier hypothécaire par préférence aux autres créanciers (n° 173) ; elle tend donc à une chose mobilière ; c'est ce qui a engagé la plupart des auteurs à considérer l'hypothèque comme un droit mobilier (1).

Il y a une seconde classe de droits immobiliers, ce sont ceux qui s'exercent sur un immeuble, en ce sens qu'ils en sont un démembrement. Le code civil ne les définit pas, il les énumère, mais l'énumération n'est pas complète. Aux termes de l'article 526, « sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent l'usufruit des choses immobilières et les servitudes ou services fonciers ». La loi ne parle pas des hypothèques ; ce silence a été invoqué comme un argument contre la doctrine qui considère l'hypothèque comme un droit immobilier. On a tort de s'attacher, en cette matière, à la lettre de la loi. Le code civil n'est pas un manuel, il n'a pas pour objet de donner des classifications scientifiques. Il faut donc laisser là le texte pour remonter aux principes.

La propriété d'un immeuble donne-t-elle au propriétaire un droit immobilier ? Personne n'en doute, quoique l'article 526 n'en parle point. Si le droit de propriété d'un immeuble est immobilier, c'est parce que le propriétaire exerce tous les droits que la propriété confère, et il les exerce sur

(1) Voyez les auteurs cités par Pont, t. I, p. 340, note 2.

un immeuble ; il en dispose et il en jouit de la manière la plus absolue (art. 544). Par identité de raison, tous les droits démembrés de la propriété sont des droits immobiliers, car c'est l'ensemble de ces droits qui constitue la propriété. Voilà pourquoi le droit de jouissance détaché de la propriété est rangé parmi les immeubles, et il en est de même des servitudes (art. 526). Par application du même principe, l'hypothèque doit être classée parmi les droits immobiliers. En effet, l'hypothèque démembre la propriété. Cela ne saurait être contesté, on n'a qu'à lire l'article 45 pour s'en convaincre. Nous reviendrons plus loin sur cette disposition. Le débiteur qui a donné un immeuble en hypothèque, n'a plus sur sa chose le pouvoir absolu qui caractérise la propriété ; il ne peut plus en disposer comme le propriétaire en la détruisant, il ne peut plus en jouir, ni l'administrer comme il l'entend, quand même il agirait en bon père de famille : son droit de propriété n'est donc plus entier, il est démembré. Si l'hypothèque est un démembrement de la propriété, elle est par cela même un droit immobilier. Vainement dit-on que le créancier hypothécaire n'exerce aucun droit sur l'immeuble ; l'article 526 répond à l'objection. La servitude est toujours un droit immobilier ; il y a cependant des servitudes que le propriétaire du fonds dominant n'exerce point sur le fonds servant, en ce sens qu'il n'y fait aucun acte : telle est la servitude de ne pas bâtir, ou de ne bâtir que jusqu'à telle hauteur. Pourquoi cette servitude est-elle un droit immobilier ? Parce que la propriété du fonds servant n'est plus entière, elle est démembrée au profit du fonds dominant. Il en est de même de l'hypothèque. Le propriétaire de l'immeuble hypothéqué ne peut plus en disposer en maître absolu ; il ne peut faire aucun acte qui nuise au créancier ; donc son droit de propriété est démembré au profit de celui-ci, ce qui suffit pour que l'hypothèque soit un droit immobilier, au même titre que la servitude de ne pas bâtir.

Il est assez généralement admis que l'hypothèque est un démembrement de la propriété. Il n'y a que M. Demolombe qui distingue. Le droit d'hypothèque, dit-il, ne morcèle ni ne fractionne le droit de propriété ; il l'enveloppe,

il l'étreint, mais il en entrave l'exercice plutôt qu'il ne divise le droit lui-même entre le propriétaire et le créancier (1). Martou, notre excellent jurisconsulte, dit que cette distinction est dans les mots et non dans les choses; il aurait pu dire que ce ne sont que des mots dans lesquels on chercherait vainement une idée. Le droit du propriétaire qui a hypothéqué l'immeuble reste-t-il entier? Non, donc il est démembré; et il est démembré au profit du créancier hypothécaire, donc le droit de celui-ci est immobilier.

Il y a une autre opinion qui admet que l'hypothèque démembre la propriété et qui néanmoins la considère comme un droit mobilier. L'hypothèque, dit-on, garantit une créance, elle est donc l'accessoire d'un droit mobilier, et, partant, elle en prend la nature (2). C'est mal raisonner, nous semble-t-il. L'accessoire prend la nature du principal quand il se confond avec le principal et ne fait plus qu'un avec lui. Certes on ne dira pas que c'est en ce sens que l'hypothèque est l'accessoire de la créance; elle en est l'accessoire parce qu'elle est affectée au paiement de l'obligation, ce qui veut dire qu'il ne peut y avoir d'hypothèque sans obligation principale; mais la garantie ne prend pas la nature du droit qui est garanti. Ainsi un gage peut être constitué pour la garantie d'un droit immobilier: dira-t-on que le gage devient immeuble parce que l'obligation principale est immobilière? Cela serait absurde. A notre avis, il est tout aussi absurde de dire que l'hypothèque qui, par elle-même est immobilière, devient un droit mobilier, parce que l'obligation principale est mobilière.

N° 2. DE L'INDIVISIBILITÉ DE L'HYPOTHÈQUE.

I. Principes généraux.

175. « L'hypothèque est, de sa nature, indivisible » (art. 41; code civil, art. 2114). En quel sens est-elle indivisible? La cour de cassation a pris au pied de la lettre ce que dit l'article 2114, et elle en a conclu que l'hypothèque

(1) Demolombe, t. IX, p. 370, nos 471 et 472. Comparez Marcadé, t. II, p. 344, n° IV. En sens contraire, Martou, t. II, p. 300, n° 390.
(2) Duranton, t. XIX, p. 356, n° 241. Comparez Valette, p. 181 et suiv.).

est un droit indivisible dans le sens de l'article 1217 et de l'article 1218 (1); c'est-à-dire qu'il s'agit d'une indivisibilité absolue, ou d'une indivisibilité d'obligation qui est assimilée à l'indivisibilité absolue. C'est une erreur certaine que l'on a de la peine à concevoir. Tout le monde reconnaît que l'hypothèque peut se diviser; or, ce qui caractérise l'indivisibilité proprement dite, c'est que le droit indivisible ne comporte pas de division. Chose singulière! La cour de cassation a reproduit une erreur dans laquelle les glossateurs étaient tombés, et que Dumoulin a relevée. Le grand jurisconsulte dit très-bien que l'hypothèque, de son essence, est divisible, puisque rien n'empêche les parties de stipuler que, l'obligation principale se divisant, l'hypothèque se divisera également. Pourquoi donc la loi la déclare-t-elle indivisible? Parce que tel est l'intérêt du créancier; il lui importe de conserver l'intégralité de sa garantie, alors même que la créance viendrait à se diviser, parce que la garantie peut, par des causes imprévues, devenir insuffisante; or, l'hypothèque est stipulée dans l'intérêt du créancier; la loi a donc dû supposer que l'intention des parties était de la rendre indivisible. Est-ce à dire qu'il en résulte une indivisibilité d'obligation, comme dans le cas de l'article 1218? Non, l'hypothèque pourra toujours être divisée par la volonté des parties, sans qu'il en résulte une novation de l'obligation première, tandis que l'indivisibilité d'obligation devient une indivisibilité absolue, dans le cas prévu par l'article 1218 (2).

176. Le code civil et notre loi hypothécaire ont emprunté à Dumoulin la formule qui détermine les effets de l'indivisibilité: « L'hypothèque subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles » (art. 41, code civil, art. 2114). Pour l'application du principe, il faut considérer l'indivisibilité par rapport aux biens hypothéqués et par rapport à la créance à laquelle l'hypothèque est affectée.

(1) Rejet, 29 juillet 1858 (Dalloz, 1859, 1, 125). En sens contraire, Pont, t. I, p. 344, n° 331.

(2) Dumoulin, *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, pars II, nos 27-31.