

qui admettent la distinction dit que le principe de l'indivisibilité est susceptible d'un certain tempérament. Ce tempérament est une véritable exception : qui donne à l'interprète le pouvoir de modifier la loi et les droits qui en résultent? C'est au créancier seul à voir s'il lui convient de maintenir l'indivisibilité de l'hypothèque, ou s'il veut y renoncer.

Ce qui prouve contre l'opinion générale, c'est que, dans l'application, ceux qui la partagent se divisent. D'abord il est très-difficile de décider si le créancier a intérêt ou non à maintenir l'indivisibilité de l'hypothèque : c'est une première cause de difficultés et de procès (1). Puis vient la question de savoir en quoi consiste le *tempérament*, c'est-à-dire la restriction que l'on peut apporter au principe de l'indivisibilité. En droit, la question est insoluble : jusqu'à quel point et dans quelle mesure les juges peuvent-ils déroger à la loi, en tenant compte de l'intérêt du créancier à hypothèque générale et des créanciers à hypothèques spéciales? La question implique une impossibilité juridique; car c'est demander dans quelles limites on peut déroger à la loi, c'est-à-dire la violer? Aussi les interprètes ne s'entendent-ils guère, et les tribunaux pas davantage. Une seule et même cour, et c'est la cour de cassation, a porté des décisions contradictoires. Et l'on peut dire qu'il n'y a pas contradiction. Car, dès que l'on se place sur le terrain de l'intérêt, il n'y a plus de principe; le juge devient législateur, et il décide, dans chaque espèce, selon les circonstances de la cause. Nous croyons inutile d'entrer dans les détails de la doctrine et de la jurisprudence : quand on se met à *tempérer* les principes, il n'y a plus rien de certain, il n'y a plus que l'arbitraire (2).

§ II. *Division des hypothèques.*

187. L'article 42 porte que « l'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisés par la loi. »

(1) Voyez les arrêts cités par Aubry et Rau, t. III, p. 415, § 284, note 25.

(2) Voyez les divers procédés dans Aubry et Rau, t. III, p. 415, § 284, et note 26; Pont, t. I, p. 364, n° 345.

Quel est le sens de cette disposition? C'est la loi qui détermine les cas dans lesquels il y a hypothèque : les parties peuvent-elles convenir que l'hypothèque aura lieu dans d'autres cas? De même la loi règle les formes qui doivent être observées pour les hypothèques conventionnelles et testamentaires : les parties pourraient-elles déroger à ces formes soit par convention, soit par acte de dernière volonté? Enfin les hypothèques légales doivent être spécialisées, et c'est encore la loi qui dispose de quelle manière se fait la spécialisation : les parties pourraient-elles convenir d'un autre mode? Toutes ces questions doivent être décidées négativement. En effet, il est de principe que les particuliers ne peuvent, par leurs conventions, déroger aux lois qui concernent l'ordre public; et on entend par lois d'ordre public celles qui sont portées dans un intérêt public. Or, il est d'évidence que le régime hypothécaire est d'intérêt social; dès lors les parties ne peuvent pas déroger à ce régime. Tel est le sens de l'article 42. La loi belge a aboli les hypothèques judiciaires : les parties pourraient-elles les rétablir directement ou indirectement? Non. Notre loi décide dans quels cas une inscription hypothécaire est nulle : les parties pourraient-elles convenir qu'elle sera nulle pour d'autres causes? Non. La loi belge veut que les hypothèques légales soient spécialisées : les parties pourraient-elles les déclarer générales? Non; et il en est de même de toutes les dispositions de notre régime hypothécaire, toutes sont d'ordre public. Il n'y a d'exception à ce principe que lorsqu'une disposition de la loi hypothécaire est fondée sur l'intention présumée des parties contractantes : tel est le principe de l'indivisibilité des hypothèques. On rentre, dans ce cas, sous l'empire de la règle qui gouverne les contrats. La loi n'impose pas l'indivisibilité aux parties; elle suppose seulement que leur intention est de rendre l'hypothèque indivisible : libre à elles de manifester une volonté contraire.

188. « L'hypothèque est légale, conventionnelle ou testamentaire » (art. 43; code civil, art. 2116).

189. « L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi.

« L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des actes et des contrats (art. 44; code civil, art. 2117). »

L'hypothèque légale a été profondément modifiée par la loi belge; toutefois la définition que la loi de 1851 en donne est la même que celle de l'article 2117 du code Napoléon. Cette hypothèque est donc restée en essence ce qu'elle était. Ce qui la caractérise, c'est qu'elle résulte de la loi, par opposition à l'hypothèque conventionnelle, qui dépend des conventions. La remarque paraît inutile, mais il importe toujours de préciser les principes les plus élémentaires. Nous en verrons une conséquence en traitant de l'hypothèque légale de la femme. Il y en a qui disent que cette hypothèque est conventionnelle lorsqu'il s'agit des droits qui naissent du contrat de mariage. Il suffit de lire la définition de l'hypothèque légale pour se convaincre qu'il y a contradiction dans les termes et dans les idées quand on donne le nom de *conventionnelle* à l'hypothèque *légale*, car dire qu'une hypothèque est *légale*, c'est dire qu'elle existe *sans convention*; partant, qu'elle n'est pas conventionnelle. La loi nouvelle veut que les hypothèques légales soient spécialisées, et cette spécialisation se fait, par convention, pour les droits qui naissent du contrat de mariage. Dans ce cas, la *spécialisation* est *conventionnelle*, mais l'*hypothèque* reste *légale*. Une hypothèque qui serait tout ensemble légale et conventionnelle est un non-sens.

190. Le code civil admettait encore une hypothèque judiciaire, qui résultait des jugements au profit du créancier. Cette hypothèque n'a pas été maintenue. Par contre, la loi belge admet une hypothèque testamentaire, dont le code civil ne parlait point. Nous en traiterons après avoir exposé les principes qui régissent les hypothèques conventionnelles et légales. Il nous faut voir d'abord les motifs pour lesquels le législateur a aboli l'hypothèque judiciaire.

Cette hypothèque date du XVI^e siècle. Elle fut admise comme conséquence du principe d'après lequel, dans l'ancien droit, le débiteur qui s'obligeait par un acte authentique engageait hypothécairement ses biens présents et à venir, sans qu'il fût besoin d'une stipulation. Les jugements

étant aussi des actes authentiques, il était logique d'y attacher une hypothèque générale. Cela était d'autant plus naturel, que le régime antérieur à la révolution confondait les actes de la juridiction contentieuse avec les actes de la juridiction volontaire. Les lois révolutionnaires séparèrent l'ordre judiciaire et l'ordre administratif; et les lois hypothécaires, y compris le code civil, n'attribuèrent point à l'authenticité de l'acte l'effet d'engendrer une hypothèque.


ELMA
OBTENIDO
POR FABRICACION
DE CIGARROS
EN LA EXPOSICION
UNIVERSAL
DE PARIS
DE 1889.



ULTIMAMENTE HE LOGRADO MEZCLANDO LOS MI
RESTABACOS DE LA COSTA SEMILLA HABANER
DAR EL EXQUISITO SABOR Y AROMA TAN APRECI
DO POR EL FUMADOR DE CIGARRO HABANER
PROBAD Y OS CONVENCEREIS.

DEPOSITO: PLAZA DE SAN JOAN N.º 2
MEXICO.

HABANA-MEXICO
LOS MEJORES FABRICADOS POR
JIGIBET.



et à l'ancien droit, en ce qui avait l'hypothèque judiciaire, en conséquence avec le principe. A lire le titre, on croirait à un malentendu. Treilhard, ont un caractère d'effet qu'à des con-
Cela semble dire que les con-
hypothèque. Il en était ainsi
d'après le code civil, le con-
pour donner une hypothèque
; l'hypothèque résulte de la
authenticité.

de à justifier l'hypothèque judi-
ciel. « La force des jugements,
si le condamné eût pu ensuite,
on d'hypothèque, donner sur ses
Il est d'une nécessité absolue que
aires, comme les engagements
ate, rang au nombre des dettes
oppose que les jugements ont
garanties au créancier sur les
en est rien. Le seul effet du ju-
les droits des parties et de don-
re exécutoire pour saisir les biens
point. Mais par lui-même le juge-
ranger au droit de préférence qu'un
tre les autres créanciers. Cette pré-
er que de la convention, de la loi ou

(1) Treilhard, Exposé des motifs, n° 10 (Loché, t. VIII, p. 239).
(2) Bigot-Préameneu, Rapport fait au nom d'une partie de la section de législation, n° 6 (Loché, t. VII, p. 147).

« L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des actes et des contrats (art. 44; code civil, art. 2117). »

L'hypothèque légale a été profondément modifiée par la loi belge; toutefois la définition de la loi de 1851 en donne

est la même que celle de l'ancien droit.

Cette hypothèque est donc restée conventionnelle.

Ce qui la caractérise, c'est qu'elle est soumise à la disposition à l'hypothèque conventionnelle.

La remarque par laquelle on a toujours de préciser les principes.

Nous en verrons une conséquence.

thèque légale de la femme.

hypothèque est conventionnelle.

qui naissent du contrat de mariage.

La définition de l'hypothèque légale.

contradiction dans les termes.

donne le nom de *conventionnelle*.

dire qu'une hypothèque est *légale*.

sans convention; partant, qu'elle est *conventionnelle*.

La loi nouvelle veut que les hypothèques

spécialisées, et cette spécialisation

pour les droits qui naissent du mariage.

ce cas, la *spécialisation* est *conventionnelle*.

thèque reste *légale*. Une hypothèque

légale et conventionnelle est *conventionnelle*.

190. Le code civil admettait

judiciaire, qui résultait des jugements

judiciaires. Cette hypothèque n'a pas été

la loi belge admet une hypothèque

code civil ne parlait point. Nous en

exposé les principes qui régissent les

hypothèques conventionnelles et légales. Il nous faut

pour lesquels le législateur a aboli l'hypothèque judiciaire.

Cette hypothèque date du XVI^e siècle.

Elle fut admise

comme conséquence du principe d'après lequel, dans l'ancien

droit, le débiteur qui s'obligeait par un acte authentique

engageait hypothécairement ses biens présents et à

venir, sans qu'il fût besoin d'une stipulation. Les jugements

étant aussi des actes authentiques, il était logique d'y attacher une hypothèque générale. Cela était d'autant plus naturel, que le régime antérieur à la révolution confondait les actes de la juridiction contentieuse avec les actes de la juridiction volontaire. Les lois révolutionnaires séparèrent l'ordre judiciaire et l'ordre administratif; et les lois hypothécaires, y compris le code civil, n'attribuèrent point à l'authenticité de l'acte l'effet d'engendrer une hypothèque. Les auteurs du code dérogeant à l'ancien droit, en ce qui concerne le principe d'où dérivait l'hypothèque judiciaire, auraient dû rejeter la conséquence avec le principe. A lire l'Exposé des motifs de notre titre, on croirait à un malentendu: « Les jugements, dit Treillard, ont un caractère qui ne permet pas de leur accorder moins d'effet qu'à des *contrats authentiques* (1). » Cela semble dire que les *contrats authentiques* emportent hypothèque. Il en était ainsi dans l'ancien droit; tandis que, d'après le code civil, le contrat authentique ne suffit plus pour donner une hypothèque au créancier; il doit la stipuler; l'hypothèque résulte de la *convention*, et non de l'authenticité.

Bigot-Préameneu cherche à justifier l'hypothèque judiciaire par un motif rationnel. « La force des jugements, dit-il, n'eût été qu'illusoire si le condamné eût pu ensuite, par une simple convention d'hypothèque, donner sur ses biens un droit préférable. Il est d'une nécessité absolue que les condamnations judiciaires, comme les engagements légaux, aient, suivant leur date, rang au nombre des dettes hypothécaires (2). » Cela suppose que les jugements ont pour objet de donner des garanties au créancier sur les biens de son débiteur. Il n'en est rien. Le seul effet du jugement est de reconnaître les droits des parties et de donner au créancier un titre exécutoire pour saisir les biens du débiteur qui ne paye point. Mais par lui-même le jugement est tout à fait étranger au droit de préférence qu'un créancier réclame contre les autres créanciers. Cette préférence ne peut résulter que de la convention, de la loi ou

(1) Treillard, Exposé des motifs, n° 10 (Loché, t. VIII, p. 239).

(2) Bigot-Préameneu, Rapport fait au nom d'une partie de la section de législation, n° 6 (Loché, t. VIII, p. 147).

d'un testament. Or, quand le créancier poursuit son débiteur en justice, il n'y a pas de convention qui lui donne hypothèque; il est simple créancier chirographaire et, comme tel, il n'a qu'un gage général sur les biens de son débiteur; si celui-ci est insolvable, le créancier qui le poursuit vient à contribution avec les autres créanciers. De quel droit change-t-il ce gage général, qui ne lui donne aucune préférence, contre une hypothèque judiciaire qui lui assure une préférence? C'est modifier la loi du contrat, au préjudice de la masse chirographaire; ce qui n'est conforme ni à la justice ni à l'équité (1).

191. Le juge peut-il accorder une hypothèque spéciale au créancier, à titre de sanction de la condamnation prononcée en sa faveur? Nous avons répondu d'avance à la question en établissant le principe d'ordre public qui gouverne cette matière (n° 187). Il n'appartient pas plus au juge qu'aux parties de déroger à des lois d'intérêt général, et le régime hypothécaire est une loi d'ordre social. De là suit que le juge n'a pas le droit de créer des hypothèques, pas plus spéciales que générales. On cite un arrêt de la cour de Bruxelles comme ayant implicitement reconnu ce pouvoir aux tribunaux (2). C'est par un argument *a contrario* que l'on déduit cette conséquence de l'arrêt, argumentation toujours dangereuse; tout ce qu'il y a à dire, c'est que, si telle a été la pensée de la cour, elle s'est trompée.

Autre est la question de savoir si le juge peut condamner le débiteur à constituer une hypothèque au profit du créancier. La doctrine et la jurisprudence l'admettent (3). Cela nous paraît douteux; ce ne serait pas une hypothèque conventionnelle, puisque celle-ci suppose le libre concours des parties contractantes; ce serait une hypothèque imposée

(1) Martou, t. II, p. 306, n° 698. Rapports de la commission spéciale et de la commission du sénat (Parent, p. 26 et 412). Voyez la discussion à la chambre des représentants, séances du 1^{er} et du 3 février 1851 (Parent, p. 235 et suiv.). L'hypothèque judiciaire a été rejetée par 59 voix contre 62.
(2) Bruxelles, 7 novembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 53). En sens contraire, Martou, t. II, p. 321, n° 702, et Cloes, t. II, p. 44, n° 1007.
(3) Martou, t. II, p. 321, n° 703; Cloes, t. II, p. 44 et suiv., n° 1007. Bruxelles, 22 décembre 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 131).

par le juge. Aucune disposition de la loi n'autorise le juge à sanctionner ses décisions par une hypothèque qu'il forcerait le débiteur à consentir. Ce serait une hypothèque procédant indirectement du juge; or, le juge ne peut pas créer d'hypothèque (n° 187.)

Il se présente encore une difficulté en cette matière. Si le débiteur a promis de constituer une hypothèque au profit de son créancier, le juge peut-il l'y contraindre et en quel sens? Nous reviendrons sur la question, au chapitre des *Hypothèques conventionnelles*.

§ III. Quels biens peuvent être hypothéqués.

ARTICLE 1^{er}. Des immeubles.

N° 1. DES IMMEUBLES PAR LEUR NATURE.

192. La loi détermine les biens qui peuvent être hypothéqués; ces biens sont seuls susceptibles d'hypothèque. C'est ce que dit l'article 45. Les termes sont restrictifs. Tel est le caractère de toutes les dispositions qui concernent le régime hypothécaire, quand même la forme de la loi ne serait pas restrictive (n° 187). C'est une question d'intérêt général que de déterminer les biens qui peuvent être grevés d'hypothèques, la loi seule peut la décider. Il est donc de principe que les biens qui ne sont pas compris dans le texte ne peuvent être hypothéqués.

193. Il suit de là que les meubles ne peuvent pas être hypothéqués. En effet, l'article 45 ne comprend dans son énumération que les immeubles; ce qui est décisif. De plus la définition de l'hypothèque dit que l'hypothèque est un droit réel sur un immeuble. Pourquoi la loi ne permet-elle pas d'hypothéquer les meubles, alors qu'elle établit des privilèges mobiliers? On peut dire d'abord que la plupart des privilèges mobiliers sont généraux; le plus usuel des privilèges spéciaux, celui du bailleur, a encore un caractère de généralité; ces droits donnent une garantie au créancier, en ce sens que le mobilier qui en est grevé se renouvelle sans cesse. Or, le principe de spécialité ne permettrait