

priété. Il suit de là que le créancier hypothécaire ne pourra exercer son droit de préférence que sur la partie du prix qui représente la valeur de la nue propriété (1).

Quand c'est l'usufruit qui a été hypothéqué et que la nue propriété est acquise par l'usufruitier, tout le monde s'accorde à dire que l'hypothèque ne frappera pas la toute propriété, parce que la nue propriété ne saurait être considérée comme l'accessoire de la jouissance. Une autre difficulté s'élève dans ce cas : l'hypothèque de l'usufruit n'est-elle pas éteinte quand l'usufruit s'éteint par la consolidation ? Nous allons examiner la question en traitant de l'hypothèque concédée sur les droits réels immobiliers.

ARTICLE 2. Des droits réels immobiliers.

209. L'article 45 distingue deux catégories de biens, seuls susceptibles d'hypothèques : « 1° les biens immobiliers qui sont dans le commerce ; 2° les droits d'usufruit, d'emphytéose et de superficie établis sur les mêmes biens pendant la durée de ces droits. » Le n° 1 comprend les biens immeubles par leur nature, et implicitement les accessoires immobiliers ; le n° 2 concerne les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, d'après la terminologie du code civil. L'article 526 ne les mentionne pas tous ; comme nous allons le dire, il n'y a que certains droits réels immobiliers qui peuvent être hypothéqués.

Tel est d'abord l'usufruit des choses immobilières. L'usufruit peut être vendu, aux termes de l'article 595, ou cédé à titre gratuit ; étant aliénable, il est par cela même susceptible d'être hypothéqué. La loi dit que le *droit d'usufruit* peut être hypothéqué, parce que l'usufruit d'un immeuble est considéré comme un immeuble. L'usufruitier ne peut pas hypothéquer l'immeuble grevé d'usufruit, l'immeuble appartient au nu propriétaire, et celui-ci a seul le droit de l'hypothéquer. La constitution de l'usufruit a pour effet de démembrement l'immeuble ; la jouissance et la nue propriété forment deux propriétés distinctes, chacune immobilière, et par conséquent chacune susceptible d'être hypothéquée.

(1) En sens contraire, Duranton, t. XIX, p. 386, n° 265, et tous les auteurs.

Ces deux hypothèques diffèrent. Celle de la nue propriété est perpétuelle comme la propriété, tandis que l'hypothèque de l'usufruit est temporaire, comme le droit d'usufruit (t. VI, nos 474 et 475 ; t. VII, n° 36).

209 bis. L'usufruit peut être établi par convention, par testament ou par la loi. Il n'y a aucune difficulté pour l'usufruit conventionnel ou testamentaire : c'est l'usufruit proprement dit. Il y a un usufruit légal, celui que les père et mère ont sur les biens de leurs enfants mineurs (art. 579 et 384). Peut-il être aliéné et hypothéqué ? La négative est généralement admise. Il y a cependant quelque doute, si l'on s'en tient au texte. La loi qualifie d'usufruit la jouissance légale des père et mère, et elle dit en termes généraux que l'usufruitier peut aliéner ou céder son droit. Cela paraît décisif. Est-il permis de distinguer là où la loi ne distingue pas ? On répond que la distinction résulte de la nature de l'usufruit que la loi donne aux père et mère ; cette jouissance est liée étroitement à l'administration des biens que la loi confie au père, comme un attribut, disons mieux, comme une obligation inhérente à la puissance paternelle ; or, il est évident que le père ne peut pas se décharger d'un devoir ; si donc on lui permettait d'aliéner son usufruit et de l'hypothéquer, il serait toujours tenu d'administrer les biens dont il aurait vendu ou hypothéqué la jouissance ; et comment concilier cette obligation avec le droit qu'a le cessionnaire de jouir par lui-même ? De plus, la jouissance légale du père est soumise à certaines charges : entre autres, la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants suivant leur fortune. Cette charge passerait-elle au cessionnaire ? Cela se comprend difficilement, puisqu'il s'agit d'un attribut et d'un devoir de la puissance paternelle. Le père ne peut pas céder une obligation qui lui incombe en cette qualité. Et comment remplirait-il la charge d'élever ses enfants conformément à leur fortune, s'il aliénait les revenus des enfants ? Il y a une dernière considération qui explique le système de la loi, telle qu'on l'interprète généralement. L'enfant est très-intéressé à ce que le père conserve la jouissance, non-seulement comme moyen de remplir la

charge de l'éducation, mais encore comme garantie d'une bonne jouissance; un cessionnaire jouirait dans son intérêt personnel, trop souvent en opposition avec l'intérêt de l'enfant, tandis que le père aura en vue l'intérêt de l'enfant plus que le sien (1).

210. Ces motifs ont certes une grande puissance. Mais, il faut l'avouer, ils sont à l'adresse du législateur plutôt que de l'interprète. Il y a lacune dans le code, la doctrine l'a comblée, en tenant compte de l'esprit de la loi : elle a établi une exception qu'il ne lui appartient pas de créer. Il en est de même de l'usufruit qui appartient au mari sur les biens de la femme sous le régime de la communauté, sous le régime d'exclusion de la communauté, et sous le régime dotal. Nous avons dit ailleurs que cette jouissance a les caractères de l'usufruit; c'est un usufruit conventionnel plutôt que légal, puisqu'il résulte des conventions matrimoniales expresses ou tacites des époux. Dans l'opinion générale, le mari ne peut aliéner ni hypothéquer sa jouissance. On donne des motifs analogues à ceux que nous venons d'exposer (n° 209 bis). L'usufruit des biens de la femme est une dot que la femme apporte au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage (art. 1540). C'est donc une charge en même temps qu'un droit; et comment le mari remplirait-il la charge s'il aliène les fruits et revenus qui lui sont accordés pour la remplir? On ne peut guère scinder une jouissance qui, en réalité, est une charge autant qu'un droit. Sous le régime de la communauté, cela est très-vrai, car l'usufruit appartient, non au mari, mais à la communauté. Il n'en est pas de même des régimes sous lesquels les intérêts des époux sont séparés; les économies que le mari fait sur les revenus de la femme deviennent sa propriété. Mais il est toujours vrai de dire que, dans l'esprit de la loi, la dot doit être employée aux charges du mariage, et que l'on ne conçoit guère l'aliénation d'une jouissance qui est essentiellement une charge (2). Toutefois le législateur aurait dû le dire.

211. Le propriétaire peut-il hypothéquer l'usufruit des

(1) Comparez Martou, t. II, p. 341, n° 736; Pont, t. I, p. 404, n° 379.
 (2) Duranton, t. IV, p. 431, n° 486. Pont, t. I, p. 406, n° 380.

biens dont il a la pleine propriété? On admet généralement qu'il le peut. Il y a cependant un doute. La loi définit l'usufruit le droit de jouir des choses *dont un autre a la propriété*. On ne peut donc pas dire que le propriétaire est usufruitier, l'usufruit de sa propre chose ne se conçoit pas : *res sua nemini servit*. Cela est vrai d'après la subtilité du droit. Mais ne peut-on pas dire que le propriétaire est libre de détacher de son droit l'un ou l'autre attribut, et que ce droit de disposition est absolu (art. 544)? S'il peut détacher l'usufruit en l'aliénant, pourquoi ne le pourrait-il pas en l'hypothéquant? Du propriétaire on ne peut pas dire qu'il n'a pas ce droit parce que la loi ne le lui donne pas; il faut dire, au contraire, qu'il a le droit de faire tout ce que la loi ne lui défend pas (1). On dira que le propriétaire ne peut pas faire l'impossible, et qu'il est impossible d'avoir une servitude sur sa propre chose. Nous répondons que le propriétaire a le droit de jouir de la manière la plus absolue, que ce droit il peut le céder; s'il peut le céder pour le tout en l'aliénant, pourquoi ne pourrait-il le céder partiellement, en l'hypothéquant pour la durée de sa vie?

212. L'usufruit est un droit temporaire; l'hypothèque qui le grève s'éteint quand l'usufruit prend fin. C'est ce que dit l'article 45 : l'usufruit ne peut être hypothéqué que pendant le temps de sa durée. L'application du principe souffre une difficulté dans le cas où l'usufruit s'éteint par la volonté de l'usufruitier, sa renonciation, par exemple, ou par la vente qu'il ferait de l'usufruit au nu propriétaire. On enseigne généralement que l'hypothèque subsiste parce qu'il ne peut pas dépendre du débiteur d'anéantir le droit qu'il a concédé au créancier. L'argument n'est pas décisif; en effet, la loi prévoit le cas où l'immeuble hypothéqué périt par le fait du débiteur, elle décide que, dans ce cas, le créancier a le droit de réclamer le remboursement de sa créance (art. 79; code civil, art. 2131). Après tout, quand la chose hypothéquée n'existe plus, l'hypothèque ne peut pas subsister. Ici est le vrai nœud de la difficulté : l'usu-

(1) Pont, t. I, p. 406, n° 381. En sens contraire, Martou, t. II, p. 341, n° 735.

fruit existe-t-il encore quand l'usufruitier renonce à son droit ou l'aliène? Le texte de la loi répond à la question. L'article 617 dispose que l'usufruit est éteint; donc la chose hypothéquée n'existe plus. On objecte que, dans notre opinion, et c'est l'opinion générale, le propriétaire peut concéder une hypothèque sur sa jouissance, on ne peut donc pas dire que cette jouissance n'existe plus quand l'usufruit se réunit à la nue propriété. C'est mal raisonner, nous semble-t-il. Sans doute, le propriétaire peut hypothéquer sa jouissance, mais il ne l'a pas fait; c'est un usufruitier qui a hypothéqué son usufruit. On ne peut pas opposer au propriétaire une concession qui lui est étrangère; on ne peut pas dire que l'usufruitier a le droit de grever d'une hypothèque la jouissance du propriétaire (1).

213. Les droits d'usage et d'habitation ont une grande analogie avec l'usufruit. Néanmoins ils ne peuvent pas être hypothéqués. Il y a un argument décisif dans le silence de la loi; l'article 45 dit que sont *seuls* susceptibles d'hypothèque les biens qu'il énumère, et il ne parle pas de l'usage et de l'habitation; ces droits ne peuvent donc pas être hypothéqués. La raison en est simple : aux termes des articles 631 et 634, les droits d'usage et d'habitation ne peuvent être cédés; étant inaliénables, ils sont par cela même non susceptibles d'hypothèque.

Il en est de même des servitudes; elles ne sont pas comprises dans l'article 45, par suite elles ne peuvent être hypothéquées. En droit, cela s'explique : les servitudes, en tant qu'elles constituent un droit, sont une qualité de l'héritage au profit duquel elles sont établies, et on ne peut pas détacher d'un fonds une qualité qui lui est inhérente. A quoi servirait l'hypothèque d'un droit qui ne peut être utile qu'au propriétaire du fonds dominant? Il est vrai qu'il y a des servitudes rurales qui pourraient être utiles aux voisins du propriétaire qui les exerce; mais cela ne suffit pas, dans notre droit, pour qu'elles puissent faire l'objet d'une expropriation. La vente forcée se fait aux enchères;

(1) Comparez Martou, t. II, p. 340, n° 734. En sens contraire, Duranton, t. XIX, p. 384, n° 262, et tous les auteurs.

et comment mettre aux enchères un droit qui ne peut pas être acheté par tous les enchérisseurs (1)?

214. Les droits d'emphytéose et de superficie peuvent être hypothéqués pendant la durée de ces droits (art. 45). Il y a même raison de décider que pour l'usufruit, et l'hypothèque a le même objet. Nous insistons sur ce dernier point, quelque élémentaire qu'il soit. L'usufruitier hypothèque, non l'immeuble dont il a la jouissance, mais le droit qu'il a d'en jouir (n° 209). De même l'emphytéote hypothèque non pas le fonds qu'il tient à bail, mais le droit d'emphytéose (t. VIII, nos 374 et 392). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Bruxelles (2). L'erreur est certaine, car l'emphytéote ne peut hypothéquer que ce qui lui appartient; or, le fonds qu'il tient à bail ne lui appartient pas, c'est le bailleur qui en est propriétaire et qui seul a le droit de l'hypothéquer (t. VIII, n° 374). Cela est aussi vrai du superficiaire; quoiqu'il ait fait les constructions à ses frais et qu'il en ait le quasi-domaine, il ne peut les hypothéquer parce qu'il n'est pas propriétaire du sol, et on ne conçoit pas l'hypothèque d'une construction sans l'hypothèque du terrain sur lequel elle est assise (t. VIII, nos 420 et 427). L'emphytéote et le superficiaire peuvent hypothéquer leurs droits, parce que ces droits sont immobiliers.

215. Nous rappelons ces principes élémentaires parce qu'ils vont nous aider à décider une question très-controvertée, celle de savoir si le locataire peut hypothéquer. Un premier point est certain, c'est que le preneur ne peut pas hypothéquer son droit de bail, parce que c'est un droit mobilier, une créance contre le bailleur. Nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit au titre du *Louage*. Autre est la question de savoir si le locataire peut hypothéquer les constructions qu'il a élevées pendant la durée du bail. La négative n'est point douteuse, dans l'opinion que nous avons enseignée sur la nature du droit qui appartient au locataire sur les constructions qu'il a faites. Pour qu'il y

(1) Valette, p. 190, n° 128, II. Martou, t. II, p. 343, n° 740.

(2) Bruxelles, 14 mai 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 122).

ait difficulté, il faut supposer que le bail donne au preneur le droit de construire et lui attribue la propriété des bâtiments pendant la durée du contrat. Quelle est la nature de ce droit? Nous avons enseigné que c'est un droit mobilier, ce qui décide la question (t. V, n° 415). Mais notre opinion est à peu près isolée. Il faut donc nous arrêter à la conséquence qui en résulte, en ce qui concerne l'hypothèque. Le locataire ne peut hypothéquer que les constructions qui lui appartiennent; il ne peut pas hypothéquer le sol, dont il n'a pas la propriété. La difficulté se réduit donc à ceci : peut-on hypothéquer la superficie sans le sol? Ce que nous venons de dire du superficiaire répond à la question; il a un droit réel dans la chose, on lui reconnaît un quasi-domaine, et néanmoins il ne peut pas hypothéquer les constructions qu'il fait. La raison en est que ces constructions ne sont pas immeubles; si la superficie est considérée comme immeuble par sa nature, c'est parce qu'elle s'incorpore au sol avec lequel elle se confond. Cela suppose que le sol appartient à celui qui a fait la construction; dans ce cas, l'incorporation et l'immobilisation se comprennent, tandis qu'on ne les conçoit plus lorsque le sol n'appartient pas au superficiaire. L'hypothèque concédée par le locataire ne pouvant frapper que la superficie serait l'hypothèque d'une chose mobilière; car la superficie détachée du sol est meuble, et dans l'hypothèque que le locataire établirait sur la superficie, la superficie est nécessairement considérée comme indépendante du sol, puisque le sol ne lui appartient pas (1).

216. La jurisprudence est contraire, ainsi que la doctrine. Nous avons discuté la question de principe ailleurs; il nous reste à constater la jurisprudence la plus récente; elle est toujours dans le même sens. La cour de cassation invoque l'article 518, d'après lequel les bâtiments sont, comme les fonds de terre, immeubles par leur nature, et aucune disposition de la loi ne leur fait perdre ce caractère et ne leur attribue la qualité de meubles lorsqu'ils ont été

(1) En sens contraire, Pont, t. I, p. 378 et suiv., n° 359, et les autorités qu'il cite.

construits par un autre que par le propriétaire du sol (1). Voilà ce que l'on peut appeler une interprétation mécanique, qui ne tient compte de rien que de la lettre de la loi. Nous professons un grand respect pour le texte, et nous le prêchons en toute occasion à ceux qui sont appelés à interpréter les lois; mais aussi nous ne séparons pas la lettre de l'esprit, et nous cherchons toujours la raison des choses. Or, malgré le texte de l'article 518, tout le monde reconnaît que les bâtiments ne sont pas immeubles par leur nature, qu'ils ne le sont que par l'effet de l'incorporation; donc dès que les bâtiments ne sont plus considérés comme faisant corps avec le fonds, ils cessent d'être immeubles et ils reprennent la nature mobilière des matériaux dont se compose la construction. Est-ce qu'il est dit dans la loi que la vente d'une maison pour être démolie est une vente mobilière? Non; ce qui n'empêche pas que cela soit admis par tout le monde. Il faut donc laisser là le texte et consulter les principes. Or, les principes disent tout le contraire de ce que la cour de cassation fait dire au texte. Il importe beaucoup de savoir par qui les bâtiments sont construits. Le sont-ils par un superficiaire, il ne peut plus être question d'une incorporation au sol, juridiquement parlant. Sans doute, il y a incorporation matérielle; le maçon dira qu'il y a un immeuble; le jurisconsulte, au contraire, dira que là où la superficie appartient à un locataire, l'hypothèque consentie par le locataire ne pourrait comprendre que la superficie, séparée du sol, que le locataire n'a pas le droit d'hypothéquer; donc si le maçon dit que l'hypothèque porte sur un immeuble parce que tout bâtiment est un immeuble, le jurisconsulte dira que l'hypothèque constituée sur une superficie, sans l'être sur le sol, est établie sur une chose mobilière. C'est dire que la superficie ne peut pas être hypothéquée séparément du sol.

La cour de Paris s'est prononcée dans le même sens. Tout bâtiment, dit-elle, est nécessairement un immeuble;

(1) Lyon, 18 mars 1871, et Rejet, 13 février 1872 (Dalloz, 1871, 2, 191. et 1872, 1, 256). En sens contraire, Bruxelles, 16 novembre 1831 (*Pasicriste*, 1831, p. 297).

il s'agit seulement de savoir qui peut l'hypothéquer, le propriétaire ou le locataire. Ce sont les termes du bail qui décident cette question; et, dans l'espèce, le contrat portait que les constructions élevées par le locataire demeureraient sa propriété (1). Ce qui paraît déterminer la cour et, en général, les juges du fait, c'est l'importance des constructions que les locataires font dans un bail industriel; ces valeurs qu'ils créent ne doivent-elles pas leur donner un crédit immobilier? L'équité, sans doute, l'exigerait, si l'on ne tient compte que des intérêts des créanciers hypothécaires; mais la masse chirographaire a également ses intérêts, et ne sont-ce pas ces derniers intérêts qui doivent l'emporter, quand il s'agit des rapports d'un locataire avec des tiers? Après tout, la question doit se décider, non d'après les intérêts qui sont engagés dans ce débat, mais d'après les principes de droit.

Il y a une hypothèse dans laquelle la jurisprudence est d'accord avec notre opinion. Le bail porte que le preneur est obligé d'élever, dans le délai d'un an, des constructions déterminées par l'acte, et qu'à l'expiration du bail elles appartiendront au bailleur sans indemnité. Dans ce cas, le preneur n'a qu'un simple droit de jouissance sur les bâtiments comme sur le sol, et il va de soi qu'il ne peut hypothéquer des biens qui ne lui appartiennent pas (2).

Dans le silence du bail, il s'élève d'autres difficultés sur les constructions que le preneur fait : quels sont les droits et les obligations des parties contractantes à raison de ces constructions? Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre du *Louage* (t. XXV, nos 175-185).

217. Il se présente une question analogue pour les constructions élevées sur un terrain qui dépend du domaine public, avec l'autorisation expresse ou tacite du gouvernement. Dans notre opinion, ces constructions sont mobi-

(1) Paris, 23 février 1872 (Dalloz, 1874, 2, 21). Comparez Paris, 30 mai 1864 (Dalloz, 1866, 2, 174). La question s'est présentée devant la cour de cassation de Belgique; la cour s'est bornée à décider qu'en admettant que le locataire ait un droit immobilier dans les constructions qu'il fait, ce droit est résoluble et ne donne au créancier hypothécaire qu'un droit résoluble (Rejet, 5 novembre 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 67).

(2) Rejet, 9 juin 1873 (Dalloz, 1874, 1, 410).

lières, et par conséquent elles ne peuvent être hypothéquées (t. V, n° 418) (1). Ici l'incorporation est légalement impossible, car si elle se faisait, la construction ferait partie du domaine public comme le sol, et dès lors il ne pourrait être question de l'hypothéquer; mais l'incorporation ne peut pas se faire, car il n'appartient pas à des particuliers de créer un domaine public, cela est contradictoire dans les termes. A vrai dire, il ne peut être question de droit de propriété dans l'espèce, puisque la construction est de pure tolérance, et la tolérance ne donne aucun droit.

Cependant il a été jugé que le locataire d'un terrain faisant partie du domaine communal, et placé hors du commerce par sa destination publique, pouvait hypothéquer la construction qu'il y avait élevée avec l'autorisation de la municipalité. L'arrêt de la cour d'Orléans, qui adopte les motifs des premiers juges, est très-faiblement motivé. Ce n'est pas donner des motifs que de citer des articles du code Napoléon, sans dire un mot des difficultés dont le tribunal ne paraît avoir aucun soupçon (2). De pareilles décisions ne sont pas faites pour donner crédit à la jurisprudence; elles ne fournissent certes aucun appui à l'opinion que nous combattons.

218. L'hypothèque est aussi un droit immobilier, dans l'opinion que nous avons enseignée, pour mieux dire, d'après le texte de notre loi hypothécaire (n° 174). Dans l'ancien droit, on admettait, conformément au droit romain, que l'hypothèque pouvait être hypothéquée. Voici en quel sens. Celui qui avait stipulé une hypothèque pareille exerçait en sous-ordre les droits attribués au créancier hypothécaire qui avait constitué l'hypothèque. Cette collocation en sous-ordre n'est pas admise par nos lois de procédure. Dès lors l'hypothèque de l'hypothèque n'a pas de raison d'être. D'ailleurs le silence de l'article 45 suffit pour la rejeter (3).

Autre est la question de savoir si le créancier hypothé-

(1) En sens contraire, Pont, t. I, p. 371, n° 350.

(2) Orléans, 19 avril 1866 (Dalloz, 1866, 2, 94).

(3) Pont, t. I, p. 415, n° 394. Valette, p. 206, 3^e question.

caire peut céder son droit de préférence sans la créance à laquelle il est attaché. La difficulté se présente surtout pour l'hypothèque légale de la femme. Nous l'examinerons plus loin.

219. L'article 526 range encore parmi les immeubles, par l'objet auquel elles s'appliquent, les actions immobilières. Elles ne sont pas comprises dans l'énumération de l'article 45 (code civil, art. 2118), ce qui suffit pour décider la question de savoir si l'on peut hypothéquer une action tendant à faire mettre un immeuble dans le patrimoine de celui auquel elle appartient. L'hypothèque d'une action n'aurait offert aucune utilité, car elle aurait porté sur un droit que le créancier ne pourrait exercer qu'après l'avoir poursuivi en justice, c'est-à-dire sur un droit litigieux; or, l'hypothèque a pour objet de donner au créancier une garantie certaine, portant sur un objet dont le débiteur est propriétaire. Il était d'ailleurs inutile de permettre l'hypothèque d'une action, puisque celui qui a une action en nullité, en rescision ou en résolution concernant un immeuble, peut hypothéquer directement l'immeuble : la validité de l'hypothèque dépendra de l'issue de l'action (1). Nous reviendrons sur ce point, au chapitre des *Hypothèques conventionnelles*.

220. Les concessions que le gouvernement fait d'un chemin de fer, d'un canal, d'un pont, donnent-elles au concessionnaire le droit d'hypothéquer soit la route ferrée, le canal ou le pont, soit les péages à percevoir, soit le droit en vertu duquel ils sont perçus? La négative est certaine à tous égards; il suffit que les concessions ne soient pas comprises dans le texte de l'article 45, pour qu'elles ne soient pas susceptibles d'hypothèque (2). En théorie, la question de savoir quelle est la valeur de ces concessions est très-douteuse. C'est un droit d'un caractère particulier qu'il est impossible de classer parmi les droits dont parle le code civil, car, lors de la publication du code civil, on

(1) Valette, p. 204, II, et tous les auteurs. Rejet, 14 avril 1847 (Daloz, 1847, 1, 217).

(2) Nîmes, 2 août 1847 (Daloz, 1848, 2, 41). Rejet, chambre civile, 20 février 1865 (Daloz, 1865, 1, 308).

ne connaissait guère les concessions : les grands travaux exécutés par des concessionnaires leur étaient d'ordinaire attribués à titre de propriété. Ce qui prouve que les droits des concessionnaires ne sont pas des droits mobiliers, dans le sens traditionnel du mot, c'est qu'il y a des lois qui autorisent à hypothéquer le revenu des chemins de fer concédés. La cour de Nîmes dit que c'est une exception à la règle. Il est difficile de parler d'exception dans une matière où l'on ne sait pas quelle est la règle. C'est une lacune que le législateur seul peut combler. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur les concessions, au titre de la *Propriété* (t. VI, nos 29-35).

§ IV. *Effet de l'hypothèque sur les droits du propriétaire.*

no 1. PRINCIPE.

221. Nous avons dit que l'hypothèque est un démembrement de la propriété (no 174). Ce qui caractérise le droit de propriété, c'est qu'il est absolu : le propriétaire a le droit de disposer et de jouir de sa chose, de la manière la plus illimitée, pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par la loi (art. 544). Il faut ajouter : pourvu qu'il ne lèse pas les droits des tiers. Ce droit absolu est restreint par la concession d'une hypothèque; le propriétaire affecte l'immeuble à l'acquittement d'une obligation; il ne peut donc rien faire qui diminue cette garantie. Entre le débiteur et le créancier, cela est d'évidence, car c'est le droit commun (art. 79; code civil, art. 2131). Mais la garantie hypothécaire est, de son essence, une garantie réelle; elle serait illusoire si le créancier n'avait pas le droit de suite; elle serait encore illusoire si la propriété était seulement limitée à l'égard du débiteur; par cela même que l'hypothèque donne le droit de suite, le créancier doit avoir contre le tiers détenteur le droit qu'il a contre le débiteur; le tiers détenteur n'a qu'une propriété démembrée, son droit est limité par celui du créancier hypothécaire, il ne peut donc rien faire qui altère ce droit. C'est ce que le code dit, au chapitre qui traite du droit de suite (art. 2175; loi hyp.