

règles fixes. » Ce sont les paroles de Denisart. Cela pouvait être vrai dans l'ancien droit, où tout était incertain, mais cela n'est certes pas exact sous l'empire d'un code qui trace des règles certaines sur les preuves. Grenier dit ensuite que la justice doit venir au secours de la femme qui n'a pas pu se procurer une preuve littérale. Sans doute, mais cela n'est vrai que dans les cas prévus par la loi. Et si Grenier avait consulté la loi, il n'aurait pas dit que la femme est toujours admise à la preuve testimoniale, parce qu'il s'agit, non de *conventions*, mais de *faits* (1). Les faits dont il s'agit, dans l'espèce, sont des faits juridiques, et ces faits doivent être prouvés d'après les règles que le code établit. On ne doit donc pas poser en principe que la preuve testimoniale est toujours reçue, et, par suite, les présomptions et même la commune renommée. Tout dépend du fait juridique qu'il s'agit d'établir. La femme réclame une indemnité de 10,000 francs du chef d'une obligation qu'elle a souscrite au profit de son mari : dira-t-on que la femme sera admise à prouver son recours par témoins? La négative est d'évidence, car il s'agit d'un fait juridique, du paiement que la femme prétend avoir fait en vertu de l'obligation qu'elle a contractée; or, elle a pu et dû se procurer une quittance; donc elle ne peut pas invoquer l'article 1348. C'est seulement quand il s'agit de faits auxquels la femme n'a pas concouru qu'elle peut se prévaloir de cette disposition. Ainsi elle peut prouver par témoins le fait que son mari a reçu la dot. Quant à la preuve par commune renommée, elle est tout à fait exceptionnelle; à notre avis, la femme ne peut s'en prévaloir que dans les cas expressément prévus par la loi. Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur ce point, au titre du *Contrat de mariage* (2).

415. La loi sur les faillites (art. 559 et 560) a apporté une exception au droit commun. En cas de faillite du mari, la femme ne peut exercer son hypothèque qu'en prouvant, par inventaire ou par tout autre acte authentique, la déli-

(1) Grenier, *Traité des hypothèques*, n° 234 (t. I, p. 314 de l'édition belge).

(2) Comparez Martou, t. III, p. 14, n° 886; Aubry et Rau, t. III, p. 219, note 17, § 264 *ter*.

vance ou le paiement de ses apports dotaux. Le danger de la fraude justifie cette exception.

ARTICLE 4. Hypothèque légale de l'État, des provinces, des communes et des établissements publics.

416. L'article 47 (code civil, art. 2121), qui énumère les hypothèques légales, porte que les droits et créances auxquels la loi accorde une hypothèque sont ceux de l'État, des provinces, des communes et des établissements publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables. On a toujours considéré l'État, avec ses subdivisions, ainsi que les établissements publics, comme des mineurs, c'est-à-dire comme des incapables qui ne peuvent pas veiller eux-mêmes à leurs intérêts; par suite, la loi leur donne les garanties qu'ils ne peuvent pas stipuler. Cette assimilation n'est pas tout à fait exacte. Il est vrai que l'État et les établissements publics sont des êtres fictifs; à ce titre, on peut dire qu'ils n'ont pas la capacité d'agir et de sauvegarder les droits dont ils sont investis. Toutefois cette incapacité même est une espèce de fiction. Il y a une grande différence entre l'État et les mineurs : ceux-ci sont naturellement incapables, et ils ont pour représentant un tuteur qui gère gratuitement, et qui est soumis au contrôle d'un subrogé tuteur et d'un conseil de famille, dont la surveillance est réellement fictive. La loi a donc dû intervenir en leur faveur, sinon leurs droits pourraient périr. Il n'en est pas de même de l'État; il a pour organe des fonctionnaires, c'est-à-dire des hommes instruits, expérimentés, dont l'existence et l'avenir dépendent du zèle qu'ils mettent à remplir leurs devoirs. Le code Napoléon a tenu compte de cette différence; tout en accordant à l'État et aux établissements publics une hypothèque légale, il l'a soumise à la publicité; tandis que l'hypothèque des mineurs était efficace, alors même qu'elle n'avait pas été rendue publique. D'après la loi belge, toutes les hypothèques légales doivent être inscrites; sous ce rapport, l'État et les mineurs sont sur la même ligne. Sous un autre rapport, l'État et les établissements publics jouissent d'un droit exceptionnel : leur hypothèque est publique, mais elle n'est pas spéciale, dans le

sens de l'hypothèque des mineurs; nous avons dit plus haut (n° 258) quel est le motif de cette espèce de privilège. L'hypothèque de l'Etat et des établissements publics ne doit pas être spécialisée par un acte qui précède l'inscription, mais l'inscription doit être spéciale (art. 89). De plus, l'Etat peut prendre inscription sur tous les immeubles des comptables, sans que ceux-ci aient le droit d'agir en réduction pour cause d'excès. La faveur due aux deniers publics justifie cette dérogation à la loi commune. Il y en a encore une autre concernant les biens des femmes des comptables; nous y reviendrons (n° 420).

417. L'hypothèque légale est accordée à l'Etat, aux provinces, aux communes et aux établissements publics. Qu'entend-on, en cette matière, par établissements publics? Le code donne d'ordinaire ce nom aux personnes dites civiles, que la loi charge d'un service public (art. 910), de sorte que toute personne civile publique est un établissement public, ou, comme la loi dit aussi, un établissement d'utilité publique. Suffit-il qu'un établissement soit d'utilité publique pour qu'il ait une hypothèque légale sur les biens de ceux qui manient ses deniers? La négative est généralement admise; mais la difficulté est de déterminer quels sont les établissements qui jouissent d'une hypothèque, et à quel caractère on peut distinguer ceux qui n'en jouissent pas. On lit dans un arrêt de la cour de cassation de Belgique que, dans l'article 2121 (loi hyp., art. 47), on n'entend par établissements publics que ceux qui, institués par la loi dans un intérêt commun, relèvent directement de l'autorité publique, à la haute surveillance de laquelle ils sont soumis (1). Cela est très-vague, et la définition n'est pas puisée dans les principes de la matière; il faut remonter à la cause pour laquelle la loi accorde une hypothèque à l'Etat, aux provinces, aux communes et à certains établissements publics. Or, le fondement de l'hypothèque et des droits spéciaux qui y sont attachés, c'est la destination des deniers que les comptables sont chargés de percevoir. C'est parce que ce sont des deniers publics à la per-

(1) Rejet, 7 juin 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 1, 381).

ception desquels la nation est intéressée, que la loi assujettit les comptables à une garantie spéciale, garantie que la loi ne considère jamais comme excessive, alors même qu'elle dépasserait le montant des créances que l'Etat peut avoir contre les débiteurs. D'après cela, on peut définir les établissements publics mentionnés par l'article 47 : ceux dont les deniers sont rangés dans la catégorie des deniers publics; ce qui dépend de la gestion des comptables et du mode de comptabilité qui leur est imposé (1).

418. Nous trouvons une application de ce principe, et en même temps une justification, dans l'arrêté des consuls du 19 vendémiaire an XII. L'article 1^{er} porte : « Les *receveurs des communes* et les *receveurs des hôpitaux, bureaux de charité, maisons de secours* et autres *établissements de bienfaisance*, sous quelque dénomination qu'ils soient connus, seront tenus de faire, sous leur responsabilité, toutes les diligences nécessaires pour le recouvrement des legs, etc., affectés au service de ces établissements. » L'article 5 ajoute : « Seront, au surplus, lesdits *receveurs* soumis aux dispositions des lois relatives aux *comptables des deniers publics* et à leur responsabilité. » Voilà le caractère distinctif des *comptables* et des *établissements publics* qui tombent sous l'application de l'article 47 (code civil, art. 2121); il ne suffit pas que l'*établissement* soit *public*, il ne suffit pas qu'il y ait des *comptables*, il faut que les deniers soient des deniers publics et que les comptables soient soumis aux lois qui régissent les fonctionnaires chargés de recevoir et de manier les deniers publics. Ce n'est que sous cette condition que l'on peut assimiler les établissements publics à l'Etat et à ses subdivisions, les provinces et les communes. Tels sont les hospices et les bureaux de bienfaisance. Ce sont des établissements communaux chargés d'un service public, de la charité légale; leurs deniers sont des deniers publics au même titre que les deniers de la commune ou de l'Etat; leur destination est la même, car la charité légale est un service public aussi bien que l'enseignement ou la justice. C'est pour

(1) Aubry et Rau. t. III, p. 248, § 264 quater.

cette raison que ceux qui manient les deniers de ces établissements sont soumis aux lois qui régissent la comptabilité de l'Etat.

419. L'application de ces principes a soulevé deux questions très-controversées. Les caisses d'épargne et les fabriques d'église sont-elles des établissements publics dans le sens de l'article 47? La première question ne se présente pas en Belgique; la caisse d'épargne est, d'après notre législation, un établissement de l'Etat; c'est la même banque, la Banque Nationale, qui est chargée du service de la caisse d'épargne et du service de caissier de l'Etat. En France, il n'en est pas ainsi, les caisses d'épargne y ont un double caractère : créées par l'initiative des particuliers, elles sont en même temps des établissements publics, jouissant, à ce titre, de la personnalité civile, et remplissant une charge qui est certainement d'intérêt général, puisque l'épargne tend à améliorer la condition matérielle et morale des classes ouvrières. La cour d'Amiens, se fondant sur ce que les caisses d'épargne sont des établissements publics, a jugé que les caissiers étaient soumis à l'hypothèque légale, en vertu de l'article 2121 (1) (loi hyp., art. 47). Cette décision a été cassée. La cour de cassation a rendu plusieurs arrêts sur la matière; nous les rapportons parce qu'ils servent à décider la question de principe, celle de savoir ce qu'il faut entendre par établissements publics dans l'article 47, qui reproduit l'article 2121 du code civil.

Dans une première espèce, il s'agissait d'une caisse d'épargne fondée sous le titre et dans la forme d'une société anonyme, ce qui marquait déjà le caractère privé de l'institution; il n'appartient pas à des particuliers de former une commune, ni un hospice, ni un bureau de bienfaisance. Il est vrai que ladite société avait été approuvée par ordonnance royale dans la forme des règlements d'administration publique; par suite, elle jouissait de tous les avantages que les lois accordent à ces institutions, tels que de verser leurs fonds en compte courant au trésor pu-

(1) Amiens, 29 mars 1855 (Daloz, 1855, 2, 306).

blic, et, sous la garantie du trésor, dans la caisse des dépôts et consignations. Les caisses d'épargne peuvent aussi recevoir des dons et legs; néanmoins elles ne forment pas des *établissements publics* dans le sens de l'article 2121 (loi hyp., art. 47); en effet, l'autorité publique n'intervient pas directement dans leur gestion; elles ne sont pas soumises aux lois de comptabilité; à la différence des règles établies pour les communes et les hospices, le service des caisses d'épargne se fait d'après leurs statuts particuliers, elles n'ont pas de budget soumis à l'autorité supérieure, aucun mode particulier n'est tracé à leurs créanciers pour le recouvrement de leurs créances. Enfin, ce qui est décisif, et ce que la cour de cassation oublie d'ajouter, les deniers déposés aux caisses ne sont pas des deniers publics et ne sont pas destinés à un service public. Donc elles ne forment pas un établissement public, dans le sens de la loi hypothécaire (1). L'arrêt qui a cassé la décision de la cour d'Amiens ajoute que, malgré la surveillance que l'Etat exerce sur les caisses d'épargne et l'appui qu'il leur prête, elles ne sont pas devenues des établissements de l'Etat, parce qu'elles ne font pas un service public, mais un service spécial aux intérêts privés dont elles ont pris la protection dans la limite de leurs attributions (2).

420. Les établissements ecclésiastiques, tels que fabriques, séminaires, chapitres cathédraux, ont-ils une hypothèque sur les biens de leurs administrateurs comptables? Dans l'ancien droit, ces établissements avaient la personification civile à tous égards; ils jouissaient aussi d'une hypothèque légale (3). Cela tenait à l'alliance intime, pour mieux dire à la confusion de l'Eglise et de l'Etat; il en résultait que tous les établissements de l'Eglise étaient des établissements publics; l'Etat exerçait sur ces établissements la même autorité que sur les établissements laïques. La révolution de 1789 commença la sécularisation de l'Eglise, et notre constitution l'a complétée, mais d'une

(1) Rejet, chambre civile, 5 mars 1856, après délibéré en la chambre du conseil (Daloz, 1856, 1, 121).

(2) Cassation, 8 juillet 1856 (Daloz, 1856, 1, 278).

(3) De Ghewiet, *Institutes du droit belge*, II^e partie, tit. I, § 3.

singulière façon. L'Eglise n'est plus un établissement public, en ce sens qu'elle n'est pas subordonnée à l'Etat; elle jouit, sous ce rapport, d'une indépendance absolue. Mais l'Eglise est toujours un établissement public en ce sens qu'elle jouit de la personnification civile et des avantages qui y sont attachés. De là le caractère indécis de ces établissements. Notre cour de cassation a jugé que les fabriques d'église ne sont pas des établissements publics dans le sens de l'article 47 (code civil, art. 2121). Il est certain néanmoins, et cela n'était pas contesté, que, sous de nombreux rapports, les fabriques sont assimilées aux établissements publics et qu'elles sont soumises aux règles qui les gouvernent. Pourquoi donc la cour de cassation leur refuse-t-elle le caractère d'établissements publics au point de vue de l'hypothèque légale? D'abord, on ne peut pas dire des fabriques ce que nous avons dit des hospices et autres établissements de bienfaisance, qu'elles ont pour objet un service public; la charité légale intéresse tous les citoyens; les fabriques ne concernent qu'une secte religieuse, celle des catholiques; en ce sens elles sont affectées à un service privé, quoique ce service, en tant qu'il touche à la religion, soit d'intérêt général; c'est ce double caractère des fabriques qui rend la décision de notre question si difficile. Elles sont établies par la loi, mais elles se renouvellent et se perpétuent sans l'intervention de l'autorité, dont elles ne subissent pas le contrôle régulier. Voilà pourquoi l'arrêt du 19 vendémiaire an XII, relatif aux comptables des communes et des établissements de charité, ne mentionne pas les fabriques. Les lois postérieures au code civil ne les mentionnent pas davantage; ainsi la loi du 5 septembre 1807, qui complète la disposition de l'article 2121, et la loi du 15 septembre de la même année, qui institue la cour des comptes et soumet à sa juridiction les comptables de l'Etat, des départements et des communes, gardent le silence sur les fabriques. Ce qui est plus remarquable et, à notre avis, décisif, c'est que le décret du 30 décembre 1809 sur les fabriques d'église, ne dit rien de l'hypothèque légale, bien qu'il règle d'une manière détaillée et complète les devoirs des trésoriers et les sûretés qui sont prises à

leur égard; l'hypothèque légale, si elle frappait les trésoriers, rendait inutile ce surcroît de garanties; il n'était nécessaire que parce que les fabriques n'avaient pas d'hypothèque sur les biens de leurs comptables. C'est la seule explication que l'on puisse donner du silence que garde le décret de 1809, alors que le décret du 15 novembre 1811, relatif à l'université, a soin de rappeler l'article 2121. La différence que la loi établit entre les comptables des fabriques et ceux des établissements de charité, s'explique par les dispositions qui concernent la nomination des trésoriers; ils sont choisis parmi les notables des paroisses, leurs fonctions sont de courte durée, et d'ordinaire ils ne reçoivent pas d'émoluments (1).

421. L'hypothèque légale de l'Etat, des provinces, des communes et des établissements publics frappe les biens des receveurs et administrateurs comptables. Qu'entend-on par comptables? Tous les administrateurs des finances ne sont pas des comptables. Tarrible a très-bien établi le principe qui sert à distinguer ceux dont les biens sont grevés d'hypothèque (2). Il y a, dit-il, dans l'administration des finances, des fonctionnaires qui manient réellement les deniers publics; il y en a d'autres qui dirigent seulement la recette et l'emploi de ces mêmes deniers, sans les manier eux-mêmes. Les premiers sont seuls comptables et soumis à l'hypothèque légale, les autres n'y sont pas assujettis. La distinction résulte de la définition que Ferrières donne des comptables : ce sont ceux qui manient les deniers publics ou du roi. La loi du 16 septembre 1807 sur la comptabilité a consacré la tradition; il en résulte que le vrai comptable est celui qui, soit en recevant les deniers publics, soit en en faisant l'emploi, manie réellement ces deniers et qui, à ce titre, est soumis à la juridiction de la cour des comptes. Quant à celui qui dirige la recette ou l'emploi, c'est-à-dire l'ordonnateur, il n'est pas comptable,

(1) Rejet, 7 juin 1849 et le réquisitoire de l'avocat général Dewandre (*Pasicrisie*, 1849, I, 362). Comparez, en sens divers, Aubry et Rau (t. III, p. 249, note 5) et les auteurs qu'ils citent, et Cloes, t. II, p. 150, note 1.

(2) Tarrible, dans le *Répertoire* de Merlin, au mot *Hypothèques*, sect. II, § III, art. 4.

et la cour des comptes n'a sur lui aucune juridiction, alors même qu'il se rendrait coupable de prévarications. Ce que nous disons des comptables de l'Etat s'applique naturellement à ceux qui manient les deniers des provinces, des communes et des établissements publics.

422. Aux termes de l'article 48 (code civil, art. 2122), l'hypothèque légale de l'Etat, des provinces, des communes et des établissements publics s'étend aux biens actuels et futurs du comptable. Elle est donc générale, en ce sens que le créancier peut prendre inscription sur tous les biens du débiteur; seulement la loi exige que les bordereaux qu'il présente au conservateur contiennent l'indication spéciale de la nature et de la situation de chacun des immeubles du comptable (art. 89; code civil, art. 2153). Ces inscriptions, alors même qu'elles seraient évidemment excessives, ne peuvent pas être réduites sur la demande du débiteur, comme la loi le permet pour l'hypothèque des mineurs et des femmes mariées. Nous en avons dit la raison (n° 258).

L'article 48 ajoute que cette hypothèque s'étend aux biens futurs de la femme du comptable. Pourquoi l'hypothèque frappe-t-elle des biens qui n'appartiennent pas au débiteur? C'est que la loi a craint la fraude. Pour soustraire ses biens à l'hypothèque dont la loi les frappe, le comptable aurait pu, de complicité avec sa femme, les acheter au nom de celle-ci; la fraude est si aisée que la loi la présume, ce qui dispense le créancier du fardeau de la preuve, preuve toujours difficile, car il est plus facile de frauder que de prouver la fraude. Toutefois ce n'est qu'une présomption qui admet la preuve contraire. La femme est admise à prouver qu'elle a acquis les biens soit à titre de succession ou de donation, ce qui exclut toute possibilité de fraude, soit à titre onéreux, de ses deniers propres; cette preuve, si la femme peut la faire, détruit la présomption de l'article 48, car la loi présume que la femme a acheté les biens avec les deniers du mari et pour le compte de celui-ci. De là suit que la présomption légale n'est pas applicable dans le cas où l'acquisition aurait été faite par la femme avant que son mari fût appelé aux fonctions de comptable.

SECTION III. — Des hypothèques conventionnelles.

§ 1^{er}. Définition.

423. Aux termes de l'article 44 (code civil, art. 2117), « l'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des actes et des contrats ». Il faut donc, pour qu'il y ait hypothèque conventionnelle, qu'elle soit établie par une convention. Le contrat qui constitue l'hypothèque est indépendant de l'obligation à l'acquittement de laquelle elle est affectée. Sans doute, l'hypothèque conventionnelle, comme toute hypothèque, est l'accessoire d'une obligation principale; mais de là il faut se garder de conclure, comme on l'a fait, qu'elle se confond avec cette obligation, au point d'en prendre la nature. Tout ce qui résulte du caractère accessoire de l'hypothèque, c'est qu'elle ne peut exister sans qu'il y ait une obligation qu'elle est destinée à garantir; du reste, l'obligation principale peut ne pas être conventionnelle, elle peut résulter d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit; tandis que l'hypothèque conventionnelle ne se conçoit pas sans contrat. Alors même que l'obligation principale est conventionnelle, elle diffère encore de l'hypothèque établie par convention. Celle-ci, d'après la définition que la loi en donne, dépend de la *forme extérieure* des actes et des contrats; tandis que les obligations conventionnelles, pour la garantie desquelles l'hypothèque est stipulée, ne sont soumises à aucune forme; c'est d'ordinaire un prêt, contrat non solennel, comme tous ceux dont le code traite à partir de la vente. Ainsi l'obligation principale peut être constatée par un écrit sous seing privé, l'écrit ne servant que de preuve; il n'en est pas de même du contrat accessoire: l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte authentique. Si donc les parties veulent dresser un seul et même acte pour constater la convention principale et pour constituer une hypothèque, elles devront dresser un acte authentique; de sorte que l'accessoire domine, dans ce cas, le principal. Mais elles