

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

peuvent aussi faire leurs conventions par actes séparés; pour mieux dire, la convention principale ne doit pas être faite par acte, mais l'hypothèque doit toujours être consentie par acte notarié; l'authenticité est de son essence.

424. Il règne dans cette matière tant d'incertitude et, à notre avis, tant d'erreurs, que nous sommes obligé d'insister sur ces notions purement élémentaires, parce qu'on conteste jusqu'au principe que nous venons d'établir; il nous faut donc prouver, d'abord que l'hypothèque est un contrat, et, en second lieu, que c'est un contrat solennel. Le code distingue deux espèces de contrats, les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux; mais il est de l'essence de tout contrat qu'il y ait concours de consentement. Tant que l'une des parties seule consent, il y a simple offre, ce que l'on appelle en droit une pollicitation; il faut que cette offre soit acceptée pour qu'il se forme un contrat, et le contrat n'existe qu'à partir de l'acceptation. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Obligations conventionnelles*, sur ce point (t. XV, nos 468-481). Ces principes reçoivent leur application à l'hypothèque conventionnelle. Elle forme un contrat unilatéral, puisque le débiteur seul s'oblige, le créancier ne contracte aucune obligation; il stipule la sûreté réelle, c'est la condition sous laquelle il contracte, le débiteur la consent; c'est par ce concours de consentement que l'hypothèque s'établit.

Les textes, les principes, la tradition, l'esprit du code civil et de la loi hypothécaire concourent pour établir ce principe, qui est aussi fondamental qu'élémentaire. D'après l'article 43, l'hypothèque est légale, conventionnelle ou testamentaire. Qu'est-ce qui caractérise ces trois espèces d'hypothèques? L'hypothèque légale résulte de la loi seule, elle n'exige aucun consentement des parties intéressées; le créancier est incapable de la stipuler et incapable d'y renoncer, et le débiteur ne peut pas s'opposer à ce que ses biens en soient affectés: tout se fait sans la volonté des parties intéressées et, au besoin, malgré elles. Il n'en est pas ainsi de l'hypothèque conventionnelle; elle *dépend des conventions*, dit l'article 44 (code civil, art. 2117). C'est dire d'une manière énergique que, sans convention, il ne

saurait y avoir d'hypothèque conventionnelle: le mot même le dit. Or, il n'y a pas de convention sans concours de consentement; il ne suffit pas que le débiteur consente à grever son immeuble d'une hypothèque, il faut que le créancier, de son côté, consente pour que le contrat se forme; si le créancier n'est pas présent à l'acte par lequel le débiteur constitue l'hypothèque, il doit accepter, et ce n'est que par cette acceptation que le contrat se parfait et que l'hypothèque existe.

Voilà le texte. Que disent les principes? L'hypothèque est un démembrement de la propriété, une aliénation partielle. Pour que la propriété soit démembrée, il faut qu'il y ait un créancier au profit duquel le débiteur consent à aliéner une partie de son droit de propriété, et il faut que le créancier accepte cette transmission partielle de propriété. Conçoit-on que la propriété entière soit transférée sans le concours de consentement de celui qui transmet la chose et de celui qui l'acquiert? On ne conçoit pas davantage qu'une fraction de la propriété soit transférée sans que le créancier l'acquière; et peut-il l'acquérir sans consentir? Tant qu'il n'a pas consenti ou accepté, il n'y a qu'une offre, une pollicitation; le débiteur qui l'a faite pourrait toujours la retirer, puisque sans l'acceptation il n'y a aucun lien entre lui et le créancier. N'est-ce pas là la situation des parties lorsque le débiteur constitue une hypothèque? Le créancier ne traite que sous cette condition; le débiteur s'oblige à procurer cette sûreté au créancier; celui-ci doit l'accepter, et, en l'acceptant, il lie le débiteur; celui-ci ne peut plus rien faire qui lèse le droit que le créancier a acquis; si, par son fait, il diminue les sûretés que, *par le contrat*, il a données à son créancier, il perd le bénéfice du terme. C'est ce que dit l'article 1188; cette disposition prouve tout ensemble que l'hypothèque est une sûreté contractuelle et que le contrat engendre une obligation à charge du débiteur et un droit au profit du créancier: comment cela pourrait-il se faire sans concours de volontés?

Tels sont les principes. Écoutons maintenant la tradition. Dans l'ancien droit, l'hypothèque était attachée à tout contrat passé dans la forme authentique devant notaire;

L'hypothèque se confondant avec la convention principale, il en résultait qu'elle était essentiellement conventionnelle; sans concours de consentement, il n'y avait pas de convention principale, partant, pas d'hypothèque. Dans la théorie traditionnelle, la question que nous discutons n'aurait pas même pu se présenter. Il y avait seulement quelques coutumes qui considéraient l'hypothèque comme un contrat distinct, c'étaient les coutumes de nantissement. Or, notre loi hypothécaire procède de ces coutumes; il importe donc de rappeler comment l'hypothèque se constituait dans notre ancien droit. Nous l'avons déjà dit : on suivait, pour l'hypothèque conventionnelle, les conditions et les formes que la tradition avait consacrées pour la transmission de la propriété immobilière, c'est-à-dire que le débiteur se dessaisissait du droit dont il saisissait le créancier; de là les formalités de la *dessaisine* et de la *saisine* (1). C'est l'expression exacte des principes que nous venons d'exposer. Le débiteur qui constitue une hypothèque aliène une partie de son droit de propriété; il s'en *dessaisit* donc. Cela suffit-il pour que l'hypothèque existe au profit du créancier? Non, pas plus que la *dessaisine* du vendeur ne suffit pour que la propriété soit transmise à l'acheteur. Il faut de plus que le créancier soit *saisi* du droit dont le débiteur se dépouille en sa faveur, comme il faut la *saisine* pour que l'acheteur acquière la propriété dont le vendeur se dessaisit à son profit. Ainsi consentement du débiteur et consentement du créancier, telles sont les conditions exigées par les coutumes de nantissement pour qu'il y ait hypothèque conventionnelle. Cependant, dans l'ancien droit déjà, les praticiens avaient imaginé une constitution d'hypothèque qui se faisait par la seule volonté du débiteur, pour mieux dire, sans concours de volontés. Le président Favre, ce rude adversaire des praticiens, disait que c'était une chose monstrueuse, c'est-à-dire souverainement absurde, de dire qu'une hypothèque conventionnelle pût exister sans convention (2).

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Hypothèque*, sect. I, § I (t. XIII, p. 411).

(2) Faber, *De erroribus pragmaticorum*, decad I, error 1.

Est-ce que les auteurs du code civil auraient consacré une pareille énormité? Le texte de l'article 2117 (loi hyp., art. 44) semble conçu à dessein pour répudier l'erreur que le président Favre avait flétrie : si, comme la loi le dit, l'hypothèque conventionnelle *dépend des conventions*, comment existerait-elle sans convention? Écoutons l'orateur du gouvernement; voici comment il explique la définition de l'article 2117, dans l'Exposé des motifs : « *Deux personnes qui traitent se donnent respectivement*, dans un acte authentique, des sûretés pour la garantie de leurs conventions : voilà l'hypothèque conventionnelle. » (1). *Se donnent respectivement* : cela veut bien dire que le créancier stipule la garantie et que le débiteur la promet. Donc l'hypothèque n'existe que par le concours des *deux parties* qui *traitent*.

Sous l'empire du code, il y avait controverse, comme nous allons le dire, sur le point de savoir si l'hypothèque était valable lorsque l'emprunteur comparaisait seul devant le notaire pour déclarer qu'il avait reçu telle somme à titre de prêt, et qu'il donnait tel bien en hypothèque comme garantie de son obligation. La commission spéciale qui a préparé le projet de loi examine la question dans son rapport, et elle décide que l'hypothèque ainsi établie serait nulle. En effet, dit-elle, l'hypothèque doit être constituée par acte authentique, et, comme acte constitutif d'hypothèque, l'acte ne peut recevoir son existence que par suite de l'acceptation, constatée authentiquement, du créancier. La commission ajoute que la loi ne reconnaît que les hypothèques légales, testamentaires et conventionnelles; elle ne reconnaît point une quatrième classe d'hypothèques, volontaires de la part du débiteur seul (2). Cela est très-juste; une hypothèque consentie par le débiteur seul ne peut être qualifiée de conventionnelle sans monstruosité, comme dit le président Favre; ce serait donc une hypothèque autre que l'hypothèque conventionnelle; et où est le texte qui consacre cette quatrième hypothèque? Il y aurait donc une hypothèque que la loi ne

(1) Treillard, Exposé des motifs, n° 10 (Loché, t. VIII, p. 241).

(2) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 39).

connaît point! Cela peut, à juste titre, s'appeler une nouvelle monstruosité.

425. Cependant l'erreur que le président Favre traitait de monstrueuse s'est perpétuée; on l'enseigne et on juge en ce sens. L'un des commentateurs de notre loi hypothécaire déclare qu'il n'est guère touché de l'argument de la commission spéciale que nous venons de rapporter. De ce que la loi ne reconnaît que trois espèces d'hypothèques, on ne peut pas conclure, dit-il, que celle qui résulte de la volonté unilatérale du débiteur ne soit pas une hypothèque conventionnelle, puisque l'acte de constitution d'une hypothèque peut n'être qu'un acte unilatéral et ne requiert pas le *duorum in unum placitum consensus*. Cela veut-il dire que l'hypothèque constituée par le débiteur seul est une convention unilatérale, et n'exige, par conséquent, pas le concours de volontés du débiteur et du créancier? Si telle est la pensée de l'auteur, il se trompe certainement, car le concours de volontés est nécessaire pour tout contrat. Il en est ainsi de la donation, qui est un contrat unilatéral; ce qui n'empêche pas qu'elle n'existe que par l'acceptation du donataire, laquelle doit, de plus, être notifiée au donateur. L'auteur que nous combattons ajoute que la loi belge reconnaît l'hypothèque testamentaire, laquelle résulte de la seule volonté du testateur; elle a donc, dit-il, pu admettre aussi une hypothèque établie par la seule volonté du débiteur; l'hypothèque est conventionnelle en ce sens que la volonté du débiteur est nécessaire pour la constituer, par opposition à l'hypothèque légale, qui existe sans la volonté du débiteur (1). Cette comparaison nous paraît peu concluante. D'abord il n'est pas exact de dire que l'hypothèque testamentaire n'exige que la seule volonté du testateur, car le légataire doit accepter le legs. Ensuite, on ne peut pas comparer une hypothèque qui n'exige pas l'intervention des parties intéressées avec une hypothèque qui n'existe que parce que l'une des parties la stipule et que l'autre la consent. Après cela, le même auteur rapporte l'opinion de Dalloz et de Martou, qui se contentent d'une acceptation ta-

(1) Cloes, *Commentaire*, t. III, p. 45, nos 70 et 71.

cite, et il dit qu'il est de leur avis. Nous ne savons comment concilier ces diverses opinions; s'il faut une acceptation tacite, il n'est pas exact de dire que l'hypothèque résulte de la seule volonté du débiteur, car une acceptation tacite est aussi une manifestation de consentement; et si le créancier consent, il y a concours de volontés; donc contrat, et non acte unilatéral.

Martou commence par dire que « la concession d'une hypothèque est, de la part du débiteur, une *obligation unilatérale*, dont la validité n'est subordonnée ni à la présence du créancier à l'acte, ni à une *acceptation* ultérieure de sa part ». Nous avouons ne pas comprendre ce que c'est qu'une *obligation unilatérale*; toute obligation est essentiellement un lien de droit entre le débiteur obligé et le créancier au profit duquel l'obligation existe: comment donc y aurait-il une obligation de la part du débiteur seul? Martou ajoute que le créancier manifeste suffisamment son acceptation par l'inscription de l'hypothèque (1). Qu'est-ce à dire? L'acceptation du créancier est-elle, oui ou non, nécessaire pour que l'hypothèque existe? Si oui, l'hypothèque est un contrat qui exige le concours de volontés; cependant Martou combat l'idée que, pour la constitution de l'hypothèque, le concours de deux volontés soit indispensable. Si non, l'hypothèque se parfait sans concours de volontés, sans convention; et une hypothèque conventionnelle sans convention, c'est le *monstre* que le président Favre a signalé comme une erreur des praticiens.

426. Il y a des arrêts qui consacrent cette monstruosité. La cour de Lyon a rendu une décision que nous voudrions effacer de la jurisprudence, car elle la déconsidère. Elle commence par dire que, d'après la loi, une *acceptation formelle* n'est indispensablement exigée que pour les donations entre-vifs. On croirait que, partant de ce principe, la cour va en induire que l'*acceptation formelle* n'est pas requise pour la validité de l'hypothèque. Du tout; la cour pose un nouveau principe, à savoir que, dans un *contrat unilatéral*, une acceptation de celui envers lequel on s'en-

(1) Martou, *Commentaire*, t. III, p. 87, n° 982 ter.