

Il y a encore d'autres raisons qui justifient l'intervention du notaire dans la rédaction des contrats d'hypothèque. L'hypothèque conventionnelle et les conventions matrimoniales sont les plus importants tout ensemble et les plus difficiles des actes. Combien y a-t-il de parties contractantes qui savent ce que c'est que la spécialité de l'hypothèque? Cependant si l'hypothèque n'a pas été spécialisée par le contrat, elle est nulle. Que d'hypothèques seraient annulées si la loi avait admis des actes sous seing privé pour les établir! La fortune des citoyens dépend des conventions hypothécaires; il était donc nécessaire de faire intervenir des hommes de loi dans la rédaction des actes qui établissent l'hypothèque, afin d'éclairer les parties contractantes et d'assurer la validité de leurs conventions.

**430.** Nous croyons inutile de rapporter les motifs divers que donnent les auteurs pour expliquer le principe de l'authenticité (1); il faudrait les discuter et les rectifier, ce qui aboutirait à répéter ce que nous venons de dire. Il suffit de faire connaître les raisons qui ont engagé les auteurs de la loi belge à consacrer le principe de la solennité de l'hypothèque. On lit dans le rapport de la commission spéciale : « Les placements sur hypothèque doivent présenter une entière sécurité, et, en aucun cas, leur sort ne doit dépendre de la simple dénégation d'une signature. Ce but ne serait atteint qu'à demi si l'hypothèque pouvait être consentie par des actes sous seing privé. » L'intérêt public et les nécessités du crédit exigent l'authenticité pour la constitution d'une hypothèque conventionnelle comme pour la transmission de la propriété immobilière. Seulement la différence est grande quant aux conséquences. L'hypothèque n'a d'effet qu'à l'égard des tiers; déclarer qu'elle doit être constatée par acte authentique dans l'intérêt des tiers qui contractent avec le propriétaire, c'est dire que son existence dépend de l'authenticité, tandis que la vente existe entre les parties, indépendamment de tout écrit; voilà pourquoi la vente n'est pas un contrat solennel, mal-

(1) Martou, t. III, p. 85, n° 981. Pont, t. II, p. 90, n° 655. Mourlon, *Ré pétitions*, t. III, p. 606, n° 148.

gré la nécessité d'un acte authentique pour en opérer la transcription, tandis que l'hypothèque est un contrat solennel, parce que la solennité intéresse tous ceux qui la stipulent, la promettent ou sont intéressés à la connaître (1).

Le rapport de M. Lelièvre résume ce que nous venons de dire et vient à l'appui de notre doctrine : « La loi nouvelle ne pouvait hésiter à exiger un acte *public et solennel*. L'existence de l'hypothèque doit être certaine. Elle ne peut être abandonnée aux chances d'une vérification d'écritures. D'un autre côté, le *crédit foncier* ne permet pas d'établir un ordre de choses dont le résultat inévitable serait de jeter de l'incertitude sur la situation hypothécaire (2). »

Les rapports des deux commissions concernent spécialement la disposition qui exige l'authenticité pour les procurations données à l'effet de constituer hypothèque. C'est une nouvelle confirmation de l'opinion que nous venons de défendre. En règle générale, les procurations peuvent se donner par acte sous seing privé et même par lettres (art. 1985). Ce n'est que par exception, et dans les actes solennels, que la loi exige que les procurations soient authentiques : telle est la donation (art. 932). L'article 76, en mettant, sous ce rapport, l'hypothèque conventionnelle sur la même ligne que la donation, décide implicitement que l'hypothèque est un contrat solennel.

## § II. Solennité.

**431.** L'article 76 porte que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par *acte authentique*. C'est la reproduction de l'article 2127 du code civil. Il y a cependant une différence entre les deux dispositions; l'article 2127 ajoute que l'acte doit être passé en forme authentique devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins, c'est-à-dire que l'acte authentique doit être un acte notarié. Pourquoi cette dernière partie de l'article 2127 qui se trouvait dans le projet a-t-elle été retrans-

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

(2) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 142).

chée? Ce n'est pas pour changer le principe du code Napoléon, en admettant d'autres actes authentiques que des actes notariés, c'est pour mettre l'article 76 en harmonie avec l'article 2 de la loi hypothécaire. On admet à la transcription non-seulement les actes authentiques, c'est-à-dire notariés, mais aussi les actes reconnus en justice ou devant notaire; il en devait être de même des actes contenant stipulation d'hypothèque. C'est donc un simple changement de rédaction (1). Le principe est maintenu : un acte notarié est nécessaire pour la validité de l'hypothèque conventionnelle; dans notre opinion, il faut dire plus, l'acte notarié est requis pour l'existence de l'hypothèque (nos 428-430). Mais il faut ajouter que la loi assimile aux actes notariés les actes sous seing privé qui sont reconnus en justice ou devant notaire. Nous renvoyons, quant à l'explication de l'article 76, à ce qui a été dit sur l'article 2.

432. L'acte notarié doit-il être reçu en minute, ou peut-il être reçu en brevet? D'après le code civil, la question est controversée et la solution douteuse; nous croyons que le motif de douter a disparu sous la loi nouvelle et qu'il faut décider que l'acte d'hypothèque doit être reçu en minute. La loi de ventôse sur le notariat pose comme règle que tous les actes notariés doivent être passés en minute sous peine de nullité; l'article 20 ajoute cette exception : « Ne sont néanmoins compris dans cette disposition, les certificats de vie, procurations... et autres *actes simples* qui, d'après *les lois*, peuvent être délivrés en brevet. » Certes, en principe, l'hypothèque n'est pas un de ces actes simples qui font exception à la règle, c'est un acte solennel, et un des plus importants de la vie civile. Reste à savoir s'il y a une loi qui permette de le recevoir en brevet. Le code civil contenait une disposition d'où l'on a conclu que l'acte d'hypothèque pouvait être délivré en cette forme; aux termes de l'article 2148, le créancier qui requiert l'inscription doit présenter au conservateur l'*original en brevet* ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilège et à l'hypothèque. Les mots *origi-*

(1) Martou, *Commentaire*, t. III, p. 86, n° 981.

*nal en brevet* ne peuvent se référer qu'aux actes notariés, car les jugements sont toujours reçus en minute. De là la conséquence forcée que les actes d'hypothèque pouvaient être reçus en brevet (1). Il en résultait une étrange anomalie, c'est que l'un des actes les plus importants était assimilé à un acte simple, tandis que les autres actes solennels doivent être reçus avec minute; la loi l'exige formellement pour la donation (art. 931), et la doctrine l'exigeait pour le contrat de mariage. Cette anomalie disparaît d'après notre loi hypothécaire; elle ne reproduit plus les mots *original en brevet*; il n'y a donc plus de loi qui permette de recevoir l'acte d'hypothèque en brevet, ce qui est décisif.

433. Merlin et Grenier ont soulevé une autre difficulté : ils enseignent que l'acte notarié ne produit d'hypothèque qu'à dater du jour de l'enregistrement. Cette opinion n'a pas trouvé faveur (2), et l'on s'étonne même que Merlin l'ait soutenue. Il la fonde sur la loi du 5 décembre 1790 relative à l'organisation de l'enregistrement, dont l'article 9 est ainsi conçu : « A défaut d'enregistrement dans les délais fixés, un acte passé devant notaires ne pourra valoir que comme acte sous seing privé. L'acte ayant reçu la formalité omise acquerra la fixité de la date et l'hypothèque, à compter du jour de l'enregistrement. » Mais cette disposition a été abrogée par la loi du 22 frimaire an VII, qui porte (art. 73) : « Toutes les lois rendues sur les droits d'enregistrement et toutes les dispositions d'autres lois y relatives, sont abrogées. » Merlin fait une objection peu digne de lui : l'article 73, dit-il, n'a abrogé que les lois relatives aux *droits d'enregistrement*, c'est-à-dire les dispositions fiscales; il n'a pas abrogé les dispositions concernant la formalité et ses effets juridiques. La cour de Grenoble n'a pas tort de dire que cette objection est une subtilité dénuée de tout fondement raisonnable. Si une formule d'abrogation est absolue, c'est bien celle de la loi de frimaire, et il serait à désirer que toutes les lois fussent

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 273, note 46, § 246, et, en sens divers, les autorités qu'ils citent. Il faut ajouter Alger, 7 mai 1870 (Daloz, 1871, 2, 2).

(2) Voyez Troplong, t. II, n° 507, qui discute très-bien la question.

rédigées avec le même soin, ce qui permettrait d'abroger toute la législation antérieure, comme l'a fait le législateur de l'an VII. Nous croyons inutile d'insister.

**434.** On a porté bien des fois devant les cours de Belgique une question qui ne méritait pas non plus les honneurs d'une controverse. Il y a encore beaucoup de vieilles rentes dans nos provinces, ce qui nécessite des titres nouveaux : si ces titres sont des actes notariés, et s'ils contiennent les désignations requises par la loi, ils peuvent certainement servir de base à l'inscription hypothécaire; bien entendu que si le créancier n'a pas pris inscription en vertu du titre primitif, il n'aura rang qu'à partir de l'inscription du titre nouvel. La jurisprudence est unanime en ce sens (1).

**435.** Les vieilles rentes ont encore donné lieu à une autre difficulté. Une loi du 28 floréal an III permet à l'Etat de suppléer, par la déclaration des débiteurs, aux titres originaux des créances provenant d'établissements ecclésiastiques. Ces établissements conservent, en général, leurs titres avec grand soin; mais lors de leur suppression, ils les ont soustraits à l'Etat par une de ces fraudes pieuses qui font gagner le ciel en violant la loi. Quand les débiteurs sont plus consciencieux que leurs créanciers et qu'ils avouent leurs dettes, tout est bien; mais on demande si l'Etat ou les cessionnaires de ces créances peuvent prendre inscription des hypothèques qui y sont attachées. La question a été portée devant la cour de cassation de Belgique; elle l'a décidée affirmativement. En permettant à l'Etat de suppléer au titre original par la déclaration du débiteur, la loi de floréal autorise par cela même le créancier à se servir de la reconnaissance à toutes fins, comme il aurait fait du titre primordial, par conséquent aussi pour la conservation des sûretés hypothécaires (2).

**436.** La législation antérieure au code civil permettait

(1) Liège, 21 juillet 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 159). Bruxelles, 28 janvier 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 275). Liège, 21 juillet 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 441; c'est la reproduction de l'arrêt du 21 juillet 1818). Liège, 22 juin 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 209).

(2) Rejet, 17 mai 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 1, 238).

de constituer hypothèque par des actes administratifs. Ces lois ont elles été abrogées par l'article 2127 du code Napoléon? Si l'on s'en tenait au principe que les lois générales ne dérogent pas aux lois spéciales, il faudrait décider que ces lois administratives sont toujours en vigueur. A notre avis, on abuse de ce principe, aucune loi ne le consacre; on ne doit donc l'admettre que si l'intention du législateur a été de maintenir les lois spéciales antérieures, car toute abrogation tacite est une question de volonté; et admettre comme règle absolue que les lois spéciales l'emportent toujours sur les lois générales, ce serait bien souvent heurter la volonté du législateur. Nous en avons fait la remarque en examinant la question de savoir si la loi hypothécaire abroge les dispositions du code civil relatives à la transcription; dans notre opinion, la loi nouvelle, organisant un système complet de publicité, entraîne par cela même l'abrogation de la publicité spéciale et imparfaite établie par des lois antérieures. Le même principe doit recevoir son application aux lois administratives qui permettaient de constituer une hypothèque par un acte de l'administration; elles sont en opposition avec les termes de l'article 2126, d'après lequel l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins. C'est un système nouveau et absolu qui prend la place de la législation antérieure. Il y a mieux; l'abrogation des lois anciennes résultait déjà de la loi du 11 brumaire an VII, qui abroge, d'une manière générale et absolue, « toutes les lois, coutumes et usages antérieurs sur les constitutions d'hypothèques » (art. 56), sans distinguer si ces lois étaient générales ou spéciales. Le législateur français aime l'unité; et que deviendrait l'unité du droit si toutes les lois particulières restaient en vigueur après l'établissement d'une loi générale? Nous considérons donc comme abrogée la loi du 23 octobre 1790, qui porte (art. 14 du titre II) : « Le ministère des notaires ne sera nullement nécessaire pour la passation des baux (administratifs), ni pour tous les actes d'administration. Ces actes, ainsi que les baux, seront sujets au contrôle, et ils emporteront hypo

thèque et exécution parée. » Nous considérons également comme abrogée une disposition analogue qui se trouve dans la loi du 4 mars 1793, dont l'article 3 est ainsi conçu : « Quoique les marchés soient passés par des actes sous signatures privées, la nation aura néanmoins hypothèque sur les immeubles appartenant aux fournisseurs et à leurs cautions, à compter du jour où les ministres auront accepté les marchés. » Ces lois tenaient à un ordre de choses qui a été aboli par la loi de brumaire et par le code Napoléon; l'hypothèque conventionnelle existait de plein droit, dans tout acte authentique, sur tous les biens présents et à venir du débiteur : c'était un privilège attaché à l'authenticité; dans cet ordre d'idées, on comprend que l'on ait étendu ce principe aux actes reçus par des fonctionnaires administratifs. Les lois nouvelles ont établi des principes tout à fait différents; il n'y a d'hypothèque conventionnelle qu'en vertu d'une convention, et le législateur veut, par des motifs d'ordre public, qu'un homme de loi rédige ces conventions. Cela nous paraît décisif au point de vue de l'esprit de la loi; et à défaut de texte, les questions d'abrogation se décident par l'esprit de la loi, c'est-à-dire par l'intention du législateur (1).

On pourrait croire que la question que nous discutons est tranchée par l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, qui abrogea le droit ancien *dans les matières qui sont l'objet du code civil*. En effet, l'abrogation ne serait pas douteuse si la loi de l'an XII était applicable à la législation intermédiaire, mais les lois de la révolution ne sont pas comprises dans la disposition de l'article 7 (t. I<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 27); elles restent donc sous l'empire des principes généraux qui régissent l'abrogation tacite.

**437.** L'article 76 (code civil, art. 2127) porte que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte authentique. Si elle est constituée par acte sous seing privé, elle est nulle, à moins que l'acte n'ait été reconnu en justice ou devant notaire. La loi, il est vrai, ne pro-

(1) Comparez, en ce sens, Pont, t. II, p. 96, n<sup>o</sup> 663. En sens contraire, Aubry et Rau, t. III, p. 275, note 55, § 266.

nonce pas la nullité; mais, la forme étant de la substance de l'acte, il n'était pas nécessaire d'ajouter la sanction de la nullité. Dans notre opinion, il faut dire plus, la loi ne pouvait pas déclarer nul un acte qui n'a point d'existence légale; cela implique contradiction : l'hypothèque consentie par acte sous seing privé est plus que nulle, elle est inexistante.

Il en serait de même de l'hypothèque consentie par un acte authentique nul comme tel; car un acte solennel, nul en la forme, n'a pas d'existence aux yeux de la loi (article 1339). On ne peut pas appliquer l'article 1318, aux termes duquel l'acte authentique, nul par un défaut de forme, vaut comme écriture privée s'il a été signé des parties, car l'acte d'hypothèque ne peut pas valoir comme écriture privée. L'hypothèque sera donc inexistante. Il a été jugé que l'hypothèque est nulle lorsque l'acte notarié est nul pour la moindre irrégularité, telle que le défaut d'indication de la demeure des témoins (1). Il faut entendre le mot *nul* dans le sens que lui donne parfois le code civil (art. 1601); l'hypothèque est inexistante, de même que la donation viciée en la forme n'a pas d'existence légale.

Si l'on admet le principe, il faut admettre toutes les conséquences qui en découlent; nous les avons déduites bien souvent. L'une des plus importantes est consacrée par l'article 1339 : la donation nulle en la forme ne peut être confirmée. Il en est de même de l'hypothèque, par identité de motifs : on ne confirme pas le néant. Pour ce qui regarde l'hypothèque, la confirmation n'aurait pas de raison d'être. La confirmation rétroagit, en principe, mais sans préjudice du droit des tiers; or, l'hypothèque n'a d'effet qu'à l'égard des tiers; vainement donc la confirmerait-on, elle n'aurait d'effet qu'à partir de l'acte confirmatif, en supposant que cet acte réunisse les conditions prescrites par la loi. C'est sans doute pour cette raison que les parties intéressées n'ont jamais essayé de confirmer une hypothèque nulle en la forme; du moins nous n'en avons pas rencontré d'exemple dans la jurisprudence.

(1) Bruxelles, 28 mars 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 122).