

qui hypothèque son immeuble pour sûreté d'une dette qu'il n'a point contractée, et la définition qu'elle donne du cautionnement n'autorise pas non plus cette qualification; la caution s'oblige à payer la dette quand le débiteur ne satisfait pas à son obligation (art. 2011), tandis que le tiers qui constitue seulement une hypothèque pour la sûreté de la dette n'est point débiteur. La différence est radicale. Nous en concluons que l'on ne peut pas appliquer au tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué des principes qui régissent la caution; notamment l'article 2037 n'est pas applicable, comme nous l'avons dit au titre qui est le siège de la matière (1) (t. XXVIII, n° 303).

462. Qui peut consentir une hypothèque? L'article 73 répond: « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent. » Cette disposition implique deux conditions: il faut être 1° propriétaire, et 2° capable d'aliéner.

N° I. IL FAUT ÊTRE PROPRIÉTAIRE.

463. L'article 73 (code civil, art. 2124) ne dit pas en termes formels qu'il faut être propriétaire pour pouvoir consentir une hypothèque, mais il le dit implicitement, en exigeant la capacité d'aliéner. En effet, le droit d'aliéner est un des attributs essentiels du droit de propriété; il n'y a que les propriétaires qui puissent aliéner; donc si la capacité d'aliéner est nécessaire pour pouvoir hypothéquer, il faut, par cela même, être propriétaire. L'article 78 (code civil, art. 2129) est plus explicite; il veut que l'acte d'hypothèque déclare spécialement la nature et la situation de chacun des biens actuellement *appartenant au débiteur*, sur lesquels il consent l'hypothèque. Et la loi ne le dirait pas, qu'il faudrait encore le décider ainsi, et sans doute aucun; c'est une conséquence du principe que l'hypothèque est un démembrement de la propriété, ou une aliénation

(1) Pont, t. II, p. 47, note 2. En sens contraire, Aubry et Rau, t. III, p. 260, note 1, § 266.

partielle; or, il n'y a que le propriétaire qui puisse démembrement la propriété ou l'aliéner partiellement (1).

464. Le principe reçoit cependant des exceptions. Il arrive parfois que celui qui n'est pas propriétaire ait néanmoins le pouvoir d'aliéner. Tel est le cas où une contre-lettre constate que le propriétaire apparent n'est qu'un prête-nom; cette contre-lettre ne peut pas être opposée aux tiers (art. 1321); à l'égard de ceux-ci, l'acte apparent fait foi, et, par suite, le propriétaire nominal est le véritable propriétaire; ce qui lui donne le droit d'aliéner (2) et, par tant, d'hypothéquer.

Au titre du *Contrat de mariage*, nous avons rencontré une autre exception. Quand la femme ameublit un immeuble pour une certaine somme, le mari ne peut l'aliéner qu'avec le consentement de la femme, mais il peut l'hypothéquer sans son consentement (art. 1507). La question de savoir si le mari est propriétaire de l'immeuble ainsi ameubli est controversée. Il y a un autre ameublement appelé indéterminé; l'article 1508 dispose que la communauté ne devient pas propriétaire des immeubles qui en sont frappés; néanmoins le mari peut les hypothéquer jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle les immeubles ont été ameublés. Nous renvoyons, sur ces points, au titre du *Contrat de mariage*.

La jurisprudence française admet une troisième exception quant aux hypothèques consenties par l'héritier apparent. Dans la doctrine contraire, que nous avons enseignée, l'héritier apparent ne peut faire aucun acte de disposition; par conséquent, il ne peut hypothéquer les biens de la succession: l'hypothèque est nulle comme étant consentie par celui qui n'est pas propriétaire de la chose (3). Nous exposerons plus loin les principes qui régissent l'hypothèque de la chose d'autrui.

465. L'associé peut-il hypothéquer l'immeuble qui appartient à la société? Il faut distinguer. Dans les sociétés

(1) Martou, t. III, p. 57, n° 952. Pont, t. II, p. 59, n° 624.

(2) Voyez mon tome XIX, p. 203, n° 189. Comparez les arrêts cités par Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1206, 1° et 2°.

(3) Voyez mon tome XIX, n° 562. Comparez Pont, t. II, p. 66, n° 631.

civiles, chacun des associés est copropriétaire des immeubles qui dépendent de la société; il peut, à ce titre, faire des actes de disposition, comme nous allons le dire. Il y a une espèce de société civile qui donne un pouvoir à peu près absolu à l'un des associés, c'est la communauté entre époux; le mari en est seigneur et maître; la loi lui donne le droit d'aliéner et d'hypothéquer les biens de la communauté sans le concours de la femme; nous avons expliqué cette anomalie au titre qui est le siège de la matière.

Dans les sociétés de commerce, c'est l'être moral, considéré comme personne civile, qui est propriétaire des biens sociaux; c'est donc la société seule qui peut hypothéquer, les associés n'ont pas ce droit, car les biens de la société ne sont point dans leur domaine. S'ils les hypothéquaient, l'acte serait nul, comme hypothèque de la chose d'autrui. Même après que la société est dissoute, on admet qu'elle est censée subsister pour les besoins de la liquidation; le liquidateur ayant le pouvoir d'aliéner, il en résulte que ce droit ne peut être entravé par les associés; à partir de la dissolution, ils deviennent, à la vérité, copropriétaires des biens qui composent l'actif; ils peuvent, par conséquent, hypothéquer ces biens en vertu de leur droit de copropriété; mais ces hypothèques deviennent inefficaces si le liquidateur aliène les biens hypothéqués pour la nécessité de la liquidation. Il y a, dans ce cas, un conflit de principes: l'associé devrait avoir, et il a réellement, le droit d'hypothéquer sa part indivise, mais il ne peut pas user de ce droit au préjudice de la masse; et le droit de la masse domine, pendant la liquidation, celui des associés. Nous n'entrons pas dans l'examen de ces difficultés, puisque la matière est étrangère à notre travail (1).

466. Les copropriétaires par indivis peuvent-ils hypothéquer? Cette question donne lieu à bien des difficultés; nous les avons examinées au titre des *Successions*; les mêmes principes s'appliquent à toute indivision, quelle qu'en soit la cause (t. X, n° 402). Le copropriétaire peut hypothéquer, sauf l'application de l'article 883 (t. X,

(1) Voyez les sources dans Aubry et Rau, t. III, p. 266, notes 19 et 20, § 266

n° 215). Quel sera l'effet du partage (t. X, n° 394)? Si l'immeuble tombe au lot de celui qui a consenti l'hypothèque, celle-ci frappera-t-elle tout l'immeuble, ou seulement la part qui appartenait au copropriétaire lors du contrat (t. X, n° 402)? Le principe de l'article 883 s'applique-t-il au cas de licitation, quand l'immeuble est adjugé à un tiers (t. X, n° 417)? L'hypothèque subsiste-t-elle quand l'un des communistes cède sa part à un copropriétaire (t. X, nos 423-431)? Toutes ces questions ont été examinées ailleurs. Nous avons dit aussi que la loi donne aux tiers créanciers le droit d'intervenir au partage pour sauvegarder leurs intérêts. Malheureusement la garantie est parfois insuffisante (t. X, nos 524-545). La loi sur la saisie immobilière de 1854 a remédié en partie aux inconvénients pratiques que présente l'application de l'article 883 (t. X, n° 419).

N° 2. CONSÉQUENCES DU PRINCIPE.

I. De l'hypothèque de la chose d'autrui.

467. Du principe qu'il faut être propriétaire pour pouvoir hypothéquer suit que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle. La loi le dit implicitement en posant le principe de la spécialité des hypothèques conventionnelles: « Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles *actuellement appartenant au débiteur*, sur lesquels il consent l'hypothèque ». Si donc il hypothèque un bien qui ne lui appartient pas actuellement, l'hypothèque est nulle. Cela résulte encore, par voie d'analogie, de l'article 1599, aux termes duquel la vente de la chose d'autrui est nulle; si le non-propriétaire ne peut pas aliéner un immeuble pour le total, il ne peut, par identité de motif, l'aliéner partiellement (1).

468. Sous ce rapport, l'analogie entre la vente et l'hypothèque est complète. Toutefois il faut se garder d'en conclure que les principes qui régissent la vente de la chose

(1) Pont, t. II, p. 60, n° 625. Martou, t. II, p. 59, n° 953.