

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.



d'autrui reçoivent leur application à l'hypothèque de la chose d'autrui. Il y a des différences, et elles sont essentielles. La vente est un contrat non solennel; tandis que, dans l'opinion que nous avons enseignée, l'hypothèque est un contrat solennel. Ce n'est pas seulement une différence de forme. Si l'hypothèque est un acte solennel, c'est qu'elle touche aux intérêts économiques les plus graves, le crédit privé, le développement de la richesse nationale; la vente, au contraire, ne concerne que des intérêts privés. Sans doute la publicité des transactions immobilières est aussi d'intérêt public; la loi hypothécaire y a pourvu en ordonnant la transcription des actes translatifs de droits réels immobiliers. Mais la transcription ne change pas la nature du contrat; la vente reste un contrat non solennel, dont les conditions sont réglées en vue de l'intérêt privé.

**469.** Les caractères différents de la vente et de l'hypothèque produisent des conséquences différentes. La difficulté capitale que présente la vente de la chose d'autrui est de savoir si la vente est nulle, c'est-à-dire annulable, ou si elle est inexistante. Nous avons enseigné, et c'est l'opinion généralement suivie, que la vente est nulle, en ce sens que la nullité en peut être demandée et que l'action en nullité qui en résulte est d'intérêt privé; partant, que la nullité est relative. En faut-il dire autant de l'hypothèque de la chose d'autrui? Les auteurs n'examinent pas la question, et elle ne s'est pas présentée en jurisprudence; il est si rare que l'on dispose de la chose d'autrui. Toutefois il faut une solution. Nous avons exposé, au titre des *Obligations*, la théorie des actes inexistantes; si on l'admet, il en faut conclure que l'hypothèque de la chose d'autrui est inexistante. En effet, l'une des conditions requises pour l'existence des contrats est qu'ils aient une cause licite; et la cause est illicite, aux termes de l'article 1133, quand elle est prohibée par la loi et quand elle est contraire à l'ordre public; or, à ce double titre, l'hypothèque de la chose d'autrui est illicite; la loi la prohibe dans les articles 73 et 78 (code civil, art. 2124 et 2129), et elle la prohibe dans un intérêt général, puisque la prohibition tient à la spécialité, c'est-à-dire à l'intérêt des tiers, qui est un intérêt public, et au

crédit des propriétaires, qui constitue également un intérêt public; et, en matière de conventions, l'intérêt public est d'ordre public.

Il y a donc un texte qui décide la question. Malheureusement ce texte est très-vague, et la théorie des actes inexistantes est toujours incertaine. Alors même que l'on admettrait que l'hypothèque de la chose d'autrui a une existence légale, on aboutit à peu près aux mêmes conséquences en ce qui concerne le caractère de la nullité. Les auteurs enseignent qu'elle est absolue et qu'elle ne peut être confirmée: toute confirmation, dit Martou, suppose l'existence au moins d'un germe, d'un commencement de droit; on ne confirme pas le néant. Or, au moment où le débiteur a donné en hypothèque la chose d'autrui, il n'avait sur cette chose aucun droit, aucune éventualité d'un droit, pas même une espérance. C'est dire que l'hypothèque est inexistante, quoique l'auteur ne prononce pas le mot. MM. Aubry et Rau s'expriment dans le même sens (1). En admettant la conséquence du principe que l'hypothèque de la chose d'autrui n'existe pas aux yeux de la loi, les éditeurs de Zachariæ admettent implicitement le principe. Pont semble dire que le contrat est seulement nul, mais ce qu'il dit des caractères de cette nullité se rapproche plutôt de la théorie de l'inexistence de l'acte: c'est un contrat auquel la matière a manqué, parce que le constituant n'avait aucun droit à la chose dont il a disposé; le contrat est donc comme non avenu, et, quoi qu'il arrive, il reste affecté d'une nullité radicale, irréparable (2). Ce n'est pas là une nullité, c'est plus, c'est l'inexistence. Nous ne connaissons pas d'arrêt sur la matière; il y a un jugement de première instance qui dit aussi que la nullité est radicale, absolue; mais il n'entend pas par là que le contrat soit inexistant, car il n'admet pas les conséquences de l'inexistence (3); cela prouve combien la précision du langage est nécessaire en cette matière.

(1) Martou, t. III, p. 103, n° 1002. Aubry et Rau, t. III, p. 263, note 8, § 266.

(2) Pont, t. II, p. 66, n° 630.

(3) Jugement du tribunal de Neuchâteau 29 mars 1874 (*Pasicrisie*, 1875, 3, 139).



470. Nous avons insisté sur le principe, parce qu'il sert à décider toutes les difficultés sur lesquelles il y a controverse. On demande d'abord : Qui peut se prévaloir de la nullité de l'hypothèque? La question ainsi posée implique que l'hypothèque de la chose d'autrui existe, mais qu'elle est entachée d'un vice qui permet d'en demander la nullité. Dans notre opinion, la question devrait être formulée en ces termes : Qui peut se prévaloir de l'inexistence de l'acte? et cette difficulté n'en est pas une, puisqu'il est de principe que toute personne peut toujours repousser un acte qui n'existe pas. Quand même on admettrait qu'il y a seulement nullité, toujours est-il que cette nullité est d'ordre public; ce qui conduit encore à la conséquence que toute personne intéressée peut l'opposer.

Le principe n'est pas admis par tous les auteurs; de là des controverses sur les conséquences qui en découlent. Dans notre opinion, le débiteur peut se prévaloir de l'inexistence de l'acte : c'est le droit commun, dans la théorie des actes inexistant. Dans l'opinion qui considère l'acte seulement comme nul ou annulable, on objecte que le débiteur ne peut pas invoquer son dol, personne ne pouvant se prévaloir de sa turpitude pour réclamer un droit. C'est un adage romain que nos lois ignorent; il faut dire plus, elles le repoussent quand la nullité est d'ordre public : le bigame peut demander la nullité de son mariage, bien qu'il y ait plus que dol et turpitude; il y a crime. C'est qu'il y a un intérêt social en cause; la loi veut qu'un acte qui blesse l'intérêt général soit annulé et ne produise aucun effet; c'est pour atteindre ce but qu'elle donne action à toute partie intéressée. Des auteurs considérables, Merlin, Troplong, soutiennent l'opinion contraire en se fondant sur la tradition romaine. On voit ici le danger de cette argumentation si usuelle dans notre science. Le droit procède, il est vrai, du passé, mais il y a aussi des matières où le droit moderne a rompu avec la tradition, et tel est précisément le régime hypothécaire. Pourquoi disons-nous que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle et que la nullité est d'ordre public? C'est parce que les hypothèques intéressent le crédit public : voilà une idée complètement étrangère aux juriscôn-

sultes romains; il faut donc laisser de côté la tradition, elle égare les interprètes au lieu de les éclairer (1).

La question, en ce qui concerne le débiteur, n'est guère que de théorie. En effet, si le débiteur demandait la nullité de l'hypothèque, le créancier, qui n'a traité que sous la condition de l'hypothèque, pourrait agir en remboursement de la créance, par analogie de ce que la loi dit dans le cas où le débiteur a diminué par son fait les sûretés que, par le contrat, il avait données à son créancier (art. 1188 et 2131; loi hyp., art. 79).

La question devient plus pratique quand la nullité est proposée par des tiers auxquels le débiteur a vendu ou hypothéqué l'immeuble après qu'il en a acquis la propriété. Les tiers créanciers hypothécaires ou acquéreurs peuvent-ils opposer la nullité de l'hypothèque constituée par le débiteur, alors qu'il n'était pas propriétaire? Il y a controverse; toutefois la plupart des auteurs et des arrêts se sont prononcés en faveur des tiers (2). Si la question est controversée, la raison en est que la doctrine et la jurisprudence manquent d'un principe certain. Dans notre opinion, il n'y a aucun doute : que l'on considère l'hypothèque de la chose d'autrui comme inexistante ou comme entachée d'une nullité d'ordre public, peu importe; dans toute hypothèse, les tiers intéressés peuvent s'en prévaloir. Vainement leur opposerait-on la confirmation; d'abord ce n'est pas confirmer que d'acquérir la propriété de la chose qui a été hypothéquée par le non-propriétaire, et quand même ce fait emporterait par lui-même confirmation, dans l'espèce toute confirmation est impossible, puisqu'on ne confirme pas le néant. Nous croyons inutile de répondre aux autres objections que Merlin et, à sa suite, Troplong ont faites contre le droit des tiers; il y a été répondu d'une manière péremptoire par les éditeurs de Zachariæ. Dans l'opinion que nous avons professée, les objections tombent d'elles-mêmes, tout tiers intéressé ayant le droit de se prévaloir de l'inexistence du contrat d'hypothèque. Si les créanciers hypothécaires ou les acqué-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 264, et note 9. Pont, t. II, p. 64, n° 630.

(2) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 263, note 8, § 266.



reurs de l'immeuble n'avaient pas le droit que nous leur reconnaissons, l'hypothèque de la chose d'autrui produirait un effet; or, l'article 1131 dit que le contrat inexistant n'en peut produire aucun.

**471.** Le débiteur, après avoir hypothéqué l'immeuble d'autrui, en acquiert la propriété, soit comme héritier du propriétaire, soit à tout autre titre. On demande si l'hypothèque devient valable. Si l'on admet le principe de l'inexistence de l'hypothèque, la question ne peut pas même être posée : un acte inexistant, c'est le néant, et comment le néant acquerrait-il jamais un effet quelconque? Cela est contradictoire dans les termes. Il y a encore un autre principe de notre loi hypothécaire qui s'oppose à ce que l'hypothèque de la chose d'autrui soit validée, c'est la disposition qui défend, en termes absolus, d'hypothéquer les biens à venir; or, l'hypothèque d'un bien dont, lors de l'acte, on n'est pas propriétaire, et dont ensuite on acquiert la propriété, serait l'hypothèque d'un bien à venir, si elle était validée de manière à avoir effet à partir du contrat primitif. Cet argument répond à l'objection que l'on puise dans la tradition romaine. Les partisans du droit romain oublient que les jurisconsultes de Rome ignoraient le principe de la spécialité, ils n'avaient aucune idée des motifs d'intérêt public qui s'opposent à ce que le débiteur hypothèque des biens à venir; logiciens avant tout, ils devaient admettre que l'hypothèque de la chose d'autrui se valide quand le débiteur devient propriétaire de l'immeuble. Soyons logiciens comme nos maîtres en tenant compte des nouveaux principes de notre régime hypothécaire, et nous arriverons à cette conséquence que l'hypothèque de la chose d'autrui, si elle pouvait se valider, serait, en réalité, l'hypothèque d'un bien à venir; or, notre loi prohibe cette hypothèque d'une manière absolue. C'est l'argument que la commission de la chambre des représentants a fait valoir, et il est décisif. Seulement le rapporteur a tort de dire que l'article, tel que la commission le présentait, tranchait la difficulté, car l'article 78 reproduit textuellement l'article 2129 du code civil; si la commission voulait décider la controverse par une disposition expresse, elle aurait dû formuler son opinion

en article de loi. Dans le silence du texte, la question reste sujette à contestation, malgré la solution que la commission lui a donnée (1).

On peut faire contre l'opinion généralement suivie une objection qui, à vue d'œil, paraît très-spécieuse. La vente de la chose d'autrui devient valable quand le vendeur en acquiert la propriété. Si l'aliénation totale se valide, pourquoi l'aliénation partielle ne se validerait-elle pas? Nous avons répondu d'avance, en établissant que les principes qui régissent la vente ne reçoivent pas d'application à l'hypothèque (n° 468). La raison en est que la vente de la chose d'autrui est nulle uniquement dans l'intérêt de l'acheteur; tandis que l'hypothèque d'un immeuble qui n'appartient pas au débiteur heurte tous les principes du régime hypothécaire, et ces principes sont d'ordre public.

**472.** Du principe que l'hypothèque de la chose d'autrui reste nulle, quoique le débiteur devienne propriétaire de l'immeuble, suit que l'on ne peut pas hypothéquer la chose d'autrui sous la condition que l'on en deviendra propriétaire. La conséquence est controversée, aussi bien que le principe; mais les mauvaises raisons que Troplong fait valoir contre l'opinion générale ne servent qu'à la fortifier. L'hypothèque, dit-il, porte, dans ce cas, sur un immeuble déterminé; donc le principe de la spécialité est respecté. Nous répondons que la loi est violée, car elle défend, en termes absolus, l'hypothèque des biens à venir (art. 78; code civil, art. 2131), sans distinguer si l'hypothèque est constituée sur la généralité des biens ou sur des biens déterminés (2). Notre loi a donné une force nouvelle à l'argument en rejetant l'exception que l'article 2130 admettait : toute hypothèque d'un bien à venir est interdite, et l'hypothèque de la chose d'autrui, sous la condition que l'on en deviendra propriétaire, n'est autre chose que l'hypothèque d'un bien à venir.

(1) Martou, t. III, p. 100, n° 1002; Pont, t. II, p. 61, nos 627-630, et les autorités qu'ils citent. En sens contraire, Merlin et Troplong. Comparez Lelièvre, Rapport (Parent, p. 144).

(2) Martou, t. III, p. 104, n° 1004. Aubry et Rau, t. III, p. 262, note 5, § 266. En sens contraire, Troplong, n° 528.



**473.** Peut-on hypothéquer l'immeuble appartenant à un tiers en se portant fort pour lui? L'affirmative n'est pas douteuse; c'est l'application de l'article 1120, aux termes duquel on peut se porter fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci. Il va de soi que l'hypothèque n'existera que lorsque le tiers propriétaire aura ratifié l'engagement pris en son nom, car c'est seulement alors qu'il y a consentement du propriétaire, et il ne peut pas se former de contrat d'hypothèque sans la volonté du débiteur à qui appartient l'immeuble. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut, sur l'effet de la ratification, en matière d'hypothèque (nos 449 et 450). La question est controversée (1).

**474.** On voit que l'hypothèque de la chose d'autrui ne peut jamais se valider, de manière qu'elle existe dès l'origine contre les tiers. Les principes de notre régime hypothécaire s'y opposent. L'hypothèque n'est efficace à l'égard des tiers que par l'inscription; or l'inscription suppose l'existence de l'hypothèque, qui est rendue publique par cette voie; l'inscription ne peut pas conserver des droits qui n'existent point. Tout tiers, même un créancier chirographaire, peut se prévaloir de l'inexistence de l'hypothèque et, par suite, de la nullité de l'inscription; si un créancier hypothécaire s'inscrit, il aura le premier rang, quoiqu'il soit postérieur à l'acte inscrit, car l'inscription, pas plus que l'hypothèque, n'a d'existence légale, dans l'espèce. Il est arrivé que le propriétaire a ratifié l'hypothèque qui avait été consentie sur son immeuble; cette ratification vaudra comme un nouveau contrat d'hypothèque, et partant elle n'aura d'effet qu'en vertu d'une nouvelle inscription; la première est dénuée de toute efficacité (2).

II. De l'hypothèque consentie par un propriétaire dont le droit est conditionnel ou rescindable.

**475.** L'article 78 (code civil, art. 2129) dit que le débiteur ne peut hypothéquer que les immeubles qui lui appar-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 262, note 6, § 266. En sens contraire, Mourlon, t. III, p. 66, n° 956, et un arrêt de la cour d'Orléans qu'il cite.  
(2) Bruxelles, 26 décembre 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 269).

*tiennent actuellement.* Quand peut-on dire que les biens *appartiennent* à une personne? Il y a un vieil adage d'après lequel une chose est censée nous appartenir quand nous avons une action en vertu de laquelle notre droit de propriété sera reconnu, de manière que nous soyons censés n'avoir jamais cessé d'en être propriétaires. Cet adage est fondé en droit et en raison. La chose est d'évidence quand il s'agit d'une action en revendication. Un tiers possède un immeuble qui m'appartient; il n'a aucun titre: puis-je hypothéquer cet immeuble comme m'appartenant? Cela n'est pas douteux; en effet, l'usurpation de mon droit ne me dépouille pas de mon droit; je suis et je n'ai jamais cessé d'être propriétaire. Qu'importe que je doive agir en justice si l'usurpateur veut se maintenir en possession? Le juge, en me donnant gain de cause, décidera que je n'ai jamais cessé d'être propriétaire, car les jugements ne font que déclarer les droits des parties, ils ne leur en attribuent aucun; la conséquence en sera que l'hypothèque par moi constituée sera parfaitement valable, puisqu'elle a été consentie par celui à qui l'immeuble appartenait actuellement, comme le veut la loi. Ce que nous disons de l'action en revendication s'applique à toute action en résolution, en révocation, en rescision ou en nullité, ayant pour objet un immeuble. Il y a, à la vérité, cette différence que le tiers dont le droit est résolu, révoqué, rescindé ou annulé, avait un droit, ce n'est pas un usurpateur; mais son droit n'est qu'apparent; le jugement l'a anéanti, à ce point qu'il est censé n'avoir jamais existé. C'est donc moi, dont le juge reconnaît le droit, qui ai toujours été propriétaire de l'immeuble; par conséquent, j'ai eu le droit de l'hypothéquer, comme *m'appartenant actuellement*, bien que, lors du contrat, je ne fusse pas en possession de l'immeuble; mais la possession est de fait, et ne décide pas du droit. Le juge, en anéantissant l'acte en vertu duquel un tiers possédait, a déclaré par cela même que cet immeuble m'appartenait lors de la constitution de l'hypothèque; donc l'hypothèque est valable (1).

(1) Valette, p. 200 et suiv. Pont, t. II, p. 74, n° 636.