

**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.

**476.** L'article 74 (code civil, art. 2125) applique ce principe à celui qui a sur l'immeuble un droit suspendu par une condition; il peut consentir une hypothèque, bien entendu, comme la loi l'ajoute, que l'hypothèque qu'il consentira sera suspendue par la même condition. J'achète un immeuble sous condition suspensive: puis-je l'hypothéquer? Oui, d'après notre article; cependant je ne suis pas propriétaire, le vendeur conserve la propriété; en hypothéquant l'immeuble, j'hypothèque, en apparence, la chose d'autrui. Mais raisonner ainsi, ce ne serait pas tenir compte de mon droit conditionnel: si la condition se réalise, elle rétroagit, je suis censé avoir été propriétaire dès le jour du contrat de vente; en effet, ce jour-là j'ai acheté; je suis donc devenu propriétaire, sous condition, il est vrai; mais, la condition s'accomplissant, mon droit devient pur et simple, et, en vertu de ce droit, je puis hypothéquer l'immeuble: l'hypothèque sera valable dès le jour où elle a été établie, et elle aura rang à partir de son inscription, puisque en la constituant j'étais propriétaire. Mais si la condition défailit, il en résultera que je n'ai jamais été propriétaire de l'immeuble; j'ai donc hypothéqué un immeuble qui ne m'appartenait point; cette hypothèque est inexistante, et l'inscription n'a pu la rendre efficace. En ce sens, la loi dit que le droit du créancier hypothécaire est subordonné à la même condition que le droit du débiteur qui a constitué l'hypothèque; si la condition ne se réalise point, le débiteur n'a jamais été propriétaire et l'hypothèque n'a jamais existé.

**477.** Ces principes s'appliquent-ils à la vente faite avec clause de rachat? On est étonné de voir que la question est controversée, et plus étonné encore de ce que la cour de cassation l'a décidée négativement; la cour va jusqu'à dire que les principes qu'elle invoque sont incontestables. Valette a raison de dire qu'il est incontestable, au contraire, que celui qui a sur un immeuble un droit subordonné à une condition peut valablement consentir une hypothèque soumise à la même condition. Cela est incontestable, parce que l'article 2125 le dit. Or, celui qui vend avec pacte de réméré a sur l'immeuble un droit conditionnel; l'acheteur

est propriétaire sous condition résolutoire et le vendeur est propriétaire sous condition suspensive. Tels sont les vrais principes; il est impossible de les contester, puisqu'ils sont écrits dans la loi. Nous les avons exposés au titre de la *Vente*, et nous en avons déduit les conséquences au titre des *Obligations*; les principes étant certains, il est inutile d'insister (1).

**478.** L'article 74 ajoute que « ceux qui n'ont sur un immeuble qu'un droit résolutoire dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise à la même condition ou à la même rescision ». Nous venons de dire (n° 477) que celui qui vend un immeuble avec clause de rachat en est propriétaire sous condition suspensive, et qu'à ce titre il peut l'hypothéquer. L'acheteur, de son côté, est propriétaire sous condition résolutoire, et, à ce titre, il peut aussi hypothéquer; seulement l'hypothèque sera sujette à résolution, de même que le droit de propriété du constituant. Au premier abord, cela paraît en contradiction avec le principe que nous avons établi (n° 475), et même avec le bon sens. Nous avons dit que celui qui a une action en vertu de laquelle il sera reconnu comme propriétaire de l'immeuble, peut l'hypothéquer comme lui *appartenant actuellement*; d'après ce principe, l'immeuble vendu sous pacte de rachat appartient au vendeur, qui a l'action de réméré; et s'il *appartient actuellement* au vendeur, comment appartiendrait-il, au même moment, à l'acheteur? Il semble résulter de cette double propriété une conséquence aussi absurde en droit qu'en raison, c'est qu'un même immeuble appartient tout ensemble au vendeur et à l'acheteur, et peut être hypothéqué par l'un et par l'autre. Nous avons déjà répondu ailleurs que la contradiction n'est qu'apparente; en droit, il n'y a toujours qu'un seul propriétaire, le vendeur s'il exerce le réméré, ou l'acheteur si le rachat n'est pas exercé; et il n'y a aussi qu'une seule hypothèque qui restera valable, celle qui aura été concédée par le vendeur si la vente est résolue, et celle

(1) Comparez Valette, p. 202 et 203; Pont, t. II, p. 75, nos 638 et 639. Aubry et Rau, t. III, p. 265, et notes 13 et 14, § 266.

qui aura été consentie par l'acheteur si la vente n'est pas résolue. Ce qui lève la contradiction, c'est que la propriété du vendeur, ainsi que celle de l'acheteur, est conditionnelle; en vertu de ce droit, ils peuvent l'un et l'autre grever l'immeuble d'une hypothèque (art. 74; code civil, art. 2125); mais l'accomplissement de l'une ou de l'autre condition met fin à la propriété de l'une des parties, avec cet effet qu'elle est considérée comme n'ayant jamais été propriétaire; ce qui fait tomber l'hypothèque qu'elle a établie.

**479.** Ce principe s'applique aussi à la condition résolutoire tacite, comme nous l'avons dit au titre des *Obligations*. Que faut-il dire de la résolution volontaire? La question est controversée, nous l'avons examinée ailleurs (t. XVII, n° 143).

**480.** La révocation est synonyme de résolution; l'article 1183 se sert du mot *revocation* pour déterminer les effets de la condition résolutoire expresse. Il y a cependant une différence; la résolution opère toujours rétroactivement, elle anéantit le contrat comme s'il n'avait jamais existé, ce qui entraîne la résolution des droits concédés par le propriétaire dont la propriété est résolue. La révocation se fait aussi, en général, avec rétroactivité; mais il y a des cas dans lesquels elle ne produit d'effet qu'à partir du moment où la demande en révocation est inscrite, ce qui laisse subsister les droits d'hypothèque consentis par le propriétaire dont le droit est révoqué. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre de la *Propriété*, et sur les dispositions préliminaires de la loi hypothécaire.

**481.** L'article 74 (code civil, art. 2125) met la propriété sujette à rescision sur la même ligne que la propriété résoluble. En effet, la rescision ou l'annulation prononcée par le juge a aussi pour conséquence d'anéantir le droit de celui qui est dépossédé, comme s'il n'avait jamais existé; la rescision équivaut donc à la résolution en ce qui concerne les hypothèques constituées par celui dont la propriété est rescindée ou annulée, les hypothèques tombent, parce qu'elles ont été consenties par celui qui n'était pas propriétaire. Cela est d'une telle évidence, qu'il ne vaudrait pas la

peine de citer des autorités (1), si l'on ne trouvait dans un arrêt de la cour de cassation une restriction qui est contraire aux principes. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une hypothèque établie sur un immeuble dont le possesseur était propriétaire en vertu d'un acte fait en fraude des créanciers. Ceux-ci avaient l'action paulienne, et pouvaient faire annuler, en conséquence, l'acte d'acquisition du propriétaire apparent et, par suite, l'hypothèque qu'il avait constituée. L'annulation de l'hypothèque n'était pas douteuse, mais l'arrêt ajoute que « si le principe pouvait fléchir, ce ne serait que dans le cas où la partie qui traite avec le propriétaire apparent pourrait invoquer une bonne foi fondée sur une erreur commune invincible (2). » Nous faisons nos réserves sur cette prétendue exception, qui permettrait à un non propriétaire de concéder une hypothèque à raison de la bonne foi du créancier; la bonne foi des tiers ne donne pas de droit à celui qui n'en a point. C'est ce que nous croyons avoir démontré en discutant la fameuse question des actes de disposition faits par l'héritier apparent.

**482.** On voit que le droit du créancier hypothécaire risque souvent de périr quand le débiteur qui lui a concédé l'hypothèque n'avait lui-même qu'une propriété périssable. Un des bons jurisconsultes de l'ancien droit, Voet, dit que le créancier n'a pas à se plaindre de la fragilité de sa garantie, parce qu'il a pu et dû s'enquérir de la nature et de l'étendue des droits de son débiteur (3). Nous sommes étonné de voir cette observation reproduite par Martou, dans le commentaire d'une loi qui a pour objet de garantir les tiers créanciers comme les tiers acquéreurs contre les dangers de la clandestinité romaine. Voet vivait dans un pays de nantissement, mais l'empire tyrannique de la tradition est plus fort que la vie réelle. Le plus souvent il est impossible aux tiers de connaître les causes de résolution, de révocation ou de rescision qui menacent leurs droits. Voilà pourquoi la loi nouvelle prescrit, d'une part, la pu-

(1) Pont, t. II, p. 82, nos 644 et 645, et les autorités qu'il cite. Ajoutez Paris, 6 juin 1872 (Dalloz, 1873, 2, 124).

(2) Rejet, 25 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 4, 342).

(3) Voet, *Commentaire*, liv. XX. tit. VI, n° 8.

blicité des demandes en révocation et en nullité, ainsi que des jugements rendus sur ces demandes (art. 3), et, d'autre part, subordonne la condition résolutoire tacite à la conservation du privilège du vendeur.

La jurisprudence a pendant longtemps aggravé la condition des tiers créanciers, en décidant qu'ils étaient représentés par le débiteur dans les instances où le droit de propriété du débiteur et, par suite, les droits d'hypothèque étaient en cause. Nous avons critiqué ailleurs cette fausse doctrine qui perd tous les jours de son crédit (t. XX, n<sup>os</sup> 105-107) (1). Il faut aller plus loin; non-seulement les tiers créanciers ne sont pas représentés par le débiteur dans les actions en résolution ou en rescision intentées contre celui-ci, ils peuvent aussi exercer les droits de leur débiteur; si donc une hypothèque leur a été concédée par celui qui avait une action en vertu de laquelle il sera déclaré propriétaire, les créanciers peuvent former cette action au nom de leur débiteur. Si la condition suspensive qui suspend le droit du débiteur et celui du tiers créancier hypothécaire consiste dans le paiement d'une somme d'argent, le créancier sera admis à faire cette prestation pour consolider son hypothèque: il pourrait donc exercer le réméré au nom du vendeur qui lui a donné une hypothèque sur l'immeuble vendu avec pacte de rachat (2).

### III. De l'hypothèque consentie par les administrateurs.

**483.** Il y a des administrateurs conventionnels et des administrateurs légaux. Que les premiers n'aient pas le droit d'hypothéquer sans un pouvoir spécial, cela n'est pas douteux, puisque la loi le dit. L'article 1988 porte: « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration; s'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, le mandat doit être exprès. » Nous renvoyons, quant au principe, au titre qui est le siège de la matière. Il faut ajouter que la procuration doit être authentique; c'est la disposition de l'article 76.

(1) Comparez Martou, t. II, p. 71, n<sup>o</sup> 969.

(2) Valette, *Traité des Privilèges et des Hypothèques*, p. 204.

Il a été jugé que ces principes reçoivent leur application aux gérants des sociétés commerciales, ce qui est d'évidence; en effet, le code de commerce ne donne pas aux gérants le droit d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles de la société, et, dans le silence de la loi commerciale, il faut recourir au droit commun du code civil; or, le code ne permet pas aux administrateurs d'hypothéquer, puisqu'il exige la capacité d'aliéner pour pouvoir concéder une hypothèque (art. 2124; loi hyp., art. 73) (1). Les gérants sont des mandataires ordinaires; ils doivent donc être munis d'un pouvoir spécial et authentique.

**484.** En est-il de même des administrateurs légaux? On lit dans le dernier traité qui ait paru sur les hypothèques que, représentant la personne de celui dont ils administrent les biens, ils ont par cela même le droit d'hypothéquer les immeubles de ceux qu'ils représentent. Ce n'est pas, dit-on, déroger au principe qui ne permet qu'au propriétaire d'hypothéquer, puisque c'est le propriétaire qui consent l'hypothèque par l'intermédiaire de son représentant légal (2). Le principe ainsi énoncé est une erreur, ou il est mal formulé. L'auteur oublie qu'il ne suffit pas d'être propriétaire pour avoir le droit d'hypothéquer, qu'il faut aussi avoir la capacité d'aliéner; or, les mandataires légaux représentent des personnes incapables, des absents, des mineurs, des interdits, des femmes mariées; quoique propriétaires, ces incapables ne peuvent pas hypothéquer, et leurs représentants n'ont pas plus de droit qu'eux. Pour mieux dire, ils ne représentent les incapables que pour administrer leurs biens; en qualité d'administrateurs, ils n'ont d'autre pouvoir que celui de faire des actes d'administration; s'agit-il d'aliéner ou d'hypothéquer, la loi prescrit des formalités et des conditions dans l'intérêt des incapables, et à raison du défaut de capacité dans la personne des administrateurs légaux; donc quand ceux-ci hypothèquent en remplissant les conditions et les formalités légales, on ne peut pas dire qu'ils exercent un droit qui leur appar-

(1) Rejet, 21 avril 1841 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n<sup>o</sup> 1223), et 3 mai 1853 (Dalloz, 1853.1, 186). Bruxelles, 20 novembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 5).

(2) Pont, t. II, p. 69, n<sup>o</sup> 633.

tient en leur qualité d'administrateurs; car, s'ils doivent remplir des formalités et des conditions, c'est précisément parce qu'ils sont sans droit.

**485.** Les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent ne peuvent pas les hypothéquer, parce qu'ils sont de simples administrateurs (art. 125). Mais il peut être nécessaire de vendre les immeubles de l'absent ou de les hypothéquer, ou cela peut être très-avantageux à leurs intérêts; les envoyés provisoires, n'ayant qu'un pouvoir d'administration, ne peuvent pas hypothéquer; et le code civil n'indiquait aucun moyen de suppléer à leur incapacité. Cette lacune a été comblée par la loi hypothécaire, qui porte (art. 75) : « L'hypothèque des biens des absents, tant que la possession n'en est déferée que provisoirement, est soumise aux formalités prescrites pour les mineurs et interdits. » Nous renvoyons, pour les détails, à ce qui a été dit aux titres de l'*Absence* et de la *Tutelle*.

Si, en cas d'absence, il y a un époux commun en biens, la loi lui permet d'empêcher l'envoi provisoire en optant pour la continuation de la communauté. Quels sont, dans ces cas, les droits de l'époux, soit sur la communauté, soit sur les biens propres du conjoint absent? Peut-il hypothéquer? Nous avons examiné ces questions au titre qui est le siège de la matière.

Lorsque les ayants droit demandent l'envoi en possession définitif, ils se partagent les biens de l'absent, et la loi les considère comme propriétaires à l'égard des tiers; alors même que l'absent vivrait encore, il doit respecter les actes de disposition faits par les envoyés, tels que les hypothèques par eux concédées.

**486.** Le tuteur est un mandataire légal par excellence, puisque la loi dispose qu'il représente le mineur dans tous les actes civils (art. 450). Toutefois il ne peut hypothéquer les immeubles de son pupille qu'avec autorisation du conseil de famille et homologation du tribunal (art. 457 et 458). De plus la loi limite les causes pour lesquelles l'autorisation pourra être accordée : il faut qu'il y ait nécessité absolue ou avantage évident. Nous renvoyons, pour les détails, au titre de la *Tutelle*.

L'interdit est assimilé au mineur en ce qui regarde l'administration de ses biens. C'est pour enlever à l'aliéné une gestion dont il est incapable que la famille a le droit de provoquer son interdiction; on applique, par conséquent, au tuteur de l'interdit ce que nous avons dit du tuteur des mineurs (art. 509). Si les aliénés sont colloqués dans un hospice ou une maison de santé, la loi confie l'administration de leurs biens à un administrateur; nous avons expliqué la loi de 1850 dans un appendice au titre de la *Tutelle*.

Il y a encore un administrateur légal que la doctrine et la jurisprudence assimilent au tuteur, c'est le père, qui, pendant le mariage, est chargé d'administrer les biens de ses enfants mineurs. Nous avons examiné ailleurs les difficultés que présente l'administration du père et, par suite, la question de savoir s'il peut hypothéquer.

**487.** Le mari administre les biens de la communauté, et il est administrateur des biens de la femme. Nous avons dit, au titre du *Contrat de mariage*, que le mari peut aliéner et hypothéquer les biens de la communauté, dont il est considéré comme seigneur et maître (art. 1421); tandis qu'il ne peut aliéner les immeubles personnels de la femme sans son consentement (art. 1428); d'où suit qu'il ne peut pas les hypothéquer, puisque le droit d'hypothéquer est subordonné à la capacité d'aliéner (art. 2124; loi hyp., art. 73). Il est dérogé à la rigueur de ce principe dans la clause d'ameublement (n° 464). Sous le régime dotal, les biens de la femme ne peuvent être ni aliénés ni hypothéqués; toutefois le mari peut devenir propriétaire des immeubles dotaux (art. 1552, 1553); il va sans dire que, dans ce cas, il en peut disposer et, par conséquent, les hypothéquer.

N° 2. IL FAUT AVOIR LA CAPACITÉ D'ALIÉNER.

**488.** Aux termes de l'article 73 (code civil, art. 2124), « les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent ». C'est une application du