

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

principe que l'hypothèque est un démembrement de la propriété et, par conséquent, une aliénation partielle; or, pour aliéner, il ne suffit pas d'être propriétaire, il faut aussi avoir la capacité de disposer de ses biens. Il y a des propriétaires qui, à raison de leur incapacité, ne peuvent pas aliéner : l'incapacité d'aliéner entraîne celle d'hypothéquer. Il en serait ainsi alors même que les incapables auraient le pouvoir de s'obliger, car la loi exige plus que la capacité de s'obliger pour pouvoir hypothéquer; elle veut que celui qui hypothèque soit capable d'aliéner. Au premier abord, on pourrait croire que la capacité de s'obliger devrait suffire pour pouvoir hypothéquer; il y a un de nos bons auteurs qui le dit (1). C'est une erreur, que le texte de la loi condamne, puisque le code exige formellement la capacité d'aliéner. Il est vrai que celui qui s'oblige oblige ses biens (art. 2092, 2093; loi hyp., art. 7 et 8), et, par suite, les aliène indirectement, en ce sens qu'il donne à ses créanciers le droit d'en poursuivre l'expropriation; s'il peut les aliéner indirectement en s'obligeant, pourquoi ne pourrait-il pas les aliéner partiellement en les hypothéquant? Le créancier hypothécaire n'a pas un droit plus étendu sur les biens hypothéqués que le créancier chirographaire en vertu du droit de gage que la loi lui donne. Donc, dit-on, le droit de s'obliger implique le droit d'hypothéquer. Nous répondons que telle n'est point la théorie de la loi, et elle a eu de bonnes raisons pour ne pas la consacrer. Autre chose est le gage général des articles 2092 et 2093 (loi hyp., art. 7 et 8), autre chose est l'hypothèque. Celui qui donne un immeuble en hypothèque démembre son droit de propriété; il ne peut plus ni jouir ni administrer comme un propriétaire, il aliéne une fraction de son droit; tandis que celui qui s'oblige peut, malgré le gage que la loi confère à ses créanciers, disposer librement de ses biens, dont il conserve la pleine et entière propriété. Ainsi s'obliger n'est pas aliéner actuellement; hypothéquer, au contraire, c'est aliéner. De là suit que le pouvoir de s'obliger n'implique pas le pouvoir d'hypothéquer. Cette différence

(1) Duranton, t. XIX, p. 507, n° 343, et p. 513, n° 347.

entre le droit de s'obliger et le droit d'hypothéquer est aussi fondée en raison. Le droit d'hypothéquer est beaucoup plus dangereux que le droit de s'obliger; en effet, il facilite à celui qui veut s'obliger les moyens de contracter des dettes; et, comme il s'agit d'incapables, il faut, loin de leur faciliter les moyens de s'obliger et, par suite, de se ruiner, entraver une liberté qui leur deviendrait, funeste. Le législateur a donc bien fait de leur défendre d'hypothéquer, tout en leur permettant de s'obliger pour les besoins de leur administration. Cela ne les empêchera pas d'hypothéquer, s'il y a avantage pour eux ou nécessité de le faire. Mais ils ne pourront hypothéquer qu'en observant les conditions et les formes que la loi établit pour les protéger contre leur incapacité.

**489.** Dans notre droit, les mineurs et les interdits, qui leur sont assimilés, n'agissent pas par eux-mêmes; ils ont un représentant légal qui agit pour eux. On ne peut donc pas dire que les mineurs n'ont point la capacité d'hypothéquer: ils n'ont aucune capacité, puisqu'ils n'ont pas l'exercice de leurs droits. Il faut demander quels sont les droits du tuteur, qui les représente dans tous les actes civils (art. 450). Nous avons répondu à la question (n° 486), en renvoyant au livre I<sup>er</sup> du code civil, où est le siège de la matière (t. V, n° 93). Si un mineur hypothéquait, l'acte serait nul en la forme (art. 1311), et, par suite, le mineur en pourrait demander la nullité, en prouvant que les formalités prescrites par la loi n'ont pas été observées. Les principes sur l'action en nullité qui appartient au mineur ont été exposés au titre des *Obligations*. Il y a cependant un cas dans lequel les biens d'un mineur peuvent être grevés d'une hypothèque générale sans forme aucune, c'est quand le mineur se marie; cela peut encore arriver dans le cas où, par exception, un mineur gère la tutelle, ce que la loi n'admet que pour le survivant des père et mère; l'hypothèque légale n'exige pas le consentement du débiteur, c'est la loi qui l'établit, et elle l'établit sans la volonté du débiteur et, au besoin, malgré lui.

**490.** Le mineur émancipé a le pouvoir de s'obliger pour les besoins de son administration. En faut-il conclure qu'il

a le droit de consentir des hypothèques pour la garantie des obligations qu'il contracte? Nous venons de répondre à la question en termes généraux (n° 488), et nous y avons répondu ailleurs plus spécialement en ce qui concerne le mineur (t. V, n° 233). Nous croyons inutile d'insister. Si les interprètes avaient plus de respect pour la loi, la question n'aurait jamais été soulevée, car il y a deux textes qui la décident, l'article 2124 (loi hyp., art. 73) et l'article 484; il ne reste qu'à donner les motifs qui justifient la loi, c'est ce que nous venons de faire (n° 488) (1).

**490 bis.** Le code de commerce consacre une exception à ces principes en faveur des mineurs commerçants; ils peuvent, en vertu de l'autorisation générale qui leur est donnée de faire le commerce, hypothéquer leurs immeubles; mais ils restent incapables de les aliéner, sauf en remplissant les formalités et les conditions exigées par la loi civile (art. 6). On conçoit la raison de cette exception; les mineurs commerçants ont une capacité plus grande que les mineurs émancipés en général: ils peuvent s'obliger non-seulement pour l'administration de leurs biens, ils peuvent s'obliger pour les besoins de leur commerce; loin d'entraver ce droit, la loi a dû le favoriser, une fois qu'il est reconnu que le mineur a la capacité suffisante; or, l'hypothèque peut donner au mineur un crédit qu'il n'aurait point s'il n'avait le droit de fournir des garanties réelles à ses créanciers; la loi a donc dû lui permettre d'hypothéquer, bien qu'elle maintienne l'incapacité d'aliéner les immeubles. Cette distinction entre l'hypothèque et l'aliénation n'est pas très-juridique, et on peut ajouter que la défense d'aliéner les immeubles n'est pas très-logique, puisque le mineur a le pouvoir de disposer de valeurs mobilières beaucoup plus considérables; le législateur considère toujours les immeubles comme la portion la plus précieuse de la fortune des citoyens.

**491.** Les prodiges et les faibles d'esprit ne peuvent hypothéquer leurs biens (art. 499 et 513). Ici la loi reste fidèle aux principes: les personnes placées sous conseil ju-

(1) Comparez Martou, t. III, p. 79, n° 974. Pont, t. II, p. 50, n° 43.

diciaire ne peuvent aliéner, et, par suite, elles sont incapables d'hypothéquer (t. V, n° 364).

**492.** Les femmes mariées sont frappées d'une incapacité générale, par suite de la puissance maritale à laquelle la loi les soumet: la loi les déclare spécialement incapables d'aliéner et d'hypothéquer (art. 217). Leur incapacité, quoique générale, n'est pas absolue; il leur suffit de l'autorisation maritale pour aliéner et hypothéquer tous leurs biens. Quand elles hypothèquent, c'est d'ordinaire dans l'intérêt du mari; de sorte que celui-ci est intéressé à leur accorder l'autorisation. Il suit de là que l'autorisation n'est pas une garantie pour la femme, comme l'est l'intervention du conseil de famille pour le mineur. La seule garantie que la femme puisse avoir, c'est de stipuler le régime dotal sous lequel ses biens dotaux sont inaliénables et, par suite, ne peuvent pas être hypothéqués.

Il y a un régime qui donne une plus grande liberté à la femme, c'est la séparation de biens: la femme administre librement son patrimoine, et elle est capable de s'obliger pour les besoins de son administration. A-t-elle, dans ce cas, le droit d'hypothéquer ses immeubles pour la garantie des obligations qu'elle contracte? Non, car elle reste incapable d'aliéner ses immeubles sans autorisation (art. 1449, 1538); il faut donc lui appliquer le principe qui gouverne cette matière: incapable d'aliéner, elle est par cela même incapable d'hypothéquer. Elle est, sous ce rapport, dans la même situation que le mineur émancipé; elle peut s'obliger dans les limites de son pouvoir d'administration, et, en s'obligeant, elle engage ses biens; mais il ne lui est pas permis de les engager par voie d'hypothèque; nous en avons dit la raison (n° 488).

Les femmes commerçantes ont une capacité plus grande que celle des mineurs émancipés; le code de commerce leur permet d'aliéner et d'hypothéquer leurs immeubles (art. 7), à moins qu'elles ne soient mariées sous le régime dotal, qui rend les biens dotaux inaliénables. Il y a une raison de la différence que la loi établit entre les femmes et les mineurs. Ceux-ci sont incapables à raison de l'inexpérience de leur âge; la loi a donc dû limiter la capacité

relative qu'elle leur donne. Les femmes, au contraire, sont capables; si la loi les frappe d'incapacité, c'est uniquement à cause de la puissance maritale; cette incapacité est couverte par l'autorisation; or, les femmes ne peuvent faire le commerce qu'avec autorisation, seulement cette autorisation est générale, tandis que, d'après le droit commun, elle doit être spéciale. L'autorisation devait donc suffire pour rendre la femme commerçante capable d'aliéner et d'hypothéquer.

**493.** Quand un incapable consent une hypothèque, l'acte est nul en la forme; ce qui donne à l'incapable une action en nullité fondée sur l'inobservation des formes prescrites par la loi. Les actes nuls peuvent être confirmés. C'est le droit commun. Quel est l'effet de la confirmation qu'un mineur consent après sa majorité, quant aux actes qu'il a faits avant de confirmer l'hypothèque? La question est controversée; nous l'avons examinée au titre des *Obligations* (1).

**494.** Il y a des incapacités spéciales concernant le débiteur insolvable. L'insolvabilité seule n'engendre pas l'incapacité d'hypothéquer; quoiqu'il ait plus de dettes que d'avoir, le débiteur conserve la libre disposition de ses biens, son droit de propriété n'est restreint que dans les cas prévus par la loi. Il faut distinguer entre le débiteur civil et le débiteur commerçant.

Le débiteur en déconfiture n'est frappé d'aucune incapacité; il peut hypothéquer ses biens et avantager par là un de ses créanciers aux dépens des autres; ceux-ci ont seulement le droit d'agir en nullité par voie d'action paulienne. Il arrive cependant un moment où le débiteur insolvable ne peut plus disposer de ses biens. La loi du 15 août 1854 sur l'expropriation forcée contient à cet égard la disposition suivante (art. 27) : « Le débiteur ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie ou du commandement, aliéner ni hypothéquer les immeubles saisis ou indiqués au commandement, à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer. » Le débiteur saisi reste

(1) Comparez Martou, t. III, p. 80, n° 979; Pont, t. II, p. 52 n° 616.

propriétaire des biens dont les créanciers poursuivent l'expropriation; il devrait donc avoir le droit de les aliéner; mais, de leur côté, les créanciers exercent un droit, et il ne peut pas dépendre du débiteur d'arrêter les poursuites et de les entraver, en aliénant l'immeuble saisi. Voilà encore un cas où le propriétaire ne peut pas hypothéquer. La loi déclare même l'hypothèque nulle de plein droit; c'est une exception au droit commun et une exception unique. Quelle en est la raison? en quel sens faut-il l'entendre? quels sont les effets de la nullité? Ces questions sont étrangères à notre travail; nous renvoyons le lecteur à l'excellent commentaire que notre regretté collègue M. Waelbroeck a publié sur la loi de 1854 (1).

**495.** Quelle est la situation du débiteur insolvable qui fait abandon de tous ses biens à ses créanciers? Un auteur répond que le débiteur ne peut *évidemment* constituer hypothèque sur les immeubles par lui abandonnés (2). S'il était permis de parler d'évidence dans une matière controversée, il faudrait dire que l'opinion contraire est évidente. Il est de principe que le contrat d'abandonnement ne transporte pas aux créanciers la propriété des biens que le débiteur leur cède; quant à la cession judiciaire, la loi dit formellement qu'elle n'est point translatrice de propriété. Si la cession ne transporte pas la propriété aux créanciers, il s'ensuit que le débiteur reste propriétaire; dès lors il doit avoir le droit d'hypothéquer, à moins que la loi ne le frappe d'incapacité; or, la loi ne le déclare pas incapable, ce qui décide la question.

Un autre auteur semble dire que le débiteur cesse d'être propriétaire quoique la propriété ne soit pas transmise aux créanciers : les biens sont vacants, dit Tarrible, on leur nomme un curateur (3). En supposant que les biens soient vacants, parce qu'on nomme un curateur, cela ne prouverait pas que le débiteur a cessé d'être propriétaire : on nomme aussi un curateur à l'immeuble que le tiers déten-

(1) Waelbroeck, t. II, p. 270, nos 13-16. Il faut ajouter deux arrêts de la cour de Liège, du 6 août 1859 et du 3 mai 1871 (*Pasicrisis*, 1861, 2, 178; 1871, 1, 283).

(2) Pont, t. II, p. 58, n° 621.

(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Inscription hypothécaire*, § IV, n° 6.

teur délaisse, sur la poursuite des créanciers hypothécaires; néanmoins il est certain que le tiers détenteur en reste propriétaire. Là n'est pas la vraie difficulté. L'abandon que le débiteur fait à ses créanciers donne à ceux-ci le droit de faire vendre les biens; peut-il entraver ce droit en aliénant ou en hypothéquant les biens abandonnés? Nous avons répondu ailleurs à la question. La cession implique un mandat, et le débiteur ne peut rien faire qui porte atteinte au pouvoir qu'il a donné à ses créanciers de vendre (t. XVIII, n° 225). Donc à l'égard des créanciers, le débiteur ne peut pas hypothéquer. Et à l'égard des tiers, il conserve le droit d'hypothéquer. Comment concilier ces deux droits qui sont contradictoires? Le débiteur ayant le droit d'hypothéquer, le créancier hypothécaire peut faire valoir son droit contre les créanciers auxquels abandon a été fait des biens. De leur côté, ceux-ci ne peuvent-ils pas demander la nullité de l'hypothèque que le débiteur a consentie au préjudice de leurs droits? Ils ont l'action paulienne, mais cette action ne leur est guère profitable, car ils doivent prouver que le tiers créancier est complice de la fraude; de sorte que l'hypothèque subsistera si le créancier hypothécaire est de bonne foi. Ne peut-on pas dire que les créanciers ont le droit d'agir en nullité sans être tenus de prouver la fraude? C'est l'opinion que nous avons énoncée au titre des *Obligations*. Il y a un doute, c'est que si l'on permet aux créanciers d'agir en nullité, le tiers créancier hypothécaire perdra son droit, sans qu'on puisse lui reprocher aucune imprudence; on suppose qu'il a traité dans l'ignorance de la cession (1). Cette objection nous touche peu. Ce n'est pas le cas d'appliquer les principes de l'action paulienne; si la loi exige la fraude pour que les créanciers puissent attaquer les actes faits par leur débiteur, c'est parce que le débiteur conserve la libre disposition de ses biens; il ne s'est pas engagé envers ses créanciers à ne pas hypothéquer; tandis que le débiteur qui a fait cession de ses biens a pris cet engagement, il n'est

(1) C'est la raison pour laquelle Aubry et Rau se sont prononcés en faveur du créancier hypothécaire (t. III, p. 272, et notes 38 et 39, § 266).

plus dans la position d'un propriétaire libre de disposer de ses biens, il a abdiqué cette liberté; ceux au profit desquels il l'a abdiquée doivent avoir le droit d'attaquer les actes qu'il fait au mépris de leurs droits. Ici est le vrai nœud de la difficulté. Quelle est la nature du droit que la cession donne aux créanciers? Ce n'est pas un droit réel, puisqu'ils ne sont pas propriétaires, et il ne peut être question d'un démembrement de la propriété. La cession est un contrat qui n'engendre que des droits de créance. C'est un mandat donné aux créanciers dans leur intérêt; or, le mandat ne donne aux mandataires qu'un droit personnel contre le mandant, il ne leur donne aucun droit dans la chose. Dans l'espèce, les créanciers mandataires n'ont qu'une action personnelle contre le débiteur qui leur a fait cession de ses biens; ils n'ont pas de droit dans les biens abandonnés. Dès lors ne faut-il pas décider qu'ils n'ont aucune action contre les tiers acquéreurs ni contre les tiers créanciers hypothécaires? Les tiers sont étrangers au contrat de cession, donc les parties ne peuvent pas le leur opposer. L'opinion contraire, que nous avons soutenue au titre des *Obligations*, est plus conforme à l'équité et à l'intérêt des tiers; mais il faudrait un texte pour la consacrer. En définitive, il y a lacune dans la loi; nous la signalons au législateur.

**496.** Le débiteur failli ne peut plus faire un acte de disposition après le jugement déclaratif de faillite. Il est dessaisi de l'administration de ses biens dans l'intérêt de la masse; par suite il ne peut plus hypothéquer ses biens au préjudice des créanciers de la faillite. La loi va plus loin: elle déclare nulles, à l'égard de la masse, les hypothèques conventionnelles constituées sur les biens du failli depuis l'époque déterminée par le jugement déclaratif de faillite, comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque (loi du 18 avril 1851, art. 445). Nous renvoyons, quant aux détails, au droit commercial.