

§ VIII. De la spécialité des hypothèques conventionnelles.

N° 1. PRINCIPE.

497. Dans l'ancien droit, l'hypothèque conventionnelle était générale : tout contrat passé devant notaire donnait au créancier une hypothèque sur tous les biens de son débiteur, présents et à venir. L'hypothèque était tout ensemble occulte et générale, tandis que, dans notre droit moderne, elle est publique et spéciale : ce sont les deux bases de notre régime hypothécaire. Nous avons dit ailleurs que les anciens jurisconsultes ont déjà critiqué le système romain de la clandestinité des hypothèques ; toutefois le principe de publicité eut de la peine à pénétrer dans les esprits nourris dans le respect de la tradition ; d'Aguesseau se fit le défenseur de l'hypothèque occulte qui était en opposition complète avec les besoins de la société moderne. La spécialité a une liaison intime avec la publicité ; celle-ci serait incomplète et insuffisante si elle ne reposait sur la spécialité qui détermine les biens hypothéqués et la créance pour la sûreté de laquelle l'hypothèque est établie. L'intérêt que les tiers ont à connaître les biens qui sont grevés d'hypothèques, et le montant de la créance au paiement de laquelle ils sont affectés, est d'une telle évidence qu'on ne pouvait guère le nier. Loyseau en fit la remarque dans son *Traité du déguerpissement* ; mais il ne voyait aucun inconvénient à la généralité de l'hypothèque, en ce qui concerne le débiteur : il est bien raisonnable, dit-il, de le faire bon payeur par tous moyens (1). Cela n'est point exact. Il n'est pas nécessaire que l'hypothèque soit générale, pour qu'elle donne au créancier une garantie complète ; il suffit que l'hypothèque soit établie sur des biens qui aient une valeur suffisante pour assurer le paiement de la créance et des frais. Quant au débiteur, il est aussi intéressé que les tiers à ce que l'hypothèque ne greve que les biens qui sont nécessaires à la garantie du créancier ; car son crédit est altéré

(1) Loyseau, *Du déguerpissement*, liv. III, ch. I, nos 14 et suiv.

par cela seul que ses biens sont couverts d'inscriptions, tandis que si l'inscription ne porte que sur des biens déterminés, il conserve un crédit proportionné aux biens qui restent libres. Or, le crédit des propriétaires est la base de la richesse publique. La spécialité est donc d'intérêt général, et en ce qui concerne le débiteur et en ce qui concerne les tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires. Si Loyseau n'a pas compris cet intérêt, c'est que la puissance de la tradition domine les meilleurs esprits (plus haut, nos 161-172).

498. La révolution rompit avec la tradition ; par cela même elle était disposée à innover dans le domaine du droit privé aussi bien que sur le terrain politique. Ainsi s'expliquent les lois de messidor an III et de brumaire an VII, qui fondèrent le régime hypothécaire sur ses vraies bases, la spécialité et la publicité, sans tenir aucun compte de la tradition romaine, que le législateur révolutionnaire était plutôt disposé à dédaigner. Mais la réaction contre la révolution ne tarda pas à éclater : le consulat prépara l'empire. Les auteurs du projet de code civil revinrent à la tradition française ; ils posaient comme principe que l'hypothèque conventionnelle s'étendrait sur les biens présents et futurs du débiteur, à moins de stipulation contraire. Heureusement que la cour de cassation se prononça avec force pour le système de la loi de brumaire (1). La spécialité fut consacrée par le code civil, toutefois avec de notables restrictions ; les hypothèques légales et judiciaires étaient générales, et l'hypothèque conventionnelle elle-même pouvait s'étendre aux biens à venir, en cas d'insuffisance des biens présents. Ainsi la spécialité était incomplète de même que la publicité. Le législateur belge, plus logique, revint aux vrais principes, tels que la loi de brumaire les avait formulés : notre loi hypothécaire soumet à la publicité et à la spécialité les hypothèques légales des incapables, elle abolit l'hypothèque judiciaire, et elle rejette l'hypothèque conventionnelle des biens futurs. Rien de plus mauvais que les lois qui cherchent à concilier des

(1) Observations du tribunal de cassation, dans Fenet, t. II, p. 615 et suiv.

principes contraires, la spécialité et la généralité des hypothèques, la publicité et la clandestinité : on transige sur des intérêts, on ne transige pas sur des principes, parce que les principes, c'est la vérité relative, telle qu'il est donné à l'homme de la connaître, et quand on connaît la vérité, on a le devoir de la proclamer.

499. La spécialité prépare la publicité, mais il faut se garder de confondre ces deux bases de notre régime hypothécaire. On peut s'y tromper, et la jurisprudence n'a pas toujours évité l'écueil. Il y a un premier point sur lequel il n'y a aucun doute. La loi belge, de même que le code civil, veut que l'acte notarié qui constate le contrat spécialise l'hypothèque, et elle veut aussi que l'inscription soit spéciale. Est-ce à dire que la spécialité du contrat d'hypothèque ne serve qu'à préparer la spécialité de l'inscription? S'il en était ainsi, la spécialité de l'inscription serait le but, et la spécialité de l'acte notarié serait le moyen; d'où suivrait que le but de la spécialité serait atteint dès que l'inscription spécialiserait l'hypothèque, quand même le contrat d'hypothèque aurait omis de la spécialiser, ou ne l'aurait pas spécialisée suffisamment. Les textes du code repoussent cette interprétation. Il y a deux principes, la spécialité et la publicité, et quoique ces principes concourent au même but, ils sont distincts et ils diffèrent. L'article 78 porte : « *Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels le débiteur consent l'hypothèque.* » Ainsi l'hypothèque est nulle quand l'acte notarié ne spécialise pas les immeubles sur lesquels elle est établie. Elle est encore nulle, d'après l'article 80, quand l'acte ne détermine pas la somme pour laquelle elle est consentie. Or, l'hypothèque nulle ne produit aucun effet. Vainement le créancier, au moment où il prend inscription, spécialiserait-il les biens et la somme, l'inscription serait inopérante, car elle serait prise en vertu d'un droit qui n'existe point. En effet, l'inscription n'est que la manifestation de l'hypothèque, qu'elle rend publique dans l'intérêt des tiers; elle suppose donc un droit préexistant qu'il s'agit de conserver, comme la loi le dit de la publicité des privi-

léges; là où il n'y a pas de droit, l'inscription ne peut rien conserver; si elle est prise, elle est faite sans droit, le propriétaire des biens indûment grevés en peut demander la radiation, et le tribunal doit la prononcer (art. 95; code civil, art. 2160). La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1).

Si l'inscription, quoique régulière, ne valide pas l'hypothèque nulle par le défaut de spécialité, il est d'évidence que la validité de l'hypothèque n'empêche pas l'inscription d'être nulle quand elle ne spécialise pas suffisamment les immeubles et la créance; les tiers ne consultent pas l'acte notarié qui constitue l'hypothèque, ils consultent le registre qui la rend publique; dès que l'inscription est irrégulière, et qu'il en résulte un préjudice pour eux, ils en peuvent demander la nullité, ce qui enlève son efficacité à l'hypothèque.

500. L'acte d'hypothèque peut être nul et l'inscription peut être nulle pour défaut de spécialité. Voilà, en apparence, une analogie complète; cependant il y a une différence et elle est grande. La loi hypothécaire établit le principe que l'irrégularité de l'inscription n'entraîne la nullité que lorsqu'il en résulte un préjudice au détriment des tiers (art. 85). Ce principe ne reçoit pas son application au défaut de spécialité dans le contrat d'hypothèque; il suffit que l'acte ne spécialise pas l'hypothèque pour que l'hypothèque soit nulle; les articles 78 et 80 (code civil, art. 2129 et 2132) ne subordonnent pas la nullité de l'hypothèque à un préjudice qui en résulte pour les tiers; par cela seul que l'hypothèque n'a pas été spécialisée, elle est nulle. La raison de cette différence tient à la différence des deux principes de spécialité et de publicité. L'hypothèque n'est valable qu'à la condition d'être spéciale; quant à la publicité, elle n'est pas requise pour la validité de l'hypothèque; elle suppose, au contraire, que l'hypothèque est valable, elle en subordonne seulement les effets à l'inscription. La publicité est destinée à éclairer les tiers; si elle est insuffi-

(1) Pont, t. II, p. 109, n° 672. Cassation, 8 février 1810 (Daloz, au mot *Privileges*, n° 1292); Rejet, 18 décembre 1822 (Daloz, *ibid.*, n° 1296), et Rejet, 26 avril 1852, chambre civile (Daloz, 1852, 1, 131).

sante et que, par suite, les tiers soient induits en erreur, ils peuvent demander la nullité de l'inscription en prouvant que l'irrégularité leur a causé préjudice. Il n'en est pas de même de l'irrégularité de l'acte d'hypothèque; ce n'est pas une question de préjudice, car les tiers ne traitent pas après avoir consulté l'acte; le plus souvent ils ne le connaissent point; c'est une question de validité d'un acte que la loi assujettit à des conditions et à des formes dans un intérêt général.

501. L'hypothèque doit être spécialisée quant aux immeubles qui en sont grevés et quant à la créance pour la garantie de laquelle elle est consentie. Nous en avons dit la raison.

NO 2. DE LA SPÉCIALITÉ QUANT AUX BIENS.

502. En quoi consiste la spécialité quant aux biens? L'acte notarié doit déclarer spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance (art. 78; code civil, art. 2129). Il faut que la spécialisation se fasse par acte notarié: le débiteur doit déclarer quels biens il hypothèque, et cette déclaration doit se trouver « soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur », c'est-à-dire dans le contrat d'hypothèque, quand il est distinct du contrat principal, et, à la rigueur, dans un acte séparé, qui spécialiserait les immeubles, acte qui serait la suite de celui qui a constitué l'hypothèque et le complément. Il va de soi que l'hypothèque n'existerait, dans ce cas, qu'à partir de l'acte qui a complété le contrat. Pourquoi la loi veut-elle que la spécialisation se fasse dans la forme authentique? C'est une conséquence de la solennité de l'acte. Tous les éléments du contrat doivent être solennels (n° 438), donc aussi la spécialité. Si la spécialisation se faisait par acte sous seing privé, elle serait nulle en la forme, par conséquent, non existante, d'où suivrait que l'hypothèque aussi serait inexistante.

La loi ajoute que le débiteur ne peut déclarer que les

biens qui lui appartiennent actuellement. Nous avons expliqué ce principe en exposant les conditions de capacité requises pour que le débiteur puisse hypothéquer (n°s 475 et 476): il n'est pas nécessaire que le débiteur possède les biens au moment où il les hypothèque; il suffit qu'il ait une action en vertu de laquelle il sera déclaré propriétaire.

Sur quoi doit porter la déclaration? L'acte doit déclarer la *nature* et la *situation* de *chacun* des immeubles que le débiteur hypothèque; et l'article 78 veut que cette déclaration soit *spéciale*. La loi ne dit pas ce qu'il faut entendre par *nature* des biens; l'article 2148, qui règle les formalités de l'inscription, se servait du mot *espèce*; la loi belge (art. 83) emploie le mot *nature* dans tous les articles qui concernent la spécialisation. On lit dans un arrêt de la cour de cassation que par ce mot la loi entend l'état de la superficie des immeubles, c'est-à-dire le mode de leur exploitation; ce qui revient à dire que l'acte doit désigner les bâtiments, cours, jardins, terres labourables ou incultes; et cette désignation doit se faire pour *chacun* des immeubles; en ce sens, elle sera *spéciale*, comme la loi le veut (1). La *situation* est plus facile à définir; s'agit-il d'un bâtiment situé dans une ville, ou dans une commune rurale, où les maisons portent un numéro, l'acte indiquera la commune, la rue et le numéro. Là où il n'y a ni rues ni numéros, l'acte devra déterminer la situation de manière que l'immeuble hypothéqué soit clairement désigné; si le bien a un nom, comme cela est d'usage à la campagne, le notaire l'indiquera; c'est le meilleur moyen de le faire connaître, mais cela ne dispense pas le notaire d'indiquer la *situation* d'une manière *spéciale*: c'est la disposition formelle de la loi, et elle est prescrite à peine de nullité (2).

503. L'application de la loi concernant les indications qui constituent la spécialité a donné lieu à de nombreuses difficultés. Quand y a-t-il spécialisation suffisante? Si les interprètes s'en tenaient au texte de la loi, la solution serait très-facile, car l'article 2129 (loi hyp., art. 78) est

(1) Cassation, 20 février 1810 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1202).

(2) Duranton, t. XIX, p. 580, n° 373.