

dans une matière où la jurisprudence s'est si souvent écartée de la loi. On lit dans le rapport de la commission spéciale qui a préparé le projet de loi : « Le principe de la spécialité est consacré par l'article 2129. Mais la jurisprudence l'a interprété en sens divers. *Contrairement au vœu nettement exprimé dans la loi*, elle a été jusqu'à permettre d'hypothéquer tous les biens situés dans une commune désignée, sans autre spécialisation que celle de la nature de ces biens. *C'est là méconnaître l'esprit de la loi*. Cependant la *précision des termes* dont elle se sert ne peut laisser *aucun doute* sur sa volonté, et doit faire repousser une interprétation dont l'*erreur est évidente*. Aussi la commission propose-t-elle le maintien pur et simple de la première disposition de l'article 2129. »

La commission de la chambre des représentants s'est prononcée dans le même sens : « Elle est d'avis que, pour réaliser le système de spécialité dont les avantages sont reconnus, il faut s'en tenir à la teneur claire et précise de la loi; qu'en conséquence on ne pourrait considérer comme valable une constitution d'hypothèque frappant tous les biens que le débiteur possède dans une commune déterminée (1). »

L'interprétation est aussi précise que le texte; malheureusement elle n'a aucune autorité légale, c'est pour cela que nous avons cru devoir entrer dans le détail de la jurisprudence pour en faire une critique raisonnée. Toutefois l'opinion de la commission a laissé une trace dans la loi, et il importe de le constater, parce que l'argument de texte a plus d'importance que les doctrines professées dans les rapports. L'article 2148, qui détermine la spécialité de l'inscription, n'exige qu'une mention de l'*espèce* et de la situation des biens, sans reproduire la disposition plus rigoureuse de l'article 2129, qui exige de plus la désignation *spéciale et nominative* de la *nature* de chaque immeuble. On se prévalait de cette différence de rédaction pour expliquer l'article 2129 par l'article 2148. C'était très-mal

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 40); Lelièvre, Rapport (Parent, p. 141).

raisonner, car ces deux articles règlent deux conditions différentes, quoiqu'elles concourent l'une et l'autre au même but, la spécialité et la publicité. Le législateur belge a enlevé ce prétexte à la jurisprudence en reproduisant dans l'article 83 (code civil, art. 2148) les termes de l'article 78 (code civil, art. 2129); en effet, le n° 5 de l'article 83 porte que l'inscription doit contenir « l'indication *spéciale* de la *nature* et de la situation de *chacun* des immeubles sur lesquels l'inscrivant entend conserver son hypothèque ». Cette rédaction, en donnant une autorité légale à l'interprétation des auteurs de la loi, confirme ce que nous avons dit de la différence qui existe entre la publicité et la spécialité. L'inscription a pour objet de *conserver* l'hypothèque; elle suppose donc une hypothèque existante et efficace; c'est dire que la validité de l'hypothèque ne doit pas être déterminée par la validité de l'inscription. Celle-ci peut être valable, quand même elle ne spécialiserait aucunement l'hypothèque; tandis que l'hypothèque serait certainement nulle si l'acte se bornait à dire que le débiteur hypothèque tous ses biens.

508. Il se présente encore bien des doutes dans l'application du principe. Nous appelons sur ce point l'attention des notaires; c'est la rédaction insuffisante de leurs actes qui fait naître les procès, et cependant on leur a confié la rédaction des contrats d'hypothèque précisément pour en assurer la validité. Pourquoi ne s'attachent-ils pas à la lettre de la loi? C'est un moyen si simple de prévenir toute difficulté, et de se mettre en même temps à l'abri d'une action en responsabilité.

M. Lelièvre dit, dans son rapport : « Il est entendu que, s'il s'agit d'un domaine, corps de ferme ou métairie, il suffira d'en énoncer le *nom* et la situation, avec désignation des diverses parties qui les composent. » Le rapporteur invoque, à l'appui de cette interprétation, l'article 64 du code de procédure, qui est ainsi conçu : « En matière réelle, les exploits d'ajournement énonceront la *nature* de l'héritage, la commune et, autant que possible, la partie de la commune où il est situé, et deux au moins des tenants et aboutissants; s'il s'agit d'un domaine corps de ferme ou

métairie, il suffira d'en désigner le *nom* et la *situation*. » Nous acceptons l'argumentation analogique pour ce qui regarde la *règle*, mais on ne peut pas l'admettre pour l'exception que la commission y veut apporter en ce qui regarde les domaines; il est certain que la disposition de l'article 64 est exceptionnelle, et l'interprétation de l'article 2129 (loi hyp., art. 78) que l'on propose serait aussi une exception; en effet, la loi ne distingue pas, elle comprend tous les *immeubles*, donc aussi les *domaines*; et elle veut que l'acte indique la *nature* de *chacun* des immeubles, et que cette indication soit *spéciale, nominative*. Dire que la désignation du *nom* suffit quand il s'agit d'un domaine, avec une indication *générale* des biens qui composent le domaine, c'est déroger à la loi, c'est faire une exception : et qui donne à l'interprète le droit de déroger à la loi ?

Telle est cependant l'opinion généralement suivie. Terrible l'a déjà proposée; il n'exige qu'une condition, c'est que les terres dépendantes, contiguës ou séparées soient clairement désignées. C'est une universalité de fait, disent les éditeurs de Zachariæ (1). Ce mot d'*universalité* fait un étrange contraste avec celui de désignation *spéciale*; dire que *chacun* des immeubles doit être *nominalement* désigné, n'est-ce pas exclure une dénomination générale? L'esprit de la loi s'y oppose aussi bien que le texte. Il arrive tous les jours que le propriétaire d'un domaine l'étend par de nouvelles acquisitions; si l'inscription, conforme à l'acte, porte sur tout le domaine, elle semblera comprendre ces acquisitions nouvelles, quoique en réalité elle ne les comprenne point. Comment distinguera-t-on la partie du domaine qui est hypothéquée de celle qui ne l'est point? L'incertitude que l'acte et l'inscription laissent subsister à cet égard est incompatible avec le principe de spécialité.

509. Il y a une autre difficulté plus grave. On enseigne et la jurisprudence admet que les juges du fait ont, en cette matière, un pouvoir d'appréciation qui échappe au contrôle de la cour de cassation. L'appréciation des tribunaux est souveraine quand ils décident en fait. Est-ce que la spécia-

(1) Voyez les sources dans Aubry et Rau, t. III, p. 279, note 59, § 266.

ité des hypothèques est une question de fait? Non, certes, puisque c'est un des principes fondamentaux du régime hypothécaire. Et la preuve que la cour de cassation n'entend pas abdiquer le contrôle qui lui appartient, c'est qu'elle a cassé des arrêts qui avaient validé l'hypothèque en décidant qu'elle était spécialisée dans l'acte, tandis que la cour suprême l'a annulée pour défaut de spécialité. Quand le premier juge décide en fait, la cour de cassation n'a pas de contrôle à exercer; il en est autrement quand il décide en droit. La loi veut que le titre désigne la *nature* de chaque immeuble, sans spécifier ce que l'on entend par nature; il va sans dire qu'il ne peut être question de termes sacramentels, alors que la loi ne dit pas ce qu'il faut entendre par la *nature* de l'immeuble. A plus forte raison en est-il ainsi de la situation de l'immeuble; ce qui est de droit, c'est que l'acte désigne la situation de chaque immeuble; en fait, le juge décidera si la désignation fait suffisamment connaître la situation. Mais il peut arriver que le juge donne à sa décision la couleur d'une appréciation de fait pour échapper à la censure de la cour suprême; dès que le jugement porte sur un point de droit, il est sujet à cassation (1).

Il s'agit de savoir si tels immeubles sont compris parmi ceux qui sont frappés d'hypothèque. La question, par elle seule, prouve que la loi n'a pas été observée; si les actes indiquaient *spécialement* la *nature* et la *situation* de *chaque* *immeuble* hypothéqué, de manière à individualiser chacun des biens que le débiteur a entendu hypothéquer, il ne s'élèverait jamais de difficulté sur les immeubles qui ont été donnés en hypothèque. On lit dans un arrêt de rejet: « que la difficulté se réduisait au point de savoir si les immeubles que l'on voulait soustraire à l'hypothèque étaient distincts, ou, au contraire, une dépendance des immeubles désignés; que c'est aux cours d'appel qu'il appartient de résoudre la question de savoir si la nature et la situation des biens sont suffisamment énoncées dans les titres, et si

(1) Pont, t. II, p. 113, n° 675. Aubry et Rau, t. III, p. 280, et notes 60 62, et les autorités qu'ils citent.

les biens sont individualisés *de manière à prévenir toute erreur de la part des tiers* (1). » La question, dans l'espèce, était de fait; mais, chose singulière, la cour en fait une question de droit, tout en s'en rapportant à l'appréciation du tribunal; car la controverse sur la spécialité de l'hypothèque roule précisément sur le point de savoir si la suffisance ou l'insuffisance des désignations portées en l'acte dépendent de l'intérêt des tiers. Voilà certes une question de droit; et, de ce chef, la cour de cassation aurait le droit de casser un arrêt qui validerait une hypothèque, par ce seul motif que la spécialisation n'a pas pu induire les tiers en erreur. Au lieu de redresser l'erreur des premiers juges, la cour suprême la fortifie de son autorité. Telle est la décision que nous avons rapportée plus haut en faisant nos réserves (n° 506). La cour de Montpellier avait validé une spécialisation conçue dans les termes que les auteurs de la loi belge ont répudiés comme étant évidemment contraires à la loi. Cependant la cour de cassation a confirmé l'arrêt attaqué, par le motif, que nous considérons aussi comme erroné, que le juge du fond avait apprécié souverainement que l'indication des biens donnée par le titre était suffisante *pour avertir les tiers*. Si l'on étendait jusque-là le pouvoir d'appréciation des tribunaux, il en résulterait qu'il n'y aurait plus de spécialité.

510. Nous avons dit plus haut (n° 499) que l'insuffisance de la spécialisation n'est point couverte par l'inscription qui serait conforme à la loi. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point. Cependant des auteurs très-exacts, MM. Aubry et Rau, enseignent qu'il en est autrement d'une désignation simplement insuffisante des immeubles compris dans une constitution d'ailleurs spéciale. Nous demanderons d'abord comment une constitution d'hypothèque peut être *spéciale*, alors que la désignation des immeubles est insuffisante; ce serait une spécialisation insuffisante, c'est-à-dire nulle, et, partant, l'hypothèque serait nulle; et l'inscription d'une hypothèque nulle peut-

(1) Rejet, 8 avril 1844 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 1295, 2°). Comparez Rejet, 6 avril 1841 (*ibid.*), 10 février 1829 (Daloz, *ibid.*, n° 1290).

elle valider l'hypothèque? Les éditeurs de Zachariæ ajoutent que le débiteur ne pourrait pas se prévaloir de ce vice, et que la nullité pourrait être réparée, quant aux tiers, à l'aide d'indications plus complètes données dans l'inscription. Sur quoi fonde-t-on cette exception, car il s'agit d'une exception? On cite un arrêt de la cour de Pau qui ne dit pas ce que les auteurs semblent lui faire dire, et qui, en tout cas, n'a aucune autorité, puisqu'il est contraire à la loi. L'acte litigieux portait que le débiteur hypothéquait les biens situés dans telle commune, *tels qu'ils étaient désignés et confrontés dans le cadastre* (1). Est-ce là une spécialité simplement insuffisante? Nous répondons, sans hésiter, avec les auteurs de la loi belge, qu'elle est nulle, comme contraire au texte formel de la loi. Ce que la cour ajoute pour valider la spécialisation ne fait qu'aggraver le vice qui l'entache. Il était facile, dit-elle, au créancier d'avoir une connaissance exacte et certaine des immeubles hypothéqués en recourant au cadastre, et le débiteur (c'est lui qui invoquait la nullité) ne peut pas se prévaloir d'une désignation insuffisante. L'arrêtiste a raison de dire qu'il y a là une double erreur. D'abord le débiteur peut demander la nullité de l'hypothèque pour défaut de spécialité, comme nous allons le dire; en effet, la spécialité ne concerne pas seulement le créancier, la loi en fait la base du régime hypothécaire; c'est dire qu'elle est essentiellement d'ordre public. En second lieu, l'article 2129 veut que la spécialisation se fasse dans le titre constitutif de l'obligation principale ou de l'hypothèque: de quel droit la cour permet-elle au rédacteur de l'acte de s'en rapporter au cadastre? L'inscription, dans l'espèce, ne spécialisait pas l'hypothèque, comme le supposent MM. Aubry et Rau; et quand elle l'aurait fait, nous leur demanderons aussi de quel droit ils font une exception à la loi, qui exige, comme condition d'existence de l'hypothèque, qu'elle soit spécialisée dans l'acte qui la constitue? Sur quelle loi, sur quel principe est fondée cette exception? et peut-il y en avoir sans texte dans une matière d'ordre public?

(1) Pau, 23 août 1834 (Daloz, au mot *Rente constituée*, n° 202, 1°). Comparez la critique de Daloz, au mot *Privilèges*, n° 1293.

511. Quelle est la conséquence du défaut de spécialité? En principe, il n'y a pas de doute. Notre loi hypothécaire n'admet que des hypothèques spéciales; donc dire qu'une hypothèque n'est pas spéciale, c'est dire qu'elle n'existe point, la loi ne la reconnaît pas. Le texte et l'esprit de la loi sont en ce sens. L'article 78 (code civil, art. 2129) porte qu'il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui déclare spécialement les biens sur lesquels elle est constituée. Il ne faut pas s'attacher au mot *valable* pour en induire que la spécialité est seulement requise pour la *validité* de l'hypothèque, et non pour son *existence*; cette terminologie appartient à l'école, elle est étrangère à la loi; ce que, dans le langage de l'école, on appelle *inexistant*, le code l'appelle *nul*, ou *nul de plein droit*; de même l'acte *valable* est celui qui a une existence aux yeux de la loi et qui, de plus, n'est entaché d'aucune nullité. Un acte qui n'est pas valable est donc celui qui ne produit aucun effet. L'esprit de la loi ne laisse guère de doute sur ce point. La spécialité est d'ordre public, elle est donc de l'essence de l'hypothèque; une hypothèque non spéciale n'est pas une hypothèque.

La doctrine est en ce sens; seulement il faut faire abstraction de la terminologie. Grenier commence par dire qu'une hypothèque générale est nulle, puis il dit qu'elle ne produirait aucun effet; ce sont les termes de l'article 1131, ils impliquent que l'hypothèque non spéciale n'a pas d'existence aux yeux de la loi. Martou enseigne que si la spécialité fait défaut ou est jugée insuffisante, l'hypothèque est *radicalement nulle*, comme manquant d'une des conditions substantielles de son *existence* (1). C'est bien là ce que l'on appelle un acte inexistant.

512. La jurisprudence ne se préoccupe guère des théories de l'école. Elle a cependant dû se prononcer sur la nullité radicale de l'hypothèque, quand il y a défaut ou insuffisance de spécialité. Il s'agit de savoir qui peut se prévaloir de la nullité ou de l'inexistence de l'hypothèque. Les tiers ont ce droit; cela n'est pas douteux, puisque dans la

(1) Grenier, t. I, p. 84, n° 65. Martou, t. III, p. 98, n° 999.

pratique on considère la spécialité comme établie surtout et presque exclusivement dans l'intérêt des tiers. Mais on demande si le débiteur peut agir en nullité. La solution dépend du caractère de la nullité; si l'on admet, comme nous l'avons dit, que l'hypothèque est inexistante, la conséquence sera que toute personne intéressée, donc le débiteur, pourra toujours opposer que l'hypothèque n'existe point. Quand même il y aurait nullité proprement dite, il faudrait encore décider qu'elle est absolue, puisqu'elle est d'ordre public; ce qui conduit à la même conséquence en ce qui concerne le débiteur (1). Mais si la spécialité n'a pour objet que de sauvegarder les intérêts des tiers qui traitent avec le débiteur, il faut en induire que la nullité est relative, et que, par suite, elle ne peut être opposée par le débiteur. Cette dernière opinion paraît l'emporter dans la jurisprudence.

La cour de Toulouse, en se prononçant contre le débiteur, invoque d'abord l'équité naturelle; à notre avis, il faut la mettre hors de cause lorsqu'elle est en opposition avec le droit; nous dirons plus loin quand on peut la concilier avec la rigueur des principes. Puis la cour dit qu'il est de règle que les nullités relatives ne peuvent être opposées que par ceux en faveur desquels la loi a introduit la disposition dont l'omission donne lieu à la nullité (2). Cela est très-vrai, mais reste à prouver que la nullité résultant du défaut ou de l'insuffisance de spécialité est relative. La jurisprudence, même celle de la cour de cassation, ne parle que de l'intérêt des tiers; nous avons d'avance prouvé que cette appréciation est incomplète; la loi tient compte de tous les intérêts, et tous les intérêts se confondent en un seul, celui de la société; ce qui décide notre question. Il y a un arrêt de la cour de Bourges en ce sens (3).

513. Quelle sera la conséquence de l'annulation de l'hypothèque, en ce qui concerne le créancier? Pourra-t-il

(1) Martou, t. III, p. 93, n° 999. Aubry et Rau, t. III, p. 280, note 63, § 266.

(2) Toulouse, 6 mars 1819 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 1299, 1°). Comparez Gand, 25 janvier 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 13).

(3) Bourges, 17 janvier 1816 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 1300).

demander le remboursement de la créance ou une nouvelle hypothèque? La jurisprudence est divisée sur cette question, ainsi que les auteurs, la plupart la décident contre le créancier. Nous croyons, avec Persil, que le créancier a une action pour obtenir une hypothèque ou la résolution du contrat, et, par suite, le remboursement de sa créance (1). Persil invoque l'intention des parties contractantes; celle du prêteur a été certainement d'avoir une hypothèque qui lui assurât la restitution des deniers prêtés, et le débiteur n'a reçu les deniers que sous cette condition. Il y a donc engagement, et cette convention doit avoir son exécution. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi (2).

Troplong fait une objection que nous sommes étonné de voir reproduite par de bons auteurs. L'hypothèque est nulle, elle ne peut être remplacée par le seul fait du juge, car les jugements ne créent pas les conventions, ils les déclarent seulement. Et que fait-on ici? On force le débiteur à accorder autre chose que ce qu'il a promis. L'argumentation est d'une faiblesse extrême. Qu'est-ce que le débiteur a promis? Une hypothèque nulle? Il a voulu donner au créancier une garantie sérieuse, et c'est d'ordinaire en voulant la donner trop forte qu'elle se trouve nulle. Le débiteur constitue en hypothèque tous ses biens, sans rien spécialiser. Quel est le sens de cet engagement? C'est que le débiteur entend fournir au créancier une garantie aussi étendue que possible. Si cette hypothèque est nulle, dirait-on que l'on ne peut pas forcer le débiteur à spécialiser, parce que ce serait le forcer à accorder autre chose que ce qu'il a promis? Cela n'a pas de sens, car c'est dire qu'il a promis une garantie nulle et que le créancier s'en est contenté. On dit que c'est la faute du créancier d'avoir stipulé ou du moins d'avoir accepté une hypothèque générale. Nous demanderons si ce sont les parties qui rédigent l'acte. Les parties veulent une garantie réelle, donc une hypo-

(1) Persil, t. 1, p. 442, art. 2129, n° I. Comparez Grenier, t. I, n° 67. En sens contraire, Martou, t. III, p. 99, n° 1000; Pont, t. II, p. 113, n° 678, et Troplong, n° 515.

(2) Bruxelles, 27 juin 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 412). En sens contraire, Aix, 16 août 1811 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 1346).

thèque valable; c'est par la faute du notaire qu'elle est nulle, s'il avait fait connaître la loi aux parties contractantes, celles-ci auraient certainement spécialisé l'hypothèque. Leur intention n'est donc pas douteuse; la seule difficulté est de savoir si cette intention peut recevoir son exécution alors que l'hypothèque est nulle. On a dit que le contrat étant frappé d'une nullité radicale, il n'en peut résulter aucune action au profit du créancier. Cela est trop absolu. Le contrat d'hypothèque implique un engagement du débiteur de fournir une garantie hypothécaire, c'est sous cette condition que les parties contractent; au lieu d'une garantie réelle, le débiteur, sans le vouloir, fournit une garantie nulle. Qu'est-ce qui est nul? C'est l'hypothèque, ce n'est pas l'engagement de fournir une garantie, cet engagement subsiste: il serait non-seulement contraire à l'équité, il serait aussi contraire à la volonté des parties contractantes que le débiteur pût retenir les deniers alors qu'il ne remplit pas les conditions sous lesquelles ils lui ont été prêtés. Il faut donc qu'il remplisse cette condition en spécialisant l'hypothèque, ou qu'il rembourse les deniers qu'il a reçus.

N° 2. CONSÉQUENCES DE LA SPÉCIALITÉ.

I. De l'hypothèque des biens à venir.

514. L'article 78 porte que les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués. C'est une conséquence évidente du principe de spécialité; puisque le débiteur ne peut hypothéquer que les biens qui lui appartiennent actuellement, il ne lui est pas permis d'hypothéquer des biens qu'il n'a pas encore. Quels seraient ces biens à venir? Ce ne peuvent être que des biens qui lui adviendront par succession. Ces biens ne sont qu'une espérance, et on n'hypothèque pas des espérances. Si le créancier s'en contente, ce sera à des conditions ruineuses pour le débiteur. Quels sont ceux qui escomptent ainsi l'avenir? Ce ne sont pas les bons pères de famille, ce sont les prodigues, qui dépensent à l'avance les biens qu'ils n'ont pas encore. Le législateur