

laquelle le créancier est obligé de faire des avances, somme pour laquelle il aura une hypothèque si les avances épuisent le crédit; quant aux avances, elles se font en exécution du contrat, et l'exécution du contrat n'est pas un acte solennel; elle reste donc soumise au droit commun. C'est en ce sens que la loi dit que les preuves légales sont admissibles. Quelles sont ces preuves légales? En matière commerciale, dit M. Lelièvre dans son rapport à la chambre, la preuve se fera par les livres du créancier et, au besoin, par témoins (1). La question avait été décidée en ce sens par la cour de cassation de Belgique (2).

### § IX. Des modalités de l'hypothèque.

**538.** Le contrat d'hypothèque est soumis aux règles générales qui régissent toutes les conventions; il n'en diffère que par la solennité. Ainsi il peut être fait à terme ou sous condition. Ces modalités sont rares, parce qu'elles enlèvent à la garantie hypothécaire la certitude, qui en est le grand avantage; le terme la limite à un certain temps, tandis que le but du créancier est de stipuler une sûreté qui lui garantisse le paiement de sa dette tant qu'elle existe; quant à la condition, elle suspend l'existence même de l'hypothèque, en ce sens que l'hypothèque n'existera point, si la condition défailit (3).

On ne rencontre pas dans la jurisprudence d'exemple d'une hypothèque constituée à terme ou sous condition. Le seul arrêt que l'on cite a été, à notre avis, mal interprété par Merlin. Constitution, par un mari au profit de sa femme et des enfants à naître du mariage, d'une rente de 1,200 francs, « à prendre spécialement et limitativement sur une maison sise à Paris, rue Lepelletier, et *subsidiativement* sur une autre maison sise à Paris, rue Rochechouart ». L'acte stipule que cette dernière hypothèque ne sera acquise que dans le cas de vente de la première maison; « auquel cas le constituant aura le droit de l'affran-

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 145).

(2) Cassation, 27 décembre 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 1, 53).

(3) Aubry et Rau, t. 111, p. 281, n° 5, § 266.

chir de l'hypothèque qui la grève présentement, en assurant l'hypothèque soit sur la maison indiquée, soit sur une autre maison d'un produit certain et assuré ». La femme prend inscription sur la maison hypothéquée, en ajoutant : « avec faculté de reporter l'hypothèque sur la maison sise rue Rochechouart, dans le cas où le débiteur viendrait à aliéner la première ». La maison est vendue, et l'inscription prise sur l'immeuble est rayée en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée. Postérieurement, deux créanciers prennent inscription sur la maison de la rue Rochechouart. Cette maison est également vendue; l'acquéreur purge; le créancier se présente à l'ordre et prétend primer les autres créanciers inscrits. Ceux-ci soutiennent que la femme n'a jamais eu d'hypothèque. La cour de Paris donna gain de cause à la femme. Sur le pourvoi, l'arrêt a été cassé. Que décidait-il?

La cour constate d'abord que le donateur n'entendait donner à la créancière qu'une hypothèque spéciale et limitative, en se réservant la faculté, en cas de vente de la maison hypothéquée, d'assurer l'hypothèque de la donation sur la maison de la rue Rochechouart, ou sur d'autres immeubles à son choix. De là la cour conclut que la femme n'avait réellement hypothèque que sur la maison de la rue Lepelletier, sauf, en cas de vente de la maison, le report de cette hypothèque sur la maison de la rue Rochechouart, ou sur un autre immeuble du donateur. L'arrêt attaqué violait donc la loi qui n'accorde d'hypothèque conventionnelle que sur l'immeuble spécialement désigné par l'acte. La créancière n'ayant pas d'hypothèque sur la maison de la rue Rochechouart, l'inscription cumulative qu'elle aurait prise sur l'une et l'autre maison aurait été inefficace, aucune inscription ne pouvant être prise qu'en vertu d'une hypothèque consentie spécialement sur un immeuble déterminé. Mais, ajoute la cour, la donataire n'avait pas même pris une inscription cumulative; elle s'était bornée à mentionner dans son inscription la faculté de *reporter l'hypothèque* sur la maison de la rue Rochechouart. Or, la loi n'accorde pas l'effet de l'inscription à un acte qui ne renferme que la réserve d'une simple faculté des inscrire.

Merlin dit que cet arrêt est fondé sur deux motifs : le premier, que l'hypothèque subsidiaire sur la maison de la rue Rochechouart n'était pas susceptible d'inscription avant la vente de la maison de la rue Lepelletier ; le second, que la créancière n'avait pas fait inscrire cette hypothèque. Le second motif était sans doute péremptoire ; mais Merlin oppose au premier qu'une hypothèque conditionnelle est, tout aussi bien qu'une hypothèque pure et simple, susceptible d'être inscrite (1). La critique serait fondée si réellement il y avait eu hypothèque conditionnelle. Mais l'acte ne disait pas cela : le donateur promettait seulement de reporter l'hypothèque sur un autre immeuble à son choix, au cas de vente de la maison hypothéquée. Aussi la cour de cassation ne dit-elle pas que la donataire avait une hypothèque conditionnelle ; elle dit, au contraire, que la femme n'avait pas d'hypothèque et que, partant, elle aurait pris inutilement inscription.

**539.** La loi permet aux parties d'ajouter à leurs contrats toute espèce de conditions. Il y a une exception dans la loi du 15 août 1854 pour la clause dite de *voie parée*. L'article 90 porte : « Il est permis de stipuler dans les conventions qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier privilégié ou hypothécaire aura le droit de faire vendre son gage dans la forme des ventes volontaires. » Mais la loi n'autorise cette clause que sous les conditions qu'elle détermine : il faut que le créancier soit premier inscrit et que la stipulation de voie parée ait été rendue publique par l'inscription. La vente a lieu, dans ce cas, aux enchères devant un notaire nommé par le président du tribunal.

La législation française prohibe la clause de voie parée. Aux termes de l'article 942 du code de procédure révisé, est nulle toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier aura le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur, sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière.

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Hypothèque*, § XIV, sect. II (t. VIII, p. 173). L'arrêt de cassation du 5 décembre 1809 est rapporté par Merlin.

Cette matière appartenant à la procédure, nous renvoyons à l'excellent commentaire de notre regretté collègue, M. Waelbroeck, sur la loi de 1854 (1).

**540.** L'article 2078 défend au créancier gagiste de stipuler qu'à défaut de paiement il peut s'approprier le gage, ou en disposer sans les formalités prescrites par la loi. Il y a une disposition analogue pour l'antichrèse (art. 2088). Cette prohibition s'applique-t-elle au contrat d'hypothèque ? Les parties conviennent que le créancier, à défaut de paiement, deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Cette clause est-elle valable ? La question est controversée. A notre avis, elle doit être décidée négativement. L'hypothèque et les droits qui en résultent sont d'ordre public ; le créancier a un droit de préférence et un droit de suite qu'il exerce par la voie de l'expropriation. Peut-il réaliser son droit par d'autres voies ? Non, car ce serait déroger aux lois de saisie immobilière, qui sont également d'ordre public. Le texte de la loi hypothécaire le prouve. Il a fallu une disposition formelle pour autoriser la clause de voie parée, et la loi ne la permet que sous les conditions qu'elle détermine (n° 539). Il faudrait aussi un texte pour valider, en matière d'hypothèque, la clause que les articles 2078 et 2088 prohibent en matière de nantissement.

Les arrêts rendus pour ou contre ont peu d'autorité, parce qu'ils sont mal motivés. Il y a un arrêt de la cour d'Agen, conforme à notre opinion, mais fondé uniquement sur la crainte de favoriser l'usure (2). La cour de Toulouse, qui a validé la clause, invoque l'adage que la loi permet tout ce qu'elle ne défend pas (3) ; cela est très-vrai dans les contrats ordinaires, où la loi ne fait que prévoir ce que les parties veulent ; cela n'est pas vrai dans les conventions qui sont d'ordre public. La plupart des arrêts déclarent la clause valable, en l'interprétant comme vente conditionnelle (4). Si les parties ont entendu faire une vente, et si

(1) Waelbroeck, *Commentaire de la loi du 15 août 1854*, t. III, p. 566 et suiv. Comparez, sur le droit français, Aubry et Rau, t. III, p. 284, § 266.

(2) Agen, 28 décembre 1842 (Daloz, au mot *Nantissement*, n° 274, 1°).

(3) Toulouse, 16 mars 1812 (Daloz, au mot *Nantissement*, n° 275, 1°).

(4) Cassation, 1<sup>er</sup> juillet 1844 ; Montpellier, 26 juillet 1833 et 6 mars 1840 ; Toulouse, 16 mars 1812 (Daloz, au mot *Nantissement* (n°s 313 et 275).

leur convention présente tous les caractères de ce contrat, elle doit sans doute être validée; mais ce serait méconnaître l'intention des contractants et les dispositions de la loi que de confondre la clause des articles 2078 et 2088 avec la vente. La vente est essentiellement translatrice de propriété, alors même qu'elle est conditionnelle, si la vente se réalise par l'accomplissement de la condition; tandis que le contrat d'hypothèque laisse la propriété au débiteur. Il y a d'autres différences entre les deux conventions qu'il est inutile de signaler.

#### SECTION IV. — De l'hypothèque testamentaire.

**541.** Aux termes de l'article 43, l'hypothèque est légale, conventionnelle ou testamentaire. L'article 44 définit l'hypothèque testamentaire en ces termes : « C'est celle qui est établie par le testateur sur un ou plusieurs immeubles spécialement désignés par le testament, pour la garantie des legs par lui faits. » C'est la seule disposition que la loi contient sur l'hypothèque testamentaire. Nous croyons que les lacunes qu'elle présente doivent être comblées par les principes généraux qui régissent notre système hypothécaire. Ainsi l'article 44, qui soumet l'hypothèque testamentaire au principe de la spécialité en ce qui concerne les biens, ne dit rien de la spécialité en ce qui concerne la créance. Est-ce à dire que l'hypothèque testamentaire ne doit pas être spéciale quant au legs dont elle assure l'exécution? Cela serait inadmissible. La loi nouvelle assujettit à la spécialité les hypothèques les plus favorisées, celles des incapables; elle fait donc de la spécialité un principe général sans exception, et il n'y avait certes pas de raison pour faire une exception en faveur de l'hypothèque testamentaire. Le législateur aura pensé que la créance est déterminée par la nature même du legs; mais cela ne serait pas exact, car la chose léguée peut consister en une prestation; il faut donc appliquer, par analogie, ce que la loi dit des prestations imposées au donataire : pour que le donateur ait un privilège de ce chef, la charge doit être liquidée. De même les prestations léguées devraient être liqui-

dées pour que l'hypothèque testamentaire pût être inscrite. On ne pourrait pas dire que l'hypothèque est nulle à défaut de cette spécialisation, car il n'y a point de nullité sans texte; mais l'inscription, en tout cas, devrait spécialiser la créance; en effet, l'article 83 (code civil, art. 2148), qui exige la mention du montant de la créance, est applicable à toutes les hypothèques. Dans l'opinion que nous avons enseignée, la spécialité est une condition requise pour l'existence de l'hypothèque. Si tel est le principe pour les hypothèques légales et conventionnelles, il faut l'admettre aussi pour l'hypothèque testamentaire, car les motifs sont identiques. On ne peut pas objecter le silence de la loi, puisque nos lois ne contiennent pas de système complet sur la théorie des actes inexistantes. Les principes généraux et les arguments d'analogie suffisent. Nous supposons que l'hypothèque testamentaire doit être inscrite; l'article 44 ne le dit pas; mais il n'avait pas besoin de le dire, car les articles de la loi qui subordonnent les effets de l'hypothèque à la publicité sont applicables à toutes les hypothèques (art. 81 et 96).

**542.** Quel est l'objet de l'hypothèque testamentaire? L'article 44 dit que le testateur peut l'établir pour la garantie des legs par lui faits. D'après le projet de la commission spéciale, l'hypothèque pouvait aussi être constituée pour la garantie des dettes du testateur. Le mot *dettes* a disparu de l'article, sans qu'on en sache le motif. En faut-il conclure que le testateur ne peut pas accorder d'hypothèque à l'un de ses créanciers? A la rigueur, cette conséquence résulte du texte des articles 42 et 44. D'après l'article 42, l'hypothèque n'a lieu *que dans les cas autorisés par la loi*, et l'article 44 n'autorise l'hypothèque testamentaire que pour la garantie des legs. Toutefois cette argumentation n'est pas aussi décisive qu'elle en a l'air. Le testateur peut léguer à son créancier ce qu'il lui doit; la dette devient alors une chose léguée, et elle rentre, par conséquent, dans les termes de l'article 44; or, en donnant une hypothèque au créancier, il lui lègue implicitement la chose due, en y ajoutant une garantie hypothécaire. Cette interprétation permet de concilier les textes avec les principes. Il n'y a