

cesse de l'être, par la transcription, c'est à la condition de conserver son privilège; peut-on séparer la transmission de la condition que la loi y attache comme un effet qui en est inséparable?

24. La loi sur les faillites suppose qu'il s'agit d'hypothèques conventionnelles ou judiciaires. A l'époque où elle fut portée, le code civil était encore en vigueur; partant, les hypothèques légales étaient dispensées d'inscription. D'après la loi nouvelle, elles sont soumises à la publicité et régies par le droit commun. En résulte-t-il que les dispositions de la loi du 18 avril 1851 doivent recevoir leur application aux hypothèques légales? C'est l'avis des interprètes (1). Il y a un motif de douter. La loi sur les faillites a pour objet d'empêcher la fraude qui donnait à l'un des créanciers une préférence au préjudice des autres; cela suppose une volonté de s'avantager chez le créancier, et d'ordinaire une collusion du débiteur. Or, cette supposition fait entièrement défaut dans les hypothèques légales; les créanciers sont des incapables qui n'interviennent pas dans les actes de spécialisation, préliminaire indispensable de l'inscription. Quant aux débiteurs, la loi les oblige à prendre inscription; elle menace même le tuteur de destitution, s'il ne le fait point; le tuteur est déclaré responsable quand il ne veille pas à ce que l'inscription soit prise. Donc il ne peut être question de fraude ni de collusion. Dès lors ne faut-il pas décider que les hypothèques légales restent en dehors de la loi, comme elles l'étaient lors de sa publication? Ce serait notre avis.

25. Faut-il appliquer à la déconfiture ce que la loi sur les faillites dit des inscriptions hypothécaires et des hypothèques. La négative est si évidente qu'on a de la peine à comprendre que la question soit posée, et l'on s'étonne qu'une cour l'ait décidée affirmativement et qu'un de nos bons auteurs enseigne la même doctrine. L'article 82 décide implicitement la question, en disant que des lois *particulières* règlent l'effet des inscriptions prises avant l'ouverture des faillites. Il s'agit donc d'une matière exceptionnelle

(1) Martou, t. III, p. 144, n° 1045 bis

regie par des lois exceptionnelles; cela est décisif. La cour de Bruxelles, qui a jugé le contraire, s'est laissé égarer par notre ancien droit, qui assimilait la déconfiture à la faillite; et Tarrible s'est trompé, peut-être parce que le code civil met d'ordinaire la déconfiture sur la même ligne que la faillite. Il est inutile d'insister (1).

Tarrible ne parle pas de la déconfiture en général; il suppose que le débiteur insolvable a cédé ses biens à ses créanciers. C'est un état de déconfiture constaté par le débiteur lui-même, et qui ne diffère de la déconfiture en général que par le mandat que le débiteur donne à ses créanciers de vendre ses biens à l'amiable. Le débiteur peut-il encore hypothéquer ses biens après l'abandon qu'il en a fait? Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut. Les créanciers peuvent-ils inscrire les hypothèques acquises avant l'abandon? Oui, et sans doute aucun, puisque aucune loi ni aucun principe ne s'y opposent.

§ V. *En vertu de quels actes l'inscription peut-elle être requise?*

26. L'inscription est la manifestation de l'hypothèque ou du privilège. Elle suppose donc l'existence du droit réel dont la loi prescrit la publicité. D'après notre loi hypothécaire, cette existence est subordonnée à un acte authentique qui constate le privilège ou l'hypothèque. Les privilèges du vendeur, de l'échangiste, du donateur, du copartageant se conservent par la transcription de l'acte translatif ou déclaratif de droits réels immobiliers qui leur a donné naissance, et la loi n'admet à la transcription que les actes authentiques ou les actes qui leur sont assimilés. Toutefois ces privilèges peuvent aussi se conserver par l'inscription, et pour l'inscription la loi exige seulement une expédition authentique de l'acte qui donne naissance au privilège

(1) Martou, t. III, p. 144, n° 1046 et suiv. Pont, t. II, p. 302, n° 876 et suiv. Aubry et Rau, t. III, p. 332, notes 26-28. § 272, et la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1428. Comparez Tarrible, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Inscription hypothécaire*, § IV, n° vi.

(art. 83; code civil, art. 2148). A la rigueur, les privilèges pourraient donc être constatés par des actes sous seing privé (1). C'est une anomalie qui ne s'explique que par cette considération que, dans l'esprit de la loi, les privilèges que nous venons de rappeler se conservent par la transcription; nous renvoyons à ce qui a été dit au chapitre des *Privilèges*. Pour le privilège de l'architecte, la loi exige deux procès-verbaux dressés par des experts; quoique nommés d'office par le président du tribunal, les experts ne sont pas des fonctionnaires publics, et les procès-verbaux qu'ils dressent ne sont pas des actes authentiques. La loi revient au principe de l'authenticité en exigeant que les cessionnaires des créances privilégiées se conforment aux dispositions de l'article 5; et, d'après cet article, la cession ne peut être opposée aux tiers que si elle résulte d'actes authentiques. Il eût été plus logique de prescrire comme règle absolue la nécessité d'un acte authentique; car la publicité des privilèges est au fond identique avec la publicité des actes soumis à la transcription, et la loi n'admet à la transcription que des actes authentiques (art. 2).

27. Quant aux hypothèques, l'authenticité est requise comme condition de leur existence lorsqu'il s'agit d'hypothèques conventionnelles. La loi dévie de ce principe en faveur des hypothèques testamentaires, en permettant au testateur de les constituer dans un testament quelconque. Les hypothèques légales existent en vertu de la loi; mais, en général, elles doivent être spécialisées avant de pouvoir être inscrites. Cette spécialisation se fait, pour l'hypothèque des mineurs et interdits, par une délibération du conseil de famille, ce qui n'est pas un acte authentique, quoique la délibération soit actée par le greffier de la justice de paix. L'hypothèque de la femme mariée est spécialisée par contrat de mariage, c'est-à-dire par un acte authentique ou par le président du tribunal, dont l'ordonnance a également un caractère authentique. Il y a des cas où cette ordonnance n'est pas même nécessaire, c'est quand l'inscrip-

(1) Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 323 et suiv., et note 7, § 271.

tion est requise par un magistrat; dans ce cas, il ne faut aucun acte.

En définitive, la loi exige un acte authentique comme règle, mais elle admet des exceptions à la règle.

28. L'hypothèque ou le privilège peuvent-ils être inscrits si l'acte requis par la loi est nul? Il faut appliquer la distinction des actes nuls et des actes inexistantes. Les auteurs et les arrêts ne la font pas toujours; de là une grande confusion dans la doctrine (1) et dans la jurisprudence. Un acte nul ou annulable produit tous les effets que la loi y attache, tant que le juge n'en a pas prononcé l'annulation; donc il peut être rendu public par la voie de la transcription ou de l'inscription. Si l'acte était annulé, l'inscription tomberait. Par contre, si l'acte était confirmé, l'inscription le serait également; par conséquent, elle produirait son effet à partir du jour où elle aurait été prise; il ne faudrait donc pas de nouvelle inscription prise en vertu de l'acte confirmatif.

La cour de cassation l'a jugé ainsi par un arrêt rendu après délibération en chambre du conseil. Un mineur avait consenti hypothèque avec promesse de la ratifier, c'est-à-dire de la confirmer après sa majorité; c'est ce qu'il fit immédiatement après être devenu majeur. L'hypothèque avait été inscrite pendant la minorité, et il n'y eut pas de nouvelle inscription. Des inscriptions furent prises en vertu d'hypothèques consenties après la majorité. Les derniers créanciers soutinrent que l'inscription prise en minorité était nulle et qu'elle n'acquerrait de valeur que par la confirmation; ce qui, d'après eux, nécessitait une inscription nouvelle. La cour de cassation rejeta ces prétentions. Elle pose en principe que l'inscription prise sur un mineur n'était point, par cela seul, nulle de plein droit et d'une manière absolue, qu'elle était seulement annulable, non par elle-même, mais comme devant suivre le sort du contrat d'hypothèque en vertu duquel elle était prise: la confirmation de l'acte confirmait l'inscription. Dès lors il était inutile de la renouveler; la confirmation la validait dès son

(1) Comparez Martou, t. III, p. 164, n° 1077.

origine, car il est de l'essence de la confirmation de rétroagir, sauf les droits des tiers; et, dans l'espèce, les tiers n'avaient encore aucun droit lors de la confirmation, leurs hypothèques étant postérieures à l'acte confirmatif(1).

Il y a un arrêt récent de la cour de cassation qui maintient sa première jurisprudence (2). La cour invoque le droit commun de l'article 1120, sans même prévoir l'objection que l'hypothèque, étant un contrat solennel, n'est pas soumise au droit commun. Elle cite encore l'article 1338; ici l'erreur de la cour est évidente. L'article 1338 parle de la confirmation des actes nuls, ou annulables, c'est-à-dire de la renonciation du créancier à se prévaloir d'une cause de nullité. Qu'est-ce que la confirmation a de commun avec la ratification de celui au nom duquel une hypothèque a été consentie ou stipulée? La cour confond, comme le fait le code civil, la ratification proprement dite et la confirmation.

29. Le code donne le nom de *ratification* à la confirmation d'un acte nul. Et l'on appelle aussi ratification le consentement donné à un contrat où l'on n'a pas été partie, ni représenté par un mandataire. De là une inévitable confusion et des erreurs dans la doctrine et la jurisprudence.

Le mari consent une hypothèque, tant en son nom que comme se portant fort pour sa femme; la femme ratifie, c'est-à-dire consent à l'hypothèque. On demande si l'hypothèque peut être inscrite avant la ratification. Dans l'opinion que nous avons enseignée (t. XXX, n° 450), la négative est certaine; en effet, l'hypothèque n'existe qu'en vertu de la ratification; jusque-là il n'y a pas eu de concours de consentement. Or, il ne peut pas y avoir d'inscription sans qu'il y ait une hypothèque. Si donc l'hypothèque avait été inscrite avant la ratification, l'inscription serait plus que nulle, elle serait inexistante; partant, il faudrait prendre une inscription nouvelle en vertu de l'acte de rati-

(1) Rejet, chambre civile, 25 novembre 1856 (Dalloz, 1856, 1, 385). Aubry et Rau, t. III, p. 324, et note 8, § 271.

(2) Cassation, 13 décembre 1875 (Dalloz, 1876, 1, 97). Comparez ce qui a été dit, t. XXX, p. 420, n° 450 et 451.

fication. La cour de Paris l'a jugé ainsi, mais la rédaction de l'arrêt laisse à désirer. Elle commence par dire qu'un acte de ratification ne change rien aux dispositions d'un premier acte dont il n'est que la confirmation. Dans l'espèce, il ne s'agissait pas de confirmer un acte nul, il s'agissait de consentir à une hypothèque à laquelle la femme était restée étrangère; et ce consentement, ne pouvant se donner que dans la forme authentique, n'existe que lorsque la femme ratifie. La cour dit ensuite que le principe de la ratification, ou confirmation, n'est pas applicable à l'acte par lequel le mari constitue une hypothèque en se portant fort pour la femme, car le mari n'a pu affecter les biens de la femme sans sa participation et son consentement; donc le concours de consentement, c'est-à-dire le contrat, n'a existé qu'en vertu de la ratification. Cela décide la question de l'inscription, l'hypothèque ne pouvant être inscrite avant qu'elle existe (1).

La cour de cassation, dans une espèce identique, a jugé en sens contraire. Le mari consent une hypothèque, tant en son nom propre qu'au nom de sa femme mineure. Parvenue à sa majorité, la femme ratifie l'acte avant qu'aucune inscription eût été prise dans l'intervalle entre l'inscription de l'hypothèque consentie pour elle en sa minorité et l'acte de ratification. Cette ratification a-t-elle eu pour effet de valider l'inscription prise en vertu de l'hypothèque consentie par le mari? La cour pose en principe que la ratification d'un acte dans lequel un tiers a agi pour le mineur, se faisant fort pour lui, produit le même effet que si cet acte avait été passé par une personne capable de s'obliger, sauf les droits des tiers antérieurs à la ratification. C'est appliquer à la ratification ce que la loi dit de la confirmation (art. 1338); or, dans l'espèce, il s'agissait, non de confirmer, mais de consentir. On dit, à la vérité, que le consentement donné sous forme de ratification équivaut à un mandat. Le principe est contestable; et, quand même on l'admettrait, il ne s'applique pas aux actes solennels dans lesquels le mandat doit être authentique: la solennité ne

(1) Paris, 11 août 1808 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1556).

peut pas rétroagir. La cour conclut que l'inscription prise en vertu de l'acte qui avait conféré l'hypothèque produit son effet du jour de sa date à l'égard des créanciers qui n'avaient pas d'inscription valable avant la ratification. Voilà la confusion que nous avons signalée; la cour confond la confirmation d'un acte nul qui rétroagit, sauf le droit des tiers, et la ratification qui constitue le consentement du débiteur; il ne s'agit pas, dans ce dernier cas, d'une rétroactivité qui pourrait être préjudiciable aux tiers, il s'agit de savoir si le contrat solennel peut se former par la ratification du débiteur; or, il est impossible que la femme soit censée consentir dans la forme authentique à un contrat auquel elle est restée étrangère; le consentement, à notre avis, ne rétroagit pas, et la solennité encore moins. Il faut donc renverser ce que la cour dit : elle dit que l'obligation et l'hypothèque ne naissent point de la ratification, mais de l'acte ratifié : on doit dire, au contraire, que l'obligation et l'hypothèque ne peuvent prendre naissance que lorsque le débiteur a consenti dans la forme solennelle. La cour conclut que l'obligation et l'hypothèque inscrites sont validées par la ratification du jour de leur date (1). Nous concluons que la ratification de l'obligation ne rétroagit point; et, en tout cas, l'hypothèque ratifiée n'existe qu'à partir de la ratification; par conséquent, l'inscription prise en vertu de l'acte ratifié est inopérante, il faut prendre une inscription nouvelle en vertu de l'acte de ratification.

30. Un prête-nom qui figure en son nom personnel dans l'acte constitutif de l'hypothèque peut-il prendre inscription en son nom personnel, en ce sens que l'inscription profite au véritable propriétaire de la créance? L'affirmative a été jugée par la cour de cassation, et elle ne nous paraît pas douteuse (2). En effet, le prête-nom est un mandataire, en ce qui concerne ses relations avec la personne pour le compte de laquelle il agit, et, à l'égard des tiers,

(1) Rejet, 2 août 1859 (Daloz, 1859, 1, 419). En sens contraire, Aubry et Rau, t. III, p. 324, note 9. § 271.

(2) Rejet, 6 juillet 1842, au rapport de Mesnard et sur les conclusions conformes de Delangle (Daloz, au mot *Privileges*, n° 1488).

il est créancier; l'inscription qu'il a prise est donc valable à l'égard des tiers; et elle doit profiter au mandant quand le prête-nom déclare, comme dans l'espèce, qu'il n'a agi que comme mandataire; qu'importe au tiers que ce soit le prête-nom ou son mandant qui exerce le droit hypothécaire?

On objecte que l'inscription prise par un prête-nom, alors que le mandant est inconnu, pourrait être nulle comme prise au nom d'une personne incapable, et qu'en la validant on risque de valider un acte nul. Cela n'est pas sérieux. La cour de Liège répond très-bien que les tiers qui invoquent la nullité de l'inscription sont admis à prouver que le mandant est incapable, mais la loi ne présume pas l'incapacité, par cela seul qu'il y a un prête-nom. Le prête-nom est, jusqu'à preuve contraire, le véritable propriétaire de la créance; donc l'inscription qu'il a prise est valable (1).

§ VI. Comment se prend l'inscription.

31. L'article 83 (code civil, art. 2148) porte : « Pour opérer l'inscription, le créancier représente, soit par lui-même, soit par un tiers, au conservateur des hypothèques, l'expédition authentique de l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque ». Le code civil ajoutait : *l'original en brevet*. Cette expression ne s'emploie que pour les actes authentiques que les notaires sont autorisés, par exception, à recevoir en brevet, au lieu de les recevoir en minute. On en pouvait conclure, et l'on en a conclu que l'hypothèque conventionnelle ne devait pas être reçue avec minute. Les auteurs de la loi belge ont cru, et avec raison, que l'hypothèque, un des actes les plus importants de la vie civile, ne pouvait pas être assimilée aux actes simples que les notaires reçoivent en brevet; c'est pour ce motif qu'ils ont retranché les mots : *l'original en brevet* (2).

(1) Liège, 13 juin 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 254).

(2) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 388). D'Anethan, Rapport (Parent, p. 420). Comparez Martou, t. III, p. 152, n° 1057.