

en sa faveur; s'il dispense le conservateur de prendre l'inscription d'office, la loi le déclare déchu de son privilège, lequel se transforme en hypothèque (art. 36). Il suit de là que renoncer à l'inscription d'office, c'est renoncer au privilège. Le créancier, pourvu qu'il soit capable de renoncer à son privilège, peut consentir à la radiation de l'inscription d'office, mais ce consentement emportera renonciation à son privilège, et le forcera à prendre une inscription pour conserver son hypothèque. On objecte que c'est présumer une renonciation, ou du moins prononcer une déchéance sans texte (1). Non, c'est interpréter le consentement donné par le créancier à la radiation de l'inscription, et on ne peut l'interpréter d'une autre manière; car, à la différence de l'inscription ordinaire qui donne rang au créancier, l'inscription d'office ne lui donne pas rang, puisque c'est la transcription qui conserve le privilège du créancier; on ne peut donc pas dire qu'en consentant à la radiation le créancier renonce seulement à son rang. L'inscription d'office n'est pas prescrite dans l'intérêt du créancier, elle est requise dans l'intérêt des tiers; il faut en conclure ou qu'il ne peut pas l'effacer, ou qu'il ne le peut qu'en renonçant à son privilège.

§ II. De la radiation volontaire.

no 1. CONDITIONS.

153. « Les inscriptions sont rayées du *consentement des parties intéressées* et ayant *capacité* à cet effet » (art. 92; code civil, art 2157). Il faut le consentement, parce que la radiation volontaire est un acte de volonté, donc de consentement. Qui doit consentir? La loi dit *les parties intéressées*. Cela veut-il dire que le créancier et le débiteur doivent consentir, le débiteur étant intéressé à obtenir la radiation, et le créancier ayant intérêt à ne pas l'accorder? Non; la radiation n'exige pas, pour sa validité, qu'une convention intervienne entre le débiteur et le

(1) Martou, t. III, p. 276, no 1218. Comparez, sur le droit français, Aubry et Rau, t. III, p. 390, note 18, § 280.

créancier, c'est un acte unilatéral; de même que l'inscription se fait par la volonté seule du créancier, de même la radiation se fait par sa seule volonté (1). Le texte est rédigé en ce sens. Aux termes de l'article 93 (code civil, art. 2158), ceux qui requièrent la radiation déposent au bureau du conservateur l'expédition de l'acte authentique portant consentement; il suffit donc d'une simple déclaration de consentement pour que le conservateur doive opérer la radiation. Autre est la question de savoir quelle est la nature du fait juridique qui s'est passé entre le créancier et le débiteur. Ce sera une convention à titre onéreux ou à titre gratuit, si la radiation a été accordée par suite d'un concours de volonté. En fait, il en sera toujours ainsi si la radiation est consentie avant que la créance soit éteinte; car un créancier n'ira pas prendre l'initiative d'une radiation qui lui enlève au moins son rang de priorité. Si la créance est éteinte, il n'y a plus lieu à une convention, puisque le créancier est obligé de consentir à la radiation; dans ce cas, son consentement est un acte unilatéral à tous égards. La convention qui intervient entre le créancier et le débiteur est étrangère aux tiers; à leur égard, il suffit de l'acte unilatéral par lequel le créancier déclare consentir à la radiation. Nous dirons plus loin quel est l'effet de la radiation, et si le créancier peut révoquer son consentement.

154. La loi dit que la radiation doit être consentie par *les parties intéressées*. Qui est partie intéressée en cette matière? C'est celle dans l'intérêt de laquelle l'inscription a été prise, ou ses ayants cause, héritiers et cessionnaires. Il n'y a que celui qui a un droit qui puisse y renoncer. Lorsque le créancier originaire qui figure dans l'inscription a transmis son droit, ses successeurs doivent justifier de leur qualité. La loi le dit du cessionnaire, et elle exige qu'il justifie de sa qualité par un acte authentique de cession, pour couvrir la responsabilité du conservateur. C'est un acte très-grave que la radiation, puisqu'elle fait perdre

(1) Cassation, 4 janvier 1831 (Daloz, au mot *Privilèges*, no 2722, 2o). Bruxelles, 16 décembre 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 81). Martou, t. III, p. 275, no 1213.

au créancier son rang, et en perdant son rang il perd le plus souvent la garantie hypothécaire. Si une personne n'ayant pas qualité requiert une radiation, le conservateur doit la refuser, sous peine d'être responsable du préjudice qui en résulte pour le créancier, comme nous le dirons au chapitre qui traite de la responsabilité du conservateur. La loi ne dit point comment les héritiers ou autres successeurs universels ou à titre particulier justifieront de leur qualité. Si l'acte de consentement ne contient pas la justification de la qualité de celui qui consent à la radiation, le conservateur a le droit d'exiger que le requérant lui fournisse la preuve que la radiation a été consentie par un ayant droit. Le principe est incontestable; nous reviendrons plus loin sur les difficultés qu'il présente dans l'application. Il a été jugé, et cela est d'évidence, que le consentement donné par quelques héritiers qui se portent fort pour les autres ne lie pas ceux-ci; personne ne peut renoncer à un droit qui ne lui appartient pas. Le conservateur avait cru pouvoir opérer la radiation en vertu de cet acte incomplet, mais l'acquéreur refusa de payer son prix, tant que le consentement de tous les héritiers à la radiation ne lui serait pas rapporté; et la cour de Bourges accueillit cette prétention parfaitement légitime (1).

155. Toute partie intéressée ne peut pas consentir une radiation; il faut, dit l'article 92 (code civil, art. 2157), qu'elle ait capacité à cet effet. La loi ne dit pas quelle est la capacité requise. Il faut distinguer quelle est la nature de l'acte en vertu duquel la radiation se fait et quel en est l'objet. D'ordinaire la radiation est consentie après que la dette est payée; dans ce cas, la radiation est forcée plutôt que volontaire, en ce sens que le créancier qui a reçu le paiement peut être contraint à rayer l'inscription, puisque le paiement éteint la dette et, par suite, l'hypothèque qui la garantit; dès lors l'inscription n'a plus de cause légale, elle doit disparaître sur la demande de tous ceux qui y ont intérêt. Dans cette première hypothèse, la capacité dont parle l'article 92 (code civil, art. 2157) est requise

(1) Bourges, 25 mai 1824 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 2709, 1°).

pour la validité du paiement, mais il n'y a point de capacité spéciale exigée pour consentir à la radiation. Celui qui y consent ne fait pas un acte de disposition, il ne doit donc pas avoir la capacité d'aliéner; il ne s'oblige pas non plus en consentant à la radiation, donc il ne doit pas avoir la capacité de s'obliger; en définitive, il ne doit avoir aucune capacité, puisqu'il fait un acte qui est la conséquence forcée du paiement, et nous supposons le paiement valable (1).

156. Il n'en est pas de même si la radiation est consentie avant que la dette soit éteinte. Dans ce cas, il faut voir quel est l'objet et l'effet de la radiation. Si elle se fait en vertu d'une remise de la dette à titre gratuit, il y a libéralité et, par conséquent, le créancier doit avoir la capacité de donner; il faut ajouter que le débiteur au profit duquel le créancier renonce à sa créance doit être capable de recevoir à titre gratuit. Ce n'est pas là l'hypothèse prévue par l'article 92 (code civil, art. 2157); il suppose que la radiation a pour unique objet d'effacer l'inscription, de sorte que, en principe, l'hypothèque elle-même subsiste; le créancier, en consentant à la radiation, renonce à son droit de préférence et à son droit de suite. Quelle est la capacité requise à cet effet? On dit que le créancier qui consent à radier l'inscription dispose indirectement de la créance; cela est trop absolu, il reste créancier, il conserve même l'hypothèque, il peut encore prendre une nouvelle inscription, sauf les restrictions qui résultent du droit commun; il ne fait donc aucune aliénation. Mais il risque de perdre sa créance en renonçant aux avantages que lui procurait son inscription, il perd son droit de préférence, et il sera primé par le créancier qui aura pris inscription après que la radiation de sa propre inscription a été faite. Celui qui renonce aux garanties qui lui assurent son paiement dispose indirectement de sa créance.

On dit d'ordinaire que la radiation consentie par le créancier implique encore une disposition du droit hypothécaire et, par conséquent, une aliénation d'un droit réel immobi-

(1) Duranton, t. XX, p. 291, n° 183. Pont, t. II, p. 447, n° 1077.

lier (1). Cela est aussi trop absolu. Si, en consentant à la radiation, l'intention du créancier est de renoncer à l'hypothèque, la conséquence est évidente; pour consentir une pareille radiation, il faut avoir la capacité d'aliéner un droit immobilier. Mais si le créancier entend maintenir son hypothèque et renoncer seulement à son droit de suite ou à son droit de préférence, on ne peut pas dire qu'il aliène un droit immobilier, car il conserve son hypothèque; il risque seulement d'avoir une hypothèque inefficace; en ce sens il compromet le recouvrement de sa créance. Quelle capacité faut-il pour renoncer au droit de préférence et au droit de suite? Le créancier risquant de perdre sa créance, il en dispose indirectement; il doit donc avoir la capacité d'aliéner ses droits mobiliers (2).

Notre solution est encore incomplète. Il faut voir à quel titre le créancier dispose du droit mobilier, si c'est à titre onéreux ou à titre gratuit. Si c'est à titre gratuit, il doit avoir la capacité de donner, puisqu'il fait une libéralité; il faut ajouter que le débiteur doit être capable de recevoir au même titre, car toute libéralité est une convention. Si, au contraire, le créancier a consenti à la radiation à titre onéreux, il suffit qu'il ait la capacité de disposer à ce titre de droits mobiliers.

1. *Qui peut consentir la radiation après le paiement de la dette?*

157. La loi déclare certaines personnes incapables de contracter (art. 1124). En résulte-t-il que par cela même elles sont incapables de consentir la radiation d'une inscription hypothécaire, après que la dette a été valablement éteinte? Non, car en consentant à la radiation, dans ces circonstances, elles ne contractent pas, elles ne s'obligent pas. Nous ne parlons pas des mineurs non émancipés et des interdits, ils sont représentés par leurs tuteurs; nous dirons plus loin si ceux-ci ont la capacité que la loi exige pour consentir à la radiation. Si un mineur ou un

(1) Pont, t. II, p. 446, n° 1075. Martou, t. III, p. 248, n° 1188.
 (2) Aubry et Rau, t. III, p. 388 et suiv., note 11, § 281.

interdit consentait la radiation, on appliquerait les principes généraux que nous avons exposés au titre des *Obligations*; l'acte n'étant soumis à aucune formalité serait seulement rescindable pour cause de lésion (art. 1311), et l'on ne voit pas que les incapables puissent être lésés par un acte qu'ils seraient forcés de faire, à défaut d'un consentement volontaire.

158. Quant aux mineurs émancipés, il faut distinguer. Ils ont une certaine capacité; la loi leur permet de recevoir leurs revenus et d'en donner décharge; par conséquent ils pourraient consentir la radiation de l'hypothèque si la dette était éteinte par le paiement qu'ils reçoivent. Un de nos bons auteurs pose, à ce sujet, le principe suivant: Qui peut donner quittance du paiement, peut généralement donner décharge de l'hypothèque (1). Cela n'est pas exact; il ne s'agit pas de donner décharge de l'hypothèque, elle est éteinte par l'effet de l'extinction de la dette, et si elle ne l'était pas, le mineur n'aurait pas la capacité de donner décharge, puisque ce serait renoncer à un droit réel immobilier; or, le mineur émancipé ne peut aliéner ses immeubles (art. 484). Autre chose est de consentir à la radiation de l'inscription hypothécaire; c'est la conséquence forcée du paiement; celui-ci étant valable, la radiation l'est aussi.

Le mineur émancipé ne peut pas recevoir un capital ni en donner décharge sans l'assistance de son curateur (art. 482). Si donc, en recevant un capital, il consentait à la radiation, le tout serait nul. Mais s'il avait reçu un capital, assisté de son curateur, il pourrait ensuite, sans cette assistance, consentir la radiation de l'inscription hypothécaire; c'est la conséquence forcée du paiement (2).

La capacité du mineur émancipé étant déterminée par la validité du paiement, il s'ensuit que celui qui requiert la radiation doit prouver que le paiement a été fait valablement (3). Nous reviendrons sur ce point en traitant des droits du conservateur.

(1) Duranton, t. XX, p. 291, n° 185.

(2) Duranton, t. XX, p. 291, n° 186. Pont, t. II, p. 447, n° 1077.

(3) Martou, t. III, p. 248, n° 1188.