

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.

**159.** Les femmes mariées sont, en général, incapables de tout fait juridique. Toutefois les conventions matrimoniales peuvent leur donner une certaine capacité. Ainsi la femme séparée de biens peut faire tous les actes d'administration sans autorisation maritale; sa capacité est plus grande que celle du mineur émancipé; elle peut recevoir non-seulement ses revenus, mais aussi ses capitaux; et une fois la dette éteinte, l'hypothèque l'est aussi, d'où suit que la radiation est un acte forcé que la femme peut consentir. Elle pourrait même la consentir si elle n'avait point l'administration de ses biens; son incapacité n'est pas plus absolue que celle de l'interdit; or, tout incapable peut consentir un acte qu'il serait forcé de faire; si donc le mari recevait une créance propre à la femme, le paiement étant valable, la radiation que la femme non autorisée consentirait le serait également. On peut assimiler cet acte à un acte conservatoire; la femme améliore sa position, puisqu'elle se met à l'abri d'une poursuite judiciaire dont elle devrait supporter les frais (1) (t. XXII, n° 296).

Ce que nous disons de la femme séparée de biens s'applique aussi à la femme dotale pour ses créances paraphernales, puisque les droits de la femme, quant à ses paraphernaux, sont ceux de la femme séparée de biens (2).

**160.** Les administrateurs des biens d'autrui peuvent et doivent consentir la radiation dès que la dette est éteinte. Ils ont pouvoir de recevoir les dettes, et une fois la dette éteinte, l'inscription doit disparaître; les administrateurs ont donc la capacité requise par la loi. Nous disons qu'ils doivent consentir la radiation; en effet, à défaut de radiation volontaire, le débiteur la demanderait en justice, ce qui occasionnerait des frais frustratoires (3).

**161.** Ce principe reçoit son application au tuteur. D'après le code civil, il avait un pouvoir absolu de recevoir ce qui est dû au mineur, et, par suite, il avait capa-

(1) Rouen, 13 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 4, 107). Liège, 11 mai 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 353). Martou, t. III, p. 249, n° 1189. Aubry et Rau, t. III, p. 387, note 4, § 281.

(2) Turin, 19 janvier 1811 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 2692, 1°).

(3) Aubry et Rau, t. III, p. 387, note 5, § 281.

cité de consentir à la radiation des inscriptions. Notre loi hypothécaire a limité son pouvoir en ce qui concerne le remboursement des créances non exigibles ou des créances qui n'échoient qu'après la majorité du pupille; il ne peut les recevoir qu'avec l'assistance du subrogé tuteur; s'il les recevait sans être assisté, le paiement serait nul ainsi que la radiation qu'il aurait consentie (1). Mais si le paiement avait été reçu avec l'assistance du subrogé tuteur, le tuteur pourrait, sans être assisté, consentir la radiation; il serait même de son devoir de le faire, afin d'éviter un procès.

**162.** Le mari, sous le régime de la communauté, a une double administration; il administre la communauté comme seigneur et maître, et il est administrateur des propres de la femme. Il a, à ce titre, le pouvoir de toucher les créances qui appartiennent à la communauté ou à la femme; ce qui lui donne le droit de consentir la radiation; comme administrateur légal des biens de la femme, il serait même responsable si, sur son refus de consentir, le débiteur le poursuivait en justice.

Le mari a encore l'administration des biens de la femme sous le régime d'exclusion de la communauté et sous le régime dotal, à l'exception des biens paraphernaux. Il faut donc appliquer à ces régimes le principe général qui donne à tout administrateur le droit de recevoir et de consentir la radiation, après que la dette est valablement éteinte. Il n'y a qu'un seul régime, celui de séparation de biens, sous lequel le mari n'a aucun droit de recevoir ce qui est dû à la femme, à moins qu'il ne gère les biens en vertu d'un mandat; on lui applique alors ce que nous disons plus loin du mandataire.

II. *Qui peut consentir la radiation quand la dette n'est pas payée?*

**163.** Nous avons dit que le consentement à la radiation, alors que la dette n'est pas payée, est un acte de disposition, ce qui implique, de la part du créancier, la capacité de disposer. Mais il faut préciser quel est l'objet de la

(1) Martou, t. III, p. 249, n° 1190.