

sentement; la cour de Paris l'a jugé ainsi (1), et la décision est en harmonie avec l'esprit de la loi.

Il ne faut pas conclure de l'article 92 que la radiation soit un acte solennel; nous reviendrons sur ce point en traitant des formes dans lesquelles elle doit se faire. L'authenticité du mandat n'est requise que dans l'intérêt du conservateur; celui-ci peut opérer la radiation sur un mandat sous seing privé, mais il s'expose, dans ce cas, à voir contester l'existence du mandat.

**173.** Le principe établi, quant au mandat, par l'article 92 reçoit-il son application aux sociétés commerciales? A notre avis, l'affirmative n'est pas douteuse. Les règles du droit civil sont applicables en matière de commerce; or, l'article 92 ne fait que consacrer une conséquence du droit commun. Le mandat donné par une société de commerce doit donc être exprès, aussi bien que la procuration donnée en matière civile. Cependant le contraire a été jugé par la cour de Bruxelles dans l'espèce suivante. Le directeur de la caisse hypothécaire, autorisé par les administrateurs, avait donné mainlevée d'une inscription; le conservateur refusa d'opérer la radiation, et le premier juge lui donna gain de cause, par le motif que les administrateurs étaient des mandataires; l'étendue de leurs pouvoirs était donc régie par l'article 1988; conçu en termes généraux, le mandat ne leur donnait pas le droit de consentir des radiations. Pour requérir la radiation, il eût donc fallu justifier, comme le disait le conservateur, que la dette pour laquelle l'inscription avait été prise était éteinte; ce qui eût donné à un simple administrateur le droit de consentir la radiation. Cette justification n'étant point faite, la radiation ne pouvait être opérée, faute de pouvoir suffisant dans la personne de celui qui la requérait.

La cour de Bruxelles objecte que la nature même des opérations auxquelles se livrait la caisse hypothécaire implique, pour les administrateurs, le pouvoir de stipuler des hypothèques, de recevoir le remboursement des prêts et de consentir la radiation des inscriptions. Sans doute, mais là

(1) Paris, 17 août 1843 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 2699, 6°).

n'est pas la question; il ne s'agit pas de savoir quels pouvoirs la société devait donner à ses administrateurs, mais quels pouvoirs elle leur avait donnés; et, en ce qui concerne le droit de consentir les radiations, il ne suffisait point d'argumenter de l'esprit du contrat et de l'objet que les associés avaient en vue, ils devaient se conformer à la règle de l'article 1988, confirmée par l'article 92 de la loi hypothécaire, et ils ne l'avaient point fait. Cela est décisif, et cela nous dispense de répondre aux autres arguments sur lesquels la cour de Bruxelles a fondé sa décision; Martou l'a fait, et sa réfutation est péremptoire (1).

### § III. De la radiation forcée.

#### N° I. DANS QUELS CAS LES TRIBUNAUX DOIVENT-ILS PRONONCER LA RADIATION?

**174.** L'article 95 (code civil, art. 2160) porte : « La radiation doit être ordonnée par les tribunaux lorsque l'inscription a été faite sans être fondée ni sur la loi, ni sur un titre. » Il est de principe que l'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisés par la loi, et la loi n'admet d'autre hypothèque que les hypothèques légale, conventionnelle et testamentaire (art. 42 et 43; code civil, art. 2115 et 2116). Si une inscription pour une hypothèque a été prise, sans qu'elle fût établie par la loi, par une convention ou un testament, cette inscription n'a pas de cause légale, car il ne saurait y avoir d'inscription sans hypothèque. De même, si elle est prise pour la conservation d'un privilège, et s'il n'y a pas de privilège, l'inscription n'a pas de cause légale. Dans les deux cas, elle doit disparaître, car l'inscription sans cause légale est un fait dommageable portant atteinte aux droits des tiers, soit propriétaires, soit autres parties intéressées.

Voici un cas qui s'est présenté devant le tribunal de Liège. Une femme prend inscription sur un immeuble de son mari pour une somme de 12,000 francs, montant de

(1) Bruxelles, 31 mars 1847 et 25 avril 1856 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 247, et 1857, 2, 129).

la dot qu'elle a apportée en mariage. Le mari demande la radiation de l'inscription, par le motif que la dot de 12,000 francs n'a été mentionnée au contrat que par vanité, que la femme n'a jamais possédé cette somme. C'était mal formuler la demande. Les époux étaient mariés sous le régime de séparation de biens; sous ce régime, la dot n'est pas livrée au mari, qui n'y a aucun droit, sauf celui de faire contribuer la femme aux charges du mariage; la femme ne peut donc avoir aucune action contre le mari du chef de sa dot; partant, elle n'a pas d'hypothèque. En conséquence, le tribunal ordonna la radiation de l'inscription (1).

La femme a une hypothèque légale pour toutes les causes de recours qu'elle peut avoir contre son mari. Donataire, par contrat de mariage, de l'usufruit des meubles et immeubles que le mari laissera à son décès, la femme a un droit éventuel sur les biens qui se trouveront au décès du mari. Peut-elle prendre une inscription pour la garantie de ce droit? Il y a un doute : le mari reste propriétaire de ses biens, il peut les dissiper; ce qui rendra l'institution contractuelle inefficace; son droit est donc purement éventuel; mais peu importe, puisque, d'après notre loi, l'hypothèque de la femme s'étend aux droits éventuels (art. 64).

Il y a un arrêt de la cour de cassation qui paraît contraire (2). Dans l'espèce, le mari avait vendu deux immeubles grevés de l'inscription de la femme; les acquéreurs demandèrent la radiation en se fondant sur ce que la femme, séparée de corps, était payée intégralement de ses droits et reprises. La femme objecta que le mari avait manifesté l'intention de disposer à titre gratuit du prix de ces ventes, et de rendre ainsi la donation illusoire; ce qu'il n'avait point le droit de faire. Le premier juge refusa de radier pour ce motif. Cette décision a été cassée. La cour dit que, le mari ayant le droit d'aliéner, la femme ne pouvait attaquer les aliénations qu'il avait consenties, quand même ce seraient des libéralités dépassant la limite légale;

(1) Jugement du tribunal de Liège, du 20 mars 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 3 228).

(2) Cassation, 12 mai 1875 (*Dalloz*, 1875, 1, 347).

qu'elle aurait seulement un recours, de ce chef, contre lui. Sans doute, mais ce recours éventuel est un droit de la femme garanti par son hypothèque légale; elle avait donc le droit de prendre inscription, pour la sûreté de cette créance, sur tous les biens du mari, dans le système du code, et, dans le système de la loi belge, en faisant spécialiser son hypothèque par le président; et nous ne voyons pas pourquoi cette inscription serait radiée.

**175.** La radiation doit encore être ordonnée « lorsque l'inscription a été faite en vertu d'un titre *irrégulier, éteint ou soldé* » (art. 95; code civil, art. 2160). Il ne suffit pas qu'il y ait un titre pour que l'inscription soit valable, il faut que le titre soit valable; si le contrat d'hypothèque est nul, si le testament qui a donné une hypothèque au légataire est nul, l'inscription est nulle également, en ce sens que, si le contrat ou le testament sont annulés, l'inscription tombe. De même le titre peut avoir existé, mais au moment où l'inscription a été prise ou depuis, il s'est éteint par l'une des causes qui entraînent l'extinction de l'hypothèque ou du privilège; nous dirons plus loin quelles sont ces causes (art. 108; code civil, art. 2180). L'une des causes, et la plus fréquente, est celle de l'extinction de l'obligation principale; c'est ce que l'article 95 (code civil, art. 2160) appelle un titre *soldé*, parce que le paiement est le mode ordinaire d'extinction des obligations.

**176.** L'application du principe donne lieu à une difficulté. On suppose que l'inscription est prise pour la garantie d'une obligation conditionnelle. Elle devra être rayée quand la condition défailit, puisqu'elle a été prise en vertu d'un titre qui n'a jamais existé. Elle doit encore être rayée s'il est certain que la condition ne s'accomplira pas; le créancier est sans intérêt, dans ce cas, à requérir l'inscription, et sans intérêt à la maintenir. Si la condition écrite dans une donation ou dans un testament est illicite ou impossible, elle est réputée non écrite, et, par conséquent, l'inscription prise à raison de cette condition doit être rayée. Il a été jugé que la condition imposée par une aïeule à son petit-fils, institué par elle son légataire universel, de faire exhumer la mère et les sœurs de celui-ci

est impossible, et, comme telle, réputée non écrite, parce que le mari et père survivant s'opposait à l'exhumation; en conséquence, la cour ordonna la radiation de l'inscription hypothécaire prise par l'exécuteur testamentaire pour assurer l'exécution des volontés de la testatrice (1). Il y a un cas où il est très-difficile de décider que la condition ne se réalisera pas. L'acheteur stipule une hypothèque pour la garantie du chef d'éviction. Il n'est jamais certain qu'il n'y aura pas d'éviction. Nous ne voyons qu'une hypothèse dans laquelle l'inscription doit être rayée, c'est le cas de purge.

La cour de Paris a jugé en ce sens, en refusant d'ordonner la radiation d'une inscription prise par l'acheteur sur les biens du vendeur. Vainement objectait-on qu'il n'y avait pas de trouble imminent ni apparent. La cour répond très-bien que la plus grande prudence peut être trompée à cet égard, en se figurant qu'il n'y a pas de danger, alors que le danger serait imminent; c'est précisément pour se mettre à l'abri de dangers possibles que l'acheteur a stipulé une garantie hypothécaire. On objectait encore que l'inscription ne pouvant être rayée, le vendeur était entravé dans l'exercice de son droit de propriété et que le bien serait en quelque sorte mis hors du commerce. La cour répond que telle est la conséquence de toute hypothèque; on ne peut disposer librement d'un bien qui n'est point libre (2).

Il y a des décisions en sens contraire (3); mais si elles sont fondées en équité, par contre elles violent le droit du créancier hypothécaire. En réformant la décision du premier juge, qui avait ordonné la radiation de l'inscription prise par l'acheteur, la cour d'Angers dit très-bien que les conventions légalement formées sont la loi des parties contractantes; elles ne peuvent être anéanties ou modifiées que de leur consentement; les tribunaux excèdent leur pouvoir quand ils anéantissent des conventions légalement et

(1) Rouen, 16 novembre 1875 (Daloz, 1876, 1, 154).

(2) Paris, 19 ventôse an xii. Comparez Rejet, 15 avril 1806 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 1315).

(3) Liège, 8 ventôse an xiii; Limoges, 9 mai 1812 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 1316).

librement stipulées et non contraires aux bonnes mœurs ni à l'ordre public (1).

**177.** La loi ne prévoit pas le cas où l'inscription est irrégulière; il était inutile de dire que l'inscription doit être rayée si elle est nulle, et si la nullité en a été prononcée par le juge. Quand l'inscription est-elle irrégulière ou nulle? Sur ce point, nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 93, suiv.). On a demandé, devant la cour de Gand, la radiation d'une inscription prise par une femme mariée, pendant le mariage, sans autorisation du président. L'inscription était conforme à la loi, mais il y avait une grave irrégularité à raison de laquelle le conservateur aurait dû refuser l'inscription: les hypothèques légales doivent être spécialisées avant qu'on puisse en requérir l'inscription; or, la loi ne permet pas à la femme de spécialiser son hypothèque, elle confie ce soin au magistrat. Malgré cette irrégularité, la cour de Gand a validé l'inscription. La décision nous paraît douteuse. A notre avis, la spécialisation est un préliminaire nécessaire de l'inscription. Nous renvoyons à ce qui a été dit de l'hypothèque égale du mineur (t. XXX, n° 303). Ces principes reçoivent leur application à l'hypothèque légale de la femme. La loi ne fait d'exception que pour les magistrats qu'elle charge de prendre inscription au nom de la femme: ils spécialisent eux-mêmes en prenant inscription. Les autres personnes qui ont le droit ou l'obligation d'inscrire l'hypothèque légale doivent s'adresser au président du tribunal; l'ordonnance du président tient lieu de la délibération du conseil de famille quand il s'agit de l'hypothèque du mineur. Sans spécialisation, il n'y a pas d'hypothèque, et, partant, il ne peut y avoir d'inscription. Il y a cependant une objection, et elle est sérieuse. La spécialité est de l'essence de l'hypothèque conventionnelle, puisqu'elle tient à la solennité de l'acte. On n'en peut pas dire autant de la spécialisation des hypothèques légales et, notamment, de l'hypothèque de la femme. Elle existe en vertu de la loi; la spécialisation n'est requise que comme préliminaire de l'inscription;

(1) Angers, 21 avril 1809 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 1317).

en ce sens, elle se confond avec l'inscription; or, l'irrégularité de l'inscription ne la rend nulle que s'il en est résulté un préjudice pour les tiers. C'est cet argument qui paraît avoir décidé la cour de Gand (1). En théorie, cela est très-plausible. Mais nous doutons que telle soit la théorie de la loi. Elle distingue la spécialisation et l'inscription; de l'inscription elle dit que l'irrégularité ne la rend nulle que si les tiers ont éprouvé un préjudice; elle ne dit pas cela de la spécialisation. Il faut donc appliquer à la spécialisation de l'hypothèque légale le principe qui régit l'hypothèque conventionnelle, c'est-à-dire qu'elle est substantielle. Cela nous paraît aussi fondé en raison: la spécialité est une règle générale de toute hypothèque; on ne voit pas pourquoi elle aurait un caractère et des effets différents, selon qu'il s'agit d'une hypothèque légale ou d'une hypothèque conventionnelle.

**178.** La radiation de l'inscription doit encore être ordonnée par les tribunaux lorsque les droits de privilège ou d'hypothèque sont effacés par les voies légales (art. 95; code civil, art. 2160). Quelles sont ces voies légales? C'est la prescription qui éteint les privilèges et hypothèques, et la purge qui les efface. La loi traite de la prescription au chapitre consacré à l'extinction des privilèges et hypothèques, et de la purge, dans un chapitre spécial.

N° 2. PAR QUI LA RADIATION PEUT-ELLE ÊTRE DEMANDÉE?

**179.** La loi ne le dit pas; on reste donc sous l'empire du droit commun. Toute personne intéressée a le droit de demander que l'inscription soit rayée. Il est de principe que pour agir en justice il faut avoir un intérêt né et actuel. De là on a conclu que les créanciers ne pouvaient demander la radiation d'une inscription qui les prime qu'au moment où ils sont appelés à participer à la distribution du prix des immeubles hypothéqués. C'est faire une fausse application du principe. En effet, le créancier a un intérêt immédiat à faire disparaître une inscription irrégulière. Si

(1) Gand, 14 décembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 42).

l'inscription est antérieure à la sienne, son intérêt est évident, car sa créance aura une plus grande valeur s'il acquiert un rang plus avantageux. Alors même que l'inscription serait postérieure à la sienne, il a intérêt à la faire disparaître, car le créancier inscrit, quel que soit son rang, a le droit d'expropriation; et il pourrait user de ce droit dans un moment défavorable, ce qui compromettrait les créances antérieures en rang au cas où le prix serait insuffisant pour les désintéresser (1).

**180.** Le débiteur sur les biens duquel on a pris une inscription a un intérêt évident à ce qu'elle soit effacée: son crédit en souffre et son droit de disposition est entravé. Il a cependant été jugé que le débiteur ne pouvait pas demander la radiation d'une inscription dont la validité pouvait être contestée, si elle avait été suivie d'une autre inscription régulière (2). La décision n'est pas douteuse, puisque l'on suppose que les deux inscriptions étaient prises par le même créancier et pour une même dette: le débiteur n'a aucun intérêt à la radiation de l'une, puisqu'il ne peut pas obtenir la radiation de l'autre, et ses droits ne souffrent pas de ce qu'il y a deux inscriptions sur son immeuble, tandis qu'il ne devrait y en avoir qu'une seule, puisque, en réalité, les deux inscriptions se confondent et n'en forment qu'une seule.

Les auteurs vont plus loin et disent que le débiteur n'a pas le droit de demander la radiation d'une inscription pour cause d'irrégularité. Le débiteur ne peut pas se prévaloir du défaut d'inscription, puisque ce n'est pas dans son intérêt que la publicité est établie, c'est dans l'intérêt des tiers: le créancier hypothécaire peut agir contre le débiteur, quand même l'hypothèque ne serait pas inscrite (n° 159). Par identité de raison, dit-on, le débiteur ne peut pas attaquer une inscription parce qu'elle est irrégulière. L'argumentation cloche, nous semble-t-il. Il faut voir si le débiteur a un intérêt à ce que l'inscription irrégulière soit effacée. Or, toute inscription entrave l'exercice du droit de propriété.

(1) Gand, 14 décembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 42).

(2) Rejet, 4 mars 1834 (*Dalloz*, au mot *Privilèges*, n° 2731).

BIBLIOTHÈQUE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE GAND