

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

On objecte que c'est l'hypothèque qui l'entrave, et il ne peut pas la contester, puisqu'il l'a concédée. Cela est vrai si l'hypothèque est valable, le débiteur est alors sans intérêt; mais l'hypothèque peut aussi être nulle. Enfin on dit que les tiers ont le droit de se prévaloir de l'irrégularité de l'inscription; et l'on en conclut que le débiteur n'est jamais empêché d'hypothéquer ou d'aliéner son immeuble (1). Cela n'est pas exact, car l'existence seule de l'inscription peut empêcher les tiers de se mettre en relation avec le possesseur de l'immeuble.

**181.** L'acquéreur de l'immeuble hypothéqué a intérêt et droit à demander la radiation, puisque toute hypothèque inscrite le menace du droit de suite. Il ne doit pas attendre que le créancier hypothécaire agisse contre lui pour lui opposer la nullité de son inscription, car il est toujours intéressé à avoir une propriété libre pour l'hypothéquer ou l'aliéner (2).

La cour d'Aix a jugé que le tiers acquéreur qui ne purge pas n'a qu'une propriété résoluble; d'où elle conclut qu'il ne peut exercer aucune action qui demeurerait sans objet et sans profit pour lui si, par l'effet d'une surenchère, il était dépossédé. Ce prétendu principe est très-contestable, ainsi que la conséquence que la cour en déduit. D'abord il n'est pas vrai de dire que l'acquéreur n'a qu'une propriété *résoluble*; son droit est pur et simple; seulement il peut être évincé, mais l'éviction n'est pas une résolution; nous reviendrons sur ce point en traitant du droit de suite. En supposant même que son droit soit résoluble, il est néanmoins propriétaire tant que la résolution n'est pas prononcée; et, à ce titre, il a intérêt à demander la radiation des inscriptions hypothécaires. La cour dit ensuite que l'intérêt de l'acquéreur à faire disparaître une inscription n'est qu'éventuel, pour s'affranchir de l'exercice de la surenchère, et que cet intérêt ne sera né et actuel que lorsqu'il purgera. Nous avons d'avance répondu à cette argumentation. La cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'Aix.

(1) Pont, t. II, p. 450, n° 1083. Aubry et Rau, t. III, p. 391, note 21, § 281.

(2) Rejet, 11 mars 1834 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1299, 2°).

Elle pose en principe que la radiation d'une inscription doit être ordonnée lorsqu'elle a été faite sans être fondée sur la loi; elle en conclut qu'en règle générale il suffit qu'une inscription ait été prise illégalement pour que le propriétaire ait un intérêt né et actuel à s'en affranchir, quoiqu'il ne soit encore l'objet d'aucune poursuite. Peu importe qu'il ne purge pas. En effet, la purge est un droit pour l'acquéreur dont il peut ne pas user. Quelle sera, dans ce cas, sa situation? La loi dit qu'il demeure, par l'effet seul des inscriptions, obligé, comme détenteur, à toutes les dettes hypothécaires et qu'il jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire. Cela lui donne qualité et intérêt pour demander l'annulation des inscriptions qu'il soutient être invalides; en effet, il échappera au paiement de dettes privilégiées ou hypothécaires supérieures au prix stipulé dans son contrat et profitera des termes et délais que doivent lui accorder les créanciers utilement inscrits (1).

**182.** Les créanciers peuvent demander la radiation de l'inscription par cela seul que l'on se trouve dans un cas où, d'après la loi, les tribunaux doivent ordonner la radiation. On a objecté aux créanciers, comme aux tiers acquéreurs, le défaut d'intérêt. Nous avons répondu à l'objection; la jurisprudence n'en a tenu aucun compte. Elle décide, en termes trop absolus, que l'inscription doit être rayée dès qu'elle est illégale (2). Sans doute, mais reste à savoir qui a le droit de demander la radiation, et ici intervient le principe qui régit toute action judiciaire: pas d'action sans intérêt. Mais il est très-facile de prouver que le créancier a intérêt à demander la radiation avant toute procédure d'ordre et de distribution; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 179).

**183.** Une femme prend inscription sur les biens d'une société en nom collectif dont son mari était membre. L'inscription est nulle, puisque la femme n'a d'hypothèque que sur les biens de son mari; or, l'associé n'a aucun droit sur

(1) Cassation, 9 avril 1856 (Dalloz, 1856, 1, 204).

(2) Bordeaux, 17 février 1832 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 2783).