

l'invoquer contre eux : ils restent sous l'empire du droit commun.

192. La demande en radiation est-elle soumise au préliminaire de conciliation? Sous l'empire du code civil, la question était controversée (1). Les auteurs de la loi nouvelle ont tranché la difficulté, en assimilant l'action en radiation aux demandes urgentes qui sont dispensées du préliminaire de conciliation; en effet, l'expérience prouve que, dans un grand nombre de cas, la demande requiert une prompte décision.

193. Le § 3 de l'article 94 (code civil, art. 2159) porte : « Les actions auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu contre les créanciers seront intentées par exploits faits à leurs personnes, ou au dernier des domiciles élus sur le registre; et ce, nonobstant le décès, soit des créanciers, soit de ceux chez lesquels ils auront fait élection de domicile. » Qu'est-ce que la loi entend par assignation faite à la *personne*? De droit commun, les exploits sont signifiés au domicile réel; quand le créancier a élu un domicile, le demandeur en radiation doit régulièrement signifier l'exploit à ce domicile; c'est l'effet de l'élection de domicile. Mais l'article 111 dit seulement que les significations *pourront* se faire au domicile élu; rien n'empêche donc que l'exploit soit signifié au domicile réel, sans être remis à la personne, comme semble le dire le texte; il ne faut pas tourner contre le demandeur une disposition qui a été faite dans son intérêt (2).

194. Où doit se faire la signification du jugement qui prononce la radiation? La question est controversée et il y a un doute. Aux termes de l'article 548 du code de procédure, les jugements qui prononcent une mainlevée ou une radiation d'inscription hypothécaire ne seront exécutoires par les tiers ou contre eux que sur le certificat de l'avoué, contenant la date de la signification du jugement faite au *domicile* de la partie condamnée. Par *domicile*, la loi entend le domicile réel, dit-on; donc la question est décidée

(1) Pont, t. II, p. 451, n° 1086.

(2) Martou t. III, p. 291, n° 1136.

par le texte. Mais il y a encore un autre texte, c'est l'article 111, qui porte : « Lorsqu'un acte contiendra élection de domicile pour l'exécution de ce même acte, dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte pourront être faites au domicile convenu. » Voilà une disposition spéciale au domicile élu, et en même temps générale, c'est-à-dire applicable à toute espèce de significations. N'en faut-il pas conclure que la signification du jugement prononçant la radiation peut se faire au domicile élu? L'article 83 de la loi hypothécaire, qui prescrit une élection de domicile dans l'inscription, confirme cette interprétation; il en résulte que toutes significations et notifications relatives à l'inscription pourront être faites au domicile élu, et, à défaut d'élection de domicile, au procureur du roi. Enfin c'est en ce sens que le rapport fait à la chambre par M. Lelièvre décide la question; l'esprit de la loi vient donc à l'appui des textes, tels que nous les interprétons (1).

NO 5. QUAND LA RADIATION PEUT-ELLE ÊTRE OPÉRÉE?

195. L'inscription ne peut être radiée qu'en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée (art. 92; code civil, art. 2157). Il faut donc que la décision judiciaire soit irrévocable. Tant qu'elle peut être révoquée, il y aurait danger à rayer l'inscription, puisque le créancier perdrait son rang par une radiation qui ne serait pas définitive et qui, par conséquent, aurait été faite au mépris de son droit.

Il suit de là que si le jugement est par défaut ou susceptible d'appel, la radiation ne peut se faire pendant les délais de l'opposition ou de l'appel, à moins qu'il n'y ait eu acquiescement, comme nous le dirons plus loin. Quand les délais sont expirés, la radiation peut se faire, s'il n'y a pas eu d'opposition ou d'appel; il faut donc que celui qui requiert la radiation justifie, dans les formes voulues par

(1) Martou, t. III, p. 292, n° 1237 et les auteurs qu'il cite. En sens contraire, Aubry et Rau, t. III, p. 393, note 26. § 281, et les autorités qu'ils citent

le code de procédure (art. 548), que le jugement a acquis force de chose jugée; à cet effet, il doit présenter au conservateur un certificat de son avoué constatant la date de la signification du jugement, et un certificat du greffier portant qu'il n'a été fait mention, sur les registres du greffe, d'aucune opposition ni d'aucun appel (1).

196. Le jugement qui prononce la radiation peut acquérir force de chose jugée avant l'expiration des délais d'opposition ou d'appel, si la partie condamnée y acquiesce. C'est le droit commun; il y a cependant une condition spéciale de forme : pour que l'acquiescement autorise le conservateur à radier l'inscription, il faut qu'il ait été donné par acte authentique. En effet, il résulte de l'article 93 (code civil, art. 2158) que la radiation ne peut se faire que sur la présentation d'un acte authentique. Quand il s'agit de la radiation ordonnée par le juge, il faut une expédition du jugement; et comme le jugement, dans l'espèce, n'a pas acquis force de chose jugée, l'acquiescement complète ce qui lui manque pour que l'inscription puisse se faire; donc l'acquiescement est un des éléments de la sentence judiciaire, partant il doit être donné dans la forme authentique (2).

Faut-il, outre l'acquiescement, que le requérant présente les certificats exigés par le code de procédure (article 548)? Cela a été jugé ainsi, mais l'erreur nous paraît certaine. Si la loi veut que le requérant produise des certificats de l'avoué et du greffier, c'est pour constater que le jugement a acquis force de chose jugée; or, l'acquiescement lui donne cette force; donc l'acquiescement consenti par acte authentique doit remplacer les pièces exigées par le code de procédure, sinon l'acquiescement n'aurait aucun effet (3).

197. Le recours en cassation n'empêche point le jugement d'avoir force de chose jugée, et, par suite, la radiation peut se faire en vertu du jugement ou de l'arrêt qui l'a

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 393 et suiv., et note 27, § 281.

(2) Jugement du tribunal de Châteauroux, du 19 novembre 1852 (Daloz, 1854, 5, 434).

(3) Rouen, 8 février 1842 (Daloz, 1845, 2, 3). En sens contraire, Martou, t. III, p. 279, n° 1222.

ordonnée. Mais qu'arrivera-t-il si ces décisions sont cassées et si, sur renvoi, il est ordonné que l'inscription sera rétablie? La difficulté est de savoir quel sera le rang du créancier. On suppose que pendant le pourvoi d'autres inscriptions ont été prises; ces inscriptions ayant date avant celle que devra prendre le créancier dont l'inscription avait été radiée, celui-ci perdra-t-il son rang et sera-t-il primé par des créanciers qui, en réalité, ont pris inscription après lui? Si l'on ne tenait compte que du droit du créancier dont l'inscription a été rayée, puis rétablie, il faudrait dire qu'il doit primer les créanciers inscrits pendant le pourvoi. En effet, la décision en vertu de laquelle l'inscription a été radiée étant cassée, le jugement ou l'arrêt qui a ordonné la radiation est censé n'avoir pas été rendu; donc la radiation aussi doit être considérée comme non avenue; partant, l'inscription rayée doit être rétablie avec le rang qu'elle avait. La justice l'exige : le créancier ne peut être dépouillé du rang que lui donnait son inscription, en vertu d'une décision qui a été cassée; lui enlever son rang, c'est le dépouiller de son droit.

Cette opinion a été soutenue par Persil (1), mais elle est restée à peu près isolée. On admet généralement que l'inscription rétablie est primée par celles qui ont été prises pendant le recours en cassation. Le principe de la publicité, dit-on, l'exige. En effet, le créancier qui traite avec le débiteur le fait sur le certificat que lui délivre le conservateur des hypothèques, et ce certificat ne fait pas connaître les inscriptions rayées en vertu d'une décision judiciaire, alors même qu'il y aurait pourvoi contre le jugement; si ensuite l'inscription rayée était rétablie avec son rang primitif, les tiers qui traitent avec le débiteur, dans l'ignorance de l'inscription, rayée puis rétablie, seraient trompés, et, par conséquent, le but de la publicité ne serait pas atteint (2). Cela est très-vrai; l'intérêt des tiers se trouve ici en conflit avec le droit du créancier; la question

(1) Persil, t. I, p. 473, art. 2134, n° vi; Battur, t. IV, n° 690.

(2) Duranton, t. XX, p. 317, n° 202, et tous les auteurs, sauf Persil et Battur. Paris, 15 avril 1811; Douai, 10 janvier 1812 (Daloz, au mot *Privileges*, n°s 2739 et 2740).

est de savoir lequel doit l'emporter? A notre avis, c'est le droit du créancier primitif; il a un droit acquis, un droit consacré par les décisions judiciaires qui l'ont maintenu; il doit donc l'emporter sur une inscription postérieure. Sans doute, le créancier qui sera primé par une inscription rétablie, dont il ne pouvait pas deviner l'existence, pourra se plaindre de ce que la publicité ne lui offre pas la garantie qu'elle devait lui présenter : la faute en est au législateur, il aurait dû suspendre l'effet des décisions ordonnant une radiation jusqu'à ce que le délai du pourvoi fût écoulé, ou jusqu'au jugement du pourvoi. Dans cette matière, le pourvoi en cassation devrait être suspensif aussi bien que l'appel. Sur qui doit retomber la faute du législateur? Nous croyons que force doit rester au droit et aux décisions judiciaires qui le consacrent.

198. La question que nous discutons présente encore une autre difficulté. On suppose qu'il y avait des inscriptions antérieures à celles qui ont été prises pendant le pourvoi. L'inscription rétablie reprendra-t-elle à leur égard le rang qu'elle avait? La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées pour l'affirmative (1). On dit que les créanciers ne peuvent pas invoquer le principe de publicité, puisque, au moment où ils ont traité avec le débiteur, l'inscription litigieuse existait encore sur les registres; ils n'ont donc pas été trompés, et ils ne peuvent pas invoquer le jugement en vertu duquel l'inscription a été rayée, puisqu'ils n'y ont pas été parties; ce jugement ayant été annulé par l'arrêt de cassation, ils se retrouvent dans la position où ils étaient avant la radiation. Cela est vrai, mais voici la complication qui va en résulter. Les créanciers inscrits depuis la radiation et avant le rétablissement de l'inscription priment le créancier dont l'inscription, après avoir été rayée, est rétablie; et ils sont primés par les créanciers inscrits avant la radiation, lesquels sont primés par le créancier radié. Ce résultat est aussi contraire aux principes qui régissent les inscriptions hypothécaires. C'est la date qui règle le

(1) Martou, t. III, p. 281, n° 1224. Douai, 16 janvier 1812, et Paris, 12 juin 1815 (Daloz, au mot *Privileges*, n° 2740).

rang des divers créanciers inscrits; tandis que, dans l'espèce, le rang ne dépend plus de la date; le créancier dont l'inscription est rétablie a un double rang, il est primé par les créanciers inscrits pendant le pourvoi, tandis qu'il prime des créanciers antérieurement inscrits, lesquels priment les créanciers inscrits pendant le pourvoi. Cela paraît un tissu de contradictions. Voici la solution pratique que Duranton a donnée de la difficulté; elle ne résout pas le conflit de principes. « On colloque d'abord les créanciers antérieurs au créancier radié, ensuite celui-ci; après lui, les créanciers postérieurs en date, mais antérieurs à la radiation; enfin ceux qui se sont inscrits depuis la radiation et avant le rétablissement de l'inscription; mais ces derniers, et chacun suivant son rang, prennent, jusqu'à due concurrence, le montant de la collocation du créancier dont l'inscription avait été rayée. Il est vrai que de cette manière ils sont payés de préférence à des créanciers qui leur sont antérieurs en ordre d'hypothèques, mais c'est un résultat de la position des choses; ces derniers créanciers ne peuvent d'ailleurs pas s'en plaindre, puisqu'ils étaient primés par celui auquel les autres ont enlevé la collocation. Il doit peu leur importer quels sont ceux qui touchent le montant de cette collocation, puisqu'elle était antérieure aux leurs, on le suppose (1). »

SECTION II. — De la réduction.

199. La réduction de l'inscription est une radiation partielle; elle peut se faire soit sur les immeubles grevés d'hypothèque, soit sur la créance hypothécaire. Puisque la réduction est une espèce de radiation, elle est soumise, en général, aux mêmes principes. Il y a cependant des différences.

200. La réduction est volontaire ou forcée. En ce qui concerne la réduction volontaire, il y a une différence entre la radiation et la réduction. La réduction qui porte sur les immeubles ne peut être consentie que par ceux qui ont la

(1) Duranton, t. XX, p. 318, n° 203.