

majorité des mineurs. Comme c'est dans le jugement que le tuteur puise le droit de vendre, de recevoir le prix et, par suite, de consentir la radiation de l'inscription d'office prise au profit des mineurs, il s'ensuit que le conservateur a le droit et le devoir d'exiger que ce jugement lui soit représenté : s'il ne l'exigeait pas, dit la cour, il s'exposerait à tous les dommages-intérêts qui pourraient en résulter.

Le pourvoi faisait de singulières objections; nous les reproduisons pour tenir nos jeunes lecteurs en garde contre les doctrines que l'on hasarde parfois devant notre cour de cassation. On invoquait l'article 2157 (loi hyp., art. 92), d'après lequel les parties intéressées peuvent consentir la radiation; or, dans l'espèce, les parties intéressées étaient les mineurs représentés par le tuteur. Sans doute, mais représentés dans les limites de la loi. Or, le tuteur n'a pas mandat, en vertu de la loi, pour vendre les immeubles du pupille et en recevoir le prix; il n'a qualité à cet effet qu'en vertu du mandat que la justice lui confère, et il doit produire ce mandat au conservateur, comme tout mandataire qui consentirait la radiation en vertu d'une procuration qu'il aurait reçue.

Le pourvoi disait encore que le conservateur était sans intérêt et, partant, sans droit, parce que sa responsabilité était à couvert par la triple responsabilité du notaire, du juge de paix et du tuteur. Etrange théorie qui ne me permettrait pas de mettre ma responsabilité à couvert, parce qu'il y a d'autres personnes responsables avec moi! Le pourvoi ajoutait que l'exigence du conservateur était injurieuse pour le notaire. Cette considération ne méritait vraiment pas la réponse péremptoire que la cour y fait, en disant que celui qui, en usant de son droit, remplit un devoir ne fait de tort à personne.

Enfin, le pourvoi objectait que le conservateur avait pris l'inscription d'office sans exiger qu'on lui présentât le jugement qui autorisait la vente; il en concluait qu'il devait aussi procéder à la radiation sans pouvoir exiger une expédition du jugement. La cour répond, en termes péremptatoires, que si le conservateur prend l'inscription d'office en

vertu de la transcription de l'acte de vente, sans autres pièces à l'appui, c'est que la loi lui en fait un devoir, et elle ne lui permet pas de s'enquérir si la vente est légale ou non. Il en est tout autrement de la radiation; loin d'être un acte conservatoire, comme l'inscription d'office, c'est un acte qui peut être préjudiciable pour la partie intéressée. En inscrivant d'office le privilège du mineur, le conservateur n'engage point sa responsabilité, puisqu'il obéit à la loi; tandis qu'il est responsable quand il radie l'inscription en vertu d'un acte nul. D'ailleurs la vente peut être légale comme autorisée par jugement, et la radiation de l'inscription serait illégale si le jugement contenait des dispositions qui ne permissent pas au tuteur d'en recevoir le prix (1).

212. Le mineur devenu majeur peut-il consentir à la radiation de l'inscription prise pour son hypothèque légale, avant que le tuteur ait rendu compte dans les formes de l'article 472? Nous avons dit que la question est douteuse (n° 165). Dans l'opinion générale, le mineur ne peut pas consentir la radiation. Il suffit que la question soit décidée ainsi par la jurisprudence pour que le conservateur ait le droit d'exiger la preuve que les formalités prescrites par l'article 472 ont été remplies (2).

213. Les époux se marient sans contrat; ils sont régis par la communauté légale, et, par suite, le mari peut recevoir les créances dotales de la femme et consentir radiation de l'inscription. Mais comment le conservateur saura-t-il si les époux n'ont pas fait de contrat? Sous l'empire du code, il arrivait souvent que des époux mariés sous le régime dotal déclaraient s'être mariés sans contrat et faisaient des actes, licites sous le régime de communauté et illicites sous le régime dotal. Le conservateur n'avait aucun moyen de s'assurer si les parties intéressées étaient mariées sous le régime de la communauté légale, ou si elles avaient fait un contrat notarié. Il n'avait qu'un moyen de couvrir sa responsabilité, c'était de refuser d'opérer la ra-

(1) Rejet, 19 décembre 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 1, 34).

(2) Dijon, 16 mars 1840 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1069). Rejet, chambre civile, 12 juillet 1847 (Dalloz, 1847, 1, 314).

diation jusqu'à ce qu'un jugement l'eût ordonné. Telle était l'opinion généralement suivie (1); il est inutile de la discuter, puisque la loi nouvelle a donné au conservateur un moyen très-simple de s'assurer du fait qu'il a intérêt à connaître. L'acte de célébration de mariage doit énoncer la date des conventions matrimoniales; le conservateur peut se faire représenter cet acte, qui l'éclairera sur la situation des parties. Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur ce point, au titre du *Contrat de mariage*.

214. Les époux se marient sous le régime de la communauté, mais modifiée; c'est le régime de communauté conventionnelle. Le mari a-t-il, sous ce régime, le droit de recevoir les créances dotales de la femme? peut-il consentir la radiation des inscriptions hypothécaires qui garantissent ses droits? Cela dépend des conventions matrimoniales. C'est donc par ces conventions que le conservateur peut s'assurer si le mari a capacité de consentir la radiation des inscriptions; partant, il a le droit d'en exiger la représentation. Dans une espèce jugée par la cour de Paris, on avait présenté au conservateur un extrait du contrat de mariage portant que les époux étaient mariés sous le régime de la communauté, sauf quelques modifications; la cour a décidé que cet extrait était insuffisant, puisqu'il ne faisait pas connaître les modifications que les époux avaient apportées à la communauté légale, et ce sont précisément ces modifications que le conservateur avait intérêt à connaître. En effet, dit la cour, le régime de communauté n'exclut pas la réserve que la femme aurait faite d'administrer elle-même certains biens, de toucher certains capitaux, d'en donner quittance et, par suite, de consentir mainlevée des inscriptions afférentes à ces créances. De là suit que la mainlevée donnée par le mari seul, sans la production du contrat ou de l'extrait qui établit sa capacité personnelle et exclusive pour donner cette mainlevée, était insuffisante (2).

215. Sous le régime dotal, la capacité du mari et de la

(1) Martou, t. III, p. 267, n° 1204.

(2) Paris, 17 avril 1843 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 2699, 6°). Martou, t. III, p. 266, n° 1203.

femme est limitée par le principe de l'inaliénabilité de la dot, principe que la jurisprudence étend à la dot mobilière. S'il s'agit d'une créance dotale garantie par une hypothèque, le débiteur peut, à la vérité, la payer; mais il faut voir sous quelles conditions les époux peuvent la recevoir. Le contrat stipule d'ordinaire la clause d'emploi et le mode de l'emploi. On considère cette clause comme obligatoire pour les tiers, et on en conclut que les débiteurs sont obligés de surveiller l'emploi des sommes qu'ils remboursent, de sorte qu'ils ne se libèrent pas valablement s'il est fait des deniers dotaux un autre mode de emploi. Nous renvoyons, quant au principe, à ce qui a été dit au titre du *Contrat de mariage*. Si l'on admet le principe, la conséquence, en ce qui concerne le pouvoir de consentir mainlevée des inscriptions hypothécaires, est évidente. La cour de cassation l'a consacrée en rappelant le principe de l'inaliénabilité de la dot; elle en déduit la conséquence que le mari et la femme n'ont pas capacité pour consentir la radiation des inscriptions prises pour la sûreté de la dot, parce que radier l'inscription, c'est rendre inefficace l'hypothèque sur laquelle repose la garantie de la dot; donner mainlevée de l'inscription, c'est donc aliéner indirectement la créance dotale. De là la conséquence que les époux ne peuvent donner mainlevée de l'inscription qu'après le paiement de la créance dotale, et à condition que le paiement ait été fait conformément aux clauses du contrat de mariage. Dans l'espèce, les époux avaient substitué au remploi avec hypothèque, expressément stipulé par leur contrat de mariage, un autre mode de remploi qui n'offrait pas les mêmes garanties; cela était décisif. Il en résultait que le paiement n'était pas valable, et, par suite, le mari n'avait pas qualité pour consentir la radiation. D'où la conséquence, porte l'arrêt, que, dans l'état des faits, le conservateur des hypothèques avait pu et dû, pour ne pas compromettre sa responsabilité, déférer à la justice l'appréciation des motifs sur lesquels les deux époux se fondaient pour établir leur capacité de consentir la radiation de l'inscription (1).

(1) Cassation, 9 juin 1841 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 2699, 1°).

216. La clause d'emploi peut être stipulée sous tous les régimes. Si, d'après les conventions matrimoniales, elle est obligatoire pour les tiers, il faut appliquer les principes que nous venons d'exposer. Le conservateur aura le droit et le devoir de refuser la radiation jusqu'à ce que le requérant justifie que la créance a été valablement payée, car le mari ne peut consentir la radiation qu'après que la dette est éteinte. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que le remploi soit obligatoire. Nous avons dit, au titre du *Contrat de mariage*, que le remploi est, en principe, facultatif; mais il peut devenir obligatoire en vertu des conventions matrimoniales, même à l'égard des tiers; dans ce cas, la validité de la mainlevée dépend de la validité du paiement. Il en serait de même, à notre avis, si la clause d'emploi était stipulée par le donateur ou le testateur; ceux qui donnent peuvent attacher à leur libéralité la condition que le mari devra faire emploi et ne pourra consentir la radiation qu'après avoir fait l'emploi déterminé. On a objecté que, s'il en était ainsi, il dépendrait du disposant de rendre le bien inaliénable. Non, la clause d'emploi n'est pas l'inaliénabilité (1). Quant à la question de savoir si l'inaliénabilité peut être stipulée par les époux ou imposée par le donateur ou testateur, nous l'avons examinée aux titres des *Donations* et du *Contrat de mariage*.

217. Un jugement prononce la séparation de corps et de biens; les époux liquident leurs droits et, notamment, les reprises de la femme. Puis le mari requiert la radiation de l'inscription prise par la femme sur ses biens, en déposant, à l'appui de sa demande, un extrait du procès-verbal portant liquidation des reprises de sa femme. Le conservateur exige que le mari lui remette une expédition du jugement. Refus du mari, et arrêt de la cour de Rouen qui lui donne gain de cause. Sur le pourvoi, la décision a été cassée, et elle devait l'être. Pour que la femme puisse donner mainlevée de son inscription, il faut qu'elle soit séparée de biens et qu'elle ait reçu ce qui lui est dû pour ses re-

(1) Martou, t. III, p. 265, n° 1202, d'après un arrêt de la cour de Rouen du 16 décembre 1850.

prises; or, l'extrait du procès-verbal de liquidation ne fournissait pas cette preuve; donc, pour mettre sa responsabilité à couvert, le conservateur était en droit d'exiger le dépôt à son bureau d'une expédition du jugement qui avait prononcé la séparation et ordonné la liquidation des reprises de la femme (1).

218. La radiation des inscriptions prises au nom des sociétés de commerce soulève aussi des questions de capacité. Il faut que celui qui, au nom de la société, consent la mainlevée ait la capacité de le faire; il doit donc produire l'acte social, si c'est dans cet acte qu'il puise son pouvoir, ou le mandat authentique et spécial qui lui a donné le droit de consentir la radiation sans qu'il y ait paiement. Sur ce point, il ne saurait y avoir de doute. C'est l'application de la loi et des principes que nous avons établis plus haut (n°s 172 et 173) (2).

Si l'acte de société ne contient aucune clause à cet égard, on reste sous l'empire du droit commun; partant, l'administrateur qui a consenti la radiation sans un mandat spécial devra prouver, par quittance authentique, que la dette est éteinte; car c'est seulement dans cette hypothèse qu'un simple administrateur a qualité pour consentir une radiation. Il y a des décisions en sens contraire de la cour de Bruxelles, nous les avons déjà signalées; il est inutile de les combattre, Martou l'a fait, et sa critique est irréfutable (3).

S'il s'agit d'une société en nom collectif, l'un des associés a qualité pour consentir seul la mainlevée d'une inscription hypothécaire que lui seul avait prise, au nom de la société, sous la raison sociale. La cour de cassation l'a jugé ainsi, par le motif que les associés étaient tenus solidairement de l'exécution des engagements pris par l'un d'eux; le conservateur n'avait donc aucun risque à courir, les associés n'ayant pas d'action contre lui. Or, c'est seulement à raison de sa responsabilité qu'il a le droit de s'assurer de la capacité de ceux qui consentent la radiation; ce

(1) Cassation, 18 mai 1852 (Dalloz, 1852, 1, 175).

(2) Martou, t. III, p. 273, n° 1212, et note 2.

(3) Martou, t. III, p. 269 et suiv., n° 1209.

qui est décisif (1). L'arrêt attaqué le décidait ainsi, mais par d'assez mauvaises raisons que la cour s'était appropriées en adoptant les motifs du premier juge; la cour de cassation ne reproduit pas ces motifs, de sorte qu'il est inutile de les discuter.

219. Il arrive assez souvent que les actes de société sont modifiés; ces modifications doivent être transcrites et publiées au tribunal de commerce. Le conservateur peut-il demander qu'on lui représente l'acte qui constate ces modifications? Cela nous paraît certain, et nous ne voyons pas pourquoi l'on se contente d'un certificat du greffier constatant que les pouvoirs de celui qui a consenti la radiation n'ont pas été modifiés (2). La cour de Caen est allée plus loin; le greffier ayant refusé le certificat qu'on lui demandait, la cour s'est contentée d'un acte de notoriété (3). Cela est tout à fait en dehors de la loi; il y a un acte, le conservateur a droit et intérêt à le connaître; dès lors s'il l'exige, le requérant doit le représenter.

220. Un légataire universel institué par acte authentique reçoit le remboursement d'une créance inscrite au nom du testateur; il consent la radiation de l'inscription. Le requérant produisait l'acte authentique de quittance et l'expédition du testament. Le conservateur, se fondant sur une instruction de l'an x, exigea un acte de notoriété constatant qu'il n'y avait point d'héritiers à réserve. Cette prétention a été admise par la cour de Liège; l'arrêt donne un assez singulier motif, c'est que le conservateur n'avait pas de relations personnelles avec la famille du défunt (4). Eh, qu'importe? Il y avait une question de droit à examiner. Comme il ne se présentait pas d'héritiers à réserve, le légataire universel avait le droit de recevoir les créances héréditaires et de donner mainlevée, ne fût-ce qu'en qualité d'héritier apparent. La responsabilité du conservateur était donc à couvert. Et en supposant qu'il pût encore être

(1) Rejet, 19 août 1845 (Dalloz, 1845, 1, 347).

(2) Amiens, 31 décembre 1851 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 2699, 7°) Martou, t. III, p. 273, n° 1212.

(3) Caen, 7 janvier 1852 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 2700, 3°).

(4) Liège, 3 décembre 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 56). En sens contraire. Cloes, t. III, p. 208, n° 356.

recherché, l'acte de notoriété ne l'aurait pas déchargé; car cet acte prouvait seulement sa bonne foi, et la question concernait le droit du légataire de recevoir, ainsi que le droit du conservateur. En principe, la décision n'est pas douteuse.

221. Les conservateurs des hypothèques se montrent très-exigeants, et le plus souvent les tribunaux leur donnent raison. Mais il leur arrive parfois d'être trop exigeants. On demande si, dans ce cas, ils doivent être condamnés aux dépens. Et comme les plaideurs téméraires peuvent être condamnés à des dommages-intérêts, on pourrait même demander si le conservateur est passible de dommages-intérêts quand il succombe. La jurisprudence est divisée en ce qui concerne les dépens; la plupart des arrêts se prononcent contre le conservateur, en le condamnant aux dépens. La question doit être décidée d'après les principes que nous avons établis au titre des *Obligations*. Le fait que l'on impute au conservateur est un quasi-délit. Or, il est tenu de ses quasi-délits, puisque la loi elle-même le déclare responsable. Quand l'est-il? Lorsqu'il y a une faute à lui reprocher. Y a-t-il faute par cela seul que le conservateur succombe? Telle est la difficulté. D'après le code de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens (art. 130); c'est une présomption de faute. Doit-on l'appliquer au conservateur? Il est dans une situation spéciale; s'il refuse de radier, c'est parce qu'il craint d'engager sa responsabilité en procédant à la radiation; il a donc un motif légitime de refuser et de plaider. Toutefois il peut dépasser les bornes d'une légitime défense en refusant de radier alors qu'il ne court aucun risque en radiant. Dans ce cas, il y a faute, et il en doit supporter la conséquence en payant les frais et les dépens.

La jurisprudence est en ce sens. Il a été jugé que le refus du conservateur, dans l'espèce, ne s'appuyant pas même sur un doute sérieux, il y avait lieu de le condamner aux dépens (1). La cour de Rouen a condamné le conservateur aux dépens, par le motif que les frais avaient été occasionnés par une résistance jugée mal fondée (2). De même la

(1) Rejet, 11 juillet 1843 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 4038).

(2) Rouen 13 janvier 1845 (Dalloz, 1845 4, 107).

cour de Metz, réformant, en ce point, le jugement de première instance, a décidé qu'il n'y avait aucun motif de ne pas appliquer au conservateur la règle de l'article 130 du code de procédure; dans l'espèce, le conservateur avait fondé sa résistance, non sur une fausse appréciation des faits, mais sur une fausse interprétation de la loi (1); et c'est là un des cas dans lesquels il y a faute, d'après les articles 1382 et 1383, le conservateur étant, par la nature de ses fonctions, tenu de connaître le droit. La cour de Douai s'est montrée plus indulgente en jugeant que le conservateur ne devait pas être condamné aux frais, par la raison qu'il avait refusé d'opérer la radiation de bonne foi pour mettre sa responsabilité à couvert (2). Nous croyons que c'est dépasser la loi; la bonne foi n'empêche pas qu'il y ait fait dommageable; seulement quand l'auteur du fait est de bonne foi, il y a quasi-délit, tandis qu'il y a délit lorsqu'il est de mauvaise foi; or, le conservateur, comme toute personne, répond de ses quasi-délits.

SECTION IV. — Effet de la radiation et de la réduction.

§ 1^{er}. Principe.

222. La radiation, totale ou partielle, a-t-elle pour effet d'éteindre l'hypothèque en tout ou en partie? Il faut distinguer d'abord entre la radiation forcée et la radiation volontaire. Quand la radiation est ordonnée par les tribunaux en vertu de l'article 95 (code civil, art. 2160), l'hypothèque est éteinte, ou elle n'a jamais existé, car ce n'est que dans ces cas que les tribunaux peuvent ordonner la radiation totale. Quant à la réduction forcée de l'inscription, elle n'a lieu que pour l'hypothèque légale des mineurs et des femmes mariées (art. 60 et 72); et cette hypothèque subsiste toujours, malgré la réduction ou la radiation de l'inscription, puisqu'elle est fondée sur la loi et qu'il n'est pas permis aux incapables d'y renoncer, ni à ceux qui représentent les incapables.

(1) Metz, 13 décembre 1854 (Daloz, 1856, 2, 243).

(2) Douai, 8 juin 1841 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 2702).

Quant à la radiation volontaire, la question de savoir si elle éteint l'hypothèque dépend de la volonté des parties intéressées. Si le créancier exprime la volonté de renoncer à l'hypothèque, il y aura extinction de l'hypothèque: c'est le droit commun (art. 108; code civil, art. 2180), sur lequel nous reviendrons. D'ordinaire l'acte de mainlevée ne s'explique pas sur l'effet de la renonciation; alors il faut voir quelle a été l'intention du créancier. La renonciation peut être tacite; mais, toute renonciation étant de stricte interprétation, il faut que les faits d'où l'on induit la renonciation à l'hypothèque fassent connaître la volonté du créancier avec certitude, c'est-à-dire qu'on ne puisse pas leur donner une autre interprétation; dès qu'il y a doute, il n'y a pas de renonciation.

Nous trouvons un exemple d'une mainlevée emportant renonciation à l'hypothèque dans un arrêt de la cour de Bruxelles. Le créancier déclarait, dans l'acte de mainlevée, qu'il entendait conserver dans toute leur intégrité ses *droits* et son *inscription* sur les autres biens compris dans l'acte de constitution d'hypothèque; c'était reconnaître implicitement que la radiation qu'il accordait devait, quant aux immeubles auxquels s'appliquait la mainlevée, éteindre le droit hypothécaire en même temps qu'elle anéantissait l'inscription. Le contrat d'hypothèque confirmait cette interprétation; il affectait à la sûreté de la créance des biens situés dans les arrondissements de Dinant et de Mons, mais en stipulant que le créancier ne pouvait avoir hypothèque à la fois dans les deux arrondissements; or, postérieurement à la radiation par lui consentie, le créancier avait pris inscription sur les biens situés dans l'arrondissement de Dinant; c'était dire bien clairement que, par l'acte de mainlevée, il avait renoncé à l'hypothèque sur les biens situés dans l'arrondissement de Mons. Enfin, dit la cour, le but que les parties avaient en vue exigeait la renonciation à l'hypothèque, car les débiteurs voulaient vendre les biens quittes et libres; ce but n'aurait pas été atteint si le créancier s'était réservé son droit d'hypothèque, puisqu'il aurait pu prendre de nouvelles inscriptions; par suite les biens auraient toujours été grevés de charges hypothé-