

ce serait le cas d'appliquer la maxime : « *Obligatio sive actio semel extincta non reviviscit* » ; ou, comme le dit la loi 99, § 8 D. *de solut.*, « *In perpetuum sublata obligatio restitui non potest* (1). »

La raison en est que le débiteur, qui a donné une chose en paiement, n'est pas responsable des faits d'éviction qui surviennent postérieurement au contrat, ou par le fait de l'acquéreur. Pour que la transmission de propriété soit censée faite irrévocablement par le vendeur, il suffit que l'éviction ne provienne pas *ex causâ antiquâ et necessariâ*.

855. Mais l'hypothèque de l'ancienne créance revivra-t-elle à l'égard des tiers ?

Distinguons d'abord les tiers ayant hypothèque avant la dation en paiement, et les tiers ayant hypothèque postérieurement.

A l'égard des premiers, donnons une hypothèse. Je supposerai que l'hypothèque qu'on veut faire revivre est établie sur des biens autres que ceux donnés en paiement (2). *Putâ* :

J'ai hypothèque sur les biens A, B, C, appartenant à Titius, mon débiteur. Mon hypothèque est inscrite le 24 janvier 1824. Secundus a une hypothèque inscrite le 1^{er} janvier 1825, et Tertius une troisième hypothèque inscrite en février 1826. Le 1^{er} mars 1827, Titius me donne en paiement le fonds D ; mais Rémy, qui avait vendu cet immeuble à Titius, et qui n'en avait pas été payé, se pourvoit en résolution du contrat et m'évince. On sent l'intérêt que j'aurai à revenir armé de ma créance originaire, pour faire valoir mon hypothèque sur les fonds A, B, C. Mais Secundus et Tertius seront-ils fondés à me dire que mon hypothèque a été éteinte à leur égard, et qu'elle ne peut plus revivre ?

(1) V. aussi la loi 4, C., *De transact.*, et M. Toullier, t. 7, p. 360, n° 300.

(2) Ainsi il n'y a pas confusion.

Dans l'ancienne jurisprudence, cette question eut été décidée sans aucun doute contre Secundus et Tertius ; car, n'éprouvant aucun dommage de ma présence, ils se plaindraient sans grief, les choses se trouvant dans le même état où elles étaient lorsqu'ils ont contracté. Aussi voit-on que les auteurs décident, en général, que l'éviction fait revivre les hypothèques attachées à l'ancienne créance (1).

856. Cette solution s'autorise de ce qui avait lieu en matière de délaissement. Lorsque le créancier, qui avait reçu en paiement la chose sur laquelle il avait hypothèque, en était évincé, il redevenait créancier en vertu de l'obligation primitive, et reprenait son rang d'hypothèque au regard de tous ceux qui avaient hypothèque sur l'immeuble avant la dation en paiement (2). C'est ce que décide l'art. 2177 du Code Napoléon, ainsi qu'on l'a vu ci-dessus.

A la vérité, il n'est question ici que des droits d'hypothèque que le créancier avait, avant la dation en paiement, sur l'immeuble même qui lui a été donné en paiement ; au lieu que, dans la difficulté qui m'occupe en ce moment, les hypothèques qu'on veut faire revivre sont assises sur d'autres biens que celui donné en paiement. Mais les raisons de décider sont les mêmes pour l'un et l'autre cas. Elles se rattachent toujours au même principe, que la dation en paiement n'a pas été définitive.

857. Ce qui était ainsi décidé avant le Code Napoléon doit-il être également admis, depuis que l'hypothèque a été rendue publique et qu'elle est soumise à l'inscription ?

Je crois que les principes sont les mêmes. Pour les appliquer sous le Code Napoléon, on trouve un argument extrêmement fort dans l'art. 2177 du même Code. Néanmoins, il est certaines circonstances où l'on peut demander si les règles de la publicité ne les font pas plier.

(1) Renusson et Basnage, *loc. cit.*

(2) Loyseau, liv. 6, ch. 4, n° 14 et 15, et ch. 7, n° 7.

L'hypothèque doit être inscrite : c'est l'inscription qui lui donne un rang utile. Mais supposez que le débiteur, qui se croit libéré par la dation en paiement qu'il m'a faite, fasse radier mon inscription sur les fonds A, B, C. Il est possible que, me croyant payé et indemnisé, et ne prévoyant pas de chances d'éviction, je donne quittance pleine et entière, et que j'autorise même la radiation.

Dans ce cas, si je viens à être évincé, la radiation m'aura fait perdre mon rang ; et Secundus et Tertius, qui ne marchaient qu'après moi, me primeront.

C'est en vain que je prétendrais reprendre mon premier rang. En vertu de quoi pourrais-je m'y placer ? Je n'ai plus d'inscription dont je puisse me prévaloir.

858. Pour éviter cet inconvénient, le créancier, qui reçoit en paiement une chose sur laquelle il peut avoir des craintes d'éviction, fera bien de stipuler qu'il se réserve, en cas de péril, son hypothèque ancienne et son inscription, et qu'il n'en sera pas accordé radiation. Cette précaution revient à peu près à celle que Bartole conseillait de prendre sous l'ancienne jurisprudence : « Nota » ut solet apponi in contractibus dationis in solutum » clausulam, quòd si contingeret rem evinci, remaneat » actio in pristino statu (1). »

Mais remarquez bien que j'ai dit que le créancier évincé peut prendre une nouvelle inscription, à la date de laquelle il fera valoir son droit d'hypothèque ; car, si la radiation lui a fait perdre son rang, la dation en paiement ne lui a pas fait perdre son hypothèque (2).

Quid si l'inscription que j'avais à la date du 24 janvier 1824 est périmée depuis la dation en paiement ?

On doit décider que cette péremption m'a fait perdre mon rang ; je devais prévoir l'événement qui est arrivé ; et, en père de famille diligent, je devais renouveler mes

(1) Sur la loi *Elegantior*, D., *De pign. act.*

(2) *Suprà*, t. 3, n° 757.

inscriptions sur les immeubles A, B, C, pour la conservation de mon droit (1).

859. Maintenant voyons ce qui concerne les créanciers qui ont acquis hypothèque postérieurement à la dation en paiement.

Finge. J'ai sur les fonds A, B, C, une hypothèque inscrite le 24 janvier 1824. Le 30 avril 1825, Titius, mon débiteur, me donne en paiement le fonds D. Quelque temps après, il consent hypothèque sur les immeubles A, B, C, à Secundus et Tertius. Mais il arrive que je suis évincé du fonds D, *ex causâ necessariâ et antiquâ*. Pourrai-je alors faire valoir mon hypothèque contre Secundus et Tertius ?

M. Toullier décide que non (2). Cette opinion paraît être aussi celle de M. Grenier (3). Elle a été adoptée par un arrêt de la cour de Nancy du 5 mars 1827, que les recueils n'ont pas donné, mais que je puise dans les registres du greffe de cette cour.

Voici les faits : Petit-Bien avait été condamné à payer certaines sommes au sieur Garnier, par jugement de ventôse an XII et de juillet 1806. Garnier prit inscription à la date des 20 thermidor an XII et 7 août 1806. Pour se libérer, Petit-Bien passa, le 15 février 1811, à Garnier, un acte par lequel il lui donna en paiement un jardin situé dans la commune d'Uruffe, avec faculté de rachat pendant cinq ans.

Mais ultérieurement, Garnier fut évincé par l'effet de poursuites hypothécaires. Pour faire revivre ses droits anciens, il prit, en janvier 1823, une inscription, en vertu des deux jugements de ventôse an XII et de juillet 1806.

Maintenant il faut savoir que, par acte sous seing privé du 7 prairial an XII, Petit-Bien avait vendu au

(1) *Suprà*, t. 3, n° 842.

(2) T. 7, n° 307, p. 367.

(3) T. 2, p. 446, n° 502.

sieur Godefrin différentes pièces de terre et prés situés sur le ban d'Uruffe. Cet acte sous seing privé n'ayant pas foi contre les tiers, Godefrin obtint, au mois de décembre 1814, jugement qui condamnait Petit-Bien à passer un acte authentique. A cette époque, l'inscription prise par Garnier, le 20 thermidor an XII, sur les biens vendus par Petit-Bien, était déjà périmée; et celle prise par le même, le 7 août 1806, le fut bientôt après. Plus tard, Godefrin vendit à un sieur Bernard les biens qu'il avait acquis sur Petit-Bien. Mais, dans le courant de décembre 1824, Garnier, muni de son inscription de 1825, qui affectait tous les biens du débiteur, dirigea des poursuites en délaissement contre Bernard.

Bernard appela Godefrin en garantie. Celui-ci prétendit, contre Garnier, que la dation en paiement avait éteint ses droits hypothécaires, et que, par conséquent, il n'avait pu prendre une nouvelle inscription pour s'assurer le droit de suite. Il soutenait que l'éviction soufferte par Garnier n'avait pu faire revivre des droits définitivement éteints; et, pour prouver que Garnier en avait lui-même ainsi jugé, il disait qu'il n'avait pas renouvelé en temps utile ses anciennes inscriptions.

Ce système a été adopté par l'arrêt de la cour, dont on va lire les considérants.

« Attendu que, d'après l'art. 834 du Code de procédure civile, la faculté d'inscrire postérieurement aux aliénations ne peut appartenir qu'au créancier ayant hypothèque au moment de ces aliénations; que c'est à la date des 1^{er} et 12 décembre 1824 que les immeubles dont il s'agit ont passé, dans la forme authentique, entre les mains de Godefrin et de Bernard, son acquéreur, et qu'on en poursuit aujourd'hui le délaissement contre ce dernier, en vertu des anciennes hypothèques judiciaires qui s'attachaient aux jugements des 11 ventôse an XII et 21 juillet 1806;

» Mais, considérant qu'à l'époque des aliénations de 1814, ces hypothèques avaient cessé d'exister; que

» leur extinction avait été la conséquence de l'acte de dation en paiement du 15 février 1811, par lequel le débiteur originaire, pour se libérer des causes de ces hypothèques, avait vendu à son créancier Garnier le jardin désigné dans cet acte de dation en paiement;

» Considérant que, pour conserver les anciennes hypothèques en cas d'éviction, cet acte aurait dû au moins en contenir la réserve expresse et spéciale pour les cas d'éviction déterminés, notamment pour le cas d'éviction de cet immeuble par l'action hypothécaire, mais qu'on ne trouve dans l'acte de dation en paiement aucune réserve à cet égard; qu'aussi voit-on que Garnier, interprétant lui-même cet acte dans le sens de l'extinction complète de ses titres hypothécaires, a négligé de les conserver par le renouvellement de ses inscriptions, celle du 20 thermidor an XII étant déjà périmée avant les actes d'aliénation de 1814, et celle du 7 août 1806 l'ayant été peu de temps après; qu'alors, possesseur paisible, tant par lui que par son acquéreur, du jardin qui lui avait été donné en paiement, il a cessé pendant plus de cinq ans, depuis cette dernière péremption, de s'occuper de la conservation de prétendus droits hypothécaires qu'il savait éteints; qu'il ne s'en est pas occupé davantage lorsqu'il fut averti des dangers de l'éviction par l'action hypothécaire dirigée contre son acquéreur en 1824... Qu'ainsi, en résultat, les anciennes hypothèques de Garnier, anéanties depuis longtemps, non réservées pour le cas d'éviction survenu, ni conservées par des inscriptions, n'ont pu servir de base aux commandements et sommations des 17 et 28 décembre 1824. »

860. J'avouerai qu'il ne m'est pas possible de me rendre aux autorités que je viens de citer. Je ne vois pas pour quel motif on voudrait s'écarter, à l'égard des tiers, des principes posés par les lois romaines; ils sont avoués par la raison et par l'équité; et le système de publicité qui fait la base du régime hypothécaire ne peut y apporter

que quelques modifications légères dont je vais parler, et qui ne sont que des exceptions à la règle, loin d'en être la destruction.

J'examinerai d'abord la question à l'égard de ceux qui ont acquis, postérieurement à la dation en paiement, des biens grevés d'hypothèques que cette dation en paiement avait pour but de faire disparaître.

J'examinerai ensuite la question relativement aux tiers qui ont acquis hypothèque sur ces biens, postérieurement à la dation en paiement.

MM. Grenier et Toullier n'ont pas distingué ces cas. Ils ont parlé en général. Je crois devoir suivre une autre route.

861. La dation en paiement n'éteint la créance ancienne et ses accessoires que lorsqu'il y a translation irrévocable du domaine. « *Cum res est irrevocabiliter et incommutabiliter acquisita,* » comme disent les docteurs (1). C'est une règle qui ne peut être révoquée en doute, d'après tout ce que j'ai dit ci-dessus.

Mais, une fois la règle admise, il faut en subir toutes les conséquences; et ces conséquences doivent s'étendre non-seulement entre le créancier et le débiteur, mais encore aux tiers qui ont traité avec le débiteur. Les hypothèques, qui affectaient dans l'origine les biens postérieurement vendus à des tiers, n'ont été abandonnées par le créancier qu'à la condition tacite que ce qui lui a été donné en paiement lui serait irrévocablement acquis. C'est aussi à cette même condition que le débiteur a transmis ses droits aux tiers: il n'a pu leur transférer que les droits qu'il avait lui-même. La clause inhérente de la réapparition de l'hypothèque dans le cas prévu, affectait les immeubles, qui n'étaient libres que conditionnellement. Cette clause les a suivis, en quelques mains qu'ils soient passés: c'était une clause résolu-

(1) V. Tiraqueau, *De retract. gentil.*, § 1, glos. 7, n° 70, et les nombreux auteurs qu'il cite. V. *suprà*, n° 852, *in fine*.

toire de l'affranchissement des biens; et l'on sait que les conditions résolutoires sont réelles, et qu'on peut les exercer contre les tiers. Il me semble que je suis ici dans les véritables principes.

862. Mais, dit M. Toullier (1), d'après l'art. 1165 du Code Napoléon, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Or, le contrat de novation, qui contient la clause résolutoire, est étranger aux tiers qui n'y étaient pas parties. Donc, la clause résolutoire leur est également étrangère.

Mais, si je ne me trompe, cette raison ne signifie absolument rien; car, si le contrat de novation est étranger aux tiers, comme le dit M. Toullier, il faudra donc en conclure qu'ils ne peuvent s'en prévaloir pour soutenir que les anciennes hypothèques sont éteintes; car c'est un principe que « *res inter alios acta tertio non nocet* » *NEC* » *PRODEST.* » Est-il possible de scinder le contrat, et de faire que les tiers demeurent simplement étrangers à la clause résolutoire, qui les gêne, tandis qu'ils se prévaudraient des dispositions principales de l'acte pour prouver la libération?

Au surplus, il est faux de dire que les créanciers postérieurs soient étrangers à la clause résolutoire. Ils sont les ayants-cause du débiteur; ils n'ont d'autres droits que ceux qu'il avait lui-même.

M. Grenier (2) s'est placé sur un autre terrain pour combattre les principes anciens auxquels je me rallie. Il prétend qu'ils sont incompatibles avec la publicité de l'hypothèque, qui fait la base de notre législation actuelle. Mais je vais prouver que M. Grenier est dans l'erreur.

En effet, trois cas peuvent se présenter; et pour les faire mieux saisir, je reviens à l'exemple que je posais plus haut, au numéro 855. On supposera qu'après

(1) T. 7, p. 565.

(2) T. 2, 2, p. 446.

la dation en paiement, le débiteur a consenti vente à Secundus et à Tertius des immeubles A, B, C.

863. Il est possible, en premier lieu, que, malgré la dation en paiement, j'aie laissé subsister mon inscription du 24 janvier 1824. Dans ce cas, de quoi pourront se plaindre Secundus et Tertius lorsque je viendrai, en cas d'éviction, faire valoir mes droits anciens en vertu de cette inscription ? A l'époque où ils ont acquis, ils ont vu cette inscription chez le conservateur ; ils ont su qu'elle grevait les immeubles A, B, C. Ainsi, la publicité, loin de contrarier les principes anciens, fait que dans cette hypothèse ils reçoivent une nouvelle force de la circonstance que la fraude est impossible.

Dans l'espèce jugée par la cour de Nancy, l'une des inscriptions du créancier était encore subsistante au moment de l'acquisition faite par Godefrin. Il avait dû tenir compte au moins de celle-là. Je ne vois pas que la publicité, dont on parle tant, ait le pouvoir de faire plier ici les anciens et véritables principes.

864. Il est possible, en second lieu, que, dans la fausse persuasion que je suis irrévocablement payé, je consente à la radiation de mes inscriptions. C'est ici que M. Grenier s'écrie : « Si l'inscription était une fois radiée, l'hypothèque disparaîtrait. » Mais pas du tout, en vérité ; la radiation fait disparaître l'inscription ; elle fait perdre le rang ; mais le droit hypothécaire reste intact, tant qu'il n'est pas survenu une cause d'extinction qui l'affecte (1). Etant donc évincé, je pourrai prendre une nouvelle inscription, qui, à la vérité, ne me donnera rang que du jour où je l'aurai prise, mais qui, du moins, fera revivre mon droit de suite contre les tiers acquéreurs qui n'auront pas purgé.

Vainement dirait-on que Secundus et Tertius, ayant trouvé mon inscription radiée, ont pu penser que je n'avais pas de droit, et que ce serait pour eux une surprise

(1) *Suprà*, t. 3, n° 737.

s'ils me voyaient revenir pour faire revivre un droit que j'avais cru moi-même anéanti.

Cette raison serait bonne, en effet, si le système du Code Napoléon n'eût pas été changé par les art. 834 et 835 du Code de procédure civile. Sous le Code Napoléon, la vente purgeait toutes les hypothèques non inscrites au moment de l'aliénation. On ne pouvait pas prendre inscription après. Ainsi mon inscription étant radiée lors de l'acquisition faite par Secundus et Tertius, ils auraient reçu les fonds A, B, C, francs et quittes de mon hypothèque.

Mais il n'en est plus de même par les art. 834 et 835 du Code de procédure civile. L'acquéreur ne doit plus se fier à l'absence des inscriptions au moment où il achète. Il est possible que le débiteur ait consenti beaucoup d'hypothèques sur les immeubles vendus, et que ces hypothèques ne soient pas inscrites. Elles ont la faculté de se montrer avec avantage pendant la quinzaine de la transcription. Il faut donc que l'acquéreur fasse transcrire pour savoir à quoi s'en tenir sur les hypothèques qui grevent le fonds acheté. Tant qu'il n'a pas rempli cette formalité, il ne peut que porter des jugements téméraires et faciles à démentir. Peu importe donc que Secundus et Primus aient trouvé que mon inscription était radiée lors de leur acquisition. Elle peut avoir été radiée pour des causes qui ne l'empêchaient pas de se reproduire. Primus et Secundus n'ont pu se rendre juges de mon droit. S'ils l'ont fait, ils ont agi avec une précipitation dont je ne dois pas supporter la peine. Ils devaient me mettre en demeure d'inscrire par la transcription. Ce n'est qu'autant que mon inscription n'aurait pas été réitérée dans la quinzaine, qu'ils pouvaient me considérer comme déchu. Ne l'ayant pas fait, je suis encore maître de m'inscrire, de même que je le serais si, ayant une hypothèque, je ne l'eusse pas fait inscrire du tout.

865. Il est possible, en troisième lieu, que j'aie laissé périmer mon inscription. Si elle est périmée avant l'ac-

quisition de Secundus et Tertius qui n'ont ni transcrit ni purgé, je pourrai la renouveler, sauf à ne prendre rang que du jour de ma nouvelle inscription. Je viens d'en dire la raison. Il y a même motif de décider pour le cas de péremption de l'inscription que pour le cas de radiation.

C'est ce que le sieur Garnier avait fait dans l'espèce jugée par l'arrêt de la cour de Nancy. Son inscription du 20 thermidor an XII était périmée lors de l'acquisition faite par Godefrin. Mais je crois que, l'éviction de la chose donnée en paiement ayant résolu l'acte de dation, il avait été fondé à prendre une seconde inscription en janvier 1823, sur Godefrin, qui n'avait pas transcrit, et à diriger contre lui des poursuites hypothécaires.

Que si la péremption de l'inscription était postérieure à l'acquisition, on devrait à plus forte raison permettre de la renouveler. Je pense donc que la cour de Nancy s'est encore placée hors des principes sur ce second point, en ne permettant pas à Garnier de renouveler l'inscription du 7 août 1806, qui n'était périmée que postérieurement à l'acquisition faite par Godefrin. Toutes les raisons que donne la cour pour établir que Garnier lui-même avait considéré son droit comme éteint, sont insignifiantes, lorsqu'il est facile de voir que Garnier n'avait négligé le renouvellement de ses inscriptions que parce qu'il se croyait irrévocablement payé, et que d'ailleurs, n'ayant pas été mis en demeure d'inscrire par la transcription, il était toujours à temps de le faire.

866. Maintenant examinons le cas où le débiteur a consenti hypothèque sur les biens qu'on pouvait croire libres par la dation en paiement.

La question se résout par les mêmes distinctions et les mêmes principes.

Par exemple, j'ai hypothèque inscrite le 20 janvier 1824 sur les fonds A, B, C; le 30 avril, Titius, mon débiteur, me donne en paiement le fonds B. En 1825, Titius accorde hypothèque à Secundus et Tertius sur le

biens A, B, C; mais je suis évincé, et je veux faire valoir mes droits originaires.

Si mon inscription du 20 janvier 1824 n'était pas radiée en 1825, quand Secundus et Tertius ont contracté avec mon débiteur, je les primerai en vertu de cette même inscription, dont ils auront eu connaissance lorsqu'ils ont eux-mêmes pris inscription.

Si mon inscription était radiée lorsqu'ils se sont fait inscrire, ils me primeront; je ne pourrai prendre rang qu'après eux; il en est de même si elle était périmée, ou si je la laisse périmer postérieurement à leur inscription sans la renouveler au bout de dix ans. Je n'aurai rang que depuis ma nouvelle inscription.

Mais si Secundus et Tertius n'avaient pas pris d'inscription lors de l'éviction dont je suis victime, et que j'eusse formalisé avant eux une nouvelle inscription pour remplacer l'ancienne qui était radiée ou périmée, je les primerai, et ils ne pourront pas m'appliquer la maxime: *Obligatio semel extincta non reviviscit*.

867. Lorsque l'immeuble donné en paiement est précisément celui sur lequel on prétend faire revivre l'hypothèque, la difficulté est résolue par l'art. 2177 du Code Napoléon, et c'est encore une nuance à laquelle n'ont pas fait attention MM. Grenier et Toullier. Cet article décide formellement, comme on l'a vu *suprà* (1), que l'hypothèque renaît.

C'est dans ce cas que s'est particulièrement expliqué Dumoulin (2). Et lorsque M. Grenier dit que l'opinion de ce jurisconsulte est incompatible avec le nouveau système hypothécaire, il ne fait pas attention que l'art. 2177 l'adopte au contraire dans sa plénitude.

(1) T. 3, n° 841. V. une analogie dans mon Commentaire de la Vente, t. 2, n° 737.

(2) Sur Paris, t. 1, § 15, glose 5, n° 41 et suiv.