

En effet, lorsque le créancier, poursuivant son action hypothécaire pour le total de la dette, presse un héritier de le lui payer, il ne considère pas cet héritier comme obligé personnel, mais bien comme tiers détenteur, pour tout ce qui excède sa portion virile. L'héritier actionné par la voie hypothécaire ne doit directement que le délaissement, et les véritables conclusions du demandeur doivent tendre à obtenir le délaissement, *si mieux n'aime l'héritier payer le total*. Je reviendrai là-dessus en commentant l'art. 2170 et l'art. 2172.

Mais ce serait une grande erreur de s'imaginer que l'héritier est tenu hypothécairement sur ses propres biens. L'adition d'hérédité ne produit pas une hypothèque tacite sur les biens propres de celui qui accepte. Aussi Bartole a-t-il dit avec concision, d'après la loi 29, D. *De pignorig. et hypoth.* : « *Obligatio facta à defuncto non porrigitur ad bona hæredis.* »

Si le créancier hypothécaire veut avoir hypothèque sur les biens de l'héritier, il faut qu'il obtienne une condamnation contre lui, et encore cette condamnation ne donne-t-elle hypothèque que pour la portion virile de la dette dont l'héritier est tenu (1).

391. L'indivisibilité de l'hypothèque produit encore d'autres effets remarquables, que je ferai ressortir quand j'arriverai au rang des hypothèques entre elles, et quand je parlerai du concours entre les hypothèques générales et les hypothèques spéciales (2).

Enfin, l'on trouvera des exceptions au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque dans les art. 2143, 2144 et 1161 du Code Napoléon.

ARTICLE 2115.

L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi.

(1) Lebrun, *loc. cit.*, n° 33, 35.

(2) *Infrà*, n° 750 et suiv.

SOMMAIRE.

392. L'hypothèque est du droit des gens. Mais la manière de l'acquérir dépend du droit civil. Elle est donc subordonnée aux formes autorisées par la loi.
- 392 bis. L'étranger peut acquérir hypothèque en France en se conformant aux lois françaises. Raison de cela. Les formes organisées par le droit civil ne sont pas un obstacle à ce qu'un acte, qui est en lui-même du droit des gens, reste tel.

COMMENTAIRE.

392. Cet article a pour but d'indiquer que l'hypothèque dépend des formalités auxquelles la loi l'a soumise. En effet, quoique ce contrat soit en soi du droit des gens, puisqu'il est pratiqué chez toutes les nations civilisées (1), néanmoins la manière de l'acquérir est du droit civil, qui, mettant à l'écart les formes gênantes du nantissement, a permis que le débiteur restât en possession de l'objet qui sert de gage à la dette, ce qui est contraire aux principes rigoureux sur la tradition *De pignore, jure honorario, nascitur ex pacto actio*. L. 17, § 2, D. *De pact.* (2).

C'est pour cela que nous verrons plus bas (3) l'hypothèque dépendre de conditions plus ou moins différentes, depuis les Grecs jusqu'à nous. Tantôt c'est un écriteau placé sur l'héritage donné pour garantie ; tantôt c'est la saisine, la mainmise et la mise en possession ; tantôt c'est la solennité de l'acte public. A Rome, il fallait une convention, excepté dans certains cas déterminés. En France, tout acte public produisait hypothèque sur tous les biens présents et à venir, quand même la convention d'hypo-

(1) *Jus gentium*, dit Gaius, *quasi quo jure omnes gentes utantur*. *Inst. Comment.* 1, n° 1.

(2) *Pand.*, t. 1, p. 74, n° 28. Cujas, sur la loi 5, D. *De just. et jure*. Pothier, sur Orléans, t. 20, n° 9.

(3) Sur l'art. 2154.

thèque n'y était pas exprimée. Mais nul acte sous seing privé ne pouvait, par lui seul, produire hypothèque (1).

D'après le Code Napoléon, l'hypothèque doit être toujours expressément stipulée, à moins qu'elle ne soit judiciaire ou légale, art. 2127. Elle doit être rendue publique par l'inscription.

392 bis. Puisque l'hypothèque est en elle-même du droit des gens, il s'ensuit qu'un étranger peut acquérir hypothèque sur les biens situés en France, en observant les formalités prescrites à cet effet par les lois françaises (2). Peu importe que la forme de l'hypothèque soit réglée par les lois civiles. Car les rapports qui existent depuis longtemps de nation à nation ont mis les solennités des actes publics à la portée des étrangers, et ont établi un échange commode et facile de ces formes nationales, que la république romaine réservait avec une hauteur jalouse pour les seuls citoyens. C'est même pour les peuples modernes un sujet d'orgueil et une marque de supériorité, d'obliger les étrangers à se servir des formes spéciales établies dans l'étendue de la souveraineté dans laquelle ils contractent. Les formes sont donc passées, à l'égard des étrangers, dans le domaine du droit des gens, et elles n'empêchent pas, par conséquent, que l'acte qui par lui-même est hors du droit civil continue à rester à cette place.

ARTICLE 2116.

Elle est ou légale, ou judiciaire, ou conventionnelle.

ARTICLE 2117.

L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi. — L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte

(1) Pothier, Orléans, t. 20, n° 6.

(2) Merlin, t. 16, p. 550, col. 2, *infra*, n° 429 et 515 *ter*.

des jugements ou actes judiciaires. — L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions, et de la forme extérieure des actes et des contrats.

SOMMAIRE.

395. Renvoi.

COMMENTAIRE.

395. J'expliquerai toutes les difficultés qui se rattachent à ces trois genres d'hypothèques, et je ferai connaître leurs caractères, leur origine et leurs effets, lorsque je serai arrivé à chacune des sections qui leur sont relatives.

ARTICLE 2118.

Sont seuls susceptibles d'hypothèques,

- 1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles;
- 2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée (1).

(1) Cette nomenclature, dont l'insuffisance a laissé à la doctrine et à la jurisprudence le soin de résoudre des difficultés que la loi pouvait éviter, avait été étendue dans les projets qui étaient soumis à l'Assemblée législative lors des discussions sur la réforme hypothécaire. Voici ce que disait à cet égard la rédaction définitive qui avait été préparée pour la troisième lecture: « Sont seuls » susceptibles d'hypothèque: 1° les biens immobiliers qui sont » dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles; » 2° l'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de » sa durée, à l'exception de l'usufruit légal des père et mère; » 3° le droit du preneur à bail emphytéotique. Sont assimilés au » bail emphytéotique, le bail à vie sur une ou plusieurs têtes, et le » bail de trente ans ou plus, lorsque ces baux ne contiennent pas » la prohibition de céder le droit au bail ou de sous-louer; 4° les » concessions de chemin de fer, canaux, ponts et autres travaux