

n'est exclusivement profitable qu'au sol pour lequel il est établi (1).

On appuyait ce système des lois 11, § fin., et 121 D. *De pignorib. et hypothec.* C'était aussi celui de Cujas (2), de Vinnius (3) et de Pothier (4).

D'autres jurisconsultes, tels que François Ripa, ne faisaient aucune différence entre les servitudes *formales* ou *causales*, ni entre les servitudes rustiques et urbaines; ils tenaient indistinctement qu'on ne pouvait les hypothéquer, mais qu'on pouvait seulement hypothéquer la commodité de leur usage.

Dumoulin a traité cette question (5); il part du principe que tout ce qui peut être vendu peut être hypothéqué (6); et il tire la conséquence que toute servitude rustique ou urbaine, soit qu'elle soit établie ou à établir, pouvant être vendue ou remise au propriétaire du fonds servant, peut aussi lui être hypothéquée.

Mais un débiteur, qui emprunte de l'argent, ne peut donner à un tiers, son créancier, la servitude *tigni vel stillidicii, vel fluminis, seu rivi immittendi*, qu'il exerce sur la maison d'autrui. Car ces servitudes sont inséparables du fonds, puisqu'elles n'ont d'existence et d'utilité que pour lui. Elles ne peuvent être vendues sans le fonds dominant, elles ne peuvent donc être hypothéquées sans lui, et on doit dire la même chose, continue Dumoulin, des servitudes rustiques, dont l'utilité ne peut être cédée: *Hoc pariter locum habet in servitutibus rusticis ejusdem*

(1) Quis enim, exempli gratiâ, emeret servitutem tigni vel stillidicii debitam ædibus Titii? Nec enim usui aliorum ædium esse possunt quàm Titii (Cujas, lib. 68, *Pauli ad edict.*, l. 12, D. *De pignorib. et hypothec.*).

(2) *Loc. cit.*

(3) *Quæst. selectæ.*

(4) *Pand.*, t. 1, p. 565 et 566, aux notes.

(5) *Extric. labyrinth. divid. et ind.*, part. 3, n° 310 et suiv.

(6) *Loc. cit.*, n° 322.

*rationis, videlicet quarum nec commoditas quidem potest aliis cedi* (1).

Mais il est des servitudes rustiques dont l'utilité peut être cédée, par exemple un droit de passage ou d'aqueduc; plusieurs voisins peuvent en tirer avantage: dans ce cas, que devra-t-on décider? Pierre, qui a un droit de passage sur le fonds de Jacques, pourra-t-il l'hypothéquer à Paul, qui a un fonds voisin et à qui ce droit de passage peut être utile?

Il est certain, dit Dumoulin, qu'il ne le pourra pas malgré Jacques; car Jacques ne doit la servitude qu'au fonds dominant et pas à d'autre (2).

A la vérité, si Jacques y consent, Pierre pourra céder son droit de passage à Paul. Mais on ne pourra pas dire encore qu'il puisse le lui hypothéquer. En effet, ou la convention porte que Pierre s'abstiendra de passer, et que Paul passera seul, et alors il y a création d'une nouvelle servitude; c'est Jacques qui la constitue: ce n'est pas un droit d'hypothèque concédé par Pierre.

Ou bien la faculté de passer est accordée à Paul, comme simple faculté personnelle, et c'est un droit nouveau qui n'a rien de commun avec le droit de servitude de Pierre. Ce n'est donc pas un droit d'hypothèque, puisqu'il s'agit d'un droit, lequel *capit jus à Titio, à cujus solius consensu ea facultas pendet* (3).

En ce qui concerne les servitudes non encore établies, Dumoulin interprète ainsi qu'il suit la loi 12, D. *De pignorib. et hypoth.* « Je vous ai prêté 100 fr., et parce » que je désirerais avoir un passage par votre cour pour » aller de mon habitation à mon jardin, j'ai exigé de » vous ce droit de passage, jusqu'à la restitution de la » somme prêtée, et il a été convenu que si vous ne me » payiez pas à l'époque indiquée, vous me vendriez ce

(1) N° 331.

(2) L. *Ex meo*, D. *De servit. rust. præd.*

(3) Dumoulin, n° 336 et 337.

» droit de passage, ou que je le pourrais faire vendre  
» aux enchères aux individus ayant des fonds voisins. »

Ainsi, la stipulation de cette hypothèque est valable, et elle peut avoir lieu non-seulement pour les servitudes rustiques, mais encore pour les servitudes urbaines, suivant que les fonds supérieurs sont rustiques ou urbains (1). Car la servitude prend sa dénomination du fonds dominant (2).

402. J'en ai dit assez pour montrer sous quel point de vue cette question était envisagée par les anciens auteurs. Il est facile de voir que leurs distinctions sont sans application au droit actuel, et que l'on doit décider indistinctement que les servitudes ne sont pas susceptibles d'hypothèque, lorsqu'elles sont prises séparément du fonds dominant.

En effet, le but de l'hypothèque, d'après notre système actuel, est que la chose hypothéquée puisse être mise en vente, conformément au titre de l'expropriation forcée. Or une servitude n'est pas susceptible de saisie immobilière, elle ne peut être vendue par adjudication. Une vente par adjudication suppose que tout le monde puisse enchérir, et c'est ce qui ne saurait avoir lieu dans la vente d'une servitude; car ne pouvant avoir d'utilité que pour des fonds voisins, il n'y aurait tout au plus que quelques personnes peu nombreuses qui pourraient s'en rendre adjudicataires; de plus, elle ne pourrait être vendue qu'avec la permission du propriétaire du fonds servant; car la servitude n'est due qu'au fonds dominant seul. Si elle devenait l'apanage d'un autre fonds, ce ne serait plus la même servitude, ce serait un nouveau droit (3).

403. J'ai dit ci-dessus (4) que les droits d'usage, tels

(1) Dumoulin, n° 334.

(2) Idem, n° 333.

(3) *Suprà*, n°s 108 et 118.

(4) N° 108.

que pâturage, glandée, affouage dans les forêts, ne sont pas de nature à être grevés d'un privilège sur les immeubles. Ils ne sont pas non plus susceptibles d'hypothèque, quoiqu'ils soient droits immobiliers, et qu'ils aient par eux-mêmes une valeur indépendante; car ils manquent de ce qui fait le nerf de l'hypothèque, puisqu'ils sont inaliénables et incessibles (1). « Inutile omnino, dit Cujas, est pignus quod emptionem vel venditionem non recipit. Quò enim mihi pignus, si id distrahere non possum (2)? » On est étonné qu'une vérité si palpable ait échappé à M. Grenier, qui pense que les droits d'usage peuvent être hypothéqués (3). M. Proudhon ne s'y est pas trompé (4).

On doit dire la même chose du droit d'habitation (5).

404. Les fruits pendants par racines sont immeubles (6). Ils sont donc frappés de l'hypothèque tant qu'ils sont attachés au sol hypothéqué; c'est ce que portait expressément l'art. 3 de la loi du 9 messidor an III. Mais aussitôt qu'ils sont récoltés, ils deviennent meubles et échappent à l'hypothèque.

Quoique les fruits pendants par racines soient immeubles, il ne faut pas croire qu'ils puissent être hypothéqués sans le sol qui les porte. Car la qualification d'immeubles donnée aux fruits pendants par racines doit être restreinte aux cas de succession, et autres semblables (7). C'est ainsi que les fruits pendants sont saisis et vendus *comme objets mobiliers* par la voie de *saisie-brandon*, et le prix s'en répartit par la *voie de la distribution* (art. 635 du Code de procéd. civ.) C'est ainsi encore qu'il a été jugé que la vente d'une récolte pen-

(1) L. 11, D. *De usufr.*; art. 631 du Code Napoléon.

(2) Sur le liv. 68, *Pauli ad edict.*, loi 12, *De pignor. et hypoth.*

(3) T. 1, p. 297.

(4) *Usufr.*, t. 6, p. 13.

(5) Proudhon, t. 6, p. 59.

(6) Art. 520 du Code Napoléon.

(7) Lettre du grand juge du 11 prairial an 13. Sirey, 5, 2, 240.

dante par racines et faite avec abstraction de tout droit au sol, est une vente de choses mobilières qui, sous la loi du 11 brumaire an VII, n'avait pas besoin d'être transcrite pour être opposée à des tiers (1). Car les fruits d'un fonds ne sont censés en faire partie que lorsqu'ils sont compris dans le transport de la propriété, ou dans la saisie du corps immobilier dont ils font partie.

M. Merlin pense même que les futaies, quoiqu'immeubles à beaucoup d'égards, ne peuvent être hypothéquées sans le sol (2). Il en donne pour raison qu'elles ne peuvent être vendues que pour être coupées et séparées du sol, ce qui les rend meubles, et doit les faire assimiler à des fruits (tardifs à la vérité). En effet, si on pouvait hypothéquer une futaie sans le sol, il en résulterait, ou que jamais le propriétaire ne pourrait la faire couper, ce qui ne peut être; ou qu'en la faisant couper lorsque ses besoins l'exigeraient, il rendrait l'hypothèque inutile, et cela, sans que le créancier puisse s'en plaindre, car une futaie est faite pour être abattue; il doit s'imputer de s'être contenté d'un gage si fragile.

Au surplus, il ne faut pas confondre l'hypothèque donnée sur une futaie, avec une hypothèque donnée sur un droit de superficie. Ce dernier droit a par lui-même une valeur immobilière indépendante du sol. Il rapporte périodiquement des fruits utiles, et il survit à la récolte qui s'en fait.

Lorsque les fruits sont séparés du sol, ils sont meubles.

La jurisprudence a même décidé que les arbres, bois, taillis vendus à charge d'être coupés, sont meubles. La vente les mobilise par destination (3).

(1) Cassat., 10 vendém. an XIV. Sirey, 6, 1, 165. Dalloz, v° Choses, p. 456. Répert., v° Fruits.

(2) Rép., Hyp., p. 766, col. 1.

(3) Cassat., 26 janvier 1808. Dalloz, v° Choses, p. 457. Sirey, 9, 1, 65. Autre arrêt de la même cour du 9 août 1825. Dalloz, 26, 1, 4 et 5. V. *infra*, n° 777, les conséquences de ceci.

M. Persil (1) pense que les futaies non aménagées, ne faisant pas partie des fruits, ne peuvent être vendues ni coupées au préjudice de celui qui a hypothèque sur le sol; mais cette opinion me paraît souffrir difficulté. Sans doute la futaie non aménagée est considérée comme un capital en réserve que le propriétaire est censé mettre de côté pour ses besoins imprévus, et l'usufruitier ne doit pas plus y toucher qu'aux capitaux et aux immeubles; mais il n'en est pas moins vrai qu'il vient un temps où ces arbres doivent être coupés, et lorsque le propriétaire les vend, il les mobilise (2). Les créanciers

(1) Rég. hyp., t. 1, p. 249.

(2) Par contre, si ce temps n'était pas venu au moment de la vente, si le propriétaire avait vendu ses bois par anticipation, la vente ne les mobiliserait pas, et affectés au créancier ayant hypothèque sur le sol, ils se trouveraient compris dans la saisie immobilière faite postérieurement à la vente. C'est ce que la Cour de cassation a jugé le 10 juin 1841, au rapport de M. Mestadier (Sirey, 41, 1, 484). Mais je regrette que la Cour ne se soit pas renfermée dans cette circonstance décisive, à mon avis, que les bois, dans l'espèce, avaient été vendus avant l'âge où ils pouvaient ou devaient être coupés. Cela seul suffisait pour justifier la décision. L'arrêt a cru devoir dire en outre et d'une manière générale que des bois vendus, mais non encore coupés, restent affectés au créancier hypothécaire et sont compris dans la saisie immobilière faite postérieurement à la vente. En cela, l'arrêt, qui, d'ailleurs, dans sa généralité, ne s'accorde pas avec ceux des 26 janvier 1808 et 9 août 1825 cités à la note précédente, me paraît sujet à la critique. Car si la saisie immobilière a, par rapport aux fruits de l'immeuble, une certaine vertu d'immobilisation, c'est seulement, comme je le dis dans ce numéro même, à partir d'une époque que le législateur a pris le soin de déterminer: avant la loi du 2 juin 1841, c'était à partir de la dénonciation au saisi; depuis cette loi, c'est à partir de la transcription de la saisie. D'où suit que jusque-là le propriétaire a pu disposer de ses bois et les vendre; en sorte que s'il les a vendus, non pas dans les circonstances où intervenait l'arrêt du 10 juin 1841, mais sans fraude et à l'âge où ils pouvaient être coupés, il n'aura fait en cela qu'user d'un droit légitime; la mobilisation opérée par la vente prévaudra, et les créanciers hypothécaires saisissants n'auront pas à y contredire. Quelle que soit l'induction que l'on puisse tirer des termes trop généraux de l'arrêt précité, je m'arrête aux précédents établis par la Cour elle-même, et je crois fermement qu'il n'est pas entré dans ses vues de s'en écarter.

hypothécaires ne peuvent pas plus s'en plaindre qu'ils ne le peuvent de la vente des fruits de la récolte (1).

Lorsqu'un immeuble hypothéqué est saisi à la requête des créanciers, la saisie immobilise les fruits, et ces créanciers y ont droit dans l'ordre de leurs hypothèques (2).

Ce principe était écrit dans l'ancienne jurisprudence. Pothier (3) disait que l'ordre est le rang dans lequel le saisissant et chacun des opposants doivent être payés sur le prix de l'adjudication, et sur les revenus perçus depuis la saisie réelle par le commissaire.

Le Code de procédure dit en termes exprès : « Les fruits échus depuis la dénonciation au saisi seront immobilisés, pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèques (4). » On voit que c'est le même principe.

Il est encore répété dans l'art. 691 (aujourd'hui par les art. 684 et 685. Loi du 2 juin 1841). Dans le cas prévu par ce dernier article, le législateur a craint que le saisi ne fit disparaître les fruits ou loyers à son profit, au moyen de baux de complaisance qui contiendraient quittance anticipée de fermage pour toute la durée du bail (5).

Il veut par conséquent que le bail ait date certaine avant le commandement, c'est-à-dire avant que le débi-

(1) Je reviens sur cette difficulté, *infra*, n° 854.

(2) Arrêts. Nîmes, 28 janvier 1810 (S. 14, 2, 96). Cassat., 5 novembre 1815 (S. 14, 1, 6). Cassat., 5 juillet 1827 (Dall., 27, 1, 295. Merlin, Tiers détenteur, au Répert.). *Infra*, n° 698 et 776 à 778 bis.

(3) Sur Orléans, t. 21, n° 125, 124.

(4) M. Grenier, t. 1, n° 146. Tel était le texte de l'art. 689 du Code de procédure. Mais ce texte a été remplacé, depuis la loi du 2 juin 1841, par celui de l'art. 682 qui est ainsi conçu : « Les fruits naturels et industriels recueillis postérieurement à la transcription, ou le prix qui en proviendra, seront immobilisés pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque. »

(5) M. Grenier, t. 1, p. 500.

teur ne soit averti qu'on va procéder contre lui par la voie de l'expropriation. Si le bail n'a pas date certaine, les créanciers dont il lèse les droits et l'adjudicataire peuvent en demander la nullité. Si le bail a date certaine, les fruits sont immobilisés depuis la dénonciation faite au saisi (aujourd'hui, à partir de la transcription de la saisie, art. 685), et les créanciers y ont un droit par rang d'hypothèque (1).

404 bis. Les mines concédées sont immeubles ainsi que leurs accessoires. La loi les considère comme des propriétés spéciales, indépendantes du sol qui les couvre et susceptibles d'hypothèque par elles-mêmes. Mais d'après l'art. 7 de la loi du 11 avril 1810, les matières extraites sont meubles (2).

Il n'y a pas, dans la loi précitée, de dispositions qui fassent des minières et des carrières des propriétés *sui generis*, et indépendantes du droit de la surface. Néanmoins, rien n'empêche que le dessous ne soit séparé du

(1) Avant la loi du 2 juin 1841, il était nécessaire qu'une saisie-arrêt vint frapper les loyers ou fermages, afin d'empêcher le locataire ou fermier de payer entre les mains du saisi. C'est ce qui résultait de ces expressions de l'art. 691 : *Les créanciers pourront saisir et arrêter les loyers ou fermages, et dans ce cas, etc.* A défaut de saisie-arrêt, le locataire ou fermier se libérait valablement entre les mains du saisi. C'est ce qu'enseignait M. Thomine-Demazure, Commentaire sur le Code de procédure civile, t. 2, n° 766, et cela avait été décidé par un arrêt de Caen du 16 juillet 1854 (Sirey, 55, 2, 559. D. 55, 2, 180). Aujourd'hui, il n'y a plus matière à discussion; la situation est réglée nettement par la disposition finale de l'art. 685, aux termes de laquelle : « Un simple acte d'opposition à la requête du poursuivant ou de tout autre créancier vaudra saisie-arrêt entre les mains des fermiers et locataires, qui ne pourront se libérer qu'en exécution de mandements de collocation, ou par le versement des loyers ou fermages à la caisse des consignations; ce versement aura lieu à leur réquisition, ou sur les simples sommations des créanciers. A défaut d'opposition, les paiements faits au débiteur seront valables, et celui-ci sera comptable, comme séquestre judiciaire, des sommes qu'il aura reçues. »

(2) Loi du 21 avril 1810, art. 8 et 21. Dalloz, v° Mines, p. 58.

*dessus* par convention. Le droit de propriété se trouve alors scindé en deux droits secondaires, mais néanmoins immobiliers. Car le droit de *dessous* n'est pas moins immobilier que les droits qui, tels qu'emphytéose, superficie, usufruit, etc., affectent le *dessus*. Si donc un individu possède un droit à une *carrière*, à une *minière*, quoique le droit à la surface soit possédé par un autre, il aura un droit immobilier susceptible d'hypothèque. Ce droit n'est pas borné à telle ou telle exploitation, ce qui le rendrait immobilier, il est indéfini; il survit aux exploitations successives. Il a une stabilité qui le rend évidemment susceptible d'hypothèque (1).

La Cour de cassation a cependant décidé que la vente du droit d'exploiter pour un temps indéfini une carrière, est une vente *mobilière*. Pour arriver à ce résultat, elle a comparé cette vente à une vente de pierres à charge d'être *extraites* et mobilisées par destination (2). C'est, à mon avis, confondre l'effet avec la cause. C'est comme si on assimilait la vente d'un usufruit à la vente des fruits destinés à être coupés!!! Eh quoi! un droit d'usage est immobilier, et un droit à une carrière ne le serait pas!

405. M. Grenier pense qu'un immeuble possédé à titre d'emphytéose ne peut être hypothéqué. Il se fonde sur ce que l'art. 6 de la loi de brumaire an VII indiquait la jouissance par bail emphytéotique comme susceptible d'hypothèque, et que le Code Napoléon a gardé le silence à cet égard (3).

Mais cette opinion ne doit pas être suivie. Le Code

(1) Dans les projets de réforme, on avait étendu cette règle à toutes les concessions de chemin de fer, de canaux, ponts et autres travaux d'utilité publique, faites pour vingt ans ou plus, qui ainsi étaient déclarées susceptibles d'hypothèque. V. *Suprà*, p. 11, à la note.

(2) Cassat., rejet, 19 mars 1816. Sirey, 17, 1, 7. Dalloz, Choses, p. 462, 463.

(3) T. 1, n° 145.

Napoléon soumet à l'hypothèque les biens immobiliers qui sont dans le commerce. Cette disposition est générale et embrasse tout. Or l'emphytéose est un droit immobilier qui a une assiette fixe, comme l'usufruit, et qui, bien différent du simple bail, comprend une aliénation temporaire du domaine utile. Il n'y a donc pas de raison pour décider qu'il n'est pas susceptible d'hypothèque.

A la vérité, M. Jolivet disait au conseil d'Etat dans la discussion de l'art. 2118 : « L'emphytéose n'a jamais » été susceptible d'hypothèque (1). »

Mais que penser de cette assertion en présence de l'art. 6 de la loi du 11 brumaire an VII, qui mentionnait expressément le bail emphytéotique parmi les droits susceptibles d'hypothèque?

L'emphytéose est soumise aux contributions publiques (2). Et cet impôt profitait pour la jouissance des droits électoraux (3). L'emphytéote peut exercer l'action possessoire (4). Il est saisi d'un démembrement très-important du domaine. Il peut donc hypothéquer son droit (5). C'est ce qui a été jugé par la cour de Paris le 10 mai 1831 (6), confirmé par arrêt de la Cour de cassa-

(1) Conf. du Code Napoléon, t. 7, p. 165.

(2) Avis du conseil d'Etat du 2 février 1809.

(3) Favard, Législ. élec., p. 39.

(4) Arrêt de la Cour de cassat. du 26 juin 1822, Dalloz, Act. possess., p. 235 et suiv.

(5) Arg. de la loi du 8 novembre 1814, art. 15.

(6) Dalloz, 31, 2, 121. M. de Vatisménil, jadis l'une des lumières de la Cour de cassation, avait fait, dans cette cause, un mémoire qui mettait cette vérité dans tout son jour. V. encore dans le même sens, MM. Merlin, Quest., v° Emphytéose, sect. 5, n° 8; Persil, art. 2118, n° 5; Favard, v° hyp., n° 2; Proudhon, Usufr., t. 1, n° 97; Durantou, t. 19, n° 268; Championnière et Rigaud, t. 4, n° 3071.

Opinion contraire. Toullier, t. 3, p. 65. Delvincourt, t. 3, p. 185, note 1. Zachariæ, t. 1, § 198, n° 10. Voy. mon Commentaire du Louage, art. 1709 et 1711.