

patrimoine de l'héritier. Le créancier a donc cessé d'être créancier de la succession ; il n'est que créancier personnel de l'héritier.

Je sais bien que dans ce cas les autres créanciers, demeurés simples chirographaires, peuvent demander la séparation des patrimoines, s'ils y sont à temps. Par là, ils font sortir les biens héréditaires du patrimoine des héritiers, et laissent les biens personnels de ces derniers seuls responsables des condamnations obtenues contre eux (1). Alors le créancier, qui a obtenu les jugements, ne peut plus se prévaloir de la confusion des patrimoines, pour soutenir que son hypothèque s'étend aux biens héréditaires ; alors les créanciers chirographaires peuvent lui objecter avec raison le principe que la succession ne peut pas être plus grevée après la mort du débiteur, qu'elle ne l'était au moment du décès ; alors ils peuvent lui dire que le droit des uns et des autres, s'étant trouvé égal à l'époque de la mort du débiteur commun, doit rester le même : alors aussi je comprends la doctrine de M. Grenier et l'arrêt dont il se prévaut. Mais tant qu'on laissera la confusion dans les patrimoines, et qu'on n'usera pas du bénéfice de la loi, je ne pourrai me déclarer partisan de cette égalité parfaite dont on parle, égalité qui est incompatible avec l'effet que la loi attache à tout jugement de condamnation, et à l'acceptation pure et simple d'une succession (2).

Pour me résumer, je dirai donc : Oui, sans doute, la succession étant ouverte, les créanciers chirographaires peuvent empêcher l'un d'entre eux d'acquiescer hypothèque sur les biens de la succession acceptée purement et simplement ; mais, pour cela, il faut qu'ils demandent

(1) Arg. d'un arrêt de la Cour de cass. du 9 décembre 1823. Den., 23, 1, 500.

(2) Le sentiment que j'exprime ici a été soutenu devant la Cour de cassation par M. l'avocat général Laplagne-Barris, et embrassé par M. A. Dalloz (v. D. 33, 1, 553, note 4). C'est une raison de plus pour que j'y persiste.

la séparation des patrimoines ; sans quoi, le créancier porteur d'un jugement contre les héritiers acquerra hypothèque pour leur part et portion sur les biens de la succession, qui sont devenus leurs biens propres par l'effet de l'adition.

Et voilà pourquoi je trouve que l'arrêt de la Cour de cassation, du 19 février 1818, dont parle M. Grenier, a été mal rendu (1). Car les créanciers chirographaires n'avaient pas demandé la séparation des patrimoines. La Cour de cassation me paraît être rentrée dans les vrais principes, dans un arrêt du 9 décembre 1823 (2). Mais cet arrêt est intervenu dans une espèce un peu différente de celle qui m'occupe maintenant. Aussi je me contente d'en tirer pour la difficulté actuelle un argument et de simples inductions.

## SECTION III.

## DES HYPOTHÈQUES CONVENTIONNELLES.

## ARTICLE 2124.

Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent.

## SOMMAIRE.

- 460. L'hypothèque ne peut être consentie que par ceux qui ont capacité pour aliéner.
- 461. De la femme mariée sous le régime de la communauté. De celle qui est mariée sous le régime dotal. De celle qui est séparée de biens, ou marchande publique.
- 462. La nullité de l'hypothèque de la femme peut être opposée par elle, par son mari, par leurs héritiers et par les créanciers de la femme.

(1) M. Delvincourt est aussi de cet avis, t. 3, note 7 de la p. 158.

(2) Den., 23, 1, 500.



463. *Quid* si, après la dissolution du mariage, la femme venait à ratifier l'hypothèque par elle donnée sans autorisation ?
- 463 bis. Les communes et autres établissements publics ne peuvent hypothéquer sans ordonnance de l'empereur. Renvoi pour les mineurs.
- 463 ter. Si le mort civil peut hypothéquer. Ancienne jurisprudence. Droit romain. Dissentiment avec M. Merlin.
464. On ne peut hypothéquer la chose d'autrui. *Quid* si ultérieurement cette chose ainsi hypothéquée vient à appartenir à l'auteur de l'hypothèque ? Renvoi.

## COMMENTAIRE.

460. L'hypothèque, étant une aliénation d'une portion du domaine de la chose, ne peut être consentie que par ceux qui ont la capacité d'aliéner (1). Tels étaient aussi les principes de l'ancienne jurisprudence (2).

461. Je parlerai d'abord des femmes mariées.

Pour savoir si la femme mariée peut hypothéquer son bien, il faut distinguer si elle est mariée ou non sous le régime dotal.

Lorsque la femme n'est pas mariée sous le régime dotal, on trouve dans l'art. 217 le principe régulateur de la matière. « La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, *hypothéquer*, etc., sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit. »

A l'égard de la femme mariée sous le régime dotal, il faut distinguer ses biens paraphernaux d'avec les biens constitués en dot.

Les biens paraphernaux, d'après ce qu'on vient de voir

(1) Je me suis livré à plus de détails sur cette matière dans mon Commentaire de la *Vente*, n° 165 et suiv. — J'ajoute ici qu'il faut assimiler le liquidateur d'une société à un mandataire ordinaire, et lui refuser par suite le droit d'hypothéquer les immeubles sociaux pour des dettes de la société, à moins qu'il n'ait un pouvoir spécial à cet effet. *Sic* Cassation, 2 juin 1836 (Sirey, 36, 1, 673). — V. *infra*, n° 510.

(2) Basnage, *Hyp.*, ch. 3, n° 3.

par l'art. 217 du Code Napoléon, ne peuvent être hypothéqués qu'avec l'autorisation du mari (1).

A l'égard des biens dotaux, c'est-à-dire de ceux qui constituent le fonds dotal, la femme ne peut les hypothéquer, même avec la permission de son mari.

L'art. 1554 du Code Napoléon porte en effet : « Les » immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou » *hypothéqués* pendant le mariage, ni par le mari, ni par » la femme, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions qui suivent. »

Ces exceptions sont écrites dans les art. 1555, 1556, 1557, 1558. Je n'en dis pas davantage ici. Car les développements dans lesquels je pourrais entrer appartiennent moins à mon sujet qu'à la matière des dots. Je renvoie seulement à ce que j'ai eu occasion de dire ci-dessus, n° 436 bis (2).

On a demandé si la femme mariée sous le régime dotal, venant à obtenir la séparation des biens, *cum maritus vergit ad inopiam* (art. 1563 du Code Napoléon), peut hypothéquer le fonds dotal.

Il faut décider que, malgré la séparation, ou la restitution de la dot obtenue par la femme, la dot n'en conserve pas moins son caractère, et reste inaliénable ; car cette restitution n'est qu'une séquestration de la dot, une sûreté pour empêcher la dissipation du bien de la femme. Telle est l'opinion unanime des auteurs qui ont écrit sur le régime dotal (3).

(1) Art. 1576 du Code Napoléon.

(2) Et à mon Comment. du *Contrat de mariage*, n° 3340 et suiv. Je dois cependant indiquer une question qui a été diversement jugée ; c'est celle de savoir si la faculté stipulée dans le contrat de mariage d'*aliéner* l'immeuble dotal comprend, de droit, la faculté de *hypothéquer* : et je renvoie au même Commentaire, n° 3363 et suiv., où je traite dans tous ses développements cette question devenue célèbre.

(3) Olea, *De cessione jurium*, t. 3, q. 7, n° 22. Donadeus, *De renuntiatione*, c. 21, n° 40. Cassat., 19 août 1819. Sirey, 20, 1, 19. Dalloz, *Mariage* (contrat de), p. 347, note, n° 2. Grenier, t. 1, n° 85.



Je ne dois pas terminer ce qui regarde les femmes mariées, sans parler de la femme qui est marchande publique.

La femme marchande publique ne peut hypothéquer ses biens dotaux (art. 7 Code de commerce) ; car le principe de l'inaliénabilité de la dot ne cède devant aucune considération.

Mais, à l'égard de leurs autres immeubles, les femmes marchandes publiques peuvent les grever d'hypothèques (art. 7 Code de commerce).

C'est en ce sens, et avec les modifications résultant de l'art. 7 du Code de commerce, que doit être interprété l'art. 220 du Code Napoléon, dont la rédaction trop générale pourrait être la source de graves erreurs, si on s'attachait à la lettre plus qu'au sens et à l'esprit.

462. Lorsqu'une femme mariée, commune ou non commune, hypothèque ses biens sans l'autorisation de son mari, elle peut faire annuler cette hypothèque. Son mari a le même droit, ainsi que les héritiers de l'un et de l'autre (art. 225 du Code Napoléon.)

Mais on a agité la question de savoir si la nullité fondée sur le défaut d'autorisation pouvait être opposée par les créanciers de la femme. M. Toullier a soutenu la négative, sur le motif que c'est un droit attaché à la personne de la femme (1). Mais cette opinion inadmissible a été réfutée par les auteurs de la *Thémis* (2) et par M. Merlin (3) ; M. Toullier lui-même l'a plus tard abandonnée (4).

En effet, sans vouloir discuter ici cette question, je me bornerai à dire que des textes très-positifs établissent que le défaut d'autorisation peut être opposé par d'autres que la femme (5) ; ce n'est donc pas un droit personnel.

(1) T. 7, p. 167 et suiv.

(2) T. 6, p. 42.

(3) Q. de Droit, Hyp., p. 414.

(4) T. 7, p. 679, note 1.

(5) L. 18, §§ 5 et 19, Dig. *De minor. Arg.*, l. 5, C. *De temp. in integ. rest.* Art. 225 du Code Napoléon.

463. *Quid si*, après la dissolution du mariage, la femme venait à ratifier l'hypothèque par elle donnée sans autorisation ? Pourrait-on dire que l'hypothèque ne doit commencer à prendre existence que du moment de la ratification, ou bien que la ratification produit un effet rétroactif, jusqu'au jour de la première hypothèque ? Je traiterai ailleurs cette difficulté (1).

463 *bis*. Les communes, les hospices et autres établissements de main-morte ne peuvent hypothéquer leurs biens sans une ordonnance du roi (2).

Quant aux mineurs, voyez l'art. 2126, qui en traite spécialement.

463 *ter*. Les individus morts civilement sont-ils dans l'incapacité d'hypothéquer ? On peut dire en leur faveur qu'ils ne sont pas incapables des actes du droit des gens, qu'ils peuvent commercer, acheter des immeubles avec leur gain, et les vendre ; que par conséquent il semble qu'ils puissent hypothéquer (3). C'est ce qui avait lieu dans le droit romain.

« *Deportatus civitatem amittit, non libertatem : et speciali quidem jure civitatis non fruitur, jure tamen gentium utitur : emit enim et vendit, locat, conduit, permutat, sœnus exercet, et cœtera similia, et postea quæsitâ pignori dare potest.* » L. 150. *De inter. et releg. et deport.* (4).

C'est aussi le sentiment de Richer (5), et il est adopté sans discussion par M. Merlin (6).

Je ne crois pas devoir le partager. En France, l'hypothèque ne peut être établie que par une convention revêtue de formes solennelles et *du droit civil*. Ce n'est

(1) *Infrâ*, n° 487 et suiv.

(2) V. mon Commentaire de la *Vente*, n° 171 et suiv.

(3) J'ai dit *suprà*, que l'hypothèque est en soi du droit des gens, n° 392 et 392 *bis*.

(4) *Pand. de Pothier*, t. 3, p. 522.

(5) *Liv. 3*, art. 1, ch. 1, p. 205.

(6) *Répert.*, t. 17, *Mort civile*, p. 158.



pas comme chez les Romains, où elle s'établissait sans formalités. Dès lors je crois qu'il n'est pas possible qu'un mort civil vienne emprunter les formes du droit civil, pour en revêtir ses engagements. Qu'il soit admis à la participation de tous les actes qui, comme vente, échange, mandat, sont du pur droit des gens, et peuvent se passer des *formes civiles*; je le conçois et je l'admets. Mais il me semble qu'il répugne à la raison que le mort *civil*, qui est exclu de la société *civile*, lui demande le secours de ses solennités. Il n'y a, au surplus, aucune contradiction entre ce que j'ai dit ci-dessus de l'étranger (1), et l'opinion que je propose ici. L'étranger n'est pas mort civil: il se marie, il peut faire des donations, en un mot il participe à tous les actes du droit des gens, bien que le droit civil les ait soumis à certaines formalités spéciales. Mais le mort civil ne peut se marier, il ne peut faire des donations. Retranché de la communauté *civile*, tout ce qui emprunte quelque chose du *droit civil* me paraît lui devoir être interdit (2).

464. De même qu'on ne peut vendre la chose d'autrui, de même on ne peut hypothéquer une chose dont on n'est pas propriétaire.

Mais que faudrait-il décider, si ultérieurement cette chose venait à appartenir d'une manière légale à celui qui précédemment l'avait hypothéquée sans qu'il en fût propriétaire?

Sur cette question, qui partage les auteurs, voyez ce que je dirai sur l'art. 2129.

(1) Nos 392 et 392 bis.

(2) Les droits dont nous jouissons découlent de trois sources, du droit naturel ou des gens; du droit naturel ou des gens modifié par le droit civil; du pur droit civil. L'étranger n'est privé en France que des droits découlant du pur droit civil; mais le mort civil, placé à un degré inférieur, est exclu de toute participation aux droits organisés ou modifiés par le droit civil. Il ne peut prendre part qu'aux contrats laissés sous l'empire du pur droit des gens.

## ARTICLE 2125.

Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision.

## SOMMAIRE.

465. Cet article est fondé sur le principe que nul ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même.
466. Explication de la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.
467. Lorsqu'un héritier se fait restituer contre son acceptation, que deviennent les hypothèques qu'il a créées avant sa restitution en entier?
468. *Quid juris* des hypothèques constituées par l'héritier apparent? Le véritable héritier peut-il les faire annuler? Opinions diverses à ce sujet. Examen de la question d'après le droit romain et le droit français. Objections contre l'opinion de M. Merlin. Raisons différentes de celles de M. Toullier. Il faut décider que les hypothèques ne sont pas valables.
- 468 bis. Dans le cas où le donateur a déguisé la donation sous forme de vente, si le prétendu acquéreur a constitué des hypothèques pendant sa jouissance, elles doivent être résolues, si l'héritier à réserve fait réduire cette donation déguisée comme excessive. Dissentiment avec la Cour de cassation.
- 468 ter. Examen du cas où le droit de celui qui a constitué l'hypothèque est *suspendu* par une condition. Distinction entre la condition *suspensive* et la condition *résolutoire*. Conciliation de notre article avec l'art. 2129. Sens du mot *appartenir*.
- 468 quat. Application de ces principes au cas où celui qui a constitué l'hypothèque n'avait sur l'immeuble qu'un droit de réméré. Dissentiment avec M. Grenier.
469. Suite. Dissentiment avec un arrêt de la Cour de Besançon.