

surtout une décision de la Cour de cassation du 26 août 1833 (1), qui est de nature à assurer le succès définitif de mon opinion (2).

J'ai traité ce point de droit sous le rapport des aliénations. Mais, en prenant de la discussion à laquelle je me suis livré tout ce qui peut s'appliquer à la constitution d'hypothèque par l'héritier apparent, on verra que la solution doit être la même, et que les hypothèques créées par cet héritier doivent disparaître lorsque le véritable héritier se présente.

408 bis. Il s'est présenté une question voisine de la précédente.

Titius fait à Sempronius une donation déguisée sous la forme d'une vente. Sempronius constitue des hypothèques sur les biens qu'il reçoit par ce moyen, au profit des créanciers de bonne foi.

Mais après la mort de Titius, ses héritiers à réserve prouvent que la vente faite à Sempronius contient une donation déguisée, et la font réduire comme excessive. On demande si les hypothèques consenties *medio tempore* par Sempronius seront effacés par la réduction.

L'affirmative est clairement décidée par l'art. 929 du Code Napoléon, qui veut que les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction rentrent dégagés des hypothèques par le donataire.

Néanmoins la Cour de cassation (1) a décidé le con-

(1) Dalloz, 33, 1, 307.

(2) Arrêt conforme de la cour d'Orléans, du 27 mai 1836 (Dalloz, 36, 2, 149). — V. cependant Paris, 8 juillet 1833, et Toulouse, 21 déc. 1839 (Sirey, 33, 2, 455, et 40, 2, 168). — Mais la Cour de cassation a jugé avec raison, le 30 mars 1836 (Sirey, 36, 1, 506), que les hypothèques consenties par le propriétaire apparent, jouissant en vertu d'un acte public de vente, sont valables et conservent effet au profit des créanciers de bonne foi, vis-à-vis du propriétaire réel, qui ne puise son droit que dans une contre-lettre, titre toujours dépourvu d'effet à l'égard des tiers.

(1) Dall., 27, 1, 96. Arrêt du 14 décembre 1826. C'est un arrêt

traire, par la raison que les tiers avaient dû considérer Sempronius comme acquéreur à titre onéreux, en vertu d'un acte de vente publiquement exécuté, et que leur bonne foi devait les défendre de l'éviction résultant d'une décision postérieure à l'acquisition de leurs droits, et qui établissait que cette vente n'était qu'une donation déguisée.

Mais il m'est impossible d'adopter cette décision. Elle viole l'art. 929 du Code Napoléon non moins ouvertement que l'art. 2125. Elle attribue à la *bonne foi* des créanciers des effets destructifs des droits sacrés des légitimes ! C'est un véritable bouleversement (1) !

Supposez, par exemple, que Sempronius, au lieu d'hypothéquer, ait revendu. Les légitimes auraient donc dû respecter aussi les ventes, à cause de la bonne foi des sous-acquéreurs ? La Cour de cassation aurait donc repoussé les enfants en vertu des mêmes principes ! Mais avec cette jurisprudence, que deviendra le droit de légitime et la prohibition de disposer au delà d'une certaine quotité ?

Je pense qu'il serait digne de la haute mission de la Cour de cassation de tenir la main avec plus de fermeté au maintien des véritables principes du droit.

468 ter. Jusqu'à présent, je me suis occupé plus spécialement du cas où l'immeuble se trouvait dans les mains de celui qui a constitué l'hypothèque, mais y était cependant grevé d'une condition résolutoire qui pouvait l'en faire sortir. Telle est la position de l'héritier apparent, du vendeur apparent, de l'acquéreur qui a lésé le vendeur d'outre moitié, etc.

Mais notre article prévoit un autre cas : c'est celui où

de rejet. J'ai déjà signalé la tendance de la Cour de cassation vers les rejets. Je ne doute pas qu'elle n'eût rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui aurait décidé le contraire.

(1) Je trouve dans M. Tarrible (Rép., Hyp., sect. 2, § 3, art. 5, n° 5) une opinion conforme à la mienne sur le fond de cette question.

le droit sur l'immeuble est *suspendu* par une condition, ce qui suppose nécessairement que celui qui constitue l'hypothèque ne détient pas encore l'immeuble, ne l'a pas encore dans son domaine, et n'a qu'une espérance, qu'il y entrera.

Ainsi Titius me donne l'immeuble A, si tel vaisseau arrive des Indes. Je ne suis pas encore propriétaire : je ne le serai qu'autant que la condition se réalisera. Mais, en attendant, je pourrai constituer des hypothèques sur l'immeuble dont il s'agit; seulement, ces hypothèques suivront le sort de mon droit : si la condition arrive et que mon droit se consolide, l'hypothèque se consolidera aussi. Si, au contraire, la condition n'arrive pas et que mon droit s'évanouisse, l'hypothèque périra avec lui (1).

Ceci posé, il semblerait au premier abord que notre article est en opposition avec l'art. 2129, qui exige que l'immeuble *appartienne actuellement* au débiteur pour qu'il y constitue une hypothèque valable. On peut donc se demander s'il n'y a pas antinomie entre cette disposition et notre article, qui permet l'hypothèque d'une chose qui ne nous appartient que si telle ou telle condition se réalise. Mais ce sont là des scrupules exagérés. Il ne faut pas prendre le mot *appartenir* dont se sert l'art. 2129 dans un sens trop restreint (2) : « Verbum » *illud pertinere*, dit la loi 181, Dig. *De verb. signif.*, la-tissimè patet..... *pertinere ad nos etiàm ea dicimus* » quæ esse possint. »

468 *quat.* Ce que je viens de dire est en opposition avec l'opinion de M. Grenier (3), mais conforme à celle de M. Tarrible (4) et de M. Dalloz (5).

(1) Voy. *infra*, n° 471, la définition que Cujas donne de la condition.

(2) *Infra*, n° 520.

(3) T. 1, p. 524.

(4) Hyp., sect. 2, § 3, art. 3, n° 5.

(5) Hyp., p. 120, n° 6.

M. Grenier se pose cette espèce, que je formule de la manière suivante pour la rendre plus claire : Pierre est propriétaire de l'immeuble A, mais sous la condition résolutoire de le rendre à Jacques, si ce dernier parvient à sa vingt-cinquième année. M. Grenier pense que la faculté d'hypothéquer n'est attribuée qu'au *propriétaire actuel*, à Pierre, dont le droit est soumis à la condition ; mais que le propriétaire éventuel, Jacques, ne pourra hypothéquer, parce que ce n'est pas lui qui *détient l'immeuble*.

Pour arriver à cette conclusion, M. Grenier, qui a entrevu toute la force des expressions de notre article, « ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, » croit devoir leur donner une interprétation inouïe jusqu'à ce jour. D'après lui, Pierre, propriétaire actuel, a un droit qui n'est soumis qu'à une condition *suspensive!!! Il détient l'immeuble sous une condition suspensive!!!* C'est à lui que s'applique notre article. Quant à Jacques, il ne peut s'en prévaloir.

J'avoue que cette manière de qualifier les clauses dont il s'agit me frappe d'étonnement. Qu'est-ce qu'une *condition suspensive*? Toutes les notions les plus élémentaires me répondent que c'est celle qui *suspend* l'effet de la disposition jusqu'à l'événement d'un fait futur. Tant que l'événement n'est pas arrivé, tant que la condition est pendante, la chose n'est pas due (1); le créancier n'en jouit pas : elle est détenue par le débiteur (2). Le créancier ne peut en demander la délivrance que lorsque la condition est accomplie. Auparavant, il n'a qu'une espérance sur la chose, *spes est debitum iri*.

Est-ce là la position de Pierre? Loin que l'effet de son droit soit *suspendu*, Pierre jouit au contraire de tous ses avantages. Il détient la chose; il en recueille les fruits comme propriétaire; il n'a pas eu besoin d'attendre que

(1) L. 41, Dig. *De fond. et demonstr.*

(2) L. 52, § 1, *De leg.*, 2°.



l'événement de la condition fût arrivé pour demander la délivrance. La chose lui a été délivrée sur-le-champ. Il a bien plus qu'une espérance, puisqu'en réalité il retire actuellement tous les émoluments de la propriété. A la vérité, il y a bien quelque chose qui est *en suspens* dans la position de Pierre : c'est, non pas la *disposition*, puisqu'elle produit tous ses effets, mais la *résolution*, qui est *suspendue* sur sa tête, et qui dépend de tel événement incertain (1). Mais je pense que M. Grenier n'ira pas jusqu'à dire que cette circonstance fait que *le droit de Pierre est suspendu*; car c'est son *obligation* de rendre la chose qui est *suspendue*, tandis que son *droit de jouir* est *actuel*! Ainsi, ces expressions de notre article, « ceux » qui ont sur l'immeuble *un droit suspendu par une condition*, etc., ne le concernent ni dans ce que la clause a de *présent*, ni dans ce qu'elle a de *suspensif*.

Appliquez au contraire à Jacques la définition incontestable que j'ai donnée de la condition suspensive, et vous verrez que c'est lui dont le *droit* est *suspendu* par une condition de ce genre, et que M. Grenier a complètement changé les positions.

Quelle est donc la véritable condition qui affecte le droit de Pierre? C'est une condition *résolutoire*, c'est-à-dire celle qui ne suspend pas l'effet de la disposition, mais qui l'anéantit dans le cas d'un événement futur. Pierre a été saisi de l'objet donné, comme si la disposition eût été pure et simple : il peut en disposer; il en jouit comme le ferait un propriétaire : seulement son droit peut être anéanti, si l'événement se réalise.

Le droit de Pierre est donc soumis à une *condition résolutoire*. Le droit de Jacques est soumis à une *condition suspensive*.

Le droit du premier est réglé par ces expressions de notre article : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un » droit résoluble dans certains cas, peuvent, etc. »

(1) V. *infra*, n° 469.

Le droit du second est réglé par cette autre disposition du même article : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un » droit *suspendu* par une condition, etc. »

Tous deux peuvent hypothéquer. Seulement, l'hypothèque suivra les chances que la condition fera subir au propriétaire actuel et au propriétaire futur.

S'il était vrai que Pierre fût soumis à une condition suspensive, si l'on devait adopter l'interprétation de M. Grenier, il s'ensuivrait qu'on devrait effacer de notre article ce qui a rapport aux conditions résolutoires; il s'ensuivrait que toute condition résolutoire serait l'équivalent d'une condition suspensive, et que le législateur serait tombé dans un pléonasme inutile; tandis qu'au contraire il s'est servi de mots pleins de sens, et dont le but est de marquer la séparation profonde qui existe entre les conditions suspensives et les conditions résolutoires.

Concluons donc : ou l'on doit rejeter l'interprétation de M. Grenier et adopter celle que je propose, ou bien l'art. 2125 est dépourvu de portée dans ses premières dispositions.

469. C'est sous l'empire de ces préoccupations que M. Grenier a examiné la question de savoir si celui qui a sur un immeuble un droit de réméré ou de rescision peut l'hypothéquer. Il se détermine, comme de raison, pour la négative; mais les principes que j'ai rappelés me conduisent à une opinion diamétralement opposée, et conforme à celle de M. Tarrible (1).

En effet, le vendeur à réméré a sur l'immeuble un droit suspendu par une condition, un droit subordonné à l'exercice du droit de retour. Il peut donc constituer sur cet immeuble des hypothèques subordonnées à la même condition.

La cour de Besançon a cependant fait prévaloir l'opi-

(1) Hyp., sect. 2, § 3, art. 3, n° 5. Dalloz, Hyp., p. 420, n° 6, et 189, n° 3.

nion de M. Grenier, dans les considérants d'un arrêt du 22 novembre 1823 (1). Elle se fonde sur le principe que le vendeur n'a pas la propriété de l'immeuble; que cette propriété réside tout entière sur la tête de l'acquéreur; que le vendeur à réméré n'a pas dans l'immeuble de droit suspendu par une condition, parce qu'il n'y a pas de droit en suspens dans un contrat fait sous une clause résolutoire.

Ces motifs me paraissent sans solidité. Qu'importe que la cour de Besançon prouve que la propriété réside sur la tête de l'acquéreur? Qui nie cette circonstance? Par cela seul que le vendeur à réméré n'a sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, on reconnaît qu'il n'est pas propriétaire et qu'il n'a qu'une *espérance* pour le devenir. Mais d'après notre article, il n'est pas nécessaire d'être *actuellement propriétaire* d'une chose pour l'hypothéquer (2). On peut l'hypothéquer, même quand on n'a sur elle qu'un droit suspendu par une condition. A moins qu'on ne veuille dire avec M. Grenier, qu'en parlant des *conditions suspensives*, l'art. 2125 n'a entendu parler que de *conditions résolutoires*, et que les conditions résolutoires sont des conditions suspensives.

La cour de Besançon ajoute qu'il n'y a pas de droit en suspens, dans un contrat fait sous une condition résolutoire. Sans doute! à l'égard de l'acquéreur dont le marché est grevé d'une clause résolutoire, il n'y a rien de suspensif dans la convention. Il jouit, il cultive, il récolte, il agit, en un mot, comme propriétaire actuel. Mais l'acquéreur n'est pas le seul qui figure dans le contrat de vente à réméré. Il y a aussi le vendeur; et le simple bon sens dit que la clause qui, pour l'acquéreur, forme une disposition résolutoire, est en même temps,

(1) Dal., 186, 1, 44.

(2) Les mots : *actuellement appartenant* de l'art. 2129 ne sont pas synonymes, en effet, de ceux-ci : *être actuellement propriétaire*. *Suprà*, n° 468 *ter*, et *infra*, n° 510.

pour le vendeur, une disposition *suspensive*. L'acquéreur a promis au vendeur de lui rendre la chose, s'il exerce le réméré dans tel délai : c'est là pour le vendeur une condition suspensive. On n'a qu'à jeter les yeux sur le traité de Tiraqueau, *De retractu conventionali*, et l'on verra si, dans une foule de cas, il ne parle pas du droit de rachat comme d'un droit soumis à une condition, et, par conséquent, à une condition *suspensive*, puisque l'exercice en est *suspendu* par un événement futur (1). Rien de plus ordinaire dans les contrats, que ce mélange de dispositions qui contiennent pour les uns des clauses résolutoires, et pour ceux-ci des conditions suspensives. Nous en avons vu un exemple au numéro précédent. De plus, examinée en elle, la condition résolutoire contient toujours quelque chose de *suspensif*. La résolution y est *suspendue*; elle dépend d'un événement futur, qui peut la faire arriver. Mais il y a cette différence entre elle et la condition suspensive, que celle-ci suspend *la disposition*, tandis que celle-là suspend *la résolution* (2). Eh bien ! ce droit de résolution, qui est suspendu, ce droit de résolution, qui peut faire rentrer la chose dans les mains du vendeur, si tel événement se vérifie, ce droit est un de ceux dont parle notre article; et l'hypothèque est très-possible sur l'immeuble affecté de cette clause au profit du vendeur.

Au reste, la cour de Besançon n'avait pas à traiter en thèse cette question : il ne s'agissait pas de savoir si le vendeur à réméré avait pu valablement hypothéquer l'immeuble sur lequel il avait action. Pareille convention n'était pas intervenue; la seule question du procès était de savoir si le vendeur à réméré avait pu vendre son action sans que ses créanciers, ayant hypothèque générale, pussent se plaindre : ce qui était bien différent. On jugea,

(1) § 1, glose 2, n° 22, 50, etc.

(2) Cette remarque a été faite par Ricard, dans son *Traité des dispositions condit.*

avec raison, que les créanciers étaient sans qualité pour inquiéter le cessionnaire du vendeur; car la vente de l'action était vente d'une chose non atteinte par l'hypothèque; et quant à l'immeuble objet de cette action, l'hypothèque ne pouvait l'atteindre, puisque le débiteur ne l'avait pas fait rentrer dans son patrimoine (1). La condition à laquelle l'hypothèque était soumise ne s'était pas réalisée. Le pourvoi contre l'arrêt de la cour de Besançon fut rejeté par arrêt de la Cour de cassation, du 22 décembre 1825 (2). J'approuve cette décision de la Cour suprême; mais les considérants ne me paraissent pas tous irréprochables (3).

469 bis. L'héritier peut aussi concéder l'hypothèque éventuelle sur les biens qui pourront lui obvenir par le partage, mais qu'il possède encore par indivis. C'est ce que la Cour de cassation a reconnu, quoique cependant par formé d'énonciation, dans un arrêt du 6 décembre 1826 (4).

Ce que je dis d'un héritier s'applique à tout communiste quelconque.

Mais on conçoit que l'hypothèque ne peut dépasser la portion afférente par le partage (5). Le contraire avait lieu cependant dans le droit romain. Un fonds est commun entre Pierre et moi : je l'hypothèque. Malgré le partage intervenu plus tard, l'hypothèque subsistera indivisément sur la totalité de l'héritage, d'après les lois romaines (6), qui, se fondant sur la subtilité du droit, ne voulaient pas que le créancier qui avait un droit sur tout

(1) *Suprà*, n° 455.

(2) Dal., 26, 1, 45.

(3) Je reviens sur cette question dans mon Commentaire de la *Vente*, et j'y réfute un arrêt de la cour de Bordeaux du 5 janvier 1833, qui suit l'opinion de M. Grenier (V. le t. 2, n° 740).

(4) Dall., 27, 1, 85. *Suprà*, n° 289.

(5) V. cependant Cassat., 8 février 1847 (Sirey, 48, 1, 45).

(6) L. 6. § 8, Dig., *Com. divid.* L. 7, § dernier, *Quib. modis pignus*. L. 5, § dernier, Dig., *Qui potior*.

l'héritage, pût le perdre par le partage. « *Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecæ, divisione factâ cum socio, non utique eam partem creditori obligatam esse quæ ei obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso, pro parte dimidiâ manebit obligata.* »

En France ces lois ne sont pas suivies; on y tient depuis longtemps pour maxime qu'après le partage (1), l'hypothèque est fixée à la portion échue au débiteur (2). Il n'est pas juste que l'héritage de tous soit saisi pour la dette d'un seul; c'est ce qui résulte de l'art 2205 du Code Napoléon (3).

470. Je viens d'examiner le sort de l'hypothèque, quand elle se lie à un immeuble sur lequel le droit du propriétaire est *suspendu* ou *résoluble*.

Pour compléter cette matière, j'anticiperai sur l'article 2132, et puisque j'ai parlé de conditions, j'examinerai le sort de l'hypothèque quand elle se lie à une condition suspensive ou résolutoire, ou à terme.

(1) C'est donc avec raison que la cour impériale d'Aix a décidé, 25 janvier 1855 (Dalloz, 55, 2, 102; Sirey, 55, 2, 267) que le créancier sur la part indivise que son débiteur possède dans une succession ne peut être colloqué sur le prix de la vente des immeubles de cette succession, qu'autant que les droits du cohéritier débiteur ont été déterminés par un acte de partage.

(2) Je retrace les vicissitudes de ce point de droit dans mon Commentaire de la *Vente*, n° 11, 177 et 207.

(3) M. Grenier, t. 1, p. 553, 554. Le Code hollandais a érigé cette opinion en loi. L'art. 1243 est ainsi conçu : « La part indivise dans un immeuble commun peut être grevée d'hypothèque. » Après le partage de l'immeuble, l'hypothèque n'affectera que la partie échue au débiteur qui l'a consentie, hors le cas d'exception énoncé en l'art. 1405. » Cet article 1405 correspond à la première partie de l'art. 1167 de notre Code Napoléon (*Revue étrangère*, par M. Fœlix, t. 1, p. 647).

On sait, au surplus, que si, par l'événement du partage, le cohéritier débiteur se trouvait apportonné en meubles, les immeubles qui seraient tombés aux lots des autres copartageants seraient affranchis de toutes hypothèques du chef de leur cohéritier débiteur (Art. 885 du C. N.).

L'hypothèque, étant une convention accessoire à une obligation principale, doit en subir les modifications. Si l'obligation principale est pure et simple, l'hypothèque le sera aussi. Si l'obligation est conditionnelle, l'hypothèque sera subordonnée à la même condition.

Mais ceci exige quelques développements.

Une obligation peut être à terme ou conditionnelle.

470 bis. Voyons ce qui concerne le terme.

Comme le terme ne suspend pas l'obligation et qu'il retarde seulement le paiement, l'hypothèque portée au contrat aura tout son effet du jour même de ce contrat. La raison en est que l'obligation prend naissance à la date du pacte intervenu entre les parties, et que l'hypothèque, étant un accessoire de l'obligation principale, naît précisément avec elle, à moins de clauses contraires (1).

Cependant il y a une exception à cette règle.

Lorsqu'on obtient un jugement portant reconnaissance d'écriture d'une obligation sous seing privé avec terme, ce jugement, d'après les principes stricts, devrait produire hypothèque générale sur-le-champ, pour sûreté de l'obligation.

Mais on a vu ci-dessus (2) qu'une loi spéciale, celle du 3 septembre 1807, en a décidé autrement; j'en ai fait connaître les motifs.

471. Je passe à ce qui concerne les conditions.

Parmi les très-nombreuses espèces de conditions, on distingue principalement les conditions suspensives et les conditions résolutoires. Ce sont celles dont il est seulement nécessaire de s'occuper ici.

La condition suspensive est ainsi appelée parce qu'elle suspend l'obligation.

Lorsque la condition suspensive est pendante, l'obligation est suspendue.

(1) Voët, lib. 20, t. 4, n° 50. L. 1, Dig., *Qui potior*. Grenier, t. 1, n° 21.

(2) N° 443.

Lorsqu'elle arrive, l'obligation se vérifie, et, par un effet rétroactif, elle est censée avoir été pure et simple dès le commencement.

Lorsqu'elle manque, l'obligation manque avec elle, et c'est comme s'il n'avait jamais été contracté d'obligation.

Ce sont ces différents effets des conditions que Cujas a exprimés dans cette phrase remarquable par sa concision pleine de sens : « *Conditio est causa apposita legato, quâ existente legatum debetur, deficiente perimitur, suspensâ suspenditur.* »

472. Reprenons ces trois effets.

Lorsque la condition est encore pendante, l'obligation n'est pas encore née : le créancier n'a qu'une simple espérance, il n'y a pas encore de droit.

L'hypothèque reste donc suspendue de même que l'obligation.

Mais comme, malgré l'effet suspensif, le créancier peut prendre toutes les mesures conservatoires (1) de ses droits, il suit nécessairement de là qu'il pourra prendre inscription, parce que l'inscription n'est autre chose qu'un acte conservatoire (2).

C'est ce que le Code Napoléon a reconnu en termes positifs. L'art. 2134, que j'analyserai plus tard, dit que, *si la créance est conditionnelle pour son existence*, le créancier pourra requérir l'inscription.

Ainsi, si je stipule que vous me payerez 20,000 francs, sous l'hypothèque de l'immeuble Cornélien, si le bâtiment qui vous apporte des fonds arrive des Indes, je puis prendre inscription dès le jour du contrat, pour sûreté du paiement de la somme.

Si le bâtiment arrive, l'obligation devient pure et simple, et l'obligation rétroagit au temps de la convention, et mon inscription subsiste dans toute sa force.

Mais si le bâtiment n'arrive pas, parce qu'il fait nau-

(1) Ricard, Disp. cond., n° 185.

(2) *Suprà*, n° 365, 443 bis, art. 2132.

frage aux Indes, alors il n'y a plus d'obligation, et mon inscription devient sans effet; car, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

Ces principes paraissent simples, mais ils se compliquent souvent de circonstances qui donnent lieu à des exceptions, et apportent dans l'application de nombreux embarras.

Pour résoudre ces difficultés, il faut faire une distinction entre les conditions casuelles, les conditions potestatives et les conditions mixtes.

Je suppose qu'on connaît la définition de ces trois genres de condition.

473. Lorsque la condition est casuelle, c'est-à-dire qu'elle dépend du hasard, elle produit toujours un effet rétroactif. « Si conditio est casualis, existente conditione, » obligatio retrahitur, » dit Bartole, sur la loi *Qui Balneum*, D. *Qui potior in pign.* (1).

Voët s'en explique clairement : « Sed et secundò ob- » servandum, non existentis diei aut conditionis prin- » cipali obligationi adjectæ, sed hypothecæ constitutæ » tempus inspiciendum esse, si modò ea principali obliga- » tioni inveniatur apposita, quæ invito debitore impleri » potest (2). »

Ainsi, par exemple, si l'héritier donne hypothèque sur ses biens pour les legs qui sont dûs sous condition, il ne pourra hypothéquer ces mêmes biens à des tiers au préjudice des créanciers des legs, en sorte que si la condition se réalise, les légataires qui auront pris inscription dès le jour de la constitution d'hypothèque seront préférés aux créanciers postérieurs. Car, pour juger de l'existence légale de l'hypothèque, il ne faut pas considérer le jour où la condition casuelle est arrivée, mais le jour du contrat. Cet exemple est donné par Voët, *loc. cit.* Il est tiré de la loi 9, § 2, D. *Qui potior*.

(1) Ferrières, Cout. de Paris, art. 170, § 1, n° 28. Cujas, sur la loi *Qui Balneum*, D., § 1, *Qui potior*.

(2) Liv. 20, t. 4, n° 30.

Ainsi encore, Pierre donne hypothèque sur ses biens, moyennant une condition casuelle, d'où dépend l'obligation principale. Jacques, son créancier, prend inscription avant l'échéance de la condition. Postérieurement, Pierre hypothèque purement et simplement ses biens à François, qui prend inscription; et, quelque temps après, la condition se vérifie. Vainement François voudrait-il prétendre la préférence sur Jacques, sous prétexte que le droit de ce dernier dépendait d'une condition qui ne s'est vérifiée que postérieurement à son inscription. Car la condition, en se vérifiant, a donné un effet rétroactif à l'obligation conditionnelle : « Quia conditio existens » perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio in- » terposita est, sine conditione facta esset (1). »

474. Mais si l'obligation dépendait d'une condition potestative, alors l'hypothèque ne rétroagirait pas : elle prendrait seulement naissance du jour de l'accomplissement de la condition.

« Si conditio est casualis, existente conditione, obli- » gatio retrahitur, secùs, si potestativa, » dit Bartole, sur la loi 9, D. *Qui potior*.

C'est d'après cette seconde règle que Basnage a dit : « Si vous vous obligez de me payer 100 écus, lorsque » vous irez à Paris, en ce cas, comme il est en votre » liberté d'y aller ou de n'y aller pas, et que l'effet de » cette promesse dépend de votre seule volonté, et qu'il » est en votre pouvoir de me payer ou de ne me payer » point, parce que vous n'êtes obligé qu'en cas que vous » alliez à Paris, cette obligation ne commence d'être » que du moment que la condition est avenue, et par » conséquent, ne pouvant avoir un effet rétroactif, l'hy- » pothèque ne commence de naître que de ce temps-là, » l'obligation conçue en ces termes-là n'ayant non plus de

(1) Voët, liv. 20, t. 4, n° 30.