

» force que si l'on avait parlé en cette manière, *cùm volueris, aut si volueris* (1). »

A ces autorités, je ne puis m'empêcher de joindre celle de Cujas et de celle de Voët.

Le premier dit (2) :

« Pignus rectè contractum est, licèt nondùm cœpisset deberi ex stipulatione, quandò certum erat debitum iri, si existeret conditio, nec poterat *promissor* suo facto stipulationem infirmari, vel conditioni afferre impedimentum, videlicèt, si erat conditio collata in casum vel *in potestatem stipulatoris*, non in potestatem promissoris : nam si in *potestate promissoris*, non antè intelligitur contracta pignoris obligatio, quàm ipse promissor conditionem impleverit ; et cui res antè conditionem impletam fuerit obligata, *is potior erit*. Sed si fuerit *casualis* vel *in potestate stipulatoris*, pignoris obligatio *ab initio* consistit, et postea quàm exstiterit conditio, perindè erit atque si purè concepta stipulatio fuisset. »

Le second s'explique ainsi (3) :

« Quòd si ex adverso ea obligationis, cui dies aut conditio adjecta fuit, natura sit, ut invito debitore nasci nequeat, contrà dicendum fuerit, eum potiore fore, cui pignus tempore posteriore pro debito puro constitutum, antequàm conditio prioris obligationis exstisset ; veluti si, cum alio ante convenerit, ut, *si ab eo pecunia acciperetur, res ei obligata esset*, et fortè prius quàm numeraretur, alii res pignori data sit. Poterat enim *is*, qui ità priori pignus obligaverat, non accipere ab eo pecuniam, ac suâ habebat in potestate, an accipiendo se ei obstringat, adeòque, eo invito, neque conditio impleri potuisset, neque debitum nasci (l. 1,

(1) Hyp., ch. II. Arg. de l'art. 1174 du Code Napoléon. Il n'y a d'obligation valable que lorsque la condition est remplie. Voy. *infra*, n° 589.

(2) Sur la loi *Balneum*, Dig., *Qui potior*, § 1.

(3) N° 30.

» § 1, l. 9, § 1, l. 11, *Qui potior*). Quinimò ante numerationem, tempore medio, neque pura, neque conditionalis obligatio principalis suberat, sed tantùm spes fore ut principaliter contraheretur, *ac proindè necesse erat pignus quoque inane esse*, quippe quod, sine purâ aut conditionalis obligatione præcedente, subsistere non poterat... Nec suprâ dictis adversatur responsum Papiniani in l. 1, *Qui potior*. Cùm ibi facti species proponatur, quâ alius pro muliere dotem promiserat, et cum dotem reddi pactus esset, in restitutionis securitatem pignus à marito constitutum fuerat ; quo casu, licèt primâ facie videri posset, in arbitrio mariti esse, an et quousquè dotem accipiendo velit de dote reddendâ obligatus esse, exemplo ejus cui pecunia ex mutuo numeranda erat ; contrà tamen placuit eum non posse dotem promissam non acceptare ; neque enim marito promittendum erat id efficere, ut mulier minùs dotata sit, atque ità non suo tantùm juri, sed et uxoris favori renuntiare : undè, cùm hæc obligatio talis esset, ut et invito marito nasci posset, meritò ex ipso pignore constitui momento, jus prælationis pro dote tributum fuit. *Donell. De pignorib. cap. 12, vers. Prioris autem generis* (1). »

On voit par tout ceci quel est le fondement de cette doctrine. C'est que, l'obligation principale étant nulle lorsqu'elle est contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige (art. 1174 du Code Napoléon), l'hypothèque qui lui est accessoire est nulle : *inane est pignus*, dit Voët. Ce n'est que lorsque la condition vient à s'accomplir, qu'alors il commence à y voir un contrat sérieux ; ce n'est donc aussi que dès ce moment que l'hypothèque prend naissance.

475. Quant aux conditions mixtes, elles sont assimilées aux conditions casuelles (2). Elles produisent par conséquent un effet rétroactif.

(1) Je reviendrai, *infra*, n° 579, sur ce texte de Papinien.

(2) Basnage, ch. 12. Grenier, t. 1, n° 25.

Telle est entre autres la doctrine du savant Hofacker, professeur de l'université de Tubinge (1). « *Conditione* » verò obligationi principali adjunctâ, si quidem potestativa est, ante existentiam ejus, efficax non fit pignoris » constitutio : sin casualis vel *mixta sit*, efficaciam pignoris » habet ex tempore inite conventionis (2). »

476. Ces principes servent à résoudre les difficultés qui se présentent dans la pratique, sur la naissance des hypothèques, dans les obligations conditionnelles.

M. Merlin, *Questions de Droit*, v^o *Hypothèque*, § 5, pose la question suivante :

« Quel est l'effet de l'inscription hypothécaire prise » par Titius, sur un contrat passé devant notaires, entre » lui et un manufacturier, par lequel il s'est obligé de » fournir à celui-ci des matières brutes que le manufacturier s'est obligé, de son côté, de fabriquer pour le » compte de Titius, en lui affectant un immeuble pour » sûreté des matières, jusqu'à la concurrence d'une » somme déterminée? »

Après avoir hésité sur cette difficulté dans une première édition des *Questions de Droit*, M. Merlin convient, dans sa troisième édition, qu'il s'est trompé, et il décide que dans cette espèce l'hypothèque a pris naissance au jour de la convention. On doit en effet approuver cette solution.

C'est que, dans cette convention, l'hypothèque n'est soumise qu'à cette seule condition, *si Titius créancier livre les marchandises au manufacturier*. Or, cette condition, quoique potestative à l'égard de Titius, ne rend pas l'obligation nulle. Car Titius n'est pas le débiteur, et, d'après l'art. 1174 du Code Napoléon, l'obligation n'est infectée de nullité qu'autant qu'elle a été contrac-

(1) *Principia juris*, n^o 1206.

(2) Q. de Droit de Merlin, *Hyp.*, col. 2, p. 598, *ad notam*. *Infrà*, application de cette règle, n^o 580.

tée sous une condition potestative, de la part de celui qui s'oblige (1).

Ici, celui qui s'oblige, c'est-à-dire le manufacturier, est forcé de recevoir les marchandises. Il y a un *vinculum juris* dont il ne peut s'affranchir. Donc Titius aura pu prendre inscription sur lui dès le moment du contrat.

477. Mais par quel moyen le créancier, qui a fait les envois de marchandises, en justifiera-t-il le montant à l'égard des tiers? Faudra-t-il qu'il constate les livraisons par des actes authentiques? Pourra-t-il les prouver par des actes sous seing privé?

M. Persil pense que la justification doit se faire par acte authentique. M. Grenier est incertain sur la question (2). Mais c'est mal à propos qu'il cite M. Merlin comme conforme à l'opinion de M. Persil. Car cet auteur, revenant de sa première doctrine, enseigne positivement, dans la 5^e édition de ses *Questions de Droit* (3), que la justification peut se faire par des *actes sous seing privé*. « La loi, dit-il, exige l'authenticité dans le titre » constitutif de l'hypothèque; mais elle se borne là, et » pour étendre sa disposition jusqu'aux pièces nécessaires pour régler et liquider la créance ainsi hypothéquée, » il faudrait être législateur. » Je renvoie à ce que je dirai sur cette question sur l'article 2127 (4).

478. Que doit-on décider dans l'espèce suivante?

Pierre, banquier à Paris, promet à Jacques de lui ouvrir un crédit de 100,000 francs, et Jacques s'oblige par acte authentique à lui fournir une hypothèque spéciale jusqu'à concurrence des valeurs fournies. De quel jour doit compter l'hypothèque? Est-ce du jour du contrat, ou seulement des époques successives auxquelles ont été effectuées les avances promises (5)?

Cette stipulation d'hypothèque est évidemment sou-

(1) *Suprà*, n^o 474, texte de Cujas et de Voët.

(2) T. 1, n^o 27.

(3) *Hyp.*, p. 597, col. 2.

(4) N^o 508.

(5) V. *infrà*, n^o 656 bis.

mise à la condition, *si Jacques qui en est débiteur fait usage du crédit.*

Or, c'est là une question potestative de la part du débiteur : donc, l'accomplissement de la condition ne pourra pas produire d'effet rétroactif : donc, l'hypothèque ne prendra naissance qu'au fur et à mesure de paiements réalisés (1) ; ou bien si celui à qui le crédit a été ouvert en a usé en tirant des lettres de change, l'hypothèque ne se réalisera qu'au fur et à mesure des présentations à l'acceptation, qui font cesser la condition potestative et produisent un lien de droit définitif.

La loi 11 au D. *Qui potior*, en contient une décision formelle (2). « *Potior est in pignore qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio antè convenerat ut, si ab eo pecuniam acceperit, si res obligata, licèt ab hoc posteà accepit: poterat enim, licet antè convenit, non accipere ab eo pecuniam.* »

Aussi Voët rapporte-t-il qu'il a été décidé par les jurisconsultes de Hollande, qu'un cabaretier ayant hypothéqué sa maison pour sûreté de livraisons de bières qui lui seraient faites par un brasseur, l'hypothèque ne prenait rang que du jour où le cabaretier avait reçu les livraisons, et au prorata de leur valeur (3).

Il suit de là que, si le débiteur de l'hypothèque, avant de faire usage du crédit à lui offert, hypothéquait son bien à d'autres créanciers qui prissent sur-le-champ inscription, ces nouvelles hypothèques seraient préférables, et le débiteur ne pourrait les rendre sans effet en usant postérieurement de son crédit (4).

(1) Merlin, Q. de Droit, Hypothèque, § 3, n° 2. M. Sirey a aussi traité cette question dans son volume 14, 2, 58. Mais il faut se tenir en garde contre l'interprétation qu'il donne de la loi 1, Dig. *Qui potior*, dont on a vu le sens d'après Voët. *Suprà*, n° 474.

(2) Pand. de Pothier, t. 1, p. 569, n° 3, et les notes.

(3) *Ad Pand.*, *Qui potior*, n° 30.

(4) Toullier, liv. 3, ch. 4, n° 546. Merlin, Q. de Droit, p. 406, col. 1. Dall., Hyp., p. 204 et 205. Championnière et Rigaud, t. 2, n° 934; Coulon, t. 3, p. 236. — Ancienne jurispr. Domat, liv. 3, t. 1, sect. 1, art. 4. Pothier, Hyp., chap. 1, sect. 2, § 3.

Par exemple,

Pierre m'ouvre un crédit de 100,000 francs, par un contrat authentique du 25 mars 1826, et je lui promets une hypothèque sur ma terre du *Val d'Enfer*. Pierre fait inscrire son hypothèque le 25 mars 1826.

Avant que je fasse usage de ce crédit, j'hypothèque la même terre à Caius, qui prend inscription le 1^{er} avril 1826. Je ne reçois des sommes d'argent de Pierre qu'en juin même année. Nul doute que l'inscription de Caius ne le rende préférable à Pierre, lequel n'a pu prendre d'inscription valable qu'à compter des paiements par lui réalisés.

479. M. Grenier (1) pense cependant qu'il n'est pas exact de dire que l'hypothèque n'a commencé que du moment où j'ai puisé dans la caisse de Pierre, et que cette hypothèque doit remonter au jour du contrat. Car, dit-il, *le banquier qui ouvre le crédit est obligé d'en fournir le montant à son correspondant; et il cite la loi Qui dotem, 1, D. Qui potior.*

Mais M. Grenier oublie ici les principes qu'il a si bien professés (2), c'est-à-dire que quand l'obligation est soumise à une condition potestative de la part du débiteur de l'hypothèque, l'hypothèque ne commence que du jour de l'accomplissement de la condition. Or, il est certain que le correspondant n'a promis hypothèque que sous la condition potestative de sa part qu'il ferait usage du crédit. Il faut attendre que la condition se réalise par des paiements effectifs, ou par la présentation de lettres de change à l'acceptation, ou de toute autre manière équivalente, pour que l'hypothèque prenne naissance.

Qu'importe que le banquier soit obligé? Ce n'est pas lui qui est le débiteur de l'hypothèque. Il en est au contraire le créancier. M. Grenier me paraît confondre ici

(1) T. 1, n° 296. Joignez MM. Persil, Quest., t. 1, ch. 4; Favard et Villargues, dans leurs Répert., v° Hyp.; Pardessus, t. 4, p. 281.

(2) T. 1, n° 23.

deux personnes, qu'il faut soigneusement distinguer l'une de l'autre.

Quant à la loi *Qui dotem*, 1, au D. *Qui potior.*, qu'il me permette de dire qu'il n'en a pas bien apprécié l'esprit. Le débiteur de l'hypothèque sur la validité de laquelle *Papinien* avait à se prononcer était obligé, formellement et sans condition potestative, à recevoir la dot pour laquelle il avait promis hypothèque. On peut voir l'interprétation que Voët donne à cette loi, d'après la commune opinion. J'ai rapporté plus haut ses propres expressions (1).

M. Grenier me semble aussi dans l'erreur lorsqu'il croit que l'arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1814, qu'on trouve rapporté tout au long aux Questions de Droit de M. Merlin (2), est tout-à-fait décisif en faveur de son opinion.

Dans l'espèce de cet arrêt, Manoury avait ouvert un crédit de 100,000 francs au sieur Bonvoisin, qui lui avait hypothéqué son domaine de *Belle-Étoile*. Le 6 mai 1808, inscription au bureau des hypothèques.

Bonvoisin tire des lettres de change, qui sont acquittées par Manoury, jusqu'à concurrence de 97,208 fr.

Ce n'est que le 13 octobre 1808 que Bonvoisin consent des hypothèques à des tiers sur le domaine de *Belle-Étoile*.

Bonvoisin étant tombé en faillite, ces nouveaux créanciers prétendirent que Manoury était sans droit, et que son hypothèque était nulle, par la raison qu'à l'époque où elle avait été inscrite, le contrat n'était obligatoire pour aucune des parties.

Ce système fut successivement proscrit par la cour de Caen et par la Cour de cassation.

Et il devait l'être nécessairement, puisque, à l'époque où les nouvelles hypothèques avaient été créées, le débiteur avait fait usage de son crédit, et procuré par consé-

(1) N° 474, et Pothier, Pand., t. 1, p. 569, n° 2, et la note.

(2) V. aussi Dalloz, Hyp., p. 214 et 215, et la note, p. 205.

quent l'accomplissement de la condition potestative. Ainsi l'hypothèque de Manoury avait eu une existence légale avant que le droit des hypothèques postérieures ne fût encore né (1).

Il ne faut pas se dissimuler cependant que les motifs donnés par la cour de Caen et par la Cour de cassation rentrent dans le système de M. Grenier. Ces deux cours font abstraction de ce fait décisif, savoir, que la numération des deniers avait précédé l'hypothèque conférée aux tiers. Elles raisonnent comme si le contrat eût produit un lien de droit, non-seulement pour le prêteur, mais encore pour l'emprunteur, quand même celui-ci n'aurait pas encore fait usage de son crédit ! Mais, à mon avis, les principes s'opposent toujours à de pareilles assertions (2).

(1) C'est ainsi que M. Merlin interprète cet arrêt.

(2) Je dois dire cependant que la jurisprudence tend à les consacrer. Elle décide, en effet, que l'hypothèque conférée pour sûreté d'un crédit ouvert et accepté produit effet du jour du contrat, non-seulement quand les tiers n'ont acquis de droits qu'après la réalisation, comme avait fait la Cour de cassation par son arrêt du 28 janvier 1814 dont je viens de parler, mais encore quand les droits acquis par les tiers l'ont été avant la réalisation, mais après que l'inscription a été prise en vertu du contrat. V. Douai, 17 décembre 1855 (Sirey, 54, 2, 279) ; Paris, 20 août 1841 (Sirey, 41, 2, 541), et 50 mars 1842 (Sirey, 45, 2, 115) ; Aix, 29 mai 1841 (Sirey, 41, 2, 520) ; Besançon, 50 novembre 1848 (Sirey, 48, 2, 729) ; Cassation (motifs de l'arrêt), 21 novembre 1849 (Sirey, 50, 1, 91). — V. encore Agen, 3 janvier 1845 (Sirey, 45, 2, 405). — La cour de Rouen est allée même jusqu'à décider que l'hypothèque consentie pour garantie du montant d'un crédit ouvert pour une certaine somme, et jusqu'à une époque déterminée, continue de subsister, même pour les sommes fournies depuis cette époque par continuation du crédit et sans qu'il y ait eu alors compte arrêté. — Arrêt après partage du 19 janvier 1849 (Sirey, 50, 2, 138). Mais sur le pourvoi dont cet arrêt a été l'objet, la Cour suprême en a prononcé la cassation en décidant que l'hypothèque ne vaut pas pour le solde définitif du compte au moment où il a été réellement balancé et arrêté. Cassation, 22 mars 1852 (Sirey, 52, 1, 508).

480. Quelques esprits rigides (1) ont prétendu que l'inscription, étant prise avant les paiements qui seuls forment entre le prêteur et le débiteur le lien hypothécaire, devait être annulée comme prématurée. En effet, ont-ils dit, l'inscription n'est qu'une mesure conservatoire. Or, comment peut-on conserver une hypothèque qui n'a pas encore d'existence, pas plus que l'obligation dont elle est l'accessoire? Car, d'après l'art. 1174 du Code Napoléon, toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

Néanmoins il faut répondre que l'inscription est valable (2). La nullité dont il s'agit dans l'art. 1174 n'est pas radicale et absolue. La preuve en est que si celui qui s'oblige remplit la condition, le contrat a toute sa force, et il n'est pas nécessaire de passer un nouvel acte. Il y a un lien de droit qui confirme le contrat, du jour où celui qui s'oblige a accompli la condition. La nullité est couverte, et il n'est plus temps de l'opposer.

L'inscription sera protégée par les mêmes raisons. Elle sera l'accessoire d'une obligation hypothécaire qui ne sera plus attaquable dès le moment que le lien de droit sera formé.

D'ailleurs qui pourrait s'en plaindre? Il n'y aurait que les tiers. Mais où serait leur intérêt? Car nous convenons que l'inscription ne doit prendre rang que du jour où l'obligation a été purifiée et confirmée.

Or, de deux choses l'une : ou ces tiers ont obtenu hypothèque avant l'événement de la condition potestative, ou ils l'ont obtenue après.

(1) M. Delvincourt, t. 3, p. 159, n° 3. M. Battur, t. 2, n° 283.

(2) Cela ne fait plus difficulté aujourd'hui ni en doctrine ni en jurisprudence. V. notamment Rouen, 9 mars 1830 (Sirey, 31, 2, 245). Besançon, 30 novembre 1848 (Sirey, 48, 2, 729). Cassation, 21 novembre 1849 (Sirey, 50, 1, 91). — V. aussi MM. Merlin, Quest., v° Hypothèque, § 3, n° 2; Toullier, t. 6, n° 546; Duranton, t. 19, n° 244; Championnière et Rigaud, t. 2, n° 934.

S'ils l'ont obtenue avant, leur hypothèque inscrite prend la préférence sur celle du créancier sous condition potestative.

S'ils l'ont obtenue après, comme le lien de droit était formé avant la constitution de leur hypothèque, ils ne peuvent pas se plaindre d'une inscription qui leur a fait connaître l'hypothèque valable qui les primait.

480 bis. A l'égard des conditions *résolutoires* qui affectent les obligations, j'ai peu de chose à en dire après ce que j'ai fait connaître ci-dessus de ce genre de conditions (1). Je me borne à ajouter ici que lorsqu'elles arrivent pour résoudre l'obligation, elles résolvent en même temps l'hypothèque qui en était l'accessoire (2).

ARTICLE 2126.

Les biens des mineurs, des interdits, et ceux des absents, tant que la possession n'en est déferée que provisoirement, ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de jugements.

SOMMAIRE.

- 481. Les biens des mineurs sont soumis à l'hypothèque judiciaire. Raison de cela.
- 482. Ils sont aussi soumis à l'hypothèque légale.
- 483. Mais ils ne peuvent être grevés de l'hypothèque conventionnelle que dans certains cas et suivant certaines formalités. Droit romain. Droit français. Du mineur émancipé.
- 484. Les mineurs marchands autorisés peuvent hypothéquer librement leurs biens.
- 485. Des interdits. Des prodigues.

(1) N° 468 *ter* et suiv.

(2) Art. 2180, *infra*.