

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*.

486. Des envoyés en possession provisoire des biens de l'absent.
487. De la ratification en majorité des actes nuls passés en minorité. L'hypothèque date-t-elle du contrat nul, ou seulement du jour de la ratification ?
488. État des choses par le droit romain. La nullité pour défaut d'assistance du curateur du pubère ou d'intervention du décret était une nullité *ipso jure*.
489. Néanmoins la ratification tacite provenant du silence gardé pendant cinq ans validait l'acte *ab initio*, et lui donnait effet, même à l'égard des tiers, comme s'il eût été valable dans l'origine. Il en était de même par la ratification expresse. Raison de cet effet rétroactif.
490. Arrêt du parlement de Paris qui décide la question dans le même sens. Arrêts contraires. Diversité d'opinion parmi les auteurs.
491. Résolution de la question sous le Code Napoléon. Contrariété d'avis entre MM. Grenier d'une part, et Merlin et Toullier de l'autre.
492. Si un acte passé en minorité sans autorisation est nul *ipso jure* par le Code Napoléon ou sujet à rescision. Opinion de M. Merlin combattue.
493. Quoique la nullité soit *ipso jure*, n'étant que relative, la ratification produit un effet rétroactif à l'égard des tiers.
494. Objections réfutées.
495. La ratification produit en général un effet rétroactif. Exception en faveur des tiers.
496. Mais cette exception n'a lieu que lorsque l'acte ratifié est nul d'une nullité absolue, ou qu'il est fait à *non domino*.
497. *Secus*, s'il s'agit d'une nullité relative.
498. Les anciens auteurs, en établissant que la ratification ne nuisait pas aux tiers, n'ont dit cela que dans le cas de nullités absolues ou d'actes faits à *non domino*. Erreur de M. Grenier à cet égard.
499. Réponse à une objection tirée de l'art. 1538, et à un arrêt de la cour de Nancy.
500. Tout ceci s'applique aux prodigues.
501. Et aux femmes mariées qui ratifient les actes souscrits par elles sans autorisation maritale. *Quid* dans l'ancienne jurisprudence ?
502. Que doit-on penser d'une opinion de M. Grenier, qui enseigne que le silence gardé pendant dix ans par le mineur ne valide pas l'acte *ab initio* à l'égard des tiers ?

COMMENTAIRE.

481. Les biens des mineurs, comme ceux des majeurs, sont soumis à l'hypothèque judiciaire, d'après la disposition finale de notre article. On n'a jamais douté de cette règle dans l'ancienne jurisprudence, et elle se trouvait même consignée dans les lois 3, § 1, D. *De reb. eorum qui sub tutelâ*, et dans la loi 7, § 10, D. *Quib. ex causis*.

On sent aisément que dans cette matière on ne pouvait créer de privilège pour le mineur ; en effet, lorsque ses droits ont été débattus sous les yeux du juge, on n'a pas à craindre que la fraude ait abusé de son âge pour lui faire engager témérairement ses immeubles ; sans cela personne ne voudrait traiter avec les mineurs (1).

482. Il n'y a pas de doute non plus que les biens du mineur ne puissent être frappés d'hypothèque légale : « *Diversum est, dit Voët, si de pignore, non conventio-* » nali, sed legali quæstio fit, quippè quo etiam pupillaria » bona gravari posse obtinuit (2), » et c'est ce qui résulte de la loi 2, D. *De reb. eor.*, et de la loi 2, au D. *In quib. casis*.

(1) Cujas, Code, *Si major factus alien.*—Dans les projets de réforme qui ont été récemment discutés, on avait laissé, dans l'article 2118 (2^e délibération), correspondant à notre art. 2126, les mots « *en vertu de jugements* » qu'on trouve dans celui-ci, et cependant l'hypothèque judiciaire avait été supprimée, comme on l'a vu plus haut. (V. n^o 455, aux notes). C'est qu'on entendait uniquement valider les hypothèques autorisées en justice. Néanmoins, comme la rédaction pouvait faire naître des doutes, on avait voulu les prévenir, et l'article avait été préparé, en ces termes, pour la 3^e délibération : « Les biens des mineurs et des » interdits ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et » dans les formes établies par la loi. — Ceux des absents, tant » que la possession n'en est déférée que provisoirement, ne » peuvent être hypothéqués qu'en vertu d'autorisation judiciaire. » (Art. 2115 du projet.)

(2) Tit. *De reb. eor.*, n^o 4.

483. Mais, en ce qui concerne les hypothèques conventionnelles, la loi a dû environner le mineur de formalités protectrices pour le mettre à l'abri des pièges de la mauvaise foi.

D'après le droit romain, le tuteur de l'impubère ou le curateur du pubère ne pouvaient hypothéquer seuls les biens du mineur confié à leurs soins ; il fallait l'intervention de l'autorité du magistrat (1).

A la vérité, dans des temps plus anciens, on voit, par des textes empruntés aux écrits du jurisconsulte Scévola, que les tuteurs ou curateurs avaient seuls le droit d'hypothéquer les biens des mineurs (2). Mais l'empereur Sévère fit changer cet état de choses par un sénatus-consulte qui n'exigea d'abord l'intervention du magistrat que pour les héritages rustiques et suburbains. Plus tard, Constantin exigea que l'autorisation du magistrat fût requise pour tous les héritages quelconques, urbains ou ruraux (3).

Il n'y avait pas d'exception à cette obligation pour les mineurs émancipés. « Eos qui veniam ætatis à principali clementiâ impetraverunt vel impetraverint, non solum alienationem, sed etiam hypothecam minimè posse sine decreti interpositione rerum suarum immobilium facere jubemus. » L. 3, C. *De his qui veniam ætatis*.

D'après le Code Napoléon, art. 437, le tuteur (même le père ou la mère) ne peut hypothéquer les biens immeubles du mineur sans y être autorisé par un conseil de famille, et cette autorisation ne peut être donnée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident.

Le mineur émancipé n'a pas une plus grande liberté

(1) L. 1, § 2, Dig. *De reb. eor.* Pand., t. 2, p. 160, n° 1. Voët, *De reb. eor.*, n° 1 et 9.

(2) L. 47, § 1, *De minor.*, et 20, *De auct. tutor.* Pothier, Pand., t. 2, p. 160, note a. Voët, *loc. cit.*

(3) L. 22, C. *De administ. tutor.* Pothier, Pand., t. 2, p. 161, n° 4. Voët, *loc. cit.*, n° 1.

que le mineur non émancipé. D'après les art. 483 et 484 du Code Napoléon, il ne peut hypothéquer ses biens qu'en observant les formalités imposées pour cela aux mineurs non émancipés (1).

L'ancienne jurisprudence française contenait à cet égard les mêmes dispositions (2).

484. Les mineurs marchands autorisés sont placés, par le Code de commerce, dans une position différente ; par l'art. 6 de ce Code, ils peuvent seuls hypothéquer leurs immeubles (3).

485. Les interdits pour cause de fureur, démence, imbecillité, sont dans la même catégorie que les mineurs non émancipés (art. 509 du Code Napoléon).

Ceux qui sont pourvus d'un conseil judiciaire ne peuvent hypothéquer leurs biens sans l'assistance de ce conseil (art. 499 et 513 du Code Napoléon).

486. Quant aux absents, l'art. 128 du Code Napoléon dit positivement que les parents qui jouissent des biens des absents, en vertu de l'envoi en possession provisoire, ne peuvent les hypothéquer.

Les tiers n'ont donc d'autre ressource que de prendre la voie d'actionner devant les tribunaux ceux qui jouissent des biens des absents par suite de l'envoi provisoire, et d'obtenir contre eux des jugements qui imprimeront sur les biens l'hypothèque judiciaire (4).

487. Je passe à la question si importante et si controversée de savoir si, lorsqu'une hypothèque consentie par l'un des incapables que je viens d'énumérer est ratifiée par lui lorsque son incapacité cesse, elle doit compter du jour de la ratification, ou bien si cette ratification pro-

(1) Grenier, t. 1, p. 64, n° 57. Merlin, Q. de droit, v° Hypothèque, p. 411. *Contrà* M. Duranton, t. 3, n° 675.

(2) Pothier, Orléans, t. 9, n° 23. Argou, t. 1, liv. 1, ch. 8.

(3) Grenier, n° 58, t. 1. Dalloz, Hyp., p. 189.

(4) Répert., v° Hyp., sect. 2, § 3, art. 6, n° 2. Grenier, t. 1, n° 40. — V. *suprà*, la note sous le n° 481.

duit un effet rétroactif, et valide le contrat à l'époque de sa date.

Pour se former des idées claires sur cette question, il faut d'abord examiner quel est le genre de vice que produit l'omission des formalités requises pour habiliter les conventions des incapables dont il vient d'être question.

Occupons-nous d'abord des mineurs.

488. Il est indispensable de jeter, avant tout, un coup d'œil sur le droit romain.

Les lois romaines divisaient, comme on sait, la minorité en deux époques.

L'une, qui comprenait depuis la naissance jusqu'à quatorze ans pour les mâles, et douze ans pour les filles; c'était l'impuberté (1).

Pendant le temps de l'impuberté, le mineur était soumis à un tuteur. Il ne pouvait alors contracter aucune obligation, *même naturelle*, à moins cependant qu'il ne se fût enrichi (2). Il était dans la double incapacité de conduire sa personne et de gérer ses biens (3).

L'autre époque commençait à la puberté et finissait à vingt-cinq ans. L'adulte mineur était censé capable de conduire sa personne; mais en ce qui concerne ses biens, on ne présumait pas la même capacité, et il pouvait sur sa demande recevoir un curateur pour gérer sa fortune (4).

Quoique pourvu d'un curateur, le mineur pubère avait le pouvoir de s'obliger personnellement sans l'interven-

(1) L. final., C. *Quando tutor. esse inst. quib. modis tutel. finit.* M. Ducaurroy, t. 1, p. 222, n° 263.

(2) L. 45 et 59, Dig. *De oblig.* Cujas, sur la loi 59 citée, et sur la loi 127, *De verb. oblig.* Pothier, Pand., t. 3, p. 276, n° 17.

(3) M. Ducaurroy, t. 1, p. 225, n° 268.

(4) M. Ducaurroy, t. 1, p. 225, n° 268. Voy. les Instit. de Justinien, liv. 1, t. 25, *De curat.*, n° 2. *Item inviti adolescentes curatores non accipiunt*, ainsi que le comment. de Janus à Costa sur ce passage, qui a fort occupé les interprètes.

tion de ce protecteur de ses intérêts. Il était lié par les contrats qu'il souscrivait.

« Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. » L. 101, D. *De verb. oblig.* (1).

Je dis *personnellement*; car, comme le fait observer Cujas, le curateur n'étant donné que pour les biens et pas pour la personne, on n'avait pas besoin de son intervention pour obliger la personne.

Mais le mineur ne pouvait disposer de *sa chose*, ni l'obliger, sans l'assistance du curateur; car c'était précisément pour veiller sur la chose que celui-ci était proposé. Aussi voyons-nous, par la loi *Si curatorem habens*, C. *De in integ. restit.*; que le mineur ayant un curateur ne pouvait, sans son assistance, obliger ses biens (2).

Ainsi, ce serait une erreur de croire que, par le droit romain, le mineur adulte pouvait s'obliger seul, valablement dans tous les cas, sauf la restitution en entier, s'il y avait lésion. Sans doute, s'il n'avait pas demandé la nomination d'un curateur, les actes qu'il avait passés seul n'étaient sujets qu'à rescision (3). Mais lorsqu'il était dans les liens de la curatelle, il en était autrement. Il ne pouvait que contracter des obligations qui contenaient la simple prestation d'un fait personnel; quant à celles qui entraînaient la diminution de son avoir (4), elles étaient nulles; il n'était pas nécessaire que le mineur *se fit restituer*; il suffisait que le curateur ne fût pas intervenu.

« Fateor, dit Cujas (5), *res suas puberem non alienare*

(1) Cujas, sur cette loi. Pothier, Pand., t. 3, p. 295, n° 18, et note c. Voët, *De verb. oblig.*, n° 4; *De minorib.*, n° 52.

(2) Fachin., Cout., liv. 3, ch. 9. Voët, *De minorib.*, n° 52.

(3) V. mon Comment. de la Vente, t. 1, n° 166. Huberus, sur le D. *De minoribus*, n° 2. *Et sanè*, dit-il, *qui non habent curatores, eos obligari posse.*

(4) *Quæ trahunt post se rei familiaris diminutionem ad suū implementum* (Voët, *loc. cit.*).

(5) Sur la loi 101, *De verb. oblig.*

» sine curatoris auctoritate. Nam curator rerum administratio commissa est, at in personam puberis curator potestatem non habet : pubes enim est suæ tutelæ, ideòque de sua personâ promittere potest sine curatore suo, itemque nutere (L. Sciendum, D. De ritu nuptiar.). Similiter puberi solvitur rectè, sinè tutoris auctoritate. Idem in judicio jusjurandum defert sine curatore. (L. nam postea, § si minor., Dig. de jure). Imò et mulieri puberi tutorem habenti, sine tutore solvitur rectè, auctore Tullio in Topic. Rursus puber solvit et restituit sine curatore suo (L. 1, § fin. ad. s. c. Trebell.). Pubes adit hæreditatem sine curatore (L. Cum in, § ult. Dig., de appellat.). Deniquè ea quæ personam suam spectant is solus administrat. Res suas, veluti prædia, aut mancipia, aut mobilia, non item. »

Ainsi, lorsque le mineur placé sous curatelle avait emprunté de l'argent sans l'assistance de son curateur, il n'était pas tenu de le rendre s'il ne s'en était pas enrichi ; car l'obligation était nulle, et le remède de la restitution n'était pas nécessaire (1).

Ce n'est pas tout. On a vu que, pour l'aliénation ou l'hypothèque des immeubles, il fallait le décret du magistrat. Faute de ce décret, l'aliénation était nulle *ipso jure*, dit Voët (2), et l'on n'avait pas besoin d'examiner s'il y avait ou non lésion. L. 2, 10, 11, 15, 16, C. De prædiis minor. On peut consulter le titre du Code « Si major factus alienat. », avec le commentaire de Cujas et la glose de Godefroy, et l'on verra que ces jurisconsultes ne cessent de répéter que le défaut de décret produit une nullité de plein droit, *ipso jure*.

489. Mais si le mineur, parvenu à sa majorité, gardait le silence pendant cinq ans sur les actes nuls qu'il avait passés en minorité, le vice était couvert, et l'on con-

(1) Voët, *loc. cit.*

(2) De reb. eor., n° 9. *Ipso jure*, c'est-à-dire, ici, sans qu'il fût nécessaire de prouver une lésion. V. Rép. de jurisprud., v° Nullité, p. 674, 675.

sidérait ces actes comme valides *ab initio*. Telle est la disposition formelle de la loi 3, au C. Si major factus alienat. fact. sine decreto ratam hab. « Ideòque præcipimus, » si per quinque continuos annos post impletam minorem ætatem, id est, post 25 annos connumerandos » nihil conquestus est super tali alienatione, is qui eam » fecit, vel hæres ejus, minimè posse retractari eam, occasione prætermissionis decreti, sed sic teneri, quasi *ab initio* legitimo decreto fuisset res alienata. »

Et remarquons que cette ratification pouvait être donnée par le mineur, non-seulement par son silence pendant le délai voulu par la loi, mais encore par une volonté expressément déclarée. Favre (1) dit que le mineur pouvait ratifier la vente nulle faite par lui, *aut pacto expresso, aut longi temporis silentio*, et qu'alors « confirmaretur ex post facto venditio, quæ ab initio non valisset. » Voët tient le même langage sur le titre De reb. eor. qui sub. (2).

Quelle peut être la raison de cet effet rétroactif donné par les lois romaines à la ratification *expresse ou tacite* d'un acte qu'elles déclarent cependant nul *ipso jure*? C'est évidemment que cette nullité n'était pas absolue, qu'elle n'était établie qu'en faveur du mineur (3). Ainsi, comme l'acte subsistait déjà avec plénitude d'obligation envers certaines personnes, il n'y avait rien d'extraordinaire à ce que la ratification du mineur eût pour effet de le mettre à l'abri de critique, comme s'il eût été valable dès le commencement.

Mais cette ratification produisait-elle un effet rétroactif, non-seulement entre les parties contractantes, mais encore à l'égard des tiers?

On verra plus bas les raisons de douter et de décider. Je me borne à remarquer ici que la loi ne distingue pas ;

(1) Code, lib. 4, t. 33, déf. 3.

(2) V. aussi Merlin, Q. de droit, Hyp., § 4, p. 413, col. 2.

(3) Favre, Code, lib. 4, t. 33, déf. 3. *Contractus claudicabat*, dit-il.

qu'elle dit d'une manière absolue que la ratification tacite valide le contrat *ab initio*, et que par conséquent cela doit s'entendre des tiers comme des parties contractantes.

490. Voyons si les principes sont les mêmes dans le droit français (1).

Augeard (2) cite un arrêt du parlement de Paris du 19 février 1704, qui décida, en conformité des lois romaines, que l'aliénation des biens d'un mineur sans les formalités voulues, *était nulle de plein droit*. L'arrêt prononça « sans qu'il soit nul besoin de s'arrêter aux lettres » de rescision. » Et Bretonnier approuve cette décision (3).

La ratification que le mineur faisait d'un pareil contrat le validait cependant *ab initio*.

Mais on n'était pas d'accord sur la question de savoir si cette ratification d'une hypothèque donnée en minorité produisait un effet rétroactif à l'égard des tiers, ou si elle devait seulement compter du jour de la ratification.

Cependant un arrêt du parlement de Paris du 23 juillet 1667, rapporté au *Journal du Palais* (t. 1, p. 10), jugea que la ratification devait produire un effet rétroactif à l'égard des tiers, et consacra les principes du droit romain.

Néanmoins, cet arrêt était en opposition avec un arrêt du parlement de Bretagne du 15 novembre 1652, et un autre arrêt du parlement de Rouen du 6 février 1668, rapportés par Basnage (4). On peut consulter cet auteur, qui, embarrassé de la question, s'est créé des distinctions peu satisfaisantes pour l'esprit. En général, c'est un

(1) Je suis revenu sur cette question dans mon *Comment. de la Vente*. J'engage à y recourir (t. 1, n° 166). — V. aussi mon *Commentaire du Cautionnement*, n° 74.

(2) T. 1, arrêt 46, p. 392.

(3) Sur Henrys, t. 2, p. 262.

(4) Hyp., ch. 3.

guide peu sûr, qui manque d'ordre et de méthode, et dont le savoir est très-superficiel; mais Pothier, qui a vu la chose en véritable jurisconsulte, marche au but d'un pas plus ferme et plus assuré.

« Il en est autrement, dit-il, lorsqu'ayant contracté moi-même en minorité, sous l'hypothèque de mes biens, je ratifie en majorité. Car, en ce cas, ce n'est pas ma ratification qui produit l'hypothèque; elle ne fait que confirmer celle que le contrat avait produite, et empêcher qu'il ne soit sujet à rescision » (1).

Je laisse de côté les opinions de Mornac (2), de Ferrières (3), et d'autres jurisconsultes anciens, et j'arrive au Code Napoléon.

491. MM. Grenier, Merlin et Toullier ont traité cette question. Le premier pense que la ratification ne nuit pas aux tiers, et que l'hypothèque ne peut prendre naissance que du jour de la ratification (4).

Au contraire, MM. Merlin et Toullier sont d'avis que l'hypothèque prend naissance depuis le contrat primitif (5).

C'est à cette seconde opinion que je me range, quoique je n'adopte pas toutes les propositions de ces deux auteurs (6).

492. Par le droit français comme par le droit romain, l'hypothèque consentie par le mineur, sans les formalités

(1) Orléans, t. 20, n. 24.

(2) Sur la loi 16, *De pignorib.*

(3) Sur Paris, art. 259, glose 2, n° 52.

(4) T. 1, n. 42 et suiv.

(5) Quest. de droit, § 4, Hyp. Droit civil, t. 7, n° 565.

(6) L'opinion de M. Grenier a été adoptée par M. Dalloz, Hyp., p. 190. Elle est professée par M. Persil, art. 2124, n° 12, et par MM. Delvincourt, t. 3, n° 6, p. 159; Duranton, t. 10, nos 80 et suiv.; Zachariæ, t. 3, p. 429 et 452; Solon, t. 1, n° 71; Valette sur Proudhon, ch. 16, sect. 2 et 5; Pont, *Revue de législation*, t. 21, p. 27 et suiv. V. aussi Cassation, 18 juin 1844 (Sirey, 44, 1, 497). Voyez, au surplus, la discussion contenue dans mon *Commentaire de la Vente*, t. 1, n° 166.