

l'autorisation de leurs maris, et qui, étant veuves, ratifient ces obligations, il faut se décider par les mêmes règles que pour les mineurs.

A la vérité, dans l'ancienne jurisprudence française, les contrats passés par la femme sans autorisation étaient censés nuls d'une nullité absolue, et la femme ne pouvait s'obliger *seule ni obliger les autres*. De sorte que la plupart des auteurs tenaient que la ratification donnée par la femme n'avait pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers (1).

Mais comme, d'après les principes du Code Napoléon, la nullité d'un acte passé par une femme mariée, sans autorisation maritale, est purement relative (art. 225 du Code Napoléon), il s'ensuit que l'on ne peut se dispenser d'assimiler les femmes mariées aux mineurs, pour les effets de leurs ratifications (2). M. Grenier professe à tort une opinion contraire (3).

502. J'ai dit ci-dessus que le laps de dix ans, écoulé sans que le mineur se fût pourvu par la voie de nullité contre l'obligation souscrite par lui sans autorisation, purge le vice de cette obligation, qui est censée avoir été valable *ab initio*. On a vu que telle était la décision formelle de la loi 3, au C. *Si minor factus ratam*, et jamais à ma connaissance il n'était venu dans la pensée d'aucun auteur de la contrarier (4).

Mais MM. Battur et Grenier (5) ont eu l'idée de soutenir que l'hypothèque attachée au contrat ainsi purgé et validé, ne doit pas valoir *ab initio*, et qu'elle ne peut commencer à compter que du jour où la prescrip-

(1) Pothier, Orléans, tit. 10, ch. 8; Oblig., n° 50; Retraits, n° 125.

(2) Toullier, t. 7, n° 571. Merlin, Q. de Droit, Hyp., p. 418, col. 2, n° 5.

(3) T. 1, n° 43.

(4) Basnage, Hyp., ch. 3. Arrêt de Rouen, 20 août 1689. Merlin, *loc. cit.* Persil, art. 2126, n° 4.

(5) Battur, t. 1, p. 128. Grenier, t. 1, p. 91, n° 47.

tion de dix ans est terminée; qu'il faut par conséquent lui préférer toutes les hypothèques intermédiaires contractées d'une manière valable.

Je crois qu'il est inutile, après la discussion qui précède, de réfuter cette opinion. On sait d'ailleurs que la prescription accomplie produit toujours un effet rétroactif (1).

ARTICLE 2127.

L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte passé, en forme authentique, devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins.

SOMMAIRE.

503. L'hypothèque pouvait, chez les Romains, être consentie verbalement. L'écriture n'y était requise que pour la preuve. Mais une hypothèque par acte public l'emportait toujours sur une hypothèque par acte privé.
504. En France, l'hypothèque résultait dans l'ancienne législation de tout acte authentique. Elle était toujours générale de plein droit.
505. Aujourd'hui, l'hypothèque conventionnelle est spéciale. Il faut qu'elle soit expressément stipulée dans un acte notarié.
- 505 bis. *Quid* des actes administratifs publics? Peuvent-ils contenir stipulation d'hypothèque?
506. L'acte sous seing privé ne produit hypothèque que lorsqu'il est reconnu. Il peut être reconnu devant notaire. Le simple dépôt suivi de procès-verbal suffit.
507. Du sort de l'hypothèque contenue dans un acte public, *mais non enregistré*.
508. Les actes qui liquident une créance indéterminée déjà inscrite ne doivent pas être publics.
509. Ainsi le mandataire qui a pris inscription sur les biens du
- (5) V. mon Commentaire de la *Prescription*, t. 1 et 2, n° 489 et 826.

mandant pour paiement de ses honoraires, déboursés et avances, n'est pas tenu à prouver ses actes de gestion par des actes publics.

510. On peut constituer hypothèque par procureur. Mais le procureur est-il obligé de montrer une procuration authentique pour que les biens de son mandant soient valablement hypothéqués? Conflit d'opinions. La négative est préférable.

COMMENTAIRE.

503. Caius nous apprend que, chez les Romains, l'hypothèque pouvait être établie verbalement, et que l'écriture n'était employée que pour la preuve. « Et ideò et » sine scripturâ si convenit ut hypotheca sit, et probari » poterit, res obligata erit de quâ conveniunt. Fiunt enim » de his scripturæ, ut quod actum est per eas facilius » probari possit. Et sine his autem valet quod actum est, » si habeat probationem (1). »

Néanmoins, on sent qu'entre créanciers du même débiteur, il eût été difficile d'établir quel était celui qui avait pour lui l'antériorité, s'il n'y eût eu que des obligations verbales. Aussi les lois disaient-elles que l'on préférerait le créancier qui aurait un titre passé devant les officiers publics, à celui qui n'en aurait pas, bien que son droit pût être antérieur. Il était aussi préféré à celui qui n'avait qu'un titre sous seing privé d'une date antérieure; car un titre privé ne peut avoir de date certaine ni d'effet contre les tiers qui n'y ont pas été parties. Cependant on assimilait à un écrit authentique l'acte sous seing privé souscrit par trois personnes *integræ opinionis* (2).

M. Grenier (3) paraît croire que depuis la loi 11, au C. *Qui potior*, ce fut une nécessité d'établir l'hypothèque par

(1) L. 4, Dig., *De pignorib. et hyp.* Pothier, Pand., t. 1, p. 557, n° 6.

(2) L. 11, C. *Qui potior*. Tiraqueau, *Retract. convent.*, § 1, glose 7, n° 43. Voët, *De pignorib.* n° 9, Cujas, 8, obs. 13.

(3) T. 1, n° 6.

acte public. Ceci me semble une erreur. L'hypothèque valait toujours entre le créancier et le débiteur, quand même elle eût été consentie sans solennité. Seulement comme de pareilles conventions ne pouvaient être opposées aux tiers, il fut établi que celui qui avait un acte authentique primerait celui qui n'avait qu'un acte privé. Voët expose cet état de choses avec clarté. « Modum quod » attinet ad solemnitatem hypothecæ tum specialis tum » generalis constituendæ, jure quidem romano, *privatâ* » potuisse auctoritate fieri extrâ dubium est; ut tamen » jure potior fuerit habitus creditor, licet tempore poste- » rior, cui publico instrumento, vel privato quidem, sed » trium testium fide dignorum subscriptione munito, » quàm cui aliâ privatâ scripturâ, testium trium sub- » scriptionem non habente, hypotheca constituta erat (1). » M. Dalloz est tombé dans la même erreur que M. Grenier (2).

Au surplus, il fallait que l'acte authentique, ou bien l'acte privé souscrit de trois témoins, dont on voulait se prévaloir pour prétendre une hypothèque, en portât une convention expresse; mais il ne fallait pas que la convention d'hypothèque fût accompagnée du dessaisissement de la chose hypothéquée, l'hypothèque ne différant du gage que parce que, dans le contrat de gage, le débiteur livrait la chose, au lieu que dans le contrat d'hypothèque il restait en possession (3).

504. En France, sauf quelques exceptions (4), l'hypothèque était censée attachée, de droit, à tout acte authentique; on supposait que les parties en avaient sous-entendu la stipulation, alors qu'elles ne s'en étaient pas expliquées. Cet état de choses paraissait monstrueux au président Favre (5). En effet, ce jurisconsulte ne pouvait

(1) L. 20, t. 1, n° 9.

(2) *V° Hyp.*, p. 194.

(3) *Suprà*, n° 7.

(4) *Infrà*, n° 558.

(5) *De errorib. pragmat. decad. 1.*

se persuader qu'une hypothèque *conventionnelle* pût exister *sans convention*. Mais nos praticiens, appliquant, sans trop la comprendre, la maxime *qui s'oblige oblige le sien*, n'en avaient pas moins fait passer en usage que l'hypothèque était censée avoir été consentie, même dans les contrats où il n'en était pas question, pourvu qu'ils fussent authentiques (1).

Le droit commun de la France était donc que l'hypothèque ne pouvait découler que des actes publics, et je dois remarquer que les actes sous seing privé, quoique revêtus de la signature de plusieurs témoins, ne pouvaient jamais rivaliser avec eux, à moins qu'ils n'eussent été reconnus en justice ou par-devant notaires (2).

505. Le Code Napoléon n'a pas voulu que l'hypothèque conventionnelle fût sous-entendue de plein droit dans tous les actes authentiques. Ce système eût été contraire au principe de spécialité qui fait la base du régime hypothécaire actuel. Comme il est indispensable de désigner les héritages qui seront frappés de l'hypothèque, il s'ensuit que la stipulation d'hypothèque doit toujours être exprimée; ainsi, il y a nécessité d'une convention explicite.

Il faut, de plus, que la convention par laquelle le débiteur accorde une hypothèque à son créancier, soit contenue dans un acte notarié (3), c'est-à-dire, aux termes de la loi du 25 ventôse an xi, dans un acte reçu par deux notaires, ou bien par un notaire et deux témoins. Je renvoie pour les formalités des actes publics à la loi du

(1) Maynard, liv. 5, ch. 2. Basnage, Hyp., ch. 4. Pothier, Orléans, tit. 20, n° 6.

(2) *Infrà*, n° 586.

(3) V. Cassation, 27 août 1844 (Sirey, 44, 1, 740).—Néanmoins, la promesse de consentir une hypothèque, faite par acte sous seing privé, est valable et donne une action tendante à obliger celui qui a fait une telle promesse à la réaliser. Pau, 16 juillet 1852 (Sirey, 52, 2, 417).

25 ventôse an xi sur le notariat, et à l'avis du conseil d'Etat du 20 juillet 1810 (1).

505 bis. Un acte authentique, mais qui ne serait pas notarié, par exemple un procès-verbal de conciliation devant un juge de paix, serait insuffisant pour constituer une hypothèque valable (art. 54, Code de procédure civile).

Quid des actes passés par les autorités administratives dans le cercle de leurs attributions?

La loi du 23 octobre 1790 (2) portait : « Le ministère des notaires ne sera nullement nécessaire pour la passation desdits baux (3) ni pour tous les actes d'administration. Ces actes, ainsi que les baux, seront sujets au contrôle, et ils emporteront hypothèque et exécution forcée. »

Cette loi se référait au principe qui dominait alors et en vertu duquel l'hypothèque générale était attachée de droit et sans convention, à tout acte authentique. Elle n'entendait pas créer une hypothèque légale d'une nouvelle espèce. C'était à titre d'hypothèque conventionnelle sous-entendue, qu'elle faisait sortir de l'acte administratif doué de l'authenticité, la garantie hypothécaire que tous les contrats notariés portaient avec eux. Mais on sait que la loi du 11 brumaire an vii adopta un autre système, celui de l'hypothèque spéciale, et que nul acte authentique ne peut produire à l'avenir hypothèque conventionnelle, qu'autant que cela aurait été expressément convenu.

La loi du 11 brumaire an vii avait été plus loin. Elle avait voulu, dans son art. 3, que l'hypothèque conventionnelle résultât d'un acte notarié. Notre article exige la même condition. De là, la question de savoir si les actes administratifs ont pu désormais contenir stipulation d'hypothèque, et même si de plein droit ils ont continué,

(1) Répert., Acte public.

(2) Art. 14, t. 2.

(3) C'est-à-dire des baux relatifs aux biens nationaux.

malgré l'établissement de la spécialité du régime hypothécaire, à entraîner une hypothèque générale conventionnelle.

Examinons d'abord cette difficulté par rapport aux baux, et commençons par les baux passés par les administrateurs des établissements publics de bienfaisance et autres.

On sait que les corps, communautés et établissements publics, tant ecclésiastiques que laïques, conservés par les lois de la révolution, pouvaient consentir des baux n'excédant pas neuf années, et que ces baux pouvaient être passés aux enchères en présence d'un membre du corps municipal (1). Plus tard, ces formalités furent changées, et le décret du 12 août 1807 voulut que les baux à ferme des hospices et autres établissements publics de bienfaisance ou d'instruction publique fussent faits aux enchères, par-devant un notaire désigné par le préfet du département. L'art. 1 ajoute, dans son paragraphe final : « Le droit d'hypothèque sur tous les biens du preneur y sera stipulé par la désignation, conformément au Code Napoléon. » Mais quel était, avant la publication de ce décret, l'effet hypothécaire des baux aux enchères passés en présence de l'autorité administrative? Emportaient-ils, dans l'origine, hypothèque générale, comme les contrats notariés? Dans le cas d'affirmative, la loi de brumaire an VII, et plus tard le Code Napoléon, ne leur avaient-ils pas enlevé cette vertu comme à tous les contrats? Ne fallait-il pas que la convention d'hypothèque fût faite par-devant notaire? Du moins, les baux administratifs ne durent-ils pas contenir mention d'une affectation hypothécaire spéciale en harmonie avec le régime de l'an VII et du Code Napoléon?

La première de ces questions me paraît peu susceptible de difficulté. La loi du 23 octobre 1790, qui sou-

(1) Répert., v^o Bail, § 18. Lois des 5 novembre 1790, t. 2., article 13, et 5 février 1791.

mettait les actes administratifs au contrôle, et leur donnait hypothèque et exécution parée, y répond d'une manière catégorique. Mais ce qui est plus frappant encore de vérité, c'est que la loi du 11 brumaire an VII, substituant l'hypothèque spéciale conventionnelle à l'hypothèque générale de plein droit, a nécessairement ôté aux actes administratifs dont nous nous occupons toute la puissance d'hypothèque virtuelle et générale que leur donnait la loi de 1790. Assimilés en tout aux actes notariés par cette dernière loi, par quelle anomalie eussent-ils conservé une force hypothécaire que la législation nouvelle enlevait à ceux-ci?

L'art. 56 de la loi de brumaire an VII ne portait-il pas d'ailleurs cette disposition remarquable : « Les deux lois du 9 messidor an III, ensemble toutes les lois, coutumes et usages antérieurs sur les CONSTITUTIONS d'hypothèque demeurent abrogés. »

Vainement opposerait-on un avis du conseil d'Etat rendu le 13 août 1807 (le même jour que le décret qui exige le ministère des notaires pour la passation des baux des établissements publics), avis dans lequel on lit : « que les baux précédemment passés aux enchères, soit devant les autorités administratives, soit devant les commissions des hospices, étant faits en vertu des lois existantes, emportent voie parée et donnent hypothèque sur les immeubles (1). Mais il faut faire attention que le conseil d'Etat suppose évidemment que les baux en question contiennent une convention expresse d'hypothèque. C'est ce qui résulte de la conclusion à laquelle il arrive. « En conséquence, toutes les inscriptions faites en vertu des expéditions desdits baux doivent avoir leur effet, comme si ces actes eussent été faits par-devant notaire. » Il suit de cette assimilation du bail administratif à l'acte notarié, que le conseil d'Etat reconnaît implicitement la

(1) Voyez-le dans M. Grenier, t. 1, n^o 41, et dans M. Dalloz, Hyp., p. 495.

modification apportée à la loi du 23 octobre 1790 par la loi du 11 brumaire an VII. C'est, du reste, ce qui a été décidé par arrêt de la Cour de cassation du 3 juillet 1817 (1), et par un arrêt de la cour de Bruxelles du 27 août 1807 (2). Je m'étonne qu'une décision contraire ait été rendue par la cour de Paris (3).

Reste à savoir si la stipulation d'hypothèque a pu être légalement formée par une convention contenue dans des baux passés dans la forme administrative autorisée et seule pratiquée avant le décret du 12 août 1807. Le doute vient de ce que la loi du 11 brumaire an VII voulait que l'hypothèque conventionnelle résultât d'un acte notarié, et que l'art. 2127 du Code Napoléon, plus explicite encore, n'accorde restrictivement la puissance hypothécaire qu'à l'acte notarié. La Cour de cassation n'a pas voulu trancher la difficulté lors de son arrêt du 3 juillet 1817. Mais on a vu que le conseil d'Etat n'hésitait pas à décider que l'on avait pu déposer une convention valable d'hypothèque dans l'acte de bail légalement passé dans les formes administratives et sans ministère de notaire (4).

Comment concilier cependant cette interprétation avec la loi de l'an VII, et surtout avec l'art. 2127 du Code Napoléon, qui, statuant en termes prohibitifs, nese con-

(1) Dalloz, Hyp. p. 169.

(2) Sirey, 7, 2, 342.

(3) Arrêt du 6 messidor an X (Sirey, 3, 2, 463. Dalloz, Hyp., p. 196).

(4) Décision conforme du ministre de la justice, en date du 27 messidor an 7 (Sirey, VII, 2, 342). Il disait : « Il aurait été sans doute à désirer que la loi du 11 brumaire an VII se fût expliquée positivement sur ce point, au lieu de ne faire mention que des créances résultant d'actes notariés. Mais il est évidemment dans le vœu de la loi de ne point refuser à des actes passés par des corps administratifs pour des objets de leur compétence toute l'authenticité et la force qu'elle reconnaît à ceux des notaires et des tribunaux. » Mais le ministre de la justice aurait-il pu en dire autant du Code Napoléon, dont l'art. 2127 est tout à fait exclusif, et parle bien plus énergiquement que la loi de l'an VII ?

tente pas d'un acte authentique, mais exige impérieusement que l'authenticité vienne du ministère du notaire? La difficulté d'opérer cette conciliation redouble surtout si l'on compare l'affectation de ces deux lois à ne parler que des actes notariés, avec l'art. 17 de la loi du 9 messidor an III, qui permettait de faire découler l'hypothèque de tout acte public de la juridiction volontaire ou contentieuse! Et comme ce dernier système a été abrogé en termes exprès par l'art. 56 de la loi du 11 brumaire an VII, il me paraît évident dès lors qu'il a été dans la pensée des lois nouvelles d'enlever aux autorités administratives le droit de recevoir des conventions d'hypothèque. Le décret du 12 août 1807 a même reconnu d'une manière implicite ce grave changement, puisqu'il renvoie aux notaires la réception des baux et les stipulations hypothécaires qu'il peut être utile d'y insérer. Or, quelle autorité peut avoir contre cette induction, fortifiée par la lettre du Code, un avis du conseil d'Etat qui n'a pas été inséré au Bulletin des Lois?

Ira-t-on chercher un argument dans l'art. 1712 du Code Napoléon, qui décide que les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établissements publics sont soumis à des règlements particuliers? Mais qu'importe cet article? Qui songe à contester ses réserves? Quelle influence peuvent-elles avoir sur la constitution d'hypothèque, droit spécial réglé par un titre du Code Napoléon tout différent du titre du bail? Que les baux énumérés dans l'art. 1712 se singularisent par des anomalies, nous l'accordons! Mais est-ce à dire que les constitutions d'hypothèque qui intéressent les communes, la nation, les hospices, soient hors du droit commun? Ne serait-ce pas fausser les lois du raisonnement que d'argumenter du cas du bail au cas d'hypothèque? Au surplus, faisons attention que lorsque l'art. 1712 du Code Napoléon a été édicté, la loi du 11 brumaire an VII avait déjà opéré une révolution et produit tous ses effets, et qu'il n'est pas présumable que l'art. 1712 ait voulu faire

allusion à un ordre de choses ruiné. Enfin, pour que l'article 2127 et la loi de l'an VII pussent se plier au sens que leur a prêté l'avis non officiel du conseil d'Etat, il faudrait qu'ils continssent cette restriction significative qu'on lit dans l'art. 1248 du Code hollandais. « L'hypothèque » ne peut être consentie que par acte notarié, *excepté dans les cas où la loi indiquera expressément un autre mode de l'établir* (1). » Mais où trouver, dans nos lois françaises, une disposition équivalente à celle-ci (2) ?

Ce que je viens de dire des baux des établissements publics s'applique aux baux des biens domaniaux dont la forme est réglée par l'art. 14 du t. 2 de la loi du 28 octobre 1790. Plus d'hypothèque générale attachée de plein droit aux baux passés par l'administration pour ces sortes de biens : la spécialité s'y oppose. Plus de possibilité de stipuler une hypothèque conventionnelle dans des baux administratifs : l'art. 2127 y met obstacle par ses dispositions restrictives. Le ministère des notaires est désormais nécessaire pour ajouter l'hypothèque à un contrat de bail résultant d'un acte de l'administration.

Ces actes ne sont pas les seuls que l'administration a le droit de faire, et qui, quoique authentiques, sont cependant impuissants pour donner à une convention hypothécaire un caractère de validité. Par exemple, un décret du 20 mai 1811 (3) décide qu'un acte de remplacement fait par un préfet, dans lequel un sieur Boursier s'était engagé à payer au sieur Roulot une somme de 4,400 fr., pour sûreté de laquelle Boursier avait hypothéqué une maison sise à Paris, ne donnait à Roulot aucun droit hypothécaire ; que, pour acquérir hypothèque conventionnelle, ce dernier aurait dû faire passer l'acte dont il s'agit devant notaire. Je ne sais si ce décret est

(1) *Revue étrangère*, t. 1, p. 648.

(2) Je reviens sur ce point dans mon *Commentaire du Louage*, n° 72, où je combats l'opinion contraire de M. Duranton, t. 17, n° 41.

(3) *Bulletin des Lois*, t. 7, 4^e série, p. 2.

dû à une des lueurs passagères de légalité qui, quelquefois, portaient Napoléon à comprimer la tendance envahissante de son administration. Quoi qu'il en soit, cet acte demeure ; il nous appartient, et nous y voyons la preuve de tout ce qu'il faut rabattre de cet art. 44 du t. 2 de la loi du 28 octobre 1790, qui voulait que *les actes administratifs* eussent la même puissance que les actes notariés.

Reste l'examen d'une dernière question : c'est celle qui consiste à savoir si les marchés passés par les autorités administratives avec les entrepreneurs, marchands, ouvriers et fournisseurs, produisent hypothèque sur les biens de ceux-ci. Voyons, avant tout, le texte de la loi qui sert de base aux prétentions de l'administration pour échapper à l'art. 2127 du Code Napoléon. La loi du 4-9 mars 1793 est ainsi conçue : « Art. 3. Quoique les marchés » (avec les entrepreneurs, marchands, ouvriers et fournisseurs) soient passés par des actes sous signatures » privées, la nation aura néanmoins hypothèque sur les » immeubles appartenant aux fournisseurs et à leurs cautionnements, à compter du jour où les ministres auront » accepté les marchés. » Ainsi, d'après cette disposition, l'Etat avait une hypothèque générale de plein droit par la force de l'acceptation ministérielle qui donnait au marché son authenticité : c'était la reproduction du système déjà consacré par l'art. 14 du t. 2 de la loi du 28 octobre 1790. Dès lors il semble que la loi du 11 brumaire an VII et le Code Napoléon aient dû l'entraîner dans le même néant que celui-ci. Néanmoins la cour de Paris a cru pouvoir décider, par arrêt du 29 mars 1830 (1), que l'adjudication de travaux de construction, passée par le préfet du Bas-Rhin à un sieur Duplan, emportait *privilege ou simple hypothèque non déterminée*, et que le Code Napoléon, loin d'ébranler la loi du 4-9 mars 1793, en avait au contraire confirmé les dispositions par son art. 2098.

(1) *Sirey*, 30, 2, 230.