

ART. 2129.

Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui, soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur, déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance. Chacun de tous ses biens présents peut être nominativement soumis à l'hypothèque.

Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués.

SOMMAIRE.

513. Importance de notre article. Il pose le fondement de la spécialité, et prépare les éléments desquels résulte la publicité.
 514. Mais il pousse les précautions à l'excès. Renvoi au numéro 536 bis.
 515. L'hypothèque générale conventionnelle est aujourd'hui

1844, t. 2, p. 401, et 1846, t. 2, p. 676) et l'avis de MM. Duranton, t. 19, n° 292; Battur, t. 2, n° 551; Aubry et Rau sur Zachariæ, § 264, note 15; Massé, *Dr. Comm.*, t. 2, n° 552; Gaudry, *Rev. de légist.*, t. 2, p. 500; Félix, *Rev. étrang.*, 5^e livr., t. 1, p. 25.

Mais je dois dire qu'entre ces deux systèmes il s'en est placé un troisième intermédiaire qui, rattachant l'hypothèque légale au statut personnel, admet bien que la femme n'en est pas privée à raison de son extranéité, mais ne la lui accorde qu'autant qu'elle y aurait droit d'après la loi de son pays. A ce système se rattache un arrêt de la cour de Paris du 19 août 1851 (*J. P.*, 1852, t. 2, p. 452); et il est enseigné par MM. Cubain, n° 679; Demangeat, *Hist. de la cond. civ. des étrang. en France*, p. 580, n° 82; Rapetti, *Cond. des étrang.*, p. 121, et Valette, t. 1, p. 267, n° 159. Ce point de vue trouve, à mon avis, une réfutation suffisante dans les observations que j'ai présentées ci-dessus, n° 592 bis et 429.

- prohibée par la loi. On ne peut hypothéquer les biens à venir. Effet de cette prohibition.
 516. Dans l'ancienne jurisprudence et par les lois romaines, l'hypothèque des biens présents et à venir était permise.
 517. Peut-on hypothéquer la chose d'autrui?
 518. Cette hypothèque était nulle par le droit romain. Il fallait que le débiteur fût propriétaire de la chose au moment de la convention.
 519. Raison pour laquelle on pouvait vendre et non hypothéquer la chose d'autrui. Aujourd'hui, à plus forte raison, l'hypothèque sur la chose d'autrui est nulle.
 520. Sens de ces mots, *appartenant à*, dont se sert notre article.
 521. Mais quel sera le sort de l'hypothèque consentie sur la chose d'autrui, si celui qui l'a promise en devient propriétaire *ex post facto*? Principes du droit romain. On décidait qu'il se faisait alors *reconciliatio pignoris*.
 522. Si le débiteur, *devenu propriétaire*, vendait l'immeuble, le créancier hypothécaire pouvait agir contre le tiers acquéreur par l'action hypothécaire. Lois à cet égard. Opinion de Cujas, qui traite de réverie la doctrine contraire enseignée par Accurse.
 523. Et c'est ainsi qu'on le jugeait dans l'ancienne jurisprudence française. Arrêt du parlement de Paris du 14 août 1601.
 524. On doit décider de même sous le Code Napoléon. Raisons à cet égard.
 524 bis. *Quid* à l'égard du créancier hypothécaire dont le droit est postérieur à la consolidation de la propriété?
 525. Ce qui vient d'être dit a lieu, soit que le créancier sût ou non, au moment de la convention, que la chose hypothéquée n'appartient pas au débiteur. Opinions contraires réfutées.
 526. *Quid* du cas où un créancier hypothécaire du véritable propriétaire critique l'hypothèque consentie par le faux propriétaire devenu maître légitime de la chose?
 527. *Quid juris* lorsque le véritable propriétaire devient héritier de celui qui a hypothéqué la chose qui ne lui appartient pas? Lois romaines contraires à ce sujet. Efforts des interprètes pour les concilier. Il faut dire qu'il y a antinomie, et que l'opinion de Modestin doit être préférée à celle de Paul.
 528. L'hypothèque consentie sous condition que tel bien m'appartiendra, est valable.
 529. Celui qui est porteur d'un acte sous seing privé non enre-

- gistré, duquel il résulte qu'il a acheté un immeuble, peut-il critiquer les hypothèques que son vendeur aurait consenties postérieurement par acte public? Peut-il dire qu'elles sont consenties à *non domino*? Doctrine de M. Toullier à cet égard.
530. L'acquéreur par acte sous seing privé, est en général l'ayant-cause du vendeur, de même que celui à qui le vendeur a donné hypothèque. Mais il arrive quelquefois que celui qui est ayant-cause sous un rapport ne l'est pas sous l'autre. Celui qui a en sa faveur une hypothèque en vertu d'un titre authentique, n'est pas ayant-cause dans le sens de l'art. 1322 du Code Napoléon.
531. L'opinion de M. Toullier est isolée et nouvelle. Elle est condamnée par les lois romaines, par Paul de Castro, Tiraqueau et autres.
532. Réponse à l'objection qu'on ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même.
533. Exemple tiré de l'art. 1743 du Code Napoléon.
534. Arrêts pour et contre sur la matière.
535. Suite.
536. Suite.
- 536 bis. Il ne faut exiger, à peine de nullité, la mention de la nature et de la situation de l'immeuble, qu'autant que l'omission aurait occasionné un dommage.

COMMENTAIRE.

513. L'art. 2129 du Code Napoléon est un des plus importants du titre des hypothèques, puisqu'il fait de la spécialité une condition indispensable de la constitution de l'hypothèque conventionnelle.

Dans l'ancienne jurisprudence, lorsque l'hypothèque était occulte, la spécialité ne pouvait être une nécessité; ce n'était qu'un accident dépendant de la volonté des parties.

Il fallait qu'elle fût nominativement stipulée, et c'est ce qu'on faisait très-rarement, parce que l'hypothèque spéciale devenait le plus souvent funeste au créancier, en ce que ce dernier était obligé de discuter l'hypothèque spéciale, avant d'attaquer les biens soumis à l'hypothèque générale, qui était toujours de droit; car

la convention d'une hypothèque spéciale ne dérogeait pas à la générale (1).

Aujourd'hui, au contraire, l'hypothèque doit être publique. Il fallait donc déterminer par une indication spéciale les immeubles qui en sont grevés.

On voit que le législateur prépare dans notre article les éléments de l'inscription dont il sera question plus tard, et qui porte l'hypothèque à la connaissance du public. Il exige que l'acte constitutif de la créance, ou bien un acte authentique postérieur, désigne la nature et la situation de chacun des immeubles hypothéqués, afin que ces indications soient répétées dans l'inscription.

Ainsi la spécialité prépare l'inscription; l'inscription assure la publicité.

514. On pourra cependant trouver que le Code a poussé jusqu'à l'excès les précautions qu'il a prises pour la spécialité de l'hypothèque. Pourquoi exiger, par exemple, dans tous les cas, la désignation de la nature et de la situation des immeubles? Lorsqu'un individu hypothèque tous ses biens présents, n'est-ce pas une formalité surabondante que de le contraindre à préciser en quoi consistent ces biens, et où ils sont situés? Les tiers n'en savent-ils pas assez, lorsqu'ils sont informés que tous les biens, sans exception, de celui avec qui ils contractent, sont déjà hypothéqués?

Que le législateur ait exigé une désignation spéciale du lieu de la situation et de la nature de l'immeuble, lorsqu'on hypothèque un champ, un pré, un terrain quelconque isolé, je le conçois. On n'aurait pu, sans ces renseignements, arriver à une connaissance précise de l'objet.

Mais montrer la même exigence lorsque l'hypothèque frappe sur tous les biens présents du débiteur, c'est assurément porter la prudence jusqu'à l'exagération. Il

(1) *Infrà*, n° 762.

est certain qu'on aurait pu arriver à une publicité suffisante sans ces détails minutieux (1).

515. Une des conséquences les plus importantes de la spécialité, c'est que l'hypothèque générale conventionnelle se trouve prohibée par le Code.

Plusieurs motifs ont déterminé le législateur :

1° D'abord il n'a pas voulu que le débiteur pût facilement engager toute sa fortune, sachant bien que les emprunteurs passent facilement par toutes les conditions qu'on leur impose, pourvu qu'on leur prête de l'argent (2).

2° Ensuite il a voulu empêcher l'accumulation de plusieurs hypothèques sur le même immeuble. Car leur concours entraîne toujours des discussions dispendieuses (3).

3° Enfin (et ce motif est le plus décisif) il a voulu favoriser les effets de la publicité. Car, comme je viens de le dire, de la spécialité découle, dans l'esprit du Code, la publicité. Or, l'hypothèque générale étant celle qui comprend les biens *présents et à venir* du débiteur, comment pourrait-on indiquer dans l'obligation la nature et la situation de biens qui ne sont pas encore dans le domaine du débiteur ?

Aussi notre article dit-il que *les biens à venir ne peuvent être hypothéqués*.

Ainsi, une hypothèque générale est nulle par le Code Napoléon, non-seulement à l'égard des tiers qui ont intérêt à la critiquer, mais encore à l'égard du débiteur lui-même, qui peut se faire relever de la témérité qui lui a dicté un engagement qui ne remplit pas le vœu de la loi. Elle peut aussi être attaquée par les héritiers du débiteur (4).

(1) M. Grenier, préface, p. xxvi. V. *infra*, n° 536 bis, et ma préface.

(2) Répert., Hyp., p. 910.

(3) Rép., *loc. cit.*

(4) M. Grenier, t. 1, n° 65. M. Chabot, sur l'art. 873, n° 13. Arrêt de Riom du 6 janvier 1820, Denev., 20, 2, 12.

Mais le débiteur qui aurait consenti une hypothèque générale, nulle aux termes de la loi, pourrait-il se refuser à donner à son créancier une hypothèque spéciale qui lui tint lieu de garantie ? L'affirmative a été jugée par arrêt de la cour d'Aix du 16 août 1811 (1). Mais cet arrêt paraît dur à M. Grenier (2), qui aimerait mieux suivre un arrêt de la cour de Riom du 25 mai 1816, qui a jugé qu'un individu qui a hypothéqué tous ses biens, à une époque où il ne possédait aucun immeuble, pouvait être contraint à donner une hypothèque spéciale sur ceux qu'il avait acquis depuis (3). Sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, la cour supérieure de Bruxelles a jugé, par arrêt du 27 juin 1821 (4), que le créancier pouvait se prévaloir de l'hypothèque générale pour exiger une hypothèque spéciale. M. Persil approuve cette opinion (5).

Il y a sans doute quelque équité dans cette jurisprudence. Mais je ne voudrais pas concourir à un arrêt qui la sanctionnerait, parce qu'elle me paraît résister aux termes de la loi. L'hypothèque consentie, étant nulle, ne peut être remplacée, *par le seul fait du juge*, par une autre hypothèque, qui aurait les caractères requis par le législateur. Les jugements ne créent pas les conventions, ils les déclarent. Que fait-on ici ? On force le débiteur à accorder autre chose que ce qu'il a promis. (Voyez *infra*, n° 539.)

Revenons à la proscription de l'hypothèque des biens à venir.

516. C'est là une des innovations les plus remarquables du nouveau régime hypothécaire.

(1) Dal., Hyp., p. 215, note.

(2) Il est vrai que cet arrêt décide que cette clause n'était que de style dans l'espèce.

(3) M. Grenier, t. 1, p. 157, n° 65. Dalloz, Hyp., p. 178. Notez bien qu'on ne se trouvait pas dans le cas de l'art. 2150.

(4) M. Dalloz cite la date, mais ne donne pas le texte de cet arrêt. Hyp., p. 201, note 2.

(5) Art. 2129, n° 1.

Dans le droit romain, l'hypothèque conventionnelle pouvait porter sur les biens présents et à venir. Ce genre de stipulation n'était pas interdit aux parties (1). Justinien voulut même, par la loi finale du Code, *Quæ res pignori vel hyp.*, que lorsqu'un individu hypothéquait ses biens sans dire qu'il hypothéquait ses biens présents ainsi que ses biens à venir, le droit d'hypothèque générale s'étendit même aux biens à venir (2).

Dans l'ancienne jurisprudence française, on avait été plus loin : l'hypothèque de tous les biens présents et à venir était attachée de droit à tout contrat authentique ; pour restreindre l'hypothèque à quelques objets spéciaux, il fallait une convention expresse (3). Mais Loyseau regardait cet état de choses comme une source de désordres et de malheurs inévitables (4).

Le Code Napoléon a donc agi sagement en proscrivant l'hypothèque conventionnelle des biens à venir. Néanmoins, on verra une modification à ce principe de la législation moderne dans l'art. 2130.

517. Je dois examiner ici une question extrêmement importante, et que les auteurs modernes résolvent diversement.

Lorsqu'un individu hypothèque spécialement une chose dont il n'est pas *actuellement* propriétaire, l'hypothèque devient-elle valable, si par la suite il en acquiert la propriété ?

Cette question est complexe. Elle en embrasse beaucoup d'autres.

Et d'abord quel est, en général, le sort d'une hypothèque donnée sur la chose d'autrui ?

518. Cette hypothèque était nulle par le droit romain.

(1) L. 6, Dig., *De pignori. et hyp.*

(2) Voët, *De pignori. et hyp.*, n° 6 et 8. Poth., *Pand.*, t. 1, p. 567, n° 11.

(3) *Suprà*, n° 504.

(4) Déguerp., liv. 3, ch. 1, n° 16.

Car, pour que l'hypothèque *spéciale* fût valable, il fallait qu'il fût prouvé que la chose hypothéquée appartenait au débiteur lors de la constitution de l'hypothèque : « Quod dicitur, creditorem probare debere, quum con- » veniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam con- » ventionem pertinet quæ specialiter facta est, non » ad illam quæ quotidie inseri solet cautionibus, ut spe- » cialiter rebus hypothecæ nomine datis, cætera etiam » bona teneantur debitoris, quæ nunc habet, et quæ pos- » teà adquisierit, perinde atque si specialiter hæ res fuis- » sent obligatæ. » L. 15, § 1, D. *De pignori. et hyp.* (1).

Les lois se présentent en foule pour décider qu'on ne pouvait hypothéquer *spécialement* la chose d'autrui. La loi 6, au C. *Si aliena res pignori.*, disait entre autres : « Et » per alium rem alienam invito domino pignori obligari » non posse certissimum est (2). »

519. On pourra demander comment il se fait que l'hypothèque de la chose d'autrui fût nulle, lorsque la vente de la chose d'autrui était permise par le droit romain. Cujas (3) a résolu ce problème par des raisons assez développées, que Voët a résumées en ces termes. Je les cite de préférence, *brevitatis causâ*.

« Etsi enim id quod venditionem recipit, quia in com- » mercio est, etiam pignorationem recipere possit (I. 9, » § 1, D. *De pignori. et hyp.*, I. 1, § 2, *Quæ res pi- » gnori. vel et hyp.*), non tamen ab omni eo qui rem » vendere potest, etiam jure oppignoratur. Nam cum ex » pignoris an hypothecæ constitutione creditori nasci de- » buerit jus pignoris, adeoque jus in re, necesse fuit ut » jus in re haberet qui jus pignoris alteri constituere vult. » At venditor, ex contractu venditionis, nullum emptori » constituit jus in re, sed tantum suam personam ad rem

(1) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 508, n° 15.

(2) Pothier, *loc. cit.* Cujas, sur la loi 41, Dig., *De pign. act.*, lib. 3. *Quæst. Pauli*.

(3) Récit. solenn. sur le tit. du Code *Si aliena res*, etc.

» tradendam obligat, ad quod non opus est, ut ullo jure
» in re munitus sit (1). »

Ces principes étaient ceux de l'ancienne jurisprudence française (2), et l'on sent combien à plus forte raison ils doivent être ceux du Code Napoléon, qui déclare nulle la vente de la chose d'autrui. Aussi notre article dit que les biens sur lesquels l'hypothèque est assise doivent appartenir *actuellement* au débiteur, c'est-à-dire au moment de la convention.

Ainsi donc, l'hypothèque consentie sur un bien dont on n'est pas le maître ne peut nuire au véritable propriétaire. « Unde intelligitis contractum ejus nullum præ-
» judicium dominio vestro facere potuisse. » L. unic. au C. *Si comm. res.*

520. Mais que doit-on entendre par ces mots *appartenant à dont se sert notre article*?

La loi 181 D. *De verb. signif.* définit ainsi le mot *pertinere*, qui est le synonyme de notre verbe *appartenir*.

« Verbum illud *pertinere* latissimè patet. Nam et eis
» rebus petendis aptum est quæ dominii nostri sint, et
» eis quas jure aliquo possideamus, quamvis non sint do-
» minii nostri. *Pertinere* ad nos etiam ea dicimus, quæ in
» nullâ eorum causâ sint, sed esse possint (3). » Ce qui veut dire :

L'expression *appartenir* a un sens très-large, car elle s'applique aux choses qui sont dans notre domaine, de même qu'aux choses que nous possédons par quelque titre, quoiqu'elles ne soient pas à nous (comme l'usufruit, l'emphythéose, le droit de superficie); elle s'applique aussi aux choses que nous n'avons pas encore, mais que nous aurons, parce que nous avons une action pour

(1) Ad Pand. *Quæ res pignori*, n° 3.

(2) Basnage, *Hyp.*, ch. 5.

(3) Nous avons vu ci-dessus, n° 468 *ter* et suiv., que l'on pouvait hypothéquer l'immeuble sur lequel on n'avait qu'un droit *suspendu* par une condition, ou *résolutoire*.

les obtenir. Tel est la paraphrase de cette loi, d'après les notes de Pothier (1).

521. Maintenant passons à une hypothèse qui nous rapproche de la question proposée.

Si celui qui n'était pas propriétaire d'une chose lorsqu'il l'a hypothéquée le devient *ex post facto*, pourra-t-il se prévaloir de la nullité originaire de l'hypothèque pour soutenir qu'elle ne peut produire d'effet au profit du créancier en faveur de qui il l'a consentie?

Il est certain qu'il ne le pourra pas : car il irait contre son propre fait, et il serait repoussé par l'exception de dol.

« Sed et si *filius familiæ*, patre suo relegato vel longo
» tempore absente, dotem pro filiâ promiserit, et rem pa-
» tris pignori dedit... planè si patri hæres extiterit, et
» pignus persequatur, exceptione doli mali submove-
» bitur. » L. 5, § 2, D. *ad S. C. maced.* (2).

Ces principes, que l'on trouve répétés dans les lois 41, D. *De pign. act.*, l. 5, C. *Si aliena res*, sont de tous les temps et de tous les lieux.

Le président Favre les développe avec force (3).

« Non potest debitor quæstionem dominii referre, quia
» cùm convenerit ipse de pignore, arguit se de menda-
» cio, si neget rem eo tempore suam fuisse, sive bonâ
» fide illam possiderit, sive possidendi titulum habuerit;
» ac ne ipsam quidem possessionem, ut Paulus subjicit
» in fine hujus legis, tametsi, cùm rem pignori dabat,
» non affirmaverit rem suam esse. Sufficit enim id tacitè
» actum fuisse, ut pro certo et affirmato habeatur. »

Ainsi, lorsque le débiteur devenait propriétaire de la chose hypothéquée, quoiqu'il ne le fût pas lors de la constitution d'hypothèque, il se faisait ce que les inter-

(1) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 558, n° 41. M. Merlin, *Q. de Droit*, v° *Hyp.*, p. 435, col. 2.

(2) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 559, n° 19.

(3) *Rationalia*, sur la loi 41, *Dig.*, *De pignor. act.*

prêtes, et notamment Balde, ont appelé *reconciliatio pignoris*, et il suivait de là que le créancier pouvait poursuivre la chose hypothéquée sur son débiteur.

Mais, pour y parvenir, il n'avait pas l'action *ordinaire* hypothécaire; car cette action n'était attachée qu'à une hypothèque valablement constituée *ab initio*. Il avait seulement, *ex æquitate*, l'action *utile* hypothécaire, qui produisait le même effet. « Confirmatur pignus, non quidem » directò, quia directi et *summi juris regula*, quæ à Catone » profecta est, obstat, *quæ vetat quod ab initio non valet » ex post facto convallescere*, et ideò neque pignus quod ab » initio non valet, ex post facto convalescit directò, *sed » convalescit utiliter*, hoc est, *pignoris persequendi gratiâ » creditori datur adversus debitorem*, non quidem *ordinaria et directa actio hypothecaria, sed utilis et extraordinaria, sive in factum, quæ eundem effectum habet* (1). »

Dans l'ancienne jurisprudence française, où l'on ne faisait pas de distinction entre les actions utiles et les actions ordinaires, et où toutes les actions étaient fondées sur l'équité (2), le créancier jouissait du même droit que par le droit romain. Il pouvait faire exproprier son débiteur de la chose que ce dernier lui avait donnée en hypothèque, sans en avoir été propriétaire à l'époque du contrat de prêt, pourvu que plus tard il en eût acquis la propriété (3), et ces principes sont aussi les seuls qu'on puisse, à mon avis, professer aujourd'hui. Je les trouve expressément consacrés dans un arrêt de la cour de Bordeaux du 21 décembre 1832 (4).

522. Mais en sera-t-il de même si le débiteur, étant devenu propriétaire de la chose, l'a vendue à un tiers?

(1) Cujas, sur la loi 41, Dig., *De pign. act.*, lib. 3. *Quæst. Pauli*.

(2) Sed jus gallicum eò semper incurrit quod humanius est, benignius et æquius. Mornac, sur la loi 41, D. *De pign. act.*

(3) Basnage, *Hyp.*, ch. 3.

(4) Dal., 33, 2, 152, 153. *Junge* mon *Comm. de la Vente*, t. 1, n 236.

Alors le créancier pourra-t-il poursuivre son hypothèque entre les mains de ce tiers?

Cette question était controversée parmi les commentateurs du droit romain.

Le président Favre, renouvelant une ancienne opinion d'Accurse, soutient (1) que le créancier ne peut tenter l'action hypothécaire contre le tiers possesseur.

Mais presque tous les interprètes enseignent une opinion contraire. A leur tête se place Cujas (2).

Zazius, sur le titre *Qui potior in pignore vel hypoth.*, dit formellement : « Quid si hypotheca sit constituta à » non domino, à quo, postea domino facto, alteri est » oppignorata? Nihilominus erit potior posteriori, non » obstante quòd eidem à domino facta sit constituta hypotheca; nam hoc ipso quod dominium postea accedit, » confirmatur jus prioris. »

Voët, sur le même titre, n° 31, tient le même langage : « Quid si priori à non domino pignus devinctum sit, posteriori autem illud ipsum ab eodem, sed jam domino » facto, adhuc prior potior est, eò quòd ipso primo acquisiti dominii momento firmatum priori fuit pignoris jus (3)? »

Citons encore Corvinus dans ses énonciations sur le C. *Si aliena res*, etc. (4).

« Creditori... actio dabitur contra debitorem et eos qui » à debitore causam habent.

« Contra debitorem, quia si hâc defensione uti velit, » quòd tunc cum pignoravit non fuit dominus, venit » contra factum suum, et doli mali replicatio ei obstat » (l. 21, § 1 *De pignor.*, et *hypoth.*) : arguetur enim de » mendacio suo, quia rem quasi suam pignoravit.

« Contra eos qui à debitore causam habent, quia debent » auctoris sui jure niti. » (L. nemo 54, D. *De reg. juris.*)

(1) *Rationalia*, loc. cit.

(2) *Loc. cit.*

(3) V. aussi le n° 4 de son *Comm. sur le tit. du Dig.*, *Quæ res pign.*, etc.

(4) P. 631, col. 1.

Cette opinion paraît en effet fondée sur les lois les plus formelles.

La loi 41, D. *De pignor. act.*, dit : « *Rem alienam pignori dedisti: deinde dominus rei ejus esse cœpisti. Datur utilis actio pignoratitia creditori.* »

Et tous les auteurs font remarquer que ce que Paul appelle ici *utilis pignoratitia* n'est pas l'action personnelle *pignoratitia* dont il est question au D. au tit. *De pignor. act.*; mais l'action utile hypothécaire, c'est-à-dire une action persécutoire de la chose (1).

La loi 5, au C. *Si aliena res*, n'est pas moins formelle. « *Cùm res, quæ necdùm in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis ejus esse incipiat: ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est: sed tamen æquitatem facere, ut facilè utilis persecutio, exemplo pignoratitiæ detur* (2). »

Or, si les lois donnent au créancier une action hypothécaire *rei persecutoria*, il s'ensuit que c'est pour poursuivre la chose sur des tiers, et non pas seulement sur le débiteur lui-même (3). Aussi Cujas (4) traite-t-il de frivole l'opinion d'Accurse, qui pense que l'action doit être donnée seulement contre le débiteur, et non pas contre les tiers possesseurs. « *Hoc satis est; nec (quasi in hanc rem Accursii nugas) puta id non probanti creditori dari hypothecariam in debitorem, non in extraneum possessorem. Datur enim hypothecaria in utrumque, in quem libet possessorem, sed utilis, ut dixi, non directa.* » Ces paroles sont si graves, que je crois devoir y insister en les traduisant : « En voilà assez sur cette question. Et ne

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 559, note h. Cujas, *loc. cit.*, etc.

(2) Pourquoi l'action utile et pas l'action ordinaire? Parce que l'action directe ne peut découler que d'une hypothèque valablement constituée, au lieu qu'il s'agit ici d'une hypothèque constituée à *non domino* (Pothier, Pand., t. 1, p. 559, note f).

(3) Les lois 9, § 3, Dig., *De pignorib.*, et 4, Dig., *Ad S. C. Maced.*, en contiennent d'ailleurs la preuve positive. (Pothier, Pand., t. 1, p. 560. Merlin, Q. de Droit, Hyp., p. 428.)

(4) Quæst. de Paul, lib. 3, l. 41, Dig., *De pign. act.*

» croyez pas (comme le veut Accurse dans ses gloses » frivoles) que le créancier qui ne prouve pas qu'au temps » de la convention la chose était à son débiteur, n'ait » l'action hypothécaire que contre le débiteur, et pas » contre le tiers possesseur. Car il a cette action contre » les tiers. Mais ce n'est que l'action utile (1). »

523. Ces principes étaient ceux de l'ancienne jurisprudence française. Il existe à cet égard un arrêt du parlement de Paris, du 14 août 1601. Guillaume Marchand, tuteur d'Anne Marchand, sa fille, engagea à un de ses créanciers une maison appartenant à cette dernière. Mais plus tard ayant succédé à sa fille, il fut question de savoir si, au moyen de son adition d'hérédité, l'hypothèque était convalidée. On jugea l'affirmative entre le sieur de Serizy d'une part, et le sieur Chauvin de l'autre (2).

524. Pourquoi cette décision et celle des lois romaines ne trouveraient-elles pas leur application sous le Code Napoléon?

Il est certain que l'ayant-cause ne peut être de meilleure condition que son auteur. Or, ce dernier ne pourrait résister à l'action hypothécaire intentée contre lui : je l'ai démontré tout à l'heure : il ne le pourrait pas sans alléguer son mensonge et s'accuser de stellionat, ou, s'il était de bonne foi, sans manquer à des engagements d'honneur, et qu'il est en son pouvoir de remplir. Il invoquerait d'ailleurs un moyen de nullité, qu'il est obligé de garantir. Enfin c'est une maxime constante que, *confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis*.

Mais si l'on peut raisonner ainsi contre le débiteur, ne peut-on pas proposer les mêmes arguments contre son *ayant-cause*, qui tient de lui son titre de propriété, et qui ne peut avoir des droits plus étendus!

(1) M. Merlin a donné des autorités différentes, mais également positives. Q. de Droit, Hyp., p. 423.

(2) Automne, Conf. du droit français avec le droit romain. Sur la loi 22., D., *De pign. act.* Bouguier, p. 182, éd. de 1738. Merlin, *loc. cit.*, p. 443, 444.