

- moins de raison que tous les autres de croire à la solvabilité du débiteur commun (1). »

La dame Solignac était restée étrangère au débat entre Broussous et Ignon ; car peu lui importait que son hypothèque fût divisée sur tel et tel lot. Il lui suffisait de toucher l'intégralité de la créance. Comme tous les biens vendus donnaient lieu à un seul et même ordre, elle n'éprouvait aucun des inconvénients qu'amène la division, lorsqu'il y a lieu à deux ou plusieurs ordres différents.

Maintenant que devait faire le juge pour opérer une division qui pût concilier tous les droits des créanciers ? Il devait considérer, comme il le fit, l'antériorité des droits. Broussous, en prêtant 28,000 francs à un homme possédant 100,000 francs de biens grevés seulement de 37,000 francs de créances hypothécaires, a dû compter sur la certitude d'être intégralement payé de son dû. Les hypothèques postérieurement consenties ne peuvent lui nuire. La division de l'hypothèque générale doit s'effectuer de manière à ce que cette attente légitime soit remplie, et que des hypothèques postérieures n'aient pas sur lui un avantage aussi contraire à l'équité qu'à la commune intention des parties contractantes. On peut voir, dans les recueils d'arrêts, le développement des moyens proposés par Ignon à l'appui de son pourvoi : ces moyens roulent perpétuellement sur de pures équivoques et de véritables paralogismes.

761. On pourrait cependant croire que la répartition de l'hypothèque générale au marc le franc sur tous les biens qui lui sont soumis, a été consacrée par un arrêt de la cour de Paris, du 31 août 1810 (2) : mais cet arrêt

(1) Autres arrêts conformes de la cour de Poitiers, du 15 décembre 1829 (Dal., 1830, 2, 125), et de la cour de Toulouse du 5 mars 1836 (Daloz, 36, 2, 133). Riom, 18 janvier 1828 (vol. 1831, 2, 310). Cass., 5 août 1847 (Sirey, 47, 1, 850).

(2) Sirey, 17, 2, 397. Daloz, Hyp., p. 103, n° 1. Ce dernier auteur ne fait qu'en donner le sommaire. *Junge Douai*, 5 juillet 1843 (Sirey, 43, 2, 320).

a été rendu dans des circonstances particulières, et ne me paraît pas devoir tirer à conséquence.

La dame de Larochefoucault exerçait le privilège de vendeur sur tous les biens appartenant à un sieur Goesson. Elle demanda à être colloquée par préférence, et pour une somme de 400,000 francs qui lui était due, sur un immeuble qu'elle désignait et dont elle absorbait le prix. Cet immeuble était en même temps grevé d'hypothèques spéciales qui, par l'effet de cette collocation, se fussent trouvées illusoires. Les créanciers qui n'avaient pour tout gage que ces hypothèques spéciales, voulaient que la dame de Larochefoucault reportât son privilège sur les autres biens qui avaient été saisis en même temps, et dont le prix se distribuait simultanément. Mais elle résista, disant qu'elle avait intérêt à n'être pas payée sur plusieurs bordereaux de collocation ; elle proposait à ses créanciers de faire reporter *fictivement* son privilège sur les autres biens, au marc le franc de leur valeur. Le tribunal de la Seine adopta ce parti, et sa décision fut confirmée par arrêt de la cour de Paris, du 31 août 1810. Il paraît que ce versement fictif du privilège au marc le franc ne fut contesté par personne, et qu'il ne blessait en aucune manière les intérêts des créanciers. Les débats entre les parties roulaient sur d'autres points étrangers à la question que j'examine. C'est la remarque de M. Grenier (1) et de M. Sirey (2). Ainsi cet arrêt doit être mis dans la classe de ceux où des circonstances particulières changent les principes généraux (3).

(1) T. 1, p. 370.

(2) 21, 1, 366.

(3) Je range dans la même catégorie un arrêt récent de la Cour de cassation dans lequel on a eu tort de voir un changement de la jurisprudence que cette Cour a consacrée. Cet arrêt rendu sous ma présidence, le 26 décembre 1853, se borne à décider qu'on peut ne pas voir une violation de la loi dans une décision qui, lorsque le créancier hypothécaire général ne demande pas à être colloqué sur tel ou tel immeuble, répartit leur collocation au marc le franc sur tous les immeubles, sans égard à la date des inscriptions qui les grevent spécialement (Sirey, 54, 1, 86).

762. Si le créancier ayant hypothèque générale avait en même temps une hypothèque spéciale pour sûreté de la même créance, on demande s'il pourrait être renvoyé à discuter son hypothèque spéciale, avant de se pourvoir sur les biens soumis à l'hypothèque générale.

D'après la loi 9, C. *De distract. pignorum*, le créancier devait poursuivre les biens spécialement hypothéqués avant d'attaquer les biens soumis à l'hypothèque générale. On supposait que l'hypothèque générale n'avait été obtenue qu'*in subsidium*. Telle était l'opinion universelle. Covarruvias (1), Brunemann (2), Godefroy (3), Favre (4) et Voët (5) sont positifs sur ce point.

Cette règle se suivait aussi en droit français. Le Maître (6) a noté plusieurs arrêts du parlement de Paris qui l'ont consacrée (7).

Ce sentiment doit-il être adopté sous le Code Napoléon ? L'affirmative a été jugée par arrêt de la cour de Bruxelles du 3 prairial an xii (8). Il fut décidé qu'un créancier ayant tout à la fois une hypothèque spéciale conventionnelle, et une hypothèque générale résultant d'un jugement qui avait confirmé le titre originaire, ne pouvait saisir les biens soumis à l'hypothèque générale que discussion préalablement faite de son hypothèque spéciale. Cet arrêt est rendu en thèse. La cour de Bruxelles a particulièrement invoqué dans ses considérants la loi 9, C. *De dist. pignor.*

La même chose me paraît avoir été jugée par arrêt de la cour de Paris du 10 mars 1809 (9), et c'est du reste

(1) *Variar. resolut.*, lib. 3, c. 18.

(2) *Ad leg. 2, Qui potior.*

(3) Même loi.

(4) *Cod.*, lib. 8, t. 6, déf. 8.

(5) *Lib.* 20, t. 1, n° 16.

(6) *Criées*, liv. 1, C. 32.

(7) *Junge Basnage*, ch. 5, p. 11.

(8) *Sirey*, 5, 2, 267.

(9) *Sirey*, 9, 2, 315. *Dal.*, *Hyp.*, p. 407.

l'opinion de M. Grenier (1). Elle ne saurait trouver des contradicteurs.

Mais s'il pouvait y avoir du doute sur la suffisance de l'hypothèque spéciale, alors il faudrait prendre des mesures conservatoires pour que le créancier ne fût pas frustré. Par exemple, Primus a une hypothèque spéciale sur le fonds A, et de plus, une hypothèque générale judiciaire sur tous les autres biens du débiteur consistant dans les domaines B, C, D, E; tous ces domaines sont également grevés d'hypothèques spéciales au profit de Secundus, Tertius et Quartus, et postérieures aux deux hypothèques de Primus. Secundus fait saisir les biens B, C, D, E; Primus se présente à l'ordre pour être colloqué; mais on lui oppose qu'il doit se payer par préférence sur le fonds A qui lui a été hypothéqué spécialement. Il répond que ce fonds n'est pas suffisant pour le payer intégralement de sa créance. Dans ce cas le juge ne doit colloquer Secundus, Tertius et Quartus qu'à la charge de rapporter à Primus la somme nécessaire pour le remplir intégralement de son dû, dans le cas où il ne pourrait pas être payé en entier sur le fonds A. Alors, si l'événement justifie les craintes de Primus, il reviendra *in subsidium* sur les biens B, C, D, E, et recevra des mains des créanciers colloqués ce qui sera nécessaire pour compléter son paiement intégral.

On voit que, dans le cas dont je m'occupe, on ne force pas le créancier nanti d'une hypothèque générale à la restreindre contrairement aux principes que j'ai jusqu'à ce moment développés. On considère seulement son hypothèque comme subsidiaire et en second ordre, et on ne l'admet à s'en prévaloir qu'autant qu'il y a nécessité absolue de recourir à ce remède (2).

763. Je ne me dissimule pas cependant que l'adoption des principes du droit romain sur cette matière pourrait

(1) *T.* 1, n° 185, p. 387.

(2) *M. Grenier*, t. 1, n° 181. *M. Dalloz*, p. 407.



conduire à des résultats qui paraissent durs dans quelques circonstances, et particulièrement dans l'espèce suivante :

Primus, créancier de Caius d'une somme de 50,000 fr., a une hypothèque spéciale sur le fonds A estimé 80,000 fr., et une hypothèque générale qui frappe entre autres sur le domaine B, estimé 70,000 francs. Postérieurement, Caius emprunte à Secundus 50,000 francs, et lui donne en hypothèque le fonds A, que Secundus accepte pour gage, parce qu'il espère qu'en cas de non-paiement, la vente des deux domaines A et B, valant 150,000 francs, mettra le débiteur à même de payer amplement 100,000 fr. de dettes. Caius, ayant encore besoin d'argent, emprunte à Tertius une somme de 70,000 francs et lui donne à hypothèque le fonds B. Voilà donc Caius avec 170,000 fr. de dettes et ne possédant cependant que 150,000 francs de biens. Il tombe en déconfiture, et Tertius fait saisir le fonds B pour se faire payer de ses 70,000 francs. Primus se présente à l'ordre pour ses 50,000 francs; mais Tertius, qui a su, avant de prêter, qu'il avait en première ligne une hypothèque spéciale sur le fonds A, le renvoie à se faire payer sur cet immeuble, dont la valeur est évidemment suffisante pour l'indemniser pour le tout. Mais qu'arrivera-t-il si cette exception vient à prévaloir? C'est que Secundus se verra enlever la presque totalité de son gage, et que c'est lui qui supportera le vide qu'offre le patrimoine du débiteur, tandis que Tertius sera payé en entier, bien qu'il soit postérieur à Secundus, et qu'à l'époque où Secundus a prêté, le débiteur fût tout à fait solvable.

Néanmoins, je crois qu'il faudra s'en tenir aux principes et condamner Secundus, malgré les considérations qu'il pourra opposer pour faire déplorer la dureté de sa position. Il a su que Primus avait hypothèque spéciale en premier ordre sur le fonds A; il lui était facile de prévoir qu'en cas de nouvelles hypothèques consenties par le débiteur sur d'autres biens, on forcerait Primus

à concentrer son action sur le fonds A. Il devait donc considérer comme extrêmement fragile l'hypothèque qu'on lui assurait sur ce même fonds. Tertius, au contraire, n'a prêté son argent que parce qu'il prévoyait que, d'après la loi, le fonds B pourrait devenir son gage exclusif. Une convention passée de bonne foi entre lui et le débiteur ne peut lui devenir onéreuse parce que Secundus a agi avec imprudence. C'était à ce dernier à prendre ses mesures.

Cet exemple est un de ceux qui prouvent que l'hypothèque spéciale affecte quelquefois l'immeuble d'une manière plus étroite que l'hypothèque générale; il est bien clair, en effet, que Secundus s'est trouvé plus menacé par l'hypothèque spéciale de Primus sur le fonds A, que Tertius par l'hypothèque générale du même Primus s'étendant sur le fonds B.

764. Au surplus, il est une remarque faite très-souvent par M. Grenier, et qui doit servir de conseil à tous les prêteurs qui voudront éviter le concours, souvent fort difficile à concilier, de l'hypothèque générale et de l'hypothèque spéciale. C'est de ne prêter aux tuteurs et aux maris dont les biens sont grevés d'hypothèque générale qu'en obtenant la réduction de ces hypothèques générales, et en faisant libérer l'immeuble qu'on veut prendre à hypothèque spéciale (1).

765. Les points de droit que je viens de traiter m'ont peut-être un peu éloigné du sujet principal de l'art. 2161; je me hâte d'y rentrer d'une manière plus directe.

Je disais au n° 750 que le débiteur est le seul qui puisse demander la réduction de l'hypothèque générale, judiciaire ou légale. Cette réduction est amiable ou judiciaire (2).

(1) M. Grenier, t. 1, p. 585.

(2) Je ne parle pas ici de la réduction de l'hypothèque légale demandée par le mari ou le tuteur. J'en ai traité *suprà*, n° 648, et ce cas est prévu par les art. 2143 et 2144 du Code Napoléon.

Néanmoins il y a des cas où elle ne peut être qu'amiable.

C'est ce qui semble devoir être décidé à l'égard des communes. Pour restreindre le nombre des inscriptions qui pèsent sur les biens de leurs receveurs, il faut qu'elles soient munies des autorisations nécessaires pour l'aliénation de leurs biens. Si l'autorité supérieure ne consent pas, il me paraît qu'on ne pourrait se pourvoir en justice pour l'obtenir.

On doit porter une décision semblable à l'égard des établissements de charité, lesquels ne peuvent consentir à une réduction qu'en vertu d'une décision du conseil de préfecture, et conformément à la marche tracée par le décret du 11 thermidor an XII.

La loi du 5 septembre 1807 indique les règles à suivre pour restreindre l'hypothèque du trésor sur les biens des comptables. C'est l'administration supérieure qui a plein pouvoir pour cela. Elle ne peut jamais y être contrainte par les voies ordinaires (1).

C'est particulièrement dans le cas d'hypothèque judiciaire que la réduction peut être spontanée ou judiciaire.

766. Lorsqu'on se pourvoit devant les tribunaux pour obtenir la réduction des inscriptions pour une hypothèque générale dont on est grevé sur ses biens, on doit suivre les règles de compétence indiquées dans l'art. 2159 (2). Je n'ajouterai rien à ce que j'ai dit en commentant cet article, ainsi que l'art. 2156 (3).

767. Mais dans quel cas l'action en réduction est-elle ouverte ?

Comme je l'ai dit *suprà*, il y a cette différence entre notre article et ces deux dispositions, qu'ici il s'agit de la réduction du nombre des inscriptions, tandis que les art. 2143 et 2144 ont en vue la réduction de l'hypothèque.

(1) M. Grenier, t. 1, p. 634.

(2) La réduction demandée par les maris et les tuteurs rentre dans les dispositions des art. 2143 et 2144.

(3) V. M. Pigeau, t. 2, p. 425.

C'est dans le cas où les inscriptions sont excessives, où elles couvrent plus de biens qu'il n'en faut pour assurer la créance, et où cet excès peut nuire au crédit du débiteur. Les articles 2162 et 2163 vont préciser les cas où il y a excès. On verra dans les art. 2164 et suivants le mode d'arbitrer l'excès des inscriptions pour les ramener dans des proportions convenables.

Toutefois, avant d'arriver à ces articles, je dois examiner une difficulté qui me paraît rentrer plus particulièrement dans l'interprétation de l'article 2161.

Lorsqu'après des contestations soulevées sur un titre portant hypothèque spéciale, il est intervenu un jugement de condamnation qui le confirme et lui adjoint une hypothèque générale judiciaire, l'hypothèque générale doit-elle être réduite, si le débiteur vient à remplir l'objet de la convention primitive ?

Pour résoudre cette question, il faut distinguer, avec M. Merlin, les cas suivants (1) :

Où le titre originaire portait simple promesse d'une hypothèque spéciale, ou il contenait une constitution d'hypothèque valable et complète sur des immeubles déterminés.

Dans le premier cas, si le débiteur n'a pas satisfait à sa promesse d'hypothéquer les immeubles désignés, et qu'un jugement lui ordonne de l'exécuter, on doit dire que, dès le moment que le débiteur aura hypothéqué les immeubles qu'il s'était engagé par la convention de soumettre à l'hypothèque, il n'y aura plus lieu à l'hypothèque judiciaire et générale résultant de la condamnation; cette dernière hypothèque est désormais sans cause. Son objet était d'assurer l'exécution de l'obligation principale. Aussitôt que cette obligation principale est remplie, les effets du jugement sont anéantis, puisqu'il a été complètement satisfait à ce même jugement (2).

(1) T. 17, v° Titre confirmatif; et *suprà*, t. 2, n° 437 bis.

(2) *Suprà*, t. 2, n° 437 bis et 439.

Dans le second cas, lorsque le débiteur exposé à des poursuites de la part du créancier lui oppose que le titre constitutif de l'obligation et de l'hypothèque est nul ou éteint, et que le jugement statue non pas seulement sur la validité de l'hypothèque, mais encore sur l'obligation principale, et ordonne qu'elle sera exécutée, alors le jugement produit une hypothèque générale pour l'exécution de toutes les clauses de la convention et pour le paiement de la somme promise; et jusqu'à ce que cette somme soit payée; l'hypothèque générale subsiste conjointement avec l'hypothèque spéciale dans toute sa force. Seulement, si elle est plus considérable qu'il ne faut pour assurer le paiement de l'obligation principale, le débiteur peut, d'après notre art. 2161, obtenir une réduction.

768. Il me reste à examiner si la réduction peut être demandée en justice par le débiteur pour hypothèques antérieures au Code Napoléon.

J'ai dit ailleurs quelque chose à cet égard (1), et j'ai montré, d'après MM. Chabot et Grenier, que la faculté de modifier et de restreindre les hypothèques générales, étant une innovation du Code Napoléon, ne pouvait être appliquée à des hypothèques créées et acceptées sous la foi d'une législation qui ne faisait pas craindre au créancier la possibilité de voir son droit limité.

A la vérité, M. Dalloz (2) incline, en citant l'autorité de M. Tarrible (3), à adopter une opinion contraire. Mais il convient que les vrais principes sont du côté de la doctrine des auteurs dont il se sépare. Après un tel aveu, la discussion se trouve simplifiée, et l'on ne sait que penser des arrêts qui ont fait prévaloir le sentiment purement arbitraire de la rétroactivité (4). Il faut dire

(1) T. 2, n° 642.

(2) Hyp., p. 437, n° 23.

(3) Répert., Radiation, n° 12. Mais je n'ai pas vu que M. Tarrible émit un avis direct sur cette question.

(4) Aix, 11 fructidor an xii (Sirey, 5, 2, 424). Nîmes, 19 mai 1807 (Dal., Hyp., p. 439). Nancy, arrêt rapporté et réfuté *suprà*, t. 2, n° 641 et 642.

au surplus que d'autres arrêts, en plus grand nombre, ont refusé d'appliquer l'art. 2161 à des hypothèques acquises avant sa promulgation (1).

Mais faisons bien attention que toutes les difficultés seraient levées si le créancier consentait lui-même à la réduction. Les conventions sont libres: elles peuvent déroger à des contrats antérieurs.

C'est en partant de cette idée qu'on peut décider, avec M. Grenier (2), que rien ne s'oppose à ce qu'on puisse demander, suivant les formes établies par l'article 2044 du Code Napoléon, la réduction de l'hypothèque légale de la femme antérieure au Code Napoléon; car, en droit, pour obtenir cette réduction, il faut nécessairement le *consentement de la femme et des quatre parents*; or, ce consentement peut valablement déroger à l'état de choses ancien, *volenti non fit injuria*.

Je m'étonne que cette raison décisive ait échappé à la sagacité de M. Dalloz (3), qui trouve qu'il y a contradiction à appliquer la rétroactivité à l'hypothèque de la femme, et à la déclarer inapplicable aux hypothèques judiciaires. Il n'y a ici aucune contradiction. Quand je dis que la réduction des inscriptions des hypothèques générales ne peut rétroagir, j'entends parler de la réduction *forcée*; mais il est bien entendu que cette règle ne s'applique pas aux réductions qu'autorise un consentement amiable (4); et l'on sait qu'il ne peut y avoir réduction de l'hypothèque de la femme sans son consentement.

(1) V. Agen, 4 thermidor an xiii; Paris, 18 juillet 1807; Caen, 16 février 1808; Besançon, 22 juin 1809 (Sirey, 5, 2, 183; 7, 2, 184; 9, 2, 29; 13, 2, 318).

(2) T. 1, n° 270.

(3) Hyp., p. 437, n° 23.

(4) J'ai réluté plus haut, n° 641 et 642, t. 2, un arrêt de la cour de Nancy, qui a jugé qu'un mari pouvait *forcer* sa femme à réduire son hypothèque légale, quoiqu'elle n'y *consentît pas*, et que les deux époux fussent mariés avant la révolution.

Voilà pourquoi, M. Béranger ayant fait observer sur l'art. 2140 (1), que « cet article n'avait pourvu qu'aux » mariages à venir, mais qu'il ne s'occupait pas des » mariages déjà contractés, et n'offrait aux maris actuellement engagés aucun moyen d'affranchir une partie de leurs immeubles, » M. Treilhard répondit à cette réflexion en renvoyant à l'art. 2144 du Code Napoléon.

Concluons donc que l'art. 2144 peut s'appliquer aux hypothèques des femmes antérieures au Code Napoléon, mais par cette raison unique que, d'après ce même Code, l'hypothèque de la femme ne peut être réduite que par son consentement. Il suit de là, par un argument à contrario qui est ici irréfragable, que, dans le cas prévu par l'art. 2161, la rétroactivité ne devra jamais avoir lieu, tant qu'on voudra obtenir la réduction par des voies de contrainte. Je remarque au surplus que ces raisons ne sont pas précisément celles de M. Grenier. Mais il me semble qu'elles sont de nature à paraître décisives.

Du reste, il est un point sur lequel je ne puis me ranger sans explication à l'opinion de M. Grenier (2). Il enseigne que le tuteur, entré en fonctions avant le Code Napoléon, peut demander contre le subrogé tuteur la réduction de l'hypothèque générale que le pupille a sur ses biens. Il pense qu'on peut assimiler le cas de cette réduction à celui de la réduction réclamée par le mari. Je crois que cela n'est vrai qu'autant que le conseil de famille, d'accord avec le subrogé tuteur, consent à la réduction. Ce serait encore le cas de dire, *volenti non fit injuria*. Les conventions particulières peuvent déroger aux principes généraux. Mais il me semble que s'il y avait refus de la part des personnes appelées par la loi à représenter le mineur, le tuteur devrait être repoussé dans sa demande, quand bien même il prouverait que les inscriptions prises au profit du pupille sont plus con-

(1) Conf., t. 7, p. 85.

(2) T. 1, n° 270.

sidérables qu'il n'est nécessaire. Peut-être cette pensée est-elle aussi celle de M. Grenier? Quoi qu'il en soit, j'ai cru devoir faire cette observation pour mettre plus de précision dans une matière délicate.

#### ART. 2162.

Sont réputées excessives les inscriptions qui frappent sur plusieurs domaines, lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède de plus d'un tiers en fonds libres le montant des créances en capital et accessoires légaux.

#### SOMMAIRE.

- 769. Conditions pour que les inscriptions soient réputées excessives.
- 770. Signification du mot *domaine* employé dans notre article.
- 771. Valeur des terrains couverts par l'inscription pour qu'il y ait lieu à la réduction.

#### COMMENTAIRE.

769. Pour que les inscriptions soient réputées excessives, il faut : 1° qu'elles portent sur plusieurs domaines ; 2° que la valeur d'un ou de quelques-uns d'entre ces domaines excède de plus d'un tiers en fonds libres le montant des créances en capital et accessoires.

La première condition produit cette conséquence, que, tant que le débiteur n'a donné à hypothèque qu'un seul domaine, il ne peut jamais demander la réduction de cette hypothèque, quand même ce domaine aurait une valeur libre, double du montant de la créance en capital et accessoires. L'intention du législateur n'est pas équivoque : sont réputées excessives, dit-il, les inscriptions