

Ainsi, l'on doit dire à plus forte raison que l'exception *cedendarum actionum* n'est d'aucune efficacité contre la poursuite en saisie immobilière.

Il pourrait arriver cependant que le créancier poursuivant fût lui-même détenteur de choses hypothéquées à sa dette; alors le détenteur d'autres héritages qu'il poursuit en expropriation forcée peut exiger que le créancier fasse confusion de sa dette, au prorata de ce qu'il possède d'héritages hypothéqués et qu'il a acquis postérieurement à l'acquisition du défendeur (1).

Mais de ce que le créancier devrait diminuer sa créance, il ne s'ensuit pas que la poursuite en expropriation puisse être arrêtée. La poursuite n'est pas nulle pour avoir été commencée pour une somme plus forte que celle qui est due au créancier (art. 2216, Code Napoléon).

Seulement, lors de la sommation de délaisser ou de payer, le tiers détenteur pourrait objecter que le créancier doit faire une défalcation sur son dû, et faire des offres réelles, si le créancier opposait quelque résistance.

ART. 2171.

L'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble.

SOMMAIRE.

808. Que l'on ne peut opposer l'exception de discussion à celui qui a hypothèque spéciale. Ancienne jurisprudence. Variété d'opinions.

809. On ne peut l'opposer contre les créanciers privilégiés.

(1) *Suprà*, n° 789 *ter*. Pothier, Orléans, t. 20, n° 43.

COMMENTAIRE.

808. C'était autrefois une question fort controversée et fort diversement résolue, que de savoir si l'exception de discussion pouvait être opposée au créancier ayant hypothèque spéciale.

Accurse (1) pensait que le créancier ayant hypothèque spéciale ne pouvait être renvoyé à discuter le débiteur principal et ses cautions. C'était aussi l'avis de Masuer et de Dumoulin, et Voët le trouvait assez probable (2). Mais Loyseau (3) soutient qu'il ne faut pas distinguer, et que celui qui a une hypothèque spéciale doit être renvoyé à discuter le débiteur principal, de même que celui qui a une hypothèque générale. Loyseau convient bien qu'anciennement il en avait été autrement; mais il prétend que c'était une mauvaise pratique fondée sur une fausse interprétation de la nouvelle 112.

Tel était le sentiment de Favre (4), de Fachinée (5), de Louet sur Brodeau (6), de Despeisses (7).

Le Code a préféré l'ancienne opinion, qui, du reste, avait pour elle le texte ou l'esprit de la plupart des coutumes (8). L'hypothèque spéciale, qui, chez nous, résulte de la convention, semble prendre dans la convention elle-même quelque chose de plus énergique et de plus étroit, qui s'oppose à ce que le droit qu'elle procure soit suspendu.

(1) Sur la nov. 4, *De fidej.*, § *sed neque*.

(2) Lib. 20, t. 4, n° 3.

(3) *Dég.*, liv. 3, ch. 8, n° 7.

(4) *De errorib. pragmat.*, error 3, dec. 6.

(5) *Cont.*, lib. x, c. 10.

(6) L. H., n° 9.

(7) T. 1, p. 403.

(8) Paris, art. 108. Orléans, art. 436. Sens, art. 154. Tours, art. 217. Basnage, p. 84. Coquille, t. 7, art. 3. Pothier, Orléans, t. 20, n° 35. V. encore là-dessus mon *Commentaire du Cautionnement*, n° 561 et suiv.

Notre article s'applique même au cas où l'hypothèque spéciale embrasserait tous les biens présents du débiteur. La loi a voulu, autant qu'il a été en elle, favoriser la spécialité, qui sympathise davantage avec la publicité de l'hypothèque.

Quid si l'hypothèque conventionnelle comprenait, outre les biens présents reconnus insuffisants, les biens à venir?

Il faudrait donner la même solution. Cette hypothèque, quoique générale, n'en est pas moins spéciale : les inscriptions qui sont prises à mesure des acquisitions doivent contenir la spécialisation de l'immeuble par la mention de sa nature et sa situation (1).

809. L'exception de discussion ne peut non plus être opposée contre le créancier privilégié.

On sait qu'il y a des privilèges généraux et des privilèges spéciaux.

Notre article, qui a distingué les hypothèques générales d'avec les hypothèques spéciales pour concéder le bénéfice de discussion contre les premières, et le refuser contre les secondes, ne fait pas la même distinction à l'égard des privilèges. Il dit en général que l'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié. Evidemment cette disposition s'applique aux privilèges généraux comme aux privilèges spéciaux.

ART. 2172.

Quant au délaissement par hypothèque, il peut être fait par tous les tiers détenteurs qui ne sont pas personnellement obligés à la dette, et qui ont la capacité d'aliéner.

(1) MM. Delvincourt, t. 3, p. 180, n° 7. Persil, art. 2171, n° 4. Dalloz, Hyp., p. 549, n° 8. Duranton, t. 20, n° 250. *Contrà*, Grenier, n° 526, et Tarrible, *Tiers détenteur*.

SOMMAIRE.

- 810. Transition.
- 811. Pourquoi celui qui est obligé personnellement ne peut délaisser. La honte d'une saisie peut le porter à tenir ses engagements. Pourquoi le délaissement est-il admis à l'égard de celui qui n'est pas personnellement obligé?
- 812. Des mutations par décès et entre-vifs qui engendrent ou non obligation personnelle.
- 813. Le tiers détenteur qui a été chargé de la dette, en l'absence du créancier, peut-il délaisser? Variété d'opinions. Précautions que doit prendre le créancier pour empêcher le délaissement.
- 814. L'obligation de purger implique-t-elle prohibition de délaisser? Arrêt approuvé quant à sa solution, et blâmé quant aux motifs.
- 815. De la soumission à payer la folle-enchère.
- 816. Cas singulier où celui qui a consenti l'hypothèque peut délaisser.
- 817. Capacité pour délaisser.
- 818. De l'héritier bénéficiaire.
- 819. Du curateur à succession vacante. Des syndics d'une faillite. Des envoyés en possession provisoire des biens d'un absent. De celui qui est placé sous la direction d'un conseil.
- 820. Du mineur. Erreur ou obscurité reprochée à M. Grenier.
- 821. De la femme mariée.
- 822. Résultat du délaissement fait par un incapable.
- 823. Pour pouvoir délaisser, faut-il avoir déjà payé le prix au vendeur?
- 824. Il faut distinguer si les créanciers se contentent ou non du délaissement. S'ils s'en contentent, ou s'ils le requièrent, le délaissement est valable. Sinon, ils peuvent exercer l'action personnelle de leur débiteur pour être payés du prix.

COMMENTAIRE.

810. Deux conditions sont requises pour délaisser : la première, c'est de n'être pas personnellement obligé à la dette ; la seconde, d'avoir capacité pour aliéner.