

Parlerai-je ensuite de l'inégalité de condition qui existe entre le créancier privilégié et le prêteur sur hypothèque? Celui qui place ses fonds sur un gage immobilier est exposé à être primé par un vendeur qui ne s'était pas encore fait inscrire, par un copartageant qui se trouve dans le même cas, par un architecte inconnu, par des créanciers ayant privilège général, par les créanciers qui demandent séparation de patrimoine.

Puis, viennent les embarras du concours des hypothèques générales avec les hypothèques spéciales (1), les pénalités contre les inscriptions défectueuses (2), la gêne du renouvellement décennal des inscriptions (3), les précautions poussées à l'excès pour l'indication des immeubles et les abus de la spécialité (4), la dureté du législateur contre les hypothèques consenties dans les dix jours de la faillite (5), les inconvénients qu'il y a à ce que le débiteur puisse diminuer le gage hypothécaire par des constitutions de droit d'usage, de servitude, de cessions de fruits, et autres droits, qui n'ont pas de suite (6), les longueurs de l'expropriation (7), l'insuffisance de la transcription pour mettre les créanciers en demeure de s'inscrire, etc. (8)!!

Tout ceci donnera la preuve que tantôt le législateur n'a pas donné au prêteur toutes les garanties qu'il lui avait promises; que tantôt il lui a fait trop chèrement acheter l'avantage de la publicité; qu'enfin, en présence d'intérêts nombreux que le Code avait à combiner, ce n'est que rarement qu'il a fait pencher la balance en faveur du créancier.

En somme, de grandes défauts existent donc dans la loi, tant en ce qui regarde l'acquéreur qu'en ce qui concerne le pré-

modifié dans les deux premières délibérations, mais dont la pensée avait été constamment maintenue et était formulée en ces termes dans l'art. 2148 du projet préparé pour la troisième délibération: « La femme peut, par acte notarié, céder son hypothèque légale, y subroger ou y renoncer en faveur d'un tiers, sous la restriction déterminée par l'art. 2104. — Celui au profit duquel a été faite la cession, subrogation ou renonciation prévue par le paragraphe précédent, n'est saisi, à l'égard des tiers ayant des droits du chef de la femme, que par la mention de ladite cession, subrogation ou renonciation, en marge de l'inscription de l'hypothèque légale, si elle a été prise; et, si cette inscription n'existe pas, par l'énonciation du droit qu'il tient de la femme, soit dans l'inscription de sa propre créance contre le mari, soit dans une inscription spéciale. — Entre plusieurs ayants-cause de la femme, la préférence est déterminée par les dates des mentions ou inscriptions. » — Voyez encore *infra*, p. XLVIII et n° 609.

(1) Nos 752 et suiv.

(2) Sur l'art. 2146.

(3) Sur l'art. 2154.

(4) Nos 514, 515, 539.

(5) Sur l'art. 2146.

(6) Nos 777 et suiv.

(7) N° 795 (4°).

(8) N° 900.

teur. Elle pouvait les protéger plus qu'elle ne l'a fait; elle devait sous certains rapports entrer plus franchement dans les voies salutaires de la publicité. Mais ce n'est pas à dire pour cela que, dans d'autres circonstances, elle ait eu tort de faire prédominer sur les droits hypothécaires, d'autres droits plus favorables. C'est ici qu'un sage éclectisme doit guider la marche de la critique.

Une réforme qui, à mon avis, doit précéder toutes les autres, c'est l'établissement d'une formalité intrinsèque, véhicule d'une grande publicité, et destinée à opérer la translation des droits de propriété à l'égard des tiers. L'abandon du système de la loi de brumaire an VII, sur l'aliénation des droits réels, est la véritable cause du trouble qui se fait remarquer dans tout le système hypothécaire du Code Napoléon, et de l'incohérence qui règne dans plusieurs autres de ses parties (1). On a vu tout à l'heure dans quel dédale d'embûches inévitables cette absence d'une tradition publique de la chose aliénée jette les acquéreurs et les prêteurs. Par là, le système hypothécaire s'est trouvé frappé au cœur. Car, bien qu'en fait les exemples de fraude n'aient pas été peut-être aussi fréquents que pouvaient le faire supposer l'incurie et la mollesse de la loi, néanmoins la crainte existe. Elle paralyse beaucoup d'opérations de prêt, elle refroidit le crédit particulier.

On objectera peut-être que cette législation, qui me paraît grosse de tant d'inconvénients, n'a cependant pas empêché que d'immenses opérations ne se soient faites sur la propriété; que c'est précisément depuis la promulgation du Code Napoléon qu'ont pris naissance ces nombreuses acquisitions de vastes domaines, revendus ensuite en détail, morcelés en petites fractions, et mis à la portée du modeste capitaliste des campagnes. Mais je répondrai que si ce grand et heureux résultat a été obtenu, c'est malgré les défauts du Code Napoléon, et par l'effet de causes si puissantes, que l'imperfection de la loi n'a pu comprimer leur action. D'une part, les opérations d'achats et reventes en détail ont présenté jusqu'à ce jour des bénéfices tellement considérables, qu'on a pu négliger les chances de pertes, qui se tirent du défaut de publicité des droits réels; d'autre part, l'amour de la propriété a jeté de si profondes racines et fait tant de progrès, que ce sentiment n'a pas toujours calculé les dangers auxquels il s'exposait en se réalisant. Le cultivateur économe, comme il y en a en France un nombre infini, fait consister toute son ambition, ou à devenir propriétaire, ou à agrandir le patrimoine de ses pères. Lorsque, par ses sueurs, il a conquis une

(1) Ces incohérences ont été relevées par M. Jourdan, dans une dissertation sur la translation du droit de propriété, t. 5, p. 481.

modique somme d'argent, son premier besoin, son unique désir, c'est d'acheter un champ. Les jeux de bourse, les prêts commerciaux lui sont inconnus. Homme de travail et de peine, il ne cherche pas même à utiliser son capital par un placement hypothécaire qui lui donnerait 5 pour 100 d'intérêt, sans rien faire. Ce gain ne suffit pas pour lui. Il aime bien mieux acheter un morceau de terre qu'il cultivera lui-même, et qui le payera bien plus largement de tous ses sacrifices. En un mot, un placement en biens immobiliers est le seul auquel il aspire, parce qu'il répond à toutes ses habitudes, parce qu'il satisfait tous ses goûts d'occupation, parce qu'il lui offre la plus grande somme de bénéfices. Voilà dans quelles prédispositions il faut chercher la cause du grand mouvement imprimé depuis plusieurs années aux opérations sur la propriété. Les spéculateurs ont exploité un penchant sage et moral, que la révolution de 89 a fait naître dans la classe agricole, en l'associant à la propriété; ils ont ouvert à son esprit d'ordre et d'économie une voie nouvelle pour se satisfaire. Mais si la confiance dans le sol s'est trouvée plus forte que jamais, ce n'est pas au système du Code sur l'aliénation des droits réels qu'il faut en faire honneur; car il a beaucoup fait pour la compromettre et la dégoûter. Ainsi donc, que d'heureux symptômes auxquels ce système est étranger ne fassent pas illusion au législateur, qu'il ne s'endorme pas sur des dispositions dont les inconvénients sont palpables, et qui auraient pu faire beaucoup plus de mal encore, si la nation n'était meilleure que ses lois. Dans un moment où la division des terres sauve la France des horreurs de l'anarchie, c'est presque pour le législateur un devoir de reconnaissance de constituer la propriété sur ses bases les plus solides, et de la dégager des entraves qui pourraient éloigner d'elle la confiance des hommes prudents et des calculateurs.

Mais quelle est cette formalité que nous sollicitons, et au moyen de laquelle les aliénations de droit réel seront remises au grand jour?

Les Codes bavares et milanais, et le projet de Code genevois ont adopté l'inscription. Ce mode a paru plus en harmonie avec l'instrument de publicité en usage pour l'hypothèque; on l'a trouvé le plus simple possible, sans rien ôter à la clarté. On a pensé qu'il permettait d'arriver à une plus grande régularité dans les écritures, en ce qu'il facilite le moyen de mettre en regard, dans le même registre, les aliénations de droits réels et les constitutions d'hypothèques.

Au contraire, la loi de brumaire an vii avait donné la préférence à la transcription; je pense qu'elle la mérite sous plusieurs rapports,

L'inscription est un acte délicat, qui peut se trouver vicié par une omission, une négligence; elle consiste dans un résumé attentif de circonstances capitales, dont l'énonciation doit être à la fois brève et scrupuleuse. Or, ce résumé peut facilement pécher par une inexactitude; et dès lors les droits les plus précieux se trouvent compromis.

Ce danger n'est pas à craindre dans la transcription, qui consiste dans la copie littérale et matérielle de l'acte qu'on veut rendre public.

La transcription résout de plus, de la manière la plus simple, une difficulté grave que fait surgir le système des inscriptions.

Posons un exemple pour la faire mieux comprendre.

Je suis propriétaire de l'immeuble A, et je le donne à Pierre avec charge de retour. Pierre, en inscrivant son acquisition, omet de faire mention de la charge qui la grève. Puis il vend à Jacques, qui achète et paye son prix. Moi, dont le droit de retour n'a pas été mentionné sur les registres, serais-je non recevable à m'en prévaloir contre l'acquéreur?

Les Codes à inscription ont décidé cette question contre le propriétaire originaire; leur règle invariable est que tout droit réel non inscrit n'a pas de suite contre les tiers (1).

Cependant l'application rigoureuse de ce principe à celui qui, en aliénant une chose, ne fait que retenir sur elle un droit éventuel, me paraît souffrir de grandes objections.

En effet, cet individu qui, en se dépouillant, se réserve seulement un faible débris du droit de propriété plein et entier qu'il avait auparavant, ne paraît pas avoir d'intérêt à poursuivre une inscription. Car l'inscription n'est nécessaire que pour acquérir.

Le prétexte du crédit entre particuliers, qu'on met en avant pour le sacrifier au tiers détenteur, n'est qu'illusoire. Ce tiers détenteur n'a pas acheté sans consulter les titres. Or, là il a vu, écrits en caractères éclatants, les droits qu'il conteste aujourd'hui. Sa confiance n'a donc pas été trompée, et le crédit entre particuliers n'a pas éprouvé d'atteintes. Autant vaudrait dire qu'on force le cédant à remplir une formalité gênante, pour dispenser le tiers détenteur de lire les titres de son vendeur!! Si du reste le cédant a pu être négligent en ne s'inscrivant pas, le tiers détenteur l'a été encore plus en ne portant pas un examen attentif sur les titres qui établissent la généalogie de l'immeuble.

Adoptez au contraire la transcription, et tous les intérêts se trouveront conciliés. De deux choses l'une, ou l'acquéreur transcrit, et la transcription littérale du contrat, faisant connaître exactement tous les droits que le cédant s'était réservés, les

(1) Voyez, par exemple, le projet du Code genevois, *Thémis*, t. 9, p. 7.

maintient dans leur intégrité; ou il n'y a pas de transcription, et alors le cédant, restant propriétaire de la chose à l'égard des tiers (1), peut à plus forte raison la revendiquer sur eux par droit de retour, clause résolutoire ou autrement.

Ce système est aussi le seul qui concilie rationnellement les droits du vendeur non payé et ayant privilège sur le prix, avec les besoins de la publicité. Par l'inscription vous limitez le droit de propriété, que le vendeur est censé conserver sur l'immeuble tant qu'il n'est pas satisfait; vous faites dépendre ce droit d'une formalité pour ainsi dire arbitraire: car, pour rester pleinement propriétaire tel qu'il était avant la vente, il n'avait rien à faire; et voilà que, pour être quasi-propriétaire (ainsi qu'il le demeure par le non-paiement du prix), vous l'obligez à remplir une formalité dont l'omission peut le ruiner; à celui qui pouvait le plus, vous imposez des conditions pour faire le moins. En un mot, il ne fait que disposer de sa chose, et vous le traitez comme s'il en faisait l'acquisition. Aussi a-t-on été fort embarrassé, dans cet ordre d'idées, pour organiser la publicité du privilège du vendeur. On lui permet de s'inscrire jusqu'au dernier moment, ce qui par conséquent soustrait la connaissance de son privilège aux créanciers à qui l'acquéreur a donné hypothèque sur l'immeuble (2). D'où il suit que, dans ses décevantes promesses, le législateur a fait espérer aux prêteurs que l'inscription leur ferait connaître le privilège, tandis qu'en réalité il a permis de le tenir dans l'ombre. Il s'est témérairement engagé à une chose qu'il n'a pu tenir.

Toutes ces contradictions, tous ces embarras n'existent pas dans la loi de l'an VII. Car, faisant dépendre l'aliénation de la transcription, il en résulte que, si la formalité est remplie, le privilège peut agir dans toute son énergie; si elle est négligée, le vendeur reste propriétaire. La publicité est satisfaite, puisque la transcription annonce hautement le privilège; le droit de propriété ne l'est pas moins, puisque les droits du vendeur ne sauraient jamais être compromis.

Toutes ces considérations me déterminent donc à préférer la transcription à tout autre mode de publicité. Seulement, je voudrais, pour plus de régularité, que le conservateur fût tenu à faire une inscription d'office sur le registre des inscriptions. Par là l'objet des législations allemandes se trouverait rempli; et en même temps on réunirait les garanties plus efficaces de la transcription, à des ménagements ingénieux pour des droits sur lesquels ces législations ont fait peser une trop grande sévérité.

(1) N° 276.

(2) N° 279.

Ce n'est pas seulement pour les transmissions entre-vifs que les jurisconsultes réformateurs ont demandé une entière publicité (1); c'est encore pour les transmissions à cause de mort, et leurs idées ont été consacrées par les Codes milanais et bava-rois.

La loi de brumaire an VII me paraît s'être renfermée dans de plus justes bornes, en n'exigeant pas de solennités extérieures pour ce genre d'acquisition (2). Voici pourquoi:

Quand nous nous sommes associés aux vœux des amis de la publicité, pour demander que la lumière vint éclairer les acquisitions de droits réels, nous avons été dominés par le désir de préserver les acquéreurs et les prêteurs des fraudes qui pouvaient éloigner leur confiance; or ces fraudes, que nous avons signalées, ne sont possibles que par le concours de deux actes entre-vifs, émanés du même propriétaire, et portant aliénation

(1) M. Jourdan, *Thémis*, t. 5, p. 244. M. Girod de Genève, *Thémis*, t. 9, p. 5.

(2) C'est aussi dans ce sens que dispose la loi belge du 26 décembre 1851, dont l'art. 1^{er} limite la nécessité de la transcription aux actes *entre-vifs* à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels ou immobiliers. En France, les derniers projets de réforme ont été conçus aussi dans cette pensée; mais les idées consacrées par les Codes milanais et bava-rois paraissaient prévaloir d'abord. Ainsi, en 1850, le projet de réforme hypothécaire présenté par le gouvernement soumettait à la transcription *tout acte* translatif ou déclaratif de propriété à titre gratuit ou onéreux, et même les déclarations de succession (art. 2092 et 2095. V. aussi le rapport de M. Persil, p. 17 et 18); et le conseil d'État n'avait pas hésité à accepter le principe dans toute son étendue (V. le rapport de M. Bethmont, p. 14). Mais il en fut autrement à l'Assemblée législative. On n'y considéra la publicité comme nécessaire que pour les actes *entre-vifs* translatifs de propriété: on ne l'étendait en conséquence ni aux actes à cause de mort, ni aux autres actes simplement déclaratifs, comme les partages (art. 2152 à 2155 du premier projet, et art. 2141 du projet préparé pour la troisième délibération. V. aussi le rapport de M. de Vatimesnil, p. 35 et suiv.). L'Assemblée législative consacrait donc la distinction que j'établis ici entre les transmissions *entre-vifs* et les transmissions à cause de mort (V. encore en ce sens, M. Pont, *Rev. crit.*, t. 4, p. 167). Cette distinction, qui était du reste la pensée dominante des cours et des facultés dans l'enquête ouverte en 1841 (V. notamment l'avis des cours d'Angers, d'Amiens, de Douai, de Metz, de Montpellier, de Nancy, de Paris, de Rouen, et de la faculté de Strasbourg, dans les documents publiés par M. le garde des sceaux), est également consacrée par le projet de loi soumis en ce moment au Corps législatif. Mais il sera prudent, je crois, de mettre de la précision dans le texte. Ainsi le projet parle distinctement des actes translatifs de propriété immobilière, et des actes constitutifs d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation, pour les déclarer soumis les uns et les autres à la transcription. Mais l'expression *entre-vifs* qui limite la portée de la loi et affranchit les testaments de la transcription, n'a été ajoutée que dans l'article premier relatif aux actes *translatifs* de propriété. Il est entré sans doute dans la pensée du projet de faire la même limitation relativement aux actes constitutifs d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation dont s'occupe l'art. 2. Cependant cet article ne le dit pas, et il suppose même le contraire, puisqu'il déclare d'une manière générale soumis à la transcription *tout acte* constitutif, etc. L'expression limitative *entre-vifs* doit donc être ajoutée ici comme dans l'art. 1^{er}.

de la même chose ou diminution de son importance et de sa valeur. Quant aux transmissions à cause de mort, elles ne peuvent jamais offrir de pareilles armes à la mauvaise foi.

Pierre est propriétaire de l'immeuble B; s'il fait un testament dans lequel il le donne à Jacques, et que potérieurement il me le vende, je n'aurai pas à craindre l'effet du testament antérieur; car la vente faite à mon profit l'a révoqué en cette partie. Il en serait tout autrement si la donation de l'immeuble A eût été faite par acte entre-vifs. L'ignorance dans laquelle Pierre m'aurait laissé sur l'existence de cet acte aurait trompé ma bonne foi et compromis mes intérêts. Donc, dans un bon système de transmission de droits réels, tout acte entre-vifs doit être publié, afin d'avoir effet à l'égard des tiers. Mais à quoi bon publier un testament?

Les mêmes résultats se retrouvent quand Pierre, au lieu de disposer par testament de la totalité de l'immeuble, a seulement disposé d'un de ses démembrements. La vente pure et simple faite postérieurement révoque la disposition.

Pour exiger la publicité des dispositions à cause de mort et des transmissions par droit de succession, on ne peut donner d'autre raison que l'utilité de faire connaître la généalogie des propriétés, et de dresser en quelque sorte des registres de l'état civil de tous les biens.

Mais ce motif n'est pas assez prépondérant, pour donner au législateur le droit de déroger à la maxime nationale *le mort saisit le vif*, et pour faire dépendre la saisine des héritiers d'une prise de fait antipathique à nos mœurs. Celui qui prête à un héritier, ou qui veut acheter un bien de la succession, a toutes les facilités possibles de connaître la mouvance, en se faisant mettre les titres sous les yeux. L'inscription n'est pour lui qu'un renseignement supplétif, dont les avantages sont trop secondaires, pour les faire acheter par des entraves à la transmission des biens. Je conçois cependant que, dans les pays étrangers, où toute acquisition de droits réels ne peut s'opérer que par un acte extérieur d'investissement, issu des vieilles habitudes féodales, on ait profité de cet état de choses pour le lier à un système d'écriture qui permette de mettre au grand jour la filiation des propriétés. Mais les principes de notre droit français s'opposent à cette innovation: nos précédents y répugnent tous. Le crédit entre particuliers n'y trouve pas assez de garanties, pour qu'on l'impose aux héritiers. D'ailleurs, la loi sur les successions divise tellement en France le patrimoine des familles, qu'à peine les registres pourraient suffire aux inscriptions, qui viendraient les encombrer.

Avant d'en finir sur la transcription, je dirai un mot d'une question controversée parmi ceux qui la réclament. Faut-il fixer un

délai pour la transcription, de telle sorte que cette formalité, étant accomplie pendant ce délai, produise un effet rétroactif, à la date de l'acte translatif de propriété; ou bien la transcription ne doit-elle produire d'investissement qu'à compter du jour où elle est faite dans les bureaux du conservateur?

La loi de brumaire an VII ne fixait pas de délai; elle s'en rapportait à la diligence des acquéreurs. C'est ainsi que le Code Napoléon n'a accordé aucun laps de temps pour les inscriptions hypothécaires. C'est la date de l'inscription qui seule fixe l'ordre de préférence, de même que, sous la loi de brumaire, la date des transcriptions déterminait la priorité des acquisitions.

Depuis que le Code Napoléon nous régit, aucune réclamation ne s'est élevée sur les dispositions dont je viens de parler. C'est que l'expérience les a jugées bonnes. Or, ce précédent est assez grave pour résoudre la question à l'égard de la transcription.

On objecte, à la vérité, que s'il n'y a pas de délai accordé pour transcrire, la prééminence d'un acquéreur sur l'autre sera le prix de la course, et que l'acquéreur plus récent, qui achètera dans la localité siège du bureau des transcriptions, primera l'acquéreur plus ancien, qui en sera éloigné. Mais cet inconvénient est plus que compensé par un embarras plus grave, qui résulte du système opposé. Si le législateur donne un certain délai, les tiers qui contracteront pendant cette dispense temporaire d'inscription courront risque d'être trompés sur l'état de la propriété; ils seront placés dans une ignorance fâcheuse du droit de leur vendeur; ou bien, ils voudront attendre, pour traiter, que le délai soit expiré, et dès lors les affaires seront paralysées, et le moment opportun de vendre ou d'emprunter pourra s'évanouir.

Il résulte de ces observations que la loi de brumaire an VII, par sa sagesse et la juste mesure de ses combinaisons, doit avoir chez nous la préférence sur tous les autres systèmes connus. Il n'y a qu'un seul point sur lequel elle soit restée en arrière des législations allemandes. C'est qu'elle n'a ordonné que la transcription des *actes translatifs des biens et droits susceptibles d'hypothèque*, tandis que toutes les aliénations de démembrements quelconques de la propriété, tels que servitudes, droits d'usage ou d'habitation, baux, etc., doivent être connus. Il faut que les mêmes précautions qui protègent les uns contre les autres les créanciers hypothécaires du même débiteur, viennent préserver des embûches de la mauvaise foi les acquéreurs du même vendeur. Par ce moyen, celui qui achète ne craindra pas la concurrence d'acheteurs latents, qui viendraient le dépouiller; celui qui prend un immeuble à hypothèque n'aura pas à redouter que son débiteur soit évincé par des ayants-droit porteurs de titres plus anciens. Enfin, ni l'acheteur ni le prêteur ne seront exposés à souffrir des

diminutions de l'immeuble dont ils n'ont pas eu connaissance lors du contrat ; tous les droits réels qui pèsent sur les immeubles seront connus, sans que le droit de propriété éprouve des gênes ou des atteintes (1).

Une seconde réforme, sur laquelle je me séparerai ouvertement des partisans absolus de la publicité, c'est l'inscription des hypothèques légales des femmes et des mineurs. Je pense que, sous ce rapport, le Code Napoléon répond mieux que tous les autres systèmes aux besoins de la société, aux principes du droit, aux règles de la logique.

La discussion qui s'éleva à cet égard dans le sein du Conseil d'Etat, et qui fit triompher le sage éclectisme que je défends, est un modèle de force, et une source de lumière. Cambacères, Portalis, Bigot, y portèrent leur esprit net et judicieux ; le premier consul y jeta des aperçus profonds, qui signalent le génie. On a dénigré le système ; mais on n'a jamais répondu aux arguments victorieux sur lesquels il repose.

Ses adversaires ne veulent voir qu'un côté de la question, la facilité des prêts hypothécaires ; c'est à cela qu'ils exigent que tout soit immolé. Mais il est un autre point de vue plus moral et plus grand, l'intérêt de la famille et de l'Etat, qui serait ébranlé si les dots des femmes et le patrimoine des mineurs n'étaient mis à l'abri des dissipations et des larcins. Voilà l'intérêt qui fut défendu avec énergie au conseil d'Etat. On posa ainsi la question : faut-il que les prêteurs, qui peuvent dicter la loi du contrat, soient traités plus favorablement que les femmes et les mineurs, qui ne peuvent pas se défendre ? Ramenée sans cesse à ces termes par la vigoureuse dialectique du premier consul, la solution du problème ne pouvait être douteuse, et il fut décidé que *la sûreté de la femme et du mineur devait être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs* (2) ; rien ne saurait ébranler ce résultat, si conforme aux règles de la justice.

Voyez l'inconséquence des partisans de l'inscription. Ils croient l'ordre public intéressé à ce que les femmes et les mineurs aient une hypothèque légale (3), et cependant ils veulent faire dépendre cette hypothèque d'un acte supplétif, dont l'omission la rendrait

(1) On a vu, par la note de la p. xli, que les divers projets de réforme présentés en France, depuis ceux de 1841 jusqu'à et y compris celui de 1853 dont le Corps législatif est saisi en ce moment, se sont attachés à donner satisfaction à ces idées en étendant la transcription à toutes les conventions qui impliquent un démembrement de la propriété. « et sans la connaissance desquelles, » disait très-bien la cour de Bastia dans l'enquête ministérielle de 1841, il n'est pas possible de dresser un bilan complet de la propriété. »

(2) Confér., t. 7, p. 142.

(3) Voyez, par exemple, les observations de M. Jourdan sur le Code belge, qui abolit les hypothèques légales.

sans effet. C'est évidemment créer d'une main ce que l'on détruit de l'autre. Si la femme et le mineur sont incapables de stipuler une hypothèque à leur profit, la même incapacité les accompagne pour prendre l'inscription qui doit la compléter.

On croit répondre à cette objection insoluble, en proposant de mettre en mouvement de nombreux agents, pour procurer l'inscription. Mais n'est-ce pas une criante injustice, de subordonner la conservation de droits si précieux à la diligence de mandataires dont le zèle imposé d'office peut sommeiller, et de faire retomber leur négligence sur la femme et sur le mineur ? Qu'on charge du fardeau de l'inscription les juges de paix, les employés de l'enregistrement, les notaires, les parents et amis, les subrogés-tuteurs, les officiers du ministère public, etc., etc. ; on n'arrivera jamais à un système rassurant (1). Fréquemment on se marie sans contrat de mariage. La tutelle des père et mère se prend sans solennités publiques. Où trouver alors les surveillants qu'on charge de prendre l'inscription ? Dans tous les cas, ces personnes privilégiées que la loi veut environner d'une faveur spéciale, n'auront autour d'elles, par la nécessité de s'inscrire, que des sujets d'appréhension, des causes de désastres. Leurs représentants, quelque vigilants qu'on les suppose, ignorent le plus souvent la situation des immeubles qu'il faut grever de l'inscription. Le mari et le tuteur chercheront à les dérober à leur connaissance ; la plus grande partie du gage immobilier de la femme et du mineur restera soustraite à l'hypothèque. Mieux eût valu ne rien faire pour eux, que de leur offrir un présent si funeste.

Mais achevons de démontrer tout ce qu'il y a de téméraire à la fois et d'impuissant dans le système des partisans de l'inscription.

Si l'on ne veut une inscription que pour faire savoir au public que tels et tels immeubles appartiennent à un homme marié ou à un tuteur, il faut avouer qu'on se donne bien du mal et qu'on met en péril bien des intérêts, pour constater un fait qui le plus souvent n'est pas ignoré de ceux qui veulent acheter ou prêter, et qu'au surplus ils ont toujours moyen de vérifier. Le point important que l'inscription doit atteindre, c'est de faire connaître la quotité des sommes pour lesquelles l'hypothèque est acquise. Sans cela il n'y a plus qu'une publicité bâtarde : le bilan des fortunes reste inconnu, et la confiance publique n'est pas satisfaite. Les législations allemandes l'ont bien senti ; car elles ont voulu que l'inscription fût inefficace, si elle ne contenait pas une évaluation de toutes les créances quelconques indéterminées.

(1) M. Berlier, l'un des partisans de la publicité des hypothèques légales, finit par reconnaître que le mode d'inscription de la loi de l'an vii était défectueux, et qu'il était difficile d'arriver à une théorie qui garantît que l'inscription serait prise avec fruit. P. 135.



Mais si l'on n'a pas conspiré *à priori* la ruine des femmes et des mineurs, comment peut-on exiger, en présence du contrat de mariage, tel que le Code Napoléon l'a sagement organisé en France, en présence de notre système de tutelles, une indication irrévocable du montant des droits de ces personnes, lorsque ces droits dépendent d'une foule d'éventualités, de l'ouverture imprévue d'une succession, de comptes de fruits à échoir, de emploi de propres qui seront aliénés, d'indemnités pour dettes qui seront contractées, etc., etc. ? Avec ces inconvénients désastreux et irréremédiables qui accompagnent l'inscription, osera-t-on mettre en balance ceux qui résultent de la dispense d'inscription ?

Le mariage et la tutelle constituent dans la société un état public. La notoriété s'attache à leur existence. Les tiers sont inexcusables de l'avoir ignoré. C'est une règle de prudence élémentaire, que l'on doit toujours vérifier et constater l'état de celui avec qui l'on contracte. Cette recherche peut quelquefois être épineuse; mais elle n'offre rien d'impraticable, tandis qu'il ne faut pas oublier qu'en matière d'inscription des hypothèques légales, on lutte contre de radicales impossibilités.

Le prêteur a de plus des moyens de parer aux inconvénients qui s'attachent à l'indétermination des créances des femmes et des mineurs.

Il peut exiger que la femme renonce à son hypothèque légale sur l'immeuble qui lui est offert pour garantie de l'argent qu'on lui demande; la restriction de l'hypothèque du mineur, obtenue conformément à l'art. 2143 du Code Napoléon est aussi un secours que la loi met à sa disposition.

Enfin rien ne l'oblige à prêter. Il est moins nécessaire qu'il y ait des emprunts que des mariages et des tutelles.

On prétend que la dispense d'inscription dont jouit la femme dans le système actuel, est souvent la cause du désordre de ses affaires, parce que les créanciers ne prêtent au mari qu'en la forçant à s'obliger solidairement avec lui (1). Mais, comme le faisait très-bien observer M. Bigot (2), « ce mal se rencontre dans tous les systèmes. » Quoi qu'on en dise, et ici j'emprunte la pensée du premier consul (3), les hypothèques de la femme seront bien plus certaines si, pour les conserver, il lui suffit de ne pas y renoncer, que s'il lui fallait, pour en obtenir l'effet, agir et prendre inscription. Beaucoup de femmes refusent avec fermeté de signer tout acte qui peut compromettre leur dot. Bien peu sont capables de faire des démarches et de conduire leurs affaires.

(1) M. Jourdan, *Thémis*, t. 5, p. 230, Treilhard, *Confér.*, t. 7, p. 138.

(2) P. 139.

(3) *Loc. cit.*

Jusqu'à présent, la jurisprudence n'a offert qu'un nombre limité de cas où l'on ait vu des prêteurs pris au dépourvu par les hypothèques légales des femmes et des mineurs. Par l'effort de la pensée, on a pu, jusqu'à un certain point, les multiplier; mais la pratique ne réalise pas toutes les possibilités qu'entrevoit la théorie. Au contraire, la mise à exécution de la loi de l'an VII souleva des réclamations générales en faveur des femmes, et l'expérience prouva que cette classe, formant une moitié de la société, avait été, en grande partie dépouillée, sans retour, de ses biens (1). Il est échappé à M. Jourdan de dire que les cours d'appel avaient presque unanimement demandé le maintien pur et simple de la loi de brumaire (2). C'est là une grande erreur. Sur trente tribunaux d'appel, huit seulement, ceux de Paris, Lyon, Bruxelles, Rouen, Caen, Douai, Grenoble et Montpellier, demandèrent la préférence pour cette loi (3). Au fond, je ne veux pas nier que la dispense d'inscription ne soit l'occasion de bien des entraves. Mais toute cette discussion doit être dominée par ces deux vérités qui répondent à tout : l'une, que le prêteur, en possession de toute sa capacité civile, ne peut aspirer à la même protection que les femmes et les mineurs, qui sont incapables; l'autre, que le prêteur peut, par sa prudence et par les moyens que la loi met à sa portée, corriger les désavantages de sa position, tandis qu'au contraire l'obligation de s'inscrire ne produirait pour les femmes et les mineurs que des vices incorrigibles et des maux irréparables (4).

(1) Cette assertion de M. Bigot n'a pas été démentie (t. 7, p. 56); elle est même accordée par M. Girod, dans son rapport au conseil représentatif de Genève (*Thémis*, t. 9, p. 19).

(2) *Thémis*, t. 5, p. 228.

(3) M. Bigot, t. 7, p. 95. M. Réal, *id.*, p. 95. La cour de cassation opina comme ces cours.

(4) Ces idées, que j'emmettais en 1832 sur l'un des points le plus vivement critiqués de notre régime hypothécaire, ont reçu une éclatante confirmation dans toutes les discussions dont ce régime a été l'objet.

Déjà, en 1841, lorsque M. le garde des sceaux fit un appel aux cours et aux facultés en vue de cette réforme, qui alors était dans les projets du gouvernement, la question que j'ai traitée dans cette partie de ma préface fut l'une de celles sur lesquelles l'attention des magistrats et des professeurs fut plus particulièrement fixée. Je n'ai pas l'intention de consigner ici toutes les observations qui se produisirent à cette occasion; mais je consulte les documents qui furent publiés à l'époque par les soins de M. le garde des sceaux, et dans lesquels se trouvent les travaux adressés au ministre par les cours et par les facultés, et je constate que la Cour de cassation, les cours d'Agen, d'Aix, d'Amiens, d'Angers, de Besançon, de Bordeaux, de Colmar, de Douai, de Grenoble, de Limoges, de Metz, de Montpellier, de Nancy, d'Orléans, de Paris, de Pau, de Rennes, de Rouen, de Toulouse, la majorité des membres de la cour de Poitiers, et les facultés de Caen, de Dijon, de Strasbourg, ainsi que quelques professeurs de la faculté de Rennes, se sont prononcés pour le système du Code Napoléon, en disant, comme je l'ai dit moi-même, que proclamer l'hypothèque légale, puis la soumettre à l'inscription, ce serait donner d'une

J'ai examiné, sans parti pris pour aucun système exclusif, les deux questions vitales du régime hypothécaire, savoir : la transcription, et la dispense d'inscription de certaines hypothèques privilégiées. J'ai cherché à porter dans cette grave controverse cet esprit d'impartialité qui permet de choisir librement entre les idées les plus contraires, d'emprunter à chaque opinion ce qu'elle a d'applicable, et de former de la fleur de chaque système une large théorie, qui résume tous les progrès vers lesquels ils tendent. Pour les autres améliorations à introduire dans le régime hypothécaire, comme elles ne sont que secondaires, il sera plus facile de s'entendre.

Au premier rang, l'on doit placer l'inscription des cessions d'hypothèques légales ou non légales ; cette inscription est exigée dans les Codes hypothécaires allemands. La nécessité en est si généralement comprise en France, qu'il devient inutile de s'y arrêter plus longtemps (1).

L'art. 2129 doit être mitigé ; il exagère le principe salutaire de la spécialité ; il en fait une gêne et un piège. Les désignations minutieuses de l'immeuble qu'il exige dépassent les bornes du nécessaire. Il veut, en outre, que celui qui hypothèque tous ses

main et reprendre de l'autre, et que la loi manquerait de grandeur, d'équité et de moralité, si elle retirait aux femmes mariées, aux mineurs, aux interdits, un secours que la sagesse des siècles a créé pour protéger leur faiblesse et leur insuffisance. J'ajoute d'ailleurs, que parmi les autres cours qui constituent, on le voit, une assez faible minorité, une seule, celle de Lyon, proposait de réformer jusqu'au principe même de l'hypothèque légale ; les autres, celles de Bastia, de Dijon, de Nîmes et de Riom, se bornaient à exiger l'inscription et la détermination. — V. Documents relatifs au régime hypothécaire, t. I, Introduction, p. cxvi et suiv.

Plus récemment, dans les discussions dont le régime hypothécaire a été l'objet, en 1849 et les années suivantes, les principes posés par le Code Napoléon ont aussi fini par l'emporter. Ils avaient succombé en partie devant la commission instituée par l'arrêté du Président de la République en date du 15 juin 1849, en ce sens que tout en maintenant l'hypothèque légale, la commission en exigeait l'inscription de même que pour l'hypothèque conventionnelle. (V. l'art. 2142 du projet, et le rapport de M. Persil, p. 147 et suiv.) Mais ils triomphèrent devant le conseil d'État, après y avoir succombé dans une première délibération (V. le rapport de M. Bethmont, p. 66-72). Il en fut de même devant l'Assemblée législative, où, après avoir adopté, en première lecture, l'inscription forcée pour toutes les hypothèques légales et organisé une longue suite de formalités pour y parvenir (V. art. 2129 à 2150, et le rapport de M. Vatimesnil, p. 8 à 15), on ne tarda pas à comprendre tout ce que présentait d'impraticable le système de publicité absolu (V. la discussion de l'article 2130 dans la deuxième délibération), et on rejeta ce système pour s'arrêter définitivement à celui du Code Napoléon dans une série d'articles (2127 à 2132 de la troisième rédaction) qui, sauf quelques différences de rédaction, sont la reproduction des art. 2135 et suivants de ce Code.

(1) On a vu, par ce que j'ai dit plus haut, p. xxxiv, notes 3 et 4, que la nécessité de l'inscription était posée en principe dans les divers projets qui ont été successivement soumis aux délibérations de l'Assemblée législative, lors de la discussion récente sur la réforme hypothécaire.

biens présents les indique nominativement. Mais à quoi bon ce détail ? Si un nouveau prêteur se présente, ne sera-t-il pas assez éclairé quand il saura que celui qui lui demande ses fonds a déjà assuré hypothèque sur l'universalité de ses biens présents ? En matière de constitution d'hypothèque, comme en matière d'inscription, il ne doit pas y avoir de nullité sans grief. Il ne faut pas que l'omission d'une formalité qui n'a pas causé de préjudice, serve aux desseins avides de tiers qui spéculent sur la ruine d'un créancier dont les droits sont aussi sacrés que les leurs. Sans cette règle, le régime hypothécaire, au lieu de provoquer la confiance, ne sera qu'une arène de chicanes, qui effrayera la bonne foi.

L'influence des faillites sur les privilèges et les hypothèques, doit aussi fixer l'attention du législateur. Dans les observations que m'a suggérées l'art. 2146 du Code Napoléon, j'ai cherché à en faire sortir, par l'interprétation, des adoucissements à la position des créanciers hypothécaires ou privilégiés. Mais le législateur doit aller plus loin ; il doit opérer des réformes importantes dans cette partie du régime hypothécaire (1).

L'art. 2146 défend de consolider, par une transcription ou une inscription faite dans les dix jours qui ont précédé la faillite, des privilèges acquis par des actes antérieurs. Cette disposition, contraire au système de la déclaration de 1702 et de la loi de brumaire an vii, est vicieuse. J'en ai développé les raisons au n° 650. La faillite doit laisser les privilèges dans le droit commun, et je crois que mes réflexions sur l'art. 443 du Code de commerce (2), qui est venu empirer l'art. 2146 du Code Napoléon, ont achevé de mettre cette vérité dans tout son jour.

L'art. 2146 défend aussi l'inscription des hypothèques dans les dix jours de la faillite, bien que la cause de ces hypothèques soit antérieure ; c'est, à mes yeux, une révoltante injustice. Ici, en effet, toute idée de fraude, de concert dolosif, doit être écartée. La source de l'hypothèque est pure. Pourquoi donc veut-on lui défendre de se compléter ?

C'est, dit-on, pour empêcher que certains créanciers ne puissent, dans le désastre commun, acquérir des garanties au préjudice des autres ; sans quoi, les premiers informés primeraient les plus éloignés, et la préférence serait due à la proximité des distances.

Ces explications ne sont pas soutenables.

Si le désastre commun doit faire peser un égal niveau sur tous les créanciers, il faut, logiquement parlant, annuler toutes les causes

(1) Ces réformes ont été opérées lors de la révision de la loi sur les faillites. V. le texte du nouvel art. 446 du Code de commerce et ce que je dis dans mon Commentaire aux nos 649 et suiv.

(2) Voyez n° 653 bis.