734. A l'égard de la demande en réduction, elle est portée au tribunal de la situation des biens (art. 2161).

735. En ce qui touche la forme de la demande en radiation ou réduction, il faut distinguer si elle est principale ou incidente.

Lorsqu'elle est principale, elle s'intente par exploit. Cet exploit a lieu dans la forme ordinaire. Il est fait à personne, ou bien au *domicile élu dans* l'inscription. Ce domicile étant celui que le créancier a choisi, il ne peut se plaindre d'y recevoir plutôt qu'à son domicile réel les assignations qui lui sont données. Il y a quasi-contrat à cet égard entre lui et les tiers, et ce quasi-contrat subsiste, quand même il y aurait décès du créancier ou de celui chez qui est faite l'élection de domicile. Cette circonstance peut être ignorée du demandeur : celui-ci n'est tenu de s'en rapporter qu'à ce qui lui est indiqué dans l'inscription.

Si l'inscription ne contenait pas d'élection de domicile, alors le demandeur devrait chercher le défendeur à son domicile réel; mais on devrait faire retomber sur le créancier défendeur, coupable d'omission, les frais auxquels aurait donné lieu soit la recherche du domicile réel, soit la nécessité de faire parvenir les actes de procédure à ce même domicile (1).

Si la demande n'était qu'incidente, elle devrait se former par acte d'avoué à avoué, comme toutes les demandes incidentes (2).

(1) *Suprà*, n° 679.

(2) Pigeau, t. 2, p. 426 et 429.

CHAPITRE V.

DE LA RADIATION ET RÉDUCTION DES HYPOTHÈQUES.

ARTICLE 2157.

Les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant la capacité à cet effet, ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée.

SOMMAIRE.

736. La radiation est volontaire ou forcée.

737. Objet et effet de la radiation. Une inscription peut être radiée sans que le droit hypothécaire en soit atteint.

738. Formes du contrat *volontaire* de main-levée. Il est unilatéral. Conséquences de ceci.

738 *bis*. Quelles personnes ont capacité pour consentir à une main-levée d'inscription? Position de la femme commune et du mineur quand il s'agit d'accorder main-levée d'une inscription sur un immeuble appartenant à un tiers. Position de la femme commune quand il s'agit de consentir à une main-levée sur les immeubles de son mari. Distinction entre le cas où cette main-levée est consentie dans l'intérêt du mari ou dans l'intérêt d'un tiers. Capacité de la femme *séparée* de biens. Capacité du tuteur. Capacité du mineur émancipé. *Quid* à l'égard des communes, établissemens publics, trésor royal, etc.

739. De la radiation *forcée* ou ordonnée par jugement. Caractères du jugement qui l'ordonne. Comment doit être préalablement signifié? Est-ce au domicile élu ou au domicile réel? Dissentiment avec plusieurs auteurs et plusieurs arrêts.

739 *bis*. De l'appel du jugement de radiation. S'il peut être signifié au domicile *élu?*

740. De la radiation ordonnée dans certains cas par le juge-commissaire.

COMMENTAIRE.

736. Notre article ouvre la matière de la radiation des inscriptions hypothécaires, il dit que la radiation peut être volontaire ou forcée.

La radiation forcée est celle qui est ordonnée par jugement. La radiation volontaire est celle qui s'opère par le consentement des parties ayant capacité à cet effet. Le conservateur ne pourrait radier hors ces deux cas.

Arrêtons-nous un instant sur ce qui les concerne; mais avant tout fixons-nous bien sur l'utilité de la radiation.

737. La radiation est la conséquence soit d'un vice qui affecte l'inscription elle-même, soit de la nullité ou de l'extinction de l'hypothèque, dont elle est la manifestation (art. 2160, Code civil). Elle fait disparaître les traces de la publicité. C'est le moyen dont se sert le débiteur pour rétablir son crédit et annoncer au public qu'il est désormais libéré (1).

(1) M. Tarrible, Répert., v° Radiation, p. 585, col. 1, n° 5.

Un créancier qui consent à la radiation de son inscription n'est pas toujours (1) censé pour cela avoir nécessairement renoncé à son droit d'hypothèque. Car, comme le dit M. Tarrible (2), l'extinction de l'hypothèque et la radiation sont deux choses très-différentes (Arg. de l'art. 2164). Un créancier peut, pour ménager le crédit de son débiteur, consentir à lever momentanément l'inscription qui grève sa propriété. Il fait déjà un très-grand sacrifice puisqu'il consent par là à se laisser primer par tous ceux qui s'inscriront utilement pendant l'absence de son inscription. Mais il ne faudrait pas conclure de là qu'il ne pourrait pas faire reparaître ensuite son inscription. Tant qu'il n'a pas renoncé à son hypothèque, celle-ci subsiste et ne peut être altérée par des concessions faites pour en suspendre la publicité (3).

Voici un second exemple d'une application plus fréquente : l'on sait que d'après la loi du 3 septembre 1807, lorsqu'il a été rendu un jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing-privé, formée avant l'échéance, il ne peut être pris d'inscription hypothécaire qu'à défaut de paiement de l'obligation. Supposons qu'un créancier prenne inscription contrairement

(1) Voyez cependant, au n° 738 *bis*, un cas d'exception où la radiation partielle de l'inscription fait supposer *nécessairement* la réduction du droit d'hypothèque.

(2) *Loc. cit.*

(3) Voy. un exemple de ceci dans un arrêt de cassation du 4 janvier 1831 (Dal., 31, 1, 62, 63.)

à la loi du 3 septembre 1807. Evidemment le débiteur pourra exiger la radiation d'une inscription qui nuit à son crédit (1). Mais évidemment aussi cette radiation n'altérera en rien le germe de l'hypothèque contenu dans le jugement de reconnaissance (2).

738. Maintenant voyons ce qui concerne la radiation par consentement mutuel.

Ce consentement doit être contenu dans un acte authentique, conformément à l'art. 2158 du Code civil. On doit en remettre l'expédition au conservateur, et ici nous ferons remarquer que ce consentement n'étant autre chose qu'une renonciation *extinctive* (3) de l'inscription, est un acte unilatéral qui n'a pas besoin de l'acceptation du débiteur. C'est une répudiation parfaite par la seule volonté du renonçant, ou, comme le dit très-bien Onuphrius Donadeus dans son traité de la renonciation (4), *pendens ab unius voluntate tantum*; par cela seul que le consentement est donné, le créancier disparaît et il est censé ne pas exister comme ayant rang sur l'immeuble; *de medio se tollit*, dit Deluca (5), *ità se faciendo vel habendo mortuum.*

(1) *Suprà*, n° 443.

(2) On trouvera, *infrà* n^os^ 773 et 858, deux exemples où la radiation de l'inscription n'empêche pas l'hypothèque de subsister. Ainsi jugé au reste par arrêt de la cour de cassation du 2 mars 1830 (Dal., 30, 1, 149).

(3) *Suprà*, n° 600 *bis*, t. 1.

(4) Cap. 1, n° 5.

(5) *De renunciat.*, t. 2, n^os^ 5 et 6.

Il suit de là que le consentement à la main levée étant donné par acte sérieux et authentique, le créancier ne pourrait le retracter que pour dol et pour fraude. En règle générale, on ne peut reprendre un droit que l'on a éteint par sa volonté.

Ces considérations sont importantes pour le cas où le débiteur aurait omis de faire radier l'inscription, et où, après le consentement à une main levée, il aurait hypothéqué à d'autres créanciers son immeuble. Il paraît certain que ces nouveaux créanciers auraient pris de plein droit la place laissée vacante par le renonçant, et qu'ils pourraient faire radier l'inscription abandonnée par lui, encore bien qu'il voulût se retracter. C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par arrêt du 4 janvier 1831 (1).

738 *bis*. Il n'y a que les personnes capables de consentir qui puissent former une pareille convention. Ainsi la femme commune non autorisée, le mineur sans son tuteur donneraient vainement main-levée de leurs inscriptions.

Mais si la femme est autorisée de son mari, si le mineur est assisté de son tuteur, tous les empêchemens sont levés.

Néanmoins ceci ne doit s'entendre que dans le cas où il s'agit de donner main-levée d'une inscription hypothécaire qui grève un immeuble appartenant à un tiers, ou bien lorsqu'il s'agit de dégager un immeuble appartenant au mari, mais

(1) Dal., 31, 1, 82. *Infrà*, n° 868.

dans l'intérêt d'un tiers. Dans ce cas, la seule autorisation du mari ou du tuteur suffit pour rendre la radiation valable.

Cependant un arrêt de la cour de Poitiers du 10 août 1810, faisant une fausse application des art. 2144 et 2145 du Code civil, avait décidé qu'une femme mariée n'avait pu, quoique autorisée par son mari, donner main-levée de son inscription hypothécaire sur un bien que son mari vendait *à un tiers* conjointement et solidairement avec elle. Cette cour avait pensé que cette restriction d'hypothèque n'avait pu être consentie par la femme que d'après l'avis de quatre de ses plus proches parens. Mais cet arrêt fut cassé dans l'intérêt de la loi, par arrêt de la cour de cassation du 12 février 1811 (1).

En effet, le consentement des quatre parens n'est requis que lorsque la femme veut donner main-levée de quelques unes de ses inscriptions, dans l'intérêt unique de son mari; mais lorsque la femme contracte avec des tiers, il est bien certain qu'elle peut renoncer en faveur de ces tiers à son hypothèque légale, et par conséquent leur donner main-levée de son inscription (2).

Dans l'espèce de l'arrêt rendu par la cour de cassation, la dame Morisset avait figuré au contrat par lequel son mari avait vendu l'immeuble d'*Ecou-*

(1) Répert. V° Transcription, *ad notam*, p. 118. Dalloz, Hyp., p. 443.

(2) *Suprà*, t. 1, n^os^ 635 *bis* et 643 *bis*.

landie sur lequel elle avait inscription; par cela seul, elle avait renoncé à son hypothèque en faveur de l'acquéreur (1), et l'avait subrogé dans tous ses droits. Plus tard, elle avait consenti, avec l'autorisation de son mari, à la main-levée de son inscription, et c'est ce consentement que la cour de Poitiers trouvait insuffisant; mais il était facile de voir que l'acquéreur étant subrogé aux droits de la femme, n'avait pas besoin de son consentement pour faire radier une inscription dont il était propriétaire.

Lorsqu'il s'agit d'une radiation qui a pour objet unique l'intérêt du mari, il ne suffit pas de présenter au conservateur le consentement de la femme et des quatre parens, il faut encore un jugement conformément aux art. 2144, 2145 du Code civil. De même que la sanction de la justice est nécessaire à la femme pour *restreindre* en faveur de son mari son hypothèque légale, de même il est raisonnable d'exiger l'intervention du juge pour la *radiation partielle* de ses inscriptions. Le motif de ceci est que, par la force des choses, la femme ne peut renoncer à ces mêmes inscriptions sans renoncer en même temps à son hypothèque; on ne peut pas dire d'elle ce que je disais dans le numéro précédent, savoir, qu'elle n'a fait que le sacrifice de son rang; car son rang ne dépend pas de l'inscription, c'est la loi qui le lui assigne. On ne saurait concevoir à quoi servirait la renonciation de

(1) *Suprà*, t. 2, n° 603.

la femme à l'inscription, si elle ne renonçait par là à partie de son droit d'hypothèque.

Ce que je viens de dire a lieu également lorsque le tuteur demande la radiation d'inscriptions partielles prises sur ses biens au profit du mineur. La justice a dû nécessairement intervenir pour autoriser cette radiation, qui ne peut pas être volontaire (art. 2143 et 2145, Code civil). Le conservateur doit donc exiger le dépôt de l'expédition du jugement.

J'ai parlé d'une femme commune. Mais une femme séparée de biens peut-elle donner main-levée de son hypothèque sans l'autorisation de son mari? Cette question partage les auteurs. MM. Tarrible, Grenier et Persil sont d'avis que la femme a besoin de l'autorisation de son mari. M. Delvincourt (1) et M. Dalloz (2) adoptent une opinion contraire sur le fondement de l'art. 1449 du Code civil, et M. Dalloz cite (sans en donner ni le texte ni l'espèce) un arrêt de la cour de Turin, du 19 janvier 1811 (3), qui paraît l'avoir jugé ainsi.

Je crois devoir préférer ce dernier sentiment; l'art. 1449 permet à la femme séparée de disposer de son mobilier et de l'aliéner. Elle peut donc donner main-levée des inscriptions qui lui servent de garantie. A la vérité, l'art. 1449 défend à la

(1) T. 3, p. 182, n° 6.
(2) Hyp., p. 441.
(3) Idem, p. 442, note 1.

femme séparée d'aliéner ses immeubles; mais une inscription n'est pas un immeuble dans le sens de l'art. 526 du Code civil; car le droit de poursuivre l'immeuble hypothéqué peut survivre à l'inscription et n'être pas compromis par la radiation. D'ailleurs l'art. 1449 n'a entendu parler, à mon avis, que des droits immobiliers qui subsistent par eux-mêmes et non de ceux qui sont subordonnés à un droit mobilier aliénable par la femme.

Le tuteur peut-il consentir à la radiation, sans une autorisation du conseil de famille? M. Tarrible, qui examine cette question, décide que le tuteur peut à lui seul donner la main-levée (1). En effet, dit-il avec raison, le tuteur a qualité pour recevoir un paiement dans l'intérêt de son pupille : il doit donc aussi donner quittance, et par conséquent, libérer l'immeuble affecté à la sûreté d'une créance éteinte par le paiement.

M. Tarrible pense même que le tuteur pourrait donner main-levée de l'hypothèque, *sans recevoir le montant de la dette*. Car il peut recevoir les sommes mobilières dues au mineur et les dissiper. A plus forte raison peut-il donner décharge d'une sûreté accessoire; sa responsabilité reste seule engagée.

Je crois pouvoir élever des doutes sur cette doctrine, qui du reste a été condamnée par la cour de cassation (2).

(1) Rép., Radiat., p. 83.
(2) 21 juin 1818, Rejet. Dal., Hyp., p. 447.