prise par l'acquéreur sur les biens du vendeur, pour sûreté de promesse d'éviction.

Ces questions sont plutôt de fait que de droit. Tout ce qu'on peut dire, c'est que l'inscription ne peut être levée que lorsque le danger d'éviction est passé sans retour. Mais l'appréciation de ceci dépend évidemment des circonstances (1).

746 *bis*. Lorsque la radiation a été opérée, encore bien qu'elle l'ait été sans motif légal, l'inscription radiée ne peut jamais être opposée au créancier qui a contracté postérieurement, sur la foi d'un certificat négatif du conservateur des hypothèques. C'est ce qu'ont jugé des arrêts positifs (2), qu'on doit approuver (3).

Ainsi une inscription est radiée en vertu d'un arrêt que la cour de cassation casse de ce chef: le rétablissement de l'inscription ne pourra nuire à ceux qui ont contracté avec la certitude de sa radiation et dans le moment de son absence légale (4). Mais à l'égard des créanciers antérieurs, elle sera censée n'avoir jamais cessé d'exister, ainsi qu'il a été jugé par arrêts de la cour de Paris du 12 juin 1815, et de la cour de Douai du 10 janvier 1812 (5).

---

(1) V. les arrêts rapportés par Dal., Hyp., p. 226, 227 et 448.

(2) Cassat., 26 janvier 1814 (Dal., Hyp., p. 444). Paris, 15 avril 1811 (idem).

(3) *Suprà*, t. 2, 644 *ter*.

(4) Dal., Hyp., p. 442, n° 3.

(5) Dal., *loc. cit.*, p. 444, 445, note n° 2.

ARTICLE 2161.

Toutes les fois que les inscriptions prises par un créancier qui, d'après la loi, aurait droit d'en prendre sur les biens présens ou sur les biens à venir d'un débiteur, sans limitation convenue, seront portées sur plus de domaines différens qu'il n'est nécessaire à la sûreté des créances, l'action en réduction des inscriptions, ou en radiation d'une partie en ce qui excède la proportion convenable, est ouverte au débiteur. On y suit les règles de compétence établies par l'article 2159.

La disposition du présent article ne s'applique pas aux hypothèques conventionnelles.

SOMMAIRE.

747. Liaison. De l'action *en réduction* des inscriptions. Cas où elle est ouverte. Sommaire de notre article. En quoi il diffère des art. 2143 et 2144.

748. Motifs qui ont fait établir l'action en réduction. C'est la faveur pour la spécialité.

749. L'action en réduction n'est pas ouverte pour les hypothèques conventionnelles. Elle n'a lieu que pour les hypothèques générales. Motifs. Erreur de M. Grenier.

750. A qui est ouverte l'action en réduction? Elle n'appartient qu'au débiteur, et non aux créanciers entre eux. Du concours de l'hypothèque générale avec la spéciale.

L'hypothèque générale doit toujours conserver sa plénitude. On ne peut la forcer à se replier sur d'autres biens qu'elle affecte.

751. L'équité semble cependant ne pas admettre cette solution. Moyens de la concilier avec les principes.

752. Premier cas de concours.

753. Deuxième cas, plus difficultueux. Première difficulté. Solution.

754. Décision contraire de la cour de Paris. Mais elle ne peut faire autorité.

755. Deuxième difficulté. Le créancier à hypothèque spéciale peut la lever, en payant le créancier à hypothèque générale, aux droits duquel il se trouve subrogé.

756. Opinion contraire de M. Tarrible rejetée.

757. Cas où cette subrogation pourrait être mise en œuvre par la fraude. Moyen d'y remédier.

758. Lorsque l'on n'a pas pris la précaution du paiement avec subrogation, y a-t-il, indépendamment de tout paiement, subrogation légale de l'hypothèque spéciale à la générale? Opinions à cet égard discutées, ainsi que les arrêts.

759. Troisième cas.

760. Quatrième cas. Solution.

761. Arrêt de la cour de Paris qui paraît contraire, mais qui, au fonds, ne l'est pas.

762. Peut-on opposer l'exception de discussion à celui qui a en même temps une hypothèque générale et une hypothèque spéciale?

763. Objection résolue.

764. Quand on prête à quelqu'un dont les biens sont grevés d'hypothèque générale, la meilleure précaution à prendre, c'est de ne pas contracter sans que le créancier à qui elle appartient ne consente à une réduction.

765. De la réduction amiable. Cas où la réduction ne peut s'opérer en justice.

766. Règles de compétence pour obtenir la réduction judiciaire.

767. Cas où l'action en réduction est ouverte. *Quid* dans le cas où l'individu condamné à donner hypothèque spéciale a satisfait au jugement.

768. Peut-on demander la réduction pour hypothèque antérieure au Code civil. Dissentiment avec M. Dalloz et avec quelques arrêts.

COMMENTAIRE.

747. Après avoir parlé des cas où l'inscription doit être radiée pour cause de nullité, ou pour absence d'hypothèque, le code s'occupe du cas où la manifestation de l'hypothèque est restreinte dans sa généralité, et ou par conséquent il y a lieu à radiation partielle.

D'après notre article, l'action en réduction du nombre des inscriptions est ouverte dans tous les cas où il y a hypothèque générale et où l'inscription frappe sur plus de domaines différens qu'il n'est nécessaire à la sûreté de la créance. Le tribunal compétent est celui déterminé dans l'art. 2159. L'action en réduction ne peut avoir lieu que pour les hypothèques légales ou judiciaires. Elle n'a pas lieu pour les hypothèques conventionnelles.

Tel est le sommaire de notre article. Il est introductif d'un droit nouveau. Il diffère des cas prévus dans les articles 2143 et 2144 du Code civil, en ce que dans ces deux articles le législateur à en vue la réduction de l'hypothèque elle-même, la restriction du fond du droit, au lieu que dans notre article il ne prévoit que la réduction du nombre des inscriptions, de telle sorte

qu'en certains cas l'inscription peut se reproduire si cela est nécessaire (arg. de l'art. 2164). Ainsi dans le cas de l'art. 2161, l'hypothèque subsiste toujours; seulement elle sommeille, elle ne peut se manifester au dehors, sauf à reparaître ultérieurement s'il y avait nécessité absolue (1). Au contraire, dans le cas des art. 2143 et 2144, l'hypothèque est éteinte et les immeubles sont complétement affranchis.

748. Si l'on recherche les motifs qui ont donné lieu aux dispositions de l'art. 2161, on les trouve aisément dans l'affection du législateur pour la spécialité. Partout il cherche autant que possible à restreindre les hypothèques dans des limites plus favorables au crédit du débiteur, et à ramener les créanciers qui ont une hypothèque générale à une affectation spéciale, plus en harmonie avec la publicité qu'une affectation générale. Les créanciers dont les inscriptions sont diminuées ne peuvent s'en plaindre. On ne les force à lever leur main-mise sur une portion des biens du débiteur, qu'autant qu'il lui en reste suffisamment pour garantir leurs droits.

749. Mais la faculté de faire réduire le nombre des inscriptions ne s'applique qu'aux hypothèques légales et judiciaires; elle ne s'applique pas aux hypothèques conventionnelles.

La raison en est que lorsque le débiteur s'est eugagé par la convention à hypothèquer ses biens

(1) Art. 2164, et Arg. de l'art. 2131.

présens, et en cas d'insuffisance ses biens à venir au fur et à mesure des acquisitions, il ne s'est soumis à cette obligation que pour rassurer son créancier, et parce que ce dernier en faisait la condition de son prêt. Le débiteur ne peut donc exiger une modification à un contrat qui est son ouvrage.

Au contraire, cette raison disparaît lorsqu'il s'agit d'hypothèques dont la cause est étrangère à une convention. La loi qui les donne n'a pas statué pour des cas particuliers; elle a parlé en général, et il serait possible que ses dispositions puissent froisser quelques intérêts. Alors elle vient elle-même à leur secours, et fait fléchir par un motif d'utilité ce que l'utilité lui avait fait établir (1).

Toutefois, comme il n'y a rien de plus naturel que de défaire par une convention ce qu'une convention a formé, le créancier et le débiteur peuvent faire un traité pour restreindre l'hypothèque conventionnelle. Ce que la loi défend, c'est que la réduction d'une hypothèque de ce genre soit demandée et obtenue par *voie d'action* (2).

M. Grenier pense cependant que lorsque l'hypothèque conventionnelle embrasse les biens présens et à venir, le débiteur peut demander la réduction du nombre des inscriptions, si le créancier lui donnait une étendue excessive comparativement au montant de la dette (3). Mais je ne puis

(1) *Infrà*, n° 772.
(2) V. *infrà*, n° 959 *ter*.
(3) T. 1, p. 135, n° 63.

concilier cette opinion avec le texte si formel de notre article. Vainement M. Grenier oppose-t-il qu'on ne doit pas livrer le débiteur à la fantaisie, à la dureté, ou à une crainte [chimérique du créancier. La loi s'oppose à cette commisération d'autant plus déplacée, que le débiteur a à s'imputer d'avoir souscrit un engagement sans limites.

750. La réduction du nombre des inscriptions de l'hypothèque légale ou judiciaire ne peut être demandée que par le débiteur. C'est ce qui résulte de ces expressions *l'action en réduction est ouverte au débiteur*. Les autres créanciers n'ont pas qualité pour la demander (1), à moins qu'ils n'exercent les droits de leur débiteur (2).

Je dois examiner cependant si dans le cas de concours d'une hypothèque générale avec une hypothèque spéciale, le créancier qui a une hypothèque spéciale ne peut pas exiger que le créancier à hypothèque générale soit renvoyé à faire valoir ses droits sur les biens existans et suffisans pour acquitter l'obligation.

Cette grave question, qui se lie au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, et à celui de la réduction des hypothèques excessives, est susceptible de nombreuses difficultés d'application.

Cependant elle paraît simple en point de droit. Il semble qu'on puisse dire sans hésiter que, l'hypothèque générale étant indivisible, il appartient

(1) M. Tarrible, v° Radiation, p. 592, col. 1.
(2) Dalloz, Hyp., p. 436, n° 20.

au créancier de choisir celui des immeubles grevés sur lequel il préfère exercer son droit.

C'est ce que portaient les lois 2, D., *qui potior*, et 6 C. *eod. tit.*

« Qui generaliter bona debitoris pignori acce-» pit, eo potior est, cui posteà prædium ex his » bonis datur, *quamvis ex cæteris pecuniam suam* » *redigere* possit, » dit la première de ces lois.

Le seconde ajoute « si generaliter bona sint » obligata et posteà res alii specialiter pignori den-» tur, quoniam ex generali obligatione potior ha-» betur creditor qui anteà contraxit, si ab illo » priore tempore tu comparasti, non oportet te » ab eo qui postea credidit, inquietari » (1).

Sur quoi Voët dit, d'après Carpzovius (definit forens. part. 2, const. 23, def. 29) et Brunemann, sur la loi 2, au D., *qui potior*,... « Solâ generali » munitus anteriore... potior est eo, cui specialiter » posteà res quædam ex generaliter devinctis obli-» gatæ fuerunt, idque in ipsis illis rebus specialiter » posteriori obligatis, *etiamsi creditori anteriori* » *facilè fuerit ex rebus aliis generaliter obligatis* » *suum consequi*, cùm non debuerit ei per super-» venientem hypothecam specialem adimi jus » suum eligendi ex generaliter obligatis eam rem, » cujus persecutionem sibi faciliorem, aut commo-» diorem, auttutiorem arbitratur (2). »

Ces règles sont fondées sur le principe que

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 571, n° 15.
(2) Voët, lib. 20, t. 1, n° 15.

l'hypothèque est indivisible, qu'elle affecte toutes les portions de la chose grevée, *est tota in toto et in quàlibet parte.*

Supposez que Primus ait une hypothèque judiciaire sur tous les biens de Paul. On vend par expropriation forcée le fonds Cornélien grevé d'une hypothèque postérieure spéciale au profit de Secundus. Secundus pourra-t-il opposer à Primus qu'il peut se faire payer sur les autres biens de Paul, qui sont suffisans et qu'il doit préalablement discuter? Primus ne pourra-t-il pas répondre victorieusement que son hypothèque porte sur le fonds Cornélien comme sur tous les domaines appartenant à Paul; que le renvoyer à discuter ces autres domaines serait apporter à son hypothèque une restriction qui n'est pas dans la loi, et que le créancier ne peut pas obtenir; car si le législateur ouvre une action en réduction, ce n'est pas pour les créanciers, c'est pour le débiteur seul.

En principe et en droit, il n'y a rien à répondre à ces raisons de Primus.

651. Néanmoins on conçoit que l'équité puisse élever la voix en faveur du créancier à hypothèque spéciale, qui par une combinaison malheureuse est exposé à se trouver privé de sa garantie hypothécaire. En effet, le créancier à hypothèque générale peut absorber le gage commun sur lequel il a priorité. Que reste-t-il à Secundus? rien absolument qui puisse servir d'aliment à son hypothèque. Et cependant si Primus, au lieu de porter son action sur le fonds Cornélien, l'eût dirigée sur

les autres immeubles du débiteur, chacun eût été payé intégralement : Primus eût été rempli du montant de son hypothèque générale. Secundus aurait touché la totalité de la somme pour laquelle une hypothèque spéciale lui avait été consentie.

La conciliation de l'intérêt du créancier à hypothèque spéciale avec celui du créancier à hypothèque générale a excité la sollicitude des auteurs, qui ont écrit sur le nouveau système hypothécaire. Mais ils ont rencontré dans leur route de grandes difficultés; l'on peut dire de cette matière ce que Cujas disait d'un passage d'une loi romaine « *qui versus crux est juris studiosorum* (1). »

Essayons de pénétrer dans ce labyrinthe; nous ne pourrons tenir une route sûre qu'en distinguant les cas.

752. En premier lieu, lorsqu'un seul des immeubles soumis à l'hypothèque générale est vendu ou saisi, quoique cet immeuble soit grevé d'une hypothèque spéciale postérieure, seul et unique gage du second créancier, ce second créancier ne peut exiger que le creancier à hypothèque générale qui le prime aille se faire payer sur d'autres biens. Les principes sur l'indivisibilité de l'hypothèque résistent à cette prétention. Le créancier muni d'une hypothèque générale antérieure, ne peut être contraint à se livrer à une discussion longue, embarrassée, et qui retarderait son paie-

(1) Quæst. Papin, lib. 13, *ad leg. ult. de cond. inst.*

ment. Sans quoi, l'hypothèque générale serait pour lui un fardeau, au lieu de lui procurer des avantages ; mieux vaudrait pour lui une hypothèque spéciale qui ne l'exposât pas à ces exceptions dilatoires. Faudrait-il donc que ce créancier procédât à grands frais, et non sans d'interminables délais, à des expropriations forcées, tandis qu'un créancier postérieur en date serait payé avant lui sur des sommes déjà liquides? Telle n'a pas pû être l'intention du législateur. On a vu tout à l'heure ce que disaient les lois romaines à cet égard. J'ajoute à leur autorité celle de Cujas. « Et respondet Papinianus privilegio temporis » in eo prædio potiorem esse, eum cui gene- » raliter omnia bona obligata sunt, *etiam si*, » *omisso illo prædio, possit ex aliis bonis redigere* » *suam pecuniam; mavult enim redigere ex hoc* » *prædio*, repulso posteriore creditore, cui tan- » tum id prædium specialiter et nominatun obli- » gatum erat. . . . est autem in arbitrio creditoris » ex rebus sibi obligatis, quibus velit electis, ad » suum commodum pervenire. L. *Cred.* D., *de* » *dist. pignor.* (1).

Pour joindre l'exemple au précepte afin de me faire mieux comprendre, je prie le lecteur de se reporter à l'espèce que je posais tout-à-l'heure. Il fera bien attention que dans mon hypothèse, on ne saisit ou on ne met en vente que le fonds Cornélien, et que les autres biens du débiteur ne

(1) Quæst. Papin, lib. 3, sur la loi 2 D. *Qui potior.*

sont pas l'objet d'un ordre, et qu'ils sont même libres d'hypothèques spéciales.

Je m'attends bien à ce qu'on va plaindre Secundus, qui se trouve ainsi privé de son gage, tandis qu'il eût été possible à Primus de trouver son paiement sur d'autres biens.

Mais d'abord Secundus doit s'imputer à lui-même de n'avoir pas exigé lors de la stipulation une hypothèque plus étendue. Il devait prévoir le concours désavantageux qui se réalise, et prendre ses mesures pour n'en être pas victime. Pour réparer sa négligence, il ne peut forcer Primus à restreindre son hypothèque.

Ensuite Secundus a un moyen très-simple de se mettre à couvert de la perte dont il est menacé. Au lieu de renvoyer Primus à se faire payer sur d'autres biens, il n'a qu'à payer lui-même Primus, et se faire subroger dans ses droits. (Art. 1251, n° 1, Code civil.) Alors il saisira les autres biens; il est beaucoup plus juste que Secundus fasse ces diligences, qui sont toutes dans son intérêt, que Primus, dont la préférence ne peut souffrir d'atteinte (1).

Ce premier cas ne peut comporter beaucoup de difficultés. Mais c'est maintenant qu'on va les voir

(1) Jugé par arrêt de la cour de Rouen du 26 novembre 1818, que celui qui a payé le créancier à hypothèque générale de ses deniers, lui est subrogé, et peut exercer ses droits sur les autres immeubles grevés de son hypothèque générale. Dal., Hyp., p. 416, n° 4. Quant aux principes de la subrogation légale, voyez *suprà*, n° 355, t. 1.

successivement naître de la complication de nouveaux intérêts qui se mêlent à la contestation.

753. Primus a une hypothèque générale sur le domaine A. et le domaine B., pour une condamnation à une somme de 100,000 francs portée dans un jugement inscrit le décembre 1825.

Caïus, son débiteur, donne ensuite une hypothèque spéciale à Secundus sur le domaine A. pour une somme de 50,000 francs; cette hypothèque est inscrite le 4 janvier 1826.

Puis, le même Caïus consent une hypothèque de 100,000 francs sur le domaine B., au profit de Tertius, qui s'inscrit le 1 janvier 1827.

Le domaine A. est saisi et adjugé pour une somme de 110,000 francs. Primus se présente à l'ordre avec son hypothèque générale, et demande à être colloqué en ordre utile pour la somme de 100,000 francs. Si sa demande est écoutée, il ne restera sur le prix que 10,000 francs pour Secundus, qui par cet arrangement perd 40,000 francs; au contraire Tertius, favorisé par le hasard heureux qui a voulu que le domaine B. ne fût pas saisi le premier, verra ce domaine dégrevé de l'hypothèque de Primus, et recouvrera la totalité de son dû, quoique postérieur en hypothèque à Secundus. Ainsi, voilà un caprice du sort, un accident, qui dérange tous les calculs de la prudence et conserve intacts les droits du créancier le plus nouveau, tandis que celui qui a contracté avec le débiteur à une époque où sa fortune était moins grevée, et sa solvabilité plus grande, éprouve une perte presque totale.

Pour parer à un résultat si peu tolérable, Secundus forcera-t-il Primus à diviser son hypothèque, et à en porter partie sur le domaine A., partie sur le domaine B.? C'est la première difficulté.

754. Je ne crois pas que cela soit possible. J'en ai dit la raison. M. Tarrible est aussi de cet avis (1).

Cependant le contraire a été jugé par un arrêt de la cour de Paris, du 5 avril 1811, dont voici l'espèce.

Boucot vendit une terre dans le département de Seine-et-Marne pour payer ses créanciers. — Il possédait aussi à Paris une maison.

Un ordre s'ouvrit au tribunal de Melun, sur le prix de la terre dont j'ai parlé. La dame Boucot, fut colloquée en 1^er^ ordre pour son hypothèque légale. Elle absorba la totalité du prix. — Alors une dame Langlé, qui avait hypothèque spéciale sur cette terre, demanda que la dame Boucot fût tenue de diviser son hypothèque, et d'en porter une partie sur la maison située à Paris, laquelle était spécialement hypothéquée en second ordre à un sieur Boisselin. Car, sans cette division, l'hypothèque de la dame Langlé fût devenue illusoire. — Le tribunal de Melun rendit, le 28 juin 1810, un jugement qui rejeta cette prétention. Mais, par arrêt du 5 avril 1811, la cour de Paris infirma la décision des premiers juges. « Elle considéra » que si les créanciers ayant une hypothèque géné-

(1) Répert., Transcript., p. 128, col. 1, alin. *On ne peut forcer.*