1810 (1): mais cet arrêt a été rendu dans des circonstances particulières, et ne me paraît pas devoir tirer à conséquence.

La dame de Larochefoucault exerçait le privilége de vendeur sur tous les biens appartenans 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 privilége 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 ces créanciers de faire reporter *fictivement* son privilége 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 reversement fictif du privilége 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

(1) Sirey. 17. 2. 397. Dal., Hyp., p. 103, note n° 1. Ce dernier auteur ne fait qu'en donner le sommaire.

roulaient sur d'autres points étrangers à la question que j'examine. C'est la remarque de M. Grenier (1) et de M^e Sirey (2). Ainsi cet arrêt doit-être mis dans la classe de ceux où des circonstances particulières changent les principes généraux.

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'apres la loi 9, C. *De distract. pignorum*, le créancier devait poursuivre les biens spécialement hypothéqués avant d'attaquer les biens soumis à l'hypothéque générale. On supposait que l'hypothèque générale n'avait été obtenue qu'*in subsidium*. Telle était l'opinion universelle. Covarruvias (3), Brunemam (4), Godefroy (5), Favre (6) et Voët (7) sont positifs sur ce point.

Cette règle se suivait aussi en droit français. Le Maistre (8) a noté plusieurs arrêts du parlement de Paris qui l'ont consacrée (9).

(1) T. 1, p. 370.
(2) 21, 1, 366.
(3) *Variar. resolut.*, lib. 3, c. 18.
(4) *Ad leg.* 2, *qui potior.*
(5) Même loi.
(6) Cod., lib. 8, t. 6, déf. 8.
(7) Lib. 20, t. 1, n° 16.
(8) Criées, liv. 1, C. 32.
(9) *Junge* Basnage, ch. 5, p. 11.

Ce sentiment doit-il être adopté sous le Code civil? L'affirmative a été jugée par arrêt de la cour de Bruxelles du 3 prairial an XII (1). 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 considérans la loi 9, C. *De dist. pignor.*

La même chose me paraît avoir éte jugé par arrêt de la cour de Paris du 10 mars 1809 (2), et c'est du reste l'opinion de M. Grenier (3). 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 à 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

(1) Sirey, 5. 2. 267.
(2) Sirey. 9. 2. 315. Dal., Hyp., p. 407.
(3) T. 1, n° 185, p. 387.

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 (1).

763. Je ne me dissimule pas cependant que l'adoption des principes du droit romain sur cette matière pourrait conduire à des résultats qui paraissent durs dans quelques circonstances, et particulièrement dans l'espèce suivante.

Primus, créancier de Caïus d'une somme de

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

50,000 francs, a une hypothèque spéciale sur le fonds A estimé 80,000 francs, et une hypothèque générale qui frappe entre autres sur le domaine B estimé 70,000 francs. Postérieurement, Caïus 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 fr. mettront le débiteur à même de payer amplement 100,000 francs de dettes. Caïus, ayant encore besoin d'argent, emprunte à Tertius une somme de 75,000 fr. et lui donne à hypothèque le fonds B. Voilà donc Caïus avec 170,000 francs 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; 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 fond 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 fond 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 judiciare (2).

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 établissemens de charité, lesquels ne peuvent consentir à une réduction, qu'en vertu d'une

(1) M. Grenier, t. 1, p. 385.

(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 civil. 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 articles 2143 et 2144 ont en vue la réduction de l'hypothèque.

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 commençant cet article, ainsi que l'art. 2156 (3).

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

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

(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.

dans les art. 2164 et suivans 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'art. 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 suivans (1).

Ou 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 1^er^ 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.

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

Aussitôt que cette obligation principale est remplie, les effets du jugement sont anéantis puisqu'il a été complétement satisfait à ce même jugement (1).

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 civil.

J'ai dit ailleurs quelque chose à cet égard (2), 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 civil, ne pouvait être appliquée à des hypothèques

(1) *Suprà*, t. 2, n^os^ 437 *bis* et 439.
(2) T. 2, n° 642.

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 (1) incline, en citant l'autorité de M. Tarrible (2), 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 (3). Il faut dire au surplus que d'autres arrêts en plus grand nombre ont refusé d'appliquer l'art. 2161 à des hypothèques acquises avant sa promulgation.

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 (4), que rien ne s'oppose à ce qu'on puisse demander, suivant les formes établies par l'art 2044 du Code civil, la réduction de l'hypothèque légale de la femme antérieure au Code civil; car, en droit, pour obtenir cette réduction, il faut nécessairement le *consentement de la*

(1) Hyp., p. 437, n° 23.

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

(3) Nîmes, 19 mai 1807 (Dal., Hyp., p. 439. Nanci, arrêt rapporté et réfuté *suprà*, t. 2, n°s 641 et 642.

(4) T. 1, n° 270.

femme, et des quatre parens; 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 (1), 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 nous disons que la réduction des inscriptions des hypothèques générales ne peut rétroagir, nous entendons parler de la réduction *forcée;* mais il est bien entendu que cette règle ne s'applique pas aux réductions qu'autorise un consentement amiable (2); et l'on sait qu'il ne peut y avoir réduction de l'hypothèque de la femme sans son consentement.

Voilà pourquoi M. Béranger, ayant fait observer sur l'art. 2140 (3), 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 immeu- » bles, » M. Treilhard répondit à cette réflexion en renvoyant à l'art. 2144 du Code civil.

(1) Hyp., p. 437, n° 23.

(2) J'ai réfuté plus haut, n°s 641 et 642, t. 2, un arrêt de la cour de Nanci, 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.

(3) Conf., t. 7, p. 185.

Concluons donc que l'art. 2144 peut s'appliquer aux hypothèques des femmes antérieures au Code civil, mais, par cette raison unique que, d'après ce même Code, l'hypothèque de la femme ne peut être réduite que de 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 (1). Il enseigne que le tuteur, entré en fonctions avant le Code civil, 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 personnnes appelées par la loi à représenter le mineur, le tuteur devrait être repoussé dans sa demande, quand bien

(1) T. 1, n° 270.

même il prouverait que les inscriptions prises au profit du pupille sont plus considérables 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.

ARTICLE 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 *domaines* employé dans notre article.

771. Valeur des terrains couverts par l'inscription pour qu'il y ait lieu à réduction.

COMMENTAIRE.

769. Pour que les inscriptions soient reputées 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