peut l'alièner; car, la fin de la poursuite hypothécaire étant d'obtenir le délaissement de la chose, comme ce délaissement ne peut être fait que par celui qui peut alièner (art. 2172), il s'ensuit qu'on ne peut sommer de délaisser ou de payer que celui qui a sur la chose un droit assez étroit pour la pouvoir alièner.

Ainsi, celui qui a hypothèque sur la nue propriété, ne devra pas adresser sa sommation au tiers détenteur qui n'a que l'usufruit. Cette sommation tend en effet au délaissement du fonds. Or, l'usufruitier peut bien aliéner son usufruit; mais il ne peut aliéner la nue propriété. La sommation s'adresserait donc à quelqu'un qui ne pourrait

pas y répondre.

Il en serait autrement si l'hypothèque ne portait que sur l'usufruit. Alors, le tiers détenteur usufruitier pourrait être sommé de délaisser ou de payer. On devrait dire la même chose si l'hypothèque portait sur le fonds et l'usufruit. Le tiers détenteur usufruitier pourrait être sommé de délaisser l'usufruit ou de payer. Dans ce cas, l'usufruitier détient une portion de ce qui est affecté à l'hypothèque (1).

Il me suffit d'énoncer ces règles; elles lèvent

toutes les difficultés.

Du reste, on ne devrait pas conclure de là, que de ce que le tuteur ne peut aliéner les biens du

CHAP. VI. DES HYPOTHÈQUES. (ART. 2168.) 373 mineur, de ce que le curateur à succession est dans la même situation pour les biens de la succession, il ne faut pas, avant de faire saisir les biens du mineur ou de la succession, faire la sommation de payer ou de délaisser; car le tuteur et le curateur représentent le vrai propriétaire, qui est le mineur ou la succession, lesquels doivent être mis en demeure de purger s'ils le veulent. On conçoit que, si ces administrateurs ne peuvent personnellement aliéner, c'est dans l'intérêt de ceux qu'ils représentent; mais qu'ils peuvent se faire relever de cette incapacité en s'environnant des formalités prescrites par la loi. Il n'appartient pas au créancier poursuivant de préjuger ce qu'ils pourront faire, dans l'intérêt de l'administration qui leur est confiée.

ARTICLE 2168.

Le tiers détenteur est tenu, dans le même cas, ou de payer tous les intérêts ou capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble par hypothèque sans aucune réserve.

Arretons-nous de SAIAMMOS verite, que le tiers

785. Définition du délaissement.

786. Différence avec le déguerpissement.

787. Quelles personnes peuvent déguerpir. Comment se fait le délaissement? Quels en sont les effets? Renvoi.

788. Que doit payer le tiers détenteur s'il présère conserver

⁽¹⁾ Paris, 25 décembre 1808. Sirey. 9. 2. 50. Grenier, t. 2, p. 52, 53. Suprà, nº 776.

788 bis. Lorsque le tiers détenteur paie, il est subrogé de plein droit aux créanciers hypothécaires. Effet de cette subrogation.

788 ter. Comment le tiers détenteur subrogé doit-il diviser son action contre les autres détenteurs de biens hypothéqués?

789. Par la subrogation de plein droit, le tiers détenteur exerce les droits du créancier payé sur tous les biens hypothéqués à ce dernier pour la créance acquittée. Renvoi.

789 bis. Par l'exception cedendarum actionum, le tiers détenteur peut quelquesois faire réduire la somme que lui demande le créancier poursuivant. Premier cas.

789 ter. Deuxième cas magnam ette et eveler ertal

COMMENTAIRE.

785. Je ne reviendrai pas sur ce que j'ai dit sous l'article précédent de la postposition, qui le défigure, et qui se trouve écrite avec aussi peu d'à propos dans l'art. 2168. Je me bornerai à répéter que le législateur se fût exprimé d'une manière plus logique, en disant que le tiers détenteur est tenu au délaissement, si mieux il n'aime payer les capitaux et intérêts exigibles. Il ne fallait pas imiter le mauvais langage de Loisel, qui a fort improprement dit « en fait d'hypothèques, cens ou » rentes, il faut payer ou quitter (1). »

Arrêtons-nous donc à cette vérité, que le tiers détenteur doit quitter ou payer. Mais qu'entendon par délaissement? C'est l'abandon de la possession de l'héritage fait par le tiers détenteur aux créanciers inscrits pour s'exempter de l'expropriation. Je dis que c'est un simple abandon de la possession. En effet, le tiers détenteur reste toujours propriétaire jusqu'à l'adjudication, et il peut reprendre l'héritage en payant les dettes pour lesquelles il est hypothéqué, et tous les frais (1). Je dis, de plus, que c'est aux créanciers inscrits que se fait le délaissement; car ce sont eux seuls qui peuvent l'exiger en vertu de leurs hypothèques. Mais remarquons bien qu'ils ne peuvent garder l'immeuble (2), et qu'il faut qu'ils le fassent vendre par adjudication afin de le convertir en argent, et de se payer sur le prix dans

l'ordre de leurs hypothèques (3).

786. Le délaissement ne doit pas être confondu avec le déguerpissement. L'objet du déguerpissement était de se dégager de la rente ou redevance foncière assise sur le fonds. Le délaissement n'a lieu, comme autrefois, que pour les hypothèques. Le déguerpissement se faisait à celui qui avait été autrefois propriétaire de l'immeuble, et ne l'avait cédé qu'à la charge de la rente foncière; on remettait les choses dans l'état où elles étaient avant le contrat; au contraire, le délaissement se fait au simple créancier. Celui qui faisait le déguerpisse-

parcelle de l'immedble ly pothequé. Peu importe

encore que la somme due soit plus considérable

⁽¹⁾ Liv.3, tit. 7, no 20. Inst. Cout. Je fais cette observation sans vouloir rien ôter au mérite supérieur de ce jurisconsulte.

⁽¹⁾ Loyseau, liv. 1, ch. 2, no 13, et liv. 6, ch. 7. Pothier, Orléans, t. 20, no 51. Art. 2173 du Code civil.

⁽²⁾ Infrà, n. 795.

⁽³⁾ Loyseau, loc. cit.

ment abandonnait la propriété; celui qui fait le délaissement n'abandonne que la possession. Ce n'est que par l'adjudication qu'il perd la propriété. Enfin, par le déguerpissement, le propriétaire rentrait dans sa chose et la gardait comme un objet à lui appartenant; au contraire, le délaissement ne donne au créancier, en faveur de qui il est fait, que le droit de vendre l'héritage : il lui est défendu de le garder (1).

787. Nous verrons, sous les art. 2172, 2173, 2174, 2175 et suivans, comment s'opère le délaissement, quelles personnes ont capacité pour le faire, quelles en sont les suites à l'égard du tiers détenteur et en ce qui concerne les charges qu'il a imposées sur la propriété, les améliorations ou détériorations qu'il y a faites, les droits qu'il y pos-

sédait avant l'aliénation, etc.

788. Expliquons maintenant ce que doit payer le tiers détenteur, s'il préfère conserver l'immeuble par lui acquis et dont il ne purge pas les hypothè-

ques.

D'après notre article, il doit payer la totalité de la créance en capitaux et intérêts exigibles. Peu importe qu'il ne possède qu'une légère fraction de la chose hypothéquée : l'hypothèque est indivisible; elle conserve toute la créance dans chaque parcelle de l'immeuble hypothéqué. Peu importe encore que la somme due soit plus considérable

CHAP. VI. DES HYPOTHÈQUES. (ART. 2168.) 377 que la valeur de l'objet détenu par le tiers possesseur. Le créancier ne peut être contraint de recevoir son paiement par portions. Il faut lui délaisser le total de la chose ou lui payer le total de la dette (1). Quelques auteurs anciens avaient cependant enseigné que le tiers possesseur pouvait s'exempter de la poursuite hypothécaire en offrant la valeur de l'immeuble possédé (2)! Mais cette opinion ne pouvait se soutenir, et n'avait qu'un petit nombre de partisans (3).

Quand je dis que le tiers détenteur doit payer . le total de la dette, il est entendu que cela comprend les intérêts et dépens, en un mot tous les accessoires quelconques qui ont rang d'hypothèque sur l'immeuble dès avant l'aliénation.

Sur quoi, on a élevé la question de savoir si l'art. 2151 du Code civil peut être invoqué par le tiers détenteur, comme par les créanciers inscrits, et si ce tiers détenteur ne doit que les intérêts conservés par l'inscription (4).

MM. Persil (5) et Grenier (6) sont d'avis que la nécessité de conserver les intérêts par l'inscription n'existe qu'entre créanciers, et c'est ce que paraît avoir jugé un arrêt de la cour de Bruxelles du 4 août 1806 (7).

⁽¹⁾ Loyseau, liv. 1, ch. 2, n. 13. Demzart, vo Déguerpissement. Grenier, t. 2, p. 60, nº 328.

⁽¹⁾ Favre, C. lib. 8, t. 6, déf. 40, 41.

⁽²⁾ Fachin, Cont., lib. 11, c. 11.

⁽³⁾ Idem.

⁽⁴⁾ Suprà, no 702.

⁽⁵⁾ Sur l'art. 2151, nº 11.

⁽⁶⁾ T. 1, no 101.

Je pense avec M. Dalloz (1) que cette opinion ne saurait être suivie. Le tiers détenteur ne doit payer que cequiest hypothéquésur l'immeuble. Car il ne paie que comme bien tenant, et non comme obligé personnel. Or, d'après l'art. 2151, il n'y a d'intérêts ayant hypothèque que les trois années attachées de droit à l'inscription, ou ceux qu'on a conservés par des inscriptions spéciales. Tout le reste rentre dans la masse chirographaire.

Si le débiteur avait des termes et délais pour payer, le tiers détenteur en profiterait; en effet, comme il s'exécute à la place du débiteur, il ne doit pas être de plus mauvaise condition que lui. Il arrive quelquesois que l'acquéreur d'un immeuble ne purge pas, parce que les créances, dont l'hypothèque couvre cet immeuble et qu'il doit acquitter entre les mains des créanciers, ne sont payables qu'à des époques éloignées. C'est pour lui un avantage : il n'est pas obligé de faire sur-le-champ des déboursés considérables, comme il aurait été forcé de le faire, s'il eût dû acquitter de suite le prix entre les mains du vendeur. C'est aussi un avantage pour le vendeur, qui, malgré les hypothèques qui pèsent sur ses biens, trouve néanmoins à s'en défaire avec émolument à cause du long terme des exigibilités. Il fallait donc nécessairement que l'acquéreur participat aux mêmes délais que le débiteur, d'autant que la nature de l'obligation ne

(7) Dal., Hyp., 320, av 5.

788 bis. Dans l'ancienne jurisprudence les auteurs conseillaient au tiers détenteur qui voulait conserver la possession de l'immeuble, de ne payer qu'autant que le créancier antérieur en date lui cédait ses actions, priviléges et hypothèques. C'est ce qu'on appelait l'exception cedendarum actionum. Cela tenait à ce qu'alors on n'était pas bien d'accord sur la question de savoir si la subrogation s'opérait de plein droit en pareil cas. Mais le Code civil a décidé qu'un semblable paiement donnait lieu à subrogation légale. Le tiers détenteur ne peut donc plus se faire un moyen de l'exception cedendarum actionum pour retarder son paiement (art. 1251 Code civil) (1).

Par cette subrogation, le tiers détenteur peut agir non seulement contre le débiteur principal et ses cautions, mais encore contre les autres détenteurs de biens soumis à l'hypothèque.

La cour royale de Toulouse a même jugé, par arrêt du 19 février 1827 (2), qu'avant d'avoir payé au créancier hypothécaire, et d'être par conséquent son subrogé, il pouvait actionner les autres tiers détenteurs contre lesquels il aurait son recours après avoir acquitté le montant des charges hypothécaires, afin de faire fixer la somme pour laquelle il aurait, s'il payait, le droit de les poursuivre hypothécairement (3).

CHAP. VI. DES HYPOTHÈQUES. (ART. 2168.) 379 peut changer par un fait d'aliénation étranger au créancier.

⁽¹⁾ Idem, p. 402, nº 26.

⁽¹⁾ Suprà, no 358.

⁽²⁾ Dal., 28, 2, 41, 42. Sirey. 28. 2. 75.

⁽³⁾ Junge Loyseau, liv. 2, ch. 8, no 9.

rait un circuit d'actions.

Par exemple, Caïus a une hypothèque générale sur les fonds A. B. C. D., appartenant à Sempronius. Ce dernier vend ces biens à Primus, Secundus, Tertius et Quartus. Caïus poursuit Primus, qui paie. Primus est donc subrogé aux droits de Caïus, et peut agir par la voie hypothécaire contre Secundus, Tertius et Quartus. Mais s'il voulait exiger de Secundus, par exemple, le total de la créance, il arriverait que ce même Secundus aurait droit d'agir contre lui Primus, comme détenteur d'immeubles affectés à la créance, à laquelle il a été aussi subrogé de plein droit. La sommation ne doit donc exiger que le prorata (1).

789. Le tiers détenteur, qui paie le créancier inscrit, est subrogé de plein droit aux hypothèques que ce créancier avait pour la créance, non seulement sur l'immeuble libéré, mais encore sur tous autres immeubles. J'en ai donné les raisons ailleurs (2). C'est à tort que le contraire a été jugé par un arrêt de la Cour de Bourges du 10 juillet 1829.

suivre hypothécairement (3).

CHAP. VI. DES HYPOTHÈQUES. (ART. 2168.) 381

789 bis. Mais si l'exception cedendarum actionum ne peut plus être un moyen de retarder le paiement, elle peut être quelquefois un moyen pour faire réduire la demande du créancier qui, par son fait, ne peut subroger le tiers détenteur qui le paie, aux priviléges et hypothèques qu'on avait droit d'attendre de lui. Je m'explique par un exemple.

Caïa a une hypothèque générale sur les fonds A. B. C. D. appartenant à son mari. Celui-ci les vend à Primus, Secundus, Tertius et Quartus, et Caïa renonce à son hypothèque sur Primus, Secundus et Tertius. Elle somme Quartus de délaisser ou de payer le total de sa dot, montant à

vingt mille francs.

De deux choses l'une: ou Caïa a déjà renoncé à son hypothèque quand Quartus a acquis, ou bien cette renonciation n'a eu lieu qu'après son acquisition.

Dans le premier cas, Quartus doit payer la totalité des vingt mille francs, s'il veut s'exempter du délaissement. Les immeubles possédés par Primus, Secundus et Tertius étaient devenus libres au moment de son acquisition : il a dû prendre les choses comme elles se trouvaient. Mais si cette renonciation n'a lieu qu'après l'acquisition de Quartus, alors il a droit de dire à Caïa: Je ne puis vous payer le total de la somme qu'autant que vous me subrogerez à vos droits contre Primus, Secundus, Tertius. Lorsque j'ai acquis le fonds D. à vous hypothéqué, j'ai compté que, si vous me poursuiviez, j'obtiendrais, en vous

⁽¹⁾ Pothier, Orleans, t. 20, nº 42. Grenier, t. 2, p. 74.

⁽²⁾ T. 1, no 359. 2 .8. 2 . Sucy. 28. 2 , 18 , 2 , 82 , 16] (3) Junge Loyscan, liv. 2, ch. 8, no 9.

payant, le droit de faire contribuer à la dette Primus, Secundus et Tertius, au moyen d'une subrogation dans vos droits. Vous avez rendu cette subrogation impossible par votre fait: ce n'est pas moi qui dois en souffrir. Si j'eusse obtenu la subrogation, je n'aurais payé que cinq mille fr.; car j'aurais forcé Primus, Secundus et Tertius à contribuer et à verser entre mes mains cinq mille francs chacun; mais votre renonciation me prive de la possibilité de me faire payer ces quinze mille francs. Il me suffit donc de vous payer cinq mille francs, au lieu de vingt mille francs, pour éviter le délaissement (1).

Ces principes et ces distinctions étaient enseignés par nos anciens jurisconsustes. On peut consulter Dumoulin (2) et Loyseau (3). La Cour de cassation s'y est conformée par arrêt du 23 janvier 1815 (4), en se fondant sur les lois 5. D. De censib. et 19, D. Qui Potior, et sur l'art. 1149 du Code civil.

789 ter. Il est un autre cas où le créancier n'est pas fondé à exiger le total de la créance, aussi par suite de l'impossibilité de faire cession pleine de ses actions. C'est lorsque le créancier possède luimême des héritages qui ont été hypothéqués à sa dette. Alors il faut nécessairement qu'il fasse confusion de la dette au prorata de ce qu'il possède

si vous me poursuivie

CHAP. VI. DES HYPOTHÈQUES. (ART. 2169.) 383 d'héritages qui y sont hypothéqués. La raison en est simple. Le tiers détenteur, en payant le tout, est subrogé aux droits du créancier. Mais le

créancier ne peut lui céder son hypothèque sur le fonds qu'il détient, puisque, par son fait, il l'a éteinte par la confusion. Il a donc nui par là au tiers détenteur. « Repellitur exceptione quatenùs

» nocuit reo, dùm facto suo non potest ei cedere » actiones quas cedere debebat (1). »

Cependant, comme le dit Pothier d'après Dumoulin et Loyseau, cette exception ne peut avoir lieu que lorsque le créancier a acquis les héritages hypothéqués à sa dette postérieurement à l'acquisition que le défendeur a fait des autres héritages. Car s'il les a acquis auparavant, on ne peut pas dire qu'en les acquérant, il ait privé le défendeur d'aucun droit de recours sur ces héritages.

ARTICLE 2169.

Faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'une de ces obligations, chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué, trente jours après commandement fait au débiteur originaire, et sommation faite au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage.

⁽¹⁾ M. Grenier, t. 2, p. 75. M. Dalloz, Hyp., p. 358.

⁽²⁾ De usuris, quæst. 89, nº 680 et suiv.

⁽³⁾ Liv. 2, ch. 8, n° 19. (4) Dal., Hyp., p. 358, 359.

⁽¹⁾ Loyseau, liv. 2, ch. 8, nos 16, 19. Pothier, Orléans, t. 20, no 43.