dence ne serait pas suivie aujourd'hui. Elle n'a aucun fondement dans le Code; disons mieux, elle résiste au texte de nos lois qui nous représentent partout la vente publique comme la fin de l'hypothèque (1). Dans l'état actuel des choses, le créancier premier en rang n'a pas plus que les autres le droit de se mettre en possession : il n'a de préférence que sur le prix.

Il existe plusieurs arrêts qui ont décidé dans des espèces analogues, qu'un créancier hypothécaire ne pouvait se prévaloir de la convention qui l'autorisait à faire vendre la chose hypothéquée sans *solennités extérieures* (2).

Cependant si la convention avisant aux moyens d'abréger les formalités et d'épargner les frais, permettait une voie plus simple que l'expropriation forcée, mais présentant les mêmes garanties de publicité, il y a lieu de croire qu'elle devrait être respectée. C'est ce qu'a jugé la cour de Trèves, par arrêt du 15 avril 1813 (3). Beaucoup de notaires en passant des contrats hypothécaires, y insèrent pour stipulation expresse que le créancier aura droit de faire vendre la chose hypothéquée aux enchères, pardevant un notaire, avec cahier des charges, affiches, et adjudication préparatoire et définitive. C'est ce qui a lieu presque

(1) Art. 2088, et *infrà*, n° 805.

(2) Liége, 3 décembre 1806 (Dal., Nantissement, p. 405). Turin, 21 juillet 1812 (idem).

(3) Dal., Hyp., p. 406, n° 3.

toujours dans le ressort de la cour royale de Bordeaux; mais il est douteux qu'une telle clause pût être opposée à d'autres créanciers inscrits à qui elle n'aurait pas été imposée, et qui n'y auraient pas été partie. Ils pourraient se prévaloir du préjudice que leur cause l'omission de la formalité prescrite par l'art. 695 du Code de procédure civile, qui les appelle à la poursuite en expropriation forcée, et leur permet d'en surveiller la marche pour que l'immeuble soit porté à sa plus haute valeur.

Dans tous les cas, lorsqu'il y a un *tiers détenteur* de l'immeuble hypothéqué, il est certain que tous ces moyens concertés entre le vendeur et ses créanciers ne peuvent lui être opposés, et qu'on ne peut le dépouiller que par la voie de *l'expropriation forcée* (1).

ARTICLE 2170.

Néanmoins le tiers détenteur, qui n'est pas personnellement obligé à la dette, peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des

(1) M. Persil, 2167, n° 13. Delvinc., t. 3, p. 172, note 1. M. Dalloz, Hyp., p. 332.

principaux obligés, et en requérir la discussion préalablement selon la forme réglée au titre du cautionnement. Pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué.

SOMMAIRE.

796. De l'exception de discussion. Son origine. Ancienne jurisprudence. Droit intermédiaire. Code civil.

797. Pour demander la discussion, il ne faut pas être débiteur personnel. Cas à cet égard.

798. Si les héritiers du débiteur peuvent demander la discussion.

799. L'exception de discussion n'a pas lieu contre l'action d'interruption, ni contre l'hypothèque spéciale. *Quid* dans le cas où l'hypothèque a été contractée avec pacte que le créancier ne serait pas soumis à la discussion?

800. Pour opposer l'exception, il faut que le débiteur ait en main d'autres biens hypothéqués à la même créance.

800 *bis*. Il faut, outre le principal obligé, discuter les cautions et certificateurs de caution. Dissentiment avec M. Dalloz.

801. De la forme de la discussion.

802. Pendant la discussion, il est sursis à la poursuite hypothécaire. Exception proposée.

802 *bis*. La discussion faite par l'un des créanciers profite aux autres créanciers et nuit aux autres tiers détenteurs.

803. Autres exceptions contre la poursuite. Exception pour améliorations. Renvoi.

804. Exception tirée de l'hypothèque préférable que le tiers détenteur a sur l'immeuble. Raisons qui doivent la faire rejeter. Caution que le tiers détenteur pourrait cependant exiger.

805. Exception tirée de ce que le tiers détenteur aurait payé des créanciers premiers en rang jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble. On ne doit pas l'admettre, malgré Henrys et Bretonnier.

806. De l'exception de garantie.

807. De l'exception *cedendarum actionum*.

COMMENTAIRE.

796. Notre article s'occupe de l'exception de discussion que le tiers détenteur peut opposer au créancier qui le poursuit. Elle a pour but de renvoyer le créancier poursuivant à se faire payer par les débiteurs personnels, avant d'attaquer les possesseurs et tiers détenteurs qui ne sont tenus qu'à cause de la chose. On a pensé que les obligations personnelles, étant plus étroites, doivent être épuisées, avant d'inquiéter ceux qui sont tenus d'un lien moins rigoureux. « Ne tertius possessor, dit Huberus (1), ob alienum debitum re possessâ spolietur. »

Cette exception a son fondement dans la novelle 4 (2), « sed neque ad res debitorum,

(1) Prælect. sur le D., *De pignorib.*, n° 9.

(2) Par le droit ancien, le créancier paraît n'avoir pas été soumis à l'exception de discussion. Après qu'il avait mis le débiteur en demeure de payer par une sommation, il était maître d'actionner à son gré ou le débiteur principal, ou les cautions, ou d'agir sur les hypothèques (L. 24, C., *De pign.*, L. 10 C., *eod.*). Par le droit nouveau, le créancier conserva bien cette élection, mais ce ne fut que tant que le débiteur possédait la chose. Que si le débiteur l'avait aliénée, alors, par la novelle 4, le créancier ne put poursuivre les tiers détenteurs qu'après avoir

» *quæ ab aliis detinentur*, veniat priùs creditor, » antequàm transeat viam super personalibus » contrà *mandatores et fidejussores et sponsores;* » idem enim est dicere, vel si quosdam habuerint » homines ipsis sibimet obligatos, et qui hypo- » thecariis actionibus sibi teneri possint (1). » Sur quoi l'on peut voir Cujas dans son expositon des novelles et dans ses Observations (2).

Toutes les coutumes françaises n'avaient pas été aussi favorables aux tiers détenteurs. Plusieurs avaient rejeté le bénéfice de discussion, telles que Cambray, Perche, Auvergne, Marche, Anjou, Dourdan, etc. (3); d'autres ne le rejetaient que pour les rentes constituées avec hypothèque spéciale (4); d'autres au contraire l'avaient admis sans distinction conformément au droit romain (5), telles que Clermont, Auxerre, Châlons, Sedan.

Néanmoins Loyseau enseigne que le droit commun était qu'il fallait discuter l'obligé principal, et que la novelle quatre devait être suivie dans les coutumes muettes, comme étant plus conforme à l'équité (6).

discuté le débiteur principal et ses cautions. (Voët, lib. 20, t. 4, n° 3.)

(1) Cap. 2.

(2) Liv. 8, c. 19. Voyez de plus la glose de Godefroy. Despeisses, t. 1, p. 403, n° 5. Voët, liv. 20, t. 4, n° 3.

(3) Loyseau, liv. 3, ch. 8, n° 1.

(4) Orl., art. 436.

(5) Coquille, Niv., sur l'art. 3 du t. 7. Pothier, sur l'article 436 d'Orléans, et introd., t. 20, n° 35.

(6) Liv. 3, ch. 8, n°s 5 et 6.

La loi de brumaire an VII avait aboli la discussion (1); cette abolition peut s'expliquer par ce qui se pratiquait dans les pays de nantissement. Loyseau nous apprend que, sous l'empire des coutumes de nantissement, le bénéfice de discussion n'avait pas lieu, par la raison que le créancier était considéré comme ayant en quelque manière la possession de la chose, au moyen des formalités requises pour le nantissement. Or, ayant une possession feinte et civile de la chose, on ne pouvait le repousser du droit de suite par l'exception de discussion, l'aliénation faite par le débiteur n'ayant pu le déposséder (2).

Les formalités de l'inscription ont beaucoup de rapport avec celles du nantissement (3). On pouvait les considérer dès lors comme constituant au profit du créancier une sorte de prise de possession qui excluait toute exception dilatoire. Quoi qu'il en soit, le Code civil a rétabli l'exception de discussion. Nous allons voir dans quels cas et sous quelles conditions on peut s'en prévaloir.

797. D'abord, celui qui est *personnellement* obligé à la dette ne peut demander la discussion. L'action personnelle, se trouvant jointe à l'hypothèque, produit une obligation *plus prégnante et*

(1) Arrêt de la cour de cassation du 16 décembre 1806 (S. 7. 2. 902). Cet arrêt décide que, sous le Code, on ne peut opposer l'exception de discussion à des poursuites commencées sous la loi de brumaire an 7. Grenier, t. 2, p. 56.

(2) Liv. 3, ch. 8, n° 11. Despeisses, t. 1, p. 404, *secundo*.

(3) *Suprà*, n° 558.

plus prompte, comme dit Loyseau (1). De là, la maxime de Bartole, « *quoties personalis actio cum* » *hypothecaria concurrit, nec divisioni nec discus-* » *sioni locus est.* »

Ainsi, si le tiers détenteur avait contracté une obligation personnelle envers le créancier, si par exemple, en vertu d'une clause du contrat d'acquisition acceptée pas les créanciers inscrits, il se fût soumis à payer les dettes inscrites, il est certain qu'il ne pourrait opposer l'exception de discussion.

De même, si le détenteur possédait comme acquéreur de droits successifs; si, étant donataire, une clause de la donation le chargeait de l'acquittement des dettes, on ne peut douter qu'il ne fût pas recevable à opposer le bénéfice de discussion.

La cour de cassation a même décidé que le tiers détenteur qui, hors la présence du créancier, s'était engagé avec le vendeur à servir les rentes hypothéquées sur l'immeuble, était personnellement engagé dans le sens de l'art. 2172, et ne pouvait pas délaisser (2). En appliquant cette décision à l'espèce, on doit dire qu'il ne pourrait pas opposer le bénéfice de discussion, et c'est ce que décide Loyseau (3), par la raison que, le vendeur ayant recours contre l'acquéreur, il ne serait pas juste que ce dernier pût demander que celui qui

(1) *Loc. cit. Junge* Favre, C. lib. 2, t. 39, déf. 14. Basnage, C. 14.

(2) 21 mai 1807. S. 7. 1. 278. Rép., Délaissement.

(3) Liv. 3, ch. 8, n° 14, et ch. 2, n° 6.

a recours contre lui fût discuté avant lui (1). Favre est du même avis : écoutons le parler : « Qui » emit a debitore eâ lege, ut pretii partem sol- » veret certo pignoratitio creditori, si postea con- » veniatur hypothecaria, non habet beneficium » excussionis. Licet enim ea conventio, tanquam » inter alios facta, nullum jus *creditori ignoranti* » adquirere potuerit, prodest tamen ad constituen- » dum emptorem in malâ fide, ne exceptionem » possit objicere, quæ non tam summo jure niti- » tur quam æquitate (2). »

Mais si le tiers détenteur n'est pas obligé personnellement, il peut opposer la discussion. Dans cette classe sont ceux qui possèdent l'immeuble à titre de vente ou d'échange pur et simple, de donation à titre particulier, de legs particulier. Je reviendrai là dessus dans mon commentaire sur l'art. 2172.

798. A l'égard de l'héritier du débiteur, on sait qu'il n'est tenu *personnellement* que pour sa part et portion. Ce qui peut faire naître la question de savoir si, ayant payé sa part et portion, il pourrait pour le surplus opposer l'exception de discussion.

Il résulte des principes professés par Loyseau, que l'héritier ne peut en aucun cas délaisser, et que par conséquent, il ne peut s'opposer à la vente de l'héritage par l'exception de discussion (3).

(1) Despeisses, t. 1, p. 404.

(2) Code, lib. 8, t. 6, déf. 33. V. cependant *infrà*, 813, l'opinion contraire de M. Delvincourt.

(3) Liv. 3, ch. 8, n° 13, et ch. 2, n° 4.

« Faut pareillement observer, que cette discus-» sion, qui a été introduite en faveur du possesseur » étranger, n'a point lieu à l'égard de l'un des hé-» ritiers de l'obligé, qui quant et quant serait dé-» tempteur de la chose hypothéquée, bien qu'il » offrît de payer, même qu'il eût payé à part sa » portion héréditaire. » Il paraît que cette doctrine était en vogue du temps de Loyseau. C'est de plus celle de Favre (1) et de Despeisses (2).

On la trouve reproduite dans les ouvrages de Pothier (3), ce qui me paraît étonnant : car ce jurisconsulte, d'accord avec Lebrun (4), enseigne formellement, contre l'opinion de Loyseau, que l'héritier qui a acquitté la part de la dette dont il est personnellement tenu, peut, suivant la nature de l'action hypothécaire, se décharger du surplus par l'abandon des immeubles auxquels il a succédé, et qui y sont hypothéqués. Il résulte bien clairement de ces principes, qui sont ceux qu'on doit suivre aujourd'hui, que, pour ce surplus, l'héritier est considéré comme un véritable tiers détenteur (5); de là, la conséquence qu'il peut opposer l'exception de discussion, tout aussi bien qu'un étranger, et renvoyer le créancier à dis-

(1) Cod., lib. 8, t. 21, déf. 1.
(2) T. 1, p. 404.
(3) Orl., t. 20, n° 35, et Hyp.
(4) Success., p. 608, n° 33.
(5) C'est ce qu'a décidé un arrêt de la cour de cassation du 26 vend. an XI, qui reconnaît à l'héritier le droit de délaisser. Denev., an XI, 1, 88.

cuter les immeubles de la succession possédés par les autres héritiers; car s'il est tiers détenteur pour délaisser, alors qu'il a payé sa part, pourquoi ne serait-il pas tiers détenteur pour opposer l'exception de discussion? c'est l'opinion de M. Chabot (1) et de M. Grenier (2); mais M. Dalloz (3) adopte l'opinion contraire. Je lui ferai la même objection que je faisais tout-à-l'heure à l'opinion de Pothier. Car M. Dalloz admet, comme Pothier, que l'héritier qui a payé sa part et portion est, pour le surplus, un tiers détenteur *non obligé personnellement* (4) qui peut délaisser.

Vainement dit-il que si l'exception de discussion était opposée par les héritiers, ce serait un moyen de renvoyer le créancier de l'un à l'autre. Cela est vrai; mais ce ne serait qu'à la charge que chacun payât sa part, d'où résulterait que dans un tel circuit le créancier obtiendrait, en fin de compte, son paiement intégral.

799. L'exception de discussion n'a pas lieu contre l'action en déclaration d'hypothèque, ou autrement dite d'interruption (5). Elle n'a d'utilité que pour empêcher la vente forcée.

Elle n'a pas lieu non plus en cas d'hypothèque

(1) Sur l'art. 873 du Code civil.
(2) T. 1, p. 359, n° 173.
(3) Hyp., p. 349, n° 4.
(4) Hyp., p. 342, n° 2.
(5) Loyseau, liv. 3, ch. 8, n° 15. Cassat., 2 mars 1830 (Dal., 30, 1, 149).

spéciale, ce que j'expliquerai plus amplement sous 2171.

Quelques uns ont pensé que l'exception de discussion n'a pas lieu non plus, lorsque l'hypothèque a été constituée à la charge que le créancier ne serait pas tenu à la discussion d'autres biens.

Mais c'est une erreur réfutée par Favre (1). La renonciation du débiteur à la discussion ne peut préjudicier à l'acquéreur qui n'était pas partie à cette renonciation. Nul ne peut renoncer qu'à un droit introduit en sa faveur. Or, le bénéfice de discussion n'a pas été introduit en faveur du débiteur; c'est un secours accordé au tiers détenteur : lui seul peut donc y renoncer (2).

800. Notre article veut que l'exception de discussion ne puisse avoir lieu que lorsque le principal ou les principaux obligés ont dans leur possession d'autres immeubles hypothéqués à la même dette.

Ainsi, deux conditions sont requises pour qu'il y ait lieu à l'exception de discussion.

La première, que les biens sur lesquels on renvoie le créancier à se pourvoir, soient hypothéqués à la même dette que celle qui donne lieu à la poursuite hypothécaire contre le tiers détenteur. Si le débiteur principal n'avait que des biens *non hypothéqués*, on ne pourrait renvoyer le créancier à les faire vendre préalablement. La

(1) *De errorib. pragmat.* error. 6, decad. 5.

(2) Loyseau, liv. 3, ch. 8, nos 21, 22. Pothier, Orl., t. 20, no 35.

raison en est que le produit de cette vente ne lui est pas attribué par préférence, et que, ne pouvant y venir que par concours avec les autres créanciers chirographaires, il a bien plus d'intérêt à faire saisir l'immeuble qui lui est affecté, et sur lequel il n'a pas de rivalité à redouter.

La seconde condition est que les biens hypothéqués sur lesquels on renvoie le créancier poursuivant à se venger, soient encore en la possession du débiteur (1); car s'ils étaient entre les mains d'autres détenteurs, il n'y aurait pas lieu à discussion. Ces autres détenteurs opposeraient à leur tour l'exception dilatoire de discussion, en sorte que le créancier ne trouverait plus personne pour lui répondre.

800 *bis*. Il ne suffit pas de discuter le principal obligé : on doit aussi discuter ses cautions et même le certificateur de la caution, qui se sont obligés hypothécairement à la dette, et qui sont en possession des immeubles grevés de l'hypothèque (2).

C'est ce qu'enseignent Favre (3), Loyseau (4), Despeisses (5); et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la

(1) Papon, Arrêts, liv. 11, t. 10. Chopin, *De morib. paris.*, lib. 3, t. 2, no 2. Favre, *De errorib. pragm.*, part. 1, decad. 5, error. 9. Guypape, quæst. 432. Despeisses, t. 1, p. 404. Pothier, Orléans, t. 20, no 37.

(2) *Auth. hoc si debitor.* C. *de pignorib.*

(3) C., lib. 8, t. 6, déf. 32.

(4) Liv. 3, ch. 8, nos 6, 7, 8.

(5) T. 1, p. 403, 404.

chambre de l'Edit de Castres du 11 septembre 1636 rapporté par ce dernier auteur.

M. Dalloz voudrait que l'on suivît sous le Code civil une opinion différente : il se fonde sur ces mots de notre article « *dans la possession du principal ou des principaux obligés.* » Or, dit-il, ces expressions ne s'appliquent qu'à des co-débiteurs solidaires et non à des fidéjusseurs.

Cette doctrine me paraît inadmissible. La pensée du législateur a été de faire porter les poursuites en premier ordre sur ceux qu'un lien *personnel* rend obligés du créancier, afin d'épuiser les moyens de contrainte sur les débiteurs qui, étant tenus en même temps *hypothécairement et personnellement*, sont plus étroitement engagés que ceux qui ne sont tenus que comme *tiers détenteurs*. C'est en ce sens que la loi entend parler des *principaux obligés*. Elle met les tiers détenteurs en face des obligés personnels et hypothécaires, et elle donne à ceux-ci la qualification d'obligés *principaux*, parce qu'en effet le lien principal, qui est le lien *personnel*, pèse sur eux, tandis que les autres n'ont qu'une obligation accessoire comme tiers détenteurs (1).

(1) C'est en ce sens que la chose a toujours été comprise. Je lis dans les Prélections d'*Huberus* le passage suivant, où l'on voit la qualification de *principal débiteur* donnée à la caution : « Si debitor ejusque hæredes non extent, priusquam » tertius possessor excutiatur, fidejussores conveniendi sunt, » qui scilicet ut *principales* debitores sunt obligati, et actio- » nem *principalem* participant..... » *De pign. et hyp.*, n° 9, p. 1033.

801. Maintenant voyons la forme de la discussion.

D'abord, l'exception de discussion doit être requise par le tiers détenteur : le juge ne peut l'ordonner d'office; et comme elle est purement dilatoire, elle doit être proposée *sur les premières poursuites* (art. 2022 du Code civil (1).)

Qu'entend-on par première poursuite ? C'est la sommation faite au tiers détenteur de délaisser ou de payer, parce que, comme nous l'avons vu ci-dessus, cette sommation tient lieu de commandement, et sert de point de départ à la poursuite en expropriation (2).

Néanmoins, rien n'empêcherait le tiers détenteur d'opposer, avant tout, la nullité de la poursuite, si en effet elle était entachée de quelque vice; car l'exception de discussion étant un obstacle à la poursuite, il s'ensuit qu'il n'est nécessaire d'y recourir, qu'autant que la poursuite est régulière. Par la même raison, on pourrait opposer, avant l'exception de discussion, le défaut de qualité dans le poursuivant (3).

Le tiers détenteur doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers

(1) Loyseau, ch. 8, liv. 3, n° 26.

(2) N° 790.

(3) On peut consulter, sur le rang à suivre dans les exceptions qu'on a droit d'opposer, *Hilligerus*, commentateur de *Donellus* (Doneau), lib. 22, cap. 8, note 24. Cette matière des exceptions est fort imparfaitement traitée dans nos auteurs. Mais ce n'est pas le lieu de s'en occuper ici.