

suffit donc que les mineurs lui soient sujets et domiciliés dans son territoire, et il n'est pas nécessaire que ceux à qui elle défère la garde le soient pareillement.

Un gardien-noble, Parisien, peut-il avoir la jouissance des héritages de la succession du prédécédé, situés dans notre coutume? Il faut distinguer, si les coutumes où les biens sont situés ont la même disposition que la coutume de Paris, le gardien-noble en aura la jouissance. *Par exemple*, le gardien-noble, Parisien, aura la jouissance des héritages de la succession du prédécédé situés dans le bailliage d'Orléans; ce ne sera pas à la vérité en vertu de la coutume de Paris, qui, étant à cet égard un statut réel, ne peut exercer son empire que sur les héritages situés dans son territoire; mais ce sera en vertu de la coutume d'Orléans, qui attribue cette jouissance au gardien-noble, et il n'importe que ce soit la coutume de Paris et non celle d'Orléans qui l'ait fait gardien-noble; car la coutume d'Orléans attribuant cette jouissance au gardien-noble, il suffit qu'il le soit pour l'avoir.

Que si les héritages sont situés dans un pays dont les lois ne connoissent pas le droit de garde-noble, comme est le pays de droit écrit, le gardien-noble n'en aura pas la jouissance; car il ne peut l'avoir ni de la coutume de Paris, qui ne peut le donner que sur les héritages situés dans son territoire et sujets à son empire, ni de la loi du pays de droit écrit, qui, ne connoissant point le droit de garde-noble, n'attribue point cette jouissance au gardien-noble.

Si la coutume du lieu où les héritages sont situés

admet un droit de garde-noble, seulement à l'égard du survivant du père ou de la mère des mineurs, telle qu'est celle du Maine, l'aïeul gardien-noble des mineurs, Parisiens, ne pourra pas prétendre la jouissance de ces héritages ; car elle ne lui est accordée, ni par la coutume de Paris, qui n'a point d'empire sur les héritages situés hors son territoire, ni par celle du lieu où ils sont situés, qui, ne reconnoissant point la garde-noble des aïeuls, n'attribue pas cette jouissance à l'aïeul, gardien-noble.

Pareillement, si les héritages de la succession du prédécédé sont des héritages en roture qui soient situés dans une coutume qui n'accorde au gardien que la jouissance des héritages féodaux, telles que sont celles de Vermandois et de Melun, le gardien-noble, Parisien, ne pourra prétendre la jouissance de ces héritages, parceque la coutume de Paris ne peut donner la jouissance des héritages situés hors son territoire, et la coutume du lieu où ils sont situés ne la donne pas.

Au contraire, *vice versâ*, le gardien-noble des mineurs de Melun peut avoir la jouissance des héritages en roture situés dans les coutumes de Paris et d'Orléans, quoique la coutume de Melun, qui la lui a déferée, la restreigne aux héritages féodaux ; car les coutumes de Paris et d'Orléans, à qui il appartient de donner cette jouissance des héritages situés dans leur territoire, la donnent au gardien-noble, et par conséquent à lui qui est effectivement gardien-noble.

Un père noble, Parisien, qui n'a pas encore accepté en jugement la garde-noble de ses mineurs, peut-il prétendre la jouissance des héritages situés dans la

coutume d'Orléans, qui ne requiert aucune acceptation expresse? Non; car pour que ce père puisse prétendre la jouissance des héritages situés en la coutume d'Orléans, il faut qu'il soit gardien; cette coutume donne bien la jouissance de ces héritages à celui qui est gardien-noble, mais elle ne peut donner la garde de ces mineurs, Parisiens, sur lesquels elle n'a point d'empire, le père ne la peut tenir que de la coutume de Paris, à laquelle les mineurs sont sujets, et il ne peut, par conséquent, l'avoir plutôt qu'en l'acceptant en jugement, la coutume de Paris ne la donnant que sous cette condition.

Contra vice versâ. Un gardien-noble de mineurs, Orléanois, peut jouir même des héritages situés à Paris, sans qu'il soit besoin qu'il accepte en jugement la garde; car il suffit que la coutume, qui ne requiert point cette acceptation, l'ait rendu de plein droit gardien-noble, pour qu'il ait droit à cette jouissance, que la coutume de Paris, où les héritages sont situés, accorde au gardien-noble.

Les différens temps réglés par les différentes coutumes donnent aussi lieu à des questions. *Par exemple;* la garde-noble d'un garçon dure à Paris et à Orléans jusqu'à 20 ans; à Tours seulement jusqu'à 18. Le gardien-noble d'un mineur, Tourangeau, jouira-t-il des héritages de Paris après que son mineur aura accompli 18 ans? Non; car il a cessé d'être gardien, le droit de garde, que la coutume de Tours lui a donné, finissant à 18 ans.

Vice versâ. Un gardien-noble de mineurs, Orléanois, jouira-t-il jusqu'à 20 ans des héritages situés en Tou-

raine? Non; car encore bien qu'il soit gardien jusqu'à cet âge, la coutume de Tours, à qui seule appartient d'accorder cette jouissance sur les héritages situés en son territoire, ne l'accorde pas après l'âge de 18 ans, ne reconnoissant plus de garde après cet âge passé.

Par la même raison, un gardien-noble de mineurs, Orléanois, qui s'est remarié, ne jouira pas des héritages situés à Paris, quoique la coutume d'Orléans ne fasse pas perdre la garde-noble par le mariage; car celle de Paris, à qui appartient d'accorder la jouissance des héritages situés en son territoire, en prive le gardien qui s'est remarié.

Vice versâ. Un gardien-noble, Parisien, qui s'est remarié, ne jouira pas même des héritages situés dans la coutume d'Orléans, quoiqu'elle ne fasse pas perdre la garde par le mariage, parceque la coutume de Paris, de qui il tient le droit de garde, ne le lui ayant donné que sous la condition de ne se point remarier, il a perdu ce droit en se remarquant, et il a cessé d'être gardien; il ne peut, par conséquent, prétendre une jouissance que la coutume d'Orléans accorde aux gardiens.

Il nous reste à observer que la translation de domicile que fait le survivant depuis la mort du prédécédé ne dérange rien par rapport à la garde; c'est pourquoi, si le père noble de mineurs, Lyonnais, va, après la mort de sa femme, établir son domicile à Paris, il n'acquiert pas, par cette translation de domicile, le droit de garde-noble, même par rapport aux héritages situés à Paris; car la coutume de Paris ne défère ce droit qu'au temps du prédécès de la femme.

Vice versâ. Le gardien-noble, Parisien, ne perd pas

la garde en allant s'établir à Lyon, où il n'y a pas de garde, ou dans un pays où elle finit plus tôt qu'à Paris; car l'ayant une fois acquise, il doit la conserver telle, et pour le temps qu'elle lui a été donnée.

FIN DU TRAITÉ DE LA GARDE-NOBLE
ET BOURGEOISE.

TRAITÉ

DU PRÉCIPUT LÉGAL

DES NOBLES.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

La coutume de Paris, en l'art. 238, sous le titre de la communauté, accorde un préciput au survivant des deux conjoints nobles. Voici les termes dans lesquels est conçue sa disposition :

« Quand l'un des deux conjoints nobles, demeurant
« tant en la ville de Paris que dehors, et vivant noble-
« ment, va de vie à trépas ; il est en la faculté du sur-
« vivant de prendre et accepter les meubles étant hors
« la ville et fauxbourgs de Paris, sans fraude : auquel
« cas il est tenu payer les dettes mobilières, et les ob-
« séques et funérailles d'icelui trépassé, pourvu qu'il
« n'y ait enfants, et s'il y a enfants, partissent par moi-
« tié. »

Un grand nombre d'autres coutumes ont pareille disposition, et entre autres Montargis, voisine de la nôtre.

Il faut examiner en détail, quand il y a ouverture au préciput légal des nobles, quelles sont les personnes à qui la coutume accorde ce droit, et en quel cas ; en quoi il consiste, et quelles en sont les charges ?

ARTICLE PREMIER.

Quand y a-t-il ouverture au préciput légal des nobles, à quelles personnes les coutumes l'accordent-elles, et en quel cas.

Par ces termes de la coutume : *Quand l'un des deux conjoints va de vie à trépas*, il paroît que c'est la mort du prédécédé des deux conjoints qui donne ouverture à ce préciput au profit du survivant. Ces termes : *va de vie à trépas*, désignent la mort naturelle ; la mort civile de l'un des conjoints ne donne donc pas ouverture à ce préciput ; il a cela de commun avec tous les gains de survie, qu'il n'y a que la mort naturelle seule qui y donne ouverture.

C'est pourquoi, si l'un des deux conjoints est condamné à une peine capitale, il faudra attendre sa mort naturelle pour qu'il y ait ouverture à ce préciput au profit de l'autre. Si au contraire celui qui n'a pas été condamné mouroit le premier, il n'y auroit aucune ouverture à ce préciput, le survivant s'en trouvant incapable par sa mort civile.

Comme c'est au temps du prédécès de l'un des deux conjoints que la coutume de Paris ou les autres coutumes semblables accordent au survivant ce droit de préciput, il faut que les conjoints se soient trouvés en ce temps soumis à l'empire desdites coutumes, et par conséquent il faut qu'ils y aient eu en ce temps leur domicile.

C'est pourquoi si, lors de la mort du prédécédé, le domicile des conjoints étoit dans le territoire de la

coutume d'Orléans, qui n'accorde point ce préciput; quoique les conjoints eussent leur domicile à Paris lors de leur mariage, il n'y aura pas lieu à ce préciput, à moins qu'il n'y eût clause au contrat de mariage qu'il auroit lieu nonobstant translation de domicile: et en ce cas c'est la convention et non la loi qui l'accorde.

Contrà vice versâ. Si lors de la mort du prédécédé le domicile des conjoints étoit à Paris, quoiqu'il eût été à Orléans lors de leur contrat de mariage, il y aura lieu au préciput, à moins qu'il ne parût de la fraude dans la prétendue translation de domicile. *Putà*, si le mari avoit fait cette prétendue translation pendant la dernière maladie de sa femme.

Ce préciput n'a lieu qu'entre nobles, car la coutume dit: *Quand l'un des deux conjoints nobles.* Ce terme paroît comprendre, non seulement les nobles de naissance, mais aussi ceux qui le sont par un office qui donne à ceux qui en sont revêtus une noblesse transmissible. Il n'est pas nécessaire que la femme soit par elle-même noble, plusieurs coutumes s'en expliquent; car son mariage avec un noble la rend noble.

Contrà vice versâ. Si le mari n'étoit pas noble, sa veuve, quoiqu'elle soit noble, n'aura pas ce préciput, car elle suit, quant aux droits de son mariage, la condition de son mari. Et la coutume dit: *quand l'un des deux conjoints nobles*, au pluriel; ce qui suppose la noblesse dans l'un et l'autre conjoint. La coutume de Paris ajoute, *et vivant noblement*; car si un homme noble de naissance faisoit une profession dérogeante à noblesse, il ne pourroit pas prétendre ce préciput.

Il y a néanmoins quelques coutumes qui accordent ce préciput aux nobles de naissance, quoique vivant roturièrement, comme Châlons, art. 29.

Un aubain demeurant en France peut-il prétendre ce préciput? Je ne le pense pas; car ce préciput n'étant dû en vertu d'aucune convention même virtuelle et présumée, mais par le bénéfice du droit civil, il ne peut être prétendu par un aubain, *qui solius juris gentium communionem habet non juris civilis*.

Pour qu'il y ait lieu au préciput, il faut qu'il y ait eu communauté de biens entre les conjoints, et qu'elle n'ait pas été dissoute avant la mort du prédécédé. Le texte de la coutume ne le dit pas bien clairement; mais c'est l'avis de tous les commentateurs de cette coutume, et de Dumoulin, dont l'autorité vaut seule celle de tous les autres. C'est pour cela qu'ils appellent ce droit du survivant un préciput, ce qui suppose une communauté de biens, car préciput est ce qui se prélève d'une masse commune. On peut même dire que la coutume de Paris l'insinue assez, parceque sa disposition est placée sous le titre de la communauté, d'où il résulte que ce droit est un prélèvement sur la communauté; elle l'insinue aussi par ces termes dont elle se sert, *peut prendre*. Ce terme de *prendre* dénote un prélèvement, et ce qu'elle ajoute enfin de l'article, que *s'il y a enfants, les meubles se partiront*, suppose une communauté.

Lorsque les héritiers de la femme renoncent à la communauté, il est évident que ce préciput devient inutile au mari, puisque, par cette renonciation, tous les meubles de la communauté demeurent au mari;

mais si c'est la femme qui a survécu, et qu'elle renonce à la communauté, aura-t-elle ce préciput? Je ne le pense pas; car, de même que le préciput conventionnel ne peut être prétendu par la femme qui renonce à la communauté, s'il ne lui a été expressément accordé, en cas de renonciation, par le contrat de mariage; on doit pareillement dire que ce droit du survivant, qui est regardé comme un droit de préciput, et appelé tel par les auteurs, ne peut être prétendu par la femme qui renonce; en effet, la renonciation que fait une femme à la communauté, soit pour n'être pas tenue des dettes, soit pour reprendre sa mise, dont elle s'est réservée la reprise en cas de renonciation, emporte une abdication de tous ses droits sur les biens de la communauté, et par conséquent de ce préciput, qui s'exerce sur les biens de la communauté. C'est l'avis de Lebrun et de Duplessis, dont Lemaître s'est mal à propos écarté.

Si, par une clause du contrat de mariage, la femme est restreinte à une certaine somme pour tout droit de communauté, pourra-t-elle, en cas de survie, prétendre ce préciput? Je ne le pense pas; car ce préciput, se prenant sur les biens de la communauté, compose, aussi bien que la part qu'elle auroit pu prétendre en la communauté, son droit de communauté qu'elle a abandonné pour cette somme.

Enfin, pour qu'il y ait lieu au préciput, il faut que le prédécédé n'ait point laissé d'enfants; c'est ce qui résulte de ces termes : *pourvu qu'il n'y ait d'enfants*.

Quoique la coutume s'explique au pluriel, *enfants*, néanmoins un seul suffit pour exclure le survivant de

ce préciput, suivant cette règle de droit : *Non est sine liberis cui vel unus filius est.*

Les petits-enfants sont compris en cette disposition sous le terme d'*enfants*.

Il n'importe aussi que l'enfant que le prédécédé a laissé soit de ce mariage ou d'un précédent, pour exclure le survivant de ce préciput.

Si l'enfant que le prédécédé a laissé renonçoit à sa succession, le survivant auroit-il ce préciput? La raison de douter est que l'enfant, au moyen de sa renonciation, n'ayant plus d'intérêt à empêcher que le survivant ait ce préciput, il semble ne devoir plus lui faire obstacle. Néanmoins je pense que le survivant ne doit point, en ce cas, avoir ce préciput; car il suffit que cet enfant ait survécu et ait été habile à succéder au prédécédé, pour que la succession de la part du prédécédé dans le mobilier de la communauté ainsi que de tous les autres biens du prédécédé lui ait été déférée. Et si cette part lui a été déférée dans la succession du prédécédé, elle demeure dans cette succession par la répudiation qu'en fait le prédécédé, et le survivant ne peut par conséquent la prétendre.

Que, si cet enfant étoit exhéredé justement, comme, en ce cas, la succession ne lui auroit point été déférée, on pourroit penser qu'en ce cas il n'a pu faire obstacle au préciput du survivant. A l'égard des enfants qui sont morts civilement, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation capitale, il est sans difficulté qu'ils ne peuvent être considérés ni faire obstacle au préciput.

Si le prédécédé n'a laissé aucun enfant, mais que

Le survivant en ait d'un autre mariage, Lebrun prétend que le survivant n'aura pas ce préciput. Il pense qu'il est de l'essence de ce préciput d'être réciproque, et conséquemment que le prédécédé n'ayant pu en espérer dans le cas auquel il auroit survécu, parce que l'autre conjoint avoit des enfants, cet autre conjoint survivant n'en devoit point avoir. Ce sentiment de Lebrun est réfuté par son annotateur, qui soutient que la coutume, par cette condition, *pourvu qu'il n'y ait enfants*, n'a eu d'autre vue que de préférer au survivant les enfants du prédécédé à la part des meubles de celui-ci; que cela paroît par le texte de l'ancienne coutume, qui portoit : *pourvu qu'il n'y ait enfants du trépassé*, et par le procès-verbal sur cet article qui ne fait pas mention qu'on ait voulu établir un droit nouveau par le retranchement de ces mots *du trépassé*. D'où il suit qu'ils n'ont été retranchés que pour l'élégance du style, pour ne pas répéter deux fois *du trépassé*; et que, dans la nouvelle coutume comme dans l'ancienne, il n'y a que les enfants du prédécédé, et non ceux du survivant, qui fassent obstacle à ce préciput. Quant à ce que Lebrun dit qu'il doit y avoir égalité, qu'il est de l'essence du préciput d'être réciproque, la réponse est que cela n'est nullement fondé.

Dumoulin, sur l'ancienne coutume, avoit pensé que le père ou la mère du prédécédé, en qualité de son héritier au mobilier, devoit aussi faire obstacle au préciput; mais il paroît que son sentiment n'a pas été suivi.

ARTICLE II.

Quelles choses comprend ce préciput.

Ce préciput comprend tous les meubles corporels; l'argent comptant y est compris, car il n'est pas douteux que l'argent comptant est un meuble.

La coutume de Paris n'en excepte que ceux qui seroient dans la ville ou faubourgs de Paris, car elle dit: *les meubles étant hors la ville et faubourgs de Paris.*

La raison de cette exception, qui a été faite lors de la réformation, a été que le luxe, qui s'étoit déjà introduit à Paris, auroit rendu souvent ce préciput un avantage trop considérable.

Au reste, à l'exception des meubles étant dans la ville et faubourgs de Paris, tous les autres, quelque part qu'ils se trouvent, sont compris dans le préciput, même ceux qui se trouveroient dans des lieux dont les coutumes n'accordent point ce préciput au survivant; car les meubles n'ayant aucune situation, ne se régissent pas par la loi du lieu où ils se trouvent, mais par celle qui régit les personnes à qui ils appartiennent, c'est-à-dire celle de leur domicile.

Observez que si des meubles qui avoient coutume d'être dans la maison que les conjoints occupent à Paris s'étoient trouvés, lors de la mort du prédécédé, dans un autre lieu où ils auroient été transportés, ils ne laisseroient pas d'être exceptés du préciput, comme s'ils étoient encore à Paris; si ce transport paroisoit frauduleux et fait à dessein de le faire tomber dans le préciput, comme, par exemple, si ce transport s'étoit

fait pendant la dernière maladie du prédécédé, c'est ce que signifient ces termes de la coutume : *étant hors la ville et fauxbourgs de Paris, sans fraude.*

Il y a plus, quand même des meubles qui ont coutume d'être à Paris se seroient trouvés, lors du prédécès, dans un autre lieu où ils auroient été transportés sans aucune fraude ni dessein de les faire entrer dans le préciput, mais dans le dessein de les reporter à Paris, cette destination de retour à Paris doit faire considérer ces meubles, quoiqu'ils se trouvent *ad tempus* et par accident ailleurs, comme meubles de la ville de Paris, et, comme tels, exceptés du préciput. C'est l'avis de Lebrun et de Lemaître. Il me paroît fondé sur une règle de droit, qui définit que les meubles sont censés appartenir au lieu où ils ont coutume d'être et où on a dessein de les reporter, plutôt qu'à celui où ils se trouvent par accident et *ad tempus*. *Rebus quæ in fundo sunt, legatis accedunt, etiam ea quæ tunc non sunt, si esse solent nec quæ casu ibi fuerunt legata existimantur*; l. 78, §. 7, ff. de leg. 3o.

Suivant ces principes, lorsqu'un seigneur emmène dans un lieu où il doit résider quelque temps, pour quelque commission dont le roi l'a chargé, son argenterie, son linge, et autres meubles dont il avoit coutume de se servir à Paris, et que lui ou sa femme vienne à mourir pendant ce temps, ces meubles transportés de Paris n'entreront point dans le préciput du survivant, parcequ'ils étoient destinés à être ramenés à Paris.

Contra vice versâ. Si, lors de la mort du prédécédé, quelque meuble de la campagne s'étoit trouvé à Paris,

où on l'auroit porté dans le dessein de le renvoyer à la campagne, il devrait entrer dans le préciput, quoique trouvé à Paris, parceque sa destination lui faisoit conserver sa qualité de meuble de campagne. On peut apporter pour exemple une pendule qu'on auroit envoyée de la campagne à Paris, chez l'horloger, pour la faire raccommo-der.

L'ancienne coutume de Paris faisoit entrer dans ce préciput non seulement les meubles corporels, mais encore les dettes actives de la communauté; car l'art. 131 portoit *meubles et créances*. Ces mots *et créances* ont été rayés lors de la réformation. Il y a apparence que c'est par la même raison pour laquelle les meubles de Paris ont été exceptés du préciput, pour ne pas le rendre trop considérable.

A l'égard des autres coutumes, il y en a un assez grand nombre de celles qui admettent le préciput légal, qui y font expressément entrer les créances et dettes actives et mobilières; telles sont celles de Laon, Reims, Sens, et beaucoup d'autres.

Il y en a qui se servent des termes de *biens meubles*, lesquels termes paroissent comprendre les dettes actives.

A l'égard des coutumes qui emploient seulement ces termes *les meubles*, il y a lieu à la question si les dettes actives mobilières sont comprises sous ces termes. On doit à cet égard s'instruire de l'usage qui s'y observe; car, *optima legum interpres consuetudo*.

Il nous reste à observer que les dispositions testamentaires qu'auroit fait le prédécédé ne peuvent donner aucune atteinte au préciput du survivant; car ses

dispositions testamentaires ne peuvent avoir d'effet qu'après sa mort, auquel temps le préciput est déjà acquis au survivant.

Si donc un mari noble lègue par testament quelques meubles à des tiers, ils n'en appartiendront pas moins à sa veuve, et l'héritier en devra l'estimation au légataire, comme lorsqu'un testateur a légué la chose d'autrui.

Il seroit autrement s'il eût donné ces choses entre-vifs; car le préciput ne s'étend qu'aux meubles dépendants de la communauté, au temps du décès du prédécédé, et ceux qu'il a donnés entre-vifs n'en font plus partie.

ARTICLE III.

Des charges du préciput légal.

§. I. Des dispositions des différentes coutumes sur les charges du préciput légal.

Les coutumes qui accordent le préciput des meubles au survivant noble, sont différentes à l'égard des charges de ce préciput.

Le plus grand nombre de ces coutumes charge expressément le survivant qui prend le préciput de l'acquittement des dettes du prédécédé, et des frais de ses obsèques et funérailles.

Elles s'expriment différemment sur cette charge des dettes. Les unes disent, *dettes mobilières*, les autres disent, *dettes personnelles*, les autres disent simplement *les dettes*; mais nonobstant ces différences d'ex-

pressions dans toutes ces coutumes, le survivant qui prend le préciput, n'est tenu que de l'acquittement des dettes mobilières.

Plusieurs coutumes ajoutent à l'acquittement des frais funéraires, celui de l'accomplissement des legs pieux, c'est-à-dire faits pour causes pies et par forme d'aumône.

Ces coutumes s'expriment encore différemment. Celle de Sens dit : *en legs pieux, consistants en deniers ou en meubles, pour une fois*. Plusieurs disent indistinctement *les legs pieux*; mais la limitation portée par la coutume de Sens y doit être sous-entendue, et même si la somme léguée étoit trop considérable, les héritiers en devroient être tenus, et non le survivant.

Quelques coutumes ne restreignent pas la charge des legs aux *pieux*; et dans ces coutumes le survivant est tenu d'acquitter, non seulement ceux qui sont faits pour causes pies, mais même les autres que le prédécédé auroit fait à ses parents ou amis; il n'est néanmoins tenu que de ceux qui consistent en quelques effets mobiliers ou en quelque somme d'argent modique. Et c'est une limitation qui doit se sous-entendre dans la disposition de quelques unes de ces coutumes, qui s'expriment en termes généraux, *les legs, les testaments*.

La coutume de Péronne restreint la charge d'acquitter les legs à ceux *en espèce*, c'est-à-dire qui consistent dans quelque corps certain d'entre ceux qui entrent dans le préciput légal.

Quelques coutumes, comme Charny, ne chargent le survivant qui prend le préciput, que de l'acquitte-

ment des dettes, et non des frais funéraires; celle de Charny même l'en décharge en termes exprès.

D'autres coutumes, comme celle de Berry, ne s'expliquent point du tout sur les charges de ce préciput. Lebrun pense que dans ces coutumes le survivant qui prend ce préciput, doit être tenu des dettes comme en seroit tenu un donataire universel, c'est-à-dire qu'il y doit contribuer à proportion de l'émolument, avec les héritiers et autres successeurs universels du prédécédé.

§. II. Des charges du préciput légal, selon la coutume de Paris.

La coutume de Paris est du nombre de celles qui chargent le survivant qui prend le préciput légal, d'acquitter les dettes mobilières et frais funéraires du prédécédé.

Selon quelques auteurs, le survivant est tenu, non seulement des dettes de la communauté, mais même des autres dettes mobilières du prédécédé, qui ne sont point tombées en communauté, comme étant antérieures au mariage, et exclues de la communauté, par une clause de séparation de dettes, ou comme ayant pour cause le prix d'un immeuble. La raison sur laquelle on appuie ce sentiment est que la coutume charge le survivant indistinctement des dettes mobilières du prédécédé; ce qui comprend tant celles qui lui sont propres, que celles de la communauté, parceque *ubi lex non distinguit nec nos debemus distinguere*. C'est l'avis de Lebrun et de Duplessis. Lemâtre est d'avis contraire; il dit que le préciput ne concernant que les meubles de communauté, ces charges

ne doivent pareillement s'étendre qu'aux dettes de la communauté; que si la coutume a dit indistinctement *dettes mobilières*, c'est que par la coutume toutes les dettes mobilières sont effectivement dettes de communauté, et que celles qui en sont exclues par une clause de séparation de dettes doivent être regardées, à cet égard, en quelque façon immobilières vis-à-vis des conjoints.

La femme qui prend ce préciput, quoiqu'elle soit obligée d'acquitter les dettes mobilières de la succession du prédécédé, ne confond point néanmoins le douaire qui lui est dû par cette succession, quand même il consisteroit dans une simple somme d'argent, qui lui auroit été constituée pour douaire, et feroit par conséquent une dette mobilière de la succession du prédécédé.

Cela est indubitable dans le sentiment de Lemaître, qui ne charge ce préciput que des dettes de la communauté, car le douaire est une dette propre du prédécédé.

Cela pourroit souffrir plus de difficulté dans le sentiment de ceux qui chargent ce préciput de toutes les dettes mobilières du prédécédé, tant communes que propres. Néanmoins, Lebrun, qui est de ce sentiment, excepte des charges de ce préciput tout ce qui est dû au survivant par la succession du prédécédé, pour ses conventions matrimoniales, dont il ne veut pas que le survivant confonde rien; et par conséquent le douaire de la femme survivante se trouve excepté.

Il ne veut pas non plus que le survivant confonde

rien à cause de ce préciput de ce qui lui est dû pour sa part dans les récompenses que la succession du prédécédé doit à la communauté pour les sommes que le prédécédé en a tirées pour son avantage particulier.

Tous conviennent aussi que le survivant qui prend ce préciput, peut prélever en entier sur les autres biens de la communauté, tous les prélèvements qu'il a droit d'y exercer pour ses reprises de deniers dotaux et emplois de propres. On prétend même que nonobstant ce préciput légal, il peut encore prendre sur les meubles de Paris, qui sont exceptés du préciput légal, son préciput conventionnel, l'un ne devant point détruire l'autre.

Au reste, ce préciput légal n'est affranchi de contribuer, soit au préciput conventionnel, soit à toutes les reprises que le survivant a droit d'exercer sur la communauté, qu'autant qu'il se trouve suffisamment d'autres biens de la communauté sur lesquels ces reprises puissent être exercées; s'il n'y en a pas suffisamment, ces reprises, pour ce qui s'en manque, peuvent, et doivent même absorber les meubles du préciput légal.

Cette décision a lieu, même à l'égard des reprises de la femme survivante; car quoiqu'elle ait droit de se venger pour ses reprises même sur les biens propres de son mari, néanmoins comme elle ne peut s'y venger qu'à défaut des biens de la communauté, il faut que ce qui compose le préciput légal, consistant en biens de communauté, soit épuisé auparavant.

Non seulement les reprises du survivant, mais aussi

celles que les héritiers du prédécédé ont à exercer, peuvent entamer et même absorber le préciput, à défaut d'autres biens de la communauté sur lesquels elles puissent être exercées.

La coutume de Paris charge encore le préciput légal de l'acquittement des obsèques du prédécédé.

Le deuil de la veuve faisant, en quelque façon, partie des frais funéraires, la veuve qui prend ce préciput ne peut donc rien prétendre pour son deuil ; elle en doit faire confusion sur elle.

Il n'est pas douteux que le survivant qui a pris le préciput légal sans faire aucun inventaire est tenu indéfiniment de toutes les dettes et charges dont la coutume le charge pour ce préciput, quand elles excédroient l'émolument de ce préciput. La question est de savoir si la veuve, qui n'a pris ce préciput qu'après avoir fait un inventaire exact de tous les effets de la communauté, même de ceux qui doivent composer ce préciput, est tenue des charges de ce préciput, *ultra modum emolumentum*. On dit en faveur de la veuve que le privilège d'une veuve qui a fait inventaire est constant de n'être tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de ce qu'elle en amende, et par conséquent jusqu'à concurrence seulement, tant de sa part en la communauté, que de ce préciput, qui est tout ce qu'elle amende de la communauté. On ajoute que les successeurs universels, autres que les héritiers, ne sont tenus des dettes des biens auxquels ils succèdent, que jusqu'à concurrence desdits biens. Nonobstant ces raisons, Lebrun

décide que la veuve doit être tenue, *ultra modum emolumentum*, des charges du préciput lorsqu'elle l'a une fois acceptée. Sa raison est que le survivant, en acceptant ce préciput, fait une espèce de quasi-contrat, de forfait et de marché avec les héritiers du prédécédé, par lequel il se charge, pour les meubles qui composent ce préciput, de l'acquittement des dettes et autres charges que la coutume lui impose, à-peu-près comme celui que fait le gardien-noble avec ses mineurs, en acceptant la garde : que de même qu'il profite du bénéfice lorsqu'il s'en trouve, il doit aussi supporter la perte lorsqu'il y en a. A l'égard des objections, on répond à la première, que la veuve a le privilège de n'être tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de l'émolument, lorsque c'est en sa qualité de commune qu'elle en est tenue; mais il ne s'ensuit pas qu'elle ne puisse s'en charger au-delà de l'émolument par l'acceptation de ce préciput.

On répond à la seconde objection, qu'un successeur universel, tel qu'un légataire ou donataire universel, n'est tenu des dettes au-delà des biens auxquels il succède, parcequ'il n'en est tenu qu'autant qu'ils sont chargés de ces dettes, et par conséquent, en abandonnant lesdits biens, il doit cesser d'en être tenu; mais le survivant est tenu des dettes dont la coutume le charge, non passimlement comme d'une charge des biens qui composent son préciput légal, mais comme d'une espèce de charge du marché qu'il est censé faire en acceptant ce préciput.

Si le survivant étoit mineur lorsqu'il a accepté ce

préciput, il n'est pas douteux qu'il peut, dans le temps accordé pour la restitution des mineurs, se faire restituer contre cette acceptation si ce préciput se trouvoit lui être onéreux.

FIN DU TRAITÉ DU PRÉCIPUT LÉGAL DES NOBLES.

TRAITÉ

DE L'HYPOTHÈQUE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Ce que c'est que l'hypothèque, et ses différentes espèces.

L'hypothèque ou droit de gage est le droit qu'un créancier a dans la chose d'autrui, qui consiste à pouvoir la faire vendre, pour, sur le prix, être payé de sa créance. Ce droit d'hypothèque est un droit dans la chose, *jus in re*.

Il y a deux espèces d'hypothèques ; celle qu'on appelle nantissement, *pignus*, et celle qu'on appelle proprement hypothèque.

Le nantissement est l'espèce d'hypothèque qui se contracte par la tradition qui est faite de la chose au créancier, et qui lui donne droit de la retenir pour sûreté de sa créance jusqu'au parfait paiement, et même de la faire vendre à défaut de paiement. L'hypothèque proprement dite est celle qui se contracte sans tradition. Outre ces deux principales espèces de droit de gage, il y en a encore deux autres.

Il y a le droit de gage que les seigneurs d'hôtel, de métairie, et de rente foncière ont pour les obligations résultantes du bail sur les effets qui garnissent leur hôtel ou métairie, et sur les fruits qui y sont nés. Nous

en avons traité en traitant du *Contrat de louage*, où nous renvoyons.

Il y a le droit de gage judiciaire qu'un créancier acquiert par la saisie judiciaire qu'il fait faire des effets de son débiteur. Nous en parlerons dans notre *traité de la Procédure civile*, où nous renvoyons.

Nous nous proposons de traiter ici principalement du droit d'hypothèque proprement dit; nous ajouterons un chapitre sur le droit de nantissement.

On divise encore l'hypothèque en générale et spéciale. Lorsque quelqu'un hypothèque à un créancier tous ses biens présents et à venir, l'hypothèque qu'a ce créancier sur chacune des choses qui composent lesdits biens est une hypothèque générale.

Que si on a hypothéqué nommément un certain héritage, l'hypothèque sur cet héritage est une hypothèque spéciale.

On distingue encore les hypothèques en conventionnelles, légales, et tacites. Les hypothèques conventionnelles sont celles qui naissent des actes des notaires. Ces hypothèques peuvent être appelées conventionnelles, parceque la convention par laquelle celui qui, par cet acte, contracte quelque engagement envers un autre convient de lui hypothéquer ses biens présents et à venir, pour la sûreté de cet engagement, ou est exprimée par ces actes, ou y est sous-entendue.

L'hypothèque légale est celle qui n'a point été convenue par aucune convention, ni expresse, ni tacite, telle que celle qui naît des jugements; l'hypothèque tacite, qui est aussi légale, est celle que la loi seule accorde en certains cas, et qui est appelée tacite parcequ'elle ne

résulte d'aucun titre, c'est-à-dire ni d'aucun acte de notaire, ni d'aucun jugement, mais de la loi seule.

Enfin, on distingue les hypothèques en hypothèques privilégiées et hypothèques simples.

Les privilégiées sont celles qui sont accompagnées d'un privilège qui donne le droit au créancier qui a cette hypothèque d'être préféré sur le prix de l'héritage hypothéqué aux autres créanciers hypothécaires, quoique antérieurs.

Les hypothèques simples sont celles qui ne sont accompagnées d'aucun privilège.

Pour traiter avec ordre ce qui concerne la matière de l'hypothèque, nous traiterons en premier lieu de ce qui concerne sa création; 2° de ses effets, et des actions qu'elle produit; 3° des manières dont elle s'éteint.

CHAPITRE PREMIER.

De ce qui concerne la création de l'hypothèque.

Les questions qui ont rapport à la création de l'hypothèque sont celles-ci : quelles sont les causes qui la produisent; les choses qui en sont susceptibles; les personnes qui la peuvent créer, et pour quelles dettes?

SECTION PREMIÈRE.

Quelles sont les causes qui produisent l'hypothèque.

Les causes qui produisent l'hypothèque sont, 1^o les actes par-devant notaires, les jugements, et la loi seule en certains cas..

ARTICLE PREMIER.

De l'hypothèque qui naît des actes devant notaires.

§. I. Observations générales.

Par le droit romain, l'hypothèque ne pouvoit s'acquérir par une simple convention. Ce droit n'avoit été établi chez les Romains que par l'édit du préteur contre les principes du droit, suivant lesquels l'hypothèque étant *jus in re*, ne pouvoit, non plus que le domaine, et tous les autres droits *in re*, s'acquérir par la seule convention, mais seulement par la tradition, *non nudis conventionibus, sed traditionibus*. Le fréquent usage des hypothèques, l'incommodité qu'il y avoit de ne pouvoir créer des hypothèques que par la tradition, avoit engagé le préteur à s'écarter des principes rigoureux du droit civil.

Nous n'avons suivi ni le droit du préteur, ni les principes rigoureux du droit civil. Selon notre droit, la simple convention ne peut produire l'hypothèque : nous n'exigeons pas néanmoins la tradition ; mais lorsque la convention est munie du sceau de l'autorité pu-

blique, elle produit l'hypothèque; et la force de l'autorité publique supplée en ce cas à la tradition.

Suivant ces principes, les actes sous signature privée n'étant point munis de l'autorité publique, ne peuvent, parmi nous, produire d'hypothèque, quand même elle y seroit expressément convenue, et quand même la date de ces actes seroit constatée, soit par le contrôle, soit par le décès de quelqu'une des parties qui l'auroit souscrit.

Au contraire, les actes reçus par un notaire compétent, et revêtus de toutes les formes dont ces actes doivent être revêtus, produisent une hypothèque sur tous les biens présents et à venir des personnes qui y ont été parties pour toutes les obligations qu'elles y ont contractées; et ces actes produisent cette hypothèque, non seulement lorsqu'elle y est expressément stipulée, mais quand même il n'y en auroit aucune mention. Cette convention d'hypothèque y étant toujours sous-entendue, l'autorité publique du sceau dont ces actes sont munis est ce qui leur fait produire cette hypothèque.

§. II. Quels notaires sont compétents, pour que leurs actes puissent produire hypothèque.

Les notaires, pour que leurs actes puissent produire hypothèque sur les biens situés dans ce royaume, doivent être des notaires établis dans le royaume, ou dans quelqu'un des pays de l'obéissance du roi: ceux des notaires étrangers ne peuvent produire cette hypothèque; car l'autorité publique, dont les actes de ces

notaires sont revêtus, étant une autorité étrangère, non reconnue dans le royaume, où on n'en reconnoît aucune autre que celle qui émane du roi, elle ne peut avoir aucun effet sur les biens du royaume, ni par conséquent produire aucun droit d'hypothèque sur ces biens.

La qualité de personnes publiques qu'ont les notaires étrangers dans les lieux où ils sont établis peut bien donner dans ce royaume, et par-tout ailleurs à leurs actes une espèce d'autorité de créance qui doit faire ajouter foi à ce qui y est contenu, lorsque leur qualité est suffisamment constatée par l'acte de légalisation du juge des lieux où ils sont établis; mais leurs actes ne peuvent avoir une autorité de pouvoir et de juridiction nécessaire pour produire l'hypothèque.

Par la même raison, les actes des notaires apostoliques, tels qu'étoient ceux qui l'étoient avant l'établissement des notaires royaux apostoliques, ne pouvoient produire d'hypothèque; car ces officiers étant des officiers purement ecclésiastiques, étant établis par la seule autorité ecclésiastique, qui ne s'étend point aux choses temporelles, les actes de ces notaires n'étoient point revêtus d'une autorité capable de produire hypothèque.

Mais, depuis que le roi a créé des notaires royaux apostoliques, ces officiers étant établis par l'autorité royale, étant reçus par les juges royaux, leurs actes sont revêtus d'une autorité publique qui émane du roi de qui ces officiers tiennent leur pouvoir, et par conséquent peuvent produire hypothèque. C'est ce qui est expressément porté par l'édit de décembre 1691, art. 2.

Les actes des notaires des justices subalternes, aussi bien que ceux des notaires royaux produisent l'hypothèque de tous les biens des personnes qui s'obligent par ces actes en quelque endroit du royaume qu'ils soient situés. Toutes les justices seigneuriales ayant été concédées par le roi, et étant des émanations de l'autorité publique qui réside dans le roi, les officiers de ces justices sont revêtus d'une autorité qui émane du roi; c'est pourquoi leurs actes sont munis d'une autorité publique, suffisante pour produire cette hypothèque.

Les notaires, soit royaux, soit subalternes, n'ont caractère public que dans l'étendue de la justice où ils sont reçus; c'est pourquoi les actes qu'ils passeroient hors le territoire de cette justice, seroient destitués de toute autorité, et ne pourroient par conséquent produire d'hypothèque.

Il y a néanmoins trois juridictions dans le royaume, qui sont les châtelets de Paris, d'Orléans et de Montpellier, dont les notaires ont, par privilège, le droit de pouvoir passer des actes par tout le royaume, c'est pourquoi les actes de ces notaires, quelque part qu'ils soient passés, emportent hypothèque.

Ce privilège a été accordé aux notaires d'Orléans par Philippe-le-Bel, en 1302, en considération de ce qu'en ce temps les notaires d'Orléans étoient des personnes lettrées, qui avoient étudié dans l'école de droit d'Orléans, qui étoit pour lors une des plus fameuses de l'Europe, et qui fut peu après érigée en université par le même roi.

Plusieurs anciens réglemens exigeoient, pour la va-

lité des actes des notaires subalternes, et pour qu'ils pussent produire hypothèque, que ces actes fussent passés entre des personnes domiciliées dans l'étendue de la justice, et que les biens qui faisoient l'objet de ces actes y fussent situés; mais ces réglemens sont tombés en désuétude. Il nous reste à observer que les notaires sont les seuls officiers compétents pour dresser des actes, des conventions extrajudiciaires des particuliers. Tous autres officiers, comme huissiers, greffiers, et même les juges sont incompétents pour cette fonction; et les actes qu'ils dresseroient, seroient destitués de toute autorité. Les secrétaires du roi, quoiqu'ils aient la qualité de *notaires*, ne sont pas plus compétents.

Néanmoins, par la déclaration du 21 avril 1692, les contrats de mariage des princes et princesses du sang, passés par un secrétaire d'état, en présence du roi, produisent hypothèque, et ont la même autorité que les actes des notaires, sans qu'il soit besoin qu'ils y soient déposés.

§. III. Des formes dont doivent être revêtus les actes des notaires, pour produire hypothèque.

Les actes des notaires doivent contenir le lieu où ils sont passés; autrement, il ne seroit pas constant que le notaire l'eût passé dans le lieu où il a droit de le passer.

Ils doivent aussi contenir la date; autrement, on ne pourroit dire de quand ils auroient produit hypothèque. Ils doivent être écrits sur papier ou parchemin timbré.

Il n'est pas nécessaire que l'acte soit écrit de la main du notaire ; il peut le faire écrire par son clerc, ou par quelque autre personne ; mais l'acte doit être signé par le notaire, et par toutes les parties, ou du moins il doit être fait mention de celles qui ne savent, ou n'ont pu signer.

Lorsque l'acte est reçu par un seul notaire, il doit être passé en présence de deux témoins. Il faut que l'un de ces témoins sache signer, et signe effectivement. Si l'autre témoin ne sait pas signer, il suffira d'en faire mention. Ordonnance de Blois, art. 166.

Ces témoins doivent être âgés au moins de vingt ans accomplis, si ce n'est dans les pays de droit écrit, ou autres lieux où la loi permet de tester avant cet âge, dans lesquels endroits il suffit que le témoin ait l'âge requis pour tester. Arrêt de règlement de la cour des 2 juillet 1708, et 25 avril 1709, qui n'a pas lieu pour les actes passés avant le règlement.

Il est fait aussi défenses par ce règlement aux notaires de se servir à l'avenir, pour témoins, de leurs enfants ou clers. La présence des témoins n'est pas nécessaire, lorsque l'acte est reçu par deux notaires.

L'usage même a prévalu à l'égard des actes de commerce ordinaire. Il suffit que le second notaire signe l'acte, quoiqu'il n'ait pas été présent.

Enfin l'édit du contrôle porte que les actes des notaires ne pourront produire aucun droit d'hypothèque, s'ils ne sont contrôlés. Édit de mars 1693.

§. IV. Des actes sous signature privée, reconnus par-devant notaires, et en justice.

Les actes sous signature privée, lorsqu'ils sont déposés chez un notaire, et reconnus par les parties qui les ont souscrits, produisent hypothèque du jour de l'acte de reconnaissance qu'en dresse le notaire; car, quoique ces actes sous signature privée ne soient par eux-mêmes munis d'aucune autorité publique qui puisse prouver l'hypothèque, ils le deviennent par l'acte de reconnaissance qui en est fait par-devant notaire.

Ils le deviennent pareillement, lorsque sur l'assignation donnée aux débiteurs qui ont souscrit les actes sous signature privée, ou à leurs héritiers, le juge en prononce la reconnaissance; et conséquemment ils portent hypothèque du jour de ce jugement.

Si le débiteur assigné dénie sa signature, et que, sur la vérification faite par les experts nommés par le juge, la reconnaissance en soit prononcée, l'hypothèque a lieu, non pas seulement du jour du jugement, mais du jour de la dénégation. Ordonnance de 1529, article 93.

ARTICLE II.

De l'hypothèque des jugements.

Les jugements de tous les juges du royaume, et des pays de l'obéissance du roi; des juges inférieurs, comme des juges souverains; des juges de justices de seigneurs, comme des juges royaux; des juges d'attribution, comme

des juges ordinaires; même ceux des juges-consuls emportent hypothèque sur tous les biens présents et à venir des parties, pour les condamnations qui y sont prononcées contre elles.

Il en doit être de même des jugements rendus par le consul de France dans les pays étrangers, où les François ont des établissemens.

A l'égard des jugements rendus en pays étrangers par de juges étrangers, ils ne peuvent produire hypothèque sur les biens que les parties condamnées ont dans le royaume; l'autorité dont ces jugements sont revêtus étant une autorité étrangère qui ne peut avoir aucun effet dans le royaume, où on n'en reconnoît d'autre que celle qui émane du roi.

Les jugements des officiaux ne produisent point d'hypothèque, puisque l'autorité ecclésiastique ne s'étend point au temporel. Il est vrai que ces sentences sont exécutoires sur les biens du condamné, sans aucun *paréatis*, du juge royal, suivant l'art. 44 de l'édit de 1695; mais elles tiennent ce droit d'être exécutoires, non de l'autorité du juge d'Église qui les a rendues, mais de l'autorité du roi, qui, par cet édit a bien voulu les rendre telles. Ainsi, par la même raison que les officiaux ne pourroient rendre des sentences exécutoires, s'il n'y avoit une loi du prince qui leur eût accordé ce droit, ils ne pourroient pas rendre des sentences qui portent hypothèque, n'y ayant pas de loi du prince qui leur permette.

Les sentences des arbitres ne portent hypothèque que du jour de l'homologation qui en est faite devant le juge; car ces arbitres étant des particuliers, leur sen-

tence ne peut être revêtue d'aucune autorité publique qui puisse produire l'hypothèque, jusqu'à ce qu'elles aient reçu cette autorité par l'homologation du juge.

Il n'importe, pour qu'un jugement produise hypothèque, que la condamnation qu'il renferme, soit liquide ou non; car l'hypothèque peut être contractée pour des dettes non liquides; et en cela le droit d'hypothèque diffère du droit d'exécution.

Il n'importe contre qui le jugement ait été rendu, pour qu'il produise hypothèque sur les biens de la partie condamnée, pourvu néanmoins que la partie, contre qui il a été rendu, fût capable d'ester en jugement; car si elle n'en étoit pas capable, la sentence rendue contre elle seroit nulle, et ne pourroit par conséquent produire d'hypothèque sur ses biens.

Les jugements rendus contre des tuteurs de mineurs, curateurs d'interdits, fabriciers, administrateurs d'hôpitaux, syndics de communautés, sont censés rendus contre les pupilles, interdits, fabriques, hôpitaux et communautés, et produisent par conséquent hypothèque sur les biens de tous ceux pour lesquels ils ont été en jugement.

Ceux rendus à l'audience, lorsqu'ils sont contradictoires, portent hypothèque du jour qu'ils ont été prononcés: ceux rendus par défaut, du jour seulement qu'ils ont été signifiés à procureur. Ordonnance de 1667, tit. 35, art. 11.

Ceux rendus en procès par écrit ne portent pareillement hypothèque que du jour de leur signification à procureur, *ibid.*

L'appel qui en est interjeté, en suspendant son ef-

fet, suspend aussi l'hypothèque; mais, si sur l'appel il est confirmé, ce droit est censé acquis du jour de la sentence, et non pas seulement du jour de l'arrêt qui la confirme. (Première déclaration sur l'ordonnance de Moulins, du 10 juillet 1566.)

Lorsque l'arrêt a infirmé le jugement, en réduisant à une somme moindre la condamnation portée par ce jugement, il est confirmé jusqu'à concurrence de la somme à laquelle la condamnation a été réduite par l'arrêt; il n'est infirmé que pour le surplus, et par conséquent l'hypothèque doit avoir lieu du jour de la sentence, et non pas seulement du jour de l'arrêt.

L'opposition aux jugemens par défaut doit avoir le même effet que l'appel : elle doit suspendre pareillement l'hypothèque; mais si l'opposant est débouté de son opposition, l'hypothèque doit avoir lieu du jour de la signification de la première sentence rendue par défaut, de même que si on n'y avoit pas formé d'opposition.

ARTICLE III.

De l'hypothèque que produit la loi seule.

La loi seule, en certains cas, donne une hypothèque au créancier sur les biens du débiteur, quoique l'obligation du débiteur ne soit portée par aucun acte devant notaire, ni qu'il soit intervenu aucun jugement de condamnation contre lui. Cette hypothèque est appelée *tacite*, parceque la loi seule la produit sans aucun titre.

Telle est 1^o l'hypothèque que la loi donne à la femme, sur les biens de son mari, du jour de la célébration de

son mariage, pour la restitution de sa dot, lorsqu'il n'y a point de contrat; *leg. unic. eod. de rei uxor. act.*

2° Telle est celle que la loi donne aux mineurs pour le reliquat du compte de leur tutèle, sur les biens de leur tuteur, du jour qu'a commencé la tutèle.

3° La loi donne une pareille hypothèque sur les biens de tous les autres administrateurs, tels que sont les administrateurs d'hôpitaux, fabriciens, curateurs d'interdits, syndics de communauté, du jour qu'a commencé leur administration.

Un titulaire de bénéfice est regardé comme administrateur des biens de son bénéfice; c'est pourquoi s'il y fait des dégradations par sa faute, tous les biens de son patrimoine sont hypothéqués envers son bénéfice, du jour de sa prise de possession, pour les dommages et intérêts résultants desdites dégradations.

Quand même les administrateurs de biens des mineurs, d'Église, de communauté, ou de chose publique, n'auroient pas eu une vraie qualité pour les administrer, et qu'ils se seroient portés pour tuteurs et administrateurs sans l'être véritablement, l'hypothèque ne laisseroit pas d'avoir lieu sur leurs biens, du jour qu'ils auroient commencé de s'ingérer dans leur administration; ces faux administrateurs ne devant pas être de meilleure condition que les véritables.

Suivant ces principes, les biens du beau-père qui ne fait point pourvoir de tuteur les enfants du premier lit de sa femme, qui a perdu la tutèle en se remariant, sont hypothéqués, du jour de son mariage, aux dommages et intérêts desdits enfants et au compte

de l'administration de leurs biens, quoiqu'il n'eût aucune qualité pour les administrer.

Ce droit d'hypothèque tacite sur les biens des tuteurs ou protuteurs des mineurs, curateurs d'interdits, fabriciers, administrateurs d'hôpitaux, syndics de communauté, ne doit pas s'étendre aux simples receveurs fondés de pouvoir, et intendants d'affaires des particuliers, sur les biens desquels les personnes dont ils ont géré les affaires, ne peuvent prétendre hypothèque que du jour des actes par-devant notaires, par lesquels ils ont contracté quelque obligation envers elles, ou s'il n'y en a point, du jour des jugements de condamnation obtenus contre eux.

Observez aussi que quoique les biens des tuteurs et autres semblables administrateurs soient hypothéqués du jour que leur administration a commencé, lorsqu'ils sont débiteurs, ils ne peuvent pas, lorsqu'ils sont créanciers, prétendre une semblable hypothèque sur les biens de ceux dont ils ont été les administrateurs, ils ne l'ont que du jour de la clôture de leur compte.

La jurisprudence accorde aussi aux substitués une hypothèque tacite sur les biens des grevés de substitution, pour les dégradations qu'ils ont faites sur les biens substitués, du jour qu'ont été faites lesdites dégradations, et pareillement pour les sommes de deniers sujettes à la substitution qu'ils ont reçues, du jour qu'ils les ont reçues.

Les lois donnent aussi une hypothèque tacite au fisc sur les biens de ses débiteurs. *Fiscus semper habet jus pignoris*; l. 46, §. 3, de ff. jur. fisci. *Certum est ejus qui*

cum fisco contrahit bona obligari quamvis id non exprimitur; l. 2, *cod. in quib. caus. pig.*

Le fisc n'a néanmoins ce droit d'hypothèque tacite que lorsqu'il est créancier de son chef; que si le fisc a succédé aux créanciers de quelque particulier, *putà* par droit d'aubaine ou de confiscation, il ne peut avoir plus de droit qu'en avoit ce particulier; l. 25, ff. *de pig. et hypoth.*

Outre ces hypothèques tacites générales, il y en a qui sont limitées à de certains biens.

Telle est l'hypothèque tacite qu'a un copartageant sur les biens échus au lot de ses copartageants, pour toutes les obligations résultantes du partage, quoiqu'il n'ait pas été fait par acte devant notaires.

Telle est celle que la loi donne aux légataires sur la part des biens de la succession échue à chacun des héritiers du testateur, pour la part dont chacun des héritiers est tenu dans leur legs; l. *cod. comm. de leg.*

Mais les légataires n'ont aucune hypothèque sur les biens appartenants auxdits héritiers de leur chef, que du jour que lesdits légataires ont obtenu jugement de condamnation contre lesdits héritiers, ou du jour que lesdits héritiers se sont obligés envers eux par acte devant notaires, à l'exécution du testament; car le testateur n'a pas pu hypothéquer les biens de ses héritiers, personne ne pouvant hypothéquer que ce qui est à lui.

Telle est l'hypothèque tacite que celui qui a réparé un bâtiment a sur ce bâtiment.

Telle est enfin celle que le vendeur d'un héritage a sur cet héritage pour le prix qui lui est dû. Les lois

romaines ne donnoient point cette hypothèque au vendeur, elle est de notre droit.

SECTION II.

Quelles choses sont susceptibles d'hypothèque, par qui peuvent-elles être hypothéquées, et pour quelles dettes.

§. I. Quelles choses sont susceptibles d'hypothèque.

Suivant le droit romain, toutes les choses qui sont dans le commerce, soit meubles, soit immeubles, soit corporelles, soit incorporelles, sont susceptibles d'hypothèque.

Notre droit diffère en cela du droit romain. Il n'y a que les immeubles qui soient susceptibles d'une véritable hypothèque; les meubles, ou n'en sont pas susceptibles, ou ne le sont que d'une hypothèque imparfaite.

Dans les coutumes de Paris et d'Orléans, les meubles ne sont point susceptibles d'hypothèque, et les créanciers hypothécaires ne sont payés, sur le prix des meubles de leurs débiteurs, que concurremment avec les simples chirographaires, au sol la livre de leurs créances.

Dans quelques autres, telles que celle de Normandie, les meubles sont susceptibles d'hypothèque, et les créanciers hypothécaires sont colloqués, par ordre d'hypothèque, sur le prix des meubles de leurs débiteurs comme sur le prix des immeubles.

Mais cette hypothèque des meubles, reçue dans ces coutumes, n'est qu'une hypothèque imparfaite, qui

romaines ne donnoient point cette hypothèque au vendeur, elle est de notre droit.

SECTION II.

Quelles choses sont susceptibles d'hypothèque, par qui peuvent-elles être hypothéquées, et pour quelles dettes.

§. I. Quelles choses sont susceptibles d'hypothèque.

Suivant le droit romain, toutes les choses qui sont dans le commerce, soit meubles, soit immeubles, soit corporelles, soit incorporelles, sont susceptibles d'hypothèque.

Notre droit diffère en cela du droit romain. Il n'y a que les immeubles qui soient susceptibles d'une véritable hypothèque; les meubles, ou n'en sont pas susceptibles, ou ne le sont que d'une hypothèque imparfaite.

Dans les coutumes de Paris et d'Orléans, les meubles ne sont point susceptibles d'hypothèque, et les créanciers hypothécaires ne sont payés, sur le prix des meubles de leurs débiteurs, que concurremment avec les simples chirographaires, au sol la livre de leurs créances.

Dans quelques autres, telles que celle de Normandie, les meubles sont susceptibles d'hypothèque, et les créanciers hypothécaires sont colloqués, par ordre d'hypothèque, sur le prix des meubles de leurs débiteurs comme sur le prix des immeubles.

Mais cette hypothèque des meubles, reçue dans ces coutumes, n'est qu'une hypothèque imparfaite, qui

ne dure que tant que les meubles sont en la possession du débiteur qui les a hypothéqués, et qui s'éteint lorsqu'ils ont été aliénés et ont passé en la main d'un autre, suivant cette maxime générale du droit françois, *meubles n'ont de suite par hypothèque*. Ce qui a été introduit pour la sûreté et facilité du commerce.

A l'égard des immeubles, ils sont par-tout susceptibles d'une véritable hypothèque, qui peut être poursuivie en quelque mains que la chose ait passé.

Non seulement les immeubles corporels sont susceptibles de cette hypothèque, mais même les immeubles incorporels, tels que sont les droits réels, tels que les droits de rentes foncières, de censives, de fiefs, même les droits de justice.

Le droit d'hypothèque est lui-même susceptible d'hypothèque. *Pignus pignori dari potest*.

Les rentes constituées dans les coutumes, telles que les nôtres, qui les réputent immeubles, sont aussi susceptibles d'hypothèque.

Les offices domaniaux et les offices vénaux de judicature et de finances en sont aussi susceptibles; mais le sceau des provisions que le roi en donne, purge les hypothèques des créanciers qui n'ont pas eu la précaution d'y faire opposition.

La fin de l'hypothèque étant de vendre la chose hypothéquée pour être payé sur le prix, il suit de là que les choses qui ne peuvent être vendues n'étant pas dans le commerce, ne sont pas susceptibles d'hypothèque. *Eam rem quam quis emere non potest, jure pignoris accipere non potest; l. 1, §. 2, quæ res pig. vel. hyp. dat.*

Cela n'empêche pas que le droit d'usufruit ne soit susceptible d'hypothèque, car il peut se vendre. Si on dit qu'il ne peut passer d'une personne à une autre, *personam usufructuarii non egreditur*; c'est *subtilitate juris*, que l'étranger qui en est acquéreur ne jouit pas de ce droit, *proprio jure*, comme d'un droit subsistant en sa personne, mais du chef et pendant la vie seulement de celui sur la tête de qui il a été constitué.

On considère dans le droit d'usufruit, le droit même attaché à la personne de l'usufruitier, et l'émolument de ce droit, qui consiste en la perception des fruits de la chose sujette à ce droit; cet émolument est séparable de la personne de l'usufruitier en qui réside le droit; il peut se vendre, et est par conséquent susceptible d'hypothèque.

Les biens grevés de substitution ne sont pas absolument inaliénables; ils peuvent se vendre *cum causâ et onere fideicommissi*; ils sont donc par conséquent susceptibles d'hypothèque, c'est-à-dire d'une hypothèque qui s'éteindra par l'ouverture de la substitution, si elle a lieu.

Les offices de la maison du roi n'étant point des choses qui soient *in commercio nostro*, ne peuvent être susceptibles d'hypothèque.

§. II. Par qui les choses peuvent-elles être hypothéquées.

L'hypothèque étant un droit dans la chose, c'est une conséquence qu'il ne peut être accordé que par celui à qui la chose appartient et qui en est le propriétaire; celui qui ne l'est pas, ne pouvant pas transférer

à un autre un droit dans une chose qu'il n'a pas lui-même.

On dira peut-être que le propriétaire d'une chose n'a pas le droit d'hypothèque dans sa chose, *cum nemini res sua pignori esse possit*, comment peut-il donc le donner à un autre? La réponse est facile. Le propriétaire d'une chose n'a pas, à la vérité, un droit d'hypothèque dans sa chose, dans la forme du droit d'hypothèque, il ne l'a pas *formaliter*; mais il a *eminenter*, c'est-à-dire *non quidem jure hypothecæ, sed jure domini*, tout ce en quoi le droit d'hypothèque consiste; car le droit d'hypothèque consiste dans le droit de tenir la chose hypothéquée et de la vendre. Or ce droit se trouve renfermé dans le *dominium* qu'a le propriétaire, qui contient principalement le droit de disposer de la chose, et par conséquent de la vendre. Puis donc qu'il a le droit de vendre la chose, il peut transférer ce droit à son créancier qui l'aura, non pas comme le propriétaire l'avoit, *jure domini et in re propriâ*, mais *jure hypothecæ et in re aliénâ*.

Pour pouvoir hypothéquer une chose, il ne suffit pas d'en être propriétaire, il faut avoir la faculté d'en disposer; c'est pourquoi les interdits, les femmes sous puissance de mari, lorsqu'elles ne sont pas autorisées, les mineurs ne peuvent pas hypothéquer leurs biens; parceque, quoiqu'ils en soient les propriétaires, ils n'ont pas la faculté d'en disposer.

De là naît la question de savoir si l'orsqu'un mineur a contracté quelque engagement par acte devant notaires sous l'hypothèque de tous ses biens, et qu'il le ratifie en majorité, le créancier a hypothèque du jour

de l'acte, ou seulement du jour de la ratification, il sembleroit que le créancier ne devoit avoir hypothèque que du jour de la ratification, et non du jour de l'acte fait en minorité; puisque, suivant ce que nous venons de dire, le mineur n'ayant pas en ce temps la faculté de disposer de ses biens, ne pouvoit pas les hypothéquer. Néanmoins il faut décider que le créancier aura hypothèque du jour de l'acte fait en minorité; la raison est que la loi n'interdisant aux mineurs la faculté de disposer de leurs biens et de les hypothéquer que pour leurs propres intérêts, cette incapacité en laquelle ils sont d'en disposer et de les hypothéquer n'est pas une incapacité absolue mais relative à leurs intérêts: ils sont seulement incapables de disposer de leurs biens et de contracter sous l'hypothèque de ces mêmes biens, en tant que la disposition qu'ils auroient faite et l'engagement qu'ils auroient contracté leur seroient désavantageux; mais lorsqu'en ratifiant en majorité cet engagement, soit expressément, soit tacitement par le laps de dix ans, sans prendre de lettres contre, ils ont reconnu qu'il ne leur étoit point préjudiciable, l'acte et l'hypothèque dont il est accompagné doivent être regardés comme ayant été véritablement contractés, et par conséquent le créancier doit avoir hypothèque du jour de l'acte.

Il faudroit décider autrement à l'égard d'une femme mariée qui, pendant son mariage, se seroit obligée par acte devant notaire sans être autorisée, et depuis son veuvage auroit ratifié cet acte, le créancier n'auroit d'hypothèque que du jour de la ratification; encore faut-il que cette ratification se fasse aussi par acte de-

vant notaire: il ne pourroit la prétendre du jour de l'acte passé par la femme durant son mariage, parce que l'incapacité en laquelle est une femme mariée de contracter sans autorisation, est une inhabileté et une incapacité absolues, qui ne permettent pas que l'acte puisse être valide par la ratification, laquelle ne vaut que comme une nouvelle obligation; ce qui est absolument nul, ne pouvant pas être confirmé.

Quoiqu'il n'y ait que le propriétaire de la chose qui la puisse hypothéquer, néanmoins, lorsqu'un tuteur de mineurs, un curateur d'interdits, des fabriciers, des administrateurs d'hôpitaux, des syndics de communauté contractent en ces qualités, pourvu qu'ils n'excèdent point les bornes de leur administration, ils hypothèquent les biens de ces personnes dont ils ont l'administration: ce qui n'est point contraire à notre proposition; car, lorsque ces tuteurs, curateurs et autres semblables administrateurs contractent dans lesdites qualités, ce ne sont pas tant eux qui contractent que les personnes ou communautés dont ils ont l'administration, qui sont censées elles-mêmes contracter par leur ministère, et hypothéquer elles-mêmes, par le ministère de ces tuteurs, curateurs, leurs biens; c'est pourquoi, même en ce cas, c'est le propriétaire de la chose qui en constitue l'hypothèque.

Il en est de même lorsque mon fondé de procuration, sans sortir des bornes de cette procuration, contracte, en cette qualité, par acte devant notaire; il n'est pas douteux qu'il hypothèque mes biens aux engagements qu'il contracte en mon nom dans cette qualité; mais c'est moi-même qui suis censé, par son ministère,

contracter l'engagement et hypothéquer mes biens, en lui donnant ma procuration : j'ai par là dès-lors consenti à l'engagement, et à l'hypothèque qui en est l'accessoire.

Quid, si quelqu'un, sans procuration et se faisant fort de moi, avoit contracté en mon nom quelque engagement par acte devant notaire, et que par la suite je ratifiasse, le créancier pourroit-il prétendre hypothèque sur mes biens du jour du contrat au préjudice de ceux qui auroient acquis des hypothèques sur mes biens dans le temps intermédiaire entre le contrat et la ratification, ou s'il n'auroit hypothèque que du jour de la ratification ? Il faut décider qu'il ne l'aura que du jour de la ratification. *Nec obstat* que les ratifications ont un effet rétroactif, suivant cette règle de droit : *Rati habitio mandato comparatur. Qui mandat ipse fecisse videtur* : et qu'en conséquence, ayant ratifié, c'est tout comme si le contrat avoit été fait en vertu de ma procuration, et comme si j'avois contracté moi-même par le ministère de celui qui a contracté en mon nom ; car cet effet rétroactif n'a lieu qu'entre le créancier et moi qui ai ratifié ce qui a été fait en mon nom ; mais il ne peut avoir lieu au préjudice des tiers qui ont acquis un droit d'hypothèque sur mes biens dans le temps intermédiaire ; car celui qui a contracté en mon nom n'ayant aucune qualité pour pouvoir m'engager et hypothéquer mes biens, ils ne l'étoient point avant que j'eusse ratifié, et par conséquent je les ai valablement hypothéqués à ces créanciers intermédiaires, et il n'a pas dû dépendre de moi de les priver de ce droit d'hypothèque qui leur étoit acquis,

en ratifiant un acte que j'étois le maître de ne pas ratifier.

Dans le cas de la convention d'hypothèque de biens présents et à venir, il est évident qu'il suffit que le débiteur, qui est convenu d'accorder cette hypothèque, soit devenu propriétaire des choses depuis la convention pour qu'elles soient valablement hypothéquées; mais lorsque la convention d'hypothèque étoit d'une chose certaine et spéciale, il falloit, suivant les principes du droit romain, pour que la convention fût valable, que le débiteur qui en accordoit l'hypothèque en fût le propriétaire au temps de la convention, à moins que la convention n'eût été faite sous la condition et au cas qu'il en deviendrait un jour le propriétaire; l. 15, §. 1; l. 1, §. 7, ff. *de pig. et hypoth.*

Quoique la convention d'hypothèque pure et simple d'une certaine chose ne fût pas valable, et que, lorsque le débiteur en devenoit par la suite le propriétaire, l'hypothèque n'en étoit pas pour cela validée: néanmoins les lois subvenoient de différentes manières au créancier contre le débiteur, soit en accordant à ce créancier la rétention de la chose lorsqu'il s'en trouvoit en possession, soit même en lui accordant une action utile contre ce débiteur qui l'avoit trompé; sur quoi les lois font plusieurs distinctions dans lesquelles nous n'entrerons pas parcequ'elles ne peuvent avoir d'application dans notre droit, suivant lequel toute convention d'hypothèque comprend toujours tous les biens présents et à venir. C'est pourquoi, dans notre droit, il faut tenir que toutes les fois que j'ai contracté par acte devant notaire, il suffit, pour qu'un héritage

soit hypothéqué, que j'en sois devenu propriétaire depuis que j'ai contracté, quoique je ne le fusse pas dans ce temps.

Mais, quoique la convention d'hypothèque fût valable auparavant que je fusse propriétaire, néanmoins elle n'a son effet, et elle n'acquiert au créancier un droit d'hypothèque sur les biens que j'ai pu acquérir depuis, que du jour que je les ai acquis; car je ne peux transférer de droit que dans les choses qui m'appartiennent:

De là naît une question. J'ai contracté différents engagements envers trois différents créanciers en différents temps, sous l'hypothèque de mes biens présents et à venir, et j'ai ensuite acquis un certain héritage : ces trois différents créanciers viendront-ils par concurrence d'hypothèque sur cet héritage, ou suivant l'ordre des dates de leurs contrats? Il sembleroit qu'ils devoient venir par concurrence; car ces trois différents créanciers ont acquis tous les trois leur hypothèque sur cet héritage dans le même instant; savoir, lors de l'acquisition qui en a été faite, n'ayant pu l'acquérir plus tôt; *concurrunt tempore*, et par conséquent ils paroissent avoir un droit égal, et il semble que les jurisconsultes romains le pensoient ainsi; *Arg.*, l. 28, ff. *de jure fisc.* *Vid. Cujac. ad hanc legem.* Nonobstant ces raisons, la jurisprudence est constante parmi nous, que ces créanciers ne doivent pas concourir, mais qu'ils doivent être colloqués selon l'ordre des dates de leurs contrats; la raison est que le débiteur, en contractant avec le premier créancier sous l'hypothèque de ses biens à venir, s'est interdit le pouvoir de les hypothé-

quer à d'autres au préjudice de ce premier créancier ; par conséquent, quoique ces créanciers acquièrent le droit d'hypothèque dans le même instant, le premier est cependant préféré au second, et le second au troisième, parceque le débiteur n'a pu accorder d'hypothèque à ce second créancier, ni ce second créancier en acquérir que sur ce qui resteroit après la créance du premier acquittée ; et il en faut dire de même du troisième à l'égard du second.

Il nous reste à observer que lorsque mon débiteur, qui a contracté avec moi sous l'hypothèque de tous ses biens, a possédé un héritage qui a depuis passé en d'autres mains par la vente qu'il en a faite, il suffit, pour fonder mon hypothèque, que je prouve que mon débiteur l'a possédé, parceque tout possesseur est présumé propriétaire, et par conséquent avoir pu valablement hypothéquer la chose par lui possédée, tant qu'il n'en paroît pas d'autre qui en réclame la propriété.

§. III. Pour quelles dettes peut-on hypothéquer.

Il ne peut y avoir d'hypothèque s'il n'y a une dette qui subsiste pour laquelle l'hypothèque ait été contractée ; c'est ce qui résulte de la notion et de la définition que nous avons donnée de l'hypothèque.

Il suit de là que les contrats que la loi déclare nuls ne peuvent être accompagnés d'aucune hypothèque, parcequ'il ne résulte de ces contrats aucun engagement valable, aucune dette, et qu'il en faut une qui puisse leur servir de fondement, puisqu'elles ne

peuvent subsister sans une dette dont elles soient un accessoire.

Suivant ces principes, il est décidé, par la loi 2, ff. *quæ res pig.*, que si quelqu'un a hypothéqué quelque chose pour l'emprunt qu'un fils de famille a fait contre le sénatus-consulte macédonien, ou pour l'obligation qu'une femme a subie pour autrui contre le sénatus-consulte velléien, telle hypothèque est nulle, parceque l'engagement de ce fils de famille, aussi bien que celui de cette femme, est nul.

Suivant ces mêmes principes, on doit décider parmi nous que si une femme sous puissance de mari a contracté sans être autorisée, les hypothèques qui auroient été accordées, soit par elle, soit par des tiers, pour raison de ce contrat qui est nul, le sont aussi.

On dira peut-être qu'il y a, dans cette espèce, une obligation de la femme dans le for de la conscience, et qu'une telle obligation doit être un fondement suffisant pour les hypothèques, puisque suivant la loi 5, ff. *de pig. et hyp.*, on peut constituer des hypothèques pour des obligations purement naturelles, *et vel pro civili obligatione vel tantum naturali.*

La réponse est que les obligations naturelles pour lesquelles cette loi permet de constituer hypothèque sont celles qui naissoient des simples conventions *ex nudis pactis*, qui n'étoient point revêtues de la forme de la stipulation qui, selon les principes du droit romain que nous ne suivons point, étoit nécessaire pour donner le droit d'action et de demande en justice. Ces obligations étoient appelées purement naturelles, parcequ'elles étoient insuffisantes pour donner le droit

d'action; mais la loi ne les désapprouvoit pas; elle ne les déclaroit pas nulles; elles pouvoient donc servir de fondement à des hypothèques; mais celles que la loi improuve et déclare nulles ne peuvent y servir de fondement, ce qui est nul ne pouvant produire d'effet.

On peut constituer des hypothèques pour quelque dette que ce soit. Il n'importe quel soit l'objet de la dette, *non tantum ob pecuniam sed et ob aliam causam pignus dari potest*; l. 9, §. 1, ff. de pig. act.

On peut constituer des hypothèques non seulement pour sa propre dette, mais pour celle d'autrui, *sive pro suâ obligatione, sive pro alienâ*; l. 5, §. 2.

On peut constituer des hypothèques même pour une dette qui n'est contractée que sous une condition qui n'est point encore arrivée; *rem hypothecæ dari posse sciendum est Sive pura est obligatio vel in diem vel sub conditione*; ff. l. 5.

Mais de même que la dette est en suspens jusqu'à l'échéance de la condition, l'hypothèque sera aussi en suspens. Si la condition vient à défaillir, il n'y aura point eu d'hypothèque, ne pouvant y en avoir sans dette; que si la condition existe, la dette étant censée, en ce cas, valablement contractée dès le temps du contrat par l'effet rétroactif qu'on donne aux conditions, l'hypothèque aura aussi effet du jour qu'elle a été constituée.

On peut même constituer des hypothèques pour une dette qui n'a point été contractée, mais qu'on contractera, *et futuræ obligationis nomine*; ff. l. 5; mais comme il ne peut y avoir d'hypothèque qu'il n'y

ait une dette, cette hypothèque n'aura lieu que du jour que la dette aura été contractée.

C'est pourquoi si aujourd'hui, premier d'avril, je suis convenu que tel héritage vous seroit spécialement hypothéqué pour une somme de 10,000 liv. que vous me prêteriez, et que vous ne m'ayez compté cette somme que le premier septembre suivant, l'hypothèque n'aura lieu que du premier septembre, parce que, n'ayant commencé à être débiteur envers vous de cette somme que du jour que je l'ai reçue, l'hypothèque n'a pu naître plus tôt, ne pouvant pas y avoir d'hypothèque avant qu'il y ait une dette.

De là il suit que, pour que l'hypothèque soit valablement contractée, il faut que j'aie été propriétaire de la chose, non pas précisément au temps que je suis convenu de vous accorder cette hypothèque, mais au temps que la dette a été contractée par la numération qui m'a été faite de l'argent; car, comme ce n'est qu'en ce temps que le droit d'hypothèque a pu être acquis au créancier, il faut que, dans ce même temps, la chose m'ait appartenu pour pouvoir lui faire acquérir ce droit; l. 4, ff. *quæ res pig.*

CHAPITRE II.

Des effets de l'hypothèque et des actions qui en naissent.

L'effet de l'hypothèque est d'affecter au total de la dette la chose hypothéquée et chacune de ses parties; d'où il suit que, si mon débiteur aliène une partie de l'héritage qu'il m'a hypothéqué, j'ai hypothèque pour le total de ma dette sur la partie qu'il a aliénée, comme je l'ai pour le total sur la partie qu'il a conservée.

Par la même raison, si mon débiteur est mort et a laissé quatre héritiers entre lesquels l'héritage qu'il m'a hypothéqué a été partagé, j'ai hypothèque pour le total de ma dette sur la part de chacun de ces quatre héritiers.

En cela l'hypothèque est différente de l'obligation personnelle; car l'obligation de la personne se divise entre les héritiers du débiteur, au lieu que l'hypothèque que le créancier a sur les biens ne se divise point par le partage qui se fait de ses biens, parcequ'ils sont hypothéqués au total de la dette, non seulement dans leur totalité, mais dans chacune de leurs parties, divisées ou indivisées.

La fin de l'hypothèque étant d'assurer au créancier sa dette, et de lui en procurer le paiement par la vente de la chose hypothéquée, lorsque le débiteur est en demeure de satisfaire; le créancier a différents moyens pour parvenir à cette fin.

Lorsque la chose hypothéquée est en la possession du débiteur, et que le créancier, outre son droit d'hy-

pothèque, a contre son débiteur un titre exécutoire, il peut, après avoir mis en demeure le débiteur, saisir réellement l'héritage hypothéqué, et en poursuivre la vente judiciaire.

Nous traiterons amplement de cette saisie réelle dans notre *traité de la Procédure civile*, où nous renvoyons.

On appelle titre exécutoire un acte par-devant notaire, portant obligation, ou un jugement de condamnation.

Lorsque le créancier n'a point de titre exécutoire contre son débiteur qui possède les biens hypothéqués, soit parceque l'hypothèque qu'il a contre ce débiteur est une hypothèque tacite qui ne résulte d'aucun titre exécutoire, soit parceque ce débiteur n'est que l'héritier de celui qui s'est obligé ou a été condamné envers le créancier, le créancier ne peut saisir les biens hypothéqués qu'il n'ait assigné le débiteur et obtenu contre lui un jugement de condamnation, ou qu'il ne se soit obligé au paiement de la dette par acte devant notaire.

Le créancier a pour cet effet l'action personnelle hypothécaire contre les héritiers de son débiteur, qui sont en possession des biens hypothéqués.

Lorsque la chose hypothéquée n'est pas en la possession du débiteur, mais d'un tiers, le créancier ne la peut saisir sur ce tiers, qui n'est ni son obligé ni son condamné, il n'a que la voie d'action pour la lui faire délaisser, et après le délais fait, le créancier la saisira sur un curateur qu'il fera établir au délais.

C'est de cette action et des autres qui naissent de

l'hypothèque dont nous nous proposons principalement de traiter en ce chapitre.

On a coutume de distinguer trois actions qui naissent de l'hypothèque : l'action hypothécaire simplement dite ; l'action personnelle hypothécaire , et l'action d'interruption.

SECTION PREMIÈRE.

De l'action hypothécaire simplement dite.

L'action hypothécaire simplement dite est celle qu'a le créancier contre le tiers-détenteur de l'héritage ou autre immeuble hypothéqué , aux fins que ce détenteur soit condamné à le délaisser , si mieux il n'aime satisfaire aux causes de l'hypothèque.

ARTICLE PREMIER.

De la nature de l'action hypothécaire simplement dite ; par qui et contre qui s'intente-t-elle.

L'action hypothécaire n'est point une action personnelle , mais une action réelle , puisqu'elle ne naît d'aucune obligation que le défendeur ait contractée envers le demandeur , ces parties n'ayant jamais eu aucune affaire ensemble ; mais elle naît du droit d'hypothèque que le demandeur a dans la chose hypothéquée , et cette action contient la poursuite de ce droit contre le possesseur de la chose.

Cette action ne peut être intentée que par le créancier à qui ce droit appartient ; et comme toutes les autres actions réelles , elle ne peut être intentée que contre

le possesseur de l'héritage ou d'autre immeuble sujet à ce droit que le demandeur poursuit.

Le détenteur contre qui doit s'intenter cette action est celui qui le possède comme propriétaire, *animo domini*, soit qu'il le soit effectivement, soit qu'il se déclare tel.

Si la demande a été donnée contre un fermier ou locataire que le demandeur auroit trouvé en possession de l'héritage, ce fermier ou locataire doit être renvoyé de la demande en indiquant le nom de celui de qui il tient à ferme ou loyer ; car ce n'est pas proprement le fermier ou locataire qui est le possesseur, c'est celui de qui il tient à ferme ou loyer qui possède par lui. *Possidemus per colonos nostros aut inquilinos.*

Lorsque le propriétaire d'un héritage hypothéqué a créé un droit d'usufruit sur l'héritage, l'action hypothécaire doit être donnée contre le propriétaire ; car c'est lui qui possède l'héritage : l'usufruitier possède ou est en quasi-possession de son droit d'usufruit dans l'héritage plutôt qu'il ne possède l'héritage même ; c'est pourquoi, si le créancier avoit donné l'action contre l'usufruitier qu'il trouve en possession, il faudroit, sur l'indication qu'il donneroit du nom du propriétaire, mettre ce dernier en cause ; mais l'usufruitier ne seroit pas mis hors de cause, et le créancier pourroit conclure, tant contre l'usufruitier que contre le propriétaire, parceque l'usufruitier a un droit dans la chose, en quoi il est différent du simple fermier.

Loyseau néanmoins, liv. 3, chap. 3, n. 2, décide, contre notre opinion, que l'action hypothécaire ne doit pas être donnée contre le propriétaire de l'héritage

chargé d'usufruit, mais contre l'usufruitier : ce que je ne pense pas véritable.

Que si le propriétaire de l'héritage hypothéqué, depuis la création de l'hypothèque, l'a donné à titre de cens, d'emphytéose, ou de rente foncière, l'action doit être donnée contre le détenteur qui le tient à quelqu'un desdits titres de cens, d'emphytéose, ou de rente foncière, et non contre le seigneur dudit cens ou rente; car c'est celui qui le tient à ces titres qui est vraiment propriétaire et possesseur de l'héritage dont il a le domaine utile; le seigneur de cens, d'emphytéose ou de rente foncière ne possède pas proprement l'héritage, mais le droit qu'il s'est retenu dessus.

Lorsque l'héritage hypothéqué appartient à une femme mariée, l'action doit être donnée contre le mari et la femme; elle ne peut être donnée contre la femme seule, parcequ'on ne peut donner d'action contre une femme seule, lorsqu'elle est en puissance de mari, ni contre le mari seul, parceque le mari est à la vérité possesseur des héritages propres de sa femme; car il ne l'est pas *nomine proprio*, mais en sa qualité de mari et du chef de sa femme; ainsi la propriété en appartient à sa femme. Or, toutes les actions, pour raison de la propriété des propres de la femme, qui tendent à la dépouiller de sa propriété, ne peuvent être données contre le mari seul.

L'action hypothécaire ne peut être intentée avant que le terme du paiement de la dette pour laquelle l'héritage est hypothéqué soit échu, en quoi elle diffère de l'action d'interruption qui peut s'intenter même avant l'échéance de la condition.

ARTICLE II.

De l'exception de discussion et des autres qui peuvent être opposées contre l'action hypothécaire.

Le tiers-détenteur de l'héritage hypothéqué, qui est assigné en action hypothécaire, peut ordinairement, avant contestation en cause, opposer au demandeur l'exception de discussion.

§. I. De la nature de cette exception, et en quel temps peut-elle être opposée.

Cette exception arrête la demande jusqu'à ce que le demandeur en action hypothécaire ait discuté les biens de son débiteur et des cautions de ce débiteur; pour se procurer le paiement de sa créance.

Cette exception est dilatoire et non pas péremptoire, car elle ne fait que différer l'action hypothécaire; elle ne la détruit pas, et le demandeur, après la discussion par lui faite des biens de son débiteur et de ses cautions, pourra suivre son action hypothécaire, si cette discussion ne lui a point procuré le paiement de sa dette.

De là il suit que, suivant la règle commune à toutes les exceptions dilatoires, cette exception doit être opposée avant la contestation en cause. Loyseau le décide ainsi, liv. 3, chap. 8, n. 26, et il dit que lorsque cette exception n'a été proposée qu'après contestation, le juge ne doit pas surseoir à faire droit sur la demande jusqu'après la discussion; mais il veut que le juge, en ce cas, condamne à délaisser, en ajoutant: *Après discussion faite des biens du débiteur.*

Il y a néanmoins quelques auteurs qui prétendent qu'elle peut être opposée depuis la contestation en cause, et même depuis la sentence rendue sur l'action hypothécaire; mais je ne vois pas quel peut être le fondement de cet avis.

§. II. Par qui et à l'égard de quelles créances cette exception peut-elle être opposée.

Cette exception ne s'oppose que par les tiers-détenteurs qui ne sont point obligés personnellement à la dette, n'ayant point acquis à cette charge.

Au reste, ils ne sont pas censés y être personnellement obligés pour en avoir eu connoissance, ou même pour avoir été chargés de l'hypothèque seulement et non de la dette, comme l'observe fort bien Loyseau, en son *Traité du Déguerpissement*, liv. 3, ch. 8, n. 14. C'est pourquoi ils ne laissent pas en ces cas de pouvoir opposer la discussion.

Cette exception ne peut s'opposer par ceux qui sont personnellement tenus de la dette, pour quelque petite partie que ce soit.

Dans certaines coutumes les simples tiers-détenteurs n'ont pas même le droit d'opposer cette exception contre certaines créances hypothécaires.

Dans la coutume de Paris, elle n'a lieu qu'à l'égard des créances hypothécaires de sommes exigibles; elle ne s'oppose point contre les créanciers de rentes, soit que le créancier ait une hypothèque spéciale sur l'héritage pour lequel l'action hypothécaire est donnée, soit qu'il n'ait qu'une hypothèque générale: c'est ce qui est dit en termes formels par l'art. 101: *Les dé-*

tenteurs et propriétaires d'aucuns héritages obligés ou hypothéqués à aucunes rentes sont tenus hypothécairement icelles payer... sans qu'il soit besoin d'aucune discussion.

Cet article ne distingue point si l'hypothèque est spéciale ou seulement générale. Il dit en termes généraux : *d'aucuns héritages obligés ou hypothéqués à aucunes rentes* ; d'où il suit qu'aux termes de cet article, on ne peut opposer la discussion aux créanciers de rentes, quand même ils n'auroient qu'une hypothèque générale.

Laurière, contre le texte formel de cet article, n'a pas laissé d'avancer que les créanciers de rentes étoient obligés à la discussion dans la coutume de Paris ; la raison sur laquelle il se fonde est que la coutume n'a dispensé de la discussion les créanciers de rentes, que parceque autrefois les rentes constituées étoient regardées comme des charges réelles des héritages, et de la même nature que les rentes foncières ; qu'aujourd'hui qu'elles sont considérées différemment, les créanciers de ces rentes doivent être sujets à la discussion. Cet avis de Laurière n'est pas suivi, et est contredit par tous les commentateurs, Duplessis, Lemaître, etc., et avec raison ; car quoique les rentes constituées soient considérées différemment de ce qu'elles étoient autrefois la disposition de la coutume qui dispense de la discussion les créanciers de rentes, n'en subsiste pas moins.

Dans notre coutume, les tiers-détenteurs peuvent opposer la discussion aux créanciers de rentes, lorsqu'ils n'ont qu'une hypothèque générale : pour qu'ils

ne puissent l'opposer, il faut que deux choses concourent : 1^o que la créance hypothécaire soit une rente ; 2^o que l'hypothèque soit une hypothèque spéciale. C'est ce qui résulte de l'art. 436 de la coutume d'Orléans.

Dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas, les tiers-détenteurs peuvent opposer la discussion contre toutes les actions hypothécaires, quelle que soit la créance hypothécaire ; créance exigible ou rente, et quelle que soit l'hypothèque générale et spéciale ; car l'exception de discussion est de droit commun, et par conséquent elle doit avoir lieu tant qu'il n'y a quelque loi ou coutume qui contienne quelque cas d'exception. C'est le sentiment de Loyseau, liv. 3, chap. 8, n. 5, 6, 7, qui prétend même qu'il y auroit lieu à la discussion dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas, quand même l'héritage n'auroit pas été spécialement hypothéqué à la rente, mais qu'il y auroit clause d'assignat par laquelle la rente auroit été créée spécialement à prendre sur les revenus de l'héritage, cette clause d'assignat n'empêchant pas que l'obligation de l'héritage ne soit qu'accessoire à la personnelle.

Si le créancier avoit été nanti de l'héritage, quand même la possession en laquelle on l'auroit mis de cet héritage, ne seroit qu'une possession feinte et civile, l'acquéreur qui auroit acquis cet héritage du débiteur, et s'en trouveroit en possession réelle, ne pourroit opposer la discussion, le créancier n'ayant pas dû être dépossédé. C'est le sentiment de Loyseau au même endroit.

On doit suivre, sur les cas auxquels la discussion

doit avoir lieu ou non, la coutume du lieu où est situé l'héritage hypothéqué; car l'exemption ou la nécessité de la discussion dans certains cas, sont des effets de la plus grande ou de la moindre vertu de l'hypothèque. Or, il est évident que c'est à la coutume qui régit l'héritage à régler la nature et l'étendue des différents droits qu'on peut avoir dans l'héritage, quand même il seroit expressément porté par le contrat que le créancier auroit une hypothèque sur tous les biens ou certains biens du débiteur, contre laquelle l'exception de discussion ne pourroit être opposée, les tiers-détenteurs de ces biens ne laisseroient pas de pouvoir l'opposer; car cette clause dans un contrat où ce tiers-détenteur n'étoit point partie, ne peut lui préjudicier, ni lui ôter un droit qui lui est accordé par la loi: *Privatorum pactis juri publico derogari non potest.*

§. III. Quels biens le créancier est-il obligé de discuter, et aux frais de qui.

Le créancier à qui on oppose la discussion, doit faire vendre les meubles de son débiteur principal et des cautions, ou rapporter un procès-verbal de *carence* des meubles.

Il est obligé aussi de discuter leurs meubles, mais seulement ceux qui lui sont indiqués par celui qui lui oppose la discussion; car il n'est point obligé de les connoître.

Il en est de même des dettes actives de son débiteur, et même des meubles corporels qui seroient ailleurs qu'en la maison de son débiteur, le créancier n'étant

point obligé de les connoître, n'est obligé de les discuter qu'autant qu'ils lui sont indiqués.

Le créancier n'est point obligé de discuter les biens de ses débiteurs et cautions qui sont hors du royaume.

Il n'est point obligé de discuter ceux qui sont litigieux, et dont la propriété est contestée à son débiteur; car il ne doit pas être obligé d'attendre la fin d'un procès, ni à soutenir le procès.

Enfin le tiers-détenteur contre qui le créancier a donné son action, ne peut obliger le créancier à discuter les biens d'autres que de ses débiteurs et cautions, et il ne peut le renvoyer contre les autres tiers-détenteurs d'héritages, pareillement obligés à sa créance, soit qu'ils aient été aliénés les premiers ou les derniers.

Loyseau, liv. 3, chap. 8, n. 29, dit néanmoins que lorsque le créancier a une hypothèque spéciale sur un héritage possédé par un tiers-détenteur, et qu'il a donné sa demande contre le détenteur d'un héritage sur lequel il n'a qu'une hypothèque générale, ce détenteur peut le renvoyer à la discussion de l'héritage spécialement hypothéqué. Ce qui est fondé sur la loi 9, *cod. de dist. pig.*, et d'autres, qui décident que le créancier doit commencer par vendre les hypothèques spéciales avant que de venir aux générales; mais cette décision de Loyseau ne reçoit plus d'application au moyen de la clause que l'on ne manque jamais d'insérer, que la spéciale hypothèque ne nuira point à la générale, laquelle clause donne le pouvoir au créancier de discuter les hypothèques générales, si bon lui semble, avant les spéciales; et cette clause est devenue tellement de

style et passée en usage, que plusieurs auteurs disent que quand elle auroit été omise, elle devoit être sous-entendue.

Il nous reste à observer que la discussion doit se faire aux frais de celui qui l'oppose, et que le créancier, à qui on indique des héritages du débiteur à discuter, est fondé à demander que celui qui oppose la discussion, lui fournisse une somme de deniers pour frayer à la saisie réelle qu'il en fera, faute de quoi il doit être dispensé de la discussion des immeubles.

§. IV. De l'exception qui peut être opposée contre l'action hypothécaire, pour raison des impenses faites à l'héritage.

Le tiers-détenteur peut opposer par exception contre l'action hypothécaire, qu'il a fait des impenses nécessaires à l'héritage hypothéqué, et qu'il ne peut être contraint à le délaisser qu'il ne soit remboursé desdites impenses, ou du moins que le créancier ne lui donne caution de faire monter l'héritage à si haut prix qu'il en soit remboursé sur le prix.

Cette exception est fondée sur cette règle de l'équité naturelle, que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, *neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari*. Le détenteur ayant conservé le gage par les impenses nécessaires qu'il a faites, le créancier n'en doit pas profiter aux dépens de ce détenteur, et doit par conséquent les lui rembourser.

Nous ne comprenons point dans ces impenses nécessaires, les impenses de simple entretien, le tiers-détenteur ayant joui et perçu les fruits de l'héritage, n'a pas de répétition de ces impenses, qui sont une charge

des fruits qu'il a perçus; il ne seroit pas même recevable à les demander en offrant de compter des fruits, s'il prétendoit qu'elles excédassent les fruits; car comme ces impenses sont faites pour les fruits dont il auroit eu le bénéfice s'ils eussent excédé les impenses, la charge de ces impenses doit le regarder, n'ayant été faites que *propter ipsius negotium, et non propter negotium creditoris hypothecarii* à qui il ne devoit point compte des fruits. C'est de ces impenses qu'il est parlé en la loi 40, §. 1, ff. *de damno inf.*, suivant le sentiment de Cujas et de Loyseau.

Suivant les principes du droit romain, le détenteur n'étoit point obligé à délaisser l'héritage, qu'on ne lui en eût au préalable remboursé, non seulement les impenses nécessaires, mais même les utiles; avec cette seule différence entre les nécessaires et les utiles, que ces dernières ne lui devoient être remboursées que jusqu'à concurrence de ce que l'héritage s'en trouvoit plus précieux. C'est la décision de la loi 29, §. 2, ff. *de pig. et hypoth.*

Suivant notre droit, le détenteur doit aussi être remboursé des impenses nécessaires, et même des impenses utiles, eu égard à ce que lesdites impenses utiles ont rendu l'héritage plus précieux, c'est-à-dire eu égard à ce qu'il sera vendu de plus, autrement le créancier profiteroit aux dépens de ce détenteur, ce que l'équité naturelle ne permet pas; mais Loyseau prétend que la loi 29, qui accorde à ce débiteur le droit de retenir l'héritage jusqu'à ce remboursement, ne doit point être suivie dans notre droit, et qu'on doit seulement lui accorder le droit d'être payé à l'ordre des im-

penses nécessaires, par privilège, sur tout le prix, et des utiles, par privilège, sur la plus-value du prix par rapport auxdites impenses. La raison de différence entre le droit romain et le nôtre est que, par le droit romain, un créancier n'avoit pas le droit de vendre le gage avant qu'il eût satisfait les créanciers antérieurs ou plus privilégiés que lui ; mais, suivant notre droit, le dernier créancier pouvant vendre le gage, ce détenteur, quoique privilégié pour ses impenses, ne peut se dispenser de délaisser au créancier l'héritage pour être vendu, sauf à ce détenteur à exercer à l'ordre son privilège sur le prix, pour les impenses qui lui sont dues.

Néanmoins, comme il ne seroit pas juste que ce détenteur perdît ses impenses, si les frais du décret absorboient le prix de l'héritage, je pense que si le demandeur n'est pas condamné à lui rendre préalablement le prix de ses impenses, au moins il doit être condamné à lui donner caution que l'héritage montera à si haut prix qu'il en sera payé, sans encourir les risques d'aucuns frais de saisies et de criées.

Comme la saisie réelle peut durer fort long-temps, il est juste aussi que le détenteur soit payé à l'ordre, non seulement du prix principal de ses impenses, mais des intérêts.

Le détenteur doit, à cet effet, demander, dès avant le délais, l'estimation desdites impenses par experts nommés tant par le demandeur que par lui.

Si les impenses utiles étoient de nature à pouvoir s'enlever, et que le détenteur, pour éviter la discussion de leur liquidation, voulût les enlever, on ne pourroit le lui refuser.

A l'égard des impenses voluptuaires, le détenteur n'en peut demander le remboursement; mais on ne peut lui refuser la faculté de les enlever, si cela se peut sans détérioration.

§. V. De l'exception qui résulte de la garantie.

Lorsqu'un créancier, qui a un droit d'hypothèque sur un héritage possédé par un tiers-détenteur, se trouve, de quelque manière que se soit, personnellement obligé envers ce tiers-détenteur à la garantie de cet héritage, cette obligation de garantie résiste à l'action hypothécaire qu'il a contre ce détenteur, et fournit à ce détenteur une exception qui détruit cette action.

Par exemple, si Pierre m'a vendu un héritage hypothéqué à une créance que Jacques a contre Jean, à qui cet héritage a autrefois appartenu, et que Jacques devienne par la suite héritier de Pierre qui me l'a vendu, quoique Jacques, de son chef, ait une hypothèque sur cet héritage que je possède, et en conséquence ait droit de donner l'action hypothécaire contre moi, néanmoins il ne pourra utilement la donner, parceque, en sa qualité d'héritier de Pierre mon vendeur, il se trouve obligé envers moi, ainsi que l'étoit Pierre, à me défendre de tous troubles par rapport à cet héritage, et par conséquent à faire cesser la propre demande qu'il avoit droit de son chef d'intenter contre moi; de même que cette obligation de garantie dont Jacques, comme héritier de Pierre, mon vendeur, est tenu envers moi, m'auroit donné une action de garantie contre lui pour faire taire et cesser les actions

hypothécaires qui auroient pu être données contre moi par d'autres créanciers; de même elle me donne une exception péremptoire contre sa propre demande: car, *qui habet actionem, multò magis debet habere exceptionem.*

Lorsque le créancier qui a donné contre moi l'action hypothécaire n'est héritier que pour partie de mon vendeur, *par exemple*, pour un quart, il ne doit être exclu de son action hypothécaire que pour la partie dont il est héritier; c'est pourquoi je dois être condamné, en ce cas, à lui délaisser l'héritage pour les trois quarts, si mieux je n'aime payer les causes de l'hypothèque pour ces trois quarts, car, n'étant obligé à la garantie envers moi que pour le quart dont il est héritier de mon vendeur, il ne peut être obligé de m'acquitter que pour cette partie, soit du délais de l'héritage, soit du paiement des causes de l'hypothèque, si je voulois le conserver.

Si ce créancier, en même temps qu'il est héritier pour un quart de mon vendeur, est aussi *biens-tenant*, c'est-à-dire possesseur d'immeubles de la succession de mon vendeur, hypothéqués à ma garantie, il doit être déclaré personnellement pour la part dont il est héritier de mon garant, et hypothécairement comme biens-tenant de mon garant, non-recevable en sa demande, sauf à lui à se faire faire raison par ses cohéritiers, pour chacun leur part, de ce qu'il souffre d'être exclu de la demande qu'il avoit de son chef contre moi.

Suivant ces principes, quoiqu'une femme ait pour ses reprises et conventions matrimoniales hypothèque

sur les biens de son mari du jour de son contrat de mariage, et qu'elle ait en conséquence l'action hypothécaire contre les tiers-détenteurs qui auroient acheté quelques biens de son mari pendant le mariage, néanmoins, si elle accepte la communauté, comme en sa qualité de commune elle est tenue, pour sa part en la communauté, de l'obligation de garantie que son mari a contractée durant le mariage envers ces acquéreurs, et qui est par conséquent une dette de la communauté, elle doit être, pour cette part, non-recevable en son action hypothécaire.

L'exception qui résulte de la garantie a lieu non seulement lorsque le demandeur en action hypothécaire se trouve personnellement obligé à la garantie de l'héritage, mais encore lorsqu'il se trouve seulement possesseur d'héritages hypothéqués à cette garantie, comme si Pierre m'a vendu un héritage hypothéqué à Jacques pour une dette de Paul, à qui cet héritage avoit auparavant appartenu; qu'ensuite ledit Pierre vende audit Jacques d'autres héritages hypothéqués par conséquent à la garantie que Pierre est tenu de me prêter pour celui qu'il m'a précédemment vendu, si ce Jacques donne contre moi l'action hypothécaire, je lui opposerai pour exception contre sa demande qu'il est possesseur d'héritages sujets à la garantie de celui dont il veut m'évincer.

Mais il y a cette différence entre l'exception que l'on a contre celui qui est personnellement tenu à la garantie, et celle que l'on a contre celui qui est seulement possesseur d'héritages hypothéqués à cette garantie, que la première l'exclut absolument de son action ou

pour le total, s'il est obligé pour le total à la garantie, ou pour partie, s'il n'est tenu de la garantie que pour partie : au lieu que l'autre ne l'exclut pas absolument de son action ; mais lui laisse la faculté de la suivre après qu'il aura abandonné les héritages sujets à la garantie qui est due au tiers-détenteur, pour raison de l'héritage qu'il veut lui évincer par son action hypothécaire, pour, par ce tiers évincé, vendre lesdits héritages sujets à la garantie, pour les dommages et intérêts qui lui sont dus, résultants de l'éviction qu'il a soufferte.

§. VI. De l'exception *cedendarum actionum*.

Le tiers-détenteur, en payant le créancier qui a donné l'action hypothécaire contre lui, a droit de se faire subroger à tous les droits, actions, et hypothèques de ce créancier.

Il peut les exercer, non seulement contre le débiteur et autres personnellement obligés, mais aussi contre les autres détenteurs d'héritages pareillement hypothéqués à la dette qu'il a payée.

Il ne peut pas néanmoins les exercer solidairement contre ces tiers-détenteurs, car il se feroit un circuit d'actions ; le détenteur qui paieroit le total de la dette à ce premier cessionnaire des actions du créancier devroit à son tour être subrogé aux actions et hypothèques du créancier, et en vertu de la subrogation, il exerceroit les mêmes actions contre le détenteur à qui il a payé la dette que ce détenteur a exercée contre lui, et lui feroit rendre ce qu'il a reçu de lui.

Pour éviter cet inconvénient, le tiers-détenteur, qui

a payé le créancier et s'est fait céder ses actions, ne doit pas agir solidairement contre les autres détenteurs, mais les faire contribuer avec lui à la dette qu'il a payée, au *prorata* de ce que chacun possède d'héritages hypothéqués à cette dette.

Il ne peut y avoir lieu à cette contribution lorsque le détenteur qui a payé le créancier et les détenteurs des autres héritages les ont acquis du même vendeur; car, en ce cas, ou le détenteur qui a payé le créancier a acquis avant les autres, ou depuis: s'il a acquis depuis, son héritage étant hypothéqué à la garantie des héritages acquis par les précédents acquéreurs, il ne peut exercer aucun recours contre eux, parceque, comme possesseur d'un héritage hypothéqué à la garantie des leurs, il est tenu hypothécairement de faire cesser sa propre demande qu'il donneroit contre eux. S'il a acquis au contraire avant eux, les héritages des autres détenteurs se trouvant hypothéqués à la garantie du sien, il a de son chef, contre eux, une action hypothécaire pour être acquittée en total de celle qui a été donnée contre lui par le créancier du vendeur, et il n'a pas, par conséquent, besoin de la subrogation aux actions de ce créancier pour les faire contribuer à la dette de ce créancier qu'il a acquittée.

Le cas de la contribution entre le détenteur qui a payé le créancier, et les détenteurs des autres héritages hypothéqués à la même dette est lorsque ces détenteurs ont acquis de différents vendeurs. *Finge*: un débiteur qui possédoit quatre héritages hypothéqués à Pierre a laissé quatre héritiers, Mathieu, Marc, Luc, et Jean, qui ont chacun un de ces héritages dans leur lot de

partage, chacun de ces héritiers a vendu l'héritage qui lui étoit échu à quatre différens particuliers. Dans cette espèce, si celui qui a acquis de Mathieu est assigné par le créancier en action hypothécaire, après avoir payé, il agira en recours contre ceux qui ont acquis de Marc, Luc, et Jean. C'est le cas de la contribution.

Quid, si le créancier qui a donné l'action hypothécaire contre le détenteur qui a acquis de Mathieu, avoit acquis lui-même un héritage hypothéqué à sa créance, de l'un des autres héritiers, le détenteur assigné pourroit-il opposer, par exception, que ce créancier, comme détenteur lui-même de l'un des héritages hypothéqués à sa dette, y doit contribuer et en doit faire sur lui confusion d'une partie, au *prorata* de ce qu'il possède? La raison de douter est que ce créancier pourroit alléguer pour s'en défendre, que cet héritage n'est plus hypothéqué à sa dette, ayant cessé de l'être lorsqu'il en est devenu propriétaire, *cum res sua nemini pignori esse possit*. Nonobstant cette raison, Dumoulin et Loyseau décident que le créancier doit faire confusion d'une partie de sa dette, au *prorata* de cet héritage qu'il possède; parcequ'en l'acquérant il s'est mis, par son fait, hors d'état de céder au défendeur son hypothèque qu'il étoit tenu de lui céder sur cet héritage; c'est pourquoi, comme il ne peut, par son fait, préjudicier au défendeur, il doit confondre sur lui la même portion de sa dette pour laquelle le défendeur auroit pu avoir recours si cette hypothèque eût subsisté; l'exception que le défendeur a pour cet effet contre le créancier, s'appelle exception *cedendarum actionum*, parcequ'elle a pour fondement la cession du droit qu'il avoit d'exiger de

l'hypothèque sur cet héritage acquis par le créancier, que le créancier a éteint en acquérant, et qu'il ne peut plus céder.

Cette exception *cedendarum actionum* qui milite contre le créancier demandeur en action hypothécaire, n'a lieu que lorsque le créancier a acquis l'héritage hypothéqué à sa dette, depuis que le défendeur a acquis le sien. Si le créancier l'avoit acquis auparavant, l'hypothèque sur l'héritage acquis par le créancier ayant été éteinte avant que le défendeur eût acquis le sien, le défendeur n'auroit jamais eu de recours à espérer sur l'héritage acquis par le créancier, et par conséquent il ne pourroit lui imputer qu'il en avoit éteint l'hypothèque en l'acquérant.

ARTICLE III.

De l'effet de l'action hypothécaire.

L'effet de cette action est de faire condamner le tiers-détenteur à délaisser l'héritage hypothéqué.

Le tiers-détenteur peut néanmoins éviter ce délais, soit avant la sentence, soit même après qu'il y a été condamné, en offrant au créancier le paiement de sa créance, si c'est une créance d'une somme exigible : mais il faut que le paiement qu'offre le détenteur, pour éviter le délais, soit le paiement de toute la dette à laquelle l'héritage est hypothéqué, et de tous les accessoires de cette dette, c'est-à-dire de tous les intérêts et frais. Pour peu qu'il restât quelque chose de dû, il seroit tenu au délais de tout ce qu'il possède, les biens hypothéqués étant hypothéqués en total, non seulement

à toute la dette, mais à tout ce qui peut en rester dû, quelque peu qu'il en reste.

Lorsque c'est une rente à laquelle l'héritage est hypothéqué, le tiers-détenteur, pour éviter le délais, doit non seulement offrir de payer tous les arrérages qui en sont dus, et les frais qui peuvent être dus au créancier pour raison de ladite rente, mais il doit encore offrir au créancier de passer un titre nouvel par-devant notaire, par lequel il s'oblige à continuer la rente tant qu'il sera détenteur de l'héritage hypothéqué.

Le tiers-détenteur d'un héritage hypothéqué à une rente ne devant, pour éviter le délais, s'obliger à la rente que tant qu'il est détenteur, si, par l'erreur du notaire (comme il arrive assez souvent), il étoit dit purement et simplement qu'il s'oblige à la rente, il seroit néanmoins présumé s'y être obligé seulement pour le temps qu'il seroit détenteur.

Il y a plus : quand même le titre nouvel porteroit formellement qu'il s'est obligé à la continuation de la rente pour toujours, et tant qu'elle auroit cours, on présumerait encore favorablement que ces termes se seroient glissés par erreur, et par style de notaire, parcequ'on croit difficilement qu'un homme ait voulu s'obliger à plus qu'il ne doit, à moins qu'il ne parût quelque cause pour laquelle il auroit augmenté son obligation, et se seroit ainsi obligé à payer la rente indéfiniment, et tant qu'elle auroit cours. *Putà*, s'il avoit reçu quelque chose pour cela, qu'on lui eût remis des arrérages. C'est le sentiment de Loyseau, liv. 4, chap. 4, n. 15 et 16.

Le détenteur ayant la faculté d'éviter le délais, en

offrant de payer, ou de passer titre nouvel; dans les sentences qui interviennent sur des actions hypothécaires, et qui condamnent le détenteur à délaisser les héritages hypothéqués, il y a toujours la clause : *Si mieux n'aime payer, ou, si mieux n'aime passer titre nouvel, etc.*

Quand cette même clause ne seroit pas dans la sentence, elle y doit être toujours sous-entendue, car elle est de la nature de l'action hypothécaire, le créancier n'ayant aucun autre intérêt au délais des héritages hypothéqués, que de se procurer le paiement de sa dette en les faisant vendre; il est mis hors d'intérêt, et ne peut plus prétendre ce délais, lorsqu'on offre de le payer.

Observez que le paiement de la dette hypothécaire n'est de la part du détenteur de l'héritage hypothéqué, que *in facultate solutionis*, pour éviter le délais : il n'est pas *in obligatione*; car le tiers-détenteur n'est point débiteur de cette dette, il ne l'a point contractée, ni succédé ou participé aux obligations personnelles de ceux qui l'ont contractée. On ne laisse pas néanmoins de conclure assez souvent contre le tiers-détenteur, qu'il soit tenu de payer la dette hypothécaire, si mieux il n'aime délaisser, et de rendre des sentences conformes à ces conclusions; mais ces conclusions et ces prononciations ne sont pas exactes dans l'élocution : c'est mettre la charrue devant les bœufs; Loyseau, liv. 3, chap. 4. Au reste, elles n'en sont pas moins valables; et nonobstant le renversement d'ordre dans l'élocution, c'est le délais qui est considéré comme l'objet, et des conclusions, et de la prononciation; le paiement de la dette n'est qu'une faculté accordée au détenteur pour éviter le délais.

Le tiers-détenteur ne peut être condamné à autre chose qu'au délais de l'héritage, en l'état qu'il se trouve : il n'est point tenu des dégradations qu'il y a faites avant la demande; car il a pu négliger un héritage qui lui appartenoit, et le dégrader.

Cette décisoin a lieu, quand même ce tiers-détenteur auroit eu connoissance de l'hypothèque, et même dans le cas auquel il auroit été déjà assigné en interruption, et que l'héritage auroit été déclaré hypothéqué; car, tant qu'on ne donne pas contre lui de demande hypothécaire, aux fins de délaisser l'héritage, il demeure maître de faire de son héritage ce que bon lui semble; et il peut penser que le créancier trouve son débiteur personnel suffisant.

Elle a aussi lieu, quand même il auroit retiré du profit de ces dégradations. Par exemple, si le tiers-détenteur a abattu des bois de haute-futaie, et les a vendus, il n'est point obligé à rapporter le prix qu'il en a touché.

Il y a plus : quand même ces bois abattus seroient encore sur la place, le créancier ne pourroit les prétendre; car étant devenus meubles, ils n'ont plus de suite par hypothèque.

A plus forte raison, le tiers-détenteur n'est point tenu au rapport des fruits qu'il a perçus avant la demande.

Mais ils est tenu du rapport des fruits, et des dégradations, qu'il a faites depuis la demande; car il devoit délaisser aussitôt que la demande a été donnée contre lui; et le créancier ne doit pas souffrir de la demeure en laquelle le détenteur a été de délaisser.

Lorsque l'héritage est hypothéqué, soit généralement, soit même spécialement, à une rente constituée, le tiers-détenteur n'est point obligé à payer les arrérages courus pendant le temps de sa détention, pour qu'il puisse délaisser, soit qu'il délaisse avant ou depuis la contestation en cause. Les articles 102 et 103, de la coutume de Paris, et les articles 409 et 410 de la nôtre, qui obligent le détenteur d'un héritage sujet à rente foncière, qui ne déguerpit qu'après contestation en cause, à payer des arrérages de son temps, ne doivent point s'étendre à l'action hypothécaire qui a lieu pour rentes constituées. C'est le sentiment de Loyseau, liv. 5, chapitre 15, n. 8. La raison est que les peines ne s'étendent point d'un cas à un autre; c'est pourquoi la peine de la contestation en cause, prononcée par ces coutumes dans le cas de l'action en reconnaissance et paiement de rente foncière, ne doit pas s'étendre à l'action hypothécaire.

Cette décision, que le tiers-détenteur qui délaisse n'est pas obligé de payer les arrérages de la rente constituée, courus pendant son temps, a lieu quand même il auroit eu connoissance de la rente, et quand même il auroit été expressément chargé, non de la rente, mais de l'hypothèque, suivant que l'enseigne Loyseau. Et en cela la rente constituée est différente de la rente foncière. La raison de différence vient de la différente nature du droit de rente foncière et du droit d'hypothèque. La rente foncière étant due par l'héritage plutôt que par la personne, ce droit consiste à exiger du possesseur de l'héritage la prestation de la rente; par conséquent celui qui achète l'héritage, avec la connois-

sance de cette charge, est censé s'y soumettre, et ainsi s'obliger à la prestation de la rente. Au contraire, le droit d'hypothèque, même spéciale, qu'a sur un héritage le créancier d'une rente constituée, ne consiste pas dans le droit d'exiger du possesseur de l'héritage la prestation de la rente qui est due par la personne qui l'a constituée. Ce droit d'hypothèque consiste seulement, suivant qu'il résulte de la définition de l'hypothèque, dans le droit qu'a le créancier de se faire délaisser l'héritage et de le faire vendre lorsqu'il ne sera pas payé par son débiteur. De-là il suit que celui qui achète l'héritage, quoique avec connoissance de la rente, et quoiqu'on le charge de l'hypothèque, pourvu qu'on ne le charge pas de la rente, n'est pas pour cela censé s'obliger à la prestation de la rente, mais seulement se charger d'abandonner l'héritage au cas que le créancier demande qu'on le lui délaisse, et par conséquent il n'est point tenu des arrérages courus pendant le temps de sa détention.

Si le tiers-détenteur a été chargé par le débiteur de qui il a aquis, de continuer la rente, il n'est pas douteux qu'il est personnellement tenu des arrérages courus pendant sa détention; et s'il y avoit avant sa détention d'anciens arrérages dont il n'eût pas été chargé, il pourroit délaisser pour éviter de payer lesdits arrérages, mais il demeure obligé à ceux courus pendant le temps de sa détention.

S'il n'a pas été chargé de la rente, mais que pour éviter le délai il ait passé titre nouvel, et que par la suite, *melius consultus*, il veuille délaisser, il demeure obligé aux arrérages courus pendant sa détention; il est même obligé à ceux courus auparavant, s'il s'est obligé

à les payer par le titre nouvel, comme il est d'usage, le créancier ne pouvant être obligé d'accepter son titre nouvel qu'il ne s'y soit obligé; Loyseau, liv. 5, chap. 15, n. 19. Mais quoiqu'en délaissant il demeure obligé au paiement des arrérages courus pendant sa détention et auparavant, il n'est pas absolument nécessaire, pour que son délaissement soit valable et qu'il soit déchargé de la rente pour l'avenir, qu'il les ait préalablement payés avant que de délaissier, et en cela le délais pour hypothèque est moins rigoureux que le déguerpiement pour rente foncière, comme l'observe Loyseau.

Si le détenteur ne s'est chargé de la rente, ni par son contrat d'acquisition, ni par un titre nouvel, ni en entrant en paiement depuis la condamnation, je penserois qu'il ne seroit tenu d'aucuns arrérages, pas même de ceux courus depuis la condamnation, mais qu'il est seulement tenu de rendre compte des fruits depuis la demande. Loyseau paroît d'avis différent.

Le tiers-détenteur n'est pas non plus obligé pour délaissier, d'acquitter les hypothèques, servitudes et autres charges réelles qu'il a lui-même imposées.

Il n'est pas non plus obligé absolument de sommer en cause son garant avant que délaissier; mais il est beaucoup de son intérêt de le faire, car si le garant n'a pas été sommé, il peut dire, lorsqu'il sera par la suite assigné en garantie, que s'il l'eût été d'abord, il eût payé ce qu'il doit, et fait cesser la demande. Par conséquent, en payant le créancier, il sera renvoyé de la demande du détenteur évincé, sauf à ce détenteur, si l'héritage n'a pas encore été adjugé, à rentrer dans l'héritage, mais en payant tous les frais faits sur le délais et la sai-

saïe, sans aucun recours contre le garant, faute de l'avoir sommé. Et si l'héritage est déjà adjugé, par la même raison le garant devra être renvoyé de l'assignation, en offrant de tenir compte au détenteur de la partie du prix de l'adjudication pour laquelle le créancier du garant a été mis en ordre après tous les frais, au lieu que si le détenteur avoit mis en cause d'abord son garant, il l'auroit fait condamner en tous ses dommages et intérêts, résultants de l'éviction, faute par lui de lui avoir manqué de garantie et de n'avoir pas fait cesser la demande en payant.

Le délais que fait le détenteur n'est que le délais de la possession de l'héritage, auquel héritage on crée un curateur, sur lequel le créancier doit le faire saisir et vendre par décret; le détenteur qui en fait le délais, en demeure propriétaire jusqu'à l'adjudication; il est toujours recevable à y rentrer, en offrant de payer la dette ou de s'obliger à la rente, si c'est une rente, et en offrant de payer tous les frais qui se sont faits depuis le délais.

Par la même raison les hypothèques, servitudes, et autres droits réels qui ont été imposés par le détenteur qui a délaissé l'héritage, ne laissent pas de subsister nonobstant le délais; ils ne sont purgés que par l'adjudication; et ceux à qui ils appartiennent, et qui se sont opposés, peuvent être mis en ordre sur le prix, s'il en reste quelque chose, après que le créancier qui a fait délaissé l'héritage aura été entièrement acquitté.

Si l'héritage n'est pas d'une assez grande valeur pour mériter les frais d'un décret solennel, le créancier, en vertu d'une permission que le juge accorde, eu égard à la modicité de la valeur de l'héritage, peut en pour-

suivre la vente sur une simple affiche et trois publications. Régulièrement le créancier ne doit pas prendre en paiement de sa dette l'héritage qui est délaissé, mais il doit le faire vendre; néanmoins, on le lui permet quelquefois.

Parmi nous, on ne s'adresse pas au prince, et le juge permet quelquefois au créancier de prendre en paiement de ses créances, et pour l'estimation qui en sera faite, l'héritage qui sera délaissé, lorsqu'il est évident que ses créances absorbent et au-delà le prix que pourroit être vendu l'héritage, et sur-tout lorsque ses créances sont privilégiées ou favorables, ou lorsque l'héritage est de si peu de valeur que les frais absorberoient la plus grande partie du prix.

SECTION II.

Des autres actions qui naissent de l'hypothèque.

§. I. De l'action personnelle hypothécaire.

L'action personnelle hypothécaire est celle qui a lieu contre l'héritier du débiteur, qui est en même temps biens-tenant, c'est-à-dire qui possède des biens de la succession susceptibles d'hypothèque, et par conséquent hypothéqués à la dette.

Il n'importe qu'il soit héritier pur et simple ou sous bénéfice d'inventaire. Cette action est personnelle parce que l'héritier du débiteur, en sa qualité d'héritier, est personnellement débiteur de la dette, puisqu'il succède, en cette qualité, à toutes les obligations personnelles du défunt; elle est en même temps hypothécaire,

suivre la vente sur une simple affiche et trois publications. Régulièrement le créancier ne doit pas prendre en paiement de sa dette l'héritage qui est délaissé, mais il doit le faire vendre; néanmoins, on le lui permet quelquefois.

Parmi nous, on ne s'adresse pas au prince, et le juge permet quelquefois au créancier de prendre en paiement de ses créances, et pour l'estimation qui en sera faite, l'héritage qui sera délaissé, lorsqu'il est évident que ses créances absorbent et au-delà le prix que pourroit être vendu l'héritage, et sur-tout lorsque ses créances sont privilégiées ou favorables, ou lorsque l'héritage est de si peu de valeur que les frais absorberoient la plus grande partie du prix.

SECTION II.

Des autres actions qui naissent de l'hypothèque.

§. I. De l'action personnelle hypothécaire.

L'action personnelle hypothécaire est celle qui a lieu contre l'héritier du débiteur, qui est en même temps biens-tenant, c'est-à-dire qui possède des biens de la succession susceptibles d'hypothèque, et par conséquent hypothéqués à la dette.

Il n'importe qu'il soit héritier pur et simple ou sous bénéfice d'inventaire. Cette action est personnelle parce que l'héritier du débiteur, en sa qualité d'héritier, est personnellement débiteur de la dette, puisqu'il succède, en cette qualité, à toutes les obligations personnelles du défunt; elle est en même temps hypothécaire,

parceque , comme biens-tenant , il est sujet à l'action hypothécaire.

Cette action personnelle hypothécaire s'intente pour le total de la dette contre l'héritier qui est biens-tenant, quoiqu'il ne soit héritier du débiteur que pour partie.

La formule des conclusions et de la condamnation, dans cette espèce d'action hypothécaire, est différente de celle qu'on emploie dans la simple action hypothécaire.

Dans celle-ci, on conclut à ce que le défendeur soit tenu de délaisser l'héritage, si mieux il n'aime payer; mais dans l'action personnelle hypothécaire on conclut directement à ce que le défendeur soit condamné de payer.

Loyseau, liv. 4, chap. 4, n. 17 et 18, prétend que ce n'est qu'une seule et même action, et que l'héritier qui a été une fois tenu de cette action personnelle hypothécaire, en est toujours tenu, quand même il cesseroit de posséder les biens hypothéqués à la dette, parceque cette action ayant tous les avantages de la personnelle et de l'hypothécaire, comme hypothécaire, a lieu pour le total de la dette; et comme personnelle, a lieu tant que l'obligation personnelle subsiste.

Suivant le même principe, il soutient que l'héritier qui est tenu de cette action personnelle hypothécaire pour une rente due par le défunt, doit, par le titre nouvel de la rente, s'obliger à la continuer toujours, et non pas seulement tant qu'il sera détenteur.

Comme aussi qu'il ne peut éviter de payer le total de la dette hypothécaire, en offrant de délaisser tous les biens hypothéqués qu'il possède, sauf que s'il n'est

héritier que sous bénéfice d'inventaire, il peut se décharger, tant de l'obligation personnelle, que de l'hypothécaire, en abandonnant non seulement tous les biens hypothéqués, mais en comptant de tous ceux de la succession.

J'aurois de la peine à acquiescer à ces décisions. L'action personnelle hypothécaire renferme deux actions véritablement distinctes l'une de l'autre; quoique ces actions s'intentent conjointement et sous le nom d'une unique action qu'on appelle *personnelle hypothécaire*, elles conservent néanmoins leur nature distincte et séparée, et quoique réunies par un même exploit, elles ont leurs conclusions différentes ainsi que leur condamnation. Car je vois que dans l'usage on conclut contre l'héritier, à ce qu'il soit tenu personnellement pour la part dont il est héritier, et hypothécairement pour le total; et pareillement les sentences portent: *Condamnons le défendeur personnellement pour la part dont il est héritier, et hypothécairement pour le total, etc.*

Ces condamnations différentes ne doivent donc pas avoir le même effet, l'héritier et biens-tenant étant condamné hypothécairement pour le total, et personnellement pour sa part, il n'y a que cette condamnation personnelle qui doit être absolue; la condamnation pour le surplus n'étant qu'une condamnation hypothécaire, il doit avoir la faculté de délaisser les biens hypothéqués qu'il possède pour en éviter l'exécution; autrement, en vain distingueroit-on dans la sentence la condamnation personnelle et la condamnation hypothécaire.

Par la même raison, l'héritier et biens-tenant d'un

défunt, passant titre nouvel des rentes de la succession, ne doit s'obliger à toujours que pour la part dont il est héritier, et pour le surplus que tant qu'il sera biens-tenant, puisque ce n'est qu'en qualité de biens-tenant qu'il est obligé pour le surplus. Il ne peut jamais cesser d'être débiteur de sa part que par le paiement, parcequ'il ne peut cesser d'être héritier; mais comme il peut cesser d'être biens-tenant, c'est-à-dire de posséder des biens hypothéqués à la dette, il peut donc cesser d'être débiteur du surplus, qu'il doit comme biens-tenant, lorsqu'il cessera de l'être.

Par la même raison un héritier en partie, dans le lot duquel sont tombés des immeubles hypothéqués à la dette du défunt, ne devrait plus, si depuis il a cessé de les posséder, être tenu de cette action personnelle hypothécaire, n'ayant plus d'autre qualité que celle d'héritier, et n'étant plus biens-tenant.

Néanmoins, il faut convenir que ce qu'enseigne Loyseau étoit, de son temps, la pratique constante du palais.

Au reste, Loyseau, liv. 4, chap. 4, n. 19, observe que cette action personnelle hypothécaire qui, selon lui, n'est qu'une seule et même action, n'a lieu que contre l'héritier biens-tenant de la succession, c'est-à-dire qui, en sa qualité d'héritier, possède ou a possédé des biens de la succession hypothéqués à la dette. Si l'héritier du débiteur, qui n'auroit eu dans son lot aucuns biens de la succession du débiteur qui fussent susceptibles d'hypothèque, venoit par la suite à acquérir à un autre titre quelques biens hypothéqués à la dette, ou s'il en étoit détenteur avant qu'il eût été

héritier, Loyseau convient qu'en ce cas cet héritier pourroit, pour éviter de payer au-delà de la part dont il est tenu personnellement en sa qualité d'héritier, délaisser les biens hypothéqués qu'il possède, de même qu'il cesseroit d'être sujet à l'action hypothécaire s'il cessoit de posséder ces biens.

La femme commune qui, comme détentrice de conquêts, est tenue hypothécairement des dettes de la communauté doit aussi être reçue à les délaisser, pour éviter de payer au-delà de la part dont elle est tenue personnellement comme commune.

Il nous reste à observer que l'exception de discussion ne peut jamais être opposée contre l'action d'interruption.

§. II. De l'action d'interruption.

L'action d'interruption est celle qu'un créancier hypothécaire a contre les détenteurs des choses hypothéquées à sa dette, pour leur faire reconnoître le droit d'hypothèque dont les choses par eux possédées sont chargées, et interrompre, par ce moyen, le temps de la prescription qui auroit pu être opposée contre son hypothèque, s'il l'eût laissé accomplir.

Comme le créancier, par cette action, ne demande ni le paiement de sa dette, ni le délais de l'héritage qui y est hypothéqué, et qu'elle n'a d'autre fin que la conservation du droit d'hypothèque, il suit de là : 1° qu'il ne peut y avoir d'exception de discussion à opposer contre cette action ; 2° qu'elle peut être donnée auparavant que le terme du paiement de la dette soit échu, et si elle est conditionnelle, même avant l'existence de

la condition; et en cela cette action diffère de l'action hypothécaire.

Le détenteur, sur cette action, doit être condamné à passer titre nouvel de reconnoissance ou déclaration d'hypothèque, et ce titre doit contenir la description détaillée des héritages hypothéqués à la dette, avec leurs nouveaux tenants et aboutissants, une déclaration qu'ils sont hypothéqués à la dette du créancier, et une promesse de payer lorsque le terme du paiement ou la condition seront échus, et seulement après la discussion du débiteur et autres personnellement obligés à la dette.

Ce titre est dû par chaque nouveau détenteur à toutes mutations.

SECTION III.

De l'exécution des hypothèques, de leur subrogation d'une créance à une autre, et de l'ordre entre les créanciers hypothécaires.

L'exécution de l'hypothèque se fait par la saisie que le créancier fait de la chose hypothéquée, et la vente judiciaire qui en est ordonnée. Nous en avons fait un traité séparé où nous renvoyons.

Nous avons aussi traité ailleurs de la subrogation des hypothèques d'une créance à une autre, et de la vente des immeubles affectés à ces sortes de créances.

Il nous reste seulement à traiter ici de l'ordre des créanciers hypothécaires.

Lorsqu'un héritage ou autre immeuble a été vendu par décret, et que plusieurs créanciers se sont oppo-

sés, le prix est distribué entre eux selon l'ordre de leurs hypothèques.

On ne suit pas à l'égard de tous les créanciers l'ordre de la date de leurs hypothèques, cet ordre n'a lieu qu'entre les simples créanciers hypothécaires.

Il y a certaines créances et certaines hypothèques privilégiées qui ne s'estiment pas par leur date, mais par leur cause, et qui précèdent les autres créanciers quoique antérieurs: on les appelle privilèges.

C'est une règle en fait de privilège que la créance qui a profité et tourné à l'utilité commune des créanciers doit être privilégiée, et que lorsqu'elle a profité, même aux créanciers privilégiés, ce privilège doit l'emporter. Nous ferons l'application de cette règle en donnant le détail des différents privilèges.

Le receveur des consignations commence par retenir, sur les deniers consignés, les frais de consignation. (Édit de février 1689, art. 28.)

Après lui le créancier qui a poursuivi la saisie réelle est le premier colloqué en ordre pour les frais extraordinaires de criées. A l'égard des frais ordinaires, l'adjudicataire en est tenu. (Édit de 1551, art. 12.)

On appelle frais ordinaires tous les frais de procédure qui, indépendamment d'aucun incident, sont nécessaires pour parvenir à l'adjudication, depuis le commencement qui précède la saisie réelle jusqu'à l'adjudication inclusivement.

De même que dans les ventes volontaires, c'est l'acquéreur qui porte les frais du contrat d'adjudication, de même dans les ventes judiciaires, l'acquéreur doit

être tenu de ces frais, qui sont frais nécessaires de l'adjudication qui tient lieu de contrat.

On appelle frais extraordinaires ceux que le poursuivant a été obligé de faire sur les incidents survenus pendant le cours de la saisie réelle. *Par exemple*, ceux faits sur l'appel de la saisie réelle, ou pour avoir congé des oppositions à fin d'annuler, de distraire, ou de charge, les frais d'ordre, les incidents sur l'ordre.

Le privilège de cette créance se tire du principe ci-dessus établi. Tous les créanciers, même les privilégiés, ne pouvoient parvenir à être payés de leur créance que par la vente de l'héritage hypothéqué; par conséquent, ces frais que le poursuivant a été obligé de faire pour parvenir à cette vente, et sans lesquels il n'auroit pu y parvenir, sont des frais faits pour l'affaire commune de tous les créanciers, même des privilégiés, et par conséquent, suivant le même principe, elle doit l'emporter sur leur privilège.

Il semble que cette raison cesse à l'égard des seigneurs féodaux ou censuels, créanciers de leurs redevances seigneuriales et profits féodaux ou censuels, car ces seigneurs n'avoient pas besoin de la procédure d'une saisie réelle pour être payés; ils pouvoient même l'empêcher et demander à rentrer dans leurs héritages à défaut de paiement, si mieux n'aimoient les créanciers se charger de leur dû. Sur ces raisons, Lemaître, en son *Traité des Criées*, suivi par Duplessis et d'Héricourt, pense que les seigneurs doivent être colloqués avant les frais de criées; néanmoins, on m'a assuré que l'usage est contraire, et cet usage est fondé en

raison ; car on peut dire que les seigneurs n'ayant pas usé du droit qu'ils avoient étoient censés avoir préféré la voie de la saisie réelle pour parvenir au paiement de leur dû ; par conséquent cette saisie réelle s'étant faite aussi bien pour eux que pour les autres créanciers, ils doivent, comme eux, souffrir que les frais de poursuite soient prélevés, comme faits pour l'affaire commune.

En vain oppose-t-on l'art. 358 de la coutume de Paris, qui porte que *les seigneurs seront préférés à tous autres créanciers* ; car il doit s'entendre des créanciers ordinaires, et non des créanciers qui ont travaillé pour l'intérêt commun, tant des autres créanciers que des seigneurs.

Le poursuivant ne laisse pas de retenir ses frais, quoiqu'il ait obtenu des condamnations de dépens contre ceux qui ont formé des incidents dont il a eu congé ; il ne doit pas être obligé à se contenter du recours que lui donnent lesdites condamnations, qui souvent lui seroient infructueuses par l'insolvabilité des condamnés ; mais il doit céder ses actions qui résultent desdites condamnations aux créanciers sur qui le fonds à distribuer manquera, pour, par eux, les exercer à leur risque et si bon leur semble, et même sans qu'il y ait de cession expresse de ces actions ; ces créanciers doivent être admis à exercer ce recours contre ceux qui ont été condamnés aux dépens des incidents, cette cession devant facilement se suppléer.

Après les frais de poursuite, on met en ordre, avant tous les autres créanciers, les frais funéraires et de la

dernière maladie du défunt, dont les biens vendus sont tenus lorsqu'il n'a laissé aucun mobilier sur lequel ils aient pu être acquittés. Quoique cette créance ne soit point hypothécaire, elle a ce privilège qui est fondé sur une raison de piété et de faveur, et sur ce qu'on présume que les créanciers du défunt ont consenti ou dû consentir à ces frais que l'humanité exigeoit, même au préjudice de leurs créances.

Ensuite on met en ordre la créance de celui qui a tellement conservé l'héritage, qu'il seroit totalement péri sans le travail qu'il a fait. Telle est la créance de celui qui auroit construit ou réparé une digue, sans laquelle la mer ou rivière auroit emporté l'héritage: Telle est la créance des ouvriers qui ont fait des réparations nécessaires à une maison. Il est évident que ces créanciers doivent être préférés à tous les autres, même aux seigneurs féodaux et censuels; car ils ont conservé la chose à tous les autres créanciers, ils ont agi *ut res esset in bonis debitoris*, ils ont travaillé pour l'affaire de tous les créanciers, en leur conservant leur gage; et par conséquent ils doivent être préférés à tous les créanciers, suivant le principe que nous avons établi ci-dessus.

Observez une différence entre celui qui a réparé des bâtimens et celui qui a réparé une digue, qui a empêché la mer ou la rivière d'emporter tout l'héritage. Celui-ci, ayant conservé tout l'héritage, a privilège sur tout le prix après les frais de justice; au lieu que celui qui a réparé les bâtimens n'a proprement privilège que sur le prix de la superficie qu'il a con-

servé, et non sur le prix du sol ou terrain, pourquoi il y a lieu à la ventilation. (Arrêt du 14 juin 1721, tome 7 du *Journal des Audiences.*)

Si les créanciers qui ont conservé le gage doivent être préférés aux autres, parcequ'ils l'ont conservé, et par conséquent fait l'affaire des autres créanciers, les frais de justice doivent être préférés même à ces créanciers qui ont conservé le gage, puisqu'ils ont servi à l'affaire commune, tant de ces créanciers que des autres, puisqu'en vain l'héritage auroit-il été conservé, s'il n'eût été vendu.

Observez qu'entre plusieurs créanciers, même hypothécaires, dont les créances ont pour objet différentes espèces de réparations faites pour la conservation de l'héritage, le plus ancien d'entre eux ne doit point être préféré aux autres; car les privilèges s'estiment par la cause, et non par le temps: *Privilegia estimantur non ex tempore, sed ex causâ.* Ayant également contribué à la conservation du gage commun, ils doivent avoir un droit et un privilège égal.

Les créanciers qui ont rendu l'héritage plus précieux, tel qu'un entrepreneur qui a construit de nouveaux bâtimens, un jardinier qui y a planté des vergers, etc., ont aussi un privilège à tous les autres créanciers, non pas sur la totalité de l'héritage, mais sur sa plus valeur par rapport à ce qu'ils y ont fait.

Par exemple, si on estime que l'héritage, qui a été adjugé pour 10,000 livres, n'auroit été porté qu'à 8,000 livres, sans les améliorations qui y ont été faites par ces créanciers, ils n'auront de privilège que sur ce qui restera des 2,000 livres, prix de la plus valeur, dé-

duction faite des frais de consignation et de justice sur le total du prix : ils ne doivent pas avoir privilège sur tout le prix, car ils n'ont pas fait *ut res esset in bonis debitoris* ; mais ils doivent avoir privilège sur tous les autres créanciers sur cette plus value, car ils ont fait que cette plus value fût *in bonis debitoris*.

Observez à l'égard de ces créanciers qui ont conservé ou mélioré l'héritage, que, pour qu'ils puissent exercer leur privilège, il faut, ou qu'ils aient donné leur demande dans l'année de la perfection de leurs ouvrages, parceque autrement il y auroit une fin de non recevoir acquise contre leur créance ; ou qu'ils soient fondés dans un marché fait par acte devant notaire, ou du moins dans une obligation par-devant notaire, passée dans ladite année. Un titre de créance sous signature privée est bien valable vis-à-vis du débiteur, et pareillement une obligation passée depuis l'année ; mais ces actes ne doivent point donner de préférence au créancier contre des tiers, parceque autrement des débiteurs pourroient, en fraude de leurs légitimes créanciers, ressusciter des créances déjà acquittées.

Les créanciers qui ont prêté leurs deniers pour payer, les entrepreneurs ou ouvriers qui ont aussi conservé ou mélioré l'héritage, peuvent aussi user du même privilège, pourvu qu'ils aient observé tout ce qui est prescrit pour acquérir la subrogation aux hypothèques du créancier qui est payé de leurs deniers. Voyez ce que nous en avons dit, en traitant des subrogations, et au Titre du contrat de vente.

Ces créanciers privilégiés sont préférés à tous créan-

ciers, non seulement à ceux du dernier propriétaire, sûr qui les héritages ont été vendus, mais même à ceux de tous ses auteurs.

Les seigneurs féodaux ou censuels sont ensuite colloqués pour les anciens profits et redevances seigneuriales qui leur sont dus.

Si néanmoins il se trouvoit des créanciers à qui le seigneur ou ses auteurs eussent hypothéqué l'héritage dès avant l'inféodation, ou le bail à cens qui en a été fait, ils seront préférés au seigneur; car le seigneur n'a pu le donner à titre de fief ou de cens, qu'à la charge de ces hypothèques, dont il se trouvoit déjà chargé.

Lorsqu'un opposant à fin de distraire, pour s'être opposé trop tard, a été renvoyé à l'ordre, et qu'il a justifié que la portion de biens dont il a demandé la distraction, lui appartenoit effectivement, il doit toucher la portion du prix qui, par la ventilation qui en sera faite, se trouvera répondre à cette portion de biens, et être à cet égard préféré aux autres créanciers, qui se trouvent par-là n'avoir aucune hypothèque sur cette portion, puisqu'elle n'appartient pas à leurs débiteurs; mais il ne doit venir qu'après les frais de justice, ceux qui ont conservé l'héritage, et les seigneurs.

Lorsqu'un opposant à fin de charge, a été renvoyé à l'ordre, pour s'être opposé trop tard, il est, pour le prix du droit qu'il avoit, préféré aux autres créanciers sur la plus value qu'a donnée à l'héritage la libération de ce droit.

Après les créanciers privilégiés acquittés, on doit colloquer avant tous les créanciers du dernier proprié-

taire et possesseur, quelque privilégiés qu'ils soient, tous les créanciers, chacun selon leur rang, du précédent propriétaire à qui ce dernier a succédé, soit à titre universel, soit à titre particulier, de qui il tient son droit; car ce dernier propriétaire n'a pu succéder son auteur à l'héritage, qu'avec la charge de toutes les hypothèques dont il se trouvoit déjà chargé par son auteur; et comme il n'a pas pu transférer sur cet héritage à ses propres créanciers plus de droit qu'il n'y en avoit lui-même, il n'a pu le leur hypothéquer qu'à la charge et après toutes les hypothèques de son auteur.

D'ailleurs, les hypothèques des créanciers du dernier propriétaire, quelque ancienne que soit la date de leurs créances, n'ont pu naître que depuis que leur débiteur est devenu propriétaire; et par conséquent elles sont postérieures à celles des créanciers du précédent propriétaire.

Par la même raison, s'il se trouvoit encore des créanciers d'un premier propriétaire, auxquels l'auteur du dernier eût lui-même succédé, tous les créanciers de ce premier devroient être colloqués avant ceux du second, comme ceux du second le doivent être avant ceux du dernier, *et sic in infinitum*.

Lorsque le dernier propriétaire a succédé à titre d'héritier à l'héritage, non seulement les créanciers du défunt sont préférés à tous les siens, mais les légataires le sont aussi pour la part dont il est tenu de leurs legs; car il ne succède à l'héritage qu'à la charge de cette hypothèque que la loi donne aux légataires; et par conséquent il n'a pu hypothéquer cet héritage à ses propres créanciers qu'après cette hypothèque.

Entre les créanciers d'un même propriétaire, celui qui lui a vendu l'héritage doit être préféré à tous ses autres créanciers; car ce propriétaire n'ayant acquis l'héritage qu'à la charge de l'hypothèque que son vendeur s'étoit réservée dessus en l'aliénant, il n'a pu l'hypothéquer à ses autres créanciers qu'à la charge de cette hypothèque, n'ayant pas pu leur transférer plus de droit qu'il n'en avoit lui-même.

Ce que nous disons de la vente peut s'appliquer à tous les autres titres d'aliénation: celui qui a aliéné un héritage à quelque titre que ce soit, a pour toutes les charges de cette aliénation, dont l'acquéreur peut être tenu envers lui, une hypothèque privilégiée sur cet héritage, semblable à celle du vendeur; il y a entière parité de raison.

Pareillement, lorsqu'il est échu à quelqu'un un héritage par partage, les copartageants ont, pour toutes les obligations résultantes du partage dont il est tenu envers eux, une hypothèque privilégiée sur cet héritage, semblable à celle d'un vendeur, et qui les rend préférables à tous les créanciers de ce propriétaire; car l'héritage n'étant échu à ce propriétaire, par le partage, qu'à la charge de ces hypothèques résultantes du partage, il n'a pu l'hypothéquer à ses propres créanciers qu'à la charge desdites hypothèques, et pour ce qui pourroit rester après qu'elles seroient acquittées.

Après le vendeur et ceux dont le privilège est semblable au sien, le roi a un privilège sur les héritages du comptable, acquis par lui depuis qu'il a commencé à manier les deniers royaux (édit de 1669, art. 3). La

raison de ce privilège est qu'il y a présomption que le comptable les a acquis des deniers du roi.

Par le droit romain, suivant la constitution de Justinien, la femme avoit pour la restitution de sa dot une hypothèque privilégiée à celle des autres créanciers de son mari. Notre droit coutumier n'a point admis ce privilège, et ne donne à la femme qu'une simple hypothèque, du jour du contrat de mariage ou de la célébration, s'il n'y a pas de contrat.

Après les créanciers privilégiés, on met en ordre les créanciers simples, chacun selon l'ordre de la date de son hypothèque, suivant cette maxime, *qui prior est tempore potior est jure*.

Quoique les hypothèques des créanciers d'un même débiteur, dont les créances ont précédé l'acquisition de l'héritage faite par ce débiteur, soient toutes nées en même temps, savoir lors de cette acquisition, n'ayant pas pu naître plus tôt; néanmoins, dans notre droit, ces créanciers ne viennent pas par concurrence, mais chacun selon l'ordre de la date de leur titre de créance, comme nous l'avons déjà observé chap. 2, sect. 2, §. 2; parceque le débiteur en hypothéquant au premier ses biens à venir, s'étoit interdit le pouvoir de les hypothéquer à d'autres à son préjudice, *et sic deinceps*.

Entre des créanciers du même jour, celui dont le titre porte *avant midi*, doit être préféré à celui dont le titre ne fait mention que du jour; car l'acte de ce dernier ayant pu n'être fait qu'à la dernière heure du jour, n'a de date certaine et constante que de cette dernière heure, et par conséquent est postérieur à celui qui a une date avant midi.

Lorsque les titres de deux différents créanciers sont l'un et l'autre du même jour, sans mention du temps d'avant ou d'après midi, et passés par le même notaire, il y a quelques arrêts qui ont donné la préférence à celui qui se trouvoit inscrit le premier sur le répertoire du notaire. D'Héricourt décide avec raison que ces arrêts ne doivent pas être suivis, car cette circonstance ne forme qu'une légère présomption et non pas une preuve certaine que l'acte qui est inscrit le premier sur le répertoire ait été passé le premier, n'étant point impossible que le notaire en les inscrivant l'un et l'autre sur son répertoire eût commencé par celui qui avoit été passé le dernier; c'est pourquoi, dans l'incertitude lequel des deux actes a été passé le premier, ces créanciers doivent être colloqués par concurrence.

Suivant une jurisprudence reçue au parlement de Paris, le créancier qui ne produit qu'une seconde expédition de son titre de créance, n'est colloqué entre les créanciers du même débiteur que du jour de la date de cette expédition, et non du jour de celle de l'acte. Cette jurisprudence a été établie pour empêcher la fraude des débiteurs qui, pour tromper leurs créanciers, faisoient, par collusion, paroître d'anciens créanciers dont les créances avoient été acquittées, et déroboient la connoissance du paiement, en représentant une seconde expédition à la place de la première qu'ils avoient rendue au débiteur, et sur laquelle étoit inscrite la quittance du paiement.

Au reste, le créancier du défunt ne laisse pas d'être préféré au créancier de l'héritier, quoique sa seconde

expédition ne soit que depuis la mort du défunt. La présomption dont nous avons parlé ci-dessus, ne pouvant avoir lieu dans l'espèce présente.

Lorsque plusieurs créanciers sont subrogés aux hypothèques d'un même créancier, dont ils ont, chacun en différents temps, acquitté partie de la créance, ils sont tous colloqués concurremment à la place de ce créancier à qui ils sont subrogés, sans qu'on ait aucun égard à la priorité ou postériorité de leur chef; car, comme ce n'est pas de leur chef qu'ils sont colloqués, on n'y doit avoir aucun égard.

Par exemple. Si Jacques a prêté au débiteur commun, en 1760, 1,000 livres, pour rembourser à Pierre, créancier de 1740, pareille somme de 1,000 livres, faisant partie de 3,000 livres, qui étoient dues à Pierre; qu'en 1761, Jean ait prêté une autre somme de 1,000 livres, aux mêmes fins; et qu'en 1762, Jude ait prêté pareillement 1,000 livres pour rembourser à Pierre les 1,000 livres restantes, et qu'ils aient tous acquis la subrogation aux hypothèques de Pierre, ils seront tous les trois placés concurremment en ordre du jour de la date de l'hypothèque de Pierre, parcequ'ils sont tous subrogés à l'hypothèque d'une même créance.

Il sembleroit qu'on devoit décider pareillement que, dans le cas auquel Pierre seroit demeuré créancier de 1,000 livres, pour restant de sa créance, Jacques et Jean devoient être colloqués concurremment avec lui, puisqu'ils sont subrogés à la même créance, du restant de laquelle Pierre est demeuré créancier: néanmoins l'usage est constant que Pierre doit en ce cas leur être préféré. La raison est que le créancier, qui

est payé des deniers d'un autre, n'est obligé de le subroger, qu'autant que la subrogation ne pourra lui préjudicier; et par conséquent, en subrogeant aux hypothèques de sa créance celui des deniers duquel il est payé en partie, il est censé se réserver une préférence pour ce qui lui reste dû.

Au reste cette préférence ne passe pas à un tiers; c'est pourquoi Jude, qui aura prêté ses deniers pour acquitter ce restant, quoiqu'il ait acquis la subrogation aux droits et hypothèques de Pierre, ne pourra pas prétendre être préféré à Jacques et à Jean, comme Pierre l'eût été; mais ils viennent tous concurremment comme nous l'avons dit, comme étant tous subrogés aux hypothèques d'une même créance.

S'il y a plusieurs créances qui ont leur hypothèque du contrat de mariage, il semble qu'ayant tous une même date, elles devroient concourir; néanmoins la jurisprudence a établi un ordre entre elles; la créance de la femme pour la restitution de sa dot est colloquée la première, le douaire ne vient qu'après: on place après le douaire les autres conventions de la femme, et le emploi de ses propres aliénés. L'indemnité de la femme pour les dettes auxquelles elle s'est obligée, ne tient que le dernier rang.

Cette préférence de la dot sur le douaire est établie par plusieurs arrêts rapportés par Louet et Brodeau; l. 2, chap. 40. Il y en a un rendu en forme de règlement.

Les raisons que ces auteurs rapportent de cette préférence, sont que la dot est la première, et la principale convention du mariage: *nullum sine dote matrimonium*; et par conséquent l'obligation que contracte

le mari de conserver à sa femme la dot qu'elle lui a apportée, *est ordine naturæ*, la première et principale obligation qu'il contracte, et par conséquent doit précéder, *saltem ordine naturæ*, l'obligation du douaire que le mari ne contracte que *in consequentiam matrimonii*. D'ailleurs le douaire est un titre lucratif.

Louet apporte une exception à cette préférence, au cas auquel la convention de douaire se trouveroit énoncée dans le contrat de mariage avant l'article de la dot. Il prétend que la priorité qu'a en ce cas le douaire sur la dot, *ordine scripturæ*, doit opérer quelque chose, et faire marcher en ce cas d'un pas égal, et par concurrence, le douaire avec la dot, cette priorité *in ordine scripturæ* devant se compenser avec ce que la dot a de préférable *in ordine naturæ*, et *ratione causæ*. J'aurois de la peine à être de cet avis, l'ordre de l'écriture ne paroissant être de nulle considération.

Cette préférence de la dot sur le douaire a lieu non seulement lorsque la contestation est entre la femme elle-même et ses enfants, qui demandent à être colloqués pour le fonds du douaire qui leur appartient; elle a lieu aussi en faveur des créanciers de la femme, puisqu'ils exercent ses droits, et sont placés en sous-ordre à la place de la femme pour la restitution de sa dot: ces créanciers sont donc, pour la somme à laquelle monte la restitution de la dot de leur débitrice, préférés au douaire dû aux enfants.

Cette préférence a aussi lieu contre la femme elle-même; *finge*: un parent du mari s'est rendu envers la femme caution de sa dot, et non de ses autres conventions matrimoniales: ce parent, en payant à la femme

sa dot, et se faisant subroger aux droits et hypothèques de la femme, pour raison de cette dot qu'il a acquittée, doit être mis en ordre pour la somme à laquelle monte la dot qu'il a acquittée avant le douaire dû à la femme, et ses autres créances et conventions matrimoniales. C'est l'espèce de quelques arrêts rapportés par Louet et Brodeau.

On fait plusieurs questions au sujet de cette préférence de la dot sur le douaire; et on demande qu'est-ce qui doit être censé faire partie de cette dot, dont la restitution est préférée au douaire.

On demande, 1^o si la somme apportée en communauté, dont la reprise a été stipulée en cas de renonciation, doit être censée faire partie de la dot, aussi bien que ce qui a été réservé propre, et si en conséquence cette reprise doit avoir la même préférence sur le douaire? Je le pense; car, dans notre pays coutumier, tous les biens de la femme sont dotaux. Il est vrai que ceux qu'elle a mis en communauté, quand elle n'en a point de reprise, n'ont aucun des privilèges de la dot, parceque ces privilèges ne sont accordés qu'à la créance, et à la reprise que la femme a de sa dot; mais lorsqu'elle s'en est stipulé la reprise en cas de renonciation, et que ce cas est arrivé, cette reprise doit avoir la même préférence que celle de ce qu'elle s'est réservé propre, cette reprise étant également une reprise de sa dot.

On demande, 2^o si cette préférence a lieu seulement pour la reprise de ce que la femme a apporté lors de son mariage, ou si elle doit s'étendre au mobilier qui lui est échu depuis, et qui a été exclu de la communauté par une clause du contrat? Brodeau sur

Louet pense que la préférence ne doit pas avoir lieu pour la reprise de ce qui n'est échu à la femme que depuis le mariage, parceque le mari n'ayant été véritablement débiteur de ces sommes que depuis qu'elles sont venues à sa femme, ce n'est que par fiction, *et contra rationem juris*, qu'on en fait remonter l'obligation et l'hypothèque du jour du contrat de mariage; et cette hypothèque, qui n'a lieu que *contra rationem juris*, ne doit pas prévaloir sur celle du douaire, qui a lieu de ce jour, *secundum veram rationem juris*. Néanmoins je crois que ce sentiment de Brodeau n'a pas prévalu, et que la reprise de ce qui est échu à la femme durant le mariage, de même que celle de ce qu'elle y a apporté, prévaut sur celle du douaire. Le mari, devenant administrateur des biens présents et à venir de la femme qu'il épousoit, s'est obligé, du jour de son contrat de mariage, sous l'hypothèque de ses biens, à lui restituer les biens qui lui avien droient durant le mariage, aussi bien que ceux qu'elle a apportés en se mariant, de même qu'un tuteur s'oblige, du jour que commence sa tutèle, à conserver et à restituer à ses mineurs tous les biens qui leur avien dront durant la tutèle, aussi bien que ceux qu'ils avoient lorsqu'elle a commencé.

On demande, 3^o si le remploi du prix des rentes propres de la femme, rachetées durant la communauté, et des autres aliénations nécessaires, avoit cette préférence? On peut apporter pour raison de douter celle qui a déjà été apportée en la question précédente; mais l'arrêt de Gallard, du 5 avril 1677, rapporté par Basnage, a jugé pour la préférence.

Après la dot vient le douaire. Entre la femme créancière des arrérages de son douaire et les enfants créanciers du fonds; il a été décidé que la femme doit être préférée pour les arrérages qui lui en étoient dus, à ses enfants, créanciers du fonds du douaire.

La raison est que la femme, en stipulant un douaire pour elle et pour ses enfants qui naîtroient de son mariage, doit être présumée avoir voulu pourvoir à sa propre subsistance avant que de penser à celle de ses enfants.

Comme la loi, par le douaire coutumier, ne fait que suppléer à ce que la femme a manqué de faire, elle doit être censée avoir suivi le même ordre, et par conséquent avoir préféré la femme à ses enfants.

Les autres conventions matrimoniales ne viennent qu'après le douaire, non plus que le remploi du prix des propres de la femme aux aliénations volontaires desquels elle a consenti, car elle doit s'imputer d'y avoir consenti, et ses enfants, créanciers de leur douaire, ne doivent pas souffrir de la faute qu'a faite leur mère en consentant à ces aliénations.

A plus forte raison ne doivent-ils pas souffrir de ce que leur mère a bien voulu accéder aux obligations contractées par son mari durant le mariage; c'est pourquoi l'hypothèque des indemnités de la femme pour lesdites obligations, ne peut être placée qu'après le douaire; on ne la place même qu'après toutes les autres créances de la femme.

Il nous reste à observer à l'égard de l'ordre des hypothèques, que chaque créancier est colloqué dans son rang, non seulement pour le principal de sa

créance, mais pour tous les arrérages et intérêts, et pour les frais qu'il a légitimement faits pour parvenir au paiement: ces intérêts et frais étant des accessoires de son principal.

Tous les créanciers, soit simples hypothécaires, soit même privilégiés, ne sont colloqués dans leur rang, sur le prix des biens adjugés par décret, que lorsqu'ils ont fait leur opposition au décret.

Cette opposition peut se faire pendant tout le temps de la saisie réelle, et jusqu'à ce que le décret, c'est-à-dire le jugement d'adjudication, ait été scellé; après il n'est plus temps.

Les créanciers qui ont manqué de faire leur opposition ne peuvent espérer, en faisant arrêt sur le prix, d'être payés, si ce n'est sur ce qui pourroit rester après toutes les créances des opposants acquittées; et s'il reste quelque chose, tous ceux qui n'ont pas fait opposition le partagent entre eux au sol la livre de leurs créances, comme un simple mobilier qui appartient à leur débiteur commun.

Il en est autrement lorsque plusieurs créanciers ont saisi et arrêté la somme due à leur débiteur commun pour le prix de quelque immeuble, sur l'acheteur qui ne l'a point fait décréter; quoique cette somme soit un effet mobilier, néanmoins elle se distribue entre eux selon le rang et l'ordre des hypothèques; ce qui se fait pour éviter le circuit d'actions, car, si la distribution ne se faisoit de cette manière, les premiers créanciers qui conservent leur hypothèque sur l'héritage dont le prix est dû, qui n'a point été décrété, le

feroient délaisser à l'acheteur par action hypothécaire, et le feroient vendre pour être payés sur le prix dans l'ordre de leurs hypothèques.

Tout ce que nous avons dit de l'ordre et du rang des hypothèques sur les héritages a lieu à l'égard des autres immeubles. Il y a quelque chose de particulier à l'égard des offices dont nous allons traiter.

APPENDICE.

De ce qu'il y a de particulier touchant l'ordre et le rang des hypothèques sur les offices.

Les créanciers hypothécaires sont payés sur le prix de l'office, par ordre et rang d'hypothèque, comme sur le prix des autres immeubles (édit de février 1683).

Lorsque l'office rend comptable celui qui en étoit pourvu, le roi, après les frais de justice, est payé par préférence à tous les autres créanciers, pour ce qui peut lui être dû par le comptable, pour raison des fonctions dudit office (édit de 1659).

Entre les particuliers, ceux qui se sont opposés au sceau des provisions de l'adjudicataire sont colloqués les premiers. Ceux qui n'y ont point formé d'opposition, quoiqu'ils l'aient formée au décret, ne viennent qu'après, quelque privilège qu'ils aient.

Entre les opposants au sceau, le créancier qui a acquitté de ses deniers la paulette de l'office du dernier bail est préféré à tous les autres créanciers, car il leur a conservé l'office.

Ce privilège n'a lieu que pour la paulette du dernier bail; car ce n'est pas le paiement de la paulette

feroient délaisser à l'acheteur par action hypothécaire, et le feroient vendre pour être payés sur le prix dans l'ordre de leurs hypothèques.

Tout ce que nous avons dit de l'ordre et du rang des hypothèques sur les héritages a lieu à l'égard des autres immeubles. Il y a quelque chose de particulier à l'égard des offices dont nous allons traiter.

APPENDICE.

De ce qu'il y a de particulier touchant l'ordre et le rang des hypothèques sur les offices.

Les créanciers hypothécaires sont payés sur le prix de l'office, par ordre et rang d'hypothèque, comme sur le prix des autres immeubles (édit de février 1683).

Lorsque l'office rend comptable celui qui en étoit pourvu, le roi, après les frais de justice, est payé par préférence à tous les autres créanciers, pour ce qui peut lui être dû par le comptable, pour raison des fonctions dudit office (édit de 1659).

Entre les particuliers, ceux qui se sont opposés au sceau des provisions de l'adjudicataire sont colloqués les premiers. Ceux qui n'y ont point formé d'opposition, quoiqu'ils l'aient formée au décret, ne viennent qu'après, quelque privilège qu'ils aient.

Entre les opposants au sceau, le créancier qui a acquitté de ses deniers la paulette de l'office du dernier bail est préféré à tous les autres créanciers, car il leur a conservé l'office.

Ce privilège n'a lieu que pour la paulette du dernier bail; car ce n'est pas le paiement de la paulette

des précédents baux qui a conservé l'office, puisqu'il suffit, pour le conserver, de payer celle du dernier bail.

Après cette créance, viennent celles de tous ceux qui sont créanciers du titulaire, pour raison des fonctions de son office. Ces créanciers ont un privilège sur l'office qui précède celui du vendeur, mais ils ne doivent venir qu'après celui qui a payé la paulette du dernier bail, puisque (comme nous venons de le dire) celui-ci leur a conservé l'office aussi bien qu'aux autres créanciers.

Enfin, le vendeur de l'office est préféré, après tous ces privilèges, à tous les autres créanciers de l'acheteur.

On suit au surplus, entre les opposants au sceau, le même ordre d'hypothèque que sur le prix des autres immeubles.

S'il reste quelque chose, tous les créanciers opposants au sceau acquittés, ceux qui n'y ont point formé d'opposition, mais qui ont seulement formé opposition au décret, sont colloqués sur le restant dans le même rang et ordre de privilège et hypothèque.

CHAPITRE III.

Des manières dont s'éteint l'hypothèque.

L'hypothèque s'éteint, 1° par l'extinction de la chose hypothéquée;

2° Lorsque le créancier hypothécaire acquiert la propriété de la chose hypothéquée, ce qui s'appelle *confusion* ou *consolidation*;

3° Par la résolution et extinction du droit de propriété de celui qui a constitué l'hypothèque;

4° Par l'extinction de la dette pour laquelle l'hypothèque a été constituée;

5° Par la remise expresse ou tacite de l'hypothèque;

6° Par la prescription et autres manières introduites par les lois pour purger les hypothèques.

§. I. De l'extinction de la chose hypothéquée.

L'hypothèque étant un droit dans la chose hypothéquée, il est évident qu'elle ne peut subsister lorsque cette chose ne subsiste plus.

C'est pourquoi, si j'avois un droit d'hypothèque sur un champ que la rivière ait emporté, ce champ ne subsistant plus, il est évident que mon droit d'hypothèque est éteint.

Cette règle a également lieu à l'égard de l'hypothèque que nous avons sur des immeubles incorporels ou sur des rentes.

Par exemple: Le droit d'hypothèque que j'avois sur

un droit d'usufruit qui appartenoit à mon débiteur s'éteint lorsque ce droit d'usufruit vient à s'éteindre.

Par la même raison, lorsqu'une rente sur laquelle j'avois un droit d'hypothèque est rachetée, comme le rachat qui s'en fait éteint la rente, il éteint aussi mon droit d'hypothèque sur cette rente.

Il n'importe que ce rachat ait été nécessaire, tel qu'est le rachat d'une rente constituée, ou qu'il ait été volontaire, tel qu'est le rachat d'une rente foncière que le créancier de cette rente, mon débiteur, a volontairement acceptée, quoiqu'elle ait été créée sans faculté de rachat, ou que celle qui en avoit été accordée fût prescrite; car, de quelque manière que le rachat ait été fait, il a éteint la rente, et l'hypothèque ne peut plus subsister, puisque cette rente ne subsiste plus.

Le créancier qui a une hypothèque sur une rente a néanmoins un moyen pour empêcher que le rachat qui pourroit en être fait n'éteigne son droit d'hypothèque; ce moyen consiste à faire un arrêt du fonds de cette rente, et l'effet de cet arrêt sera que le débiteur ne pourra la rembourser à celui à qui elle est due sans y appeler le créancier arrêtant, et à la charge qu'il sera fait emploi des deniers du rachat en l'acquisition d'un autre immeuble sur lequel ce créancier aura le même droit d'hypothèque qu'il avoit sur la rente qui a été rachetée.

Pour que l'hypothèque soit éteinte par l'extinction de la chose hypothéquée, il faut qu'il n'en reste rien; s'il en reste quelque partie, quelque petite qu'elle soit, l'hypothèque demeure pour le total de la créance sur cette partie. *Par exemple*, si une maison sur laquelle

j'avois droit d'hypothèque a été consumée par le feu, mon droit d'hypothèque demeure sur la place qui reste de cette maison. Demeure-t-il aussi sur les matériaux échappés aux flammes? Tant que ces matériaux paroissent destinés à la reconstruction de la maison, comme cette destination leur conserve la qualité d'immeubles et de partie de la maison, elle me conserve aussi mon droit d'hypothèque sur ces matériaux; mais lorsqu'il paroît que le dessein de la reconstruction a été abandonné, que ces matériaux ont été dispersés, ces matériaux n'étant plus que de simple meubles non susceptibles d'hypothèque, je ne peux plus la conserver dessus.

Le changement de forme accidentelle qui survient à une chose ne l'éteint pas, ni par conséquent l'hypothèque sur cette chose. *Par exemple*, si une terre labourable que j'ai vendue, sur laquelle j'ai un droit d'hypothèque privilégiée est mise en pré, *aut vice versâ*, je conserve mon droit d'hypothèque, car c'est le même fonds de terre qui n'a fait que changer de forme, et qui peut être remis dans celle qu'il avoit auparavant.

Il en est autrement du changement qui arrive dans la forme substantielle de la chose, c'est-à-dire lorsque la forme qui est détruite constituoit l'essence de la chose, et que ce changement produit une nouvelle chose à la place de l'autre qui est totalement détruite et ne peut plus être rétablie dans sa forme. *Cum non potest materia ad pristinam formam reverti*. *Par exemple*, si un marchand de laine a vendu de la laine à un fabricant qui l'ait convertie en étoffes, c'est un changement de la forme substantielle de la laine. Elle est censée ne plus subsister, et le privilège qu'avoit ce marchand sur

cette laine est éteint par l'extinction de la chose, et ne peut plus s'exercer sur l'étoffe qui en a une autre.

Cette distinction est tirée des lois romaines. Les jurisconsultes romains ne pensoient pas que la chose étoit détruite, lorsque sur une terre nue on bâtissoit une maison, *aut vice versâ*; mais bien lorsque de la laine on en faisoit un habit. *Lanâ legatâ vestem quæ ex eâ facta sit non deberi placet*; l. 88, §. 1, ff. de leg. 3o. *Si arcæ legatæ domus imposita sit deberi*; l. 44, §. 4, ff. de leg. 3o.

Il y a une autre raison de différence, c'est qu'un fonds de terre, quoiqu'il ait changé de forme, peut toujours se reconnoître pour le même fonds de terre; il occupe toujours le même lieu, il a les mêmes tenants et aboutissans, au lieu que la laine dont on a fait de l'étoffe, quand on voudroit soutenir qu'elle subsiste encore, au moins elle n'est plus reconnoissable, et comme le créancier qui auroit sur cette laine un privilège ne pourroit l'exercer qu'en la faisant reconnoître pour être celle qu'il a vendue, son privilège ne peut subsister, sans qu'il soit besoin pour cela d'entrer dans la subtile question que faisoient les jurisconsultes romains. *An lana quæ in vestem transiit extincta dici debeat nec ne?*

Le droit d'hypothèque ne peut avoir lieu que dans les choses qui sont dans le commerce, et non sur celles qui sont *aut publici aut divini juris*, comme nous l'avons vu au chapitre premier, section 2, §. 1; d'où il suit que si le fonds de terre sur lequel j'avois un droit d'hypothèque est mis hors le commerce; *putà*, si on a pris, par autorité publique, un terrain sur lequel j'avois droit d'hypothèque, pour en faire un grand che-

min, une église, ou un cimetière, le droit d'hypothèque que j'avois sur ce terrain ne peut plus subsister.

§. II. Du cas auquel le créancier hypothécaire acquiert la propriété de la chose hypothéquée, et de la confusion.

L'hypothèque s'éteint lorsque le créancier acquiert la propriété de la chose sur laquelle il avoit hypothèque : ce qui s'appelle *confusion* ; car il est de l'essence du droit d'hypothèque, suivant la définition et les notions que nous en avons données, que ce soit un droit dans la chose d'autrui. On ne peut avoir un droit d'hypothèque dans sa propre chose, *res sua nemini pignori esse potest* ; d'où il suit nécessairement que lorsque le créancier, qui avoit un droit d'hypothèque dans une chose, devient le propriétaire de cette chose, le droit d'hypothèque qu'il avoit ne peut plus subsister, et il se perd et se confond nécessairement dans le droit de propriété qu'a acquis le créancier.

Pour que l'acquisition que fait le créancier de la chose hypothéquée opère une extinction absolue de son droit d'hypothèque sans espérance que ce droit puisse revivre, il faut que l'acquisition qu'il a faite soit irrévocable.

Si elle n'a pas été irrévocable, soit parceque celui de qui je l'ai acquis, n'étant pas lui-même propriétaire incommutable, n'a pu me transférer qu'un droit de propriété révocable, sous une certaine condition, tel qu'il l'avoit lui-même, soit parceque l'acquisition que j'ai faite de lui a été faite à la charge de révocation, en certain cas convenu ou sous-entendu, cette acquisition suspend plutôt le droit d'hypothèque qu'avoit

le créancier dans cette chose, tant qu'il en sera propriétaire, qu'elle ne l'éteint; c'est pourquoi, si son droit de propriété vient à se résoudre *ex causâ antiquâ, necessariâ et inexistenti contractui*, le droit d'hypothèque qu'il avoit sur la chose, avant qu'il en eût acquis la propriété, revivra. La raison est que l'effet ne doit pas avoir plus d'étendue que la cause, *limitata causa limitatum producit effectum*. C'est pourquoi l'acquisition que le créancier fait de la propriété de la chose hypothéquée, étant la cause de l'extinction de l'hypothèque, si cette acquisition qu'il a faite n'est pas absolue et irrévocable, elle ne peut pas produire une extinction absolue et irrévocable du droit d'hypothèque, elle dort, en quelque sorte, pendant le temps que l'acquisition durera, et elle se réveillera dès l'instant de la révocation de l'acquisition.

Par exemple, si j'ai acheté un héritage sujet au retrait lignager, et qu'on l'ait exercé sur moi; si on m'a donné un héritage, et que la donation ait été révoquée par la survenance d'enfants au donateur; si on me l'a vendu sous faculté de réméré, et que le réméré ait été exercé; si l'héritage que j'ai acquis étoit grevé de substitution, et qu'il y ait eu depuis ouverture à la substitution; s'il m'a été évincé par un créancier hypothécaire: en tous ces cas, le droit d'hypothèque que j'avois sur cet héritage se réveillera, parceque l'acquisition que j'avois faite de la propriété de l'héritage n'a point été irrévocable, et qu'elle a été effectivement révoquée *ex causâ antiquâ, necessariâ et inexistenti contractui*.

A plus forte raison mon droit d'hypothèque revivra-

t-il si mon titre d'acquisition de la propriété de la chose hypothéquée a été rescindé par des lettres de rescision qu'a obtenues celui de qui j'ai acquis, contre l'aliénation qu'il en avoit faite.

Si le créancier a acquis un droit de propriété irrévocable sur la chose qui lui étoit hypothéquée, quoique par la suite, par une cause nouvelle, l'acquisition qu'il a faite ait été révoquée, son droit d'hypothèque ne revivra pas. *Par exemple*, s'il a pris à rente un héritage sur lequel il avoit un droit d'hypothèque, et qu'il l'ait déguerpi volontairement pour se libérer de la rente; s'il lui a été donné, et que la donation ait été révoquée pour cause d'ingratitude: en ce cas, et autres semblables, le droit d'hypothèque qu'il avoit ne revivra pas, car il avoit acquis un droit de propriété irrévocable; il ne tenoit qu'à lui de le conserver en ne le déguerpissant pas, ou en ne commettant pas les excès qui ont donné lieu à la révocation pour cause d'ingratitude. L'acquisition qu'il a faite, ayant été parfaite et irrévocable, elle a dû opérer une confusion et une extinction absolue du droit d'hypothèque qu'il avoit sur cet héritage, lequel droit par conséquent ne peut plus revivre.

§. III. De l'extinction de l'hypothèque par la résolution et extinction du droit du propriétaire qui l'a constituée.

C'est une règle de droit, puisée dans la raison naturelle, que personne ne peut transférer à un autre plus de droit dans une chose qu'il n'en a lui-même. *Nemo plus juris ad alium transferre potest quàm ipse haberet*; l. 54, ff. de reg. jur.

De là il suit que celui qui n'a qu'un droit de propriété

révocable dans une chose, ne peut donner à un créancier qu'un droit d'hypothèque sur cette chose, qui soit pareillement révocable dans les mêmes cas que doit se révoquer son droit de propriété.

C'est pourquoi, si celui qui a constitué à son créancier une hypothèque sur un héritage étoit propriétaire de cet héritage en vertu d'une donation sujette à la révocation pour cause de survenance d'enfants; s'il l'avoit acheté avec la clause de réméré; si l'héritage étoit sujet à être retiré sur lui par retrait lignager ou autre espèce de retrait; s'il étoit grevé de substitution, etc. : en tous ces cas, et autres semblables, lorsque le droit du propriétaire qui a constitué l'hypothèque viendra à s'éteindre, soit par la survenance d'enfants, soit par l'exercice du réméré ou du retrait, soit par l'ouverture de la substitution, l'extinction du droit de ce propriétaire entraînera aussi celle des hypothèques qu'il a constituées.

Cette règle reçoit une exception à l'égard de l'hypothèque de la dot et du douaire sur les biens substitués. Lorsqu'un homme grevé de substitution par quelqu'un de ses ascendants, ou même en certains cas par quelque autre personne que ce soit, s'est marié, si les biens libres qu'il avoit ne sont pas suffisants pour acquitter la dot et le douaire, sa veuve, créancière de sa dot et de son douaire, et ses enfants, créanciers de leur douaire, conservent un droit d'hypothèque subsidiaire sur les biens substitués, nonobstant que le droit de celui qui l'a constituée soit éteint par l'ouverture de la substitution. La raison de cette exception est fondée sur ce que l'auteur de la substitution est pré-

sumé avoir permis cette hypothèque au préjudice de sa substitution.

Nous avons traité tout ce qui concerne cette exception en notre *traité des Substitutions*, où nous renvoyons.

Pour que l'extinction du droit de propriété de celui qui a constitué les hypothèques entraîne l'extinction des hypothèques qu'il a constituées, il faut que cette extinction de son droit de propriété arrive *ex causâ antiquâ et necessariâ*; c'est-à-dire que dès le temps qu'il a constitué l'hypothèque son droit de propriété fût résoluble *in aliquem certum casum qui ab ipso non penderet*. Si au contraire celui qui a constitué l'hypothèque avoit alors un droit de propriété irrévocable, et que son droit n'ait été éteint que par quelque cause nouvelle et procédante de son fait, cette extinction de son droit de propriété n'entraînera pas celle des hypothèques qu'il a constituées. *Par exemple*, lorsque le donataire d'un héritage l'a hypothéqué, la révocation de la donation, pour cause d'ingratitude, qui survient depuis, n'éteint pas l'hypothèque.

Pareillement lorsque celui qui a pris un héritage à titre de rente foncière l'a hypothéqué, et le déguerpi ensuite, le déguerpissement n'éteint pas l'hypothèque du créancier, qui peut le faire vendre à la charge de la rente pour laquelle il a été déguerpi.

§. IV. De l'extinction de l'hypothèque par l'extinction de la dette pour laquelle elle a été constituée.

L'hypothèque ne peut subsister sans une dette pour laquelle elle ait été constituée, suivant qu'il résulte des notions que nous avons données au ch. 1, sect. 2, §. 3. D'où il suit que l'extinction de la dette pour laquelle l'hypothèque a été constituée entraîne nécessairement l'extinction des hypothèques.

Il n'importe que la dette ait été éteinte par le paiement ou par quelqu'une des autres manières dont les dettes s'éteignent, comme par la remise que le créancier auroit faite de sa dette, par la novation, la compensation.

Pour que le paiement de la dette éteigne les hypothèques, il faut qu'il soit entier; pour peu qu'il reste quelque chose de dû, soit de son principal, soit même des intérêts, il ne se fait aucune extinction des hypothèques, et tous les biens qui étoient hypothéqués au total de la dette demeurent hypothéqués à ce qui en reste dû; l. 13, §. 6, ff. *de pig. et hyp.* C'est pourquoi, quoiqu'on ait payé à l'un des héritiers du créancier tout ce qui étoit dû à cet héritier pour sa portion, il ne se fait aucune extinction des hypothèques, et tous les biens demeurent hypothéqués à ce qui reste dû aux autres héritiers, *et vice versa*, si l'un des héritiers du débiteur a payé sa portion entière, tous les biens, même ceux échus dans le lot de ce débiteur qui a payé sa portion, demeurent hypothéqués à ce qui reste dû par les autres héritiers; l. 1, *cod. si un. ex plur.*; l. 1, *cod. de luit. pig. et passim.*

Quelquefois le paiement entier de la dette transfère l'hypothèque du créancier qui est payé à un autre créancier plutôt qu'il ne l'éteint; cela arrive lorsque le paiement se fait avec la clause de subrogation au profit de celui des deniers duquel le paiement se fait; la raison est qu'on feint que la créance du créancier qui est payé avec la clause de subrogation n'est pas tant censée payée que vendue au nouveau créancier des deniers duquel le paiement s'est fait, *magis emisse nomen quàm solvisse intelligitur*. Nous avons traité des subrogations à la fin du *Contrat de Vente*, où nous renvoyons.

La novation transfère aussi quelquefois l'hypothèque de la nouvelle créance à l'ancienne plutôt qu'elle ne l'éteint; cela arrive toutes les fois qu'on en convient par la novation.

Lorsque le débiteur devient héritier pour le total du créancier, ou que, *vice versá*, le créancier devient héritier, pour le total, du débiteur, la dette se trouvant en ces deux cas confuse et éteinte par la réunion des deux qualités de créancier et de débiteur, qui se détruisent réciproquement en une même personne, cela entraîne l'extinction des hypothèques, à moins que la succession n'ait été acceptée sous bénéfice d'inventaire; car un des effets du bénéfice d'inventaire étant d'empêcher la confusion des droits de l'héritier et de la succession, la dette subsiste, et par conséquent les hypothèques, qui en sont les accessoires, subsistent aussi.

Lorsque le créancier n'est devenu héritier que pour partie de son débiteur, *aut vice versá*, quoique l'acceptation ait été pure et simple, il ne se fait aucune con-

fusion des hypothèques, parceque la dette n'étant éteinte que pour la partie pour laquelle le créancier a été héritier de son débiteur, ou le débiteur de son créancier, les hypothèques sont entières pour ce qui reste de cette dette.

Lorsqu'il y a plusieurs créanciers d'une même dette, quoique l'un de ces créanciers devienne héritier, pour le total, du débiteur, il ne se fait aucune extinction des hypothèques, parcequ'elles restent entières pour les parts qui sont dues aux autres créanciers.

Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs, et que l'un d'eux devient héritier, pour le total, du créancier, les hypothèques des biens de ses codébiteurs doivent donc aussi subsister.

La prescription de 30 ans, qui résulte de ce que le créancier ne s'est pas fait reconnoître ni servir pendant ce temps, n'éteint pas l'hypothèque; car, comme cette prescription opère plutôt une fin de non-recevoir contre l'action du créancier qu'elle n'éteint la dette, et que la dette subsiste quoique sans action, cela suffit pour conserver l'hypothèque. *Cum hypotheca possit accedere obligationi etiam naturali.* C'est pourquoi l'hypothèque et l'action qui en naît demeurent contre le débiteur jusqu'à ce qu'il ait acquis la prescription contre l'hypothèque, qu'il ne peut acquérir que par le laps de 40 ans.

Quoique l'autorité de la chose jugée et du serment décisoire opèrent plutôt une fin de non-recevoir contre la demande du créancier qu'elles n'éteignent, dans la vérité, la dette du débiteur qui a été injustement renvoyé de la demande de son créancier, où qui a fausse-

ment juré qu'il ne devoit rien; néanmoins, comme elle renferme une présomption, *juris et de jure*, qu'il n'y a point de dette, elle éteint indirectement l'hypothèque en la rendant de nul effet.

§. V. De l'extinction de l'hypothèque par la remise expresse ou tacite que fait le créancier de son droit d'hypothèque.

L'hypothèque s'éteint par la remise expresse ou tacite que fait le créancier de son droit d'hypothèque.

Pour que cette remise soit valable et éteigne l'hypothèque, il faut que le créancier soit une personne usante de ses droits, et qui ait le pouvoir d'aliéner.

C'est pourquoi un interdit ne peut remettre les droits d'hypothèque qui lui appartiennent.

Une femme mariée ne le peut sans être autorisée de son mari. Un mineur ne le peut: je pense pourtant, à l'égard du mineur, que s'il l'avoit fait il devroit obtenir des lettres de rescision dans les dix ans de sa majorité; car ce que fait un mineur est plutôt sujet à rescision qu'il n'est absolument nul.

Si un tuteur, en sa qualité de tuteur, avoit fait gratuitement une remise des droits d'hypothèque qui appartiennent à son mineur, je pense que cette remise est absolument nulle, sans qu'il soit besoin de lettres; car ce que fait un tuteur, en sa qualité de tuteur, ne peut être valable et réputé pour le fait du mineur qu'autant que ce qu'il fait n'excède point les bornes de l'administration, sa qualité de tuteur ne lui donnant que le droit d'administrer les biens de son mineur, et non pas d'en disposer à son gré. Or, toute aliénation gra-

tuite passe les bornes de l'administration, et par conséquent le pouvoir du tuteur.

Il faut décider la même chose à l'égard d'un curateur.

Par la même raison, un fondé de pouvoir, quelque générale que soit sa procuration, ne peut remettre gratuitement les droits d'hypothèque qui appartiennent à celui de qui il a la procuration, il en faut une *ad hoc*.

Un mari ne peut pas non plus faire remise des droits d'hypothèque qui dépendent des rentes propres de sa femme, car il n'a que l'administration de ses propres; mais il peut remettre les hypothèques des dettes actives mobilières de sa femme, quoique réservées propres, parceque la réserve des propres n'empêche pas qu'il ne soit seigneur des droits mobiliers de la femme; cette réserve ne donnant à la femme qu'une action de reprise, comme on peut le voir au *traité de la Communauté*.

La remise qu'un créancier, qui a le pouvoir de disposer, fait des droits d'hypothèque qui lui appartiennent éteint l'hypothèque, soit que cette remise soit expresse, soit qu'elle soit seulement tacite.

Le consentement que donne le créancier à l'aliénation, ou même à l'obligation de la chose hypothéquée, renferme une remise tacite de son droit d'hypothèque.

Le créancier est censé avoir tacitement remis le droit d'hypothèque qu'il a sur un héritage, lorsqu'il a consenti à l'aliénation de son héritage sans faire réserve de son droit d'hypothèque. *Creditor qui permittit rem venire pignus dimittit*; l. 158, ff. de reg. jur.; l. 4, §. 1,

ff. *quib. mod. pig. sol.* La raison est que le débiteur n'ayant pas besoin du consentement de son créancier pour aliéner ses héritages avec la charge des hypothèques, le consentement du créancier ne peut paroître requis et donné pour une autre fin que pour remettre son hypothèque.

Il en est de même lorsque le créancier a consenti que le débiteur obligeât à un nouveau créancier la chose hypothéquée ; car le débiteur n'ayant pas besoin du consentement du premier créancier pour constituer à un nouveau une hypothèque qui n'auroit lieu qu'après la première, le consentement du premier créancier ne peut guère paroître donné et requis à d'autre fin que pour remettre son hypothèque.

On pourroit néanmoins, en ce dernier cas, rechercher l'intention des parties, et examiner, par les circonstances, si l'intention de l'ancien créancier, en consentant qu'on obligeât au nouveau la chose qui lui étoit hypothéquée, a été de remettre absolument son droit d'hypothèque, ou seulement de céder son rang au nouveau créancier, sans néanmoins remettre son hypothèque ; l. 12, §. 4, ff. *qui pot. in pig.*

Mais régulièrement la présomption est que le créancier qui a consenti à la nouvelle hypothèque, a remis la sienne. *Paulus respondit Sempronium, antiquiorem creditorem consentientem, quum debitor eamdem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum ejus cepisse ; l. 12, ff. quib. mod. pig. solv.*

Pour que le consentement que le créancier donne à l'aliénation ou à une nouvelle obligation de la chose

qui lui est hypothéquée, renferme une remise tacite de son droit d'hypothèque, il faut que ce consentement soit formel.

La connoissance de la vente que faisoit le débiteur, qu'a eue le créancier, ou de la nouvelle hypothèque qu'il constituoit à un autre, ne peut pas passer pour consentement, quoiqu'il n'ait pas réclamé. *Non videtur consensisse creditor si sciente eo debitor rem venderit, quum idem passus est venire, quod sciebat pignus sibi durare*; ff. l. 8, §. 15; ff. eod.

C'est pourquoi, si le créancier a reçu, comme notaire, l'acte de vente ou d'obligation que le débiteur a fait de la chose hypothéquée, ou s'il a souscrit comme témoin, il ne sera pas pour cela présumé avoir consenti à la vente ou à la nouvelle obligation, et avoir remis son hypothèque.

Quid, si l'acte portoit que l'héritage est franc d'hypothèque, le créancier qui, en recevant l'acte comme notaire, ou en le souscrivant comme témoin, auroit souffert cette clause sans réclamation, seroit-il censé avoir remis son hypothèque? Il y a lieu de le penser. Il paroît que la loi 9, §. 1, ff. *quib. mod. pig. solv.*, le décide. *Mævius dicebat ante rempublicam feudum sibi obligatum fuisse... Inveniebatur autem Mævius, instrumento cautionis cum republicâ facto à Seïo, interfuisse et subscripsisse: quo caverat Seïus feudum nulli alii obligatum... Modestinus respondit pignus, cui is de quo quæritur consensit, minimè eum retinere posse.*

Si on doutoit que le créancier dût être présumé avoir absolument remis son hypothèque en souscrivant à l'acte où étoit cette clause, au moins il n'est pas

douteux qu'il ne pourroit l'exercer contre l'acquéreur à qui l'héritage auroit été vendu, ou contre le nouveau créancier à qui il auroit été hypothéqué par cet acte; car s'il n'a pas voulu remettre son hypothèque, il ne peut se disculper d'avoir, par sa dissimulation, concouru, avec le débiteur, à tromper cet acquéreur ou ce nouveau créancier; c'est pourquoi ils auront contre lui l'exception de dol.

La signature du créancier, à un acte qui énonce qu'un certain héritage de son débiteur n'est chargé d'aucune hypothèque, peut quelquefois ne préjudicier en aucune manière à son droit d'hypothèque; savoir, lorsqu'il y a lieu de présumer qu'il a pu apposer sa signature sans prendre la lecture de l'acte, *putà*, lorsqu'il a signé, *honoris causâ*, à un contrat de mariage, en la seule qualité de parent ou d'ami.

Le créancier qui consent à l'aliénation de la chose hypothéquée, n'est censé remettre son droit d'hypothèque qu'autant et sous la condition que l'aliénation, à laquelle il a consenti, aura effectivement lieu. C'est pourquoi, si le créancier a permis, par écrit, à son débiteur de vendre son héritage, et qu'il ne l'ait pas vendu, l'hypothèque du créancier sur cet héritage ne laissera pas de subsister. *Si non venierit, non est satis ad repellendum creditorem quod voluit venire*; l. 8, §. 6, ff. d. tit.

La remise qu'opère le consentement du créancier à l'aliénation de la chose hypothéquée, n'a pas lieu non seulement lorsque le débiteur n'a pas vendu la chose, mais encore lorsque la vente qu'il en a faite est nulle ou simulée; l. 4, §. 2, ff. *eod.*

Il y a plus, si le débiteur, en conséquence de la permission du créancier, a aliéné à la vérité son héritage, mais sous quelque condition résolutoire, ou convenue, ou inhérente au contrat, l'hypothèque du créancier est plutôt suspendue qu'éteinte, et elle revit si le contrat vient à se résoudre *ex causâ necessariâ et inhærenti contractui*.

Par exemple, si le débiteur, avec la permission de son créancier, a vendu son héritage avec faculté de réméré, et qu'il l'exerce par la suite, ou si, avec la permission de son créancier, il en a disposé par donation entre-vifs, et qu'elle ait été révoquée par survenance d'enfants; en ces cas, et autres semblables, l'hypothèque revivra.

Ainsi, quoique la vente ne contînt aucune clause résolutoire, si les parties s'en sont volontairement désistées, avant qu'elle eût eu son entière exécution, le créancier qui a consenti à cette vente conservera son hypothèque; l. 10, ff. *quib. mod. pig. sol.* Car il n'est censé, par ce consentement, avoir remis son hypothèque qu'autant que la vente, en faveur de laquelle il vouloit bien la remettre, auroit son entière exécution.

Au contraire, si le débiteur qui a aliéné son héritage du consentement du créancier, en redevient propriétaire, non par la résolution de l'aliénation qu'il en avoit faite, mais par un nouveau titre d'acquisition, il ne recouvrera pas la même hypothèque qu'il avoit et qu'il a remise; l'héritage se trouvera seulement compris dans le droit d'hypothèque générale qu'il a sur tous les biens présents et à venir de son débiteur, s'il est créancier en vertu d'un titre authentique; mais

s'il avoit, outre cette hypothèque générale, une hypothèque spéciale ou un privilège sur cet héritage, il ne pourra plus rien prétendre, tous ses droits ayant été éteints par la remise qu'il est censé en avoir faite en consentant à l'aliénation; l. *fin. cod. de remiss. pig.*

Lorsque le consentement que le créancier a donné à l'aliénation de la chose hypothéquée, est limité à certain titre d'aliénation, à certaine condition, ou à certaines personnes, l'aliénation n'éteint l'hypothèque qu'autant que l'aliénation est faite au même titre et sous les mêmes conditions auxquelles le créancier a consenti à l'aliénation, et à la même personne à qui il a consenti qu'elle fût faite.

C'est pourquoi, si le créancier a permis à son débiteur de vendre la chose hypothéquée, et que le débiteur l'ait donnée par donation entre-vifs, on doit, en ce cas, décider que l'hypothèque n'est pas éteinte; car il y a lieu de présumer que le créancier, en permettant la vente de la chose hypothéquée, a eu en vue que le débiteur en emploieroit le prix à le payer, ou à acquérir d'autres biens qui lui répondroient de sa dette, et qu'en conséquence, en permettant de vendre, il n'a pas entendu permettre de donner.

Au contraire, lorsque le créancier a permis à son débiteur de disposer, par donation entre-vifs, de la chose hypothéquée, on doit ordinairement présumer qu'il lui a permis, à plus forte raison, d'en disposer à titre onéreux, suivant cette règle de droit: *Non debet, cui plus licet quod minus est, non licere*; l. 21, ff. de reg. jur.

Si néanmoins le créancier avoit permis à son débiteur de donner à une certaine personne, amie de ce créancier, on ne pourroit pas dire qu'il lui auroit permis de vendre. *Si concessit donare et vendiderit debitor, repelletur creditor, nisi si quis dicat, ideò concessisse donari quod amicus erat creditori is cui donabatur; ff. l. 8, §. 13, in fine.*

Si le créancier a permis à son débiteur de vendre, pour un certain prix, la chose hypothéquée, ou de la vendre à certaines conditions, et que le débiteur l'ait vendue à un moindre prix ou n'ait pas suivi les conditions prescrites par le créancier, ou s'il lui a permis de vendre dans l'espace d'un certain temps, et que le débiteur n'ait vendu qu'après l'expiration de ce temps, dans tous ces cas, l'hypothèque ne sera pas éteinte; car le créancier n'est censé l'avoir remise qu'autant que la vente se feroit pour le prix, aux conditions et dans le temps qu'il l'avoit permis.

Mais si le débiteur l'a vendue pour un prix plus fort, l'hypothèque n'en sera pas moins éteinte; car le créancier en fixant le prix pour lequel il lui permet de vendre, ne lui permet pas de vendre à un moindre prix, mais il ne l'empêche pas de vendre plus s'il peut; l. 8, §. 14 et 18, *argum.*; ff. l. 21, ff. *de reg. jur.*

Au reste, lorsque le créancier a permis à son débiteur de vendre l'héritage hypothéqué, pourvu que la vente se soit effectivement faite, et de la manière et aux conditions que le créancier l'a permise, il n'importe que cette vente ait été faite par la personne même du débiteur, ou par son héritier ou autre successeur universel; ff. l. 8, §. 16.

Mais le consentement du créancier n'auroit aucun effet, si c'étoit un tiers qui vendit; ff. l. 8, §. 17.

§. VI. De la prescription de l'hypothèque, et de quelques autres manières introduites par les lois pour purger les hypothèques.

L'hypothèque s'éteint par la prescription. Il faut à cet égard faire une différence entre le tiers-détenteur de l'héritage hypothéqué, et le possesseur personnellement obligé.

A l'égard du tiers-détenteur, dans les pays régis par le droit écrit, et dans les coutumes, telle que celle de Paris, qui admettent la prescription de dix ans entre présents, et vingt ans entre absents, avec titre et bonne foi, le tiers acquéreur qui n'a pas eu connoissance de l'hypothèque par son titre d'acquisition ni d'ailleurs, et a possédé l'héritage comme franc, acquiert la libération de l'hypothèque par dix ans de possession; contre le créancier qui demeure en même province que lui, ou par vingt ans s'il demeure en une province différente.

Le tiers-détenteur qui possède sans pouvoir produire de titre de son acquisition, ne peut prescrire que par trente ans de possession.

Dans notre coutume, qui n'a point admis la prescription de dix ou vingt ans, le tiers-détenteur, soit qu'il y ait titre ou non, ne peut acquérir la libération de l'hypothèque que par la prescription de trente ans.

Cette prescription, non plus que celle de dix ou vingt ans, ne court point contre le créancier pendant qu'il est mineur.

Elles n'ont pas lieu non plus contre l'Église, contre qui on ne prescrit que par quarante ans.

Elle ne laisse pas de courir contre le créancier, quoique la condition de la dette pour laquelle l'héritage est hypothéqué ne fût pas encore échue, et le créancier ne peut alléguer en sa faveur la maxime, *non valenti agere, non currit præscriptio*. Car si avant l'échéance de la condition il ne pouvoit pas intenter contre le détenteur de la chose hypothéquée, l'action hypothécaire, au moins pouvoit-il intenter l'action en interruption, et faute de l'avoir fait, il doit s'imputer à lui-même s'il perd son hypothèque.

Nous avons traité plus amplement de ces prescriptions en traitant du droit du propriétaire, où nous renvoyons.

A l'égard du débiteur, de ses héritiers, et autres, personnellement obligés, suivant les principes de l'ancien droit romain, ils ne pouvoient acquérir la libération de l'hypothèque, par quelque temps qu'ils eussent possédé la chose hypothéquée. La raison est que le débiteur qui a constitué l'hypothèque, possède lui-même la chose hypothéquée, à la charge de l'hypothèque. Or, cette possession résiste à la prescription : il ne peut donc pas prescrire par quelque temps qu'il possède, et ses héritiers ne le peuvent pas non plus, parceque la possession de ses héritiers est la même que la sienne, qui continue en leur personne, puisqu'ils succèdent *in virtutes et vitia possessionis defuncti*, comme nous l'avons vu en traitant du droit de propriété.

Il en est de même de tout autre possesseur qui a

reconnu l'hypothèque, quoique l'empereur Théodose eût établi la prescription de trente ans contre l'action personnelle, par le défaut du créancier d'en avoir usé pendant ce temps; néanmoins, le débiteur ou ses héritiers qui avoient acquis cette prescription contre l'action du créancier, et qui possédoient des biens hypothéqués à la dette, ne laissoient pas d'être sujets à l'action qui résultoit de cette hypothèque, et ils ne pouvoient en acquérir la prescription de trente ans contre l'action personnelle, qui opère seulement une fin de non-recevoir contre l'action, et n'éteint pas l'action personnelle; cette action personnelle, quoique destituée d'action, étoit suffisante pour que l'hypothèque pût y accéder et se conserver par quelque temps que ce fût.

Depuis, l'empereur Justin a ordonné que le débiteur et autres, personnellement obligés, possesseurs de la chose hypothéquée, pourroient opposer contre l'action hypothécaire la prescription de quarante ans, contre le créancier qui n'auroit point usé de son droit pendant ce temps.

Plusieurs coutumes, du nombre desquelles est la nôtre, ont adopté la constitution de l'empereur Justin à l'égard des hypothèques contractuelles, c'est-à-dire qui naissent des contrats devant notaires, et en conséquence elles décident que le débiteur et autres, personnellement obligés, prescrivent par quarante ans contre l'action personnelle hypothécaire, dont ils sont tenus envers le créancier.

A l'égard des hypothèques légales et de celles qui naissent des jugemens, elles sont, même dans ces coutumes, sujettes à la même prescription que l'o-

bligation personnelle, c'est-à-dire à la prescription de trente ans.

Dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées, telles que celle de Paris, on a jugé que la prescription contre l'action personnelle hypothécaire, résultante des contrats par-devant notaires, devoit aussi se proroger jusqu'à quarante ans, et que la loi de Justin devoit y être adoptée.

CHAPITRE IV.

Du nantissement.

ARTICLE PREMIER.

De la substance, de la nature, et de la forme du nantissement ; des choses qui en sont susceptibles ; des personnes qui peuvent constituer cette espèce de gage, et pour quelles dettes.

§. I. De la substance, de la nature, et de la forme du nantissement.

Le nantissement est une espèce de gage qui se contracte par la tradition qui est faite au créancier de la chose qu'on lui engage. *Vide l. 9, §. 2, ff. de pignorat. act.*

En cela il diffère de l'hypothèque proprement dite, qui se contracte par la seule convention, sans faire passer la possession de la chose au créancier.

Le nantissement est du droit des gens ; car, selon le pur droit des gens, on ne peut acquérir de droit dans

bligation personnelle, c'est-à-dire à la prescription de trente ans.

Dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées, telles que celle de Paris, on a jugé que la prescription contre l'action personnelle hypothécaire, résultante des contrats par-devant notaires, devoit aussi se proroger jusqu'à quarante ans, et que la loi de Justin devoit y être adoptée.

CHAPITRE IV.

Du nantissement.

ARTICLE PREMIER.

De la substance, de la nature, et de la forme du nantissement ; des choses qui en sont susceptibles ; des personnes qui peuvent constituer cette espèce de gage, et pour quelles dettes.

§. I. De la substance, de la nature, et de la forme du nantissement.

Le nantissement est une espèce de gage qui se contracte par la tradition qui est faite au créancier de la chose qu'on lui engage. *Vide l. 9, §. 2, ff. de pignorat. act.*

En cela il diffère de l'hypothèque proprement dite, qui se contracte par la seule convention, sans faire passer la possession de la chose au créancier.

Le nantissement est du droit des gens ; car, selon le pur droit des gens, on ne peut acquérir de droit dans

une chose que par la tradition; ce n'est donc que par la force de la loi civile qu'on peut acquérir un droit d'hypothèque dans une chose sans tradition: l'hypothèque est donc du droit civil.

Le nantissement étant du droit des gens, n'est sujet à aucune forme, et il est valable entre les parties contractantes par leur seul consentement, suivi de la tradition de la chose engagée.

Mais pour qu'il ait effet contre des tiers, c'est-à-dire pour qu'il donne au créancier, à qui la chose mobilière a été donnée en nantissement, un privilège sur cette chose contre les autres créanciers du débiteur, en cas de dérouté des affaires de ce débiteur, il faut qu'il ait été passé un acte par-devant notaire, dont il reste une minute (ordonnance de 1673, tit. 6, art. 8), du contrat de nantissement, et que la date précède au moins de dix jours la faillite du débiteur; puisqu'un débiteur ne peut plus, pendant ce temps, faire aucun transport ni accorder des droits de gage et d'hypothèque à quelqu'un au préjudice de ses autres créanciers.

§. II. Quelles choses sont susceptibles du nantissement; des personnes qui peuvent constituer cette espèce de gage, et pour quelles dettes.

Le nantissement diffère encore de l'hypothèque proprement dite touchant les choses qui en sont susceptibles; car au lieu qu'il n'y a que les immeubles qui soient susceptibles de l'hypothèque proprement dite dans la plupart de nos coutumes; au contraire, ce sont principalement les meubles qui sont susceptibles du nantissement.

Les choses incorporelles, comme sont les dettes actives, sont-elles susceptibles du nantissement? La raison de douter est que les choses incorporelles ne sont pas susceptibles de possession, ni de tradition, ni par conséquent du nantissement, qui ne se contracte que par la tradition et en mettant le créancier en possession de la chose. Néanmoins, comme la tradition, dont les dettes actives ne sont pas susceptibles, peut se suppléer en remettant à celui à qui on la donne en nantissement le billet ou obligation du débiteur, qui est l'instrument de cette dette active, et en faisant, par le créancier à qui la dette active a été donnée en nantissement, signifier au débiteur de cette dette l'acte par lequel elle a été donnée en nantissement, avec défense de payer en d'autres mains qu'en celles de celui à qui elle a été donnée en nantissement, il y a lieu de soutenir que les dettes actives en sont aussi susceptibles.

Il est évident que les biens à venir, quoique susceptibles de l'hypothèque, ne le sont pas du nantissement, puisqu'il ne se contracte que par la tradition.

A ces différences près, le nantissement et l'hypothèque conviennent, soit par rapport aux personnes par qui l'une ou l'autre espèce de gages peuvent être constituées, soit par rapport aux dettes pour lesquelles elles peuvent l'être.

Observez néanmoins que lorsque quelqu'un a donné en nantissement une chose qui ne lui appartenait pas, quoique le nantissement ne soit pas valable, à l'effet de donner aucun droit dans la chose au créancier à qui elle a été donnée en nantissement; néanmoins, le contrat de nantissement est valable pour produire,

entre les parties contractantes, des engagements respectifs.

ARTICLE II.

Des effets du nantissement.

Les effets du nantissement sont le droit qu'acquiert le créancier dans la chose qui lui a été donnée en nantissement, et les obligations respectives qui naissent du contrat de nantissement; savoir, du créancier envers le débiteur qui lui a donné la chose en nantissement, et du débiteur envers le créancier à qui il l'a donnée.

§. I. Du droit du créancier dans la chose qui lui a été donnée en nantissement.

Le créancier acquiert dans la chose qui lui a été donnée en nantissement, le droit de la posséder et retenir pour la sûreté de sa dette, et celui de la vendre pour être payé sur le prix.

Ce droit, selon la nature du droit d'hypothèque, est individuel; la chose donnée en nantissement, ainsi que la chose hypothéquée, est non seulement dans sa totalité, mais dans chacune de ses parties, affectée au total de la dette, et non seulement au total de la dette, mais à ce qui en reste dû, quelque peu qu'il en reste.

Ce droit qu'a le créancier de posséder la chose qui lui a été donnée en nantissement, non seulement lui donne pour la retenir, une exception contre le propriétaire de la chose qu'il a donnée en nantissement, ou ses héritiers qui la revendiqueroient; elle lui donne

aussi au cas que la chose lui ait été soustraite ou ravie, une action réelle pour se la faire rendre, contre quiconque se trouveroit l'avoir par-devers lui, fût-ce le propriétaire de qui il l'a reçue en nantissement.

A l'égard du droit qu'a le créancier de vendre la chose qui lui a été donnée en nantissement, il est évident qu'il ne peut exercer ce droit avant que le débiteur ait été en demeure de payer, et à plus forte raison avant que le terme de paiement soit échu. *Nam ibi nulla intelligitur mora fieri, ubi nulla petitio est;* l. 88, ff. de reg. jur.

Il ne suffit pas, même après que le terme de paiement est échu, de constituer le débiteur en demeure par un simple commandement de payer le créancier, pour pouvoir vendre la chose qui lui a été donnée en nantissement, mais il faut assigner le débiteur, et obtenir, sur cette assignation, une sentence qui ordonne que, faute par le débiteur de payer dans un certain délai qui lui sera prescrit par la sentence, il sera permis au créancier, sans qu'il soit besoin d'obtenir d'autre sentence, de vendre la chose.

Il doit la faire vendre par un sergent, avec les mêmes formalités qui s'observent pour la vente des meubles pris par exécution, et il doit dénoncer au débiteur, à son domicile ou à celui de son procureur, s'il en a un, le jour et l'heure auxquels la chose sera exposée en vente. On peut convenir par le contrat de nantissement, que le créancier pourra, faute de paiement, après un certain temps convenu, vendre le gage, sans obtenir pour cet effet, aucune permission du juge. Je pense néanmoins qu'en ce cas le créancier devroit,

après le temps expiré, dénoncer la vente au débiteur, et faire faire cette vente publiquement par un huissier; à moins que par le contrat il ne soit expressément déchargé de dénoncer la vente. On pourroit aussi par le contrat lui permettre de vendre la chose de gré à gré, et convenir qu'il seroit cru du prix à sa déclaration.

Car toutes ces conventions n'ayant rien d'illicite et de contraire aux bonnes mœurs, doivent être exécutées.

Si on convenoit que faute par le débiteur de payer dans un certain temps marqué, le créancier demeureroit propriétaire de la chose qui lui a été donnée en nantissement, la convention seroit nulle. Cette convention a été défendue par la constitution de Constantin, l. *fin. cod. de pact. pig.* pour réprimer l'injustice des créanciers qui, par cette convention, s'approprioient les biens de leurs misérables débiteurs, pour un prix au-dessous de leur valeur; et cette loi, comme très-équitable, est suivie parmi nous.

Mais si la convention a été que, faute par le débiteur de payer dans un certain temps, le créancier demeureroit propriétaire de la chose, pour le prix qu'elle seroit pour lors estimée par experts, dont les parties conviendroient à frais communs, la convention, en ce cas, n'a rien d'illicite et doit être exécutée; l. 16, §. *fin. ff. de pig. et hyp.*; l. 81, ff. *de cont. empt.* L'estimation remédie à l'iniquité qui auroit pu se trouver dans la clause précédente.

Dans le cas de cette clause, selon nos usages, le créancier, faute de paiement, ne devient pas propriétaire de plein droit de la chose, il faut qu'il fasse or-

donner par le juge que, conformément à la clause, il demeurera propriétaire pour l'estimation, et qu'il le fasse consentir par le débiteur. Jusques-là, quoique le temps limité pour le paiement soit expiré, le débiteur sera toujours recevable à reprendre sa chose en offrant de payer.

Le droit qu'a le créancier sur la chose qui lui a été donnée en nantissement, s'éteint comme le droit d'hypothèque: 1° par l'extinction de la chose; mais pour peu qu'il en reste quelque chose, le droit demeure sur ce qui en reste.

2° Lorsque le créancier en devient propriétaire, *cum res sua nemini pignori esse possit*.

3° Par la résolution et extinction du droit de propriété de celui qui me l'a donnée en nantissement. *Putà*, si l'héritier d'une personne qui avoit légué à quelqu'un sa bibliothèque sous une condition, me la donne en nantissement avant l'échéance de la condition? Comme il en étoit pour lors propriétaire, le nantissement étoit valable; mais lorsque la condition viendra à écheoir, le droit de propriété qu'il avoit dans cette bibliothèque venant à s'éteindre, le droit de nantissement qu'il m'avoit donné s'éteindra aussi.

4° Le droit de nantissement s'éteint aussi, comme l'hypothèque, par l'extinction de la dette pour laquelle la chose a été donnée en nantissement; mais il faut qu'elle soit entièrement acquittée, quelque peu qu'il reste de dû, soit du principal, soit des intérêts, le droit de nantissement subsiste en son entier; il subsiste même, en quelque façon, pour les frais que le créancier auroit faits pour la chose.

5° Enfin, il s'éteint par la remise qu'en fait le créancier, en rendant volontairement la chose au débiteur qui la lui avoit donnée en nantissement.

§. II. De l'engagement du créancier envers le débiteur, produit par le contrat de nantissement.

Le créancier à qui le débiteur a donné une chose en nantissement, contracte, envers le débiteur, l'obligation de la lui rendre saine et entière, après que la dette aura été entièrement acquittée.

De cette obligation naît l'action personnelle qu'on appelle *actio pignoratitia directa*, qu'a le débiteur contre le créancier pour répéter la chose qu'il a donnée en nantissement, après qu'il a acquitté la dette, ou pour rendre compte du prix de la vente lorsqu'elle a été vendue à la requête du créancier.

Cette action appartient à celui qui a donné la chose en nantissement, il n'importe qu'il en soit ou non le propriétaire, le créancier qui la reçoit de lui à titre de nantissement, n'en contracte pas moins envers lui l'obligation de la lui rendre.

Le débiteur ou autre qui a donné la chose en nantissement ne peut intenter cette action qu'après que la dette pour laquelle la chose a été donnée en nantissement, a été entièrement acquittée en principal et intérêt.

C'est pourquoi, si l'un des héritiers du débiteur a payé la part du prix dont il étoit personnellement tenu de la dette pour laquelle le défunt avoit donné certaines choses en nantissement à son créancier, il ne pourra pas pour cela intenter cette action pour sa part

dans les choses données en nantissement, tant qu'il restera quelque chose de dû par quelqu'un de ses cohéritiers; car chaque partie des choses données en nantissement est affectée à tout ce qui peut rester de la dette, comme il a été observé ci-dessus.

Lorsque la chose donnée en nantissement produit des fruits, ceux que le créancier perçoit s'imputent sur sa dette, et si par ceux qu'il a perçus elle se trouve acquittée, il y a lieu à cette action.

Elle a lieu quelquefois quoique la dette n'ait pas été acquittée : 1° Lorsque le créancier a bien voulu se désister du nantissement, soit au moyen d'autres sûretés qu'on lui a données, ou à certaines conditions, soit qu'il s'en soit désisté sans autres sûretés ni conditions; c'est pourquoi Ulpien dit : *Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio; satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum: sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fidejussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nudâ conventionem nascitur pignoratitia actio, et generaliter dicendum quoties recedere voluit creditor à pig-nore, videri ei satisfactum; si, ut ipse voluit, sibi cavit, licet in hoc deceptus sit; l. 9, §. 3, ff. de pig. act.*

2° Lorsque le créancier à qui une chose a été donnée en nantissement mésuse de cette chose; l. 3, *in fine codict. h. t.*

Lorsqu'une chose a été donnée en nantissement à quelqu'un pour une somme que celui qui la lui a donnée comptoit emprunter de lui, la somme n'ayant point été comptée, il est évident que celui qui a donné

la chose en nantissement, peut la répéter par cette action; l. 11, §. 2, ff. d. tit.

L'objet de cette action, lorsque la dette a été acquittée sans qu'il ait été passé à la vente de la chose donnée en nantissement, est que le créancier à qui elle a été donnée en nantissement, soit tenu de la rendre.

S'il avoit perçu quelques fruits ou quelque utilité de cette chose, il est aussi obligé par cette action, d'en faire raison au débiteur qui la lui a donnée.

Si, par sa faute, la chose avoit été détériorée, il doit aussi faire raison au débiteur à qui elle appartient, de ce dont la chose s'est trouvée dépréciée. *Vide* l. 24, §. 3; l. 13, §. 1, ff. *de pig. act.* Il est tenu, à cet égard, de la faute commune, *de levi culpâ; arg.*, l. 14, ff. *eod.*; le contrat de nantissement étant un contrat qui concerne l'intérêt de l'une et l'autre des parties contractantes.

Si la chose a été perdue ou a péri sans sa faute, il est libéré; ce qui est commun à tous les débiteurs de corps certains. *Vide* l. 6, 8 et 9, *cod. eodem.*

Lorsque le créancier, faute de paiement, a fait procéder à la vente de la chose qui lui a été donnée en nantissement, l'objet de l'action qu'a le débiteur en ce cas est de lui faire rendre compte du prix, et si par ce compte, il se trouve qu'après la dette en principal, intérêts et frais acquittés, le créancier est reliquataire de quelque somme, il doit être condamné à la rendre.

Si au contraire le prix n'avoit pas suffi à acquitter la dette en principal, intérêts et frais, il demeurera créancier de ce qui s'en manquera.

§. III. De l'obligation du débiteur qui a donné une chose en nantissement, envers le créancier à qui il l'a donnée.

Le débiteur qui donne une chose en nantissement contracte aussi des engagements avec le créancier à qui il la donne, d'où naît une action personnelle qu'a le créancier contre lui, qu'on appelle *actio pignoratitia contraria*.

Le principal objet de cet engagement et de cette action est l'indemnité des impenses que le créancier a faites pour la conservation de la chose qui lui a été donnée en nantissement.

Celui qui la lui a ainsi donnée est obligé de lui rembourser ce qu'il lui en a coûté, et le créancier a cette action contre lui pour s'en faire rembourser; l. 8, ff. *de pig. act.*

L'action *pignoratitia contraria* a encore lieu en quelques autres cas :

1° Si celui qui a donné une chose en nantissement au créancier, l'a depuis retirée de lui, ou par surprise ou précieusement, à la charge de la lui remettre lorsqu'il la lui redemanderoit, le créancier a contre lui cette action pour se la faire rendre; l. 3; l. 22; §. 3, ff. *de pig. act.*

2° Si le créancier a été trompé dans le nantissement. *Putà*, si on lui a donné en nantissement un bijou qu'on lui disoit être d'or, et qu'il se trouve n'être que de similor, ou si quelqu'un lui a donné en nantissement une chose qui ne lui appartenoit pas, et qui a été réclamée par le véritable propriétaire, le créancier qui, sur la loi du nantissement, a prêté son ar-

gent, a cette action, pour ses dommages et intérêts, contre celui qui lui a donné cette chose en nantissement, quoique celui qui la lui a donnée ait été de bonne foi; l. 16, §. 1, ff. *de pig. act.*

Il y a néanmoins cette différence que lorsque celui qui l'a donnée en nantissement a été de bonne foi, il est simplement condamné aux dommages et intérêts du créancier; mais lorsqu'il a été de mauvaise foi, qu'il a su que la chose qu'il donnoit en nantissement ne lui appartenoit pas, ou que ce qu'il donnoit pour de l'or n'étoit que du similor, il est en ce cas condamné par corps comme stellionataire.

3° Lorsque cette chose avoit quelque vice dont le créancier a souffert quelque préjudice par la faute de celui qui l'a donnée en nantissement, qui, ayant connoissance de ce vice, n'en a pas averti le créancier, il y a lieu en ce cas à cette action pour les dommages et intérêts du créancier. *Par exemple*, si vous m'avez donné en nantissement une vache attaquée d'une maladie contagieuse qu'elle a communiquée aux miennes, j'ai action contre vous pour mes dommages et intérêts, si, en ayant connoissance, vous ne m'en avez pas averti; ff. l., d. ff. *eod.*

CHAPITRE V.

De l'antichrèse et du contrat pignoratif.

ARTICLE PREMIER.

De l'antichrèse.

L'antichrèse est un contrat qui étoit en usage chez les Romains, et qui nous est décrit de cette manière en la loi II, §. 1, ff. *de pig. et hyp. Si antichresis facta sit et in fundum aut in ædes aliquis inducatur, eò usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo habitandoque; itaque si amiserit possessionem solet in factum actione uti.*

Il résulte de ce texte que l'antichrèse peut être définie la convention par laquelle un débiteur convient avec son créancier de lui accorder et à ses successeurs le droit de jouir d'un certain héritage jusqu'au paiement de la somme qui lui est due pour lui tenir lieu des intérêts de cette somme.

Lorsque le créancier, en exécution de cette convention, a été mis en possession de l'héritage, il acquiert, sur cet héritage, le droit d'antichrèse, qui consiste dans le droit de jouir de tout l'héritage, et d'en percevoir tous les fruits, pour lui tenir lieu d'intérêts de la somme qui lui est due jusqu'au paiement.

Ce droit est un droit dans la chose aussi bien que le

droit d'hypothèque. Il est différent du droit de nantissement; il peut à la vérité quelquefois concourir avec lui lorsque le débiteur, après avoir hypothéqué son héritage à son créancier, convient qu'il en jouira et percevra les fruits, pour lui tenir lieu d'intérêts jusqu'au paiement; mais il peut subsister séparément et sans aucun droit d'hypothèque, ce qui arrive lorsque le débiteur a accordé à son créancier ce droit sur un de ses héritages sans le lui hypothéquer.

Ce droit a quelque affinité avec celui de nantissement, en ce que le créancier a droit de retenir et de posséder l'héritage jusqu'au paiement de sa dette, comme l'a le créancier hypothécaire à qui on a donné un héritage en nantissement; mais il en diffère en ce qu'il n'a pas le droit de vendre l'héritage comme l'a le créancier hypothécaire; c'est pourquoi, la loi dit, *retinet possessionem pignoris loco*, elle ne dit pas *pignoris jure*.

Le créancier n'acquiert ce droit sur l'héritage que par la tradition qui lui en est faite. *Si antehrisis facta sit*, dit la loi 11, *et in fundum aut in ædes aliquis induatur*. Ce qui est commun à la règle générale, que les droits *in re* ne s'acquièrent pas par la seule convention, mais par la tradition, ou par quelque acte équipollent à tradition. *Non nudis conventionibus, sed traditionibus*. Il n'y a que le droit d'hypothèque qui, par une exception à la règle générale, s'acquiert sans tradition, comme nous l'avons vu.

Lorsqu'un créancier a acquis une fois le droit d'antichrèse sur un héritage, comme ce droit est dans la chose, le débiteur ne peut plus dès lors aliéner l'héri-

tage à qui que ce soit, ni l'hypothéquer à un second créancier, qu'à la charge du droit d'antichrèse du créancier à qui il l'a accordé.

Le droit d'antichrèse, selon les principes du droit romain, donne tellement au créancier le droit de jouir de l'héritage, pour lui tenir lieu des intérêts de la somme qui lui est due, que le débiteur qui auroit soutenu que ces revenus surpassent le taux des intérêts, n'eût pas été recevable à demander compte au créancier des revenus, sous la déduction des intérêts. L'événement incertain desdits revenus faisoit tolérer que le créancier pût en ce cas retirer quelque chose pour ses intérêts au-delà du taux légitime, en compensation de ce qu'il auroit pu arriver qu'en cas de stérilité il auroit pu en retirer moins. C'est la décision de la loi 17, *cod. de usur. Obtentu majoris percepti emolumenti propter incertum fructum proventum rescindi placita non possunt.*

La loi 14, *in fn., cod. d. tit.*, décide pareillement que l'antichrèse d'une maison ne laisse pas d'être valable, quoique son loyer soit d'un prix plus considérable que le taux des intérêts de la somme due au créancier, parcequ'en ce cas il est plutôt censé tenir la maison à loyer pour un vil prix, que retirer un intérêt excessif. *Non illicitum fœnus esse contractum, sed vilis conducta habitatio videtur.*

Le créancier qui jouit par antichrèse, doit être tenu des charges réelles annuelles de l'héritage, qui sont des charges de la jouissance annuelle qu'il a; il doit aussi être tenu des réparations locatives; mais comme sa jouissance n'est que momentanée, et doit finir lorsque le

débiteur aura payé, je ne crois pas qu'il doive être tenu de toutes autres espèces de réparations, ni des charges extraordinaires qui surviendroient pendant le temps de l'antichrèse.

Il naît de ce droit d'antichrèse une action réelle qu'a le créancier qui auroit perdu la possession de l'héritage sur lequel il a ce droit, pour s'en faire remettre en possession. La loi 111, §. 1, ff. *de pig. et hyp.* dont nous avons rapporté les termes, l'appelle *actio in factum*, parceque, comme le remarque le Scholiaste grec, le droit d'antichrèse n'étant pas le même que celui d'hypothèque, le créancier ne peut pas en ce cas avoir l'action servienne ou hypothécaire, mais une autre action réelle, *ad instar*, que la loi appelle *actio in factum defectu alterius nominis*.

Cette action a lieu contre tous ceux que le créancier trouve en possession de l'héritage sur lequel il a ce droit, soit le débiteur, soit des tiers.

Ce droit d'antichrèse s'éteint des mêmes manières que celui de gage ou nantissement.

Il nous reste à observer que Justinien a réprouvé la convention d'antichrèse à l'égard des laboureurs, et a défendu à leurs créanciers de dépouiller par l'antichrèse lesdits laboureurs de leurs champs ou de leurs animaux, et autres effets servant à la culture des terres. *Vide authent. nullum credentem agricolæ tenere, §. sancimus itaque, etc., coll. 4, tit. 13, cap. 5, novell. 24, cap. 1; l. 17, cod. de usur.*

En France, il est évident que la convention d'antichrèse ne peut avoir lieu dans le prêt d'argent, car nos lois ne permettant pas aux créanciers de stipuler un

intérêt des sommes qu'ils prêtent, c'est une conséquence que dans notre droit la convention d'antichrèse est illicite entre ces sortes de créanciers et leurs débiteurs.

Il sembleroit qu'elle pourroit l'être entre le créancier et le débiteur d'une rente ou même d'une dette exigible qui produit des intérêts, telle que celle d'une somme promise pour dot de mariage. Néanmoins, Loyseau, en son *Traité de la distinction des Rentes*, liv. 1, chap. 1, n. 12, regarde indistinctement, et par conséquent même en ces cas, la convention d'antichrèse comme réprouvée en France. La raison est que nous sommes bien plus exacts que n'étoient les Romains sur tout ce qui peut favoriser l'usure, et tous les moyens par lesquels les créanciers de rentes ou de sommes qui produisent intérêt, pourroient se procurer un intérêt plus fort que celui qui est permis par nos ordonnances. C'est dans cette vue que Charles IX, par son édit du 29 novembre 1565, a ordonné que les rentes créées en blé fussent réduites et commuées en rentes en argent, au denier douze de leur principal, qui étoit en ce temps, le taux des intérêts. Par la même raison, l'antichrèse ne doit pas être permise parmi nous, même à l'égard des créanciers de rentes et de sommes qui peuvent produire intérêts, de peur que par ce moyen le créancier ne retirât un intérêt plus fort que l'intérêt légitime, dans le cas auquel le revenu de l'héritage qui lui auroit été donné à titre d'antichrèse, à laquelle on ne doit point avoir égard, excéderoit les arrérages ou intérêts; c'est pourquoi le débiteur est toujours recevable à demander au créancier compte des fruits et jouissances de l'héritage dont il l'auroit mis en possession, en of-

frant de lui faire déduction, sur lesdits revenus, des arrérages et intérêts légitimes qui pourroient lui être dûs.

Au reste, comme ce n'est qu'en faveur du débiteur que la convention d'antichrèse est regardée comme illícite, pour empêcher que les créanciers ne tirent un intérêt plus fort que les arrérages de rente ou intérêts qu'ils ont droit de prétendre; il suit de-là qu'il n'y a que le débiteur qui soit recevable à opposer le vice de cette convention; c'est pourquoi, si un héritage a été donné par antichrèse à un créancier de rente, pour un certain temps, pour lui tenir lieu des arrérages de sa rente, le créancier ne sera pas recevable à demander les arrérages de sa rente en offrant de compter des fruits.

Quoique Loysau regarde la convention d'antichrèse comme réprouvée en France, il observe néanmoins qu'elle s'y pratiquoit anciennement en certains cas, dont il est fait mention en la somme rurale de Boutillier, et qu'elle s'appelloit *mort-gage*, à la différence de *vif-gage*, qui s'acquitte de ce que le créancier perçoit de la chose engagée.

Ces cas sont lorsque, par exemple, un père en appariant sa fille d'une certaine somme pour toute part en sa succession, ordonne qu'elle jouira d'un certain héritage jusqu'à ce que l'héritier lui ait payé cette somme. Loysau pense que cela pourroit encore se pratiquer à présent. La coutume de Lille en a même une disposition. Elle porte, art. 17, *qu'on peut disposer, par testament, de ses héritages à titre de mort-gage, et sans desconter en ligne directe en descendant seulement.*