

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

L. WOLOWSKI

Député à l'Assemblée nationale,
Membre de l'Institut.

PAUL PONT

Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

FAUSTIN HÉRIE

Président à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

LÉON AUCOC

Président de section au Conseil d'État.

CH. GIRAUD

Inspecteur général des Facultés de droit,
Membre de l'Institut.

BEN TAULO

Professeur à la Faculté de droit de Caen,
Député à l'Assemblée nationale.

SATBIE

Professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris,
Député à l'Assemblée nationale.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Serrigny, doyen honoraire de la Faculté de droit de Dijon ;

Jalabert, doyen de la Faculté de droit de Nancy ;

Gabriel Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris ;

Ed. Laferrière, maître des requêtes au Conseil d'État ;

ET DE MM.

Ernest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy ; Cauwès, Lyon-Caen, professeurs agrégés à la Faculté de droit de Paris et Gabriel Debacq, avocat à la Cour d'appel de Paris, pour les travaux critiques et bibliographiques sur les législations étrangères.

XXII^e ANNÉE.

Nouvelle série. — TOME II.

PARIS

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot, 24.

1872—1873

QUESTIONS SUR LES ORDRES ET LES CONTRIBUTIONS.

DU PRIVILÈGE DES FRAIS DE PURGE.

Théorie et commentaire de l'article 774 du Code de procédure civile.

Par M. DRAMARD, juge au tribunal civil de Béthune.

La matière des ordres présente à chaque pas des questions qui semblent à l'apparence, suivant l'expression un peu vulgaire employée en pareil cas, aller d'elles-mêmes, mais dont la solution, lorsqu'on les soumet à un examen un peu sérieux, ne laisse pas que d'être quelquefois embarrassante, et ce n'est pas sans quelque surprise que l'on voit alors, à l'occasion d'une simple formalité de procédure, et souvent pour un intérêt matériel fort mince, entrer en jeu les principes fondamentaux du droit privé, quelquefois même du droit public. C'est, pensera-t-on tout d'abord, prendre de bien haut une question de procédure; mais il suffira de se rappeler que les règles qu'elle a pour objet sont avant tout protectrices des droits des citoyens, quelquefois de leurs personnes, toujours de leurs propriétés; il suffira de réfléchir qu'elles sont la déduction du grand principe que *nul ne se peut faire justice à soi-même*, principe sans lequel il n'y a pas de société possible, et qui est la raison d'être du pouvoir judiciaire, pour convenir qu'il n'est, en pareille matière, si petit effet qui ne se rattache à une grande cause.

L'article 774 du Code de procédure civile en est un exemple d'autant plus frappant qu'il ne présente qu'un bien minime intérêt pécuniaire; il n'est pas de jour où il ne soit appliqué dans nombre de tribunaux sans que l'on ait jamais songé à y découvrir tant de choses, et c'est peut-être affronter une prédisposition défavorable que d'entreprendre de dissertar à son sujet. Mais, puisque le dé en est jeté, essayons tout à la fois de ramener les esprits et de les convertir à notre thèse.

1

« L'acquéreur, dit ce texte, est employé par préférence pour le coût de l'extrait des inscriptions et dénonciations aux

créanciers inscrits. » (L'ancien texte contenait, sous l'article 777, une disposition conçue en termes identiques.)

Nous avons à nous demander en présence de cette disposition impérative :

1° Quelle est la nature du droit qu'elle confère à l'acquéreur ?

2° Quand et comment ce droit doit être exercé ?

Ces deux problèmes fort délicats, nous l'allons voir, n'ont été jusqu'à présent l'objet d'aucune discussion théorique *ex professo* ; ce n'est qu'incidemment qu'ils ont été résolus par les auteurs qui se sont occupés de la matière. Quant à la jurisprudence, elle n'a pas eu non plus occasion de se prononcer, l'article 762 du Code pénal limitant l'appel aux cas où la somme contestée excède 1,500 francs, et la médiocrité de l'intérêt pécuniaire ne méritant pas les honneurs du pourvoi en cassation. Le sujet n'est pas encore sorti du domaine de la pratique.

Rien de si simple en effet, à première vue, que l'application de notre article : l'acquéreur détient le prix de son acquisition, il n'a pas besoin de se faire admettre à l'ordre, il n'a qu'à *retenir* le montant de ses avances, mode de procéder qui, à l'avantage de la simplification et de la célérité, ajoutera celui de l'économie des frais. Comme conséquence, on décide que pouvant se payer lui-même, la production qu'il ferait à l'ordre à l'occasion de sa créance constituerait des frais frustratoires et devrait être rejetée par voie d'exception. Telle est la doctrine unanime des auteurs et la pratique la plus générale des juges-commissaires aux ordres, ainsi que des tribunaux. Toutefois, quelques tribunaux réputés pour conserver les plus saines traditions et professer les meilleurs principes en fait de procédure, celui de la Seine entre autres, admettent le nouveau propriétaire à requérir sa collocation à raison de sa créance ; ils lui en font même une obligation à peine de déchéance.

Nous avons donc à examiner sur quels principes est fondée la première solution, laquelle, nous le répétons, est toute implicite et n'a jamais été formulée qu'en termes absolus, sans aucun motif juridique, comme si c'était un axiome.

En fait, l'espèce est des moins complexes ; l'acquéreur d'un immeuble voulant user de la faculté que lui donne l'arti-

cle 2183 du Code civil, a suivi la procédure prescrite par les articles 832 et suivants du Code de procédure civile pour purger les hypothèques inscrites; les frais qu'il a exposés ainsi constituent une créance pour laquelle il est, suivant l'article 774 du même Code, employé par préférence, sur son prix sous-entendu; on conclut de là qu'il les retiendra. « Par conséquent, dit M. Seligman (*Proc. d'ordre*, n° 594), il n'a pas besoin d'une production pour se payer des avances qu'il a faites¹. » — « Pourquoi, dit à son tour M. Audier (*Journ. des av.*, 1868, p. 483), faire les frais d'une demande judiciaire pour se faire allouer ce que l'on a droit de retenir? » On cite encore (Dalloz, v° *Ordre*, n° 434) à l'appui de cette opinion la décision donnée par M. Chauveau (quest. 2553 *ter*) sur un cas qui n'a cependant pas d'analogie². V. aussi dans ce sens un arrêt

¹ Par une contradiction qui prouve bien que notre article n'a pas été de la part des commentateurs l'objet d'une étude approfondie, M. Seligman dit ailleurs : « C'est à l'avoué (de l'acquéreur) qui veut mettre sa responsabilité à couvert d'avertir ses clients de l'ouverture de l'ordre, afin qu'ils y produisent pour les frais de notifications et pour le coût de l'extrait des inscriptions, s'il s'agit d'une adjudication devant notaire ou d'une vente amiable. »

² Cet auteur parle des frais que l'adjudicataire sur surenchère doit rembourser à l'adjudicataire dépossédé, et de ceux que l'adjudicataire doit payer, d'après une clause du cahier des charges, en diminution de son prix. Dans les deux cas, la diminution du prix n'est qu'apparente, puisque dans le premier il s'agit d'une véritable charge de la vente qui ne modifie en rien le prix principal d'adjudication, et que, dans le second, le chiffre des frais étant liquidé et annoncé avant l'adjudication, tous les intéressés savent que le prix d'adjudication sera virtuellement, par le fait même de l'adjudication, réduit du montant des frais. Soient deux espèces pour être plus précis, car lorsque l'on se trouve en présence d'une autorité comme celle du savant professeur de Toulouse, on ne saurait mettre trop de soin à démontrer qu'elle vous est opposée à tort et qu'elle n'a pas d'application au débat. — Premier cas. L'adjudicataire sur surenchère a 200 francs à rembourser à l'acquéreur dépossédé, outre son prix d'adjudication qui est de 1,000 francs; il ne doit que 1,000 francs aux créanciers hypothécaires auxquels il n'importe nullement qu'il paye 200 francs directement à l'acquéreur dépossédé auquel il les doit personnellement. Donc aucune réduction sur le prix dans cette espèce. — Second cas. L'adjudicataire achète moyennant 1,200 francs, mais 200 francs s'appliquent aux frais de poursuite dus aux avoués qui en sont le plus souvent distractionnaires; le prix dû et à distribuer aux créanciers n'est donc encore que de 1,000 francs. Dans le premier cas, l'enchérisseur sait qu'il devra ajouter à son prix, quel qu'il soit, 200 francs à rembourser au précédent acquéreur, et il réglera ses enchères en conséquence. Dans le second cas, il n'aura pas à faire ce calcul, et il achètera ferme; mais les créanciers

de Paris, 14 messidor an XII, aff. Lesterp. — *Contra* tribunal de Dié, 27 avril 1864, aff. Fluchaire.

Toutefois, malgré la simplicité de l'espèce, il est bon de placer dès le début une remarque essentielle pour bien préciser les termes et la portée du débat. Dans toutes les règles qu'il édicte, le législateur a en vue le cas d'un ordre ouvert après adjudication sur saisie, cas où la procédure d'expropriation purge toutes les hypothèques. Ce n'est que lorsqu'il arrive à l'article 772 qu'il se rappelle les cas beaucoup plus fréquents de ventes amiables ou sur conversion, et ceux de donation qui rendront les notifications nécessaires. Il renvoie alors pour la procédure à toutes les règles précédemment édictées; mais l'article 774 qui vient après ne se réfère qu'aux cas de l'article 772. Il résulte de cette distinction que les arguments tirés dans notre espèce des textes précédant les articles 772 et 774 ne pourront pas avoir la force d'arguments directs comme étant fondés sur une situation qui n'était pas dans la pensée du législateur lorsqu'il les a formulés.

Ainsi, d'après les auteurs cités plus haut, l'acquéreur *se payera*, l'acquéreur *retiendra*, donc il a le droit, suivant eux, de se payer, de retenir; nous pourrions demander lequel des deux, car la valeur juridique de ces deux termes n'est pas précisément la même: se payer, c'est opérer la compensation; retenir, c'est user du droit de rétention. Mais nous pensons bien que dans leur opinion les deux opérations se combinent, l'acquéreur retient son prix pour se payer à même. Acceptons quant à

auront que le prix d'adjudication n'est qu'apparent et qu'il est virtuellement, à leur égard, diminué d'une somme dont l'emploi était ordonné avant même que ne fût fixé par les enchères le prix qui devra leur être attribué. Ajoutons qu'alors même que l'avoué poursuivant n'aurait pas obtenu la distraction de ces dépens, l'adjudicataire n'aurait pas à en faire réserve sur son prix principal, car il n'en fait pas partie; ce serait au créancier poursuivant, qui les aurait avancés, à s'en faire payer directement par l'acquéreur, en exécution tant du cahier de charges que du jugement d'adjudication, puisque, — il faut insister sur ce point, parce que là est la différence capitale, — l'emploi en a été fait par le jugement de publication et le jugement de mise aux enchères (art. 701 et 744 C. pr. civ.). — Il n'y a donc ni identité ni analogie d'espèces, et l'opinion de M. Chauveau, fort bonne pour les cas qu'il prévoit, n'a rien à faire ici. Cf. au contraire questions 2616 et 2616 bis.

présent cette formule et cherchons d'où peut dériver ce droit pour l'acquéreur. Ce n'est pas tout d'abord de notre article 774 qui dit « est employé », terme emprunté à la pratique, dont le sens, bien qu'un peu vague, implique cependant l'idée d'une attribution faite par l'autorité de justice; ce ne pourrait donc être que des principes généraux du droit de rétention.

II

Le droit de rétention n'est réglé nulle part dans le Code d'une manière positive; il ne résulte que de certaines dispositions particulières plus ou moins explicites. Il peut être intéressant en théorie de rechercher si ces dispositions particulières sont seulement énonciatives, ou bien si elles sont limitatives. Si l'on se décide dans ce dernier sens, ce droit, pour être invoqué, doit être expressément écrit. Or l'article 774 ne l'accordant pas, la difficulté qui nous occupe serait dès à présent tranchée en ce point. Mais cette distinction, au sujet de laquelle, la jurisprudence et les auteurs ne sont pas encore unanimes, est indifférente pour la solution du problème posé, si, comme nous espérons le démontrer, il n'y a pas place ici pour l'application du droit de rétention.

Ce droit est la conséquence d'un contrat de nantissement, soit exprès, soit tacite, car on ne peut pas retenir la chose d'autrui si elle n'est pas *quodam jure pignoris* affectée à la garantie de la créance que l'on a contre le propriétaire de cette chose: tout nantissement produit le droit de rétention, mais la simple détention d'une chose est insuffisante pour conférer ni le nantissement, ni le simple droit de rétention; quelque favorables d'ailleurs que puissent être la créance du détenteur et les circonstances dans lesquelles il aurait intérêt à conserver la chose. La raison en est que le premier droit doit être expressément concédé ou résulter d'une présomption de la loi, et que le second est un avantage accordé au détenteur afin de le faire payer de ce qui lui est dû à raison de la chose détenue; il faut donc que la créance du détenteur soit corrélatrice et connexe à son obligation de restituer, ou, en prenant le rapport inverse, que le droit du propriétaire de réclamer sa chose soit corrélatif et connexe à son obligation de payer la dette, *debitum cum*

re junctum. Ces principes sont certains et incontestés; ils sont ici essentiels.

Il en résulte que si le droit de rétention procure une cause de préférence, c'est indirectement, et la proposition contraire ne serait pas vraie, en ce sens qu'une cause de préférence ne confère pas nécessairement le droit de rétention; il faut à la rétention une cause légitime, un contrat exprès ou tacite de nantissement; d'où, dans notre cas, la conséquence que l'acquéreur peut avoir le droit d'être payé par préférence sur son prix sans avoir celui de retenir ce prix.

Cette cause de préférence qui accompagne la détention ne constitue pas non plus un véritable privilège, car le privilège s'exerce dans tous les cas, sans qu'il y ait lieu de rechercher qui détient la chose, et autorise toujours le créancier à réaliser le prix de la chose, tandis que la préférence du détenteur est inhérente à sa détention; elle lui donne l'avantage de retenir la chose jusqu'à ce qu'il ait été payé, mais ne va pas jusqu'à l'autoriser à la faire vendre, encore moins à se payer sur elle ou à son moyen. Ce dernier droit, qui est tout différent et bien plus étendu, ne dérive que d'une seule espèce de nantissement, le gage (art. 2073 et 2078, C. civ.), il est réservé au créancier antichrésiste (art. 2085). Les effets du droit de rétention se rapprochent donc bien plus de ceux de l'antichrèse que du gage, ne donnant pas toujours comme ce dernier, en plus du droit de détenir la chose jusqu'au paiement, celui de la faire vendre, sous peine de perdre le bénéfice de la rétention. Il est donc beaucoup moins étendu et moins favorable que le gage et même que le nantissement; d'où encore cette conséquence que ce qui n'est pas permis au créancier nanti est à plus forte raison interdit au détenteur. Or le gagiste lui-même qui est le plus favorisé de tous ne peut, dans aucun cas, disposer du gage, alors même que le contrat pignoratif l'y autoriserait expressément (art. 2078, C. civ.); donc le détenteur, qui ne le peut pas plus que le gagiste, ne peut pas *à fortiori* se payer sur le prix dont on le dit détenteur, mais dont il est en réalité purement et simplement débiteur¹.

¹ La rétention en pareille matière était si peu dans l'esprit du législateur qu'il n'en parle pas dans un cas qui cependant s'y prêtait bien, celui de l'ar-

Ajoutons cette considération de détail qui devrait en certains cas, s'appliquer, dans le système que nous combattons : c'est que, comme l'antichrèse, la rétention s'évanouissant quand a cessé la détention, il y aurait à se demander, dans ce système, si l'acquéreur qui a mis son prix en distribution et appelé les créanciers à se le faire attribuer, sans avoir préalablement retenu ses frais, n'a pas, par l'effet de cette pollicitation dont l'acceptation par les créanciers résulte de leur production à l'ordre, perdu sa détention légale de la chose, et renoncé implicitement à son droit de rétention, comme il arrive à l'antichrésiste qui a provoqué la vente de la chose qu'il a reçue en nantissement.

De ce qui précède, nous concluons qu'il n'y a pas identité de situation entre l'acquéreur débiteur de son prix et un détenteur pouvant exciper du droit de rétention. L'article 774, par ses termes et par la place qu'il occupe au titre de l'*Ordre*, y répugne autant que les principes qui viennent d'être rappelés. En effet, 1° quelle est ici la chose à retenir? C'est le prix d'acquisition.—Quelle est la chose à raison de laquelle existe la créance de l'acquéreur? C'est la chose achetée. L'acheteur a donc une créance, non à raison de son prix, mais à raison de la chose qu'il a acquise. Or ce n'est pas sur celle-ci qu'il pourra exercer son droit de rétention, puisqu'il la détient, non à titre de débiteur, mais à titre de propriétaire; ce sera sur son prix qui seul appartient à son vendeur. 2° Le droit de rétention est réel, il exclut toute relation, tout lien de droit entre le détenteur et les créanciers du propriétaire, qui n'ont de secours contre lui que dans l'*action Paulienne*. Au contraire, le fait qui donne naissance à la créance de l'acquéreur crée entre les créanciers du vendeur et lui un rapport qui, de réel seulement qu'il était avant la notification de son contrat est devenue en outre personnel, au moins dans une certaine mesure, depuis cette notification. 3° Enfin le droit de rétention s'exerce par voie d'exception, le droit de l'acquéreur par voie d'action; le détenteur

ticle 2188 du Code civil, où la situation de l'acquéreur dépossédé comportait cette faveur pour lui faciliter le remboursement de ses frais de contrat, à raison desquels il ne peut être question pour lui de produire à l'ordre, comme nous l'avons vu dans la note précédente.

peut refuser de se libérer jusqu'à ce qu'il ait été lui-même payé ; ce n'est pas la chose même qui doit le payer, elle n'est qu'une sûreté entre ses mains, tandis que l'acquéreur, au contraire, ne peut pas se refuser à payer la chose qu'il doit, il ne peut que demander à être lui-même payé sur la chose en même temps que les autres créanciers, mais préférablement à eux, jusqu'à due concurrence. Car il ne faut pas perdre de vue que nous sommes en matière d'ordre et que tous les créanciers sont en concours.

Nous ne saurions donc admettre la doctrine d'un arrêt de la Cour de Paris du 14 messidor an XII, où nous lisons les considérants suivants : « Attendu que tout acquéreur a le droit, si le contraire n'est pas stipulé, de retenir, sur son prix, les frais de notification de son contrat et de l'état des inscriptions dont il est grevé ; que ce droit est moins une créance qu'une déduction sur le prix de son acquisition pour raison de laquelle la loi n'exige pas de collocation ; que ces frais peuvent toujours, et après l'ordre, être liquidés, et que même ils peuvent l'être sans production ni mémoire lors de l'ordre, puisque le poursuivant est lui-même tenu de déposer, pour introduire l'ordre, la copie qui lui a été notifiée du contrat et du bordereau des inscriptions. » Le principe du droit de rétention est appliqué ici avec une largeur qu'aucun texte ne justifierait aujourd'hui et qui serait la négation de l'article 1593 du Code civil, comme nous aurons l'occasion de l'établir plus loin. C'est arrêt, rendu d'ailleurs sous l'empire d'autres règles que celles qui régissent actuellement la matière, contient, dans les dispositions contradictoires de ses motifs, tout le système dont nous cherchons à démontrer l'inexactitude.

III

L'acquéreur ne peut pas se payer lui-même, c'est incompatible avec la notion de la rétention. Dire qu'il a droit de retenir et de se payer, c'est donc avancer deux propositions inconciliables. Aussi l'effet que les partisans de ce système font produire à l'article 774 est-il celui d'une véritable compensation, tout aussi exclusive, elle-même, de l'idée légale de rétention. En effet, s'il est vrai que l'acquéreur se paye, il faut dire que ce n'est pas au moment de la distribution

de son prix que ce paiement doit s'effectuer légalement, mais dès l'instant où naît ce droit de se payer, c'est-à-dire le jour même où la créance de frais est liquide, terme qu'il est en son pouvoir de fixer, en les faisant taxer, au lendemain même de la notification de son contrat; à cet instant son prix serait diminué *ipso facto et ipso jure* du montant des frais : sa dette se serait éteinte jusqu'à due concurrence. Aux termes de l'article 1289 du Code civil la compensation s'opère à l'instant même de la coexistence de deux créances entre deux personnes ayant entre elles le rapport réciproque et simultané de créancier et de débiteur. Si le législateur avait voulu que cet effet se produisît entre l'acquéreur et son vendeur, ce n'est pas à propos du règlement du prix, au titre de l'*Ordre* qu'il le devait édicter, c'est lorsqu'il a organisé la purge des hypothèques inscrites. Or, nous ne trouvons rien de semblable dans l'article 2183 du Code civil; ce texte n'a eu d'autre objet que de fournir au nouveau propriétaire un moyen de se garantir de l'effet des poursuites autorisées au profit des créanciers comme conséquence de leur droit de suite. C'est, au contraire, en réglant la procédure de l'*Ordre* qu'il a écrit ce droit, c'est-à-dire au moment où il indique comment et entre quels ayants droit devra se répartir le prix, preuve manifeste que l'acquéreur est lui-même un de ces concurrents à la répartition du prix.

Cela est si vrai, que les partisans du système adverse ne disent pas positivement que l'acquéreur compensera, — quoique se payer semble bien être synonyme de compenser; — ils reconnaissent tous, et la jurisprudence des tribunaux qui suivent cette doctrine reconnaît avec eux, que c'est au moment de l'ordre que l'acquéreur sera payé de sa créance : ils reculent devant la conséquence juridique d'une véritable compensation dans les termes de l'article 1289 du Code civil. Car ils savent bien que par l'effet des notifications les rapports réciproques de créancier et de débiteur entre le vendeur et l'acquéreur sont profondément modifiés, ou au moins sont compliqués de rapports nouveaux faisant échec à la compensation, rapports qui sont nés, d'une part, de l'offre faite de son prix par l'acquéreur aux créanciers inscrits, et d'autre part, de l'acceptation tacite par ceux-ci desdites offres ré-

sultant de l'expiration des délais de surenchère (art. 1284), en sorte que, pour soutenir la compensation, il faudrait dire qu'elle s'est opérée d'un côté entre l'acquéreur et son vendeur, de l'autre entre l'acquéreur et les créanciers de son vendeur. Mais ce dernier effet est impossible, à moins de décider qu'il s'est effectué une novation au moyen de laquelle l'acquéreur a été libéré vis-à-vis de son vendeur pour devenir l'obligé direct des créanciers avec lesquels s'est ensuite opérée la compensation. Mais ce résultat serait trop contraire aux règles de la matière pour que l'on puisse en supposer la pensée aux adversaires; car l'acquéreur ne cesse jamais d'être personnellement le débiteur de son vendeur, ni celui-ci de l'être de ses créanciers, ce qui s'oppose à la novation (art. 1275 C. civ.). L'acquéreur n'a pas en principe d'obligation personnelle envers les créanciers inscrits; il n'est tenu qu'à raison de l'immeuble qu'il détient, avant les notifications, et du prix qui y est subrogé, après les notifications non suivies de surenchère (art. 2186). Si, par l'effet de cette purge, il devient personnellement obligé vis-à-vis des créanciers, ce n'est qu'accidentellement, accessoirement à sa dette principale envers son vendeur, et aussi éventuellement pour le cas où par l'issue d'une revente sur sa folle enchère il resterait débiteur d'une différence (art. 740 C. pr. civ.). Mais c'est là une obligation qui est la conséquence de sa dette envers le vendeur, et, à la rigueur, il ne doit rien aux créanciers puisqu'il peut à son gré, en délaissant l'immeuble, rompre le lien qui existe entre eux et lui, même après avoir reconnu la dette ou avoir subi une condamnation comme tiers détenteur (art. 2172 et 2173 C. civ.); tandis que les causes des obligations nées entre le vendeur et lui subsistent si bien qu'il conserve contre lui son action en garantie pour l'éviction qu'il subirait en cette hypothèse (art. 1278 C. civ.).

Nous devons donc écarter toute idée de compensation à ce point de vue. Mais, avant toutes ces considérations, s'en place une d'une grande énergie, tirée de la règle que la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis aux tiers. Ainsi, celui qui étant débiteur est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains ne peut pas, au préjudice du saisissant, opposer la compensa-

tion; il ne pourra que faire valoir les causes de préférence qui pourraient être attachées à sa créance, par exemple, pour frais de justice ou de conservation. Cette même raison, par parenthèse, pourrait, suivant des auteurs, faire également obstacle au droit de rétention (Rauter, *Ren. étr.*, 1841, p. 779). Ce qui est vrai de la saisie-arrêt l'est à *fortiori* de l'hypothèque qui, indépendamment du droit de suite, produit l'effet d'une saisie-arrêt entre les mains de l'acquéreur sur les deniers de la vente. Celui-ci ne pourrait donc pas opposer la compensation si les droits créés au profit des tiers sur le prix de la chose par lui acquise sont antérieurs à la cause qui l'a fait lui-même créancier. Or, c'est ce qui arrivera toujours : à dater de son acquisition, les créanciers inscrits ont eu contre lui une créance de la totalité du prix, pour le cas où, renonçant à leur droit de suite, ils accepteraient le prix fixé dans le contrat de vente; et cette acceptation a eu pour résultat de fixer le prix au jour même du contrat et non pas au jour où les droits de suite et de surenchère ont cessé. C'est ce que porte en termes exprès l'article 2186 du Code civil. « A défaut par les créanciers d'avoir requis la mise aux enchères dans le délai et les formes prescrites, la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat ou déclaré par le nouveau propriétaire. » Or, au moment du contrat, celui-ci n'avait aucune créance à compenser à cause de son acquisition.

Cela est si vrai que, rigoureusement, les frais de purge ne profitant pas aux créanciers devraient rester à sa charge exclusive, sauf son recours en garantie contre son vendeur, qui l'a exposé à cette éviction partielle; c'est ce qui avait lieu au moment et depuis la rédaction du Code civil, c'est ce qui aurait encore lieu aujourd'hui si l'article 774 du Code de procédure, — et avant lui l'article 777 ancien, — n'était venu modifier en ce regard la situation : s'il n'avait pas édicté ce droit de préférence, le nouveau propriétaire n'aurait pas pu le puiser dans aucun des cas prévus par les articles 2101 et 2102 du Code civil, comme nous le verrons du reste plus loin. Les frais dont il s'agit sont faits dans son intérêt exclusif, pour lui permettre d'échapper aux effets du droit de suite. C'est une faveur que lui accorde la loi en termes qui ne sont pas équivoques (art. 2183), faveur dont il lui est loisible de

ne pas user et qui est subordonnée à l'accomplissement de formalités très-précises, mais faveur qui ne s'explique que par des considérations économiques et la nécessité de dégager la libre transmission des biens d'une entrave des plus gênantes, et nullement par des principes juridiques. C'est dans cet ordre d'idées que se placent les auteurs qui mettent les frais de purge au même rang que les frais de contrat et les font supporter par l'acheteur comme étant destinés à lui procurer la tranquillité personnelle (Troplong, *Vente*, n° 164; Marcadé, sur l'art. 1593; Duranton, t. XVI, n° 124; Duverger, t. I^{er}, n° 169). C'est encore d'après ces principes que la Cour de Toulouse (29 nov. 1855, D. P. 56. 2. 39) et celle de Pau (27 janv. 1855, *ibid.*, 55. 2. 195) ont jugé, contrairement, il est vrai, à l'article 774 du Code de procédure, et au moyen d'une distinction qu'il ne comporte pas, mais conformément aux déductions rigoureuses du principe dont l'article 1593 du Code civil n'est qu'une manifestation, que la procédure édictée par l'article 2183 « est étrangère au vendeur; qu'ayant pour objet de consolider promptement la propriété sur la tête de l'acquéreur, elle est un complément de l'acte de vente, dont les frais, lorsqu'il croit devoir en user, doivent être à sa charge; que, d'ailleurs, l'article 2188 dispose que l'adjudicataire sur surenchère est tenu au delà de son prix de restituer à l'acquéreur ou au donataire dépossédé les frais et loyaux coûts de son contrat, ceux de la transcription sur les registres du conservateur, ceux de notification, etc.; qu'une telle disposition suppose nécessairement que ces frais, assimilés aux coûts du contrat, avaient dû être acquittés par l'acquéreur dépossédé et les fait passer sur la tête de l'adjudicataire comme charge de son adjudication. » En conséquence, ces arrêts n'admettaient d'exception que pour le cas strictement prévu par la loi, celui où un ordre est ouvert, et non pour celui où l'acquéreur paye amiablement son prix entre les mains du vendeur ou de ses créanciers, parce que, dit l'un d'eux (Toulouse), « l'instance d'ordre a pour objet de régler les difficultés qui naissent des charges dont l'immeuble était grevé; que, dans ce cas, il faut dire que, lorsqu'elles proviennent du chef du vendeur, il est juste qu'elles se liquident à ses dépens et viennent en diminution du prix, puisque, d'ailleurs, il n'est

plus question de libérer l'immeuble que la purge a affranchi dans les mains du nouveau propriétaire. » Cette jurisprudence a été censurée par la Cour de cassation (22 avril 1856), et elle devait l'être, car l'article 774 est formel et ne permet aucune distinction, tandis que les motifs sur lesquels la fonde l'arrêt de Toulouse n'ont rien de juridique; mais cet article n'est qu'une disposition d'exception qui laisse au principe toute son énergie, et il n'en reste pas moins que jusqu'au moment où cette exception y fut déposée (art. 777 ancien, reproduit par l'art. 774 nouveau) l'acquéreur, loin d'avoir un droit de compensation, n'avait non-seulement pas de créance opposable aux créanciers de son vendeur, mais il n'en avait même pas contre son vendeur lui-même, sauf son recours en garantie pour éviction. Ces considérations ont, nous le croyons, une importance fort grande dans la discussion.

Ainsi, pour résumer cette argumentation, dans le système que nous combattons, système qui, nous ne saurions trop le rappeler, est assez confus, qui ne se produit qu'incidemment, et que nous n'avons pu constituer que par une sorte de synthèse, en prenant pour point de départ les effets qu'il donne à l'article 774, dans ce système, disons-nous, le droit qui résulterait de cet article 774 serait une sorte de droit de rétention *sui generis*, tout à fait en dehors des principes essentiels de ce droit, mais produisant les effets d'une sorte de compensation née, elle aussi, en dehors des règles de cette matière, un droit en un mot participant à la fois de la rétention et de la compensation. Le législateur a-t-il pu vouloir créer un droit aussi singulier sans le définir au moins en termes plus précis que ceux que nous offrirait notre article s'il avait la portée que l'on veut lui donner? Puisqu'il prenait la peine de déroger à la règle de l'article 1593 du Code civil, il semble qu'il aurait dû compléter sa pensée, s'il eût voulu déroger à d'autres règles, celle de la compensation notamment. Il est donc en définitive fort difficile de distinguer quelle est dans le système adverse la nature précise du droit qui serait conféré par l'article 774; ce qui est le plus apparent, c'est qu'on lui donne un pur effet de fait : l'acquéreur retiendra, se payera, parce que cela paraît plus commode.....
Sit pro ratione voluntas.

IV

Nous avons démontré que l'article 774 n'implique aucune de ces dérogations qu'il faudrait y sous-entendre pour lui faire produire l'effet voulu; qu'il ne comporte ni rétention ni compensation, les seules qui puissent expliquer cet effet; mais nous avons en même temps reconnu qu'il en contient une non équivoque au droit commun, c'est celle qui a trait à la règle de l'article 1593 du Code civil; il n'est pas besoin, pour en connaître la portée, de lire entre ses termes; malgré leur laconisme, ils sont parfaitement clairs, et ce texte dit juste ce qu'il veut dire, et rien de plus. Appliquons-le donc en suivant ses termes, et concluons en reconnaissant que le droit qu'il confère au précédent propriétaire est un droit de préférence, un privilège, en un mot, car l'expression dont il se sert pour le spécifier est celle même de la définition donnée par la loi du privilège dans l'article 2095 du Code civil, c'est « un droit que la qualité de la créance donne au créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires. » A raison de la qualité qu'il reconnaît, en même temps qu'il la crée, à la créance de l'acquéreur, le législateur lui accorde le droit d'être payé, d'être employé sur son prix par préférence aux autres créanciers. Et c'est si bien un privilège que la cause de préférence est opposable aux créanciers hypothécaires inscrits dont le droit est cependant né avant le sien; or un privilège seul peut être, *potior jure* à l'encontre d'une hypothèque, *prior tempore*.

Cela posé, il ne sera plus question de se payer ni de retenir; toutes les conséquences se déduiront naturellement sans qu'il y ait rien de forcé.

Et d'abord nous constaterons que c'est un privilège mobilier. L'objet de la dette de l'acquéreur est mobilier, c'est son prix; la cause de sa créance est également mobilière, ce sont les frais qu'il a avancés; enfin l'objet de sa créance c'est encore son prix. Donc son privilège ne frappe que sur son prix. Il ne frappe pas sur l'immeuble, car l'immeuble c'est désormais sa chose d'une façon définitive, incommutable au respect du vendeur et de ses ayants droit, desquels il n'a plus aucune éviction à redouter, de telle sorte qu'un privilège

n'aurait plus de raison d'être comme dans le cas du 2° de l'article 1251 du Code civil; tandis que le prix est la chose du vendeur et le gage de ses créanciers, au nombre desquels le classe l'article 774, la seule chose sur laquelle puisse désormais s'exercer le droit des créanciers, la seule chose par conséquent sur laquelle il puisse aussi et ait jamais pu se faire payer. Le privilège du vendeur, lui, est immobilier; avant d'être limité au prix, il frappe d'abord et *principalement* l'immeuble même pour le paiement du prix. Si c'était l'immeuble qui fût affecté au paiement de la créance du nouveau propriétaire, cet avantage serait subordonné à l'inscription (art. 2106 C. civ.), et comme cette inscription ne pourrait être assise que sur un immeuble au prix duquel les créanciers ont un droit irrévocablement fixé, il ne pourrait venir qu'après eux : dès lors il se payerait lui-même de ses propres deniers, sa créance serait éteinte, c'est-à-dire qu'elle ne pourrait même pas naître, ce qui nous conduit à l'absurde¹. Ce qui prouve encore que c'est un privilège mobilier à la différence du droit du vendeur et des créanciers qui est immobilier, c'est qu'il n'est pas accompagné du droit de suite (art. 2119, 2166 C. civ.). Le privilège immobilier, comme hypothèque, comporte deux choses, suite et préférence, c'est élémentaire : par l'effet de la purge le vendeur et les créanciers ont perdu le premier, et ne conservent que le second; mais pour être amoindri leur droit n'en a pas pour cela changé de nature; toute autre est la situation du nouveau propriétaire, son privilège n'est qu'un droit de préférence ce qui est la qualité essentielle du privilège sur les meubles, et c'est bien à propos que l'article 774 emploie ce mot même de *préférence*; en effet, au moment où intervient le nouveau propriétaire, tout est fini quant à l'immeuble, il

¹ Toutefois peut-être pourrait-il en être autrement en cas de surenchère, et un pareil droit ne serait pas alors sans utilité pour l'acquéreur, puisque s'il était dépossédé par suite de la surenchère, son privilège grevant l'immeuble produirait effet au moment où ledit immeuble passerait en d'autres mains (art. 1251 et 2188) et le nouvel acquéreur serait tenu de payer la créance de l'acheteur dépossédé comme charge de son acquisition. Mais le privilège sur l'immeuble ne naîtrait précisément que quand l'acquéreur perdrait son droit de propriété sur lui; et ce ne pourrait jamais être dans tous les cas notre espèce, puisque l'article 774 suppose nécessairement qu'il n'y a pas eu et qu'il ne peut plus y avoir de surenchère.

ne s'agit plus que du prix qui est en distribution. C'est donc bien le prix et non l'immeuble qu'atteint le privilège de l'article 774, et c'est le prix qui est sous entendu dans cet article.

Mais après cette première constatation, nous sommes arrêtés par la question de savoir à quelle classe appartient notre privilège. La solution semble délicate, car la créance n'ayant d'autre fondement que la loi, et les privilèges dérivant aussi de la loi, lorsqu'elle est muette il y a toujours quelque difficulté à décider dans quelle catégorie doit rentrer un privilège comme celui qui nous occupe. Deux solutions se présentent tout d'abord à l'esprit : 1° privilège de frais de justice, article 2101-1°; — 2° privilège pour conservation de la chose, article 2102-3°. Mais il n'y a là qu'une apparence spécieuse, et nous croyons devoir les rejeter tous les deux.

1° En faveur des frais de justice on peut dire, comme l'arrêt de Toulouse cité plus haut, qu'ils se rattachent à l'instance d'ordre, que celle-ci ne peut s'ouvrir qu'autant que le prix a été fixé et que l'acquéreur est devenu propriétaire incommutable par l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 2183 du Code civil; que l'article 774 a trait aux frais exposés dans la période de l'ordre; qu'il est inscrit au titre de l'*Ordre*, et que cela signale l'instance à laquelle il s'applique. Ces derniers motifs sont excellents pour déterminer le mode d'exercice du privilège, comme nous le verrons plus loin, mais ils ne prouvent rien quant à la classification du privilège, et il faut répondre que cette extension du privilège des frais de justice est aussi abusive qu'elle est inutile, la créance étant d'ailleurs privilégiée; que la qualification de frais de justice ne s'applique qu'à ceux qui sont faits dans l'intérêt de la masse créancière, principalement en réalisant le gage commun. Les frais de purge n'ont à aucun titre ce caractère, et l'arrêt précité n'a pu le leur reconnaître qu'en se mettant en contradiction avec les principes qu'il venait de proclamer quelques lignes plus haut. (Vid. sup., p. 11.)

2° Ces considérations feront également rejeter l'idée que nous sommes en présence d'un privilège pour la conservation de la chose, car l'acquéreur n'a rien conservé, si ce n'est sa propre chose dont les frais en question n'ont fait que consolider incommutablement la propriété entre ses mains, et

par contre diminuer le gage des créanciers du droit de suite que leur conférait leur hypothèque. A ce point de vue, les frais de purge, loin de conserver la chose dans leur intérêt, l'ont fait périr *in parte qua* à leur respect, en réduisant désormais leur droit sur l'immeuble à une simple préférence sur le prix, sauf, bien entendu, la poursuite de folle enchère s'il y a lieu.

Quant à nous, nous pensons que ce privilège est celui que l'article 2102-2^o accorde sur le gage dont le créancier est saisi, car l'acquéreur détient son prix, et telle est bien exactement la situation indiquée par l'article 774, lorsqu'il dit qu'il est employé par préférence (sur son prix) pour le coût, etc. De bons esprits ont pu y voir le droit pour l'acheteur de s'approprier son gage jusqu'à concurrence; mais nous pensons avoir démontré avec l'article 2078 du Code civil que c'est là un droit exorbitant, de tout point contraire aux principes et à la nature du gage et du droit de rétention qu'il confère, aussi bien qu'il est en opposition avec le mode suivant lequel s'exercent les privilèges, ce qui nous reste à démontrer.

C'est ici que s'accroît la différence entre le système adverse et celui que nous suivons, car jusque-là elle n'a été que dans les principes; désormais elle va se développer dans les effets, c'est-à-dire dans l'exercice du droit.

V

L'exercice du privilège de l'acquéreur peut constituer un droit ou un devoir pour lui de se présenter à l'ordre afin de le faire valoir. Si c'est un droit seulement, il devra toujours être admis à produire, de la même façon que les créanciers inscrits; si c'est un devoir, il ne pourra se soustraire à la nécessité de produire sans encourir une peine plus ou moins sévère. Nous avons donc à envisager la question sous ces deux aspects; bien qu'il semble à première vue qu'il devrait suffire de constater d'abord s'il faut y reconnaître une obligation pour l'acquéreur, puisque, en cas d'affirmative, il en résultera implicitement un droit pour lui, il nous paraît préférable de commencer par examiner le second point: les observations suivantes feront ressortir l'intérêt de cette méthode.

Dans la pratique, l'usage s'est établi depuis longtemps de produire pour les frais de notifications. Depuis la loi du 21 mai 1838, se plaçant dans les idées d'économie et de célérité de cette loi, la jurisprudence des juges-commissaires et des tribunaux a réagi contre cet usage. Pour bien apprécier le débat, il n'est point indifférent de se rappeler avant tout comment l'acquéreur se trouve joint à la procédure d'ordre. Laissons de côté la tentative d'ordre amiable où, tout étant subordonné au consentement des intéressés, il ne peut être conséquemment question d'instance liée, de formalités, de délais ni de déchéances. Aux termes de l'article 753 du Code de procédure civile, dans les huit jours de l'ouverture de l'ordre, sommation de produire doit être adressée aux créanciers inscrits, et « l'ouverture de l'ordre est en même temps dénoncée à l'avoué de l'adjudicataire. » Cet article fait ici, entre la sommation aux créanciers de produire et la dénonciation de l'ouverture de l'ordre à l'acquéreur, une distinction qui sert de base au système qui exclut l'acquéreur du droit de produire. Voici le raisonnement : la loi ne considère pas l'acquéreur comme un créancier, puisqu'elle ne veut pas qu'il soit sommé; or les créanciers ont seuls droit de produire, puisque seuls ils encourent des déchéances (art. 755 et 756 C. pr. civ.); donc l'acquéreur n'a pas le droit de produire; l'article 774 lui suffit. Autrefois, l'ordre se passait en dehors de lui; la loi de 1838 crée une situation nouvelle à son profit; mais, pas plus qu'avant, il n'est pas partie à l'ordre, il n'y est que présent et s'il le juge convenable. Ce raisonnement est-il bien rigoureux? Il semble que tout ce qui peut en résulter, c'est que la forclusion des articles 755 et 756 du Code de procédure ne lui serait pas opposable; mais cela n'a trait qu'au point de savoir si la production est obligatoire pour lui, et spécialement quelle est la sanction de cette obligation, point que nous aurons à examiner quand le moment sera venu; mais il laisse entier celui de savoir si c'est un droit pour lui. Ce côté de la question a été élucidé par M. Rouzé dans le *Journal des avoués* (1862, p. 161). Il a réuni, en leur donnant une nouvelle force, tous les moyens produits, et nous ne pouvons rien ajouter à son argumentation très-serrée et très-complète :

« Sous l'empire de l'ancien article 753 du Code de procé-

dure civile, l'adjudicataire produisait pour ses frais extraordinaires de transcription, sans que ce droit lui fut contesté, et cependant il n'était pas prescrit de l'appeler à l'ordre; mais en présence des termes de l'article 777 du même Code, la théorie considérait ce droit comme incontestable, et la pratique, qui comble souvent les lacunes de la loi, avait compris l'utilité de la présence de l'adjudicataire à la distribution de ses deniers, le droit qui lui appartenait de la contrôler, d'en surveiller les incidents et l'exécution, de veiller à l'exacte fixation de son prix, pour n'être pas, en cas d'erreur, forcé de venir plus tard attaquer le règlement définitif par voie de tierce opposition, comme aussi de s'assurer de la validité et de la régularité du titre dont on pouvait en définitive se prévaloir contre lui, et de la mainlevée de toutes les inscriptions hypothécaires ne venant pas en ordre utile; enfin l'adjudicataire pouvait avoir lui-même à faire connaître le chiffre de ses frais extraordinaires de transcription, qu'il importait de bien fixer à l'avance, pour les placer au rang des créances privilégiées, par application de l'article 777, en vertu duquel l'emploi de ces frais avait lieu par préférence.

« Le nouveau législateur aurait-il rejeté toutes ces considérations, et voulu introduire une innovation radicale dans notre droit sur ce point, en créant l'article 753? Non, assurément. La loi nouvelle manifeste très-clairement, au contraire, la volonté du législateur d'appeler l'adjudicataire à l'ordre et de combler la lacune de l'ancien article 753; s'il y a là innovation, c'est en ce sens seulement que la pensée est désormais claire et précise.

« La dénonciation de l'ouverture de l'ordre à l'avoué de l'adjudicataire, quoique usuelle en pratique, n'était pas exigée sous le Code de procédure; notre loi la rend obligatoire, » disent MM. Ollivier et Mourlon, *Comment. de la loi du 21 mai 1838*, n° 340. Il était utile en effet de bien mettre le nouvel article 753 en relation avec l'article 777 ancien, qui autorisait le prélèvement par préférence des frais extraordinaires de transcription, et dont la disposition a été textuellement reproduite dans le nouvel article 774. Or cet article n'a pas d'objet, ou il permet à l'adjudicataire de demander que le bénéfice lui en soit octroyé par la collocation de ses frais extraordinaires de transcription. S'il pouvait y avoir un doute.

il serait levé par le passage suivant du rapport de M. Riché sur la loi du 21 mai 1858 :

« L'utilité d'avertir l'adjudicataire de l'ordre s'explique, a dit M. Riché, par l'intérêt qu'il a à pressentir le moment de la délivrance des bordereaux ou de la consignation exigée par le cahier des charges, par le droit qui peut appartenir à l'acquéreur de se faire colloquer pour les frais de purge. »

« Or, pour qu'il puisse se faire colloquer, il faut bien qu'il produise : donc le droit de production ne lui est pas interdit par la loi nouvelle, qui vient le consacrer à son profit, bien loin de le lui contester.

« Et voici comment s'expriment aussi à cet égard MM. Grosse et Rameau, *Comment. de la loi du 21 mai 1858*, n° 323 :

« Sous l'empire du Code de procédure de 1806, bien que l'article 753 ne parlât pas de dénonciation à l'avoué de l'adjudicataire, elle était d'usage, et ce par les motifs qui ont déterminé la commission du Corps législatif à l'introduire textuellement dans la nouvelle rédaction; à savoir : *l'intérêt qu'il a de se faire colloquer pour ses frais extraordinaires de transcription*, de surveiller la mise en distribution de son prix qu'il peut vouloir consigner, et de connaître par avance l'époque approximative de la délivrance des bordereaux.

« Mais la preuve, dit-on, que l'adjudicataire ne peut produire, c'est que l'article 753 ne prescrit à son égard qu'une dénonciation, tandis qu'elle exige une sommation pour le créancier; elle a donc voulu établir entre eux une distinction; de la différence dans les mots il faut conclure à une différence dans les droits, et dire que la loi n'a pas voulu grever le prix à distribuer de frais de production qui seraient presque toujours supérieurs aux frais extraordinaires de transcription.

« A cela nous répondrons que, de cette différence d'expression, il ne faut pas induire que l'avertissement donné à l'adjudicataire soit sans but ni portée, et c'est à cette conséquence que l'on arriverait; car, nous le demandons, quel peut être l'objet utile de la dénonciation prescrite par l'article 753, si ce n'est de mettre l'adjudicataire en demeure de faire valoir le droit inscrit à son profit dans l'article 774? On somme ceux dont la créance est inscrite, révélée; on dénonce à celui qui peut être créancier ou qui peut ne pas l'être,

sañs cesser cependant d'avoir un intérêt à la confection de l'ordre et à l'emploi que l'on y fait de ses propres deniers. La différence des expressions s'explique par la différence des situations; il est inutile d'en rechercher la cause dans une interprétation qui enlève à l'article 753 la seule raison de son innovation et à l'acquéreur toute garantie. Comme le dit M. Chauveau, *Procédure de l'ordre*, p. 88, question 2554 *sex.*, « l'adjudicataire qui n'est pas créancier inscrit n'a pas dans l'ordre un intérêt de même nature que celui des créanciers inscrits. Ceux-ci produisent pour se partager le prix dû par l'adjudicataire; ce dernier peut, lorsqu'il s'agit d'un acquéreur qui a droit de se faire colloquer pour les frais de purge, produire aussi à cet effet; son droit, sous ce rapport, se rapproche de celui des créanciers; mais comme cette *collocation* est privilégiée, elle n'offre aucune éventualité douteuse.

« On s'explique donc parfaitement que le législateur ait pu prescrire la sommation aux créanciers inscrits et simplement la dénonciation à l'adjudicataire. Il ne faudrait pas cependant conclure de là, selon le même auteur (question 2554 *sept.*), qu'il y aurait nullité si, au lieu d'une simple dénonciation, le poursuivant avait signifié à l'adjudicataire une sommation de produire; car la prévision du législateur serait parfaitement remplie, si véritablement l'adjudicataire avait à produire pour ses frais extraordinaires de transcription et de purge. »

Du reste, si l'adjudicataire reçoit une notification, c'est qu'il peut intervenir à l'ordre; or cette intervention ne peut se faire que par le ministère d'un avoué, et comme elle sera toujours justifiée par les motifs qui l'ont fait édicter et que nous connaissons, les frais devront en être employés en frais privilégiés d'ordre, ou comme accessoires de la créance que lui donne l'article 774 du Code de procédure. Dès lors tombe à néant la raison de fait, la seule qui paraît avoir suscité le système adverse, celle de l'économie des frais. « Mais faire dépendre l'application d'un principe juste et utile d'une pareille considération serait bien indigne du législateur, dont les préoccupations sont, avant tout, d'accorder à tous les intérêts de légitimes garanties. » Le législateur a manifesté la volonté d'accorder ces garanties, et en la formulant dans

l'article 753, il n'a pas entendu que cette prescription restât sans effet, et cet effet engendrera précisément les frais que l'on voudrait éviter.

Par ce qui précède nous paraît donc démontré le droit de l'acquéreur, non-seulement d'être représenté à l'ordre, mais encore d'y produire à raison de sa créance de frais de purge ; il en résulte ainsi implicitement que c'est une obligation pour lui à peine de ne pas être colloqué. Nous croyons en effet qu'il faut aller plus loin que lui reconnaître un *droit* dont il pourrait user ou ne pas user sans que sa créance fût compromise, et que l'on doit décider positivement que c'est pour lui un *devoir*, toutes les fois qu'il sera créancier. Nous verrons plus loin quelle en est la sanction, et comment les articles 754, 755 et 756 du Code de procédure civile se concilient très-bien avec ce système, loin d'y répugner et de fournir un argument à son encontre.

E. DRAMARD.

(*La fin à la prochaine livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

MÉMORIAL DU MINISTÈRE PUBLIC, ou Répertoire alphabétique et abrégé de jurisprudence, de doctrine, de législation, d'instructions ministérielles, etc., concernant les attributions administratives et judiciaires du ministère public, etc., par M. C. Dutruc¹. — COURS DE DROIT CIVIL FRANÇAIS, d'après la méthode de Zachariæ, par MM. Aubry et Rau, 4^e édit., vol. IV, V et VI². — EXPOSÉ RATIONNEL DES PRINCIPES DU CODE CIVIL à l'usage des étudiants, par M. F. Bernard. — LE CODE CIVIL EXPLIQUÉ dans ses rapports avec le Code de procédure, par M. Charrier-Juignet.

Compte rendu par M. Gabriel DEBACQ,
docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

M. Dutruc, rédacteur en chef du journal du ministère public, et auteur d'ouvrages juridiques estimés, a publié dans ces derniers temps un livre auquel nous ne voulons pas plus longtemps tarder à rendre un hommage mérité.

Le *Mémorial du ministère public*, c'est le titre de l'œuvre

¹ 2 vol. in-8°, Paris 1871. Cosse, Marchal et Billard.

² In-8°, Paris, 71-72-73. Cosse, Marchal et Billard.

QUESTIONS SUR LES ORDRES ET LES CONTRIBUTIONS.

DU PRIVILÈGE DES FRAIS DE PURGE.

Théorie et commentaire de l'article 774 du Code de procédure civile.

Par M. DRAMARD, juge au tribunal civil de Béthune.

(*Suite et fin* ¹.)

VI

Notre solution sur ce second point n'est-elle pas en partie préparée par les considérations que nous avons précédemment fait valoir, et surtout par la constatation qui en est résultée que la créance de l'acquéreur est privilégiée? Quel est en effet le mode suivant lequel les privilèges sont exercés sur le prix à distribuer? Le législateur a-t-il dérogé à leur égard aux règles ordinaires?

Il est un principe qui domine tout notre droit privé aussi bien que notre droit public, c'est que nul ne peut se faire justice à soi-même. Ce principe, que nous avons reconnu à l'occasion du droit de rétention, nous le retrouvons ici avec toute son énergie. De ce qu'un droit est opposable aux tiers, il ne s'ensuit pas qu'il ne puisse être sujet à critique de leur part. Dès lors donc qu'un droit en concours avec celui d'autrui peut y préjudicier, l'intervention du pouvoir judiciaire est forcée si les parties ne se mettent d'accord avant tout procès; mais quand le débat est déjà lié, les accords qui interviennent entre elles ne peuvent se passer de la consécration du juge; c'est ce qui arrive en matière d'aveux, de reconnaissances, de consentements, de désistements faits en justice; c'est encore ainsi surtout que les pactes commissaires ne produisent d'effet qu'autant qu'ils ont été vérifiés et reconnus par le juge, et, spécialement dans notre matière, la convention qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage

¹ V. *Revue*, livraison de Juillet, p. 480.

ou à en disposer sans les formalités tutélaires prévues par le Code, est déclarée nulle et sans efficacité par l'article 2078 du Code civil¹. A plus forte raison la règle de cet article doit-elle s'appliquer en l'absence de toute convention. Et l'on voudrait que cette sorte de commise, que la volonté libre et librement exprimée des parties serait impuissante à produire, elle existât de plein droit, en dehors de toute manifestation expresse et non équivoque de la loi? Non! A part les considérations d'ordre public qui dominent la matière, des motifs d'ordre privé expliquent encore la prohibition de l'article 2078 : C'est que tous les créanciers ayant un droit égal au gage commun, ce droit ne peut être limité que par des causes de préférence spécialement prévues; d'où un droit pour eux tout aussi absolu de contrôler ces causes de préférence, de critiquer les prétentions contraires et préjudiciables à leur propre droit. C'est là un axiôme qui, sans être écrit en tête des titres du Code qui déterminent la procédure des distributions par *ordre* et par *contribution*, parce que c'est une vérité qui ne se proclame pas, a dicté cependant toutes les règles de détail de ces procédures, et c'est de lui que découlent notamment toutes celles qui ont pour objet les sommations de produire, les délais de production et de communication, les forclusions, les déchéances, les nullités opposables par ceux qui n'ont pas été régulièrement avertis. Que deviendrait ce droit si l'acquéreur pouvait se payer lui-même de sa créance? Quelle raison aussi de s'arrêter dans cette voie? Est-il donc le seul qui se trouve en position de profiter d'une telle faveur? D'autres ne sont-ils pas dans une situation identique ou analogue qui leur permet de la revendiquer également? Pourquoi, par exemple, la dénierait-on à l'acquéreur qui serait en même temps créancier hypothécaire sur l'immeuble qu'il a acquis, si son hypothèque peut venir en rang utile? Et le créancier privilégié qui achèterait l'immeuble, l'architecte, par exemple, qui a construit la maison, sans qui elle n'existerait pas, s'il vient à l'acheter, événement

¹ Tel serait aussi le sort de la clause par laquelle le prêteur d'une somme d'argent stipulerait qu'à l'échéance il aurait le droit de faire vendre les biens de son débiteur sans se conformer aux règles tracées par la loi sur la saisie immobilière, et d'en toucher directement le prix.

assez fréquent dans les temps de réédification de villes entières que nous avons traversés, pourquoi cet architecte ne pourrait-il donc pas, aussi bien que notre acquéreur, retenir son prix, se payer lui-même? N'est-il pas plus favorable encore que lui? N'en est-il pas de même de tous les privilèges sur les immeubles? Voici, entre bien d'autres, une espèce identique : Soit un créancier gagiste qui a fait des dépenses pour la conservation du gage; il a deux privilèges, article 2102-2° et 3°. S'il laisse saisir et vendre son gage, il a perdu le droit de rétention; mais ses privilèges subsistent, pas de difficulté sur ce point. Supposons qu'il a acheté le gage, son droit de rétention subsistera-t-il et pourra-t-il, combinant tous ses droits, se payer lui-même, faire son compte et n'abandonner que le reliquat, s'il y en a un, à ses concurrents? Nous ne pensons pas que personne ait jamais songé à l'affranchir de la nécessité de mettre son prix en distribution et d'y produire. La situation de l'acquéreur d'un immeuble n'est-elle pas identique? L'hypothèque n'est-elle pas une sorte de gage, et le droit de suite s'explique-t-il autrement que par cette idée de gage?

Mais prenons une espèce analogue où la loi, à un privilège exorbitant, a encore ajouté une faveur toute spéciale. Le propriétaire, privilégié sur les meubles vendus, n'est pas obligé de suivre les lenteurs d'une distribution judiciaire; il peut, dès le début, préliminairement faire statuer en référé devant le juge-commissaire sur son privilège, article 662 du Code de procédure civile. Voilà bien, certes, un créancier entouré de toutes les faveurs du législateur; et cependant, fût-il même l'acheteur du mobilier de son débiteur saisi, il faut qu'il attende que tous ses concurrents sur le gage commun aient produit leur prétention; il faut surtout que les droits de ceux-ci soient garantis par la contradiction de l'avoué le plus ancien de ceux qui les représentent, consécration bien remarquable du principe que le législateur a toujours scrupuleusement respecté, et qu'il n'a pas pu perdre de vue, pour un instant seulement, quand il édictait l'article 774 du Code de procédure.

Et que l'on ne dise pas, — car c'est là le grand argument mis en avant par les partisans du système en discussion, qui, sans méconnaître la justesse de ces principes, veulent y faire

une exception, non pas, disent-ils, par faveur pour le nouveau propriétaire, mais sous le prétexte que l'intérêt même des autres créanciers l'exige, — que l'on ne dise pas que ceux-ci savent bien que l'acquéreur a droit d'être payé avant eux, que, dès lors qu'on ne leur cause aucun préjudice, il n'y a aucune raison de lui dénier le droit de se payer et de l'obliger à faire des frais pour obtenir ce que l'on ne pourra pas lui refuser. Cette argumentation n'est que spécieuse et elle ne tendrait à rien moins qu'à supprimer les ordres; et en effet, si le principe de cette théorie était admis, cette procédure n'aura bientôt plus de raison d'être, car toutes les fois que l'acquéreur sera en même temps créancier, il pourra s'affranchir de la nécessité de produire; il sera toujours fondé à dire à ses créanciers: « Mais vous saviez bien que j'étais créancier à tel ou tel titre, et que je devrais passer avant vous, pourquoi me forcer à faire des frais et à subir des lenteurs pour obtenir ce que vous ne pouvez pas me refuser? » Il pourra tenir ce langage aussi bien s'il est premier créancier inscrit que s'il a un privilège de vendeur, lorsque, par exemple, ayant vendu antérieurement l'immeuble, il le rachète de son acquéreur. Bien plus, un créancier qui ne viendrait qu'en rang insuffisant pour toucher intégralement son dû sur le montant de son propre prix, pourrait, avec bien plus juste raison encore, se dispenser de produire: car, à l'égard de ceux qui le précèdent, son défaut de production n'a aucun intérêt, puisqu'il ne pourrait préjudicier qu'à lui, et quant à ceux qui sont inscrits après lui, il serait fondé à leur dire comme tout à l'heure: « Mais vous saviez bien que j'avais une hypothèque préférable à la vôtre; elle est publique, les bureaux du conservateur sont ouverts à tous; d'ailleurs, en provoquant l'ordre, le poursuivant a déposé au greffe l'état des inscriptions, cela suffisait pour vous renseigner; pourquoi, alors que je ne vous préjudicie pas, me forcer à faire des frais qui ne retomberont que sur moi seul, puisque c'est sur moi que les fonds manquent? » Dans ce courant d'idées la forclusion n'a plus de raison d'être. Ainsi manque le fondement à l'un des motifs sur lesquels prétend s'appuyer la solution combattue, c'est-à-dire le défaut d'intérêt des créanciers à s'opposer au prélèvement.

VII

Serait-ce donc que la créance de l'acquéreur fût à l'abri de toute contestation? — Mais elle peut être critiquée dans son principe même aussi bien que dans son *quantum*. Plus d'un cas se peut présenter :

1° Dans son principe, le nouveau propriétaire a pu suivre la procédure de purge alors qu'elle était inutile ou qu'au moins son utilité était douteuse et contestable, soit qu'il fût insuffisamment conseillé, soit qu'il eût cédé à des scrupules, à des craintes exagérées. Ne perdons pas de vue, en effet, que cette procédure étant toute dans l'intérêt de l'acheteur et pour lui assurer sa tranquillité, en présence des causes nombreuses d'éviction dont est entourée la transmission de la propriété, il vaut mieux pécher par excès de prudence; mais que le résultat le plus appréciable pour les créanciers en étant de grêver leur gage d'une cause de préférence dont ils ont à souffrir, ils seront naturellement disposés, ils seront quelquefois fondés à contester l'utilité de ces dépens et à n'y voir qu'un sacrifice au repos de l'acquéreur, dont ils ne sont pas tenus de faire les frais. Tel serait, pour prendre une hypothèse fort simple, le cas où l'acquéreur sur saisie immobilière¹ voudrait purger contre les créanciers inscrits bien qu'ils aient été liés à la procédure d'expropriation qui a opéré la purge complète de l'immeuble (art. 692, 696, 717 C. pr. civ.), mû qu'il serait par des doutes sur la régularité et l'efficacité d'une procédure qui a pu être entachée de nullités, et par des appréhensions plus ou moins légitimes sur l'irrévocabilité de son titre d'acquisition. Des espèces fort délicates peuvent se présenter sur cette matière. Plus nombreuses ont les espèces sujettes à controverse en matière de purge sur aliénation volontaire. Ainsi, le vendeur a pu stipuler que le vendeur ne fera pas purger ou qu'il ne le fera pas avant un certain délai (Grenier, t. II, n° 324; Rolland de Vilargues, v° *Purge*, n° 9). C'est là une convention qui, expresse

¹ Ou même sur conversion si elle a été prononcée après la sommation aux créanciers inscrits.

ou tacite, ou formulée par contre-lettre, se présente tous les jours dans la pratique notariale. M. Persil, cependant, ne se résout qu'avec peine à admettre la validité d'une telle convention. « L'acquéreur d'un immeuble, dit-il (*Rég. hyp.*, art. 2183, n° 1), est toujours admis à la purge des hypothèques et privilèges qui le grèvent : il aurait renoncé à ce droit par le contrat d'acquisition, que nous serions presque tenté de le relever de cette renonciation ; mais au moins pensons-nous que de semblables conventions doivent être formelles, et qu'elles ne peuvent pas facilement se présumer¹. »

C'est ainsi encore que, « d'après la Cour de cassation, bien que l'adjudication des immeubles d'un failli, vendus à la requête d'un syndic, n'ait pas été suivie d'une surenchère dans la quinzaine (art. 573, C. com.) aucune autre surenchère n'est recevable, et les frais de notification relative à la purge des hypothèques sont frustratoires (*J. av.*, t. LXXVI, p. 462, art. 1138). Quelques tribunaux s'étaient, néanmoins, prononcés en sens contraire, et cette opinion, dit le savant auteur du *Traité de la procédure civile*, que nous citons ici, m'avait paru préférable à la première (*ibid.*, p. 639, art. 4182, lettre G, et t. LXXVI, p. 74, art. 4200). La question de savoir, ajoutait-il, quelle procédure doit suivre l'acquéreur d'un bien appartenant à un failli concordataire, pour purger, et provoquer une surenchère est aussi très-difficile à résoudre². » Et ce n'est pas sans hésitation qu'il propose un moyen plutôt pratique que juridique.

Ce serait étendre au delà de ce qui convient les proportions de cette étude que de passer en revue les cas assez nombreux prévus par les auteurs ou résolus par la jurisprudence où peuvent s'élever des doutes sur le point de savoir s'il y a lieu à purge ou non ; on en trouvera dans le *Répertoire* de M. Dalloz, v° *Privilèges et hypothèques*, nos 2009 et suivants, un aperçu qui en fera comprendre l'intérêt dans la question qui nous occupe³.

¹ Dalloz, *Priv. et hyp.*, nos 2010 et suiv.

² Chauveau et Glandaz, *Formul. de proc.*, t. II, p. 649, note.

³ Voir aussi *Journ. des avoués*, 1860, p. 76.

2° La créance peut aussi être contestée dans son *quantum*; ce sera peut-être le cas le plus fréquent. En admettant la dette, les créanciers hypothécaires auront quelquefois à en critiquer l'exagération à plus d'un point de vue. L'espèce prévue par M. Chauveau, en matière de vente de biens de failli concordataire, qui vient d'être rapportée, en offre un exemple. Le syndic ayant pris au profit de la masse créancière une inscription collective, l'acquéreur devra-t-il notifier son contrat à quarante ou cinquante créanciers, même plus peut-être, repris au bordereau d'inscription? Que lui objecter s'il l'a fait par copies séparées? N'a-t-il fait qu'user de son droit ou l'a-t-il excédé? (V. *J. des av.*, t. XLII, p. 339.) L'auteur précité propose une solution qui, fondée sur une sorte d'usage, est, avons-nous dit, plus pratique que juridique, et qui restera toujours soumise à l'appréciation du juge-commissaire à l'ordre et à celle des tribunaux¹. Cette espèce n'est pas la seule, et la difficulté se présentera toutes les fois que des cointéressés profiteront de la même inscription, des héritiers, des sociétaires après dissolution de la Société, etc.

Mais les frais peuvent être exagérés encore à un autre point de vue : l'état en peut présenter des abus. L'objection tirée de ce qu'il doit être taxé ne peut pas nous arrêter, car le système des adversaires étant tout en fait, c'est-à-dire le fait matériel par l'acquéreur de retenir et de se payer, en.

¹ Voici comment la résout M. Chauveau (*loc. cit.*) : « De l'opinion exprimée par mon savant collègue, M. Dufour (*J. av.*, t. 75, p. 426, art. 894) et des avis divers des jurisconsultes, il résulte que l'acquéreur agira avec prudence en adressant la notification : 1° aux anciens syndics qui ont pris l'inscription au nom de la masse, en vertu des articles 490 et 517 du Code de commerce; — 2° au délégué spécial que les créanciers choisissent ordinairement dans le concordat pour surveiller les opérations du failli concordataire. Il semble que l'article 517 précité confiant aux syndics le soin de faire inscrire le jugement d'homologation du concordat, c'est au domicile élu dans cette inscription que la notification doit être faite; mais les auteurs ne sont pas d'accord sur le mode d'inscription, ni sur les effets qu'elle produit. Dans l'usage, la masse consent, dans le concordat, à la radiation de l'inscription prise en son nom par les syndics, et subordonne la validité des aliénations que fera le concordataire au consentement d'un délégué qu'elle investit de ses pouvoirs.— Cette méthode est la plus sage. » Quelle est, ajouterons-nous, la valeur de cette condition contre un acquéreur de bonne foi?

ait aussi il se trouvera autorisé à négliger la taxe, n'y ayant aucun intérêt. Présentât-il d'ailleurs un état taxé, que l'argument serait encore sans valeur : la religion du juge taxateur n'a-t-elle pas pu être surprise, des circonstances particulières que l'intérêt des créanciers leur fait apercevoir n'ont-elles pas pu lui échapper? Que fera-t-on dans ce système de leur droit de former opposition à la taxe, et des conditions dans lesquelles ce droit s'exerce ou qui en font encourir la déchéance?

Mais, dit-on, — ces objections se produisent journellement dans la pratique, et des auteurs aussi bien que des décisions judiciaires les soutiennent implicitement de leur autorité; — mais ce sont là des cas fort rares, des exceptions. Quelle nécessité de prévoir des difficultés qui probablement ne se présenteront pas? D'ailleurs, si elles doivent naître, elles se produiront avec plus d'opportunité au moment de la quittance; elles trouveront alors une solution toute naturelle. Divisons l'objection.

a. Ce sont des cas exceptionnels qu'il est inutile de prévoir. — Nous répondrons : Dans la masse incalculable des transactions privées qui s'accomplissent tous les jours, celles qui soulèvent des difficultés, celles surtout qui arrivent jusqu'aux tribunaux ne constituent qu'une infinie minorité, et cependant c'est en définitive de ces cas si rares et si exceptionnels que se préoccupe le législateur; ce sont eux qu'il veut prévenir, parce que, les ayant résolus d'avance, ils n'auront plus de raison de se produire. Pour nous restreindre à notre matière, pourquoi le législateur a-t-il cru devoir régler la procédure de l'ordre, si ce n'est en prévision de toutes les difficultés qui peuvent se produire à l'occasion du règlement du prix et par suite du concours des prétendants droit? Si l'on a dû recourir à l'ordre judiciaire, c'est que l'ordre amiable a échoué et que les créanciers ont préféré mettre leurs droits sous la garantie de l'intervention du juge. Cela nous amène à la seconde partie de l'objection.

b. Ces difficultés se produiront plus utilement au moment de la quittance. — Cette raison pourrait également bien s'adapter à tous les cas où des créanciers se présenteront dans une situation analogue à celle du nouveau propriétaire, et entre au-

tres au cas où celui-ci aurait payé un ou plusieurs créanciers en exécution d'une délégation portée dans son contrat, et sans attendre l'ouverture de l'ordre. Il se trouve alors subrogé aux droits des créanciers désintéressés (art. 1251-2°). Dira-t-on qu'il n'aura pas besoin de produire à l'ordre parce qu'il est détenteur, que l'emploi de son prix étant fait, il se trouve implicitement payé, et qu'il lui suffira de présenter un compte lorsqu'il réglera le solde de son prix? Personne n'ira jusque-là parce que ce serait la négation de tous les principes, et cependant dans l'ordre d'idées où l'on se place, au regard des frais de purge, le raisonnement et les motifs de décider sont les mêmes. Cette manière de procéder serait d'ailleurs fort dangereuse, car on réserverait ainsi des chances de contestations qui, venant après la clôture de l'ordre, en pourraient détruire toute l'économie, résultat ordinaire de tous les moyens plus ou moins ingénieux employés pour éluder ou simplifier les formes que la loi, dans sa sagesse raisonnée, a cru devoir prescrire. Le dernier créancier colloqué ne consentira pas facilement à une réduction de la collocation pour laquelle il a un titre exécutoire et inattaquable; il répondra à l'acquéreur: *meum recepi*; il ne resterait à celui-ci d'autre voie de recours possible que la tierce opposition, ou des offres réelles; mais il ne serait pas bien assuré que le dernier créancier colloqué ne lui répondit que la loi, en prescrivant son appel en cause par la dénonciation qui lui a été faite de l'ouverture de l'ordre (art. 753 C. pr. civ.), a mis à sa disposition un moyen de défendre ses intérêts et de prévenir les difficultés dont la fixation du prix à distribuer pouvait être la cause; que n'ayant pas usé en temps opportun de cette faculté, il en est désormais déchu. Nous verrons plus loin quelle peut être la valeur de cette objection.

Et que l'on ne se retranche pas derrière cette considération de fait qu'il ne s'agit que d'un intérêt de frais le plus souvent sans importance; ce serait s'exposer à des mécomptes, car ces frais sont quelquefois considérables, et nous en avons vu dont le chiffre excédait 2,000 francs. Mais c'est là une raison qui nous touche peu; l'application des principes ne peut pas être subordonnée à des considérations de ce genre. C'est aujourd'hui une disposition assez ordinaire,

mais qui n'en est pas moins fâcheuse, de se préoccuper plus qu'il ne conviendrait du fait, parce qu'il est actuel, qu'on le voit, au détriment du principe, que l'on néglige aisément parce que la raison supérieure ne s'en présente pas toujours immédiatement à l'esprit, que ses conséquences sont plus éloignées, et que des appréciations *ex æquo et bono* semblent de meilleurs guides que la rigueur du droit. C'est aussi un mauvais calcul que d'omettre, en vue d'une économie de quelques frais, les formes protectrices de la procédure dont l'expérience a enseigné l'utilité, au risque de se réserver ainsi des difficultés qui détruiront parfois, et bien au delà, l'avantage que l'on se proposait d'obtenir.

Ce qui prouve la justesse de ces réflexions, ce sont les palliatifs au moyen desquels on se flatte de suppléer à une production régulière. Ne perdons pas de vue que l'ordre amiable a échoué et que nous en sommes à l'ordre forcé. L'acquéreur devra, dit-on, se borner à veiller à ce que le prix mis en distribution ne soit que son prix réduit, et à faire connaître ses prétentions par une simple note remise au juge-commissaire, dans le cas où celui-ci aurait commis une erreur ou omis de déduire les frais de purge. (V. notamment Audier, *J. des avoués*, 1868, p. 483.; Trib. de Pau, 14 février 1862; *ibid.* 1863, p. 132.) Ainsi le juge devra d'office suppléer à la demande du créancier, et s'il l'omet celui-ci pourra l'éclairer par une simple note! Dans quelle voie sommes-nous donc engagés? Une simple note remise au juge, subrepticement peut-être, sans contrôle de la part des intéressés, répondra au vœu de l'article 753! Mais toute la procédure civile peut être réduite à ces formes élémentaires! Aujourd'hui c'est à propos d'une collocation à l'ordre, demain ce sera dans un litige. Et l'on veut que le juge se prête à ce mode d'instruction des affaires sur lesquelles il a à statuer; et l'on ne voit pas tout ce que, dans la pratique, il a de dangereux, et l'on ne comprend pas qu'avec ce système de compromis et de tolérances le Code de procédure sera bientôt effacé, comme on ne s'en aperçoit que trop déjà dans bien des tribunaux, où le laisser-aller des auxiliaires de la justice triomphe par sa force d'inertie de toute la fermeté des magistrats! Le juge peut-il accorder d'office ce qui ne lui est pas demandé? S'il

ne le fait pas, s'il n'a pas égard à la note du créancier, s'il l'omet, s'il ne lui accorde qu'une partie de ce qui lui est dû, celui-ci sera-t-il déchu, bien qu'il n'en soit pas lié à la procédure? Cette surveillance qu'on lui conseille, cette intervention que l'on autorise seront-elles à ses frais? Et la faveur qu'on lui accorde, à côté de la loi, n'aura-t-elle en définitive d'autre effet que de laisser à sa charge la rémunération de l'officier ministériel qu'il aura employé pour guider son inexpérience¹? Que de difficultés, que d'incohérences pour

¹ Cette note ne pourrait d'ailleurs, dans la plupart des cas, être remise que par l'intermédiaire d'un avoué, car, ne l'oublions pas, l'acquéreur est légalement réputé représenté dans l'ordre par l'avoué qui a occupé pour lui lors de l'enchère ou sur la purge; c'est la loi qui protège d'office son mandat, et les partisans du système adverse professent que la signification à avoué de l'ordonnance de clôture met l'acquéreur en demeure de payer sans qu'il y ait lieu de lui signifier les bordereaux. C'est en vue de cette économie que la loi de 1858 a joint l'acquéreur à l'ordre. Mais est-ce à lui de faire les frais de cette économie? Étant admis, d'une part, que les bordereaux ne sont exécutoires contre lui qu'autant qu'il en a connaissance, et, d'autre part, qu'il aura désormais cette connaissance légale par l'avoué que la loi considère comme continuant de le représenter, il ne doit pas plus avoir à payer cet avoué qu'il n'avait autrefois à supporter les frais de signification des bordereaux, formalité que la nouvelle combinaison a eu pour objet de remplacer.

Posons des chiffres puisque dans le système opposé là est tout l'intérêt de la question. Dans ce système il faudra allouer à l'avoué de l'acquéreur

	Paris.	Ailleurs.
1° Vacat à prendre communication du règlement provisoire pour veiller à ce que le prix mis en distribution ne soit que le prix réduit	5 ^f ,00	3 ^f ,75
2° Vacat à prendre communication du règlement définitif sur dénonciation de l'ordonnance de clôture, puisqu'elle tient lieu de signification des bordereaux.	5 ^f ,00	3 ^f ,75
Total.	10 ^f ,00	7 ^f ,50

Mais il reste les chances d'un contredit en cas d'erreur du juge dans la liquidation des frais de purge. Dans notre système, les frais seront les suivants :

	Paris.	Ailleurs.
1° Production.	11 ^f ,40	9 ^f ,90
2° Vacat à prendre communication.	5 ^f ,00	3 ^f ,75
Total.	17 ^f ,40	13 ^f ,65
Différence.	7 ^f ,40	6 ^f ,15

arriver à éviter les frais d'une simple requête de production, car c'est à cela que tout se réduit, la délivrance d'un bordereau à l'acquéreur, exécutoire sur lui-même, étant évidemment inutile!

Mais écartons tous ces moyens extra-légaux. La loi n'en reconnaît qu'un pour l'acquéreur de surveiller ses intérêts dans l'ordre, c'est d'y intervenir ainsi que l'y invite l'article 753; et son intervention sera beaucoup plus naturelle et plus efficace dès le début de la procédure, par la voie de la production, qu'au cours de cette procédure, par la voie du contredit; et elle aura presque toujours ainsi l'avantage d'éviter des frais et de prévenir des embarras, en fixant tout d'abord la base de l'ordre, c'est-à-dire le quantum du prix à distribuer.

VIII

Concluons donc, il en est temps, car nous avons été entraîné plus loin que nous ne l'avions prévu en commençant la réfutation du système sur lequel est fondée la pratique fâcheuse que nous combattons. Nous avons reconnu que le droit de l'acquéreur sur son prix, à raison des frais de purge, n'est ni un droit de rétention ni une compensation; que c'est au contraire un privilège, celui du créancier gagiste, sur la chose qui lui sert de gage. Nous avons reconnu en outre que, pour se faire payer de ses avances, il est dans une situation identique à celle de tous les autres créanciers; il devra donc se présenter à l'ordre et y produire sa réclamation. Mais quant à la forme sous laquelle il la produira, il y a lieu de distinguer entre les deux hypothèses qui peuvent se présenter.

1° L'ordre est poursuivi par l'acquéreur lui-même. Dans ce cas il devra, en mettant son prix en distribution, indiquer le montant de la diminution qu'il sollicite et joindre l'état de ses frais. Cette demande implicite suffira pour faire connaître sa prétention aux autres créanciers et appeler leur contrôle. Si aucune contestation n'est formulée, il y a de leur part adhésion tacite, et le juge, en faisant la distribution du prix sous la déduction de la créance de l'acquéreur, lui attri-

bucra implicitement ainsi la somme suffisante à le désintéresser; il sera de la sorte *employé par préférence*. Cette marche est de tout point conforme à celle indiquée par l'article 777, § 5, dans le cas où l'acquéreur veut préalablement consigner. Si au contraire l'acquéreur omet de faire connaître sa créance, il ne pourra pas se dispenser de produire; mais alors il le fera à ses frais, parce qu'il est en faute, et que son oubli ne doit pas préjudicier au dernier créancier colloqué: il sera juste alors de lui opposer qu'il ne faut pas recourir aux voies les plus coûteuses lorsque l'on peut arriver au même but à peu de frais. Dans ce cas seulement nous serions disposé à considérer sa production comme frustratoire, bien que pratiquement il n'en résultera peut-être pas d'aggravation de frais, une seule production devant suffire pour les frais de purge et pour les frais d'ordre ¹.

2° L'ordre est poursuivi par tout autre que l'acquéreur. Dans ce cas la production est indispensable, car rien ne révèle officiellement la créance de l'acquéreur; il est possible même qu'il n'ait aucune créance, car son vendeur a pu lui imposer la charge de ces frais comme condition de la vente, ou les prendre à sa charge personnelle en déterminant son prix en conséquence, ou bien encore il a pu les acquitter directement; les combinaisons possibles à cet égard sont nombreuses, et le silence de l'acquéreur doit faire présumer l'absence d'intérêt de sa part; la collocation d'office ne peut pas être suppléée. Le juge-commissaire qui, trouvant dans le dossier les pièces de purge sans lesquelles l'ordre ne peut pas être ouvert, colloquerait d'office à cette occasion l'acquéreur, s'exposait à lui adjuger ce qui ne lui est pas dû.

A ce sujet un dernier point nous reste à examiner: Quelle sera la sanction de l'obligation où se trouve l'acquéreur de produire pour les frais de purge? Dans l'opinion adverse, il

¹ C'est ce qui avait lieu avant la loi de 1858. Mais depuis, l'article 759 nouveau paraît avoir introduit une innovation. Ainsi, dans le système opposé, on refuse au poursuivant le droit de produire pour les frais d'ordre. Le juge doit les colloquer d'office. Il n'y a aucune difficulté à concéder ce point, bien qu'il soit plus sûr d'en faire la demande.

n'encourt aucune déchéance, et nous avons vu que c'est précisément de cette circonstance qu'il n'encourt pas la déchéance prononcée contre les créanciers sommés par l'article 756 du Code de procédure civile, parce qu'il n'a pas été sommé comme eux dans les termes de l'article 753, que l'on induit qu'il ne doit pas produire à l'ordre. Voici quelle est sur cette question de forclusion la doctrine de la Cour de cassation (chambre civile, 9 août 1859) : « Vu l'article 256 du Code de procédure civile, attendu que la forclusion prononcée par cet article s'applique aux réclamations des créanciers relativement au rang et à la quotité de leurs créances que le juge-commissaire a mission de régler, mais non à la réclamation du tiers acquéreur contre l'énonciation erronée du prix à distribuer, laquelle est susceptible d'être rectifiée d'après les actes qui ont fixé ce prix en principal et accessoires, sans qu'on puisse opposer au tiers acquéreur l'exception de chose jugée comme résultant de l'ordonnance de clôture de l'ordre, lorsque sa réclamation n'a été, comme dans l'espèce ni débattue ni présentée dans la procédure d'ordre; qu'en effet les demandeurs n'ont figuré dans l'ordre que comme créanciers du montant des frais de notification; d'où il suit qu'en repoussant comme tardive et non recevable la réclamation des demandeurs, le jugement attaqué a fausement appliqué, et par cela même violé l'article 756 du Code de procédure civile : — Casse. »

De ce que l'acquéreur ne sera pas forclus parce qu'il n'aura pas produit à l'ordre, il ne s'ensuit pas qu'il ne doit pas produire à l'ordre; l'espèce sur laquelle est intervenu l'arrêt de cassation démontre, au contraire, qu'il y a figuré comme créancier de ses frais de notification, et l'arrêt consacre implicitement ce droit. Toutefois cette jurisprudence, bien qu'elle soit approuvée par les auteurs, ne satisfait pas complètement, et l'on pourrait, il me semble, opposer à l'acquéreur que l'article 753 lui donnait un moyen de surveiller ses intérêts et qu'il ne peut s'imputer qu'à lui-même de n'en avoir pas profité, et cela avec d'autant plus de raison, alors que, comme dans l'espèce, il a figuré à l'ordre comme créancier du montant des frais de notification.

Il nous paraît difficile de concilier la solution donnée par

l'arrêt précité, d'une part avec la décision des auteurs qui professent que la déchéance est générale, qu'elle frappe les créanciers qui peuvent se présenter spontanément à l'ordre, tels que les créanciers privilégiés en vertu des articles 2101 et 2104 du Code civil, etc. (Seligman, *De la saisie immobilière et de l'ordre*, n° 296), et d'autre part avec l'avis des auteurs qui décident que l'acquéreur étant depuis la loi de 1858 partie dans la poursuite d'ordre, tandis qu'il y était autrefois complètement étranger, il sera mis en demeure par l'ordonnance de clôture d'avoir à payer son prix sans qu'il soit nécessaire de lui signifier les bordereaux. N'oublions pas que l'ordonnance de clôture n'est signifiée qu'à avoué et nous pouvons supposer que l'acquéreur n'a pas d'avoué¹, s'il en a un, c'est qu'il est représenté à l'ordre, et la question qui nous occupe n'a plus d'intérêt, puisqu'il ne s'agit au fond, dans le système que nous combattons, que d'une question de frais de production ou de présence à l'ordre, ce qui pour nous est tout un (Audier, *Journal des avoués*, 1862, p. 174).

Quoi qu'il en soit, les déchéances étant de droit étroit, nous pensons que le silence de la loi doit profiter à l'acquéreur; il y a, pensons-nous, une lacune dans la loi: elle donne lieu à des différences de situation assez bizarres; mais aussi, quelque préjudiciable que ce résultat puisse être pour les créanciers, l'acquéreur devra être admis à contester; mais comme, en définitive, il y a là une faute de sa part, et que l'article 753 du Code de procédure civile venait à son secours, nous serions d'avis que les frais du contredit devraient rester à sa charge, par application de l'article 766, § 4.

Si nous ne nous faisons illusion, la manière de procéder à laquelle nous donnons la préférence, sans occasionner plus

¹ L'article 767 ne dit pas que l'ordonnance de clôture doit signifier à l'avoué de l'acquéreur, ce qui est une première difficulté, mais il pourra se faire que l'acquéreur n'ait pas eu jusque-là d'avoué. C'est ce qui arriverait si la vente avait eu lieu devant notaire par suite de conversion prononcée après les sommations aux créanciers inscrits (art. 692 C. pr. civ.), ou encore si tous les créanciers avaient déclaré renoncer à leurs droits de surenchère et de suite. Pour n'être pas dans ce cas créancier de frais de purge, l'acquéreur ne sera pas pour cela dépourvu d'intérêt à s'inscrire à l'ordre.

de frais appréciables que celle que nous avons critiquée, sera plus sûre et plus juridique; en prévenant toutes chances de difficultés ultérieures, elle fera produire au règlement du juge-commissaire un effet définitif et irrévocable, et elle présente cet avantage, qui ne peut pas être mis en balance avec quelques petites économies de détail, possibles dans certains cas exceptionnels, que tous les principes généraux et particuliers de la matière auront été respectés.

E. DRAMARD.

tion, les tribunaux leur compétence quant à la capacité du légataire et quant à la validité du legs; les obscurités disparaissent avec les subtilités qui les entretenaient.

S. MIGNERET.

QUESTIONS SUR LES ORDRES.

DE L'INSCRIPTION D'OFFICE PAR LE PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE
ET DE LA SOMMATION DE PRODUIRE AUX INCAPABLES.

(Art. 692 et 753 C. pr. civ.)

Par M. DRAMARD, juge au tribunal civil de Béthune.

En cas d'hypothèque légale inscrite d'office par le procureur de la République, où la sommation de produire prescrite par l'article 753 du Code de procédure civile devra-t-elle être signifiée?

Cette question, qui ne paraîtrait même pas pouvoir se poser si l'on s'en tient à la lettre de l'article 753 du Code de procédure civile, n'est pas sans soulever dans la pratique des difficultés assez grandes. Elle intéresse au plus haut point les officiers ministériels qui sont chargés de la poursuite d'ordres : leurs erreurs ou leurs omissions dans l'observation des formalités pourraient engager grandement leur responsabilité. Elle intéresse également les magistrats dont la mission est de régler les ordres, parce que de l'accomplissement raisonné et intelligent de ces formalités dépend la validité de leurs opérations, et que leur responsabilité morale se trouve aussi de la sorte engagée. Elle se rattache à l'un des points qui ont été le plus discutés lors de la présentation de la loi du 21 mai 1858 au Corps législatif, l'inscription d'office de l'hypothèque légale des incapables prescrite par l'article 692, paragraphe dernier, du Code de procédure civile. Malgré les controverses que cette mesure a suscitées alors, tant au sein de la commission que devant le Conseil d'État et le Corps législatif, le point qui nous occupe est demeuré sans solution législative et est resté abandonné à la doctrine et à la jurisprudence. Pour atteindre cette solution,

nous n'entendons toutefois pas rentrer dans la discussion des principes qu'a soulevés la question, et notamment examiner si la survivance du droit de préférence sur le prix au droit de suite sur l'immeuble grevé de l'hypothèque légale non inscrite est conforme à ces principes¹. Il s'agit en fin de compte ici surtout d'une question pratique. Prenant donc la loi telle qu'elle est, nous pénétrant de la pensée et de l'intention dont elle est l'expression, nous rechercherons les conséquences pratiques qu'il faut en tirer en ce qui concerne une situation sur laquelle ses auteurs ont omis ou négligé de s'expliquer.

I

Le point que nous cherchons à résoudre est une de ces difficultés d'application telles qu'en présentent les lois du 23 mars 1855 et du 21 mai 1858, difficultés provenant de ce que le législateur, sollicité par des intérêts opposés qui se rattachent à des titres à peu près égaux à l'ordre public, semble s'être quelquefois trop exclusivement préoccupé de celui du crédit public et avoir à certains moments perdu de vue ceux des incapables que les Codes civil et de procédure avaient au contraire entourés de garanties parfois très-coûteuses et embarrassantes. Est-il besoin, pour se pénétrer de l'intérêt de la question, de faire un retour sur le passé? Qui ne se rappelle, surtout après toutes les discussions dont elle a été l'objet, que dans notre ancien droit le *décret forcé purgeait toutes les hypothèques*, « quand même, dit Pothier, ces droits auraient appartenu à des mineurs, même dans le cas d'insolvabilité de leurs tuteurs, même dans le cas où ils auraient été absolument destitués de tuteurs; car la foi publique, *fiscalis hastæ fides*, doit l'emporter sur la faveur de ces personnes. » Le Code civil ayant dispensé les hypothèques légales de l'inscription, il fallut organiser une procédure spéciale pour les forcer à se révéler. Mais ses prescriptions ne trouvant d'application qu'aux cas d'aliénations volontaires, les adjudications sur saisie immobilière leur échappaient et restaient soumises à la maxime : *décret forcé purge toutes les hypo-*

¹ C'est l'objection qui, lors de la discussion de la loi de 1841 sur les saisies, avait empêché d'adopter la réforme qui a été admise dans notre nouvel article 692.

thèques, état de choses qui avait pour conséquence de sacrifier des droits que l'on voulait au contraire protéger, ceux des incapables; car tandis que les créanciers inscrits, par l'effet de leur inscription, se trouvaient liés à la procédure de saisie et appelés à la répartition du prix, les femmes, les mineurs et les interdits y demeuraient étrangers et perdaient leurs droits sans avoir été mis en demeure de les faire valoir. La protection que la loi avait voulu leur accorder en dispensant leur hypothèque de l'inscription tournait ainsi contre eux. La doctrine et la jurisprudence furent longtemps d'accord, non pourtant unanimes, pour accepter cet effet de l'adjudication sur saisie, lorsque la Cour de cassation, par un arrêt solennel du 22 juin 1833, revenant sur sa jurisprudence, décida que la loi n'avait fait aucune distinction entre les ventes volontaires et les adjudications sur saisie, et que la purge des hypothèques légales devait être faite dans un cas comme dans l'autre.

Mais alors se manifestait une différence en sens inverse entre les créanciers ordinaires et les créanciers à hypothèque légale; il fallait donc trouver une combinaison qui rendit au jugement d'adjudication la vertu de purger les hypothèques légales, comme il purgeait les hypothèques inscrites. Tel a été le mobile de plusieurs dispositions de la loi de 1858, qui ont en vue d'accroître les sûretés du crédit immobilier en protégeant les acquéreurs sur saisie contre tous les recours, troubles, évictions et empêchements quelconques auxquels pourrait les exposer l'exercice des privilèges, actions résolutoires et hypothèques dispensées d'inscription qui pourraient exister sur les biens par eux acquis. A cet effet, en vertu de l'article 692 nouveau, tous les créanciers sans exception sont mis en demeure de se faire connaître et liés à la procédure de saisie. Laissons de côté les créanciers majeurs et maîtres de leurs droits qui, libres d'agir sans avoir à subir aucune influence contraire à leurs intérêts bien entendus, peuvent être négligents à leurs risques et périls, et ne nous occupons que des incapables. En ce qui les concerne, notification doit être faite, aux termes du 2^o de cet article. « à la femme du saisi, aux femmes des précédents propriétaires, au subrogé tuteur des mineurs ou interdits, ou aux mineurs devenus majeurs. si, dans l'un ou l'autre cas, les

mariage ou tutelle sont connus du poursuivant d'après son titre. Cette sommation contiendra en outre l'avertissement que, pour conserver les hypothèques légales sur l'immeuble exproprié, il sera nécessaire de les faire inscrire avant la transcription du jugement d'adjudication. » Si le mariage ou la tutelle n'étaient pas connus du poursuivant, le législateur n'a pas pensé qu'il fût nécessaire de lui imposer l'obligation de faire à ce sujet des recherches dispendieuses et longues; mais il a prescrit une mesure qui devrait avoir pour effet de garantir d'une façon certaine les droits des incapables : c'est celle édictée par le dernier alinéa de notre article 692, sur laquelle nous appelons toute l'attention, parce qu'elle est une des bases de la discussion : « Copie en sera notifiée au procureur de la République de l'arrondissement où les biens sont situés, lequel sera tenu de requérir l'inscription des hypothèques légales existant du chef du saisi seulement sur les biens compris dans la saisie. »

Ainsi désormais les incapables sont non-seulement mis en demeure de faire connaître leur hypothèque légale, mais ils sont encore et dans tous ces cas prémunis contre leur négligence, leur faiblesse ou celle de leurs représentants légaux, et cette hypothèque est inscrite d'office, comme mesure d'ordre et d'intérêt public; ce qui sera fait aussi bien après une aliénation volontaire qu'à la suite d'une saisie immobilière, comme nous le verrons plus loin.

Mais ce n'est pas tout d'avoir conservé le moyen d'être payé : il faut être mis à même de s'en servir; or c'est précisément là, si nous nous en tenions à la lettre de l'article 753 du Code de procédure, que nous trouverions une lacune, une omission dont les conséquences seraient de compromettre, souvent de détruire tous les bons effets que l'article 692 avait en vue de préparer. L'hypothèque légale inscrite par le procureur de la République serait illusoire si, le moment venu, l'incapable ne pouvait pas mettre en mouvement le droit qu'elle est destinée à conserver. Or la femme mariée, le mineur, l'interdit sont tout aussi incapables quand il s'agit de faire valoir leur créance qu'ils l'étaient lorsqu'il s'est agi de l'inscrire. Quelles sont, en effet, les considérations qui ont fait prescrire cette mesure de l'inscription d'office par le chef du parquet? C'est que le mari ou le tuteur ayant un intérêt

opposé à celui de leur femme ou de leur pupille négligera d'inscrire son hypothèque sur son propre bien; qu'il ne pourrait même quelquefois accomplir ce devoir sans s'exposer à être stellionataire, ce qui arriverait s'il n'avait pas fait à ses créanciers la déclaration voulue par l'article 2134 du Code civil. Le législateur a pensé que, dans ces conditions, la conservation de ces intérêts ne serait pas suffisamment garantie par une obligation purement morale imposée au mari ou au tuteur.

Lors donc qu'il sera opportun pour la femme ou le pupille de produire à l'ordre ouvert sur les biens du mari ou du tuteur, le même motif de défiance, la même nécessité de protection ne se présenteront-ils pas? Et parce que l'hypothèque aura été inscrite, suffira-t-il de s'en rapporter à la foi du mari ou du tuteur pour faire produire effet à cette hypothèque au préjudice de leurs propres créanciers et contrairement à leurs intérêts personnels? N'auront-ils pas d'ailleurs une raison très-spécieuse pour justifier leur abstention à l'ordre? Cette inscription, qu'ils n'auront pas requise, ils pourront alléguer qu'ils ne l'ont pas connue, toutes les fois que la sommation de produire, qui en est la révélation, aura été signifiée à un domicile élu qu'ils ignorent, au parquet par exemple, et que rien ne peut constater officiellement qu'elle soit parvenue entre leurs mains, comme nous le verrons tout à l'heure.

Par quelle voie donc les incapables seront-ils mis en demeure de produire à l'ordre où va se distribuer le prix de l'immeuble qu'affecte leur hypothèque désormais inscrite? Le texte de la loi ne fait à cet égard aucune différence entre eux et les autres créanciers inscrits. Suivant l'article 753 du Code de procédure civile, « sommation de produire est faite aux créanciers inscrits par acte signifié aux domiciles élus dans leurs inscriptions ». De la généralité de ces termes faut-il conclure que désormais ils sont tous placés sur la même ligne, et que l'injonction faite au parquet d'inscrire l'hypothèque légale ait épuisé la sollicitude du législateur à l'égard des incapables? Il semble assez difficile d'admettre qu'en édictant les dispositions si générales de cet article 753, il ait envisagé bien nettement leur situation particulière; il n'est pas possible de croire qu'il ait abandonné les intérêts

dont il s'agit au point de les compromettre tout à fait, détruisant lui-même l'effet des mesures qu'il vient d'ordonner, après avoir affirmé si positivement sa volonté bien constante de les protéger jusqu'au bout. Personne ne l'admettra, en présence des déclarations si nettes en ce sens qui se trouvent à chaque pas dans l'exposé des motifs, dans le rapport, de la commission, dans la discussion du projet de loi. Avec quel soin ne proteste-t-on pas contre l'idée que les droits des incapables pourraient être sacrifiés¹? Ces préoccupations sont résumées dans la circulaire ministérielle du 2 mai 1859 sur l'application de la loi du 21 mai 1858 : « Toutes les précautions sont prises, y est-il dit, pour que les droits soient rendus publics, et pour que les créanciers soient appelés lors de la distribution des deniers; mais si, par son inertie ou par sa faute, un créancier à hypothèque légale a laissé échapper le droit de critiquer l'aliénation, le législateur lui offre encore une voie de salut en lui réservant le moyen de ressaisir son droit de préférence sur le prix. »

Cette idée de protection des incapables se combine d'ailleurs à merveille avec le dessein de procurer une réalisation prompte et facile des capitaux engagés dans le crédit immobilier, qui est le fondement de la loi de 1858. La conciliation de ces deux intérêts, dont l'antagonisme avait provoqué tant

¹ « Quand au procureur impérial, ce n'est plus une faculté qui lui est donnée, c'est un devoir impérieux qui lui est imposé... Lorsqu'on lit cette dernière prescription, on demeure convaincu que les intérêts qu'on a voulu sauvegarder ne peuvent plus être compromis par la négligence ou la complaisance, et qu'ils sont couverts d'une protection bien autrement salutaire et plus appropriée au cas spécial, qu'ils ne l'avaient jamais été. » (*Exposé des motifs.*)

« On ne répétera plus, sans doute, ce qui avait été dit lors de la discussion de la loi du 3 juin 1841, « qu'on veut enlever aux femmes et aux mineurs les garanties que leur avait assurées le Code Napoléon, en supprimant les formalités qu'il avait établies. » (*Ibid.*)

« Par un surcroît de garantie, qui devra imposer silence à la critique, l'adjudicataire va être chargé d'ajouter la sommation de produire à celle que doit faire le poursuivant à la femme du saisi, aux femmes des précédents propriétaires, au subrogé tuteur des mineurs et interdits, aux mineurs devenus majeurs, et copie en est notifiée au procureur impérial. » (*Ibid.*) Ces dernières mesures n'ont pas été en définitive adoptées. Nous verrons plus loin que ce rejet tient à des considérations qui n'excluent pas l'idée de protection qui les avait inspirées.

de justes plaintes, était le seul soin des promoteurs de la loi à faire. « Celle-ci ne doit s'inspirer que de deux principes, disaient-ils dans l'exposé des motifs : l'intérêt de l'incapable et l'intérêt du crédit; elle doit opter entre eux s'ils sont incompatibles, ou chercher à les concilier si une combinaison intermédiaire peut satisfaire la raison et entrer aisément dans la pratique. »

Faudrait-il donc que toutes ces précautions, dont vient de nous parler la circulaire ministérielle, deviennent en fait une sorte de piège pour ceux en considération desquels elles ont été prises? C'est ce qui arriverait si, leur hypothèque légale ayant été formée à leur insu, malgré eux peut-être, s'ils croient avoir un autre moyen de mettre leur droit en mouvement, il était procédé sans qu'ils en eussent connaissance à la distribution du prix de l'immeuble gage de leur créance. Cette inscription pourra même quelquefois porter préjudice à l'incapable et l'exposer à des contestations graves, comme l'ont fait observer le rapporteur de la loi et le député Duclos, à des demandes de mainlevée dont les frais pourront rester à leur charge; car nous allons voir bientôt que le devoir du ministère public ne consiste qu'à requérir l'inscription; « mais il n'a pas à se préoccuper, c'est encore la circulaire ministérielle qui nous l'apprend, du point de savoir si les femmes ou pupilles ont des droits à exercer contre le saisi; s'ils trouveront un avantage sérieux à manifester leur hypothèque, ou si, la femme ayant contracté la dette solidairement avec son mari, a intérêt à prendre inscription. » Un cas analogue se présentera quand, dans cette dernière hypothèse, la femme ayant subrogé le créancier dans ses droits, celui-ci, pour obéir à l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, inscrira l'hypothèque légale de sa débitrice, mais en termes généraux, au lieu d'en restreindre l'effet à l'importance de la créance garantie par la subrogation, point qui a soulevé bien des difficultés avec les conservateurs des hypothèques quand il s'agissait de radier les inscriptions ainsi prises.

Mais allons plus avant. Quelle était autrefois la situation des incapables? L'hypothèque légale leur confère un droit de suite sur l'immeuble et un droit de préférence sur le prix indépendamment de toute inscription. Mais c'était une question très-controversée, et fort délicate du reste, de savoir si

le droit hypothécaire dont il n'avait pas été fait usage dans les délais de la purge se trouvait éteint aussi bien sur la chose que sur le prix; c'est-à-dire si le créancier qui n'avait pas inscrit en temps utile son hypothèque légale perdait, en même temps que son droit de suite sur l'immeuble, celui de se faire payer avec la préférence attachée à sa créance sur le prix réalisé de cet immeuble. La jurisprudence de la Cour de cassation s'était prononcée pour l'affirmative, non sans une vive opposition des Cours d'appel. Les articles 717 et 772 du Code de procédure, dans leurs derniers paragraphes, ont tranché la difficulté législativement en statuant que les femmes, les mineurs et les interdits pouvaient encore obtenir collocation sur le prix, bien qu'ils aient perdu tout droit de suite sur l'immeuble, mais en limitant cette préférence par des conditions de rigueur qu'ils déterminent. Les partisans de la survivance du droit de préférence étaient mus par cette considération « que la purge des hypothèques légales, quels que soient le procédé et l'époque, ne sont pas toujours un mode d'interpellation assez sûr et assez compris pour qu'on puisse garantir que l'incapable a été averti et que son ignorance ou sa dépendance lui a laissé la faculté de profiter de l'avertissement, que le mari ou le subrogé tuteur peut être négligent, peu éclairé, ou avoir des intérêts opposés à celui de l'incapable; qu'il ne faut donc pas assimiler la femme et le mineur à des créanciers ordinaires, et que s'il est possible encore de leur réserver un droit de préférence, il faut s'empressez de le faire *sous peine de leur retirer la protection précisément au moment où elle leur devient nécessaire.* » On voit jusqu'à quel point cette idée de protection préoccupait les auteurs de la loi de 1858, puisque indépendamment des motifs qui s'imposaient à leurs méticuleuses appréhensions, ils ont cru devoir donner une solution législative à une difficulté d'interprétation, et ne pas laisser plus longtemps exposée aux variations de la jurisprudence la dernière ressource qui pouvait rester aux incapables de se faire payer, poussant le souci de ces droits au point qu'il semble leur avoir fait oublier l'injonction qu'ils venaient de faire au procureur de la République dans le dernier alinéa de l'article 692. En fait l'hypothèse dont il s'agit devra donc se présenter bien rarement, puisque ce magistrat a le devoir d'inscrire leur hypothèque;

mais on en a pris texte pour soutenir que les droits sur le prix étant réservés, le mandat de l'article 692 n'est pas si impératif que le chef du parquet ne puisse s'y soustraire, en ce qui concerne les femmes, s'il estime que l'inscription puisse être inutile, contraire à ses intérêts ou aux engagements solidaires qu'elle a contractés. Examinons donc quelle est l'étendue de ce mandat.

II

Il importe de bien définir les termes et la portée du dernier paragraphe de l'article 692, parce que c'est sur ce point que repose une partie de l'argumentation et que nous espérons y trouver presque complète la solution du problème posé. Nous n'avons du reste, pour nous édifier, qu'à nous reporter à la circulaire ministérielle précitée. Le procureur de la République doit inscrire l'hypothèque dès qu'il reçoit notification de la saisie. On s'est demandé s'il devait toujours requérir cette inscription. Cette question a été résolue par la discussion plutôt que par le texte de la loi. M. de Parieu, commissaire du gouvernement, répondant aux orateurs qui le pressaient de s'expliquer sur ce point, a dit avec beaucoup de justesse : « Si la créance apparente n'a pas d'existence, ou si elle a été évidemment soldée, le procureur ne devra pas inscrire, mais tant qu'il n'y aura pas de preuve de la disparition du droit, l'inscription devra être requise. Car aussi longtemps qu'il y a apparence de droit, il y a présomption d'intérêt. Mais, a-t-on dit, on pourra vouloir renoncer. Il faut distinguer : la femme sous certain régime matrimonial, peut renoncer, mais le mineur ne le peut jamais. Son droit doit donc être conservé. Même pour la femme, n'est-il pas bon que le magistrat puisse la soustraire à la pression qui pourrait être exercée sur elle ? Faut-il laisser un mari qui est poursuivi, et dont la fortune s'évanouit par la saisie, libre de faire disparaître, par un abus de son influence, le droit de sa femme, qui est aussi celui de ses enfants ? Le Conseil d'État ne l'a pas pensé : l'hypothèque légale est la garantie de la faiblesse et l'inscription obligatoire a pour but de la préserver. Quant aux renonciations qui pourraient être faites ultérieurement, *après l'ordre*, la loi n'a pas à y intervenir ;

l'œuvre de protection du législateur est accomplie. » (*Moniteur*, 14 avril 1858.)

On a conclu de là que le ministère public est obligé d'inscrire même dans le cas de l'article 2194 du Code civil, et que la loi de 1858, en rendant cette formalité obligatoire dans le cas des articles 692 et 696 du Code de procédure civile, a eu pour conséquence de la rendre obligatoire dans le cas de l'article 2194 du Code civil. « Puisque l'obligation imposée aux procureurs n'est pas jugée trop difficile pour être réputée impossible, il faut bien que la loi s'exécute et que l'inscription soit requise dans tous les cas. » (*Journal des avoués*, 1858, p. 586.)

Voilà pour le principe de l'obligation de requérir l'inscription. Voyons quelle en est l'étendue dans les détails que comporte cette formalité. L'inscription hypothécaire doit contenir élection de domicile dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau; telle est la règle des articles 2148 et 2153 du Code civil; mais cette règle est-elle rigoureuse d'une façon absolue, et, dans tous les cas, sa rigueur s'étend-elle aux inscriptions prises d'office et notamment à celles que doit requérir le procureur de la République? Premier point à examiner.

Et d'abord cette règle est-elle substantielle et sa violation entraîne-t-elle la nullité de l'inscription? Cette question, Merlin se l'était posée sous le régime de la loi du 11 brumaire an VII, et il n'hésitait pas à la résoudre négativement; il qualifiait même d'une manière très-vive l'opinion contraire (*Quest.*, v° INSCR. HYP., § 4, et *Rép.*, t. XVI, p. 430, 8°). Bien qu'elle soit toujours controversée, elle semble néanmoins tendre de plus en plus à se fixer dans ce sens. « On était d'accord, lors de la discussion du projet de réforme hypothécaire, pour trouver trop rigoureuse la jurisprudence qui attachait au défaut de mention du domicile élu la peine de nullité. M. Persil lui-même (qui professait la doctrine opposée), au nom de la commission instituée pour la préparation du projet de loi, exprimait l'avis que l'unique sanction de l'omission devait être d'autoriser toutes significations et notifications, relatives à l'inscription, au parquet du procureur de la République, et l'article 2164 du projet, correspondant à l'article 2148, était modifié dans ce sens. » (Dalloz, v° ORDRE, n° 1529.)

Ainsi, même avant les lois de 1855 et 1858, on était bien près d'être d'accord que l'élection de domicile n'est pas substantielle. On persista dans cette voie et la difficulté fut enfin décidée par voie législative, au moins d'une manière implicite. En effet, sous l'ancienne législation, on n'attachait déjà aucune importance à l'élection de domicile dans les inscriptions d'office formées par le conservateur à la transcription des actes d'aliénation; cela était tout naturel, puisque l'action résolutoire pouvant être conservée indépendamment du privilège, le vendeur conservait toujours ainsi un moyen d'action fort énergique sur les créanciers hypothécaires. La loi du 21 mars 1855 ayant changé cet état du droit hypothécaire, l'article 692, § 1, de la loi de 1858 vint consacrer la doctrine et la jurisprudence en destituant désormais de tout effet l'omission d'élection de domicile dans l'inscription d'office; à défaut de cette élection, la sommation qui doit lier le vendeur à la poursuite de saisie « sera faite au créancier à son domicile réel, pourvu qu'il soit fixé en France. » Et nous remarquerons, avec MM. Grosse et Rameau, que la modification dont il s'agit ici s'applique aussi bien à l'inscription prise d'office par le conservateur qu'à l'inscription prise par le vendeur directement, puisque la loi ne fait aucune distinction entre les diverses formes employées pour formuler les inscriptions conservatrices d'un prix de vente et que l'article 692 recevra son application de quelque façon que l'inscription de privilège ait été prise, soit d'office, soit par le vendeur ou son ayant cause.

Ainsi, premier point établi : l'élection de domicile est inutile, nous pourrions presque ajouter dangereuse, dans l'inscription de privilège du vendeur. On répondra sans doute que c'est une exception; sans nous arrêter à discuter l'objection, nous pourrions conclure de ce qui précède, avec les auteurs précités, que désormais l'élection de domicile n'est pas obligatoire d'une façon absolue, puisqu'il est une classe d'inscription où elle est sans utilité. La raison commande une règle générale qui soit applicable à toutes, elle n'admet pas qu'un avertissement contienne les éléments de publicité désirables, parce que c'est la créance d'un vendeur qui en fait le sujet, et qu'il ne les contienne pas, parce que c'est une créance pour prêt. L'avertissement est un acte tout d'une

pièce, il contient ou ne contient pas les renseignements que les tiers peuvent désirer; là est toute la question. S'il satisfait aux besoins de la publicité parce que c'est un vendeur, il y satisfait lorsque c'est un prêteur¹.

Mais ce n'est pas là que tend la démonstration que nous avons entreprise, et nous n'avons pas besoin pour y arriver d'établir ce point d'une façon absolue; il nous suffit qu'il soit certain en ce qui concerne l'inscription formée d'office par le conservateur des hypothèques. Allons maintenant plus loin : nous dirons que celui-ci agirait sans droit ni qualité s'il indiquait un domicile d'élection chez lui ou dans un lieu quelconque de l'arrondissement, parce qu'il doit prendre les actes qui lui sont présentés à la transcription tels qu'ils existent; il y puise tous les renseignements dont il a besoin pour remplir le vœu de la loi, mais il n'y peut rien ajouter; les instructions le lui défendent, et avant tout le soin de sa responsabilité, qui se trouverait engagée très-avant par le choix qu'il ferait d'un domicile pour le vendeur, comme nous l'établirons plus loin.

Mais ce n'est pas tout : le privilège du vendeur n'est pas le seul que les conservateurs puissent inscrire d'office. Des auteurs pensent qu'il leur est permis d'inscrire aussi d'office les hypothèques légales des incapables quand l'utilité leur en appert des actes qui leur sont soumis². En effet, ces inscriptions n'ayant pas pour objet de conférer des droits aux femmes mariées et aux mineurs, mais uniquement d'avertir les tiers, il rentre dans leurs attributions de leur donner la publicité des registres dont la rédaction et la garde leur sont confiées. En appelant tous les citoyens à requérir ces inscriptions, la loi y invite plus spécialement les conservateurs, mais sans leur en faire une obligation (art. 2139 C. civ.). La question a été jugée dans ce sens par plusieurs arrêts. Il a même été jugé que le conservateur peut prendre, dans l'intérêt d'un créancier et sans réquisition de sa part ou d'un tiers, une inscription pour la conservation d'une hypothèque conventionnelle³. Dans ces différentes circonstances, il n'élira pas do-

¹ Grosse et Rameau, *Proc. de l'ordre*, p. 40; sic Audier, *Journal des avoués*, 1865, p. 241.

² Dalloz, *Privilèges et hypothèques*, 1385.

³ Dalloz, *ibid.*, 1456.

micile à son bureau, et à défaut d'élection de domicile chez les intéressés, l'indication de leur domicile réel, pourvu qu'il soit dans l'arrondissement, devra suffire à la validité de l'inscription.

Cela posé, quelle est la nature de l'inscription requise par le procureur de la République? C'est une inscription d'office comme celle dont nous venons de parler et au même titre. Dès lors il n'y a aucune raison pour que les principes que nous avons reconnus à leur occasion ne s'appliquent pas également à celles requises par le ministère public pour les incapables, et en conséquence nous dirons que non-seulement il n'est pas nécessaire qu'il indique un domicile d'élection dans les bordereaux, mais qu'il ne le doit pas toutes les fois que le domicile réel de l'incapable lui sera révélé par les pièces signifiées, le cas où ce domicile sera en dehors de l'arrondissement étant réservé. Cette proposition, quand nous l'aurons mise en évidence, facilitera, nous l'espérons du moins, la décision à appliquer dans un grand nombre des cas que présente le problème dont nous poursuivons la solution dans cette étude, et préparera celle à donner aux autres.

III

Le procureur de la République peut-il en principe prendre pour les incapables un domicile d'élection? Pour comprendre la portée de cette question, il faut d'abord se rappeler quelle est l'utilité de l'élection de domicile, et quelle en est la conséquence pour celui qui l'indique à l'insu le plus souvent du créancier qu'elle intéresse.

En ce qui touche le premier point, il a une étroite connexité avec celui que nous avons examiné plus haut, à savoir si l'élection de domicile est une formalité substantielle, car les raisons qui servent à décider la négative sont aussi celles qui en expliquent l'utilité. L'élection de domicile est-elle dans l'intérêt des tiers intéressés à connaître l'inscription, en ce sens que l'omission pourrait leur nuire, on la déclare substantielle; est-elle au contraire dans l'intérêt de l'inscrivant et pour porter à sa connaissance certains actes, en sorte que l'omission n'aurait de suites fâcheuses que pour lui, on ne lui attribue qu'une utilité relative: elle peut être suppléée

par des équivalents; nous avons vu que la plupart des auteurs, après Merlin, décident en ce sens, et que la jurisprudence tend de plus en plus à adopter leur avis. Nul doute que les formalités indiquées dans l'article 2148 du Code civil ne soient dans l'intérêt exclusif des tiers qui auront à traiter avec le propriétaire de l'immeuble; c'est à leur seule considération qu'elles ont été édictées; elles ont pour objet de les éclairer sur les charges qui pèsent déjà sur l'immeuble; elles établissent en un mot le crédit hypothécaire du débiteur, et comme la moindre méprise peut avoir les plus désastreuses conséquences pour un prêteur inexpérimenté, elles précisent les noms du débiteur, l'importance des charges hypothécaires et les titres desquels elles résultent, et enfin les immeubles qu'elles grèvent en les spécifiant de la façon la plus exacte possible, afin d'éviter toute confusion. Avec ces renseignements, les prêteurs pourront agir en pleine connaissance de cause et apprécier le crédit qu'ils peuvent accorder au propriétaire. Quant aux noms des créanciers inscrits avant eux, il leur est tout à fait indifférent, encore plus leur domicile, réel ou d'élection. Que ce soit Pierre ou Jacques, peu leur importe. C'est à la somme conservée par l'hypothèque et point à celui à qui elle est due qu'ils ont égard avant de se dessaisir de leur argent; car tant qu'existera l'inscription qui leur est révélée, quelque raison qu'ils puissent avoir d'ailleurs de croire qu'il n'est plus rien dû au titulaire de cette inscription, qu'ils peuvent même personnellement connaître, ils agiront toujours prudemment en ne délivrant leurs fonds qu'après la radiation. Le nom, le domicile du titulaire ne leur sera utile à connaître que lorsqu'ils auront une signification à lui faire au cours d'une expropriation (art. 692 C. pr. civ.); — celui de purge (art. 2183) ne se présentant pas dans les mêmes conditions, nous le verrons dans un instant. — Et comme l'intérêt public et celui du débiteur, au moins autant que celui du créancier, exigent qu'en pareille affaire on évite les dépens et les lenteurs, la loi a voulu que l'inscrivant eût un domicile dans l'arrondissement où se trouvent les immeubles, afin que ces significations lui arrivent plus vite et à moins de frais. Généralisant, elle a prescrit un domicile d'élection, même lorsque le domicile réel est dans l'arrondissement, ce qui n'était peut-être pas bien utile,

laissant au surplus à la jurisprudence le soin de décider, en cette hypothèse, si sa prescription devait être appliquée à la rigueur ou non. Si le créancier, domicilié dans l'arrondissement, a négligé cette précaution que lui recommandait la loi, tant pis pour lui : cette omission n'aura aucun effet quant au saisissant; il procédera d'après les principes généraux de l'article 69 du Code de procédure, et fera parvenir sa signification au parquet comme s'il ignorait le domicile du créancier. Seul, celui-ci pourra en souffrir, mais cela sera la faute de sa négligence; à moins que le poursuivant ne lui fasse parvenir la signification à son domicile réel, sauf dans la taxe des frais à lui faire supporter toutes les dépenses résultant du défaut d'élection de domicile. Cette théorie, qui est celle de la plupart des auteurs, a été enseignée par M. Troplong (*Hyp.*, n^o 668 et 579), d'après Merlin qui avait dit que la peine de l'omission « est, et est seulement, que le tiers acquéreur ou créancier est dispensé de toute notification au créancier qui s'est inscrit, sans élire domicile dans l'arrondissement du bureau; c'est et c'est seulement, ajoute-t-il avec insistance, que si le créancier inscrit, sans élection de domicile, ne se présente pas spontanément au procès-verbal d'ordre, il sera déchu faute de produire. »

La jurisprudence s'est aussi en partie déclarée en ce sens; mais rappelons que si elle n'a pas encore réuni l'unanimité, il y a grande chance désormais pour qu'elle soit obtenue, puisque l'article 692 nouveau a édicté une mesure qui, en admettant qu'elle ne soit législativement qu'une exception, pourrait bien dans la pratique devenir une règle, car elle détruit l'ancien principe. (*Sic* Tarrible, Grenier, t. I, n^o 97; Battur, t. III, n^o 433; Rolland de Villargues, v^o INSCRIP. HYP., n^o 168; Troplong, *loc. cit.*; Flandin, *Traité des hyp. inéd.*; Dalloz, *Privil. et hyp.*, n^o 1523 et 1525; Grosse et Rameau, *Proc. de l'ordre*, n^o 14 et 15; Audier, *loc. cit.* — Metz, ch. réunies, 2 juillet 1812; Angers, 9 mess. an IX; Liège, 5 janv. 1816; Grenoble, 10 juillet 1823; Riom, 7 mars 1825; Agen, 4 janv. 1854.)

Afin de ne pas embarrasser de détails l'enchaînement de l'argumentation, nous avons omis les autres cas où l'élection de domicile trouvera son utilité : ceux de la purge (art. 2183 C. civ.) et de l'ordre (art. 753 C. pr. civ.); ils nous fournissent

des raisons encore plus décisives. Il ne s'agit plus ici d'un créancier ayant à se mettre en rapport juridique avec un co-créancier, mais d'un acquéreur qui veut purger son immeuble de toutes les hypothèques inscrites; le crédit public n'est plus en jeu; les tiers sont sans intérêt; les seuls intéressés sont les inscrivants auxquels il importe d'avoir connaissance des mutations que peut subir leur gage hypothécaire, et des conditions auxquelles ces mutations ont eu lieu. Le but de leur hypothèque est de recouvrer leur argent au moyen de la réalisation du gage : cette réalisation est-elle satisfaisante, ils l'accepteront, et leur hypothèque ayant produit l'effet qu'ils en attendent deviendra désormais inutile, et sera purgée; le prix leur semble-t-il au contraire avili, ils requerront la mise aux enchères pour en obtenir un plus sérieux, après quoi l'hypothèque sera également purgée. On pourra ensuite procéder à l'ordre et y convoquer les créanciers inscrits. Tout cela est élémentaire sans doute, et connu dès longtemps du lecteur, mais il ne nous semble pas inutile de l'énoncer pour le développement clair et précis de la théorie à laquelle nous avons donné la préférence, et pour la déduction logique des conséquences que nous voulons en tirer à l'appui de la thèse dont cette étude est l'objet. Eh bien ! dans le désir d'abrégier la procédure nécessaire pour produire les divers effets juridiques qui viennent d'être successivement rappelés, la loi a indiqué un domicile d'élection où l'acquéreur devra faire toutes les significations promptement et à peu de frais, et surtout sans investigations embarrassantes et quelquefois dangereuses pour lui; nous ajoutons à dessein cette dernière idée parce qu'elle explique le seul avantage que puisse offrir à l'acquéreur l'élection de domicile; les frais lui sont indifférents : l'article 774 du Code de procédure civile lui en assure le recouvrement privilégié. Bien plus grande est pour le créancier inscrivant l'utilité d'un domicile d'élection, puisque sans cette précaution il pourrait ignorer des faits qu'il lui importe de connaître et encourir des déchéances préjudiciables que Merlin vient de signaler.

Ou bien nous nous faisons illusion, ou nous avons démontré que la formalité de l'élection de domicile est avant tout dans l'intérêt du créancier qui requiert l'inscription, et que son omission ne peut avoir de conséquences fâcheuses que

contre lui. Ce n'est donc pas chose dénuée d'importance que de choisir un domicile pour y recevoir toutes les significations auxquelles il vient d'être fait allusion. Il faut avoir la certitude que la personne chez laquelle on l'établira mérite cette confiance par le soin qu'elle prendra des intérêts dont elle aura la garde, et qu'elle portera à la connaissance du créancier tous les faits juridiques qu'il ne doit pas ignorer. Il semble donc que cette indication ne doit émaner que du choix libre et raisonné du créancier. Mais ce n'est pas ainsi que les choses se passent dans la pratique, ce n'est surtout pas le cas des inscriptions prises d'office. En fait il arrive souvent que les créanciers ignorent chez qui se trouve leur domicile d'élection. Cela nous amène au second point que nous avons à examiner pour résoudre la question posée en tête de ce troisième paragraphe, à savoir quelles sont les conséquences de l'élection de domicile pour celui qui la fixe à l'insu du créancier et quelle est la responsabilité qu'il assume.

Généralement ce sont les notaires, quand il s'agit d'hypothèques conventionnelles et les avoués quand ce sont des hypothèques judiciaires, qui rédigent les bordereaux et requièrent les inscriptions; presque toujours ils élisent pour l'inscrivant domicile en leur étude, ou en celle de leur correspondant, quand les biens sont dans un autre arrondissement. Leurs clients s'en rapportent à eux de tout point. En agissant ainsi, ces officiers ministériels exécutent un mandat tacite, ou se constituent *negotiorum gestores*¹; ils prennent l'engagement de faire parvenir au créancier toutes les significations qui seront faites à ce domicile élu comme si elles étaient faites parlant à personne ou domicile réel; ils répondent même de la négligence de celui qu'ils se sont substitué, quand ils placent ce domicile chez un correspondant, et la sanction de cette responsabilité git dans les dommages-intérêts qui peuvent échoir à leur client. Il est d'ailleurs bien entendu qu'il ne peut y avoir lieu à responsabilité qu'autant que la fixation de ce domicile d'élection a été acceptée par

¹ Nous n'avons pas d'intérêt à prendre parti sur cette question délicate et controversée de responsabilité des officiers ministériels; à quelque titre qu'elle existe, il nous suffit qu'elle existe pour la justification de notre thèse.

celui chez qui il se trouve placé. Ce que nous venons de dire des notaires et des avoués s'applique à tous autres mandataires ou *negotiorum gestores* et particulièrement aux conservateurs des hypothèques, dans les cas qui ont été précédemment indiqués, avec cette distinction pourtant que ces derniers, quand ils inscrivent d'office le privilège du vendeur, se gardent bien de lui choisir un domicile différent de son domicile réel, puisqu'il n'en ont pas le droit.

Ces prémisses posées, un peu longuement peut être, revenons à la question : le procureur de la République peut-il en principe prendre pour les incapables un domicile d'élection ? Si les prémisses ont été un peu développées, la conclusion s'en dégage immédiatement : elle est nécessairement négative. Non, en principe, le procureur de la République ne peut pas élire domicile, d'abord parce que, pas plus que le conservateur des hypothèques, il ne doit rien ajouter aux actes qui lui sont signifiés ; il doit les prendre tels qu'ils sont, sauf pourtant cette différence que le conservateur des hypothèques trouvera toujours dans les actes qui lui sont remis, l'indication du domicile réel des créanciers, tandis que pareille indication ne ressortira pas de tous les actes dont la copie est notifiée au parquet. Il ne le peut pas encore parce que le faisant, il se constituerait en dehors des nécessités prévues par la loi le *negotiorum gestor* de l'incapable, il prendrait implicitement l'engagement de lui faire tenir, à lui ou à son représentant légal, les exploits qui seraient signifiés à ce domicile, qui, remarquons-le, devra toujours être à son parquet, car il ne pourrait, en élisant ce domicile chez un tiers quelconque, se décharger de ce soin¹. Il exposerait donc sa responsabilité ; or, il n'est personne qui ne convienne qu'une pareille conséquence est aussi incompatible avec son caractère que le serait le soin même de l'accomplissement de ce mandat, et il n'y aurait aucune dignité à assumer une responsabilité dépourvue de toute sanction, et à compromettre des intérêts regardés comme sacrés, aussi bien qu'à

¹ Il paraît que dans certains ressorts, notamment du Midi, le procureur place le domicile chez un avoué, qui peut être sans rapports d'affaires avec le bénéficiaire de l'inscription. Cette pratique nous semble plus défectueuse encore puisque la responsabilité de ces officiers ministériels ne pourra pas être engagée par suite d'un acte auquel ils n'auraient pas concouru.

se constituer sans raison, pour les sauvegarder, l'homme d'affaires des incapables.

A cette décision on ne manquera pas d'opposer l'article 2153 du Code civil qui porte que « les droits d'hypothèque purement légale seront inscrits sur la représentation de deux bordereaux contenant seulement : 1° les noms, prénoms, profession et domicile réel du créancier, *et le domicile qui sera par lui, ou pour lui, élu dans l'arrondissement,* » et la circulaire ministérielle du 2 mai 1859, où nous lisons ce qui suit : « En imposant au ministère public un devoir plus rigoureux, la loi n'a en rien modifié les dispositions de l'article 2153 du Code Napoléon relatives aux inscriptions d'hypothèques légales. Le procureur impérial continue donc à indiquer dans les bordereaux qu'il rédige les noms et le domicile réel de la femme du mineur ou de l'interdit dans l'intérêt duquel il requiert, les noms, prénoms, profession et domicile du débiteur;... il fait pour l'incapable une élection de domicile dans l'arrondissement, car les sommations de produire à l'ordre se font au domicile élu. »

Nous ne pensons pas que ces objections infirment en rien l'interprétation que nous proposons. Les considérations que nous avons fait valoir, après les meilleurs auteurs et une partie de la jurisprudence, à propos de l'article 2148 Code civil, ont toute leur valeur au regard de l'article 2153 qui n'en est qu'une application appropriée au cas spécial dont il s'occupe. Pas plus dans un cas que dans l'autre l'élection de domicile n'est substantielle. De plus, l'article 2153, en la prescrivant dans un lieu de l'arrondissement, semble bien plutôt viser l'hypothèse où le créancier est domicilié hors de l'arrondissement qu'il ne présente un sens absolu. Cette façon de l'interpréter nous paraît conforme aux principes que nous venons de développer, et nous hésitons d'autant mieux à l'adopter que nous verrons bientôt tout le danger qu'il y aurait à procéder autrement, danger que la loi de 1858 s'est proposé de conjurer. Si par un respect trop timoré de la lettre on répudiait notre explication de l'article 2153, nous répondrions que l'esprit entier de la loi de 1858 proteste contre la rigueur absolue de son texte et a implicitement abrogé la partie de ses dispositions qui répugne aux idées de protection pour les droits des incapables dont témoigne cette loi.

Nous en dirons autant de la circulaire ministérielle, qui en se référant à l'article 2153 n'est pas aussi absolue qu'elle le paraît; les mots, tout au moins, ont été plus loin que la pensée; nous n'en voulons d'autre preuve que le modèle de bordereau à inscrire qui accompagne cette circulaire. Nous y voyons qu'après l'indication du domicile réel du créancier cette formule ajoute : domicile élu, *en tant que de besoin*, chez.....¹. Si l'élection de domicile n'est qu'en tant que de besoin, c'est qu'elle n'est pas de rigueur et ne fait que suppléer le domicile réel pour le cas où il ne serait pas dans l'arrondissement. Cette mention ne tranche-t-elle pas le débat dans le sens que nous proposons?

Ainsi donc en principe le ministère public doit éviter de prendre pour l'incapable un domicile d'élection, et il n'y aura aucune bonne raison de décider autrement toutes les fois que l'incapable aura un domicile réel indiqué dans les actes signifiés au parquet, et que ce domicile sera dans l'arrondissement du bureau; mais ce même principe laisse place à des exceptions où l'article 2153 et la circulaire précitée trouveront leur application. C'est ce qui arrivera quand le domicile réel de l'incapable ne sera pas connu, ou lorsqu'il sera placé hors de l'arrondissement où se poursuit l'expropriation. Nul doute qu'il ne faudra assurer la signification des sommations de produire à l'ordre, et dans ce cas le domicile ne pourra être ailleurs qu'au parquet; mais alors ce sera moins comme conséquence de la règle de l'article 2153 qu'en exécution d'une prescription plus générale dont le § 1^{er} de cet article n'est qu'une émanation. Cette règle renouvelée, au moins dans son essence, de l'ordonnance de 1667, a été établie par l'article 69, § 8, qui porte que ceux qui n'ont aucun domicile connu en France sont assignés au lieu de leur résidence actuelle; que si le lieu n'est pas connu, l'exploit sera affiché à la principale porte de l'auditoire du tribunal où la demande est portée; une seconde copie sera donnée au procureur de la République, lequel visera l'original. C'est en effet au parquet que doivent être faites toutes les significations s'adressant à ceux qui n'ont ni domicile

¹ Cette formule est également donnée par MM. Chauveau et Glanville dans leur *Formulaire*, t. II, p. 49.

ni résidence connus en France, et en matière de saisie et d'ordre, nous avons vu que l'on assimile à ces personnes les créanciers qui ont négligé d'indiquer un domicile d'élection dans les cas où la loi prescrit cette mesure. Le § 8 de l'article 69 du Code de procédure et l'article 2153 du Code civil sont issus de la même préoccupation et répondent à des besoins identiques.

IV

Nous devons toutefois reconnaître que dans la pratique des parquets les choses ne se passent pas comme nous l'indiquons, et que les procureurs de la République ont adopté l'usage d'élire dans tous les cas un domicile à leur parquet ou ailleurs, même lorsque le domicile réel des incapables étant situé dans l'arrondissement, l'indication en suffirait pour assurer l'effet de la signification des sommations de produire. C'est contre cet usage que nous nous élevons parce qu'il est rempli de dangers ; mais comme il s'appuie sur une interprétation étroite, mais d'ailleurs plausible des textes, comme de plus nous venons de voir qu'il se présentera des cas assez nombreux où l'élection de domicile au parquet se justifiera, c'est-à-dire ceux où le domicile réel est en dehors de l'arrondissement ou tout à fait inconnu, nous devons aborder une autre face de la question et examiner les moyens de prévenir les effets dangereux qui résulteraient pour les incapables d'une élection de domicile au parquet¹.

Aux termes de l'article 753, les sommations de produire à l'ordre sont adressés au domicile élu ; c'est donc le procureur de la République qui recevra les copies destinées aux incapables dans l'intérêt desquels il a requis l'inscription. Mais qu'en adviendra-t-il ? Le procureur continuant son mandat légal, fera-t-il représenter les incapables à l'ordre ? Nul ne peut y songer. Mais que fera-t-il de la sommation de produire qui lui aura été remise ? La loi et la circulaire explicative ne lui imposent en aucune façon le devoir de transmettre aux intéressés les sommations de produire signifiées

¹ Nous ne nous occupons que de cette hypothèse pour simplifier, mais il est entendu que ce que nous en disons s'applique à toute autre personne qui ne pourrait de ce chef encourir aucune responsabilité.

à leur parquet. Sans doute, c'est pour eux une obligation morale de les leur faire parvenir, et ils agiront prudemment en les adressant par une des voies sûres dont ils disposent au domicile réel de ceux qu'elles concernent, toutes les fois que cela sera possible, et lorsque ces sommations ne pourraient parvenir à destination, il serait utile qu'elles fussent remises au juge-commissaire à l'ordre. Mais pourquoi tous ces circuits, toutes ces démarches imposées au ministère public ou à ses agents? Et d'ailleurs à qui devra-t-il lui-même transmettre les significations? C'est un point qui ne laissera pas quelquefois de l'embarrasser. Dans la plupart des cas il ne pourra connaître que le mari ou le tuteur dont l'intérêt est de ne pas y donner suite. En sorte que toutes ces précautions que l'on a prises pour faire inscrire l'hypothèque de l'incapable n'aboutiraient en réalité qu'à la rendre complètement sans effet.

Objectera-t-on qu'aux termes de l'article 696 du Code de procédure le créancier à hypothèque légale doit être sommé, au cours de la poursuite d'expropriation, de prendre son inscription, que cette sommation est faite au domicile réel et que si lui ou son représentant ne s'inscrivent pas, c'est qu'ils n'ont pas l'intention d'user de leur droit de préférence; que, dans ce cas, il importe peu que la sommation de produire soit faite à domicile réel ou élu? Est-il besoin de répondre à cette objection? Sans la critiquer dans le détail, ce que le lecteur a déjà fait, elle ne tendrait à rien moins qu'à annuler l'injonction faite au ministère public par le dernier alinéa de l'article 693 du Code de procédure civile. Il faut donc que l'inscription prise par lui en exécution de cet article produise tout son effet, ou bien il était complètement inutile, si même il n'était pas dangereux, de la requérir. Or dès l'instant que le rôle du procureur de la République se trouve accompli quand il a déféré à l'article 692, sans qu'il ait à faire produire à l'inscription tous les effets légaux, c'est donc qu'il appartient à un autre d'en assurer le bénéfice, c'est-à-dire au poursuivant l'ordre.

Trois cas peuvent se présenter :

1° Le domicile de l'incapable est inconnu; alors pas de difficulté : la sommation de produire signifiée au parquet sera suffisante.

2° Le domicile réel est hors l'arrondissement du bureau.

3° Le domicile réel étant dans l'arrondissement, le procureur de la République élit domicile à son parquet.

Dans ces deux dernières hypothèses, nous pensons que la sommation de produire remise au parquet n'a aucune utilité et devra être remplacée par une sommation à domicile réel ou que tout au moins celle-ci devra s'ajouter à la sommation au parquet, surtout dans la seconde hypothèse.

Et d'abord nous nous trouvons en présence du texte si précis de l'article 753 du Code de procédure civile : « Dans les huit jours de l'ouverture de l'ordre, sommation de produire est faite aux créanciers par acte signifié aux domiciles élus dans leurs inscriptions ou à celui de leurs avoués s'il y en a de constitués. » Notons pourtant un premier point sur lequel on est généralement d'accord et qui prouve que cet article n'est pas si absolu qu'il en a l'air : c'est que la sommation peut être valablement faite au domicile réel, quel que soit le créancier, au lieu de l'être au domicile d'élection. Mais il faut aller plus loin, car si l'adage : « la lettre tue, mais l'esprit vivifie, » a jamais été applicable, c'est bien en cette matière. Le but de l'élection de domicile étant de faciliter les significations aux créanciers inscrits et de les rendre plus promptes et moins coûteuses, la sommation de produire a pu paraître suffisante en ce qui concerne les créanciers majeurs et maîtres de leurs droits, parce que le domicile a été choisi par eux ou pour eux de leur aveu ; parce qu'il se trouvera fixé chez un mandataire, un officier ministériel, une personne enfin ayant toute leur confiance ; entre le créancier et le maître du domicile d'élection, c'est une question de responsabilité étrangère au saisissant ; le créancier ne s'en prendra qu'à lui s'il a choisi un représentant négligent, et d'ailleurs la responsabilité de celui-ci garantira suffisamment l'exécution du mandat. Mais telle n'est pas la situation respective de l'incapable et du ministère public : l'incapable n'est pour rien dans la fixation du domicile d'élection, et, au contraire, celui qui l'a déterminé n'encourt aucune responsabilité vis-à-vis de lui. Et l'on voudrait que dans une situation si différente, l'incapable fût exposé à une déchéance dont rien ne lui a révélé l'imminence !

De tout le système du Code de procédure, nous voyons

ressortir que la loi veut que les défendeurs soient touchés des significations qu'elle prescrit dans leur intérêt; ce n'est pas une vaine formalité que des équivalents puissent suppléer. Le requérant, ou plutôt l'huissier, son agent responsable, doit se livrer à toutes les recherches raisonnables pour que l'exploit arrive à son but, et la loi prend soin d'indiquer les mesures équipollentes à prendre dans le cas où le défendeur ne sera pas trouvé, ni personne qui puisse ou veuille recevoir l'acte pour lui. Cette règle ne doit pas plus être négligée en matière de sommation de produire que dans toute autre. Lorsqu'il s'agit de sommation tendant à purge légale, l'exploit doit être signifié à domicile réel de l'incapable ou de son représentant; cela est bien entendu puisqu'il n'y a pas encore de domicile élu; mais il ne suffirait pas de laisser l'exploit à ce domicile sans se préoccuper de savoir s'il a chance d'être remis à celui qu'il concerne. L'huissier manquerait à son devoir s'il laissait, par exemple, la copie au concierge, ou même au mari ou au tuteur. Il devra demander à parler à la femme, rechercher le subrogé tuteur, s'il y en a un. Quand c'est contre la femme mariée qu'il procède, une copie doit être remise au mari pour la validité, mais la copie de la femme doit être remise à elle-même ou à quelqu'un chargé de la lui faire tenir, autre que le mari; si elle a une habitation séparée, la commission du Corps législatif a fait rejeter, avec raison, l'obligation de lui remettre la copie parlant à sa personne, à cause de l'impossibilité où l'on se trouverait souvent d'y parvenir; mais il ressort de la discussion, que l'on a voulu que le possible fût tenté pour l'adresser à la femme.

Pourquoi donc toutes ces raisons cesseraient-elles d'avoir leur poids quand il s'agit de faire valoir les droits hypothécaires dans un ordre, alors que la situation est bien plus grave que lorsqu'il n'est question que d'inscrire une hypothèque; car, dans cette occurrence, le droit de l'incapable sera toujours sauvegardé par le ministère public, tandis qu'à l'ordre personne n'a un mandat légal d'agir pour l'incapable équivalent à celui de l'article 692 du Code de procédure civile? La femme mariée, le tuteur pour son pupille, ne peuvent donner mainlevée de l'hypothèque légale ou en consentir la restriction qu'en suivant certaines formalités très-gênantes. Et la loi aurait organisé elle-même au biais, un

moyen subreptice à l'aide duquel elle permettrait d'échapper toutes les mesures de protection qu'elle a jugées nécessaires ! C'est déjà bien assez que la foreclusion puisse atteindre les incapables quand eux ou leurs représentants auront été mis en demeure, que l'on puisse induire de leur silence ou de leur inaction une présomption de renonciation, et que l'on considère cette renonciation comme valable. L'intérêt certain du crédit a paru devoir l'emporter sur l'intérêt, toujours incertain, de l'incapable. Mais encore faut-il, pour qu'il soit possible d'en arriver là, que la présomption ait une base assurée, que l'on soit certain que l'incapable ou son représentant a au moins eu connaissance effective de la mise en demeure qui lui était destinée, pour que son silence ou son abstention puissent constituer une présomption de renonciation ; autrement, la connaissance de la mise en demeure ne résultant que par présomption de sa signification au parquet, on aurait une présomption basée sur une autre présomption, ce qui est contraire à tous les principes dont les articles 1349 et 1353 du Code civil sont l'expression ¹.

S'en remettra-t-on au représentant légal de l'incapable du soin de faire valoir ses droits, c'est-à-dire au mari ou au tuteur ? Mais il s'agit précisément de la distribution du prix de ses biens, et dans la circonstance leurs intérêts sont contraires. La femme majeure pourrait bien agir directement avec l'autorisation de son mari, ou, en cas de refus, avec celle de justice ; mais elle est sous l'influence du mari. Quant au mineur et à l'interdit, ils ont bien un protecteur indiqué pour ces circonstances spéciales, c'est le subrogé tuteur, mais il arrivera souvent qu'il n'y en aura pas de nommé. Mais là n'est pas la question, car ce n'est pas l'agent qui fait défaut, c'est le moyen de le faire agir qui est inefficace.

La discussion de la loi devant le Corps législatif a soulevé un incident dont on pourrait peut-être tirer argument contre notre opinion. On demandait que la loi prescrivit formellement la signification à personne de la femme de la dénoncia-

¹ Le Conseil d'État n'admettait cette présomption de renonciation *qu'après l'ordre*, comme l'énonçait M. de Parieu dans son explication que nous avons transcrit plus haut : « quant aux renonciations qui pourraient être faites ultérieurement, après l'ordre, la loi n'a pas à y intervenir, l'œuvre de protection des législateurs est accomplie. »

tion tendant à purge prescrite par l'article 692, et que, quant au subrogé tuteur, cette dénonciation n'eût lieu que *s'il y en a un*. Ces deux amendements ont été repoussés, quant à la femme, parce qu'ils seraient souvent d'une exécution impossible, et quant au subrogé tuteur, parce que tout en reconnaissant qu'en fait il arrive fréquemment, dans les tutelles légales surtout, qu'il n'existe pas de subrogé tuteur nommé, ce qui laisse le mineur ou l'interdit sans défenseur en cas d'opposition d'intérêts avec son tuteur, il n'y avait cependant pas lieu de se préoccuper de cette circonstance. M. Guyard-Delalain, président de la commission du Corps législatif, ayant demandé aux commissaires du Gouvernement d'expliquer les motifs de ce rejet, M. de Parien répondit que « c'était là une question de détail qui ne pouvait trouver place dans le texte de la loi; elle est du ressort de la jurisprudence. Le Conseil d'État a cru devoir rester dans les termes du Code civil, régler ce qui était général et réserver les détails. Mais au fond, en ce qui concerne le subrogé tuteur et les héritiers des incapables, la pensée des commissaires du Gouvernement est la même que celle de la commission; ils sont d'avis qu'il n'est pas nécessaire d'instituer un subrogé tuteur lorsqu'il n'en existe pas, ni de rechercher les héritiers au delà du domicile de l'incapable décédé¹. » Faudrait-il, par analogie, induire de là qu'il était dans la pensée des législateurs de s'en tenir aux mesures prescrites sans avoir égard aux situations particulières de quelques incapables? Faudrait-il surtout en conclure que le Conseil d'État, après avoir exigé la manifestation de l'hypothèque légale, ait aussitôt abandonné ceux qu'elle concerne, cédant ainsi aux observations de quelques députés sur l'inutilité que, selon eux, présentait, dans bien des cas, cette hypothèque? Nous ne pensons pas que telle fût leur pensée, car, outre qu'il s'agit uniquement ici de la mise en demeure tendant à inscrire l'hypothèque légale, l'intérêt de l'incapable se trouvait d'ailleurs suffisamment garanti par l'injonction faite au ministère public de la requérir, sans qu'il y eût nécessité de prévoir législativement les mesures d'application nécessaires pour que les incapables ou leurs représentants remplissent de leur côté la même formalité.

¹ *Moniteur* du 14 avril 1858.

La véritable pensée du Conseil d'État, celle qu'il a fait prévaloir au Corps législatif lors de la discussion de la loi à propos de tous les amendements qui étaient proposés pour rendre la loi plus explicite, est celle que formulait M. de Parieu dans le passage cité plus haut. C'est qu'on n'avait qu'à régler ce qui était général et réserver les détails à la pratique et à la jurisprudence. C'eût été sortir du rôle de législateur que de porter la préoccupation pour les intérêts des incapables jusqu'à réglementer l'application de la loi. Voici une autre preuve à la fois de cette préoccupation et des sentiments qui l'ont fait surmonter. Nous rentrons ici dans le vif de la question, car c'est à propos de l'article 753 que s'est produit l'incident dont il nous reste à parler. Le projet de loi proposait une double sommation de produire aux incapables, l'une par le poursuivant l'ordre, l'autre par l'adjudicataire : « Par un surcroît de garantie, dit l'exposé des motifs, qui devra imposer silence à la critique, l'adjudicataire va être chargé d'ajouter la sommation de produire à celle que doit faire le poursuivant à la femme du saisi, aux femmes des précédents propriétaires, au subrogé tuteur des mineurs et interdits, aux mineurs devenus majeurs, et copie en est notifiée au procureur impérial. — On peut dire après cette dernière précaution, rapprochée du droit de préférence à exercer sur le prix, même en l'absence d'inscription, que jamais hypothèque légale n'aura été mieux protégée. »

En effet, c'était un véritable luxe de précautions : mais cette dernière sommation était, dit le rapporteur de la loi au Corps législatif, une rançon payée à l'opinion des contradicteurs de la mesure qui confère la purge au poursuivant la saisie. La commission a trouvé la rançon trop chère, et elle a proposé purement et simplement l'élimination de l'alinéa relatif à ces sommations exigées de l'adjudicataire, en se fondant avec raison sur ce que cette obligation était sans sanction en ce qui le concerne, et qu'elle occasionnerait d'ailleurs souvent des frais considérables lorsqu'il se trouvera plusieurs adjudicataires ayant chacun de leur côté à faire une sommation à un nombre plus ou moins grand de femmes ou de pupilles de précédents propriétaires. Il était plus sage de s'en tenir aux hypothèques légales existant du chef du saisi seulement.

Ces deux incidents font ressortir, pour ce qui touche notre sujet, deux tendances opposées, l'une du Conseil d'État à prescrire les plus méticuleuses garanties; l'autre, de la commission, à considérer l'hypothèque légale comme à peu près inutile: le premier protégeant à outrance les incapables, la seconde défendant le crédit et la facile transmission des biens contre des manifestations d'hypothèques légales sans utilité effective pour ceux qu'elles concernent, et propres seulement à paralyser la libération des capitaux engagés dans des placements immobiliers. Un rapprochement s'effectua et le Conseil d'État renonça à un formalisme évidemment exagéré, mais en maintenant son principe.

Ainsi, quant aux incapables, au lieu de deux sommations de produire qui se trouvaient dans le projet de loi, dont l'une seulement peut être efficace, il n'en est plus resté dans la rédaction définitive qu'une seule, tout à fait insuffisante si l'on s'en tenait à la lettre. Mais, pour bien saisir l'intention des législateurs, il ne faut pas perdre de vue les motifs qui firent retirer la première; ce qui a été abandonné par le Conseil d'État, c'est moins la sommation à domicile réel que la sommation vraiment surrogatoire à faire par l'adjudicataire que l'on impliquait activement dans la poursuite d'ordre sans utilité et sans garantie; car pour ce qui est de la sommation au parquet, la commission ne se faisait pas illusion sur son inutilité; c'est encore M. Riché, son rapporteur, qui nous le dit à propos de la sommation par l'adjudicataire: « Et cette copie au procureur impérial, pourquoi? Il n'a pas d'inscription à requérir! Croit-on qu'il écrira souvent aux femmes ou aux subrogés tuteurs épars dans son arrondissement? » Peut-on croire après cela que, dans la pensée de ceux qui ont préparé, étudié, discuté et voté l'ensemble de la loi, la sommation de produire adressée à domicile élu au parquet ait été considérée comme répondant à leur vœu et sauvegardant les intérêts qu'ils avaient en vue? Il n'y a, du reste, eu aucune discussion au Corps législatif au sujet de l'article 753, qui est, quant aux créanciers inscrits, la reproduction pure et simple de l'ancien article, ce qui prouve que l'on a entendu rester dans les généralités.

Mais ce qui achèvera de nous faire comprendre que cette idée de la sommation au domicile réel était bien, en prin-

cipe, celle du Conseil d'État et du Corps législatif, c'est qu'on y revient en matière d'attribution de prix lorsqu'il y a moins de quatre créanciers inscrits; la distribution du prix est alors réglée par le tribunal, jugeant, comme en matière sommaire, sur assignation signifiée à personne ou domicile, porte l'article 773. Des auteurs ont pensé que, nonobstant cette disposition, on pourrait encore, comme cela se pratiquait sous l'empire du Code de 1806, assigner les créanciers inscrits à leurs domiciles élus en conformité des articles 111, 2148, 2156 du Code civil (Ollivier et Mourlon, n° 530). Mais on décide généralement que les termes de l'article 773 sont trop formels pour autoriser ce mode de procéder. On a expliqué cette différence entre les délais impartis par les articles 753 et 773 à l'effet de se présenter à la répartition, par cette raison que, dans l'ordre, on a quarante jours pour produire, tandis que le délai de l'assignation devant le tribunal est seulement de huitaine et ne suffirait pas pour avertir les créanciers et les mettre en état d'y défendre si l'exploit était signifié à leur domicile élu. Cette raison ne nous paraît guère acceptable; car si la loi, malgré son désir d'abrégier les délais, a cru devoir accorder aux créanciers, dans l'article 753, quarante jours au lieu de trente que donnait l'ancien Code de procédure, c'est que ce délai a paru nécessaire pour préparer les productions; sinon il eût été beaucoup plus simple de prescrire aussi dans ce cas la signification à domicile réel, et l'on eût, dans la plupart des cas, gagné plusieurs jours; car ce n'est que très-exceptionnellement que l'on rencontrera la nécessité d'observer des délais de distance équivalant aux trente-deux jours formant l'excédant entre le délai de huit jours de l'ajournement de droit commun et les quarante jours accordés par l'article 753 du Code de procédure. Il faut avouer, du reste, qu'il est assez difficile de s'expliquer pourquoi dix jours suffisent quand il s'agit d'ordre amiable (art. 751), tandis qu'il en faut quarante quand l'ordre est judiciaire, alors que le créancier a déjà été averti par ce préliminaire de conciliation ¹.

¹ Ce ne sont pas, du reste, les seules anomalies que présente l'attribution de prix comparée à l'ordre judiciaire; il y a encore des différences quant au délai d'appel, les conclusions du ministère public exigées en appel et

V

La jurisprudence a été appelée à donner son avis sur la question qui nous occupe, et elle l'a tranchée contrairement à l'opinion que nous émettons. Mais les considérations que nous avons fait valoir sont tellement puissantes qu'elles s'imposent malgré tout, et que cette jurisprudence, tout en déclarant que les termes de l'article 753 sont absolus, arrive en définitive à un résultat analogue par des moyens détournés. C'est ce qu'a fait la Cour d'Aix dans un arrêt du 28 janvier 1871, le seul explicite sur la question que j'aie découvert. Le tribunal de Forcalquier avait statué en ces termes par jugement du 10 septembre 1870 :

« Attendu que... l'épouse du sieur J. a formé contre le règlement provisoire de l'ordre des contredits pouvant se ramener aux suivants : 1° le délai de quarante jours, imparti par l'article 748 du Code de procédure, n'est pas un délai fixe qui ne puisse être augmenté à raison des distances entre le domicile réel de la femme et celui de l'ouverture de l'ordre; 2° la sommation de produire n'est pas valablement faite pour la femme au parquet du procureur de la République, qui a pris au nom de celle-ci une inscription d'office sur les biens du mari; 3° enfin l'autorisation du mari ou de justice devait être obtenue par la femme pour figurer à l'ordre, et, à défaut par celle-ci de l'avoir demandée, c'était au poursuivant qu'incombait le devoir de provoquer cette autorisation;

« Attendu, *quant au délai*, qu'il faut reconnaître que, la loi de 1858 ayant surtout pour but d'apporter la célérité dans la marche des procédures d'ordre, et ayant accordé pour la production dix jours de plus que la loi ancienne, on doit décider en principe que ce délai ne saurait être augmenté vis-à-vis des créanciers assujettis à l'inscription de leurs créances, la loi voulant qu'ils soient sommés au domicile par eux élu dans leur inscription, et ce domicile tenant lieu pour eux du domicile réel; mais qu'il doit en être autrement

qui ne le sont pas en première instance; preuve que tout n'a pas été bien mûrement réfléchi dans cette loi et qu'il faut s'attacher plus à son esprit qu'à son texte quand il en résulte un avantage pour les intéressés.

toutes les fois où, comme dans l'espèce actuelle, il s'agit d'un créancier hypothécaire dispensé d'inscription, qui ne s'est point inscrit et n'a, par conséquent, fait aucune élection de domicile; que, dans ce cas, il est de toute justice que le délai imparti à la femme pour produire soit augmenté en raison de la distance existant entre son domicile réel et celui où la production doit se faire;

« Attendu, *quant à la sommation de produire*, que, par application des principes ci-dessus exposés, il faut décider qu'elle doit être faite au domicile réel de la femme, et qu'on ne peut sommer valablement celle-ci au parquet du procureur de la République; qu'en effet le procureur de la République, lorsqu'il prend inscription au nom de la femme, fait un acte purement conservatoire, qui ne sera suivi pour lui d'aucune immixtion dans les actes ayant pour but de réaliser l'hypothèque légale; que c'est à la femme seule qu'il appartient de comparaître à l'ordre et d'y défendre ses intérêts; que dès lors on comprend combien il serait préjudiciable aux intérêts de celle-ci que la sommation, en ce qui la concerne, ne dût pas la toucher; qu'il arrivera le plus souvent que le procureur de la République, ne connaissant pas le domicile de la femme, ne lui adressera pas la sommation qu'il aura reçue en son nom, et que des intérêts que la loi a voulu protéger d'une façon toute spéciale seront ainsi sacrifiés; que, par des considérations analogues, il y a lieu de placer la femme sur un pied d'égalité avec le vendeur de l'immeuble, qui doit, par une faveur spéciale de la loi, être sommé à son domicile réel;

« Attendu, *quant au troisième chef*, que, pour figurer dans une instance judiciaire, la femme, même séparée de biens doit toujours être autorisée de son mari ou de justice; que, si l'on peut soutenir que l'ordre amiable ne constitue pas une instance dans le sens rigoureux des termes, il ne saurait en être ainsi lorsque, la tentative de conciliation ayant échoué, l'ordre judiciaire a été ouvert; que, pour y paraître et y défendre ses droits, la femme devait être autorisée; qu'à défaut d'une demande d'autorisation de la part de la femme, c'était au poursuivant de provoquer cette autorisation, à peine de nullité de la procédure; que dès lors que cette formalité n'a pas été remplie (car on ne saurait considérer la

sommation faite au mari en sa qualité de débiteur saisi comme une mise en demeure d'autoriser sa femme), le défaut d'autorisation peut être opposé par la femme au poursuivant;

« Le tribunal, accueillant les contredits formés au nom de l'épouse J. contre le règlement provisoire de l'ordre ouvert sur les biens du sieur J., son mari, et autorisant, en tant que de besoin, ladite femme à ester en jugement, réforme ledit règlement provisoire; dit que c'est à tort encore que le poursuivant n'a pas provoqué l'autorisation de cette femme, et annule la procédure d'ordre suivie, etc. »

« Sur l'appel, la Cour : En ce qui concerne la validité de la sommation : — Attendu qu'il résulte du texte de l'article 753 du Code de procédure, de la discussion à laquelle son adoption a donné lieu, et du but que se proposait d'atteindre le législateur de 1838, que, même dans le cas où l'hypothèque légale existant en faveur de la femme mariée a été inscrite à la requête du ministère public avec élection de domicile au parquet, c'est à ce domicile que la sommation doit être faite ;

« Quant au délai pour produire à l'ordre : — Attendu que l'article 754 du Code de procédure est formel et absolu ; qu'il accorde à tout créancier indistinctement un délai de quarante jours ; que ce délai ne saurait être susceptible d'une augmentation à raison des distances en faveur de la femme dont l'hypothèque a été inscrite à la requête du ministère public avec élection de domicile en son parquet ; que, dès lors, les premiers juges ont fait une fausse application des articles 753 et 754 du Code de procédure civile ;

« Mais, en ce qui concerne le défaut d'autorisation matrimoniale, adoptant les motifs des premiers juges ; — Confirmé, etc. »

Il nous paraît difficile d'accepter la doctrine de cet arrêt sur le premier et le troisième moyen qui ont déterminé la Cour.

Et d'abord, quant à ce qui concerne l'article 753, c'est sans doute par erreur que la Cour vise la discussion à laquelle il a donné lieu, puisqu'il a été adopté sans aucune discussion¹

¹ « L'article 751 est adopté, ainsi que les articles suivants, jusques et y compris l'article 760. » (*Moniteur* du 15 avril 1838.)

au Corps législatif. A la vérité, comme nous l'avons vu, la commission a obtenu du Conseil d'État la suppression de la disposition du projet de loi relative à la seconde sommation de produire imposée à l'adjudicataire; mais nous avons discuté ce point et nous avons constaté que rien dans le rapport de M. Riché n'autorise à supposer que la pensée du Conseil d'État et de la commission fût, comme le dit l'arrêt, que même dans le cas où l'hypothèque légale a été inscrite par le ministère public avec élection de domicile au parquet, c'est à ce domicile élu que la sommation doit être faite. Bien loin de là, c'est la pensée contraire qui en résulterait, puisque la commission, pour faire rejeter la seconde sommation imposée à l'adjudicataire avec dénonciation au parquet, s'est fondée précisément sur l'inanité de cette dénonciation. Nous nous rappelons les paroles bien péremptoires de M. Riché : « Et cette copie au procureur impérial, pourquoi? Croit-on qu'il écrira souvent aux femmes et aux subrogés tuteurs épars dans son arrondissement? »

Quant au troisième moyen, la pensée du tribunal et de la Cour n'apparaît pas bien nette. Il semble que, dans l'espèce, la sommation de produire avait été adressée à la femme seule, sans mention du mari pour la validité, et que si une signification avait été faite au mari, ce n'était qu'en sa qualité de saisi. Dans cette hypothèse la sommation de produire était incomplète, irrégulière, et pouvait être déclarée nulle; si c'est dans ce sens que le tribunal et l'arrêt ont décidé qu'à défaut d'une demande d'autorisation de la part de la femme, c'est au poursuivant à provoquer cette autorisation, les décisions sur ce point repoussent toute critique. Mais il semble bien qu'elles ont voulu aller plus loin et prescrire au poursuivant l'obligation de faire habiliter la femme avant toute chose; théorie qui ne saurait être admise, car on est à peu près unanime à reconnaître que, quand la femme est défenderesse, il suffit de mettre en cause le mari pour provoquer de sa part une autorisation qui, dans le cas où il s'abstient, serait suppléée par celle de justice; quoi qu'il en soit, on ne pourrait admettre ce considérant que la femme, même séparée de biens, ne peut s'inscrire à l'ordre sans une autorisation préalable. La solution contraire ne paraît souffrir aucune difficulté, car la production à l'ordre est une mesure con-

servatoire. (V. Chauveau, *Proc. de l'ordre*, quest. 2555, nov. — Olivier et Mourlon, *Comment. de la loi du 21 mai 1858*, n° 376. — Audier, *Code des distr.* sur l'art. 733.) Et de même qu'il est constant qu'elle peut requérir seule l'inscription de son hypothèque légale, de même elle peut se présenter à l'ordre pour requérir sa collocation, et à défaut de son mari de l'assister, elle serait en tant que de besoin habilitée par le juge-commissaire. Il faudrait en dire autant du mineur ou de l'interdit, et à plus forte raison des prodigues (art. 2139 C. civ.).

Mais ce second point est en dehors de la question qui fait l'objet de cette étude, et il nous suffirait de faire ressortir combien, en ce qui la concerne, a peu de force l'argument du seul arrêt qui existe en présence des motifs des premiers juges et des considérations que nous avons développées ici. Telle est aussi l'opinion qu'émet incidemment M. Audier sur ce point délicat (*J. des av.*, 1865, p. 241).

VI

Nous avons démontré : 1° que le législateur, dans la loi du 21 mai 1858, a voulu protéger par tous les moyens les incapables et leur assurer la faculté de faire valoir leurs droits;

2° Que, dans ce but, il a édicté l'inscription d'office de leur hypothèque par le ministère public;

3° Que l'élection d'un domicile n'est pas substantielle, surtout dans cette inscription d'office; qu'elle est même dans certains cas contraire à l'esprit de la loi; qu'en conséquence le procureur de la République ne doit élire de domicile pour les incapables qu'autant que leur domicile réel n'assurerait pas le moyen de faire parvenir la sommation de produire entre les mains de l'incapable ou de son représentant,

4° Qu'au contraire l'éllection de domicile au parquet neutraliserait l'effet de l'inscription que le législateur a voulu forcer de se manifester dans tous les cas.

Nous en avons conclu : 1° que, pour ne pas fourvoyer la sommation de produire, le ministère public ne doit pas élire de domicile quand elle pourra plus sûrement parvenir au domicile réel;

2° Que, dans le cas où cette éllection de domicile ne pour-

rait pas être évitée, comme dans celui où elle aurait été indûment indiquée, il faudrait suppléer à ce qu'elle présente de défectueux comme mise en demeure pour l'exécution sérieuse de l'article 753 du Code de procédure civile, par une sommation de produire faite à personne ou domicile suivant les règles du droit commun (art. 69 C. pr. civ.).

En adoptant cette solution, nous n'avons pas heurté le texte de l'article 753, mais nous avons suppléé par une interprétation qui est dans son esprit à l'insuffisance de son texte. Il ne s'agit, dans tous les cas, que d'une application de détail. La pratique a souvent à combler les lacunes de la loi, et c'est à la jurisprudence à en consacrer les usages. C'était ici utile plus que jamais. Les législateurs ne se sont pas dissimulé que bien des points de détail resteraient à résoudre, et pour que le silence de la loi ne pût servir de prétexte à une interprétation exclusive, le commissaire du gouvernement, les orateurs eux-mêmes qui ont pris part à la discussion en ont fait plusieurs fois la remarque. La nouvelle loi cependant avait cru devoir résoudre plusieurs difficultés de doctrine et de jurisprudence que présentait l'ancienne; des amendements ont été proposés pour en prévenir d'autres; ils ont pourtant été écartés, non pas que l'on en repoussât l'esprit, mais parce que l'on a reconnu avec raison qu'il fallait laisser à la pratique et à la jurisprudence le soin de régler ces détails. Nous pensons que tel est le sort de la question que nous avons examinée.

E. DRAMARD.

QUELQUES MOTS

SUR L'ORGANISATION DU MOUVEMENT PROGRESSIF DE LA SCIENCE

EN FAVEUR

DE LA CODIFICATION DU DROIT DES GENS

ET DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL.

Par M. Ch. Lucas, membre de l'Institut de France.

Nous avons indiqué, dans nos deux mémoires lus à l'Académie des sciences morales et politiques, qu'on ne pouvait