

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT

**LE NANTISSEMENT
DES
CÉDULES HYPOTHÉCAIRES
DU PROPRIÉTAIRE**

THÈSE

*présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
pour l'obtention du grade de Docteur en droit*

PAR

GILBERT PAYOT
de Cernier
Licencié en droit

LIBRAIRIE PAYOT & C^{HE}
LAUSANNE - GENÈVE - NEUCHÂTEL
VEVEY - MONTEBUX - BERNE - BALE

1934

Tous droits réservés

LE NANTISSEMENT
DES
CÉDULES HYPOTHÉCAIRES
DU PROPRIÉTAIRE

La Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel autorise la publication de la présente thèse ; elle ne donne ni approbation ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel (Suisse), le 7 juillet 1934.

Le Doyen de la Faculté de Droit :

MECKENSTOCK.

INTRODUCTION

Pour nos cantons romands, le Code civil suisse a apporté deux innovations capitales en substituant au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, le système de la case fixe et en autorisant la création de titres hypothécaires abstraits.

I

Le principe de la case fixe.

Les législations des cantons romands considéraient, jusqu'à l'introduction du Code civil suisse, le gage immobilier comme un droit indivisible s'étendant à la totalité de l'immeuble. C'était la conception du droit commun.

Dans ce système, les créanciers hypothécaires n'étaient pas garantis par une part déterminée et fixe de la valeur de l'immeuble, mais bien par la totalité de cette valeur. Lorsque l'immeuble était grevé de plusieurs droits de gage, il s'établissait nécessairement un ordre entre les créanciers. La date d'inscription des créances déterminait

cet ordre. Les droits de gage antérieurs étaient satisfaits avant les droits de gage postérieurs. Mais chaque créancier gagiste étant garanti par la valeur totale de l'immeuble, et non par une part déterminée, les gages postérieurs avançaient en rang et prenaient la place des gages antérieurs éteints. La constitution d'un droit de gage en rang postérieur ne pouvait résulter que de l'existence d'hypothèques antérieures.

Par contre, dans le système des cases fixes, institué par le Code civil, la garantie fournie par le gage est attachée à la case hypothécaire que lui assigne l'inscription.

Le créancier gagiste est garanti par une tranche de valeur de l'immeuble déterminée d'avance et invariable.

Il en résulte que l'extinction d'un droit de gage antérieur ne fait pas avancer le créancier gagiste postérieur en rang, mais qu'il se forme une case libre en lieu et place du droit de gage éteint — c'est-à-dire qu'une tranche de valeur de l'immeuble revient au propriétaire — qui pourra en disposer à son gré, sans le consentement des créanciers postérieurs en rang. ¹

La date de l'inscription est ici sans influence sur le rang des créances hypothécaires. La fixation de ce rang est entièrement soumise à la volonté des parties, en ce sens que le propriétaire peut constituer un gage immobilier en deuxième ou troisième rang ou en un rang quelconque, même s'il n'existe pas de gages antérieurs. Il suffira au propriétaire en constituant ce droit de gage, de

¹ L'art. 815 *ces.*, d'ailleurs arbitraire, est en contradiction manifeste avec ce système.

faire inscrire au registre foncier pour un montant déterminé une ou plusieurs cases libres en rang antérieur qu'il pourra attribuer ainsi à de nouveaux créanciers pour les faire bénéficier de droits de gage préférables à celui du créancier précédemment inscrit (C. C. S. 813).

II

Les titres hypothécaires abstraits.

Sous l'empire de nos droits cantonaux romands, et en particulier du droit neuchâtelois, l'hypothèque naissait avec la créance qu'elle était destinée à garantir et s'éteignait avec elle. Elle était causale. Chaque nouvel emploi de la garantie immobilière nécessitait l'inscription au registre foncier d'un gage immobilier nouveau. De plus, l'hypothèque était exclusivement nominative. Toute cession d'un titre garanti par hypothèque, devait être faite par acte authentique.

Le Code civil suisse a cherché à rendre plus mobile le système hypothécaire pour répondre aux besoins commerciaux des temps modernes.

Pour cela il a consacré trois espèces de gages immobiliers : l'hypothèque, la cédule hypothécaire et la lettre de rente.

La cédule hypothécaire est composée de deux éléments : l'élément créance et l'élément garantie immobilière. C'est un titre où s'amalgament une créance personnelle et le gage immobilier qui la garantit.

Le titre de la cédule est le véhicule nécessaire du droit

qu'il constate, mais c'est la remise du titre qui opère le transfert de la créance. Le transfert doit, d'ailleurs, y être annoté et le nom de l'acquéreur précisé, s'il s'agit de titres nominatifs (869 C. C. S.).

La cédula hypothécaire du Code civil suisse est donc un titre abstrait, sans histoire, comme un billet de banque.

* * *

En application de ces innovations, le législateur du C. C. S. a autorisé la création de titres hypothécaires au porteur ou au nom du propriétaire de l'immeuble grevé (art. 859 C. C. S.).

Selon le système actuel de notre droit, il est donc possible à un propriétaire de posséder une cédula hypothécaire sur son propre immeuble, et la question se pose de savoir quels sont les droits ou les pouvoirs que confère ce titre au propriétaire et quelle est la construction juridique de ce que la doctrine appelle « l'hypothèque du propriétaire ».

La doctrine et la jurisprudence sont partagées en deux camps. Le point névralgique de cette controverse est le problème du nantissement des cédulas hypothécaires du propriétaire. Le propriétaire qui a en sa possession des cédulas sur son propre immeuble, peut en disposer de différentes manières.

L'usage normal, ce serait naturellement de remettre la cédula à un tiers qui lui en a payé la valeur et qui devient son créancier en devenant propriétaire du titre. Mais souvent le propriétaire de l'immeuble et de la cédula, au lieu d'aliéner celle-ci, la remet en gage pour garantir

un prêt qui lui est fait, et la question se pose de savoir quelle est la portée de cette opération, et quel en est l'objet.

Pour le Tribunal fédéral, le droit de gage du créancier nanti est un gage *mobilier* qui porte sur la créance même, incorporée dans la cédule et non pas un gage immobilier frappant directement l'immeuble. Telle est aussi l'opinion dominante en Suisse allemande.

Le Tribunal cantonal neuchâtelois et certains auteurs ont répudié cette conception du nantissement des cédules hypothécaires et les conséquences désastreuses qu'elle peut avoir pour le propriétaire. Ils prétendent que ce nantissement ne peut avoir pour effet que d'installer la créance ainsi garantie dans la case hypothécaire même créée par l'inscription de la cédule au registre foncier, c'est-à-dire de la mettre au bénéfice d'un gage purement immobilier.

Nous nous proposons d'exposer dans les chapitres suivants la jurisprudence et la doctrine suisse. Puis nous chercherons à poser le problème sur le terrain de la simple logique.

Pour nous, un droit de gage mobilier sur les titres du propriétaire est une impossibilité juridique et logique.

JURISPRUDENCE FÉDÉRALE

Le Tribunal fédéral a été appelé à se prononcer dans une série d'arrêts sur les questions que soulève le nantissement des cédules hypothécaires du propriétaire.

Nous nous proposons d'étudier cette jurisprudence et de montrer quelle a été l'argumentation du Tribunal fédéral dans les arrêts de principe où il a admis la possibilité d'un semblable nantissement.

Nous indiquerons les arrêts rendus par le Tribunal fédéral selon l'ordre chronologique, parce que l'insécurité de la conception du Tribunal fédéral est plus visible de cette manière.

Parmi les arrêts qui suivent, il s'en trouve quelques-uns qui ne sont intéressants que par leur exposé de fait. Ils sont les témoins du résultat désastreux de la pratique du nantissement des cédules hypothécaires du propriétaire.

I. ARRÊT HOLES SEGESSER CONTRE S. A. HOTEL RIGI KALTBAD, A. T. F. 25. II. 909, J. T. 1900, 545.

Dans cet arrêt, la situation litigieuse est celle-ci :

La société anonyme avait contracté un emprunt par obligations d'environ Fr. 1 080 000,—.

Cet emprunt était garanti pour son montant intégral par le nantissement de Gülten du droit lucernois (c'est-à-dire de gages immobiliers avec responsabilité personnelle du débiteur) grevant l'hôtel et le terrain en dépendant.

Lors de la faillite les Gülten sont acquises par la société formée par les obligataires pour le 50 % de leur valeur nominale ; d'où insuffisance de gage d'environ Fr. 510 000,—. Puis, vente de l'immeuble que les nouveaux porteurs acquièrent pour Fr. 804 000,—. Nouvelle insuffisance de gage de Fr. 276,000,—. La société des obligataires prétendait être colloquée en cinquième classe pour le total de ces insuffisances. Le Tribunal fédéral ne l'a pas admis.

Mais, si la faillite n'était pas survenue, le créancier aurait eu droit aux deux insuffisances de gage successives.

Il eût donc obtenu :

1) immeuble	Fr.	804 000,—
2) insuffisance totale	»	786 000,—
ensemble	Fr.	1 590 000,—
pour une créance de	»	1 080 000,—
différence	Fr.	510 000,—

Si donc l'actif restant au débiteur avait suffi à couvrir les insuffisances de gage, le créancier eût fait un bénéfice de Fr. 510 000,— !!

Si, par cõntre, l'actif du débiteur n'avait couvert que le 50 % des avances, le bénéfice du créancier eût encore été de Fr. 117 000,—.

2. ARRÊT HÖBLER CONTRE OFFICE DU MITTELLAND,
A. T. F. 38. I. 667. J. T. 13. L. P. 2.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral énonce :

« L'objet du gage, c'est la créance hypothécaire que le failli a constituée par le fait qu'il a remis le titre de gage en nantissement à la créancière. Le rapport de droit ne peut pas être envisagé autrement, si, en principe, l'engagement est considéré comme licite » ... alors qu'il dit plus loin :

« Par le nantissement du titre la créancière nantie n'a acquis aucune prétention à la contrevaletur de la créance hypothécaire. »

Les considérants 3 et 4 de cet arrêt tendent à justifier la disposition de l'article 76 Ord. Faill. « qui a pour but de remédier à un état de choses défectueux », avoue le Tribunal fédéral.

3. ARRÊT ALLGEMEINE GEWERBEKASSE KLOTEN CONTRE
KESSELRING, A. T. F. 38. II. 156. J. T. 14. 206.

Cet arrêt, s'il ne parle pas de nantissement de cédule hypothécaire, n'est pas moins important pour l'examen de cette question.

Il s'agit en effet d'un prêt consenti à une banque qui le garantit par le nantissement d'un paquet de ses propres obligations, qu'elle n'avait pas pu placer dans le public.

Le Tribunal fédéral a admis la validité d'un semblable nantissement.

Ceci revient à dire qu'un débiteur peut garantir son créancier au moyen d'un titre au porteur dont il est lui-même le débiteur.

La thèse de la défenderesse au procès consistait à dire : La loi se place sur le terrain de la tradition ou de la remise du gage. Pour qu'il y ait gage, il faut la tradition en propriété. Avant cette tradition, aucune créance n'existe.

Le Tribunal fédéral répond :

« Le Code ne se place-t-il pas plutôt sur le terrain de la théorie de la création ?

» La théorie de l'émission n'a d'ailleurs pas d'autre but que d'empêcher la naissance du droit contre la volonté de celui qui constitue le gage. Le constituant qui remet le titre ne constitue pas un gage contre sa volonté.

» La théorie de l'émission n'empêche pas la mise en gage d'une créance future.

» Que le droit incorporé dans la créance naisse lors de la création du titre, dans la personne du créancier gagiste, ou lors de la réalisation du gage, le résultat pratique est toujours le même, à savoir : que ce n'est que celui qui acquiert le titre qui peut faire valoir la créance et que le créancier gagiste est toujours en mesure de demander la réalisation du titre qu'il a en mains.

» Il est indifférent que le titre ait été mis ou non en circulation. S'il a été émis et qu'il soit revenu en mains du propriétaire, il y aurait à nouveau extinction de la dette par confusion.

» L'impossibilité de nantissement basé sur l'inexistence de la créance du fait de la confusion aurait pour conséquence d'é luder complètement la protection accordée par la loi (714. 2. 884.2. 933, 935 C. C. S.) à l'acquéreur de bonne foi. Il est inadmissible que celui qui acquiert le titre en toute bonne foi et en vertu d'un droit incontestable

s'entende objecter par le débiteur que l'obligation constatée par le titre est en réalité inexistante parce qu'il n'y a pas eu en son temps de véritable tradition, mais seulement un acte de nantissement. »

Le Tribunal fédéral a cependant admis cette objection dans l'arrêt *Neue Zürcher Kreditgenossenschaft* contre *Wey*. A. T. F. 42.II.454. J. T. 17. 450.

4. ARRÊT SCHUDEL. A. T. F. 38.1. 712.

Il s'agit d'une convention passée entre un créancier hypothécaire postérieur et un créancier nanti d'une cédula hypothécaire du propriétaire destinée à modifier leur rang.

Le Tribunal fédéral décide dans cet arrêt qu'une semblable convention ne produit pas une modification du rang des créanciers.

Une telle modification ne pourrait être obtenue que par convention passée avec le propriétaire du fonds qui est en même temps créancier et débiteur de l'hypothèque. « Un gage mobilier sur une cédula hypothécaire du propriétaire est un gage qui a pour objet *une créance*. »

5. ARRÊT TEFFNER CONTRE OFFICE DES FAILLITES DE
LUCERNE. A. T. F. 40. III. 81. J. T. 14. L. P. 130.

Selon cet arrêt, un créancier ne peut exiger que l'enchère soit ajournée jusqu'à solution de l'action en modification de l'état de collocation introduite contre l'admission de la production d'un créancier nanti de *Gülten*.

Pour le Tribunal fédéral, la collocation du gage mobilier ne serait nécessaire que si la dette résultant du gage liait l'acquéreur. Des créances données en gage pour lesquelles,

selon l'article 76 Ord. Faill., les conditions d'enchères exigent le paiement comptant, n'empêchent pas les enchères.

Les motifs de cet arrêt sont en complet désaccord avec ceux de l'arrêt B. P. S. contre Eschlikon, A. T. F. 40. III. 11. J. T. 14. L. P. 66.

Tandis que dans l'arrêt Banque Populaire Suisse contre masse en faillite de la Caisse d'Epargne et de prêts d'Eschlikon, le créancier nanti est assimilé à un créancier hypothécaire et que l'on base la nécessité de fixer son droit de gage sur le fait que les créances immobilières ne deviennent pas exigibles par la faillite et sont transférées à l'acquéreur, cet arrêt parle d'un droit de gage *sur une créance*, exigible de par la faillite, dont les conditions d'enchères exigent le paiement comptant.

6. ARRÊT KLISCHOWSKI ET LAMPERT CONTRE OFFICE DE TABLAT, A. T. F. 40. III. 222. J. T. 15. L. P. 34.

Dans cet arrêt le Tribunal fédéral dit :

« Ainsi que l'a admis l'instance cantonale, les titres hypothécaires remis en nantissement à la Schweizerische Genossenschaftsbank sont en force *pour leur montant nominal* et non seulement pour le montant de la créance garantie par nantissement. C'est donc avec raison que ces titres ont été portés dans les conditions d'enchères pour leur montant nominal et non pas seulement, comme les recourants le prétendent, pour le montant de la créance garantie par nantissement. »

Le Tribunal fédéral adoptera la solution inverse aux articles 35 et 126 O. R. I.

7. ARRÊT TIRAVANTI CONTRE FAILLITE FELDER & C^o,
A. T. F. 41. III. 224. J. T. 16. 84.

Contestation est liée dans cette affaire sur la question de savoir si le créancier, nanti de cédules hypothécaires du propriétaire, a sur les loyers de l'immeuble les droits consacrés par l'article 806 C. C. S. en faveur des créanciers hypothécaires.

Le Tribunal fédéral examine à cette occasion la validité du nantissement par le propriétaire de cédules hypothécaires créées en son propre nom.

Il renvoie tout d'abord à l'arrêt Kesselring et aux diverses constructions justifiant la possibilité de nantissement d'une créance sur soi-même. Puis il tire argument de l'article 815. Cet article, dit-il, a une teneur précise. Il parle de disposer. Une cédule hypothécaire qu'on a remise en nantissement est une cédule dont on a disposé. La case n'est plus libre. Dès lors, c'est l'article 76 Ord. Faill. et non l'article 75 qui est applicable.

Une autre interprétation de l'article 815 conduirait à des conséquences pratiques intolérables : « non seulement le créancier au bénéfice du nantissement serait lésé par rapport au créancier hypothécaire du fait qu'il n'aurait aucun droit aux loyers et fermages attachés au gage immobilier, mais il perdrait toute garantie quelconque inhérente au droit de gage ».

Le Tribunal fédéral fixe ainsi la naissance du rapport de droit : « sitôt que le propriétaire négocie le titre, la créance doit être considérée comme ayant pris naissance, au plus tard à ce moment, et il est indifférent que le titre ait été cédé en propriété ou simplement donné en gage ».

Quant aux loyers et fermages : Selon l'article 892, 1,

C. C. S., le gage grève la chose et ses accessoires : « si donc une créance garantie par gage est donnée en nantissement, ce dernier doit, dans le doute, être considéré comme s'étendant également à la garantie ». « Or, du moment que, de par la loi, le droit de gage grève, outre la chose engagée comme telle, encore certains droits accessoires comme c'est le cas, selon 806 C. C. S., lorsque le gage est constitué sur un immeuble loué ou affermé, si des créances garanties par gage sont remises en nantissement, ce nantissement comprend aussi les dits accessoires. »

La réalisation de telles sûretés accessoires doit alors intervenir en même temps et de la même manière que la réalisation de la garantie principale.

« Par conséquent, dans la mesure où le créancier auquel des lettres de rentes ont été remises en nantissement est autorisé non seulement à réaliser les titres comme tels, mais encore à participer au produit de la liquidation de l'immeuble lui-même, en qualité de représentant du propriétaire des titres, et même, le cas échéant, à l'exclusion de ce dernier, dans la même mesure il doit pouvoir se couvrir sur les loyers et fermages que l'article 806 soumet au droit de gage en même temps que l'immeuble.

» A teneur de l'article 208 L. P., la créance de celui qui a reçu le titre en nantissement est devenue exigible, en tant que créance garantie par gage mobilier, par l'ouverture de la faillite. » (En contradiction avec B. P. S. c/ Eschlikon.)

Or, selon l'article 76 Ord. Faill., le créancier nanti est désintéressé non pas sur le produit de la réalisation du titre, mais sur celui de l'immeuble.

Le Tribunal en conclut :

« Du moment donc que celui qui a reçu en nantissement un titre hypothécaire peut participer au produit de la liquidation en lieu et place du créancier hypothécaire, il faut aussi lui reconnaître le droit de se couvrir à la place du créancier hypothécaire sur les loyers et fermages affectés à la garantie de ce dernier suivant 806 C. C. S. ».

8. ARRÊT MEIER MAURER, A. T. F. 41. III. 264. Zürich, Blt. Recht, vol. 15. p. 312.

Le Tribunal fédéral admet ici que des cédules hypothécaires au nom du propriétaire ou des cédules au porteur non encore émises peuvent faire l'objet d'une saisie et doivent être saisies de préférence à l'immeuble.

Son argumentation est celle-ci :

L'article 859, en permettant d'établir des cédules hypothécaires ou des lettres de rente au porteur ou au nom du propriétaire, sans qu'aucun rapport réel de créance soit à leur base, donne au propriétaire la possibilité de disposer de la *part de valeur de l'immeuble* correspondant au titre, sous forme de droit réel mobilier, c'est-à-dire de créer par simple émission du titre une créance garantie par gage immobilier, d'un contenu correspondant.

L'établissement du titre au porteur ou au nom du propriétaire a ainsi pour conséquence de *sortir cette valeur* de la propriété de l'immeuble et d'en former un objet de transactions mobilières, objet qui, comme tel, doit être soumis à la saisie.

Ce qui est saisi n'est pas la créance incorporée dans le titre, créance qui ne naît que lorsque le titre parvient à un tiers, mais bien le droit du propriétaire lié à la posses-

sion du titre de réaliser par l'émission la valeur de la case, émission qui a lieu par l'office en lieu et place du débiteur, lors de la procédure de réalisation.

Puis le Tribunal fédéral établit la comparaison avec le nantissement de ces titres.

Il est impossible d'admettre le nantissement et de refuser la saisie.

Il manque dans les deux cas un créancier du titre, car le créancier nanti n'acquiert pas par le nantissement les droits du créancier, mais des droits de gage.

L'article 76 Ord. Faill. présuppose la validité du nantissement car, à défaut de « disposition » valable du débiteur, la case hypothécaire ne serait pas prise en considération, selon l'article 815.

L'interdiction de réalisation séparée des titres du propriétaire mis en nantissement n'a donc pas son fondement dans le fait que l'on a voulu refuser toute valeur juridique à semblable nantissement, mais elle a comme but unique d'empêcher la lésion des créanciers chirographaires, lésion qui surviendrait si, lors de la mise en vente du titre, il était moins offert sur le titre que ce qui lui revient lors de la réalisation de l'immeuble.

Le Tribunal fédéral a admis pour des motifs déterminants que des titres du propriétaire mis en nantissement étaient émis. S'il en est ainsi, on doit aussi pouvoir les saisir en la possession du propriétaire. Le fait qu'en agissant ainsi, un acte d'émission fait défaut de la part du débiteur (ce qui n'est pas le cas pour le nantissement), n'a rien d'extraordinaire et ne permet pas d'exclure la saisie; mais c'est un phénomène commun à toutes les saisies,

phénomène consistant en ce qu'une déclaration de volonté du propriétaire, destinée au transfert de l'objet saisi, est remplacée par la disposition de l'Office dans la procédure de réalisation.

Selon le Tribunal fédéral, l'Instance inférieure s'est référée à tort aux articles 28 et 75 Ord. Faill.

S'il est dit dans ces dispositions que les titres de gages trouvés en la possession du failli et relatifs à des créances garanties par un immeuble *ne doivent pas être considérés comme des actifs* de la masse, mais doivent être annulés, c'est la conséquence de l'article 815.

On ne peut rien tirer de ces dispositions pour résoudre la question de savoir si en dehors de la faillite une semblable disposition pourrait avoir lieu par l'Office en lieu et place du débiteur.

9. ARRÊT NEUE ZÜRCHER KREDITGENOSSENSCHAFT
CONTRE WEY, A. T. F. 42. II. 454. J. T. 17. 450.

Dans cet arrêt la situation litigieuse est la suivante :

La demanderesse est en possession d'une cédula hypothécaire au porteur, signée par le défendeur comme débiteur. Le défendeur prétend qu'il s'agit d'un titre en faveur du propriétaire qu'il a remis à son acheteur lors de l'achat de l'immeuble par ce dernier — qu'ainsi jamais le titre n'a été émis en vue de constituer une dette à la charge du défendeur et que celui-ci n'est jamais devenu débiteur.

Le Tribunal fédéral expose que le problème revient à rechercher si l'acquéreur de bonne foi d'une cédula hypothécaire peut se voir opposer l'exception tirée du fait que

la personne désignée sur le titre et au registre foncier comme débiteur et qui a signé le titre en cette qualité, n'était en réalité pas débiteur.

Il remarque tout d'abord qu'une solution affirmative de cette question paraît à priori inconciliable avec les articles 865, 866, 872 et 874 al. 2 C. C. S., 847 C. O. d'après lesquels la teneur de l'inscription du titre fait règle à l'égard de l'acquéreur de bonne foi.

Mais l'article 846 C. C. S. dispose que les effets de l'aliénation de l'immeuble sont régis en matière de cédules hypothécaires par les dispositions applicables aux hypothèques. Il en résulte que l'article 832 C. C. S. est applicable, d'après lequel, si l'acquéreur s'est chargé de la dette, le débiteur primitif est libéré à moins que le créancier ne lui ait notifié dans l'année qu'il continuait à le tenir responsable.

De plus, abstraction faite des travaux d'élaboration du code, qui expliquent cette contradiction apparente, on doit considérer comme conforme à l'intention du législateur l'atteinte portée par les articles 846 et 832 au principe selon lequel le rapport d'obligation doit être visible d'après le titre et le registre foncier.

En instituant la cédule hypothécaire, le législateur a voulu introduire un titre caractérisé essentiellement par sa transmissibilité. A cette volonté de créer un papier facilement négociable correspondent, :

- les dispositions sur la protection de l'acquéreur de bonne foi,
- les dispositions sur la reprise de la dette personnelle par l'acquéreur de l'immeuble grevé.

Le Code civil a facilité la libération du vendeur de l'im-

meuble à tel point que la cédula hypothécaire comme la lettre de rénte quoique dans une mesure un peu moindre, est une institution de crédit foncier plutôt que de crédit personnel.

Malgré les articles 865, 866, 872, 874, al. 3, celui qui acquiert une cédula hypothécaire *ne peut pas compter sans autre que la créance constatée par le titre existe contre le débiteur indiqué dans ce titre* ou au registre foncier. Le titre et l'inscription lui garantissent simplement que la somme qui est indiquée est due ou par le propriétaire actuel, ou par le propriétaire précédent de l'immeuble grevé.

Il résulte de cela que le débiteur primitif d'une cédula hypothécaire peut, à l'égard de tout acquéreur du titre, exciper du fait qu'il est libéré de toute responsabilité pour n'avoir pas été avisé du contraire dans le délai de l'article 832.

Mais alors il doit aussi pouvoir exciper du fait qu'il n'est jamais devenu débiteur. Il serait inconcevable que celui qui a été débiteur, mais qui ensuite a été libéré expressément ou tacitement, fût dans une meilleure situation que celui qui n'a jamais été débiteur. Du moment que, en dérogation du caractère de papier-valeur de la cédula hypothécaire, on admet que le créancier ne peut pas s'en rapporter absolument au titre pour savoir qui est débiteur, le débiteur apparent qui prétend qu'il n'est pas le vrai débiteur doit pouvoir motiver cette exception entre autres en prouvant qu'il n'a jamais été débiteur.

S'il peut rapporter la preuve, il s'en suivra qu'en effet

le défendeur n'est jamais devenu débiteur : *C'est seulement au moment de l'émission du titre au porteur que la créance prend naissance* et la remise d'un titre du propriétaire au nouveau propriétaire de l'immeuble n'a pas le caractère d'une émission, parce qu'en pareil cas *l'intention de créer un rapport d'obligation fait défaut.*

10. ARRÊT OFFICE DES FAILLITES DE ST-GALL CONTRE SEEGER, A. T. F. 43. III. 53 J. T. 17. L. P. 130.

Le Tribunal fédéral assimile ici le créancier nanti au créancier hypothécaire et lui fait supporter une part proportionnelle des frais de réalisation du gage immobilier, alors que ces frais auraient dû incomber à la masse titulaire des gages immobiliers.

11. ARRÊT BANQUE POPULAIRE SUISSE CONTRE MÜLLER, A. T. F. 43. II. 606. J. T. 18. 238.

Le Tribunal fédéral admet qu'un créancier hypothécaire de rang antérieur qui, selon 841 C. C. S. répond vis-à-vis des artisans et entrepreneurs, peut aussi être un créancier nanti d'un titre du propriétaire.

Le Tribunal fédéral se place nettement au point de vue de la théorie de l'émission par le fait du nantissement. Il dit : « Le préjudice pour le demandeur (l'entrepreneur) n'est pas résulté du seul fait de la création de la cédula hypothécaire au porteur ; ce préjudice n'a pris naissance que par la remise du titre à la défenderesse ».

12. ARRÊT GUHL & C^{ie} CONTRE MASSE BUSSLINGER & C^{ie}, A. T. F. 43. III. 273. J. T. 18. L. P. 9.

Le Tribunal fédéral statue :

« Les titres du propriétaire mis en nantissement doivent figurer dans le plan de collocation non seulement comme créances données en nantissement, mais aussi comme créances hypothécaires. »

13. ARRÊT LEIM UND DÜNGERFABRIK MÄRSTETTEN,
A. T. F. 44. III. 92.

Il semble ressortir de cet arrêt que la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal fédéral n'admettait pas encore à ce moment que le créancier nanti pût se prévaloir de l'article 814 C. C. S. pour avancer dans les cases libres.

14. ARRÊT C. F. F. CONTRE LUZERNER BRAUHAUS,
A. T. F. 44. II. 247. J. T. 19. 194.

La question litigieuse était celle de savoir si le gage constitué sur des titres au nom du propriétaire peut être étendu par convention aux intérêts déjà échus lors de la constitution du gage.

Le Tribunal cantonal lucernois s'exprime ainsi dans son jugement : « Même après les avoir donnés en nantissement, le débiteur est resté propriétaire des titres. La propriété de ces titres et celle de l'immeuble hypothéqué se trouvent ainsi réunies dans les mêmes mains. Le propriétaire de l'immeuble hypothéqué ne pouvait pas être débiteur envers lui-même des intérêts ; le cours des intérêts a cessé pendant cette période ; ainsi, il n'y a pas pu avoir de garantie immobilière sur ces intérêts inexistantes. »

A cette argumentation ne se rapportant qu'aux intérêts, le Tribunal fédéral répond : « Si on considère comme

juridiquement admissible la constitution d'un droit de gage sur la créance hypothécaire, constatée par le titre créé au nom du propriétaire, il doit en être de même à l'égard des intérêts dus en vertu du titre.

« En effet, si un droit de gage du propriétaire de l'immeuble contre lui-même — ou en d'autres termes un droit de ce propriétaire au produit de la réalisation de son propre immeuble — était juridiquement impossible, on devrait logiquement exclure le nantissement non seulement de la créance en intérêts, mais aussi de la créance en capital constatée par le titre hypothécaire, car, dans ce dernier cas, la condition de l'existence juridique d'un objet du gage ferait défaut. »

Le Tribunal fédéral revient à son argumentation des arrêts antérieurs. Il renvoie à l'arrêt Tiravanti et ajoute : « Pour résoudre la question de savoir quels sont les effets juridiques du nantissement du titre du propriétaire, on ne doit pas partir d'une idée préconçue ou strictement logique (!) de la nature d'un semblable titre. On doit bien plutôt rechercher quelle est la réglementation adoptée par le droit positif, et la construction juridique — qui n'est qu'un moyen auxiliaire de connaissance — doit se subordonner et s'adapter à cette réglementation. Or, les dispositions du Code civil suisse dénotent à l'évidence la volonté du législateur d'assimiler, en principe, aux titres hypothécaires créés en faveur d'une personne autre que le propriétaire, les titres hypothécaires créés au nom du propriétaire lui-même. »

L'article 859 prévoit la création de titres au nom du propriétaire. Les articles 863 et 873 permettent de laisser

subsister le titre et de le négocier à nouveau. L'article 815 emploie l'expression toute générale « disposer ». L'article 118, alinéa 3 C. O., réserve les dispositions spéciales du gage immobilier et des papiers-valeurs quant à la confusion.

15. ARRÊT BLÄTTLER, A. T. F. 47. I. 59.

Il s'agit ici d'une question de droit fiscal, celle de savoir si l'imposition simultanée de l'immeuble et d'une Gült en mains du propriétaire constitue une double imposition.

Le Tribunal fédéral se prononce nettement dans le sens qu'un titre du propriétaire non émis ne représente aucune valeur patrimoniale spéciale distincte qui ne soit pas déjà contenue dans la propriété, quand bien même, par sa forme, elle représente un droit restreint séparé du fonds.

Cet arrêt de droit public rejette la notion d'individualisation quant à la valeur que le Tribunal fédéral a faite sienne dans de nombreux arrêts.

16. ARRÊT DOLDER CONTRE BANQUE POPULAIRE SUISSE DE LUCERNE, A. T. F. 49. III. 152. J. T. 25. L. P. 71.

En cas de concordat hypothécaire hôtelier, le Tribunal fédéral a assimilé le créancier nanti au créancier hypothécaire en lui permettant de choisir pour la poursuite des intérêts entre la voie ordinaire ou la réalisation du gage, faculté réservée au créancier garanti par hypothèque.

17. ARRÊT BINOTTO BÖSCH, A. T. F. 50. II. 338. J. T. 25. 228.

Il s'agit ici de cédules nominatives du droit saint-gallois. Ces cédules d'un nominal de Fr. 20 000,— sont données en nantissement pour un compte débiteur de Fr. 8000,— dû par le propriétaire Bösch à la Caisse d'Épargne d'Alstetten et garanti par des cautions. Les titres sont acquis lors des enchères mobilières pour Fr. 2000,— par les cautions qui les revendent pour Fr. 9500,— à Binotto.

L'acquéreur, Binotto, poursuit pour le montant nominal et les cautions font valoir leur droit de recours contre le débiteur pour la somme qu'elles ont payée comme insuffisance au créancier nanti, soit environ Fr. 6800,— en capital et intérêts. Pour une dette de Fr. 8000,— environ le propriétaire est poursuivi pour Fr. 26 800,—.

L'acquéreur fait un bénéfice de	Fr. 20 000,—
moins le prix d'acquisition par	» 9 500,—
soit	<u>Fr. 10 500,—</u>
et les cautions de	Fr. 9 500,—
prix de vente des cédules, moins prix d'ac-	
quisition des cédules	» 2 000,—
soit	<u>Fr. 7 500,—</u>

Les mêmes conséquences existeraient pour un titre du propriétaire, voir arrêt Kirchmeier contre Schenk.

18. ARRÊT BANQUE CANTONALE DE BERNE CONTRE CAISSE D'ÉPARGNE ET DE PRÊTS DE BERNE. A. T. F. 50. III. 129. J. T. 25. L. P. 85.

Pour un compte débiteur de Fr. 246 449,— le débiteur donne en garantie une hypothèque en premier rang de

Fr. 17 000,—, une cédule hypothécaire du propriétaire de Fr. 130 000,— et des valeurs allemandes.

Lors des enchères le créancier nanti rachète la cédule pour Fr. 10 000,— et obtient un acte d'insuffisance de gage de Fr. 226 784,70.

La réalisation de l'immeuble produit Fr. 118 831,05.

Acte d'insuffisance de gage de Fr. 18 895,90 a été délivré.

Pour éteindre un compte débiteur de Fr. 246 449,—, le créancier nanti obtient donc au détriment du débiteur : en espèces :

sur hypothèque. . . .	Fr. 17 000,—	
produit de l'immeuble .	» 118 831,05	Fr. 135 831,05

en créance :

insuffisance mobilière .	Fr. 226 784,70	
insuffisance immobilière	» 18 625,90	» 245 410,60
total		Fr. 381 241,65

sans tenir compte des titres allemands.

19. ARRÊT JOSS-POHL CONTRE BANQUE CANTONALE D'APPENZELL, A. T. F. 50. III. 197. J. T. 25. L. P. 98.

Le Tribunal fédéral refuse un concordat hypothécaire hôtelier à un débiteur qui s'est laissé poursuivre en réalisation de cédulas hypothécaires du propriétaire mises en nantissement, au lieu de demander l'ouverture de la procédure de concordat hypothécaire sitôt après l'introduction de la poursuite en réalisation du gage immobilier.

L'article 5 de l'ordonnance concernant le concordat

hypothécaire hôtelier s'applique non seulement aux créanciers hypothécaires mais aussi à ceux qui sont garantis par le nantissement de cédules hypothécaires du propriétaire. Ici de nouveau le Tribunal fédéral assimile le créancier nanti à un créancier hypothécaire.

Dans cet arrêt les cautions acquièrent les cédules hypothécaires au 60 % de leur valeur nominale. Il en résulte une insuffisance de Fr. 83 980,—. Le prêt consenti était de Fr. 189 000,—. Le propriétaire devra donc payer à son banquier Fr. 189 000,— + Fr.83 980,— = Fr. 272 980,—.

20. ARRÊT KIRCHMEIER CONTRE SCHENK. A. T. F.
51. III. 189. J. T. 26. L. P. 68.

L'exposé de la question de fait est suggestif au plus haut point.

Pour un prêt de Fr. 19 000,— une cédule hypothécaire de même montant est donnée en nantissement. Dans la poursuite en réalisation de la cédule, intentée par le créancier, la caution acquiert le titre pour Fr. 2000,— et paie l'insuffisance de Fr. 17 000,— au créancier qui a introduit une poursuite par voie de saisie contre le débiteur. D'autres créanciers participent à cette saisie.

L'Office des poursuites saisit l'immeuble du débiteur, qui est réalisé pour le prix de Fr. 50 100,—, de sorte que les créances hypothécaires sont couvertes avec intérêts et frais, et qu'il reste un excédent de Fr. 17 676,20 que l'Office affecte dans l'état de collocation au paiement de la caution (subrogée au créancier sur la base de l'insuffisance de gage).

Il en résulte que la caution, acquéreur du titre, qui a payé Fr. 19 000,— en tout et pour tout, se voit attribuer Fr. 36 676,20 au détriment du débiteur et des autres créanciers participant à la saisie.

21. ARRÊT SCHWEIZERISCHE BODENKREDITANSTALT
CONTRE MÜLLER GROB, A. T. F. 51. II. 148. J. T. 25.546.

Cet arrêt nous montre combien l'admission du nantissement d'une cédula hypothécaire du propriétaire a favorisé les banques au détriment du débiteur. Nous voyons en effet une banque thurgovienne menacer tous ses débiteurs hypothécaires de dénonciation s'ils ne consentent pas à convertir le rapport de droit préexistant en un prêt garanti par le nantissement de cédulas hypothécaires du propriétaire.

Le Tribunal fédéral reconnaît que ce procédé lui permet de ne plus se contenter du taux hypothécaire limité à 5 % par la loi thurgovienne contre l'usure.

La décision du Tribunal fédéral permet aussi à la banque de se faire remettre en gage les intérêts arriérés que le propriétaire aurait dû se payer à lui-même, alors qu'il était créancier et débiteur de la cédula.

Le Tribunal fédéral dit : « La cédula hypothécaire ayant été transférée à celui qui était à la fois débiteur de la cédula et propriétaire de l'immeuble et transformée ainsi en une cédula hypothécaire du propriétaire, n'en continue pas moins, dans la suite, à être productive d'intérêts ainsi que cela était prévu dans l'acte de nantissement puisqu'en effet le débiteur avait disposé de ses intérêts en engageant la cédula chez le demandeur. »

22. ARRÊT DROSTE CONTRE SOCIÉTÉ DE BANQUE SUISSE, A. T. F. 52. II. 344, J. T. 27.106.

La renonciation du créancier au droit de gage sur une cédule hypothécaire pour une partie de la créance ne donne pas droit au débiteur d'exiger que le montant du titre soit réduit d'autant.

C'est l'article 889 C. C. S. et non l'article 874 qui est applicable.

Un prêt de Fr. 40 513,— est garanti par le nantissement d'une cédule hypothécaire au nom du propriétaire de Fr. 45 000,— en deuxième rang. Pour pouvoir requérir un séquestre contre le débiteur pour deux fractions de Fr. 5000,—, le créancier renonce pour cette somme à son droit de gage.

Lors de la réalisation de la cédule hypothécaire le titre est acquis pour Fr. 13 000,— et lors de la réalisation du gage immobilier l'acquéreur poursuivant pour le montant nominal du titre obtient Fr. 38 000,—. Il gagne donc au détriment du propriétaire Fr. 25 000,— et obtient une créance en insuffisance pour Fr. 2500,— environ.

Pour éteindre une dette de Fr. 40 500,— le débiteur paiera à ses créanciers : Fr. 38 000,— sur l'immeuble

— insuffisance de gage mobilier . . .	Fr. 19 300,—
— insuffisance de gage immobilier. . .	» 2 500,—
— sur le séquestre	» 10 000,—
soit au total	Fr. 69 800,—

23. ARRÊT UNION DE BANQUES SUISSES CONTRE MEYER-WEILL. A. T. F. 52. III. 158. J. T. 27. L. P. 25.

L'Autorité supérieure de surveillance neuchâteloise, se

fondant sur l'étude du professeur Guisan publiée dans le *Journal des Tribunaux* 1926 avait décidé que le créancier garanti par le nantissement d'une cédula du propriétaire ne pouvait requérir la réalisation de la cédula comme d'un gage mobilier, mais seulement celle de l'immeuble même.

Elle relevait que les constructions juridiques données par le Tribunal fédéral sont fragiles. Les théories de la création et de l'individualisation sont infirmées par les principes de la consolidation et de la confusion. Le système qui assimile la cédula hypothécaire à un papier-valeur ne repose pas sur une construction juridique solide. « Ce que le débiteur veut en donnant en gage à son créancier la cédula hypothécaire qu'il détient, c'est faire usage du droit attaché à la propriété de l'immeuble. La garantie qu'il entend lui fournir est une garantie immobilière. Elle doit être assimilée à une hypothèque et non à un gage mobilier. »

Puis, cette autorité tirait argument de l'article 76 Ord. Faill. et disait : « On ne voit pas pour quelle raison il pourrait y avoir lieu de traiter différemment un créancier et un débiteur selon que le second est en faillite ou non. » Enfin, le système de la double poursuite conduit à des résultats condamnables.

Le Tribunal fédéral s'étonne du fait que la Cour cantonale se soit permis de modifier sur ce point la jurisprudence dominante du Tribunal fédéral.

Le point de vue du professeur Guisan adopté par l'Autorité de surveillance est en contradiction manifeste avec cette jurisprudence. Or, aussi longtemps que cette jurisprudence et l'Ordonnance du 23 avril 1920 qui la sanctionne

n'auront pas été modifiées, les organes de la poursuite et les autorités de surveillance cantonales doivent s'y conformer.

« La jurisprudence étant aujourd'hui fixée, les usages commerciaux s'y étant adaptés et les propositions formulées dans l'étude à laquelle l'Instance cantonale a fait allusion comportant de non moins graves inconvénients, l'Autorité fédérale de surveillance n'a pas de raison d'entreprendre des démarches pour modifier l'état de droit actuel. »

Il est regrettable que le Tribunal fédéral n'ait pas jugé utile de réfuter l'argumentation du professeur Guisan et de préciser les inconvénients que présente sa théorie.

24. ARRÊT GENOSSENSCHAFTSZIMMEREI BERN CONTRE OFFICE BERN-LAND. A. T. F. 52. III. 168. J. T. 27. L. P. 48.

Cet arrêt désigne l'article 76 Ord. Fail. comme *jus dispositivum*.

« Il faut admettre que les titres hypothécaires donnés en nantissement peuvent, en principe, être maintenus quand le créancier au bénéfice du nantissement a consenti à ce qu'au lieu du paiement comptant l'adjudicataire de l'immeuble déclare reprendre la dette. »

Cependant, si le montant de la créance garantie par le nantissement du titre hypothécaire n'atteint pas le montant nominal du titre, ce dernier ne doit être maintenu que jusqu'à concurrence du chiffre de la créance garantie.

« Un maintien du titre dans son montant intégral aurait pour effet de léser les droits des créanciers hypothécaires éventuels de rang postérieur à l'égard desquels les obligations ont été déléguées à l'adjudicataire. Ceux-ci

perdraient, en effet, le droit de profiter de la case libre résultant pour eux, selon l'article 815, du fait que le failli n'a disposé qu'en partie de son titre. »

Ceci est difficilement conciliable avec l'arrêt Droste, dans lequel le Tribunal fédéral se base sur l'article 889 pour refuser toute réduction du titre.

25. ARRÊT MOSIMANN CONTRE DAME BAUMANN. A. T. F.
54. III. 241. J. T. 29. L. P. 93.

Nous voyons dans cet arrêt une clause intéressante d'un contrat de nantissement de cédules hypothécaires au porteur.

Pour garantir la créance de dame Baumann, M. Mosimann s'engage personnellement à constituer sur son immeuble une cédule hypothécaire au porteur de 20 000 francs en troisième rang et à la donner en nantissement à dame Baumann.

La constitution du gage s'opérera ainsi :

La cédule sera déposée à la Banque Populaire Suisse à Berne et il sera stipulé que dame Baumann et M. Mosimann n'en pourront disposer que d'un commun accord.

Quand la dette de la maison Mosimann & Co et de M. Mosimann aura été intégralement payée, dame Baumann aura l'obligation de consentir sans autre la restitution de la cédule à M. Mosimann.

« Si pour une cause ou pour une autre cette convention devient caduque, le remboursement du prêt sera immédiatement exigible, dame Baumann restant au bénéfice des sûretés prévues par la convention. »

Cet arrangement nous montre que les parties cherchent

à éviter les conséquences désastreuses d'une double poursuite.

26. ARRÊT PARQUETERIE DÜRREER CONTRE ODERMATT. J. T. 1931 L. P. page 66. A. T. F. 56. III. 215.

Dans cet arrêt la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal fédéral laisse ouverte la question de savoir si les créanciers qui ont reçu en nantissement des titres du propriétaire n'étant pas créanciers hypothécaires, ont qualité pour requérir la double mise à prix comme les créanciers hypothécaires dans le cas prévu à l'article 141 al. 3 L. P.

27. ARRÊT VADI HUNZIKER & Co. A. T. F. 59. II page 217.

Le Tribunal fédéral examine dans cet arrêt la question de savoir si la remise en nantissement par l'épouse d'une cédule hypothécaire du propriétaire, en garantie de dettes de l'époux, nécessite l'approbation de l'Autorité tutélaire.

Il constate en passant que la solution de ce problème varie suivant que l'on se place au point de vue de la théorie de la création ou de celle de l'émission.

Si l'on se place au premier point de vue, dit le T. F. la cédule du propriétaire — qui contient ce qu'il ne faut pas perdre de vue, non seulement une garantie immobilière, mais encore une obligation personnelle — a pris vie effectivement par le simple établissement du titre, formant ainsi aussitôt, *dans les mains mêmes de la femme*, avant qu'elle s'en fût dessaisie, un élément réel de son actif. (ein reales Vermögensstück, das nicht nur formell,

sondern auch materiell zur Erstehung gelangt war) ; la femme peut donc l'engager sans l'approbation de l'Autorité tutélaire, puisqu'il s'agit pour elle de constituer un droit réel sur un élément de sa fortune (A. T. F. 57. II. 11) c'est-à-dire sur la créance qu'elle a contre elle-même !

Si au contraire on se place au point de vue de la théorie de l'émission, la dette ne naît que par le transfert ou le nantissement de la cédule et il y a lieu de requérir l'approbation de l'Autorité tutélaire, puisque la femme assume alors une obligation envers les tiers dans l'intérêt du mari.

Il est regrettable que le Tribunal fédéral ait trouvé dans la cause des éléments de fait lui permettant de trancher la question sans se prononcer entre la théorie de la création et celle de l'émission.

LA DOCTRINE

a) Ecole de Berne.

EUGEN HUBER.

Dans son ouvrage *Die Eigentümerdienstbarkeit*, Huber examine le problème général des droits sur sa propre chose.

Les difficultés systématiques que l'on éprouve en présence des droits sur sa propre chose dépendent de la conception que l'on se fait de la propriété.

Huber distingue trois sortes de notions de la propriété : la fonctionnelle, la quantitative et la qualitative.

Le premier de ces concepts, celui de la propriété fonctionnelle, part de la fonction de la chose par rapport au sujet de droit :

Il n'existe aucun lien de droit entre le propriétaire et l'objet de la propriété. L'objet fait partie du sujet de droit lui-même. Cette conception rend impossible l'existence d'un droit sur sa propre chose (page 40).

Le second concept, celui de la propriété quantitative,

part du contenu, de la quantité de la propriété et voit dans la propriété une somme de pouvoirs qui peuvent aussi être envisagés séparément, mais qui doivent, dans tous les cas, exister dans la propriété pour autant qu'une cession ou une individualisation de ces droits n'a pas eu lieu en application d'une prescription de la loi ou d'une disposition privée (page 30).

La loi fixe la notion de la propriété en ce qu'elle fixe son contenu. Il n'existe pas de différence de principe entre la propriété et le droit réel sur la chose d'autrui.

Ils ne se différencient qu'autant que la loi fixe le contenu de la propriété une fois pour toutes et que la propriété subsiste même si l'on en sépare certains pouvoirs, tandis que pour les autres droits réels la fixation limitative du contenu produit leur individualité (pages 30 et 31).

Huber poursuit, page 41 :

Celui qui, partant de la notion quantitative de propriété, admet la possibilité de séparation et d'individualisation de certains pouvoirs du propriétaire, ne peut en cas de réunion de certains pouvoirs et de la propriété admettre la fusion des premiers dans la seconde, qu'autant que l'individualisation du pouvoir séparé n'a pas produit un effet qui manque à la propriété et qui par conséquent la surpasse.

Or, en cas d'exécution forcée, les droits réels restreints ont toujours le pas sur la propriété.

Huber admet l'hypothèque du propriétaire comme type du droit sur sa propre chose.

Nous ne pouvons nous rallier à la démonstration de Huber.

En effet, Huber admet lui-même qu'un *jus in re propria* ne peut être individualisé que s'il acquiert certains effets qui manquent à la propriété.

Or, l'article 815 ne confère précisément aucun effet à l'hypothèque du propriétaire qui diffère de la propriété sur l'immeuble, puisqu'il considère la case comme libre et qu'il attribue le produit de cette case aux créanciers hypothécaires postérieurs en rang. L'hypothèque du propriétaire ne concède donc pas au propriétaire des pouvoirs et des obligations différents de ceux que lui confère la propriété.

Nous reviendrons d'ailleurs sur cette question dans un chapitre ultérieur.

Le troisième concept, celui de la propriété qualitative, prend en considération la nature de la maîtrise : La maîtrise du propriétaire est absolue.

Huber en déduit comme suit la possibilité du droit sur sa propre chose.

Si le propriétaire possède relativement à la qualité un droit absolu sur la chose, il n'a pas seulement à sa disposition les pouvoirs du propriétaire en tant que pouvoirs de disposer et d'user de la chose, mais il possède encore sur celle-ci la maîtrise en ce sens qu'il peut faire d'elle ce qu'il veut et ce qu'il est possible de faire selon le droit positif.

Il en résulte que le propriétaire peut créer un droit sur sa propre chose de la façon et dans la mesure où le droit positif le rend possible ou le tolère.

Ainsi, le propriétaire ne fait que mettre en action sa maîtrise absolue sur une chose lorsqu'il emploie cette

possibilité et qu'il crée, en la séparant de sa propriété, une valeur qui est reconnue comme droit sur sa propre chose.

Le propriétaire sépare une valeur de sa propriété lorsqu'il fait établir une cédula hypothécaire ou une lettre de rente du propriétaire.

Il mobilise ainsi une part de valeur de son immeuble et le résultat de sa disposition est la création d'une valeur qui ne peut plus être considérée dans son propre patrimoine comme une partie du contenu de la propriété foncière, mais qui représente une nouvelle valeur patrimoniale mobilière.

Huber résume sa conception dans son ouvrage *Zum schweiz. Sachenrecht*, page 58.

La propriété peut être divisée ou selon son contenu corporel ou comme droit. A ce second mode de partage appartient la division quant à la valeur, division dans laquelle rentre la mobilisation de la valeur de l'immeuble sous forme de cédules hypothécaires ou lettres de rente.

Le droit réel restreint attribue à un ayant droit une prétention sur une part de la valeur de la chose grevée. Cette prétention sur la valeur peut aussi exister séparément, c'est-à-dire sans qu'il existe une créance personnelle, sans être un accessoire et aussi sans qu'on puisse parler d'un droit de gage. Il en est ainsi pour les hypothèques indépendantes du droit moderne.

Les droits sur sa propre chose s'expliquent comme fraction du contenu de la propriété que le propriétaire a séparée de sa propriété et individualisée pour satisfaire ainsi un certain besoin économique.

L'argumentation basée sur la notion qualitative de propriété ne nous paraît pas solide.

Huber admet sans autre que la maîtrise absolue que confère la propriété entraîne la faculté de créer un droit indépendant sur sa propre chose.

A notre avis, le problème est mal posé. La question qui se pose est celle de savoir si le complexe comprenant tous les pouvoirs de propriété permet la coexistence de pouvoirs basés sur des droits réels restreints en faveur du propriétaire.

En d'autres termes, la réunion en une personne de la maîtrise absolue du propriétaire et de pouvoirs réels restreints sur une chose n'est-elle pas une contradiction ?

Huber admet au surplus que le résultat de l'individualisation d'un pouvoir est la création d'une « valeur » indépendante. La valeur est une notion économique, mais non pas juridique.

Si le résultat de l'individualisation est la création d'une valeur, il ne s'agit pas d'un acte créateur de droit, mais seulement d'un acte d'administration et aucun droit indépendant n'a pris naissance.

Dans *l'exposé des motifs de l'avant-projet*, Huber se prononce nettement en faveur de la théorie de la « Wahre Hypothek » et étaye sa conception de considérations d'ordre économique (pages 181 et 196).

Il dit : Le régime hypothécaire du droit moderne ne doit pas seulement tenir compte du but de fournir des sûretés sous forme d'hypothèques du droit commun, mais surtout du besoin commercial des temps modernes : la mobilisation de la valeur de l'immeuble. Le droit doit mettre à

disposition pour cela des formes adéquates. La cédula hypothécaire et la lettre de rente du Code civil suisse remplissent ce but.

Le propriétaire peut disposer librement au moyen de ces titres de la valeur de son immeuble qu'ils incorporent. A l'opposé de ce qui se passe dans les contrats de garantie où la prestation personnelle apparaît comme la chose principale, le propriétaire entreprend ici des opérations sur la valeur de l'immeuble.

Dans ses *Betrachtungen* (pages 79 et suivantes), Huber résume ainsi le fonctionnement de titres immobiliers : le titre circule comme une chose mobilière. Il représente pour ainsi dire une partie déterminée de la valeur de l'immeuble pour la faire entrer dans le commerce comme chose mobilière.

C'est en définitive une simple conséquence du processus de mobilisation que le propriétaire et débiteur puisse acquérir lui-même le titre valablement et qu'il soit formellement à la fois créancier et débiteur et qu'il puisse avoir un droit de gage sur sa propre chose.

L'extinction par réunion de la personne du créancier et du débiteur est donc exclue.

Le débiteur peut aussi toujours émettre de nouveau le titre au rang qu'il indiquait primitivement.

Il peut exiger, s'il paie son créancier, que le titre lui soit remis non annulé. Le paiement n'est donc pas, dans ce cas, une extinction de la dette, mais bien un achat de la valeur mobilisée du sol par le débiteur lui-même. Dès lors, le propriétaire débiteur peut très bien conserver le titre, puis réaliser à son gré cette part de la valeur de l'im-

meuble, soit en la vendant, soit en la mettant en gage. Il peut aussi émettre tout d'abord un titre en second rang et conserver le premier rang pour des temps plus durs.

THEODOR GUHL.

Die Verselbständigung der dinglichen Rechte im Zivilgesetzbuch.

Guhl part de l'idée que la créance personnelle constatée par la cédula est née par l'inscription au registre foncier et par la confection du titre. L'individualisation (*Verselbständigung*) des titres du propriétaire est totale. Elle ne s'étend pas seulement au droit de gage en tant que droit réel, mais aussi à la créance.

C'est un effet de ce que les auteurs de Suisse alémanique appellent *die Verselbständigung der Gläubigerrechte im Papier*, miracle auquel la pauvre langue française ne nous permet guère de nous élever, et dont nous ne pouvons donner qu'une idée bien approximative et sans doute encore hélas ! déformée, en disant qu'il s'agit de détacher de tout sujet les droits du créancier en conférant ces droits au papier ; d'obtenir par l'opération sacramentelle du conservateur du registre foncier ce prodige : la création d'un papier créancier.

Guhl explique : Le phénomène admis pour les papiers valeurs et le droit de gage se présente ici pour la créance personnelle, c'est-à-dire que le rapport de créance subsiste objectivement malgré la réunion en une personne des droits du créancier et du débiteur. La seule différence qu'il y a en cas de titre du propriétaire, c'est qu'ici l'existence de la créance et du droit de gage n'est pas seulement

affirmée par le papier-valeur, mais aussi par son rapport avec l'inscription au registre foncier.

Seulement, on ne peut pas exiger de ce rapport de créance (tant et aussi longtemps que les droits de créancier et de débiteur sont réunis dans les mains du propriétaire) qu'il ait déjà les effets qu'il obtiendra lorsqu'une autre personne deviendra créancière.

La créance sommeille (ruht) tant que le propriétaire est le seul intéressé. Les effets du rapport de créance se manifestent sitôt qu'un tiers survient pour n'importe quel motif et obtient un intérêt juridique au rapport de créance.

Ces effets ne sont pas seulement ceux qui naissent après l'intervention d'un tiers, mais aussi des effets antérieurs résultant du rapport personnel de créance, alors que le propriétaire était en même temps créancier et débiteur. Dès lors, les intérêts qui étaient dus avant la mise en nantissement du titre peuvent être accessoirement mis en gage.

En cas de réalisation du gage immobilier ou en cas de faillite, les titres doivent être pris en considération pour leur montant nominal. Un excédent de la valeur du gage sur la créance garantie par le nantissement revient au propriétaire ou à la masse.

H. TRÜMPI.

Der Gläubigerwechsel bei den Grundpfandtiteln des Z. G. B.

L'hypothèque du propriétaire est un vrai droit de gage immobilier. Il ne faut pas, pour expliquer la naissance

du droit du créancier gagiste, recourir à la théorie de la création ou à celle de l'émission, car les titres ne sont pas des papiers-valeurs constitutifs. Le rapport de gage est né antérieurement par l'inscription au registre foncier et ne prend fin que par radiation. L'inscription a un effet constitutif pour le gage et pour la créance. Sa cause juridique est une manifestation unilatérale de volonté du propriétaire. L'article 815 est un mode d'extinction d'une créance déjà née.

ERWIN MEIER.

Das Eigentümergrundpfand des Z. G. B. mit Berücksichtigung des B. G. B.

La cédula hypothécaire et la Gült du propriétaire représentent dans les mains du propriétaire une créance objective représentée par un papier-valeur, créance personnelle garantie par gage immobilier en cas de cédula hypothécaire, créance due exclusivement sur la valeur de l'immeuble en cas de Gült.

Il arrive à cette conception de la façon suivante :

Puisque le registre foncier ne peut enregistrer que des droits réels, seul le droit de gage naît du fait de l'inscription. La créance a sa cause juridique dans la déclaration de volonté unilatérale du débiteur. Elle existe donc avant la confection du titre.

Cette naissance par acte juridique unilatéral n'est pas particulière aux cédules hypothécaires et aux Gülden. Le C. O. la prévoit dans l'offre publique, article 8, et pour les papiers-valeurs, article 846.

Le titre est une preuve de l'existence de la créance.

Ce qui est déterminant pour la classification dans les catégories juridiques, ce n'est pas seulement les pouvoirs qu'un droit confère, mais aussi la forme en laquelle il se manifeste.

La théorie de l'émission est inconciliable avec la protection assurée à l'acquéreur de bonne foi par l'article 935 C. C. S.

En cas d'acquisition du titre par le propriétaire, ce n'est que le lien de droit subjectif qui disparaît par confusion, alors que le lien de droit objectif subsiste.

Il en résulte que le droit réel, c'est-à-dire la part de valeur individualisée subsiste, tandis que le lien de droit subjectif se transforme en *jus in re propria*.

LEEMANN.

Kommentar z. schweiz Z. G. B. vol IV, Sachenrecht ad art 859, note 11 se prononce ainsi :

L'hypothèque du propriétaire, dans laquelle la créance et la dette sont réunies en la personne du propriétaire du gage, est considérée par un grand nombre d'auteurs comme une charge de l'immeuble en faveur d'une créance future, indéterminée, et par conséquent comme un droit de gage conditionnel qui se transforme en un vrai droit de gage sans condition, par l'émission du titre. Cette conception ne correspond pas aux normes de droit positif, qui régissent la cédule hypothécaire et la lettre de rente.

Selon les articles 842 et 847 une créance naît déjà par l'inscription au registre foncier de la cédule hypothécaire et de la lettre de rente avec la création du titre et non pas seulement par l'émission de celui-ci. Le réquisit formel

pour l'existence de cette créance est que le titre soit un papier-valeur. Grâce à ce réquisit, il est possible que le propriétaire devienne « son propre débiteur ». Par ce moyen une créance objective naît, tandis que le rapport subjectif de créance et avec lui le droit de gage sommeillent tant et aussi longtemps qu'un tiers n'acquiert pas pour un motif ou pour un autre un intérêt juridique à la créance.

Si donc à la base de l'hypothèque du propriétaire on doit reconnaître l'existence d'une créance objective, il s'agit d'un véritable droit de gage né comme un droit de gage bilatéral par l'inscription au registre foncier et par la confection du titre.

L'hypothèque du propriétaire doit donc en principe être mise sur le même pied que l'hypothèque garantissant une autre personne que le propriétaire du gage. Comme cette dernière elle représente une valeur patrimoniale mobilière extraite de la fortune immobilière. La seule restriction que connaisse la loi est celle de l'article 815.

Et plus loin, note 14 :

D'après la construction donnée ci-dessus on peut disposer de la même manière des titres du propriétaire et des autres titres de gage.

Ils représentent un objet isolé dans le commerce juridique. Ils peuvent non seulement être émis en propriété, mais aussi être donnés en gage. *L'objet du gage*, c'est la créance *objective* qui est incorporée dans le papier.

Leemann dit par contre à propos de la saisie des titres du propriétaire (ad article 815, note 25, page 802, in fine). Ce n'est pas la créance incorporée par le titre qui est saisie — cette créance ne naissant que lorsque le titre parvient

à un tiers — mais c'est le droit du propriétaire, lié à la possession du titre, de réaliser la case comme une chose mobilière. Dans ce cas, l'émission par le débiteur est remplacée par l'émission par l'office.

b) Les dissidents.

ERNST MEYER.

Schuldbrief und Gült nach den schweiz. Z.-G. B.

Ernst Meyer part des différentes constructions du *jus in re propria* que Huber a exposées dans son *Eigentümerdienstbarkeit* et en démontre la fragilité.

Pour Meyer, l'hypothèque du propriétaire du CCS. n'est pas un *jus in re propria*. Il manque au propriétaire tous les pouvoirs qui sont essentiels au droit de gage, pouvoirs desquels on ne peut rien retrancher parce qu'ils en forment l'individualité.

On ne peut parler en droit suisse d'une hypothèque du propriétaire qu'à cause du système des cases idéales en rapport avec la réserve de rang. La réserve d'une case idéale assure par l'inscription au registre foncier le rang correspondant à un droit de gage qui sera créé plus tard (page 188).

La lettre de rente ou la cédule hypothécaire du propriétaire détermine une part idéale de l'immeuble pour répondre d'une dette future.

La *Gült* ou la cédule hypothécaire, rentrée en la possession du propriétaire, est ainsi la réobtention ou le rachat d'une part idéale de l'immeuble qui a servi de garantie (page 189).

Meyer se prononce contre la saisie et le nantissement de ces titres hypothécaires du propriétaire. Leur admission est contraire à la tendance du C. C. S. de favoriser le crédit hypothécaire paysan.

WIELAND.

Kommentar zum Z. G. B. Sachenrecht, ad 859, note 5 et suiv.

Pour Wieland, l'existence d'une créance supposant deux sujets distincts, un créancier et un débiteur, est la condition sine qua non de l'admission d'une vraie hypothèque. Il distingue donc entre droit attaché à une créance « forderungsbekleidet » et droit de gage sans créance « forderungsentkleidet ».

Il y a droit de gage attaché à une créance lorsque la créance et la propriété sont réunies dans la même main alors qu'un tiers est débiteur.

Wieland admet alors l'existence d'un vrai droit sur sa propre chose et le produit de la réalisation du gage devra être attribué au propriétaire, car le gage confère des droits que la propriété ne renferme pas. (Voir ad 859, note 15.)

Il y a droit de gage sans créance lorsque le propriétaire fait établir un titre de gage à son nom ou au porteur pour le conserver jusqu'au moment où il aura l'occasion de l'aliéner, ou, dans le cas de l'article 863, lorsque le propriétaire débiteur reçoit le titre non annulé après extinction d'une dette hypothécaire. Il s'agit alors, selon Wieland, d'un engagement de l'immeuble au profit d'une créance future encore indéterminée, d'un droit de gage éventuel, conditionné par la remise du titre (ad 859, note 6).

Le débiteur est alors le représentant du futur créancier gagiste. Il acquiert les facultés nécessaires à la sauvegarde du titre. Le droit de gage, et par conséquent celui de se satisfaire sur l'immeuble, ne naît que lorsque la propriété du titre est transférée à autrui.

La saisie du titre de gage du propriétaire est impossible, le titre ne représentant encore aucune valeur réalisable. Le nantissement par le propriétaire du titre resté ou rentré en sa possession est impossible.

FRANÇOIS GUIBAN.

Le nantissement et la saisie des cédules hypothécaires et lettres de rente appartenant au propriétaire de l'immeuble grevé.

Pour pouvoir admettre un vrai droit de gage sur les cédules hypothécaires et lettres de rente appartenant au propriétaire, il faut que ce droit de gage ait un objet.

Les auteurs de l'école de Berne admettent comme objet du droit de gage une véritable créance du propriétaire sur lui-même, créance qu'il a garantie par une hypothèque. Ces auteurs ne tiennent pas compte du principe d'extinction des droits par consolidation ou confusion. Deux personnes opposées l'une à l'autre sont nécessaires au concept d'obligation.

Une transformation des choses entre les mains de leur propriétaire ne peut jamais être un acte juridique créateur de droit (Rechtsgeschäft), mais seulement un acte d'administration (Tathandlung). Le propriétaire foncier en inscrivant une cédule ou une Gült en son propre nom modifie au registre foncier le mode d'inscription des droits

qui lui appartiennent, il n'a point fait d'aliénation mais s'est procuré des instruments destinés à faciliter des aliénations futures.

Ce n'est qu'au moment de la tradition qu'il y aura un droit nouveau, et par conséquent individualisation d'un droit.

Le Tribunal fédéral s'est prononcé dans plusieurs arrêts en faveur de la Begebungstheorie ou théorie de l'émission. Le droit de gage incorporé dans la cédule ou la Gült ne naît que quand ces titres sont émis. Quand le propriétaire a fait dresser la cédule ou la Gült et les a fait inscrire sur son fonds, il n'a accompli qu'un acte d'administration de son immeuble, non un acte de disposition.

Le Tribunal fédéral admet qu'il est indifférent que cette émission ait lieu à titre de propriété ou à titre de gage. Cette notion de l'émission est inacceptable en raison de la définition du papier-valeur : un document *à la propriété duquel* le droit qu'il constate est attaché.

Une autre théorie du Tribunal fédéral est que l'objet du gage est le droit d'émettre le document pour en faire un titre. Cette théorie n'est compatible ni avec la notion d'émission des papiers-valeurs, ni avec celle de la capacité civile.

De la prémisses, qu'avant l'émission, le droit incorporé dans le papier valeur est encore inexistant, résulte cette conséquence que cette émission elle-même a le caractère d'un contrat.

La faculté de passer ou de ne pas passer un contrat n'est pas un droit mais une conséquence de la capacité civile.

Elle n'est pas aliénable comme telle. Il ne peut pas non plus être question d'un mandat d'émettre le titre à l'échéance car il devrait y avoir accord des parties sur la valeur d'acquisition du titre lors de la remise du titre.

Pour Guisan, les titres ne sont pas encore des papiers-valeurs incorporant un droit avant leur émission en propriété. Ce sont des instruments sans lesquels il est impossible au propriétaire de disposer de la case hypothécaire où ils sont inscrits.

Cet instrument est comparable à une clef dont la possession est indispensable à quiconque veut avoir accès à la case hypothécaire.

Le créancier nanti d'une cédula du propriétaire a été par là rendu maître de la case hypothécaire et trouve ainsi dans l'immeuble même, dont il peut poursuivre la réalisation, la garantie de sa créance.

SAMUEL SCHWEIZER.

Die Verpfändung von Eigentümergrundpfandforderungen nach schweizerischen Recht.

Schweizer reprend la distinction de Wieland entre droit de gage attaché à une créance et droit de gage sans créance.

Les droits de gage sans créance ne naissent que par l'acquisition du titre en propriété par un tiers.

Ils apparaissent auparavant comme une garantie (Haftung) pour une créance éventuelle sans qu'il faille cependant attribuer une trop grosse importance à cette désignation.

Ce qui est important c'est de fixer la particularité du droit de gage du propriétaire par rapport aux théories

de l'existence formelle, de la vraie hypothèque. Dans l'hypothèque du propriétaire, le propriétaire apparaît comme représentant du droit de gage, mais ne peut pas exercer les pouvoirs d'un créancier gagiste.

Le nantissement des cédules hypothécaires du propriétaire ne peut être construit juridiquement. Les constructions de la jurisprudence et de la doctrine se révèlent toutes comme des fictions. La pratique de cette sorte de nantissement semble définitivement admise en droit suisse. Dès lors il n'y a qu'à s'incliner devant cette erreur triomphante. La question de la construction du droit de gage sur les titres du propriétaire doit donc céder le pas à la question plus importante de savoir comment on peut réglementer ce rapport de droit, dans quelle mesure et jusqu'à quel point les principes généraux du droit de gage et les dispositions du gage mobilier ou du gage sur les papiers-valeurs peuvent être admis et employés.

Cette sorte de gage apparaît au point de vue économique comme un mode tout à fait spécial. Il s'agit ici de la mise en gage de son propre crédit. Ce mode de garantie ne doit pas être exclu pour lui-même. Ce que l'on doit empêcher ce sont les risques de mauvaises réalisations qui en résultent.

Schweizer propose de remédier aux dangers de la double poursuite en accordant au constituant le droit inaliénable d'obliger, par voie de plainte à l'Autorité de surveillance, le créancier nanti à poursuivre directement en réalisation de gage immobilier, aussitôt que l'on doit craindre que la réalisation habituelle ne conduise à une aggravation disproportionnée de la situation du débiteur.

Cette solution ne nous paraît pas réalisable dans la pratique.

Au moment où l'Autorité de surveillance aurait à se prononcer, elle ne pourrait que supposer un résultat et ne pourrait ainsi fonder sa décision sur des données certaines.

GEORG GAUTSCHY.

Beitrag zur Theorie des Eigentümergrundpfandes nach Schweiz. Z. G. B.

Gautschy met à la base de sa construction de l'hypothèque du propriétaire la distinction entre Schuld et Haftung, introduite par Ihering.

Il distingue dans chaque lien de droit l'élément de dette (Schuld) de celui de garantie (Haftung).

La Schuld c'est la dette personnelle ; la Haftung c'est les biens qui peuvent être exécutés.

« Die Schuld ist der Zustand eines rechtlichen Sollens. »

« Die Haftung ist der Zustand eines Einstehenmüssen. »

Il n'est pas nécessaire que les deux éléments Schuld et Haftung existent simultanément dans un lien de droit. La Haftung dépend de la possibilité et non pas de l'existence effective de la Schuld. On peut alors garantir (haften) avant de devoir (schulden) et l'on peut aussi garantir sans jamais devoir.

La responsabilité personnelle n'est pas un élément essentiel de l'hypothèque. La garantie réelle suffit (voir Huber, Erläuterungen z. Vorentwurf, page 60).

La cédula hypothécaire contient un rapport d'obligation et un rapport réel. Le rapport d'obligation est le Schuld-

zustand avec les pouvoirs subjectifs qui y sont attachés. Le rapport réel est le *Haftungszustand* de la chose, le droit de gage.

L'hypothèque du propriétaire du droit suisse ne contient pas de *Schuld*, ni comme droit objectif, ni en relation avec les droits subjectifs. Gautschy en arrive ainsi aux conclusions suivantes :

La *Gült* du propriétaire est une garantie réelle sous forme de droit réel restreint qui produit des effets de droit subjectif, vis-à-vis de tous ceux qui y portent atteinte, mais non pas sur l'objet du gage.

La cédula hypothécaire du propriétaire est une garantie réelle, constituée comme la *Gült* du propriétaire, mais avec la responsabilité personnelle du propriétaire du gage en plus, pour garantir la qualité de la sûreté réelle.

L'objet du gage en cas de nantissement du titre du propriétaire n'est pas la créance incorporée dans le titre, car cette créance n'existe pas encore, mais c'est l'immeuble lui-même.

Gautschy condamne l'admission d'une double insuffisance de gage ensuite de la réalisation successive du titre et de l'immeuble.

Il distingue deux cas :

- lorsque le titre est acquis par le créancier nanti,
- lorsque le titre est acquis par un tiers.

Dans le premier cas, une double insuffisance ne peut être admise pour trois raisons :

- parce qu'il est absurde d'accorder au créancier nanti, qui par la réalisation du titre est devenu créancier hypothécaire, une insuffisance de gage, alors que de

- par le titre le propriétaire garantit déjà personnellement la suffisance du gage immobilier ;
- parce que la valeur effective du gage n'est pas déterminée par la réalisation du titre qui n'a pour effet que de faire naître une créance, mais bien par la réalisation de l'immeuble ;
 - parce que l'acquisition du titre en propriété par le créancier nanti — qu'elle ait lieu directement ou par l'intermédiaire de l'office — a pour effet d'éteindre par novation l'obligation primitive, article 855 C. C. S.

Lorsque le titre est acquis par un tiers, une insuffisance de gage devra être admise, mais elle ne pourra pas être supérieure à celle qui pourrait résulter de l'émission en propriété du titre par le propriétaire, puisque le créancier nanti ne possède un droit de gage que sur la Haftung, c'est-à-dire sur l'immeuble.

Dès lors Gautschy désirerait que la loi procurât au propriétaire la possibilité de placer le créancier nanti devant l'alternative suivante :

Ou vous acquerez vous-même le titre et vous fixerez la valeur effective du gage par une réalisation postérieure de l'immeuble.

Ou vous demandez la réalisation séparée du titre et alors une créance en insuffisance de gage ne pourra être admise que s'il résulte de la réalisation subséquente du gage immobilier, que le créancier nanti n'aurait pas pu couvrir sa créance, même s'il avait acquis lui-même le titre.

La construction que Gautschy donne de l'hypothèque du propriétaire repose sur la notion de Schuld et de Haftung

qui n'est pas strictement déterminée dans le droit moderne. La Haftung n'est ni un droit subjectif, ni un droit objectif. Si les constructions qui se fondent sur cette distinction résolvent certains problèmes juridiques ardues, il ne nous paraît cependant pas que l'on puisse en déduire sans risque l'existence de certains droits. De plus l'application pratique de la solution de Gauschy nous paraît irréalisable.

L'HYPOTHÈQUE DU PROPRIÉTAIRE DU DROIT SUISSE

L'hypothèque du propriétaire du droit allemand, comme d'ailleurs les titres hypothécaires des anciens droits cantonaux, étaient avant tout destinés à empêcher les créanciers hypothécaires postérieurs de profiter de la part de valeur de l'immeuble devenue vacante par l'extinction d'un droit de gage immobilier antérieur.

Pour l'hypothèque du Code civil suisse, cette fonction est déjà remplie par le système des cases fixes.

Le droit allemand, au surplus, ne connaît pas le crédit hypothécaire au porteur, qui est une singularité de notre droit.

La *ratio legis* de l'hypothèque du droit allemand est donc entièrement différente de celle du droit suisse.

Les constructions proposées par la doctrine allemande ne peuvent s'appliquer sans autre à l'hypothèque du propriétaire de notre droit.

Ainsi que nous l'avons exposé dans notre introduction, le Code civil a institué les titres hypothécaires abstraits.

Il a permis de créer par simple déclaration unilatérale de volonté un titre hypothécaire indépendant de la cause de la créance — cédula hypothécaire au porteur —. Il a aussi autorisé le transfert des titres nominatifs par simple endossement, c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire que la cause de la cession soit documentée par acte authentique et inscrite au registre foncier.

Les cédules hypothécaires et les lettres de rente que l'article 859 appelle nominatives, sont donc en réalité des titres à ordre.

Ce système ne peut se concevoir sans l'hypothèque du propriétaire. En effet, une cédula au porteur ou à ordre est destinée à des transactions fréquentes. Lors du paiement de la dette par le débiteur, le titre revient au propriétaire et nous sommes alors en présence de ce que la doctrine appelle l'hypothèque du propriétaire.

Le législateur suisse a non seulement autorisé le propriétaire à négocier à nouveau un titre qui a circulé, sans procéder à de nouvelles inscriptions (article 863), mais encore il l'a autorisé à créer des cédules hypothécaires et des lettres de rente en son propre nom. Il n'a cependant pas précisé quels sont les droits et les obligations que confèrent ces titres au propriétaire. Dès lors la question se pose de savoir si le législateur a entendu exclure totalement le principe de la confusion pour l'hypothèque du propriétaire et conférer au propriétaire les mêmes droits que ceux qu'il accorde au tiers créancier, ou s'il ne l'a pas voulu.

Nous allons pour cela examiner rapidement les dispositions légales qui se rapportent à l'hypothèque du propriétaire.

L'article 118, al. 1 C. O., qui consacré en droit suisse le principe de l'extinction des droits par confusion, stipule :

« L'obligation est éteinte par confusion, lorsque les qualités de créancier et de débiteur se trouvent réunies dans la même personne ».

L'alinéa 3 réserve cependant :

« les dispositions spéciales sur le gage immobilier et les papiers-valeurs ».

La disposition spéciale sur le gage immobilier, c'est l'article 863 C. C. S., qui porte la marginale : « extinction. A défaut de créancier », et est ainsi libellé :

« S'il n'y a pas de créancier ou si le créancier renonce à son gage, le débiteur peut, à son choix, faire radier l'inscription ou la laisser subsister ».

« Il peut négocier de nouveau le titre rentré en sa possession ».

Le texte et la marginale de l'article 863 sont donc catégoriques : lorsque le titre est en mains du propriétaire, il n'y a plus de créancier.

Certains auteurs se sont fondés sur l'article 859 C. C. S. pour en déduire l'existence d'une créance du propriétaire. L'article 859 porte la marginale « désignation du créancier ».

Il dit : « La cédule hypothécaire et la lettre de rente sont nominatives ou au porteur ».

« Elles peuvent être créées au nom du propriétaire lui-même. »

L'article 859 détermine uniquement *la forme* en laquelle les titres peuvent être dressés. Il ne parle pas des droits que le titre confère au propriétaire.

L'interprétation qu'en ont donnée les auteurs de la

Suisse alémanique est en contradiction flagrante avec l'article 863 déjà cité.

L'article 815 par sa situation dans les dispositions générales sur le gage immobilier doit être considéré comme la pierre d'angle de toute construction de l'hypothèque du propriétaire.

Cet article fixe les droits du propriétaire en cas de réalisation de l'immeuble.

Sous la marginale : Cases libres, l'article 815 stipule :

« Lorsqu'un droit de gage a été constitué en rang postérieur et qu'il n'en existe pas d'autre qui le prime, ou que le débiteur n'a pas disposé d'un titre de gage antérieur, ou que la créance antérieure n'atteint pas le montant inscrit, le prix de l'immeuble est en cas de réalisation attribué aux créanciers garantis, selon leur rang et sans égard aux cases libres. »

La loi décide donc qu'aucune part dans la réalisation du gage n'est attribuée au titre du propriétaire dont il n'a pas disposé.

Un gage immobilier ne peut se concevoir sans le droit de prendre part au produit de la réalisation de l'immeuble. Il ne peut y avoir d'hypothèque qui donne droit à une garantie, et d'autres qui n'y donnent pas droit.

Puisque la case hypothécaire occupée par une hypothèque du propriétaire est considérée comme libre lors de la réalisation de l'immeuble et que le prix de réalisation afférant à cette case revient aux créanciers hypothécaires postérieurs, l'hypothèque du propriétaire ne peut être considérée comme une vraie hypothèque, en ce sens qu'elle ne donne pas au propriétaire les droits qu'elle donne à un tiers créancier.

Il résulte de notre examen que les dispositions sur l'hypothèque du propriétaire, insérées dans notre code, l'ont été dans le but d'assurer la mobilité des titres hypothécaires, c'est-à-dire de supprimer les coûteuses inscriptions successives et les actes authentiques qu'elles nécessitent.

Pour satisfaire à cette fonction, il n'est pas nécessaire d'annihiler le principe de l'extinction des obligations par confusion. Il suffit de le paralyser dans la mesure où il empêcherait un transfert efficace du titre.

Aucune disposition de notre code n'exclut impérativement ce principe et aucune disposition ne milite pour l'admission d'une cédula hypothécaire du propriétaire conférant au propriétaire tous les pouvoirs qu'elle conférerait à un tiers.

Une disposition impérative aurait été nécessaire pour renverser un principe que notre code consacre dans ses dispositions générales.

L'hypothèque du propriétaire se différencie donc de l'hypothèque du tiers créancier par le fait qu'elle ne procure pas au propriétaire des pouvoirs différents de la propriété sur la chose.

* * *

Ce qu'on appelle donc en droit suisse par une terminologie malheureuse l'hypothèque du propriétaire, c'est le fait pour le propriétaire d'avoir à sa disposition une garantie immobilière attachée à un titre abstrait, qui ne lui confère à lui-même aucun droit, mais bien la possibilité, chaque fois qu'il a besoin d'argent, d'en obtenir sur cette garantie immobilière constituée une fois pour toutes.

IMPOSSIBILITÉ D'UN DROIT DE GAGE MOBILIER SUR LES TITRES DU PROPRIÉTAIRE

Maintenant que nous avons exploré toutes les obscurités de la doctrine et de la jurisprudence sur le nantissement des cédulas hypothécaires, le moment est venu de prendre position sur ce terrain couvert d'embûches et de chausse-trapes. Nous ne donnerons pas la chasse à tous les arguments avancés par les partisans du nantissement des cédulas hypothécaires du propriétaire.¹

Comme Wieland, nous sommes persuadé que ceux qui cherchent à construire juridiquement le nantissement (et la saisie des cédulas hypothécaires du propriétaire) cherchent la quadrature du cercle.

M. Guisan, dans son étude, a souligné avec trop d'auto-

¹ C'est ainsi que nous désignons ce qu'en allemand nos Confédérés nomment *Eigentümergepfändtitel*, expression traduite dans l'O. R. I. art. 35 et 126 par *titres de gage créés au nom du propriétaire*, expression inexacte pour désigner les titres nominatifs ou au porteur que le propriétaire a à sa disposition, soit parce qu'il ne s'en est pas encore dessaisi (C. C. S. art. 859), soit parce qu'il en a recouvré la possession (C. C. S. art. 863, al. 2).

rité l'erreur des partisans du nantissement des cédules hypothécaires qui font litière du principe de la confusion pour que nous reprenions ses arguments. Nous croyons comme lui à l'impossibilité d'une créance sur soi-même et nous contestons toute valeur aux explications de Leemann qui voit dans la cédule hypothécaire une créance objective, sans sujet, une « *Verselbständigung der Gläubigerrechte im Papier* ».

Les constructions qu'a données le Tribunal fédéral du nantissement des cédules hypothécaires du propriétaire dans les arrêts de principe concordent à considérer ce droit de gage comme un droit de gage mobilier sur une créance.

Or, il ne peut exister de créance aussi longtemps que le propriétaire a le titre en mains.

Nous ne pouvons admettre avec le Tribunal fédéral que la créance naisse par la mise en nantissement du titre, car le créancier nanti n'a reçu qu'un droit de gage. Les qualités de créancier et débiteur demeurent confondues sur la tête du propriétaire tant que la cédule n'a pas été émise en propriété.

Le droit de gage sur une créance future ne peut pas non plus être admis. Si la créance ne naît que par l'adjudication du titre dans la poursuite en réalisation, le propriétaire ne peut être considéré que comme débiteur de cette créance future et n'a pu en cette qualité mettre en gage la créance qu'un tiers possédera contre lui à l'avenir.

Le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Kesselring*, justifie l'admission du nantissement des titres au porteur par la nécessité de protéger les tiers de bonne foi. Le résultat

cherché est hautement louable, mais ne peut-il être atteint que par cette théorie ?

On peut expliquer l'obligation du débiteur de payer des titres au porteur, qu'il a fait préparer à l'avance, et qui sont malgré lui entrés en circulation, sans pour cela admettre l'existence d'une créance dès la création du titre.

Cette obligation, c'est la loi qui l'impose au créateur du titre au porteur à raison du risque qu'il fait courir au public en établissant à l'avance pour sa commodité le signe parfait d'un droit avant qu'ait eu lieu l'opération juridique donnant naissance à ce droit. C'est l'explication qui prévaut en Allemagne pour les titres au porteur.

C'est ainsi qu'Enneccerus dans son *Lehrbuch für deutsches Recht*, Marburg 1928, paragraphe 429, dit :

« Der einseitige Ausfertigungsakt der Inhaberschuldverschreibung ist zwar das die Verpflichtung begründende Rechtsgeschäft. Er kann aber die Forderung, *da diese nur dem Eigentümer des Papiers zusteht nicht eher begründen, als bis ein von dem Aussteller des Papiers verschiedener Eigentümer vorhanden ist*. Die Forderung aus der Schuldverschreibung kommt daher erst zustande sobald das *Eigentum des Papiers auf irgend eine Weise auf eine andere Person als der Aussteller übergeht.* »

Cette solution du droit allemand protège donc les tiers de bonne foi sans autoriser les abus que la jurisprudence suisse considère comme inhérents à cette protection.

Il serait fastidieux de relever un à un tous les embarras dont fourmille l'argumentation de ceux qui admettent

le nantissement des titres du propriétaire comme impliquant le nantissement d'une créance contre le propriétaire.

Les uns pour justifier leur postulat sont obligés de recourir à des métaphores sans grande valeur scientifique, et les autres ont renié les grands principes qui sont à la base du droit.

Je ne me hasarderai pas à prendre position dans le débat maintenant centenaire des droits sur sa propre chose, mais je désire ramener cette matière particulièrement obscure à une question très simple, qui n'a, croyons-nous, pas encore été exposée par ceux qui combattent le nantissement des cédules hypothécaires du propriétaire.

Je commencerai pas un axiome :

Nul ne peut donner en gage qu'un élément de son actif.

Cette prémisse est pour nous l'évidence même. Le contrat de gage a pour effet d'assurer l'exécution d'une obligation en conférant à un créancier le droit de provoquer la réalisation d'un objet déterminé qui est isolé du patrimoine du constituant. Cet objet est donc nécessairement un actif.

Les cédules hypothécaires du propriétaire constituent-elles un actif dans le patrimoine de celui qui les a créées ? Non.

Dépouillée de l'élément garantie immobilière, la cédule hypothécaire du propriétaire est en tous points assimilable à une obligation au porteur qui se trouve en mains de son créateur.

Le Tribunal fédéral avant d'avoir à s'occuper des

cédules hypothécaires du propriétaire a examiné la question du nantissement d'obligations au porteur non encore émises.

Dans l'arrêt Kesselring, le Tribunal fédéral a admis que des obligations au porteur qui n'avaient pas encore été émises valaient quelque chose dans les mains de leur créateur, mais moins que leur valeur nominale. Il dit au considérant 4 : « Mais comme en l'espèce la remise en gage des obligations au demandeur, a eu lieu exactement en même temps que le prêt consenti par lui en faveur de la débitrice — *prêt dont le montant dépassait sensiblement la valeur réelle de ces obligations...* » ¹

Pour nous, c'est l'évidence même, ces obligations n'avaient alors *aucune valeur* et elles ne représentaient aucun élément d'actif dans les mains de leur créateur. C'était de la maculature.

Admettre qu'un débiteur qui confectionne des obligations au porteur qui ne sont autre chose que des reconnaissances de dettes élevées au rang de papiers-valeurs, augmente son actif d'autant, c'est admettre qu'on augmente sa fortune en se déclarant débiteur. C'est un non sens.

Si l'on augmentait sa fortune de cette manière, il serait difficilement compréhensible que tout le monde ne fût pas riche à millions.

Les obligations au porteur qui se trouvent dans la main de celui qui les a créées, représentent dans sa fortune *zéro*.

¹ Le prêt était de Fr. 62 400,—, et l'établissement débiteur le garantissait entre autres par le nantissement de 75 obligations de Fr.1000,—, qu'il n'avait pu placer !

Le Tribunal fédéral en admettant que le droit de gage constitué sur des obligations au porteur non encore émises porte sur une créance que possède le créateur du titre sur lui-même, a autorisé la constitution d'un droit de gage sur ce qui deviendra un *élément du passif*.

En effet, lors de la poursuite en réalisation de son gage, le créancier gagiste est désintéressé sur la somme que paie un tiers (ou lui-même) pour obtenir l'adjudication du titre, c'est-à-dire pour devenir créancier du débiteur. Il est donc garanti non pas par un actif déjà existant dans le patrimoine du débiteur poursuivi, mais par la contre-valeur de la création d'un passif à son détriment. Ce mode de garantie est contraire à la nature des choses et n'est prévu par aucune loi ¹.

Cette impossibilité reconnue par les Ordonnances du Tribunal fédéral.

Quoique puisse dire la doctrine, quoique pense le Tribunal fédéral, la conception d'un droit de gage mobilier portant sur le titre de la cédule, est en contradiction absolue avec les règles fixées par le Tribunal fédéral pour la réalisation des titres du propriétaire dans l'Ordon-

¹ Les seuls biens que notre code permet de constituer en gage indépendamment des meubles naturels sont les créances et autres droits aliénables. (C.C.S. 899.)

nance sur l'administration des offices de faillite du 13 juillet 1911 et dans l'Ordonnance sur la réalisation forcée des immeubles du 23 avril 1920.

L'article 76 Ord. Faill. dit :

« Les titres de gage ayant trait à des créances garanties par les immeubles du failli et que celui-ci a mis en gage, ne doivent pas être réalisés aux enchères séparément, mais les conditions d'enchères des immeubles exigeront le paiement comptant des dites créances et les titres en seront annulés après les enchères. »

L'article 126 O. R. I. ordonne :

« Les créances garanties par le nantissement de titres de gage, créés au nom du propriétaire lui-même, seront colloquées comme garanties par gage mobilier tandis que les titres de gage donnés en nantissement seront inscrits au nombre des créances garanties par gage immobilier pour le montant pour lequel la créance garantie par nantissement a été colloquée, mention étant faite d'ailleurs de la collocation du gage mobilier.

» Si la créance garantie par gage mobilier est inférieure au montant du titre de gage immobilier qui a été donné en nantissement, la différence ne sera pas colloquée comme gage immobilier. »

Comment peut-on justifier la disposition de l'article 76 Ord. Faill. si le gage porte sur une créance ? L'article 219, al. I L. P. spécifie clairement que les créances garanties par gage sont colloquées par préférence sur le produit du gage. Comment peut-on admettre un droit de gage sur une créance alors que le créancier gagiste est colloqué non sur la créance, mais sur l'immeuble ?

Le Tribunal fédéral nous paraît commettre une contradiction flagrante :

- tantôt il admet (Ord. Faill.) que le gage du créancier nanti porte non sur la créance, mais directement sur l'immeuble, et c'est ainsi qu'appliquant l'article 219 al. 1, L. P., il fait réaliser *l'immeuble* au profit du créancier,
- tantôt il prétend (dans la jurisprudence citée ci-dessus) que le gage porte non sur l'immeuble mais sur la créance et alors il viole manifestement, dans l'Ord. Faill., l'article 219, al. 1. L. P. en faisant réaliser non la créance, objet même du gage, mais l'immeuble qui n'est pas cet objet.

L'ordonnance sur l'administration des faillites date de 1911, c'est-à-dire d'avant l'entrée en vigueur du C. C. S. Depuis lors le Tribunal fédéral a rendu la série d'arrêts que nous avons cités où il admet la nature mobilière du gage sur les cédules hypothécaires du propriétaire, devenues institution du C. C. S. Dans de nombreux arrêts, il a proclamé que l'objet du gage était la créance incorporée dans le titre, c'est-à-dire un gage mobilier.

En 1920, il a édicté l'Ordonnance sur la réalisation des immeubles. En élaborant cette ordonnance, le Tribunal fédéral a sans doute remarqué l'opposition flagrante entre sa jurisprudence et l'article 76 Ord. Faill. et cherché à la dissimuler. Le fruit de ce travail est l'article 126 O. R. I. Ici le Tribunal fédéral ordonne de colloquer la créance garantie par le nantissement de titres du propriétaire comme créance garantie par gage

mobilier et d'inscrire les titres donnés en nantissement au nombre des créances garanties par gage immobilier, non pour leur montant, mais pour le montant pour lequel la créance, garantie par nantissement, a été colloquée, avec renvoi à la collocation du gage mobilier.

D'après cette disposition le préposé aux faillites colloquera donc le titre, réduit à la valeur de la créance garantie, comme gage immobilier alors qu'il ne fera que mentionner pour mémoire cette créance parmi celles garanties par gage mobilier. Quelle peut-être la valeur de cette mention ? Modifie-t-elle en quelque manière la solution adoptée par le Tribunal fédéral à l'article 76 Ord. Faill. ? Non, cette mention n'est là que pour masquer la contradiction trop flagrante qui existe entre la jurisprudence et l'article 76 Ord. Faill. Cette mention n'a aucune valeur. Pourquoi le Tribunal fédéral n'a-t-il pas plutôt mis sa jurisprudence en accord avec l'Ord. Faill. ?

La solution actuelle du Tribunal fédéral consistant à ordonner la réalisation séparée des cédules du propriétaire lorsque celui-ci est poursuivi en réalisation de gage et la réalisation de l'immeuble en cas de faillite du débiteur est parfaitement illogique et illégale.

Il est inconcevable et inadmissible que le gage constitué sur la cédule par le propriétaire ait pu donner naissance à des droits différents selon le mode d'exécution forcée auquel sera soumis le débiteur.

Quelle que soit la situation du débiteur, le gage porte ou ne porte pas sur la créance incorporée dans le titre.

De deux choses l'une :

— ou bien la cédule hypothécaire du propriétaire est

un actif et alors rien n'autorise le Tribunal fédéral dans ses ordonnances à en interdire la réalisation séparée en cas de faillite du débiteur (219 al. 1, L. P.)

— ou bien la cédula hypothécaire n'est pas un actif et le Tribunal fédéral ne peut autoriser, dans la poursuite en réalisation du gage, la réalisation de la cédula comme créance, donc comme chose mobilière.

Le Tribunal fédéral a cherché à justifier la pétition de principe contenue dans ses ordonnances.

Dans l'arrêt Hörler il dit de l'article 76 Ord. Faill. :

« Cette prescription a pour but de remédier à un état de choses défectueux. »

Dans l'arrêt Meyer-Weill il explique :

« Le Tribunal fédéral s'est efforcé de réduire dans la mesure du possible les inconvénients de la double réalisation en édictant l'article 76 Ord. Faill. :

Nous voulons bien croire que le Tribunal fédéral se soit ému de la situation des propriétaires d'immeubles qui ont remis en gage des cédulas hypothécaires sur leur propre immeuble et nous l'en félicitons puisque nous partageons aujourd'hui encore sa commisération qui ne fut hélas qu'éphémère, mais nous sommes persuadés que le vrai motif qui a présidé à l'élaboration de ces dispositions a été l'impossibilité où se trouvait le Tribunal fédéral d'appliquer les règles de la L. P. à la théorie du droit de gage sur une créance.

Si l'objet du gage est la créance que constate le titre, c'est-à-dire un objet mobilier, les règles impératives de la L. P. exigent que cette créance soit réalisée comme telle.

D'autre part ne peuvent participer à la faillite que les créances qui sont nées avant son ouverture. (197, 198 L. P.)

L'acquéreur de la cédule hypothécaire ne peut donc participer à la réalisation des actifs de la masse. Il ne se trouvera dès lors aucun amateur pour acheter un titre qui ne lui confère aucun droit. La conséquence de l'admission d'un droit de gage sur une créance que posséderait le débiteur contre lui-même est donc l'impossibilité de réalisation du titre en cas de faillite du débiteur. Cette conséquence est pour nous une nouvelle preuve du fait que la cédule hypothécaire du propriétaire n'est pas un actif et qu'elle ne peut être remise en gage.

En résumé, nous ne pouvons admettre que les titres au porteur, quels qu'ils soient, puissent être donnés en gage par celui qui les a créés. Une telle opération est une atteinte à la logique.

Cependant la jurisprudence du Tribunal fédéral existe et risque bien d'être immuable pour des raisons que la raison ne connaît pas. Cette solution, comme nous l'avons montré lorsque nous avons étudié les cas pratiques tirés de la jurisprudence, conduit souvent à des désastres pour le débiteur et pour les créanciers ordinaires. Ce qui fait le malheur des uns, fait le bonheur des autres et c'est pourquoi nous voyons les banques pratiquer de nos jours ce crédit sur une grande échelle et tenter même de le substituer au crédit hypothécaire normal.

A BON ENTENDEUR SALUT

La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral n'est cependant pas désastreuse pour tous les propriétaires qui ont remis en gage les cédules hypothécaires qu'ils possèdent sur leurs propres immeubles. Ce sont les débiteurs dans l'embarras, d'une solvabilité compromise qu'elle atteint.

Or, la L. P. et les ordonnances suffisent pour sauver ces débiteurs menacés, mais le remède est trop peu connu et trop peu pratiqué.

Que les débiteurs poursuivis en réalisation de la cédule qui désespèrent de pouvoir s'acquitter se souviennent donc de l'article 191 L. P. et qu'ils se réfugient dans la faillite que leur ouvre cet article secourable ! Alors conformément à l'article 198 L. P. le gage du créancier poursuivant rentrera dans la masse et l'immeuble sera réalisé directement en application de 76 Ord. Faill. 11 et 126 O. R. I.

Ainsi le débiteur se verra protégé contre la jurisprudence du Tribunal fédéral par la L. P. et les ordonnances.

Sans doute, serait-il préférable de voir le Tribunal

fédéral admettre la théorie de M. Guisan et faire porter le gage directement sur l'immeuble, puisque le propriétaire en se dessaisissant de la cédule s'est privé de la faculté de profiter de la case libre et de la possibilité de radier son inscription. Mais le Tribunal fédéral a foudroyé, sinon de façon irréfutable, du moins avec tant de mauvaise humeur, le Tribunal cantonal neuchâtelois dans l'arrêt Meyer-Weill, qu'il est bien inutile d'attendre que l'orage s'apaise. Conseillons donc au débiteur de se précipiter dans la faillite, puisque c'est là le seul refuge que, bon gré mal gré, notre tribunal suprême est obligé de lui laisser.

BIBLIOGRAPHIE

- BEKKER E. J.** : Von den Rechten an eigener Sache (*Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft*, vol. II, p. 11 ss).
- BRUCK E.** : Die Eigentümerhypothek (Abhandlung z. Priv. R. u. Ziv. Proz. von O. Fischer, vol. 10, cahier 2, 1903).
- EGGER** : Grundeigentumsordnung und Grundpfandrecht (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft XII, Zürich 1906).
- Erläuterungen* : z. Vorentwurf, vol. II, Sachenrecht, Berne 1914.
- ESCHER A.** : Beiträge zur Kenntnis des zürcherischen Grundpfandrechts (Abhandlg. zum schweiz. Recht, herausgegeben v. Gmür, cahier 8).
- FALK Ludwig** : Die Form der Hypothekargeschäfte bei den Schweiz. Kantonalbanken (Dissertation Berne 1900).
- GIERKE O.** : Deutsches Privatrecht. Vol. II. Systemat. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, 2 Abt., 3 Teil. Leipzig 1905.
- GAUTSCHY Georg** : Beitrag zur Theorie des Eigentümergrundpfandes nach schweiz. Z.G.B. (Dissertation Zurich 1928.)
- GUISAN François** : Le nantissement et la saisie des cédules hypothécaires et lettres de rentes appartenant au propriétaire même de l'immeuble grevé. Lausanne 1926 et J. T. 1926, p. 194.
- GUHL Th.** : Die Verselbständigung des dinglichen Rechts im schweiz. Zivilgesetzbuch (Festgabe der jurist. Fakultät Bern für E. Huber 1919).
- HUBER Eugen** : Die Eigentümerdienstbarkeit, Festschrift für... Fitting, Berne 1902. — Die Entwicklung der Gült zur modernen Hypothek. Arch. für Rechts- und Wissenschaftsphilosophie

- (Kohler XII, Berlin u. Leipzig 1918). — System und Geschichte des schweiz. Privatrecht, Bâle 1886/93. — Betrachtungen über die Vereinheitlichung und Reform des schweiz. Grundpfandrechts, Bâle 1898. — Zum schweiz. Sachenrecht (Abhandlg. z. schweiz. R. Herausg. v. Gmür, cahier 58, Berne 1914).
- JACOBI E. : Das Wertpapier als Legitimationsmittel (Abhdlg. z. Priv. R. und Ziv. Proz., Vol. XIV, cahier 1).
- JÄGER C. : Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Edition française, Lausanne 1920.
- IHERING v. : Passive Wirkungen der Rechte. Iherings Jahrb. f. Dogmatik, vol. II, Jena 1871.
- LEEMANN : Kommentar z. schweiz. Z. G. B., vol. IV. Sachenrecht Berne 1925.
- MEIER Erwin : Das Eigentümergrundpfand des Z. G. B. mit Berücksichtigung des B. G. B. Zofingen 1917 (Dissertation de Leipzig).
- MEYER v. SCHAUNSEE : Das Eigentümergrundpfandrecht des Z. G. B. Zeitschrift für Schweiz. Recht. Vol. 37, p. 389.
- MEYER Ernst : Schuldbrief und Gült nach den schweiz. Z. G. B. Entwürfen v. 1900 u. 1904. Zürcher Beiträge z. Rechtswissen. IX, p. 81 ss. Zürich 1905 (Dissertation).
- MEYER Hans : Das vertragliche Pfandrecht an Wertpapieren. Dissertation, Bâle 1927.
- MORGENTHALER Willy : Schuldbrief und Gült. (Zeitschr. des Bernischen Juristenvereins, vol. 57, p. 537.)
- PLANTA A. : Beitrag zur Kenntnis des deutschschweizerischen Hypothekarrechtes. Dissertation, Zürich 1883.
- Protokolle der grossen Expertenkommission. Vol. III.
- PUNTSCHART P. : Pfandrechte an eigener Sache (Festschrift für Amira), Berlin 1908.
- ROSSEL et MENTHA : Manuel du droit civil suisse. Lausanne 1922.
- SCHWEIZER Samuel : Die Verpfändung von Eigentümergrundpfandforderungen nach schweizerischem Recht. Thèse de Bâle 1926 (dactylographiée).
- SCHNYDER v. WARTENSEE : Errichtung von Schuldbrief und Gült für den Verkehr. Dissertation, Berne 1922.
- SIDLER : Die Gült nach Luzerner Recht. Dissertation, Berne 1897.

- TRÜMPI H.** : Der Gläubigerwechsel bei den Grundpfandtiteln des Z. G. B. (Abhandlg. z. schweiz. Recht, vol. 60. Dissertation, Berne 1915).
- TUOR P.** : Das neue Recht. Zürich 1912.
- TUHR Andreas v.** : Commentaire de la partie générale du C. O., traduction française de Torrenté et Thilo, Lausanne 1929. — Eigentumsübertragung nach Schweiz. Recht (Zeitschrift für schweiz. Recht, vol. 40, p. 40).
- WIELAND** : Commentaire du C. C. S. Les droits réels dans le C. C. S. Traduction française de Bovay et Giard. Paris 1913. — Zur Vereinheitlichung des Grundpfandrechts. Zeitschrift f. schweiz. Recht, vol. 22, p. 3.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
Jurisprudence fédérale	10
Doctrine	37
L'hypothèque du propriétaire du droit suisse	58
Impossibilité d'un droit de gage mobilier sur les titres du propriétaire	63
Cette impossibilité reconnue par les ordonnances du tribunal fédéral	68
A bon entendeur salut	74
BIBLIOGRAPHIE	76