

notarié (1). Le principe est très-vrai, mais il ne reçoit pas d'application aux actes solennels, tels que l'hypothèque. Il faut, pour l'existence même de l'hypothèque, que les parties donnent leur consentement dans un acte notarié; donc le contrat qui intervient en justice ne peut pas engendrer d'hypothèque. La question a été décidée en ce sens lors de la discussion du projet de loi au sein de la chambre des représentants. M. Jullien formulait la difficulté en ces termes. Le débiteur s'engage à donner hypothèque sur des biens déterminés : le créancier pourra-t-il poursuivre l'exécution de cette promesse, et le jugement qui interviendra confère-t-il l'hypothèque comme tenant lieu d'hypothèque conventionnelle? Il nous semble que la question n'est pas bien posée. Elle semble s'identifier avec la première hypothèse que nous avons prévue ci-dessus (n° 453). Il faut donc supposer une simple promesse qui doit être réalisée plus tard.

La question fut soumise à la commission de la chambre; elle fut résolue négativement. « L'hypothèque ne pouvant résulter d'un jugement, il est évident que le juge ne peut ordonner l'exécution de la promesse à l'effet de conférer un droit hypothécaire. Mais le créancier est autorisé à réclamer immédiatement le remboursement de la somme prêtée (art. 1188 et 1912, 2°). En conséquence, le juge déclarera qu'à défaut de consentir hypothèque par acte régulier dans le délai qu'il fixera, le débiteur sera tenu de rembourser le capital emprunté (2). » La solution est très-exacte; seulement le rapporteur s'exprime mal en disant que le juge ne peut ordonner l'exécution de la promesse; il doit, au contraire, l'ordonner, puisque tel est l'engagement contracté par le débiteur; mais, comme il s'agit d'une obligation de faire, le juge doit ajouter une condamnation éventuelle à des dommages-intérêts si la promesse d'hypothèque n'est pas remplie, et le créancier peut exiger le remboursement de la créance si la promesse d'hypothèque est la condition du contrat principal (n° 454).

(1) Cloes, *Commentaire*, t. II, p. 47, nos 1012 et 1013.

(2) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 289). Voyez, en ce sens, un jugement du tribunal de Marche, du 24 février 1855 (Cloes et Bonjean, *Jurisprudence des tribunaux*, t. IV, p. 910).

§ VI. Des contrats d'hypothèque passés à l'étranger.

456. L'article 2128 du code civil porte que les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités. Cet article a été vivement critiqué; la loi belge y déroge; mais, pour comprendre la portée de la dérogation, il importe de préciser en quel sens les contrats d'hypothèque reçus en pays étranger ne *donnent* pas hypothèque sur les biens de France. Il a toujours été de principe que les contrats passés à l'étranger n'étaient pas exécutoires en France; l'ordonnance de 1629 le disait : « Ces contrats, dit l'article 121, n'auront aucune *hypothèque* ni *exécution* en notre royaume. » Quant à la force exécutoire, le principe est fondé sur le droit public. Les actes s'exécutent au nom du chef du pouvoir exécutif, donc au nom de la souveraineté nationale; or, le souverain d'un Etat n'a aucun pouvoir dans les autres Etats; il est donc impossible que les actes déclarés exécutoires au nom d'une souveraineté étrangère reçoivent leur exécution en France. C'est en ce sens que le code de procédure porte (art. 546) : « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les *actes* reçus par les officiers étrangers ne seront susceptibles d'*exécution* en France que de la manière et dans les cas prévus par les articles 2123 et 2128 du code civil », c'est-à-dire qu'ils doivent être déclarés exécutoires par un *tribunal* français, sauf disposition contraire résultant des traités. L'article 2128 appliquait donc le droit commun en tant qu'il refusait *force exécutoire* aux contrats d'hypothèque reçus à l'étranger; mais il allait plus loin, il déclarait que les actes d'hypothèque passés à l'étranger ne conféraient pas hypothèque sur les biens situés en France. C'est ce principe qui a été critiqué et qui, en réalité, ne se justifie point. Un acte de vente reçu à l'étranger transfère la propriété des biens situés en France; pourquoi un acte d'hypothèque, qui est une aliénation partielle, ne serait-il pas valable? On ne peut pas dire que l'hypothèque conventionnelle est un

contrat de droit civil, puisqu'elle dépend entièrement de la volonté des parties contractantes. On ne peut pas se prévaloir du caractère solennel de cet acte, car la solennité consiste en formes; or, il y a un principe universellement admis en matière de formes, c'est qu'elles sont déterminées par la loi du pays où l'acte est reçu (1).

Ce sont ces considérations qui ont engagé les auteurs de la loi belge à admettre la validité des actes d'hypothèque reçus à l'étranger (2); tel est l'objet de l'article 77, qui est ainsi conçu: « A défaut de dispositions contraires dans les traités ou dans les lois politiques, les hypothèques consenties en pays étranger n'auront d'effet, à l'égard des biens situés en Belgique, que lorsque les actes qui en contiennent la stipulation auront été revêtus du visa du président du tribunal civil de la situation des biens. » Ainsi la loi belge déroge au code Napoléon en ce qui concerne l'effet qu'elle reconnaît aux actes reçus à l'étranger; ils ont effet en ce sens qu'ils produisent le droit d'hypothèque; c'est dire qu'ils sont valables, pourvu qu'ils aient été passés dans la forme authentique, l'authenticité étant requise pour l'existence de l'hypothèque. C'est pour constater que les formes prescrites par les lois étrangères ont été observées que la loi fait intervenir le président du tribunal. « Ce magistrat, dit le § 2 de l'article 77, est chargé de vérifier si les actes et les procurations qui en sont le complément réunissent toutes les conditions nécessaires pour leur authenticité dans les pays où ils ont été reçus. »

Il suit de là que la loi belge ne déroge pas à l'article 546 du code de procédure; elle ne dit pas que les actes reçus à l'étranger sont *exécutoires* en Belgique par cela seul qu'ils sont authentiques et que le président a constaté leur authenticité; elle dit seulement que ces actes ont effet à l'égard des biens situés en Belgique, c'est-à-dire qu'ils engendrent le droit d'hypothèque, tandis qu'ils n'avaient pas cet effet en vertu de l'article 2128 du code civil (3). On ne peut pas

(1) Comparez Duranton, t. XIX, p. 551, n° 362.

(2) Rapports de la commission spéciale de la chambre des représentants et du sénat (Parent, p. 40, 113 et 419).

(3) Jugement du tribunal de Liège, 22 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 3, 120).

dire que le *visa* du président leur donne force exécutoire; car ce *visa* n'est pas un jugement émané du tribunal, et l'article 546 (code de proc.) exige un jugement rendu par un *tribunal français*, qui rende exécutoire l'acte reçu par un officier étranger (1). Quand donc le créancier voudra exécuter l'acte d'hypothèque, il devra se conformer à l'article 546 du code de procédure.

457. Comment le président s'assurera-t-il que les actes reçus à l'étranger remplissent les conditions prescrites par la loi étrangère pour leur authenticité? Martou répond que le président puisera la preuve de l'authenticité dans les légalisations qui ont été apposées à l'acte par les autorités politiques (2). Le *visa* ne serait, d'après cela, qu'une pure formalité, le président ne faisant que constater que l'acte a été légalisé. Ce n'est pas là ce que la loi veut; elle veut qu'il soit judiciairement constaté que l'acte est solennel; or, la légalisation des autorités politiques ne constate que la vérité des signatures; ceux qui légalisent ne constatent point l'observation des formes exigées pour l'authenticité de l'acte. On demandera comment le président peut connaître toutes les lois étrangères. La réponse est très-simple: c'est au créancier hypothécaire qui demande le *visa* de prouver que l'acte qu'il produit est authentique et de faire connaître, par conséquent, les lois conformément auxquelles le contrat a été dressé.

458. L'article 77 exige le visa du président pour les actes qui contiennent constitution d'hypothèque. Parmi ces actes se trouvent les procurations, qui, comme le dit le § 2, sont le complément du contrat. Que faut-il décider si une procuration est donnée à l'étranger pour passer en Belgique un contrat d'hypothèque? La cour de Liège a jugé que la procuration, dans l'espèce, n'était point soumise au visa. Cette décision a été cassée, et elle devait l'être. Le consentement du débiteur doit être donné dans la forme solennelle; sur ce point, il ne saurait y avoir un doute; or, quand le débiteur donne une procuration pour constituer

(1) M. Lelièvre semble dire le contraire dans son rapport.

(2) Martou, t. III, p. 92, n° 989. Comparez Cloes, t. III, p. 53, n° 84.

hypothèque, son consentement résulte de la procuration; et le consentement donné à l'étranger n'a d'effet en Belgique qu'en vertu du visa du président. Tel est le principe consacré par la loi nouvelle, et il décide la question. Nous croyons inutile d'insister. L'arrêt a été cassé, dans l'intérêt de la loi, sur le réquisitoire du procureur général; M. Leclercq répond à tout ce que l'on pourrait objecter en faveur de l'opinion contraire (1).

459. La décision du président est soumise à l'appel (art. 77, § 3). Cette disposition a été introduite par le sénat; le rapporteur la justifie en ces termes: « Votre commission a considéré qu'il ne s'agissait pas d'une simple formalité; le président est appelé à interpréter une législation étrangère; il est donc nécessaire d'accorder au créancier un recours contre la décision qui refuserait le visa (2). » La loi dit que l'appel sera interjeté par requête adressée à la cour, qui statuera comme en matière d'appel de référé.

460. L'article 77 ajoute qu'il peut y avoir des dispositions contraires dans les traités ou dans les lois politiques, c'est-à-dire que les traités peuvent stipuler que les actes reçus à l'étranger dans la forme authentique auront effet en Belgique sans visa. Nous ne connaissons pas de traité pareil; et la raison en est simple, c'est que, dans ce système, le créancier serait sans garantie. Il pourrait, à la vérité, prendre inscription en vertu de l'acte d'hypothèque; mais les tiers intéressés conserveraient le droit de demander la nullité de l'hypothèque et, par suite, de l'inscription, en se fondant sur ce que les formes exigées par la loi étrangère n'auraient pas été observées; le créancier a donc intérêt à demander le visa du président, qui décidera la question d'authenticité; il prévendra par là un procès et assurera l'exercice de son droit. Les traités n'auraient d'utilité que s'ils dispensaient le créancier de recourir au tribunal pour rendre l'acte exécutoire; ce serait une dérogation au code de procédure (art. 546).

(1) Cassation, 15 janvier 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 104). Comparez, en sens contraire, Cloes, t. 111, p. 57, n^{os} 90-92.

(2) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 419).

L'article 77 suppose que cette dérogation pourrait aussi résulter de *lois politiques*. Cette expression est empruntée à l'article 2128; elle se trouve aussi dans l'article 2123. Nous ne savons ce que le législateur entend par là. Il n'y a pas de lois internationales, puisque les rapports entre les peuples souverains se règlent par des conventions. Une loi ordinaire pourrait sans doute déroger au principe des articles 2123 et 2128, mais cette loi n'aurait rien de *politique*.

§ VII. Qui peut consentir une hypothèque?

461. L'hypothèque est l'accessoire de l'obligation principale; elle est donc consentie régulièrement par le débiteur qui donne à son créancier une garantie réelle pour l'acquittement de sa dette. Toutefois un tiers peut constituer une hypothèque pour une dette dont il n'est pas tenu personnellement. Le fait que les biens d'une personne sont grevés d'hypothèque, sans que le propriétaire soit débiteur principal, est très-usuel; il se présente aussi souvent que le débiteur aliène l'immeuble qu'il a hypothéqué; dans ce cas, l'hypothèque est séparée de l'obligation personnelle, le débiteur continue à être obligé personnellement, tandis que le tiers détenteur n'est tenu que comme possesseur d'un immeuble grevé d'une hypothèque. Cela peut aussi arriver, dès le principe, au moment où l'hypothèque est constituée. Un tiers peut constituer une hypothèque pour le débiteur; la loi le dit du gage (art. 2077), et on doit le dire aussi de l'hypothèque, quoique la loi ne s'en explique pas, mais aussi aucune disposition de la loi ne s'y oppose; tout ce que l'article 73 (code civil, art. 2214) exige, c'est que celui qui consent une hypothèque conventionnelle ait la capacité d'aliéner les immeubles qu'il y soumet. Reste à savoir comment se fera l'inscription de l'hypothèque consentie par un tiers; nous y reviendrons.

On a comparé à une caution le tiers qui donne une hypothèque pour une dette dont il n'est pas personnellement tenu. Nous mettons nos jeunes lecteurs en garde contre ces comparaisons. La loi ne qualifie pas de caution le tiers