

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

qui hypothèque son immeuble pour sûreté d'une dette qu'il n'a point contractée, et la définition qu'elle donne du cautionnement n'autorise pas non plus cette qualification; la caution s'oblige à payer la dette quand le débiteur ne satisfait pas à son obligation (art. 2011), tandis que le tiers qui constitue seulement une hypothèque pour la sûreté de la dette n'est point débiteur. La différence est radicale. Nous en concluons que l'on ne peut pas appliquer au tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué des principes qui régissent la caution; notamment l'article 2037 n'est pas applicable, comme nous l'avons dit au titre qui est le siège de la matière (1) (t. XXVIII, n° 303).

462. Qui peut consentir une hypothèque? L'article 73 répond: « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent. » Cette disposition implique deux conditions: il faut être 1° propriétaire, et 2° capable d'aliéner.

N° I. IL FAUT ÊTRE PROPRIÉTAIRE.

463. L'article 73 (code civil, art. 2124) ne dit pas en termes formels qu'il faut être propriétaire pour pouvoir consentir une hypothèque, mais il le dit implicitement, en exigeant la capacité d'aliéner. En effet, le droit d'aliéner est un des attributs essentiels du droit de propriété; il n'y a que les propriétaires qui puissent aliéner; donc si la capacité d'aliéner est nécessaire pour pouvoir hypothéquer, il faut, par cela même, être propriétaire. L'article 78 (code civil, art. 2129) est plus explicite; il veut que l'acte d'hypothèque déclare spécialement la nature et la situation de chacun des biens actuellement *appartenant au débiteur*, sur lesquels il consent l'hypothèque. Et la loi ne le dirait pas, qu'il faudrait encore le décider ainsi, et sans doute aucun; c'est une conséquence du principe que l'hypothèque est un démembrement de la propriété, ou une aliénation

(1) Pont, t. II, p. 47, note 2. En sens contraire, Aubry et Rau, t. III, p. 260, note 1, § 266.

partielle; or, il n'y a que le propriétaire qui puisse démembrement la propriété ou l'aliéner partiellement (1).

464. Le principe reçoit cependant des exceptions. Il arrive parfois que celui qui n'est pas propriétaire ait néanmoins le pouvoir d'aliéner. Tel est le cas où une contre-lettre constate que le propriétaire apparent n'est qu'un prête-nom; cette contre-lettre ne peut pas être opposée aux tiers (art. 1321); à l'égard de ceux-ci, l'acte apparent fait foi, et, par suite, le propriétaire nominal est le véritable propriétaire; ce qui lui donne le droit d'aliéner (2) et, par tant, d'hypothéquer.

Au titre du *Contrat de mariage*, nous avons rencontré une autre exception. Quand la femme ameublit un immeuble pour une certaine somme, le mari ne peut l'aliéner qu'avec le consentement de la femme, mais il peut l'hypothéquer sans son consentement (art. 1507). La question de savoir si le mari est propriétaire de l'immeuble ainsi ameubli est controversée. Il y a un autre ameublement appelé indéterminé; l'article 1508 dispose que la communauté ne devient pas propriétaire des immeubles qui en sont frappés; néanmoins le mari peut les hypothéquer jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle les immeubles ont été ameublés. Nous renvoyons, sur ces points, au titre du *Contrat de mariage*.

La jurisprudence française admet une troisième exception quant aux hypothèques consenties par l'héritier apparent. Dans la doctrine contraire, que nous avons enseignée, l'héritier apparent ne peut faire aucun acte de disposition; par conséquent, il ne peut hypothéquer les biens de la succession: l'hypothèque est nulle comme étant consentie par celui qui n'est pas propriétaire de la chose (3). Nous exposerons plus loin les principes qui régissent l'hypothèque de la chose d'autrui.

465. L'associé peut-il hypothéquer l'immeuble qui appartient à la société? Il faut distinguer. Dans les sociétés

(1) Martou, t. III, p. 57, n° 952. Pont, t. II, p. 59, n° 624.

(2) Voyez mon tome XIX, p. 203, n° 189. Comparez les arrêts cités par Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1206, 1° et 2°.

(3) Voyez mon tome XIX, n° 562. Comparez Pont, t. II, p. 66, n° 631.