

qui échoient à la femme pendant le mariage, avec les droits éventuels dont parle l'article 64; une espérance n'est pas un droit, pas même éventuel. Les conventions matrimoniales déterminent, à la vérité, quels droits la femme aura sur les biens qui lui écherront, et quels seront les droits du mari ou de la communauté, mais le contrat de mariage ne peut donner aucun droit sur des donations futures ni sur des successions, à moins que les biens ne fassent l'objet d'une institution contractuelle. Le droit de la femme sur les donations et successions ne s'ouvre que pendant le mariage, au moment où la donation se parfait, ou au moment où la succession s'ouvre (n° 355).

L'article 67 donne encore comme exemple la cause de recours qui résulte de l'aliénation d'un *propre* de la femme. Il n'y a de *propres* que sous le régime de communauté, par opposition aux *acquêts* ou *conquêts*. Si un propre de la femme est aliéné, et que le prix en soit versé dans la communauté, la femme a une récompense, partant une *reprise*, lors de la dissolution de la communauté. Le droit que la femme a en vertu de l'article 67 se confond-il avec celui que l'article 64 qualifie de *reprises éventuelles*? Nous reviendrons sur cette difficulté qui concerne la spécialisation de l'hypothèque et le rang de la femme (n° 356).

Le troisième exemple que l'article 67 donne des droits qui naissent pendant le mariage concerne le recours que la femme a contre le mari du chef d'obligations par elle souscrites. Cela suppose que la femme s'oblige dans l'intérêt du mari ou de la communauté; elle est réputée, dans ce cas, s'être obligée comme caution (art. 1431); par suite, elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée, comme toute caution. C'est cette action en indemnité qui est garantie par l'hypothèque légale (n° 357).

N° 2. DES BIENS GREVÉS DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

Sommaire.

479. Tous les biens du mari sont frappés de l'hypothèque légale.
 480. L'hypothèque doit être spécialisée. Comment se fait la spécialisation pour la *dot*, les *conventions matrimoniales* et les *reprises*?
 481. Le contrat de mariage peut-il aussi spécialiser l'hypothèque légale pour les droits qui naissent pendant le mariage?
 482. L'hypothèque spécialisée en vertu de l'article 64 est-elle conventionnelle?

483. *Quid* si l'hypothèque n'a pas été spécialisée avant le mariage ou si la garantie est insuffisante? Comment la spécialisation se fait-elle dans ce cas?
 484. Spécialisation des droits qui naissent pendant le mariage.
 485. Comment la spécialisation se fait-elle pendant le mariage?
 486. La femme peut-elle renoncer à l'hypothèque légale?

479. La femme a hypothèque sur les biens du mari (art. 47). Son hypothèque, comme celle du mineur, est tout ensemble générale et spéciale (1). Nous allons dire comment l'hypothèque de la femme est spécialisée et dans quels cas le mari peut demander la réduction d'une inscription excessive.

Tous les biens du mari sont grevés de l'hypothèque légale, même les biens conquêts qui entrent dans l'actif de la communauté légale; en effet, ces biens sont dans son domaine, il peut les aliéner et hypothéquer; donc ils sont aussi frappés de l'hypothèque légale (nos 364-368).

480. L'hypothèque doit être spécialisée, comme toute hypothèque, quant à la créance et quant aux biens. Comment se fait la spécialisation? Il faut distinguer si elle se fait avant le mariage ou pendant le mariage.

L'article 64 prévoit la première hypothèse. Quand les futurs époux font un contrat de mariage, ils peuvent spécialiser l'hypothèque par cet acte, et ils doivent le faire s'ils veulent que l'hypothèque ait date avant la célébration du mariage; la spécialisation ne pourrait pas se faire par un autre acte; la loi est formelle. La spécialisation est donc, dans ce cas, une convention matrimoniale, elle se fait par concours de consentement des parties contractantes; les futurs époux déterminent la somme pour laquelle l'inscription sera prise, et les biens qui sont affectés à la garantie de la femme (art. 65) (n° 373).

Pour quelles créances la spécialisation peut-elle se faire par contrat de mariage? L'article 64 répond: pour sûreté de la dot et des conventions matrimoniales, c'est-à-dire pour les droits qui naissent lors du contrat de mariage; c'est le contrat qui donne des droits à la femme, et c'est ce même contrat qui spécialise l'hypothèque. Il en est de même, d'après le second paragraphe de l'article 64, des reprises de toute nature, même conditionnelles

(1) Voyez, ci-dessus, n° 456

ou éventuelles, qu'elle pourra avoir à exercer contre son mari. Quelles sont ces *reprises*? Ce sont celles qui résultent des conventions matrimoniales, nous en avons donné des exemples plus haut (1). Pourquoi la loi les mentionne-t-elle spécialement, quoiqu'elles soient comprises dans les conventions matrimoniales dont parle le premier paragraphe? Les travaux préparatoires ne donnent pas de réponse à notre question; on en est donc réduit à des conjectures. Sous l'empire du code civil, la question était controversée pour les reprises conditionnelles ou éventuelles; c'est probablement cette controverse que les auteurs de la loi nouvelle ont voulu trancher (n° 375).

481. Il y a une autre interprétation du deuxième paragraphe de l'article 64. On admet généralement que le mot *reprises* comprend les créances de la femme qui naissent pendant le mariage; telles sont les causes de recours prévues par l'article 67, et qui résultent de donations ou de successions, d'obligations souscrites par la femme ou d'aliénation de ses propres. Il en résulterait que l'hypothèque de la femme existerait déjà avant le mariage pour des droits qui ne prennent naissance que pendant le mariage. Ce serait étendre les droits de la femme au delà de ses nécessités, puisque la loi organise un mode de spécialisation particulière pour les droits qui prennent naissance pendant le mariage (art. 67). Ce serait encore l'étendre au delà de ce que faisait le code civil, tandis que l'esprit de la loi nouvelle a été, au contraire, de restreindre les garanties de la femme. Enfin, ce serait admettre une hypothèque qui doit être spécialisée, sans qu'il y ait aucune base de spécialisation : comment déterminer le montant des successions et des donations que la femme pourra recueillir pendant le mariage? comment fixer le chiffre des obligations qu'elle pourra contracter, et des aliénations qu'elle pourra faire? Cela est littéralement impossible, et cela aboutirait, si on le tentait, à grever toute la fortune immobilière du mari, présente et future, par des inscriptions excessives, sans que le mari eût le droit d'en demander la réduction (nos 378, 388-392).

482. L'article 64 donne encore lieu à une autre difficulté. On dit d'ordinaire que l'hypothèque spécialisée par contrat de

(1) Voyez, ci-dessus, n° 478

mariage est une hypothèque *conventionnelle*. Cela n'est pas exact. L'article 44 dit que l'hypothèque *légale* est celle qui résulte de la loi, et, aux termes de l'article 47, les droits et créances auxquels l'hypothèque *légale* est attribuée sont ceux des femmes mariées. Donc, l'hypothèque de la femme est une hypothèque *légale*; et si elle est *légale*, elle ne peut pas être *conventionnelle*; cela serait contradictoire.

Il est vrai que le second paragraphe de l'article 64 dit que la femme pourra également *stipuler*, dans son contrat de mariage, une hypothèque spéciale pour ses reprises. Le mot *stipuler* semble indiquer une hypothèque *conventionnelle*; mais ce mot est employé dans un sens impropre, de même que l'expression *prendre hypothèque*, dont on s'est servi dans la discussion de la loi; on ne stipule pas un *droit* que l'on tient de la loi, et l'on n'a pas besoin de *prendre* une hypothèque que la loi nous *accorde*. C'est confondre l'hypothèque avec la spécialisation : l'hypothèque est *légale*, la spécialisation est *conventionnelle*. Ce qui prouve que tel est le sens de la loi, c'est que le deuxième paragraphe de l'article 64 dit : « La femme pourra également stipuler. » Cette prétendue *stipulation* est donc identique avec la convention dont il vient d'être parlé dans le paragraphe premier; or, ce premier paragraphe ne dit rien d'une *stipulation d'hypothèque*, il n'y est question que de spécialisation. De même, l'article 66 dit qu'à défaut de *stipulation* d'hypothèque, la femme peut la faire spécialiser par le président; or, l'article 66 parle des droits énumérés par le paragraphe premier de l'article 64, et dans ce paragraphe le mot de *stipulation* ne se trouve pas, il n'y est parlé que de la spécialisation; de là suit que le mot *stipuler* signifie spécialiser par convention, et *stipulation* veut dire une spécialisation *conventionnelle* (nos 381-383).

483. La spécialisation peut se faire par contrat de mariage, pour la dot, les conventions matrimoniales et les reprises, mais elle ne doit pas nécessairement se faire avant le mariage, elle peut encore se faire pendant le mariage. Cela arrive, d'abord quand les époux se marient sans contrat notarié, ce qui n'empêche pas qu'il y ait dot et conventions matrimoniales; mais l'hypothèque que la femme a, dans ce cas, ne peut pas être spécialisée par contrat de mariage, puisque les époux n'en font pas, la loi

a donc dû permettre de spécialiser l'hypothèque pendant le mariage.

Il se peut, en second lieu, qu'il y ait un contrat de mariage, et que les époux aient négligé de spécialiser l'hypothèque légale; ce qui arrivera très-souvent. Au moment du mariage, le mari présente toutes les garanties de bonne gestion et de solvabilité; la femme, pour mieux dire sa famille, ne songera point à spécialiser l'hypothèque que la femme tient de la loi; ce serait un acte de défiance inutile, et partant déplacé. Mais, plus tard, les affaires du mari se dérangent; alors il importe que l'hypothèque de la femme soit spécialisée et inscrite. Cela prouve que la véritable garantie de la femme consiste dans la faculté que la loi lui donne de faire spécialiser et inscrire son hypothèque pendant le mariage. Cela prouve encore que l'hypothèque légale ne doit pas être une règle absolue, comme elle l'était sous l'empire du code civil; c'est une garantie en cas d'insolvabilité; or, la déconfiture et la faillite sont des exceptions; dès lors, l'hypothèque aussi a un caractère exceptionnel.

L'article 66 prévoit encore un troisième cas où il y a lieu de faire spécialiser l'hypothèque pour dot et conventions matrimoniales pendant le mariage: c'est quand les garanties déterminées par le contrat de mariage sont insuffisantes. Elles peuvent être insuffisantes pour plusieurs causes. D'abord, quand le mari n'a pas d'immeubles suffisants: s'il en acquiert pendant le mariage, il faut donner à la femme le droit de prendre une inscription supplémentaire. Il en serait de même si le montant de la créance déterminée par le contrat était inférieur au chiffre réel de la créance. Nous disons que la loi a dû donner à la femme le droit de prendre inscription pendant le mariage. Il y a cependant un motif de douter. La spécialisation fait partie des conventions matrimoniales, or celles-ci ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage (art. 1395): pourquoi la loi permet-elle de modifier les conventions concernant l'hypothèque légale? C'est qu'il s'agit d'une garantie légale, et non d'un droit conventionnel, et la garantie est accordée à un incapable; le législateur a donc dû permettre de compléter la garantie et de la rendre efficace par des inscriptions nouvelles, prises pendant le mariage, sinon le but eût été manqué. Voilà pourquoi la loi

permet seulement à la femme de modifier ou de compléter la spécialisation quand le contrat ne l'a pas fait de manière à sauvegarder ses intérêts; elle ne permet pas au mari de demander la réduction des inscriptions prises en vertu du contrat de mariage, elle ne le permet pas même avec le concours de la femme. En ce qui concerne le mari, il s'agit d'une convention matrimoniale, puisqu'elle n'existe qu'en vertu de son consentement, et cette convention est immuable, puisque le mari est capable (nos 376-377).

484. L'article 67 prévoit le cas où des créances naissent au profit de la femme pendant le mariage. A notre avis (1), l'hypothèque qui garantit ces droits ne peut pas être spécialisée par le contrat de mariage; elle ne peut l'être que lorsque le droit a pris naissance. Dans le système du code civil, l'hypothèque de la femme existait de plein droit, et elle avait rang du jour où la créance existait (art. 2135). Dans le système de la loi belge, l'hypothèque est, à la vérité, légale, mais elle ne devient efficace que par la spécialisation et l'inscription. Le code civil grevait le plus souvent sans nécessité aucune les biens du mari; en effet, l'hypothèque est une garantie, et la femme n'a pas besoin de sûreté tant que son mari est solvable; il fallait donc lui abandonner le soin de prendre inscription si elle le juge nécessaire. L'hypothèque n'aura naturellement rang que du jour où elle a été inscrite. Cela prouve que l'opinion contraire, généralement suivie, est en opposition avec l'esprit de la loi nouvelle. C'était déjà une chose excessive et exorbitante que de grever les biens du mari d'une charge hypothécaire pour toutes les causes de recours qui prenaient naissance pendant le mariage en donnant rang à l'hypothèque à partir du jour où les droits naissent au profit de la femme; ce serait aggraver le mal si cette hypothèque avait rang en vertu de l'inscription prise avant le mariage. Il suffit, pour garantir les intérêts de la femme, qu'elle puisse prendre inscription sans le concours du mari en vertu de l'autorisation du président, quand elle le juge nécessaire (n° 380).

485. Comment se fait la spécialisation pendant le mariage? La femme doit s'adresser au président du tribunal de son domicile; c'est lui qui autorise la femme à prendre inscription, et qui

(1) Voyez, ci-dessus, n° 481.

fixe la somme jusqu'à concurrence de laquelle inscription sera prise. La loi ne dit pas que le président détermine les biens sur lesquels la femme peut requérir inscription. Mais comme c'est lui qui est appelé à spécialiser l'hypothèque, il faut admettre qu'il doit spécialiser les immeubles aussi bien que la somme. De même le conseil de famille fait cette double spécialisation pour les biens du mineur, et le notaire la fait pour l'hypothèque conventionnelle.

486. L'article 67 dit que la femme pourra toujours prendre inscription, *nonobstant convention contraire*, pour la sûreté des droits qui naissent pendant le mariage; la renonciation que la femme ferait par contrat de mariage à son hypothèque légale serait inopérante, car l'incapable ne peut pas renoncer à une garantie que la loi lui accorde à raison de son incapacité. La loi le dit dans le cas prévu par l'article 67; elle ne le dit pas pour les droits qui naissent lors du mariage. En faut-il conclure que la femme peut renoncer à l'hypothèque que la loi lui donne pour sa dot et ses conventions matrimoniales? Ce serait un de ces mauvais arguments que l'on tire du silence de la loi, en opposition avec les principes, et une pareille argumentation n'a aucune valeur. On pourrait dire que l'hypothèque de l'article 64 est conventionnelle, et qu'il est permis de renoncer à un droit que l'on peut stipuler. Dans notre opinion, l'hypothèque de la femme est toujours légale, de sorte qu'elle n'y peut jamais renoncer. Autre est la question de savoir si elle peut renoncer au bénéfice de l'inscription prise pour la garantie de ses droits; nous y reviendrons (n° 386).

N° 5. DE L'INSCRIPTION.

Sommaire.

487. La femme peut prendre inscription.
 488. Le mari doit faire inscrire l'hypothèque spécialisée par le contrat de mariage; il peut prendre inscription pendant le mariage sans l'intervention du président.
 489. Dans quels cas les parents et alliés de la femme peuvent-ils requérir l'inscription?
 490. Quand le juge de paix et le procureur du roi peuvent-ils requérir l'inscription?

487. L'hypothèque de la femme doit être inscrite, pour qu'elle soit efficace. Régulièrement, l'inscription est requise par le créan-

cier. Quand il s'agit de l'inscription de l'hypothèque spécialisée par contrat de mariage, la loi dit que l'inscription pourra être requise par la femme (art. 64); et quand elle est spécialisée par le président, la loi suppose que c'est la femme qui requiert l'inscription en vertu de l'ordonnance de ce magistrat (art. 66 et 67). Mais la loi, accordant à la femme une hypothèque à raison de son incapacité, ne pouvait s'en rapporter à l'incapable des soins de la rendre publique et efficace.

488. Elle charge d'abord le futur mari de faire inscrire l'hypothèque spécialisée par le contrat de mariage; il doit requérir l'inscription avant la célébration de l'union conjugale, afin que la femme ait une garantie au moment même où ses intérêts seront compromis (n° 400).

Le mari peut aussi requérir l'inscription pendant le mariage (art. 70), dans tous les cas où il y a lieu d'inscrire l'hypothèque. Il n'est pas nécessaire qu'elle ait été spécialisée ni que le mari la fasse spécialiser. La loi n'exige pas l'intervention du président; c'est le mari qui spécialise en prenant inscription; il n'y a pas à craindre que le mari prenne une inscription excessive, puisqu'il est intéressé à ce qu'elle n'excède pas la garantie qui est nécessaire à la femme (n° 401).

489. La loi ne compte guère sur le mari, pour que l'hypothèque soit inscrite, puisqu'il est intéressé à ce qu'il n'y ait pas d'inscription. Elle s'adresse, en conséquence, à la famille de la femme: ses parents et alliés jusqu'au troisième degré inclusivement peuvent requérir les inscriptions au nom de la femme (art. 69). La loi ajoute qu'ils doivent se conformer aux règles prescrites par les articles précédents, c'est-à-dire qu'ils doivent s'adresser au président du tribunal pour faire spécialiser l'hypothèque légale. Le texte ne donne donc aux parents le droit d'agir que lorsqu'il s'agit de prendre inscription pendant le mariage (n° 402).

490. Les parents peuvent rester dans l'inaction, soit par négligence, soit par crainte de troubler la paix de la famille. Pour rendre l'hypothèque efficace par la publicité, la loi s'adresse en dernier lieu au juge de paix et au procureur du roi, en leur permettant de requérir les inscriptions d'office au nom de la femme. La loi n'astreint pas ces magistrats à demander l'autorisation du

président; ils agissent d'office, et, par conséquent, spécialisent eux-mêmes l'inscription qu'ils requièrent (n° 403).

N° 4. DE LA RÉDUCTION DE L'INSCRIPTION.

Sommaire.

491. Dans quels cas le mari peut-il demander la réduction de l'inscription?
492. Des garanties établies par la loi en faveur de la femme.

491. Le mari peut demander la réduction de l'inscription, quand elle est excessive, mais seulement dans les cas où l'inscription a été prise pendant le mariage par la femme, les parents et alliés, ou par le juge de paix et le procureur du roi (art. 72). Dans le système de la loi belge, l'hypothèque ne peut pas dépasser la garantie qui est nécessaire à l'incapable; donc, en principe, le mari doit avoir le droit d'en demander la réduction, quand l'inscription est excessive. La loi donne ce droit pour les inscriptions prises pendant le mariage, elle le lui refuse pour l'inscription de l'hypothèque spécialisée par le contrat; dans le premier cas, la spécialisation se fait par le président, sur la demande de la femme, sans que le mari soit entendu; dans le second cas, la spécialisation se fait par le contrat de mariage, où le mari est partie; la loi ne lui permet pas de revenir sur le consentement qu'il a donné (nos 404-406).

492. La réduction doit être demandée en justice, quand même la femme y consentirait; elle n'est pas appelée à consentir, la loi n'exige pas même qu'elle soit mise en cause. Elle est incapable, et l'incapable ne peut pas renoncer à une garantie que la loi lui donne à raison de son incapacité. La femme n'étant pas en cause pour se défendre, la loi veut qu'elle trouve un défenseur dans le ministère public; le procureur du roi doit être entendu, comme partie, car c'est contradictoirement avec lui que le tribunal prononce sur la demande du mari. De plus la loi veut que le tribunal prenne l'avis des trois plus proches parents de la femme (nos 407-409).

§ IV. Hypothèque légale de l'État, des provinces, des communes et des établissements publics.

Sommaire.

493. Quelles sont les personnes dites civiles qui jouissent de l'hypothèque légale?
494. Cette hypothèque est générale; en quel sens?
495. Elle frappe les biens futurs de la femme; en quel sens?

493. La loi (art. 47) donne une hypothèque à l'État, aux provinces, aux communes et aux établissements publics, pour leurs droits et créances, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables. On assimile les personnes civiles aux mineurs, parce qu'elles ne peuvent pas veiller elles-mêmes à leurs intérêts. Toutes les personnes civiles n'ont pas une hypothèque légale; la loi n'accorde cette faveur qu'à celles dont les revenus ont une destination publique, de sorte que la gestion en est assimilée à celle des deniers publics. Les mots *établissements publics* sont donc pris ici dans un sens spécial et restreint. Il a été jugé, par application de ce principe, que les fabriques d'église n'ont pas d'hypothèque légale (nos 416, 417, 420).

494. Cette hypothèque légale diffère de celle que la loi établit en faveur des mineurs, interdits et femmes mariées. Elle est générale (art. 48), en ce sens qu'elle ne doit pas être spécialisée par un acte qui précède l'inscription; il n'y a que l'inscription qui doit être spéciale, c'est-à-dire qu'elle doit contenir l'indication spéciale de la nature et de la situation de chacun des immeubles sur lesquels inscription est prise et la déclaration du montant des droits pour la conservation desquels inscription est prise (art. 89). En ce sens l'hypothèque est spécialisée lors de l'inscription. Mais la loi permet à l'État et à ses subdivisions, ainsi qu'aux établissements publics, de prendre une inscription spéciale sur tous les biens présents et à venir du comptable, sans que celui-ci en puisse demander la réduction, quand même l'inscription serait excessive. Nous en avons dit la raison (1) (n° 258).

495. Il y a encore une autre différence entre l'hypothèque

(1) Voyez, ci-dessus, n° 456.

légale de l'État et les hypothèques des incapables; elle grève non-seulement les biens du débiteur, mais encore les biens futurs de la femme. On a craint que le comptable, pour soustraire à l'hypothèque les immeubles qu'il achète, n'en fit l'acquisition au nom de la femme; cette fraude est si facile, que la loi la présume, ce qui dispense le créancier du fardeau de la preuve. Toutefois la présomption admet la preuve contraire (art. 48). La femme est admise à prouver qu'elle a acquis les immeubles soit à titre de succession ou de donation, ce qui exclut toute idée de fraude, soit à titre onéreux, de ses deniers propres, ce qui détruit la présomption de fraude, puisque la loi suppose que l'immeuble a été acheté des deniers du mari (n° 422).

SECTION III. — Des hypothèques conventionnelles.

§ I. Définition et caractères.

Sommaire.

496. Définition de l'hypothèque conventionnelle.
 497. L'hypothèque conventionnelle n'existe que par le concours de volontés du débiteur et du créancier.
 498. L'hypothèque est un contrat solennel.
 499. En quoi consiste la solennité?
 500. Le consentement des deux parties doit-il se donner dans la forme authentique?
 501. Quel est l'effet, en Belgique, des hypothèques consenties en pays étranger?

496. L'article 44 porte : « L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des actes et des contrats. » Pour qu'il y ait hypothèque conventionnelle, il faut d'abord qu'elle soit établie par une convention, c'est-à-dire par le concours de consentement du débiteur et du créancier; et cette convention doit être reçue par acte authentique. L'hypothèque est un contrat solennel (art. 76).

Il ne faut pas confondre l'hypothèque avec l'obligation principale à l'acquittement de laquelle elle est affectée. Cette obligation ne doit pas être conventionnelle; on peut constituer une hypothèque pour sûreté d'une obligation résultant d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. De plus, l'obligation principale ne doit pas être constatée par un acte authentique; les obligations pour lesquelles une hypothèque est stipulée résultent d'ordinaire

d'un prêt, et le prêt est un contrat non solennel. L'obligation principale, en ce qui concerne la forme, reste donc sous l'empire du droit commun (n° 423).

497. Nous disons que l'hypothèque conventionnelle exige le concours de volontés du créancier et du débiteur. Dans l'ancien droit, les praticiens avaient imaginé une constitution d'hypothèque par la seule volonté du débiteur; le président Favre, dans son rude langage, qualifiait cette erreur de *monstrueuse*; la monstruosité s'est perpétuée dans la pratique, et même dans la doctrine et la jurisprudence. Il suffit de citer les articles du code civil reproduits par la loi belge, pour prouver l'erreur, qui est réellement monstrueuse, car elle aboutit à dire qu'il y a une hypothèque *conventionnelle sans convention*. L'article 44 (C. c., 2117) dit que l'hypothèque *conventionnelle* est celle qui *dépend des conventions*; donc sans convention il n'y a point d'hypothèque conventionnelle. Et qu'est-ce qu'une convention ou un contrat? La convention n'est autre chose qu'un concours de volontés (art. 1101); quand chacune des deux parties s'oblige, le contrat est bilatéral (art. 1102); quand une seule partie s'oblige, le contrat est unilatéral (art. 1103); le contrat d'hypothèque est un contrat unilatéral, car le débiteur seul contracte un engagement, le créancier ne s'oblige point. Est-ce à dire qu'il ne doit point consentir? Ici est la monstruosité flétrie par le président Favre. Un engagement du débiteur qui ne serait pas accepté par le créancier ne serait pas un contrat, ce serait une simple offre ou sollicitation que le débiteur peut toujours rétracter. Cela est élémentaire et l'on s'étonne que des principes aussi simples soient méconnus par des auteurs et par des cours (n° 424).

498. Nous ajoutons que le contrat d'hypothèque est un contrat solennel, ce qui veut dire que la forme authentique est de la substance de la convention; de sorte que l'hypothèque consentie par acte sous seing privé ou par un acte notarié nul en la forme serait inexistante et ne produirait aucun effet. Ce point est controversé. Notre opinion se fonde d'abord sur le texte de la loi. Aux termes de l'article 44, l'hypothèque *conventionnelle dépend des conventions* et de la *forme extérieure* des actes. Deux conditions sont donc requises pour qu'il y ait hypothèque conventionnelle; on ne peut concevoir une hypothèque conventionnelle sans con-

vention; or la loi met sur la même ligne la *forme extérieure des actes*, c'est-à-dire la solennité; donc, sans les solennités prescrites par la loi, il n'y a point d'hypothèque conventionnelle. L'article 42 est conçu dans le même sens : « L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisés par la loi. » Donc en dehors de ces formes, il n'y a point d'hypothèque. Tel est l'esprit de la loi. L'hypothèque est d'ordre public, puisqu'elle intéresse le crédit du propriétaire et les tiers qui traitent avec lui; voilà pourquoi, dans les coutumes de nantissement, l'hypothèque se constituait par les œuvres de loi, sans lesquelles elle n'existait point. L'intervention du notaire a remplacé celle de la justice; elle a le même objet et le même effet. Cette intervention est encore substantielle dans l'intérêt des parties contractantes; si le législateur a fait du contrat de mariage un acte solennel, c'est à raison de l'importance des conventions matrimoniales. L'hypothèque est un acte également important et usuel; l'officier public est seul en état de le rédiger de manière qu'il soit valable; se contenter d'un acte sous seing privé, c'eût été multiplier les chances de nullité, et ébranler la fortune des capitalistes qui prêtent sur hypothèque (n° 428).

499. L'article 76 porte que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte authentique. On entend par là, comme le disait l'article 2127 du code civil, un acte passé devant notaire. Si la loi belge n'a pas reproduit textuellement cette disposition, c'est parce qu'elle admet que l'acte notarié peut être remplacé par un acte équipollent, c'est-à-dire par un acte sous seing privé qui est revêtu des formes de l'authenticité par la reconnaissance que les parties en font en justice ou devant notaire. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 2 de la loi hypothécaire (1) (n° 431).

500. Du principe que l'hypothèque conventionnelle est un contrat solennel, suit que le consentement des deux parties doit être donné dans la forme authentique. Cela n'est pas douteux pour le consentement du débiteur, puisque l'article 76 le dit et le répète : il porte que l'hypothèque conventionnelle ne peut être *consentie* que par acte authentique, or c'est le *débiteur* qui *consent*

(1) Voyez, ci-dessus, n° 508

l'hypothèque. Le deuxième paragraphe ajoute que les procurations à l'effet de constituer hypothèque doivent être données dans la même forme. Quand le débiteur donne mandat à l'effet de constituer hypothèque, le consentement est donné par la procuration, voilà pourquoi la procuration doit être authentique. A notre avis, le consentement du créancier doit également être donné dans cette forme. C'est mal interpréter l'article 76 que de le limiter au débiteur; la loi ne parle pas du débiteur dans le premier paragraphe, elle parle de l'*hypothèque* qui doit être *consentie*, or l'hypothèque n'est pas seulement consentie par le débiteur, elle doit aussi être consentie par le créancier; le mot même *consentir* le prouve, car il n'y a pas de consentement sans concours de volontés. *Consentir* est donc synonyme de *contracter*. Si, dans le second paragraphe, la loi parle spécialement de la procuration donnée par le débiteur, c'est que cette question était controversée sous l'empire du code civil; l'article 76 a tranché la difficulté, mais sans entendre décider la question de principe, laquelle était déjà décidée par les articles 42 et 44. En effet, d'après ces articles, l'hypothèque est un contrat solennel, or le contrat ne peut pas être solennel pour le débiteur et non solennel pour le créancier : cela n'aurait pas de sens (nos 438-440).

La cour de cassation de Belgique a appliqué ces principes dans l'espèce suivante, qui est très-fréquente dans la pratique. Acte de prêt reçu par notaire; l'emprunteur, seul présent, constitue une hypothèque au profit du prêteur, celui-ci accepte ensuite par un acte sous seing privé ou tacitement. Il a été jugé que l'acte d'hypothèque est nul; il faut dire *inexistant*; en effet, le consentement dans les actes solennels n'existe que s'il a été exprimé dans la forme authentique, or sans consentement il n'y a pas de convention, donc pas d'hypothèque (n° 441).

501. Quel est l'effet, en Belgique, des hypothèques consenties en pays étranger? D'après le code civil, les contrats passés à l'étranger ne donnaient pas, en principe, d'hypothèque sur les biens situés en France (art. 2128). La loi belge déroge à cette disposition. Elle donne effet à l'hypothèque à condition que l'acte ait été reçu dans la forme authentique, et qu'il soit revêtu du visa du président du tribunal de la situation des biens. Il n'y avait aucune raison pour refuser effet aux actes d'hypothèque reçus en