

un peu négligé par les jeunes lecteurs ; il se fait vieux, mais ce vieux est de beaucoup supérieur aux modernes :

« La forme du mandat est nécessairement subordonnée à la forme essentielle de l'acte qu'il a pour objet ; et si cet acte est de nature à exiger, pour sa perfection, l'intervention d'un officier public, il faut également qu'un officier public intervienne dans le mandat. L'article 933, qui exige l'authenticité de la procuration pour l'acceptation du donataire, ne doit pas être considéré comme une exception à la prétendue disposition absolue de l'article 1985, mais comme une application de cette règle de bon sens, que la procuration étant le principe de l'acte et s'identifiant essentiellement avec lui, elle ne peut pas être faite sous seing privé, alors que l'acte lui-même ne peut être fait qu'en forme authentique (1). »

131. Une circulaire ministérielle du 22 mai 1852 n'a tenu aucun compte de cette forte argumentation ; elle admet que la transcription peut avoir lieu, quoique le mandat soit verbal. Le motif qu'elle allègue est encore plus étrange que la doctrine : c'est seulement quand les parties donnent la procuration par écrit, qu'elles doivent en faire dresser un acte authentique ; mais elles sont libres de donner un mandat verbal, aux termes de l'article 1985. Voilà une opinion, disons mieux, une erreur qu'il suffit d'exposer pour la réfuter. Quoi ! la loi ordonne que la convention soit constatée par un acte authentique, si les parties veulent la faire transcrire ; et un des éléments essentiels de la convention, le consentement de l'une des parties, pourrait se donner sans forme aucune ! C'est comme si l'on disait que l'hypothèque et la donation peuvent se faire verbalement. Inutile d'insister (2).

132. Faut-il appliquer à l'autorisation maritale ce que la loi dit des procurations ? La question est controversée. Un de nos meilleurs auteurs se prononce pour l'affirmative, parce que, dit-il, il y a même motif de décider (3). L'anal-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Hypothèque*, sect. II, § II, art. X.

(2) Martou, *Commentaire*, t. 1, p. 147, n° 121.

(3) Martou, *Commentaire*, t. 1, p. 151, n° 127. En sens contraire, Casier, *Etudes*, p. 57, n° 47, et Cloes, *Commentaire*, t. 1, p. 74, nos 146 et 147.

gie est souvent un argument trompeur ; ne serait-ce pas ici le cas ? Grande est la différence entre la procuration donnée pour consentir, et l'autorisation qui couvre l'incapacité de la femme. Sans la procuration, il n'y a point de consentement, donc pas d'acte ; et, partant, il n'y a pas de transcription possible ; tandis que l'autorisation est étrangère à la convention, c'est une mesure de protection et un acte de puissance maritale ; sans doute la convention contractée sans autorisation peut être annulée, mais elle existe, elle produit ses effets tant qu'elle n'a pas été annulée ; elle peut et elle doit donc être transcrite, quand même il n'y aurait pas d'autorisation ; à plus forte raison doit-elle l'être si l'autorisation a été donnée et si elle est seulement viciée en la forme, en supposant que la forme authentique soit requise. Nous n'entrons pas dans les détails de la controverse, elle a été traitée ailleurs (t. III, n° 119).

133. Les actes passés à l'étranger peuvent-ils être transcrits en Belgique ? Un premier point est certain, c'est que la loi qui prescrit la transcription est un statut réel, qui s'applique à tous les immeubles situés sur le territoire belge, quels que soient les propriétaires de ces immeubles, Belges ou étrangers. Nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit, au premier livre, sur l'article 3 (t. I, n° 102). La forme des actes admis à la transcription est également un statut réel, car si la loi n'admet à la transcription que les actes authentiques, c'est pour consolider la transmission de la propriété immobilière. Ce n'est donc pas le cas d'appliquer la règle d'après laquelle les formes des actes se déterminent par la loi du lieu où l'acte est passé ; cette règle ne concerne que les formes instrumentaires, qui ont pour objet d'assurer la libre expression de la volonté des parties ; or, l'authenticité des actes qui doivent être transcrits n'a rien de commun avec l'expression de la volonté des parties, elle a uniquement pour but de rendre stable l'acquisition de la propriété. Cela est décisif.

Reste à savoir quand un acte reçu à l'étranger sera authentique. Ici l'adage *Locus regit actum* reprend son empire. La loi hypothécaire l'applique aux hypothèques consenties en pays étranger ; ces hypothèques sont vala-

bles, pourvu qu'elles aient été constituées par acte authentique, mais elles n'ont d'effet en Belgique que lorsque les actes auront été revêtus du visa du président du tribunal de la situation des biens. » Ce magistrat, dit l'article 77, est chargé de vérifier si les actes réunissent toutes les conditions nécessaires pour leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus. » Ce principe s'applique aussi aux actes soumis à la transcription qui ont été passés en pays étranger, en ce sens qu'ils sont admis à la transcription en Belgique, s'ils sont reçus d'après les lois du pays où ils ont été passés. Mais faut-il que le président y mette son visa? On admet généralement la négative. Cette formalité, dit-on, est requise pour que l'acte soit exécutoire; or, la transcription n'est pas un acte d'exécution forcée, c'est une simple publicité d'un acte authentique. Il suffit donc que l'acte soit authentique. Qui vérifiera si les formes prescrites par la loi étrangère ont été remplies? Est-ce le président du tribunal, conformément à l'article 77? Non, les formalités ne s'étendent pas d'un cas à un autre par voie d'analogie. Il faut donc décider que le conservateur des hypothèques doit faire cette vérification (1). Cette doctrine nous laisse quelque doute. D'abord nous n'admettons pas l'interprétation que l'on donne à l'article 77; à notre avis, cette disposition est étrangère à la force exécutoire de l'acte; la formalité du visa est requise pour que l'acte soit réputé authentique en Belgique, c'est-à-dire pour que l'hypothèque existe comme acte solennel. Le principe établi par l'article 77 est donc que l'hypothèque n'est un acte solennel qu'en vertu du visa. Or, la transcription aussi ne peut se faire qu'en vertu d'un acte authentique. Conçoit-on qu'un acte reçu à l'étranger vaille en Belgique pour la transcription sans visa, tandis qu'il ne pourrait pas être inscrit sans cette formalité? Ainsi il conserverait le privilège du vendeur et il ne conserverait pas l'hypothèque d'un créancier hypothécaire? Il y aurait là une anomalie inexplicable. Sans doute les formalités ne s'étendent pas d'un cas à un

(1) Casier, *Etudes*, p. 56, n° 45. Martou, *Commentaire*, t. I, p. 152, n° 128.

autre; mais, dans l'espèce, il s'agit d'une seule et même formalité, car l'inscription et la transcription sont identiques, en ce sens qu'elles constituent la publicité requise pour que les droits réels immobiliers aient effet à l'égard des tiers; qu'importe que cela se fasse par voie d'inscription ou de transcription?

En théorie, cela nous paraît incontestable. Toutefois, dans le silence de la loi, le conservateur ne pourrait pas refuser de transcrire un acte qui ne serait pas revêtu du visa du président, car il n'y a aucun texte formel qui exige cette formalité. Naît alors la question de savoir quel serait l'effet de la transcription. Dans notre opinion, elle équivaldrait à la transcription d'un acte dont l'authenticité ne serait pas établie et pourrait, par conséquent, être contestée. Les parties intéressées feront donc sagement en soumettant au visa du président les actes qu'ils veulent présenter à la transcription.

Ici s'élève une nouvelle difficulté. Le président pourrait-il refuser le visa? A la rigueur, oui, car aucune loi ne lui donne mission de viser les actes soumis à la transcription. Mais ne serait-ce pas s'attacher trop servilement à la lettre de la loi? Si l'on admet qu'un acte n'est authentique en Belgique qu'en vertu du visa, le président doit avoir qualité pour viser les actes reçus à l'étranger, sans distinguer si ces actes sont soumis à l'inscription ou à la transcription; s'il y avait doute, ou seulement contestation sur l'authenticité de l'acte présenté au conservateur, celui-ci agira prudemment en transcrivant, car il n'est pas juge de la validité des actes qu'il transcrit; s'il refusait sans motifs suffisants, la partie intéressée pourrait agir en justice contre lui pour le contraindre à transcrire et demander des dommages-intérêts. Ceci nous conduit à examiner quel est le droit ou le devoir du conservateur en ce qui concerne la transcription des actes qu'on lui présente.

134. Le conservateur des hypothèques doit-il transcrire tous les actes dont on lui demande la transcription? On suppose que l'acte ne doive pas être transcrit, ou qu'il ne puisse pas l'être, parce qu'il ne présente pas les conditions de forme exigées par l'article 2. La question est controver-

sée et la solution est douteuse. En principe, le conservateur ne doit transcrire que les actes qui, d'après la loi, doivent être transcrits et qui, d'après l'article 2, sont admis à la transcription. L'article 130 le dit implicitement : « Dans aucun cas, les conservateurs ne peuvent refuser la transcription, sous peine des dommages-intérêts des parties » (art. 2199). Cet article suppose que le conservateur refuse de transcrire un acte dont les parties ont le droit d'exiger la transcription, puisque la loi soumet le conservateur à des dommages-intérêts; et il n'y aurait certes pas lieu à dommages-intérêts si le conservateur refusait d'opérer une transcription que les parties n'ont pas le droit de requérir. Cela prouve que le refus seul de transcrire ne rend pas le conservateur responsable. Dès lors on ne peut pas dire qu'il soit obligé de transcrire tout acte qu'on lui présente (1).

On présente au conservateur un acte translatif ou déclaratif de droits réels mobiliers : est-il tenu de le transcrire? Non, car cet acte ne doit pas être transcrit, et le conservateur ne peut pas être obligé de transcrire tous les actes qu'il plairait à une personne de faire transcrire. Le refus, d'ailleurs, ne donnerait pas lieu à responsabilité, puisqu'il ne peut résulter aucun dommage de la non-transcription d'un acte que la loi n'ordonne pas de transcrire.

On présente au conservateur un acte qui, d'après l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, devrait être transcrit; mais il n'a pas les caractères voulus par la loi : c'est un acte sous seing privé, par exemple. Le conservateur doit-il le transcrire? Non, car les actes sous seing privé ne sont pas admis à la transcription. Le refus du conservateur ne le soumettrait à aucune responsabilité, puisqu'il n'en peut résulter aucun dommage.

Dans les cas que nous venons de supposer, la décision n'est pas douteuse, puisque le conservateur agit en vertu du texte de la loi. Du moment qu'il y a doute, la prudence commande au conservateur de transcrire, car ce n'est pas

(1) Martou, *Commentaire de la loi de 1851*, t. I, p. 73, n° 50. Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 26, n° 404. Comparez Delebecque, *Commentaire*, p. 37, n° 29. Sur la doctrine française, voyez Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 431, nos 215-217.

lui qui est juge de la question de savoir quel acte doit être transcrit et quel acte peut l'être, c'est le tribunal; en transcrivant l'acte, il ne compromet aucun intérêt, tandis qu'en refusant de transcrire il peut causer un dommage à celui qui a requis la transcription; or, l'article 130 le déclare responsable de son refus dès qu'il en résulte un dommage. Nous reviendrons sur le principe de la responsabilité, au chapitre qui est le siège de la matière.

135. Il se peut que le conservateur transcrive un acte nul en la forme ou nul au fond. Quel sera l'effet de la transcription? La transcription ne valide pas l'acte; l'acte reste ce qu'il était. Cela est d'évidence. Si donc l'acte était nul au fond, pour mieux dire, si la convention constatée par l'acte était nulle, elle resterait nulle, et, par conséquent, il n'y aurait pas de mutation immobilière. Si l'acte était seulement nul en la forme, en ce sens qu'il ne présente pas les caractères exigés par la loi pour être admis à la transcription, la transcription serait nulle et, par suite, l'acte ne pourrait être opposé aux tiers. Mais quand la transcription sera-t-elle nulle? La loi ne prévoit pas la difficulté, elle ne prononce pas la nullité. Si on l'admet, ce ne peut être qu'une nullité virtuelle, c'est-à-dire une nullité fondée sur la volonté tacite du législateur; et cette volonté s'induit de la nature de l'acte et de l'importance des formalités que la loi prescrit. Pour apprécier cette importance, on peut invoquer, par analogie, la disposition de la loi hypothécaire concernant la nullité de l'inscription. L'analogie est incontestable, car la publicité des hypothèques et la publicité des actes déclaratifs ou translatifs de droits réels immobiliers, ainsi que des baux, ont le même but, c'est d'éclairer les tiers sur la situation immobilière du propriétaire avec lequel ils traitent. Quant au principe établi par la loi nouvelle (art. 85), il résulte du but même que le législateur a eu en vue en prescrivant la publicité : il a voulu éclairer les tiers et les garantir ainsi de tout préjudice qui serait résulté pour eux de l'ignorance où ils sont de l'acte qui a transféré la propriété d'un immeuble. Si la transcription, quoique irrégulière, leur a appris ce qu'ils avaient intérêt de savoir, ils ne peuvent pas dire qu'ils sont lésés,

le but de la publicité est atteint; partant, il n'y a pas lieu de se prévaloir de l'irrégularité de la transcription pour en provoquer la nullité. Si, au contraire, l'irrégularité est de telle nature, qu'elle ait induit les tiers en erreur, et si cette erreur leur a été préjudiciable, le but de la publicité est manqué; c'est dire que les tiers pourront invoquer l'irrégularité pour soutenir que la transcription est nulle, que l'acte doit être considéré comme n'ayant pas été transcrit, et, partant, qu'il ne peut leur être opposé. La question de nullité devient ainsi une question de préjudice, donc une question de fait. Il ne suffira pas que le tiers prouve que la transcription est irrégulière, il faut qu'il prouve que l'irrégularité lui a été préjudiciable (1).

Supposons que le conservateur ait transcrit un acte reçu à l'étranger, le croyant authentique, tandis qu'il ne l'était pas. La transcription est irrégulière: en résulte-t-il qu'elle sera nulle? Non, si l'acte transcrit faisait connaître d'une manière claire et exacte la convention qui devait être transcrite, le tiers qui consultera le registre aux transcriptions aura une connaissance complète de ce qu'il a intérêt à savoir, qu'une vente a eu lieu; si, se prévalant de l'irrégularité de la transcription, il traite néanmoins avec le propriétaire, il est de mauvaise foi; or, les tiers coupables de fraude ne peuvent pas invoquer le défaut de transcription.

Si, au contraire, le conservateur avait transcrit l'acte de dépôt d'un écrit sous seing privé, et que la transcription ne fasse pas connaître au tiers qui consulte le registre toutes les clauses de la vente, cette publicité insuffisante induira le tiers en erreur; si l'erreur lui est préjudiciable, il peut se prévaloir de l'irrégularité pour demander la nullité de la transcription, car à son égard la transcription n'a pas atteint le but que la loi a eu en vue; donc elle doit être considérée comme n'existant pas.

Si la transcription est annulée, celui qui a fait transcrire l'acte se trouvera en perte: aura-t-il une action en dommages-intérêts contre le conservateur? Oui, si l'irrégularité lui est imputable; ce qui arrivera rarement, car le conser-

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 153, n° 129.

vateur n'est tenu qu'à une chose, à transcrire l'acte qu'on lui présente. Il se peut cependant que la copie soit incomplète par sa faute ou par celle de ses commis; dans ce cas, il sera responsable. Nous reviendrons sur le principe de la responsabilité en expliquant le chapitre qui traite de la matière.

§ II. *Comment se fait la transcription?*

136. La loi (art. 1^{er}) veut que l'acte soit transcrit *en entier*. Ce n'est pas toujours dans cette forme que se fait la publicité; les hypothèques et privilèges sont rendus publics par la voie de l'inscription, et celle-ci ne contient que les mentions requises par la loi, mentions qui doivent être inscrites sur un bordereau, d'après lequel le conservateur fait l'inscription; le bordereau est rédigé par celui qui requiert l'inscription. Il y a aussi des actes qui concernent les droits réels immobiliers dont la loi prescrit la publicité par voie d'inscription: telles sont les demandes en nullité d'un acte translatif de droits réels immobiliers, et les décisions intervenues sur ces demandes. Pourquoi la loi ne s'est-elle pas contentée d'une inscription pour la translation des droits réels immobiliers, ainsi que pour les actes déclaratifs et pour les baux? La question a partagé les meilleurs esprits en Belgique et en France. On a dit, en faveur de l'inscription, que c'est un système moins frayeux et plus facile; les actes que l'on copie en entier sont souvent très-longs; par suite, la publicité devient dispendieuse, ce qui peut engager les parties intéressées à ne pas transcrire, à leur grand préjudice. La transcription complète des actes a encore un autre inconvénient, elle encombre les archives du conservateur et, par conséquent, rend les recherches plus difficiles et moins sûres. Mais l'inscription présente aussi des dangers qui l'ont fait écarter en France et en Belgique. Confiera-t-on aux parties intéressées la rédaction du bordereau, leur ignorance ou l'incurie de ceux qu'ils chargent de ce soin conduira à des inscriptions irrégulières, et la nullité de l'inscription aura ce résultat désas-