

inscriptions prises dans les dix jours qui ont précédé l'époque de la cessation de paiements ou postérieurement, *pourront* être déclarées nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription. C'est une dérogation au droit commun et, comme telle, on ne peut l'étendre aux transcriptions. Celles-ci restent donc sous l'empire des principes généraux. Or, le donataire a le droit de transcrire, et il transcrit utilement, tant qu'un tiers n'a pas acquis un droit sur la chose; ce qui est décisif.

149. On a encore demandé, sous l'empire du code civil, si la transcription pouvait se faire après la mort du donateur. L'affirmative n'était guère douteuse; la donation est parfaite par le concours de consentement donné dans les formes prescrites par la loi; la transcription n'a rien de commun avec ces conditions, elle rend seulement la donation publique à l'égard des tiers; or, cette publicité peut toujours avoir lieu, puisque la loi ne fixe aucun délai. La jurisprudence et la doctrine sont en ce sens (1).

§ III. *Qui peut et qui doit transcrire.*

150. Quand il s'agit d'hypothèques et de privilèges, la loi détermine les personnes qui peuvent ou qui doivent requérir l'inscription. La loi hypothécaire garde le silence en ce qui concerne la transcription. Le code civil, qui prescrivait la transcription des donations immobilières, contient une disposition spéciale relative aux donations faites à des incapables ou à des établissements publics. L'article 940 est-il abrogé par la loi nouvelle? Nous avons dit que la loi hypothécaire abroge les articles 939 et suivants, en tant qu'ils sont en opposition avec le droit commun établi par la loi nouvelle; or, la loi de 1851 ne parle pas des personnes chargées de faire la transcription, et l'article 940 ne fait qu'appliquer un principe général de droit concernant les obligations des administrateurs légaux. Il en est de même de

(1) Voyez les autorités dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1555.

l'article 1069, qui a pour objet la publicité que doivent recevoir les substitutions fidéicommissaires permises. La question que nous avons posée doit donc se décider d'après le droit commun, confirmé par les articles 940 et 1069.

151. Qui peut transcrire? Quand il s'agit de l'inscription hypothécaire, la loi dit que le *créancier* représente, soit par lui-même, soit par un tiers, l'expédition authentique de l'acte d'où naît le privilège ou l'hypothèque, ainsi que les bordereaux sur lesquels le conservateur fait l'inscription. C'est donc la partie intéressée qui doit requérir la publicité. En est-il de même en matière de transcription? Il est assez oiseux de poser la question; des tiers non intéressés ne se présentent guère pour remplir une formalité qui les soumet au paiement d'un droit. C'est donc régulièrement l'acquéreur qui requerra la transcription. Toutefois un tiers peut le faire pour lui, sans que le conservateur puisse refuser de transcrire, sous le prétexte que le requérant est sans qualité; dès qu'il y a un acte qui, d'après la loi, doit être transcrit et qu'on le présente au conservateur, celui-ci doit opérer la transcription, car il n'y a pas de qualité légale pour le faire, la loi gardant le silence à cet égard. Après tout, le requérant pourrait dire qu'il agit comme gérant d'affaires; c'est une qualité légale pour assurer les droits du maître, puisque la transcription est un acte essentiellement utile au propriétaire (1).

152. Les incapables peuvent requérir la transcription. Il est de principe que les incapables peuvent faire les actes conservatoires qui les intéressent, ces actes ne pouvant que leur être avantageux. La loi hypothécaire le dit de la femme mariée, en lui permettant de demander l'inscription de son hypothèque légale (art. 64); et le code civil le dit de la transcription des donations, à laquelle la femme peut aussi procéder sans autorisation (art. 940). Il va de soi que ce que la loi dit de la femme s'applique à tous les incapables (2).

153. La faculté, que la loi donne aux incapables, de

(1) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 461, n° 243.

(2) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 81, n° 60. Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 462, n° 245.

requérir la transcription ne leur profite guère, puisqu'ils ignorent le plus souvent ce que c'est que la transcription. Qui la fera pour eux? La question est surtout importante pour les donations faites à des incapables; mais, en principe, la solution doit être la même pour les actes à titre onéreux. Le code a décidé la difficulté; l'article 940, relatif aux donations entre-vifs, porte: « Cette transcription sera faite à la diligence du mari lorsque les biens auront été donnés à sa femme. Lorsque la donation sera faite à des mineurs, à des interdits, ou à des établissements publics, la transcription sera faite à la diligence des tuteurs, curateurs ou administrateurs. » Quand il s'agit d'une substitution fidéicommissaire, la loi charge le tuteur nommé pour l'exécution de rendre publiques les dispositions entre-vifs ou testamentaires faites à charge de restitution (article 1069). On peut donc poser en principe que les représentants des incapables sont chargés du soin de requérir la transcription. La raison en est que les administrateurs légaux ont mission de conserver les droits de ceux dont ils gèrent les biens; or, la transcription est une mesure essentiellement conservatoire. « *Tout administrateur*, dit Ricard, doit veiller à la conservation des actions de celui qu'il a sous sa conduite. C'est ainsi que le mari, étant le maître de la communauté et ayant l'administration de tout ce qui appartient à sa femme, est tenu de prendre soin de ses affaires; il doit y veiller, puisqu'il en a l'intendance (1) ». Les articles 940 et 1069 appliquent ce principe au tuteur des mineurs et au tuteur spécial des appelés en cas de substitution, ainsi qu'aux administrateurs des établissements publics. C'est par erreur que l'article 940 parle des curateurs, ce qui, d'après l'ensemble du texte, se rapporterait aux interdits; il en était ainsi dans l'ancien droit, où les interdits avaient un curateur, et l'on voit par l'Exposé des motifs que l'orateur du gouvernement supposait qu'il en était de même sous l'empire du code civil (2). Dans notre droit moderne, les interdits ont un tuteur et les mineurs

(1) Ricard, *Des donations*, t. I, n° 1240.

(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs du titre des *Donations*, n° 43 (Loché, t. V, p. 327).

émancipés ont un curateur; mais celui-ci, à la différence du tuteur, n'administre point, de sorte qu'il ne peut pas être tenu de transcrire à titre d'administrateur. A plus forte raison en est-il ainsi des conseils des prodigues et des faibles d'esprit; ils ne font que prêter leur assistance dans les cas déterminés par la loi (art. 499 et 513).

Ainsi tout mandataire légal doit faire transcrire les donations qui seraient faites à ceux dont il gère les intérêts. Peut-on étendre cette obligation aux actes à titre onéreux qui doivent être transcrits? L'affirmative n'est point douteuse, car l'obligation de conserver les droits des incapables découle de la mission dont les administrateurs légaux sont investis; on doit la leur imposer, même dans le silence de la loi. Les articles 940 et 1069 peuvent être invoqués à titre d'analogie (1).

154. Dans l'application du principe, il se présente quelques difficultés en ce qui concerne le mari. Il intervient dans les actes faits par sa femme, en l'autorisant. S'il refuse son autorisation, et qu'elle soit accordée par le juge, sera-t-il tenu de transcrire? A notre avis, l'affirmative est certaine; le mari doit transcrire, non parce qu'il autorise, mais parce qu'il est administrateur; or, il ne cesse pas d'être administrateur quand il refuse son autorisation. Vainement dit-on que, dans ce cas, il désapprouve l'acte comme étant nuisible à la femme et à la famille; nous répondons que la justice, en autorisant la femme, décide par cela même que le refus du mari n'était pas fondé; il y a donc un droit légitime à conserver; partant, le mari doit transcrire (2).

Il y a des régimes sous lesquels le mari n'est pas administrateur; il ne l'est point quand les époux sont séparés de biens, et il ne l'est pas, sous le régime dotal, des biens paraphernaux. Est-il néanmoins obligé de transcrire? On l'a soutenu pour les donations, en se fondant sur les termes absolus de l'article 940; mais la distinction résulte, dans ce cas, du principe même sur lequel est fondée l'obligation.

(1) Martou, *Commentaire de la loi de 1851*, t. I, p. 81, n° 59.

(2) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 469, n° 251.

C'est, comme le dit Ricard, à raison de sa qualité d'administrateur que le mari doit transcrire; le motif cessant quand il n'administre point, l'obligation doit aussi cesser. S'il fallait s'en tenir à la lettre de l'article 940, il faudrait dire que c'est une disposition exceptionnelle et, partant, abrogée, puisque les donations sont régies par le droit commun en ce qui concerne la transcription; il est certain qu'on ne pourrait pas l'appliquer aux actes à titre onéreux, et par cela même elle cesserait d'être applicable aux donations (n° 152). La tradition est en ce sens : « La femme séparée, dit Ricard, doit conduire elle-même ses propres affaires, puisqu'elle a voulu en avoir la direction (1). »

155. La question de savoir qui est administrateur, et qui doit transcrire à ce titre, est très-importante, à raison des conséquences qui en résultent. Nous allons d'abord exposer les principes que le code consacre en matière de donations, puis nous verrons s'ils sont applicables aux actes à titre onéreux.

On suppose que la donation faite à un incapable n'a pas été transcrite, et que, par suite, les droits des incapables périssent : peuvent-ils se prévaloir de leur incapacité pour soutenir que le défaut de transcription ne peut leur être opposé? Le code décide la question négativement. Aux termes de l'article 942, les mineurs, les interdits, les femmes mariées ne seront point restitués contre le défaut de transcription des donations; et l'article 1070 porte que le défaut de transcription des substitutions fidéicommissaires peut être opposé par les créanciers et tiers acquéreurs, même aux mineurs ou interdits (2). Cela se comprend; l'intérêt des tiers est un intérêt général, qui doit l'emporter sur l'intérêt des incapables. En faut-il conclure que ce principe doit être appliqué aux actes à titre onéreux? C'est notre avis; il y a cependant un motif de douter, c'est que la loi ne subordonne pas toujours l'intérêt des incapables

(1) Ricard, *Des donations*, t. II, n° 1243. Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 468, n° 250.

(2) Il a été jugé que le défaut de transcription peut être opposé aux mineurs, alors même qu'il n'a pas été nommé de tuteur à la substitution (*Pasicrisie*, 1824, p. 144).

à l'intérêt public; ainsi la prescription ne court pas contre les mineurs et interdits, tandis qu'elle court contre les femmes mariées. On pourrait donc dire que les articles 942 et 1070 sont des dispositions exceptionnelles et, partant, de stricte interprétation. Mais la question a encore une autre face; il s'agit de savoir dans quel cas les actes faits par les administrateurs légaux sont valables, sans que les incapables puissent réclamer pour cause de lésion. Or, il est de principe que les mineurs et, par conséquent, les autres incapables, ne sont pas restituables contre les actes d'administration du tuteur, sauf à eux à agir en responsabilité quand ils sont lésés. Or, transcrire est un acte d'administration; il est vrai que le tuteur doit transcrire, mais cela ne change pas la nature de l'acte; il peut trouver la transcription inutile, comme font bien des acquéreurs; c'est mal administrer, mais c'est précisément dans le cas de mauvaise administration que naît la question de savoir si le mineur peut être restitué. Les articles 942 et 1070 ne sont donc que l'application des principes généraux de droit; ce qui est décisif.

L'article 942 ajoute : « Sauf leur recours contre leurs tuteurs ou maris, *s'il y échet*, et sans que la restitution puisse avoir lieu, dans le cas même où lesdits tuteurs et maris se trouveraient insolubles. » L'article 1070 contient une disposition identique en matière de substitution : « Sauf le recours contre le grevé et contre le tuteur à l'exécution, et sans que les mineurs ou interdits puissent être restitués contre ce défaut de transcription, quand même le grevé et le tuteur se trouveraient insolubles. » Ces articles sont encore l'application du droit commun. « Le tuteur, dit l'article 450, administrera les biens du mineur en bon père de famille, et répondra des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. » C'est dire que le mineur n'est pas restituable contre la mauvaise administration du tuteur, sauf à lui à agir contre son tuteur pour obtenir la réparation du dommage qu'il a éprouvé. Cette action est garantie par une hypothèque légale; si la garantie est insuffisante, la perte retombe sur l'incapable.

Le recours en garantie appartient à tous les incapables;

l'article 942 cite, outre les mineurs, la femme, mais il y ajoute : *s'il y échet*. Cette restriction est aussi de droit commun. La garantie, comme toute responsabilité, suppose une faute. Si le mandataire légal n'était pas en faute, il ne serait pas tenu. Le cas s'est présenté pour la femme. Son mari lui avait fait donation de l'usufruit d'un immeuble ; il ne fit pas transcrire l'acte ; la femme exerça son recours. Il a été jugé que la femme pouvant, aux termes de l'article 940, requérir la transcription sans autorisation maritale, était elle-même en faute, puisqu'elle ne constatait pas qu'elle eût été dans l'impossibilité de faire cet acte conservatoire (1). Cette décision n'est-elle pas trop absolue ? La loi oblige le mari à faire transcrire ; il est donc en faute et, partant, responsable, par cela seul qu'il ne requiert pas la transcription ; tandis que la femme est seulement autorisée à transcrire ; de ce qu'elle n'use pas de cette faculté, on ne peut pas conclure que le mari n'est pas en faute.

Ces principes s'appliquent-ils aux actes à titre onéreux ? Ce que nous venons de dire répond à la question. La loi ne fait qu'appliquer les principes généraux ; elle est donc générale de sa nature. On aurait dû décider la question en ce sens, même dans le silence de la loi ; donc il n'y a aucune distinction à faire entre les donations et les actes à titre onéreux.

156. Les parties dont les droits périssent à défaut de transcription s'en prennent souvent au notaire, et intentent contre lui une action en dommages-intérêts. Ces recours ont rarement réussi. Il est certain que les notaires, en vertu de leurs fonctions, ne sont pas chargés de transcrire (2) ; ce qui le prouve à l'évidence, c'est que la transcription n'est pas une obligation pour les parties ; comment serait-elle une obligation pour les notaires ? Sans doute les notaires sont les conseils des parties, surtout quand il s'agit d'une loi nouvelle qui n'est pas encore entrée dans les mœurs ; leur devoir est d'éclairer les parties contractantes, de leur

(1) Bruxelles, 4 février 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 48). Comparez Martou, t. 1, p. 236, n° 284.

(2) Troplong, *De la transcription*, p. 292, n° 138. Comparez mon t. XXVII, n° 385 et t. XIX, n° 413.

faire connaître les dangers qui les attendent s'ils ne remplissent pas la formalité que la loi prescrit pour que l'acquéreur devienne propriétaire à l'égard des tiers. Mais autre chose est le devoir moral du conseil, autre est l'obligation légale de faire ce que l'on conseille et la responsabilité qui y est attachée. Comment veut-on que le notaire soit responsable pour n'avoir pas transcrit, alors que les parties sont libres de ne pas transcrire ? C'est à elles de décider s'il y aura transcription ou non, c'est donc à elles d'y procéder ; et si elles veulent que le notaire le fasse, elles doivent lui donner mandat à cet effet (1).

La grande difficulté, en cette matière, est de savoir quand il y a mandat. Le mandat peut être tacite ; et on admet assez facilement un mandat tacite donné au notaire lorsque les parties, ignorantes et incapables de sauvegarder leurs intérêts, s'en rapportent à l'officier public pour les mesures de prudence et pour les formalités qui doivent assurer leurs droits. Nous avons traité ces difficiles questions au titre du *Mandat* (t. XXVII, n°s 361-376). Les auteurs qui s'occupent spécialement du régime hypothécaire sont portés à imposer au notaire l'obligation positive d'éclairer les parties sur la nécessité de transcrire ; ce qui conduit à rendre le notaire responsable s'il n'a pas rempli ce devoir (2). Peut-être le législateur aurait-il dû faire de ce devoir une obligation légale, mais il ne l'a pas fait. On reste donc sous l'empire des principes généraux concernant le mandat ; dans le silence de la loi, le notaire n'est point responsable en cette qualité, il ne l'est que comme mandataire, et c'est à la partie qui invoque le mandat de le prouver.

SECTION IV. — Effet de la transcription.

§ I^{er}. Principe.

157. La loi hypothécaire (art. 1^{er}) porte que tous actes entre-vifs, à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers seront transcrits, et que

(1) Rejet, 14 février 1855 (Daloz, 1855, 1, 70).

(2) Martou, *Commentaire de la loi de 1851*, t. I, p. 81, n° 61.