A MON GRAND PÈRE

A MON PÈRE

20916

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DE L'INFLUENCE

DE LA CONVENTION

SUR LE TRANSPORT

DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

PAR

GEORGES DAGUILHON-PUJOL

Avocat

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE

TOULOUSE,

IMPRIMERIE DOULADOURE,

Rue Saint-Rome, 39.

1879.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

MM. DUFOUR ✲, doyen, *professeur de Droit commercial.*
MOLINIER ✲, *professeur de Droit criminel.*
BRESSOLLES ✲, *professeur de Code civil.*
MASSOL ✲, *professeur de Droit Romain.* (Pandectes).
GINOULHIAC, *professeur de Droit français, étudié dans ses origines féodales et coutumières.*
HUC, *professeur de Code Civil.*
POUBELLE, *professeur de Code civil.* (en congé).
ROZY, *professeur de Droit administratif.*
BONFILS, *professeur de Procédure Civile.*
ARNAULT, *professeur d'Économie politique.*
DELOUME, *professeur de Droit Romain,*
HUMBERT, *professeur honoraire.*
LAURENS, agrégé, *chargé du cours de Droit des gens.*
PAGET, agrégé, *chargé d'un cours de Droit Romain.*
CAMPISTRON, agrégé, *chargé d'un cours de Code civil.*
BRESSOLLES, agrégé.
VIDAL, agrégé.
WALLON, *délégué dans les fonctions d'Agrégé.*

M. MOUSSU, Secrétaire, Agent comptable.

Président de la thèse : M. DUFOUR, *doyen.*

Suffragants. MM. MASSOL, BONFILS, DELOUME, *Professeurs.* — PAGET, CAMPISTRON, *Agrégés.*

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
TOULOUSE

INTRODUCTION

La distinction des droits réels et des droits de créance s'est imposée à toutes les législations et à toutes les époques, parce qu'elle dérive de la nature même des choses. Les caractères et les effets de ces deux sortes de droits sont nécessairement différents. Il n'en est pas de même de leurs modes d'acquisition, de transmission ou d'extinction. Ce n'est pas que ces modes puissent être arbitrairement établis, ni qu'ils l'aient jamais été ainsi. Comme les droits eux-mêmes, ils ont leur fondement dans des principes rationnels. Mais leur réglementation comporte une certaine variabilité qui dépend des mœurs, des habitudes, des besoins de la société dans laquelle ils sont destinés à fonctionner. Aussi, ont-ils varié suivant les pays et les temps. La preuve et le plus frappant exemple s'en trouvent à la fois dans le rapprochement de la célèbre règle d'Ulpien : *Traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis dominia transferuntur*, et de l'art. 711 du Code

civil, aux termes duquel la propriété est transférée par le seul effet du consentement.

L'objet de cette étude est de comparer, à travers les âges, les modes d'acquisition et d'extinction des droits réels et des droits de créance, préciser les points qui leur sont communs et voir comment a fini par prévaloir le principe du droit moderne qui donne au seul consentement le pouvoir d'engendrer et de transmettre tous les droits. Mais nous devons faire remarquer que, quant aux droits réels, nous nous attacherons presque exclusivement au droit de propriété, parce qu'il en est le type.

Avant d'entrer dans ce travail, nous allons marquer le caractère distinctif des deux espèces de droits qui vont nous occuper, rechercher si, en raison pure, leur dissemblance doit nécessairement aboutir à des modes différents de transmission et indiquer, par un rapide aperçu, comment le Droit romain et le Droit français ont tour à tour envisagé ce point intéressant de législation.

Ce sera l'objet de cette introduction.

Les caractères du droit réel et du droit de créance sont retracés dans tous les auteurs. Nous les rappelons en empruntant à M. Accarias la définition précise qu'il donne de chacun de ces droits.

Le droit réel est celui qui porte directement et immédiatement sur une chose déterminée et qui exige de tous un respect égal, mais purement passif.

Le droit de créance consiste en une relation spéciale entre deux individus déterminés dont l'un peut demander à l'autre quelque chose que, selon le droit commun, personne ne doit à personne.

Ainsi, établissant un parallèle entre ces deux droits, nous dirons : le droit réel est absolu, opposable à tout le monde; c'est un droit qui se comprend même en dehors de tout état social, car on en jouit indépendamment du fait d'autrui. Le droit de créance, au contraire, est un droit relatif : nous n'en pouvons jouir que par le fait de celui ou de ceux qui sont nos débiteurs; c'est un droit qui n'est opposable qu'à eux seuls et qui peut être compromis par leur insolvabilité. Le droit réel nous met en contact avec la chose même; le droit de créance a bien aussi une chose pour objet, mais nous ne pouvons arriver à elle que par l'intermédiaire du débiteur qui reste interposé entre cette chose et nous.

Que doit-il résulter de ces différences, en raison ou en pratique, pour déterminer le mode d'acquisition, de transmission ou d'extinction le mieux approprié à chacune de ces deux classes de droits?

Est-il d'abord conforme à la raison d'admettre que les droits réels et les droits de créance soient engendrés ou éteints différemment? Les droits sont des abstractions tirées de la notion du juste et de l'injuste. Quels qu'ils soient, propriété ou créance, ils n'ont ni forme ni vie ; ils ne tombent sous aucun de nos sens. Ils ont tous la

même nature immatérielle. Ils doivent donc tous naître ou s'éteindre de la même façon, sans aucune cause matérielle. C'est ce qu'ont très-nettement établi Grotius, Pufendorf et la plupart des auteurs qui ont écrit sur le droit naturel.

Mais s'il en est ainsi au point de vue de la raison pure, il en est autrement lorsqu'on descend dans l'étude des faits et les exigences de la pratique. Les droits réels, nous l'avons dit, diffèrent des droits de créance par la manière dont ils nous mettent en contact avec les choses ou avec les personnes.

Si je deviens créancier d'une personne, il ne résulte de ma créance aucun point de contact entre moi et la chose qui m'est due; il ne résulte pas davantage de cette créance un lien quelconque entre moi et les autres hommes. Le droit nouveau qui vient de naître ne les intéresse en aucune façon, puisque la chose qui en est l'objet reste libre et dans le commerce. Il suffit que le débiteur sache qu'il doit et ce qu'il doit. La manifestation extérieure de son engagement peut en faciliter la preuve, mais elle ne saurait légitimement constituer une condition de son existence.

S'agit-il, au contraire, de droits réels et en particulier du droit de propriété, type et faisceau de tous les autres, il met la chose en ma puissance. Rien ne s'interpose plus entre elle et moi : elle s'identifie à moi. Il est donc naturel que pour l'aliéner je la sépare de moi. Les modes de transport de la propriété seront d'abord la cons-

tatation juridique de cette séparation. Ce n'est pas tout : la propriété a droit au respect de tous ; elle impose à tous une obligation, négative sans doute, mais une obligation de n'apporter aucun obstacle à la jouissance exclusive du propriétaire. La chose est en quelque sorte touchée par le droit; elle n'est plus à la disposition de tous et dans leur commerce. C'est une nouvelle raison pour que la propriété ne passe pas d'une tête sur une autre par un acte purement intellectuel. Il faut que le lien qui unissait la chose au propriétaire soit visiblement rompu, et que les tiers, pour n'être pas exposés à des fraudes, sachent qu'un lien analogue s'est formé entre cette même chose et son nouveau maître.

Si donc les données purement philosophiques ne veulent aucune distinction entre les droits réels et les droits de créance sous le rapport de leur mode d'acquisition ou d'extinction, il en est autrement quand on consulte les nécessités de la pratique. Comme ces nécessités ne sont révélées que par le temps, il est logique que la distinction qu'elles justifient ait été méconnue à l'origine des législations, puis sanctionnée par elles, pour aboutir enfin à un système qui, consacrant les principes purs du droit entre les parties contractantes, offre aux tiers les garanties qui leur sont dues. Tel est, en effet, le spectacle que déroule à nos yeux l'histoire du Droit. C'est ici que va se placer tout naturellement le résumé rapide et comme la synthèse de notre travail.

Dans les premiers temps de l'histoire du droit romain, la *mancipatio* servait tout à la fois à transporter la propriété et à créer ou éteindre les obligations. Ainsi, les esprits n'étaient pas choqués à cette époque de voir le même mode s'appliquer aux droits réels et aux droits personnels; et cet état de choses se prolongea même longtemps, puisque Gaïus nous parle encore de l'extinction des obligations *per æs et libram*. Nous devons d'ailleurs consigner ici une observation que nous aurons lieu de répéter, c'est que les modes qui s'appliquent à l'ensemble du patrimoine, les modes d'acquérir *per universitatem*, comme la succession testamentaire ou *ab intestat*, n'ont jamais cessé, à aucune époque, de s'appliquer aux deux catégories de droits. Ainsi, l'héritier devient créancier et propriétaire, parce qu'il continue la personne du défunt; en sorte que la séparation que nous allons voir s'établir ne s'applique qu'aux modes d'acquérir les *res singulares*, les seuls dont nous nous occuperons désormais.

D'un autre côté, nous ne prétendons pas dire qu'à l'origine, la propriété et les obligations se créaient et s'éteignaient toujours de la même manière. Il y eut au contraire, de tout temps, certains modes spéciaux et distincts d'acquérir ou de s'obliger : ainsi la tradition était un mode servant exclusivement à la transmission de la propriété, bien qu'une obligation pût dans certains cas en résulter, comme dans les contrats *re*.

Ce que nous voulons seulement faire ressortir, c'est qu'il y a eu tout d'abord des modes communs de formation des droits réels et des droits de créance, que ce n'est que la suite des temps qui en a effectué l'entière séparation.

Cette séparation ne s'accomplit pas du reste par un acte législatif. Elle dut se faire d'elle-même et peu à peu. Après l'invention de la monnaie, le pesage réel des espèces, qui était une des formalités de la *mancipatio*, devint inutile puisqu'il suffisait de les compter. Fallait-il conserver néanmoins la solennité et la publicité de ce mode d'acquérir et de s'obliger, ne fût-ce que comme moyen de preuve? La pratique distingua sur cette question et c'est ici, croyons-nous, le point où se fit entre les droits réels et les droits de créance la séparation qui devint plus tard une des règles principales du Droit romain. Pour le transport de la propriété, la formalité de la mancipation fut maintenue. Pour les obligations elle disparut, mais la pratique en dégagea sans doute la *stipulation*, en supprimant le *libripens*, le nombre sacramentel de cinq témoins, et en réduisant les paroles solennelles à l'interrogation et à la réponse conformes. C'est alors que dut s'établir la doctrine formulée plus tard dans la règle d'Ulpien.

Cette règle, d'une part, nous laisse entendre que les obligations naissent en principe des pactes, c'est-à-dire de la simple convention des parties, malgré la nécessité de ce qu'on appelle la *causa*

civilis obligationis. Cela est vrai à la lettre pour les contrats parfaits *solo consensu* et les pactes prétoriens ou légitimes; cela est vrai, *lato sensu*, pour la stipulation elle-même qui n'est autre chose qu'une convention solennisée, condensée dans une interrogation en des paroles déterminées et une réponse conforme. Aussi peut-on dire, en prenant les choses de haut, qu'au temps classique du Droit romain, c'est la volonté de l'homme qui est directement la source des obligations autres que celles qui naissent *quasi ex contractu* ou bien *ex delicto* ou *quasi ex delicto* (1).

D'autre part, la règle d'Ulpien nous indique que les pactes ne transportent pas la propriété. Sans doute la volonté de l'homme intervient encore ici, mais elle est insuffisante pour faire passer le droit réel de sa tête sur une autre. Il faut en principe l'intervention d'un *modus*, d'un mode de translation reçu par le Droit civil.

Nous nous proposons, dans la suite de ce travail, de montrer plutôt par une rapide énumération que par un commentaire approfondi de chacune

(1) Ce que nous venons de dire laisse de côté le contrat *litteris*, tombé en désuétude, dès le temps classique, sous son ancienne forme, *l'expensilatio*, que nous retrouverons plus loin.

Il y a aussi les quatre contrats qui se forment par dation ou tradition et qu'on appelle contrats *re*, *mutuum*, commodat, dépôt et gage. Mais ce n'est pas par une exigence particulière au Droit romain que ces contrats se forment ainsi, c'est à cause de leur nature et de leur objet propre. En droit français où le seul consentement oblige, ce sont aussi des contrats dits réels.

des matières, quelles exceptions ont été faites à cette règle dans le droit romain, soit avant Justinien, soit sous cet empereur. Nous procéderons par voie d'énumération, consacrant un chapitre distinct à chaque objet de notre étude. Ce seront en quelque sorte les épis d'une gerbe que nous aurons liée à l'avance dans cette introduction.

Nous ne voulons, quant à présent, tirer d'autre conséquence de cette sorte de travail de rapprochement que celle-ci : c'est que la distinction qui nous occupe n'est pas fondée, sur l'ordre immuable des choses ; c'est qu'elle n'a même jamais été absolument admise, et n'a eu que la valeur d'une règle comportant de nombreuses exceptions.

Passant du Droit romain à notre ancien Droit français, nous y suivrons les mêmes évolutions. Nous verrons le droit germanique, comme le premier droit romain, soumettre à de mêmes solennités, d'abord réelles et plus tard symboliques, la transmission de tous les droits. C'est la *festucatio* au lieu de la *mancipatio*, mais c'est toujours le même formalisme et les mêmes effets, jusqu'au moment où les progrès du temps dégagent le droit de ces entraves, pour ne plus conserver que les formalités marquées au coin de l'utilité pratique. Nous verrons comment le droit coutumier a conformé sa marche à cette loi de l'histoire, tandis que les contrées soumises au Droit romain en appliquaient les principes ; comment la simple tradition fut substituée peu à peu à l'ensaisine-

ment pour le transport de la propriété ; comment le fait de la tradition elle-même disparut, le principe subsistant toujours sous le nom de traditions feintes, clauses de dessaisine-saisine, etc., de telle sorte qu'il n'y eut plus qu'à supprimer une fiction pour établir en règle absolue que la propriété serait transmise par le seul consentement.

Nous verrons enfin que cette règle, que le droit intermédiaire a peut-être admise mais n'a pas proclamée, a été formellement édictée par le code civil. Nous aurons ainsi assisté à une évolution juridique complète, puisque, partis de la mancipation, mode de formation commun aux droits réels et aux droits de créances, après avoir vu la scission s'opérer et des modes divers admis pour les uns et pour les autres, après avoir énuméré les résistances qui se sont toujours dressées contre cette dualité et les exceptions qu'elle a subies, nous retrouverons au point d'arrivée une source commune des obligations et du transport de la propriété, la convention. Nous serons revenus ainsi à notre point de départ, après ce long voyage à travers l'histoire, à cela près que les formalités de la mancipation ne seront plus qu'un vieux souvenir, et que notre droit, répudiant même les formalités de la stipulation, n'aura retenu d'elle que l'accord, le consentement, la volonté des parties contractantes. Cette volonté seule engendrera désormais les créances et fera la loi des parties (art. 1134). Elle suffira désormais aussi à rendre l'acquéreur propriétaire, quand il

s'agira d'un corps certain (art. 711, 1138 et 1583).

En ce dernier état, le droit sera rigoureusement conforme aux déductions de la raison pure. Il ne restera plus, pour le soumettre aux exigences de l'utilité publique, qu'à entourer son application de garanties protectrices des tiers. C'est le dernier pas qu'a fait le législateur par la loi du 23 mars 1855, élargissant sur ce point la voie que lui avait frayée la loi du 11 brumaire an VII. Nous nous bornerons à indiquer ces garanties en énumérant simplement les conditions de publicité auxquelles le crédit public a fait soumettre le transport des droits réels, et en certains cas même le transport des créances, sans entreprendre au sujet de ces conditions une étude approfondie qui ne rentre pas directement dans l'objet de ce travail.

DROIT ROMAIN

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
Toulouse

DROIT ROMAIN

GÉNÉRALITÉS.

DROITS RÉELS ET DROITS DE CRÉANCE

Nous avons rappelé, au commencement de ce travail, la division naturelle et consacrée des droits en deux grandes classes : Droits réels et droits de créance.

Ces expressions, les plus généralement employées, ne sont pas les seules dont on ait fait usage dans la langue juridique pour les désigner. Certains interprètes appellent le droit réel *droit absolu* et le droit de créance *droit relatif*; d'autres s'appuyant sur des textes (*De Usuf.*, Just., II, 4) désignent le premier sous le nom de *jus in re* et ont créé pour le second le nom de *jus ad rem;* mais cette dénomination n'appartient pas au droit romain. Bien plus, le droit romain n'avait pas même formulé scientifiquement cette classifi-

cation si importante, ou du moins ce n'était qu'aux *actions* qu'il appliquait la division qui a été depuis appliquée aux droits eux-mêmes (Gaïus, *Com.*, II, §§ 2, 3. Just., liv. II, *de Act.*, § 1). Encore devons-nous bien faire remarquer que la distinction des droits réels et de créance ne cadre pas toujours exactement avec celle des actions *in rem* et *in personam*.

Quoi qu'il en soit de ces observations, nous rappelons que le droit réel existe indépendamment de toute obligation préexistante d'une personne envers une autre, tandis que le droit de créance n'existe qu'autant qu'une personne est spécialement obligée envers une autre personne. Et comme on peut s'obliger d'une infinité de manières, sauf, bien entendu, le respect de l'ordre public, il s'ensuit que le nombre des droits de créance est illimité. Le nombre des droits réels est au contraire limité, parce qu'il tient à l'organisation de la société.

Les droits réels se divisent en deux catégories, suivant la législation qui les consacre : les uns, reconnus par le droit civil, les autres sanctionnés par le droit prétorien. Les premiers sont : le droit de propriété, le droit de servitude, les droits d'usufruit, d'usage et d'habitation. Les seconds sont : l'*in bonis*, la *superficies*, l'emphytéose et l'hypothèque.

En parlant du droit civil et du droit prétorien, nous venons d'énoncer une distinction qui domine l'ensemble du droit romain, et, comme nous

la retrouverons à chaque instant dans cette étude, il ne nous parait pas inutile de nous y arrêter un moment.

Le *jus civile* comprenait toutes les dispositions du droit qui dérivaient *ex legibus vel ex his quæ legis vicem obtinent* (1), c'est-à-dire non-seulement des lois et des plébiscites, mais aussi des sénatus-consultes, des constitutions impériales, des réponses des prudents (2) et enfin de la coutume.

Le *jus prætorium*, au contraire, avait pour unique source l'autorité des préteurs, et se composait des règles contenues dans leurs édits.

Ce ne fut pas à un moment donné et en quelque sorte tout d'une pièce que se forma ce droit prétorien. Quand, en 387, les patriciens ouvrirent aux plébéiens l'accès du Consulat, ils confièrent à un *prætor urbanus* qui dut être pris dans leurs rangs l'administration de la justice. En 507, un second préteur fut créé, le *prætor peregrinus;* il fut chargé des procès entre pérégrins ou entre Romains et pérégrins. Ce dernier préteur n'eut jamais l'importance du *prætor urbanus*, parce qu'il n'appliquait que le *jus gentium*. Chacun de ces magistrats, avant son entrée en charge, rendait un édit pour expliquer comment il interpréterait le *jus civile*. Ce fut par ces édits et surtout par ceux du *prætor urbanus* que se constitua le droit prétorien.

(1) Gaius, IV, *Com.*, § 118.

(2) Gaius, *Com.* 1, § 3, 7. — L. 7 pr., D. 1, 1. — L. 38, 1; L. 33 et 36, D. 2, 3.

L'édit n'avait d'autorité que pendant la durée des fonctions du magistrat qui l'avait rendu, c'est-à-dire pendant un an. Il était donc temporaire, mais peu à peu les nouveaux préteurs reproduisirent un grand nombre de dispositions de leurs prédécesseurs. A la longue une tradition se forma et on vit se perpétuer un ensemble de règles invariables qui prit le nom de *jus prætorium*. Ainsi l'édit du préteur devint une source législative après n'avoir été à l'origine qu'une garantie de l'exacte application du droit civil. Il acquit surtout de l'importance quand la loi *Ælbutia*, supprimant les *legis actiones*, eut confié au préteur le soin de composer et de délivrer les formules de la procédure. Enfin, sous le règne d'Adrien, on jugea consommé le mouvement de réaction des préteurs contre le *jus civile*; on fit définitivement entrer dans le droit romain les résultats acquis par le droit prétorien et le jurisconsulte Julien composa son travail célèbre connu sous le nom d'*Edictum perpetuum* que sanctionna un sénatus-consulte.

Tel est, en quelques mots, l'histoire de ce *jus prætorium* qui fut une des sources les plus importantes du droit privé des Romains. Un texte célèbre de Papinien lui donne pour but ou plutôt pour effet de seconder, de compléter et de corriger le droit civil (1). Tel n'avait pas dû être à coup sûr sa destination dès l'origine, mais tel fut en réalité son résultat.

(1) L. 7, § 1, D., de Just. et Jur., 1. 1.

Cette courte digression trouvera sans doute sa justification dans cette circonstance que le *jus prætorium* est avec le *jus civile* la source des droits réels, qui sont pour ainsi dire l'assise principale de notre sujet. Aussi, allons-nous nous arrêter sur le plus important de ces droits, le droit de propriété.

DROIT DE PROPRIÉTÉ

Le droit de propriété est le type des droits réels, et tous les autres ne sont que des démembrements de celui-là.

L'analyse a réduit à trois ses éléments juridiques. Ce sont : le *jus utendi*, le *jus fruendi* et le *jus abutendi*. « Par *usus*, dit M. Accarias, on entend » le droit de se servir de la chose telle qu'elle » est. Habiter une maison, se promener dans un » jardin, monter un cheval, voilà des actes qui » rentrent dans l'*usus*. *Fructus* désigne le droit » aux produits quelconques de la chose, soit pro- » duits réels, tels que des arbres, du blé, du bois ; » soit produits improprement dits, comme les » intérêts d'une somme d'argent ou les loyers » d'une maison. L'*abusus* enfin, ou droit de dispo- » sition, consiste dans la faculté de transformer, » de dégrader, de détruire et d'aliéner (1). »

La réunion de ces trois caractères constitue la propriété dans toute sa plénitude. Elle est alors

(1) Acc., t. I, p. 431.

exclusive, absolue et perpétuelle : exclusive, en ce qu'elle exclut toute idée de communauté; absolue, en ce que le propriétaire en peut disposer comme il veut; perpétuelle, en ce qu'elle ne saurait être limitée dans sa durée. Elle est le droit le plus entier qu'on puisse avoir sur une chose, si bien que ce droit a paru se confondre avec la chose elle-même et que le langage les a identifiés en disant : mon champ ou ma maison. Le droit de propriété s'est matérialisé pour ainsi dire et a fini par être classé lui-même parmi les choses corporelles. La revendication, comme l'indique le mot *rei vindicatio*, porte non pas sur le droit mais sur l'objet de ce droit. Au contraire, qnand j'affirme sur une chose un droit réel autre que le droit de propriété, un droit d'usufruit, par exemple, alors c'est le droit lui-même que j'exprime : j'ai l'usufruit de ce champ ou de cette maison.

Le caractère absolu et exclusif du droit de propriété n'empêche pas qu'une chose ne puisse appartenir à plusieurs personnes en commun. Sans doute, les droits des uns sont limités alors par les droits des autres, mais chacun a la même nature de droits sur la chose commune. Aussi le mot propriété est-il conservé en ce cas, et on dit qu'il y a co-propriété.

Lorsque les divers attributs de la propriété, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, se trouvent répartis entre plusieurs personnes, de telle sorte que chacune d'elles ne participe pas à tous ses attributs

ou n'y participe pas d'une manière égale, la propriété se trouve démembrée et chacun de ses démembrements prend un nom particulier. Ainsi cette répartition est-elle faite de façon qu'une personne ait le droit de jouir exclusivement d'une chose pendant un certain temps, ordinairement celui de la vie, et qu'après l'expiration de ce temps une autre personne doive en avoir à perpétuité l'usage, la jouissance et la disposition également exclusives, on appelle alors *usufruit* le droit de la première et *nue-propriété* celui de la seconde. On a raison de dire, comme le fait observer justement M. Pellat, que la propriété est *nue*, c'est-à-dire dépouillée de ses principaux avantages ; quand ils reviendront s'y réunir, elle se revêtira, se complètera et s'appellera pleine propriété.

Dans le cas d'usufruit, l'usufruitier a deux des éléments de la propriété, le *jus utendi* et le *jus fruendi*. Si le *jus utendi* est seul séparé de la propriété, c'est le cas de l'usage.

Mais si l'on peut ainsi démembrer la propriété au profit d'une personne, on peut aussi démembrer la propriété d'un immeuble pour augmenter l'utilité d'un autre immeuble appartenant à un maître différent. On appelle servitude la charge qui pèse sur le premier. Si cette charge consiste *in patiendo*, la servitude est dite négative; si elle consiste *in faciendo*, la servitude est dite positive.

De ce qui précède, ne ressort-il pas que tous

les autres droits réels ne sont que des démembrements du droit de propriété ?

Après l'avoir brièvement étudié dans ses caractères juridiques, il nous reste à rappeler à grands traits son histoire dans le Droit romain ; « car, » comme le dit M. Ortolan, tout historien devrait » être jurisconsulte, tout jurisconsulte devrait » être historien. On ne peut bien connaître une » législation sans bien connaître son histoire » (1).

On ne saurait exactement préciser l'époque à laquelle s'est constituée à Rome la propriété individuelle ; ce qui est certain, c'est que ce droit est bien antérieur à la loi des XII Tables. « D'abord, dit M. Arnault dans sa savante étude sur le *Socialisme et la Commune*, l'homme ne se comprend pas sans la propriété des meubles, n'eût-il que son arc, ses flèches et sa proie. C'est là un droit si *naturel*, dans le sens que donnaient à ce mot les jurisconsultes romains, *jus naturale*, droit de la nature, qu'on peut dire qu'il est connu des animaux eux-mêmes et qu'il se confond avec l'instinct. Mais de plus la société romaine était depuis longtemps, lors des XII Tables, partagée en classes selon la fortune ; les choses étaient divisées en *mancipi* et *nec mancipi*, suivant la manière d'en devenir *dominus* ; le testament était usité ; le *pater familias* se créait même un héritier de son vivant par la transmission de la propriété de tous ses biens au moyen de la *man-*

(1) Ortolan, *Histoire de la législation romaine*, p. 19.

cipatio... La loi des XII Tables n'a donc fait que consacrer un état de choses antérieur. »

Au milieu des obscurités de cette époque primitive, il semble que la propriété ait présenté deux caractères spéciaux : un caractère politique et un caractère religieux. Pour les premiers Romains, la propriété privée n'est qu'une émanation de la propriété publique, une concession de l'Etat. De plus, l'*agrimensor* est au nombre des augures ; l'orientation et la limitation des terres ne sont pas un simple bornage destiné à prévenir des contestations entre voisins; c'est une consécration religieuse de la propriété. Aussi la pierre qui doit fixer les limites des deux héritages sera divinisée ; les citoyens viendront offrir des sacrifices au dieu *Terme*.

Plus tard, cet état de choses se modifie. La première politique de Rome avait été une politique d'envahissement. Son premier territoire s'était formé par la conquête. Mais peu à peu, quand elle donna un autre caractère à ses annexions, il n'y eut plus lieu au partage des terres et de la limitation solennelle il ne resta plus qu'une simple opération de bornage.

Ce que nous venons de dire explique la distinction fréquente qu'offrent les textes entre les *agri limitati* et les *agri non limitati*. Les premiers étaient sans doute ceux qui avaient été l'objet, à une époque quelconque, d'une limitation publique et solennelle et dont les limites étaient encore reconnaissables; les autres, ceux qui

n'avaient été l'objet que d'une limitation privée ou qui n'avaient même été aucunement limités.

L'importance de la propriété dut commencer à se révéler sous le règne de Servius Tullius, qui divisa le peuple romain en six classes organisées d'après le cens et subdivisa ces classes en centuries. Comme le fait observer Cicéron, cette organisation n'excluait personne du droit de suffrage mais donnait la prépondérance à ceux qui étaient le plus intéressés à la prospérité de l'Etat : *Ita nec prohibebatur quisquam jure suffragii, sed is valebat in suffragio plurimum cujus plurimum intererat esse rem publicam in optimo statu.*

La loi des XII Tables, qui date des premières années de la république, vint donner au droit de propriété une consécration nouvelle par la reconnaissance de son principal attribut, le *jus abutendi*. Elle consacre notamment le droit de disposition le plus absolu du père de famille : *uti legassit*, dit-elle, *super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto* (1). Elle punit aussi très-sévèrement le vol ; mais la protection qu'elle donne au droit de propriété ne doit pas nous faire perdre de vue le caractère qu'il revêtait à cette époque.

La propriété romaine alors, c'est le *mancipium*, plus tard le *dominium ex jure Quiritium*. Elle ne peut appartenir qu'au citoyen romain. C'est un des priviléges de ce titre défendu avec

(1) L. des XII Tables. — Table V.

un soin si jaloux et porté avec tant de fierté. On sait que ce n'était pas le seul. « Les Romains avaient substitué au mariage naturel un mariage de citoyens, *justæ nuptiæ ;* à la parenté naturelle, une parenté de citoyens, *agnatio, gens* ; ils mirent encore à la place de la propriété ordinaire une propriété de citoyens, *mancipium* et plus tard *dominium ex jure Quiritium* ; à la place de la vente ou de l'aliénation naturelle, une vente, une aliénation propres aux seuls citoyens, *mancipium*, et plus tard *mancipatio* ; enfin, à la place des engagements ordinaires un engagement de citoyens, *nexus* ou *nexum*. Ainsi, cette qualité de citoyen imprimait à leur mariage, à leur parenté, à leur propriété, à leurs ventes, à leurs engagements, partout, un caractère singulier de force qui donne la vie à leurs institutions » (1).

La loi des XII Tables ne reconnaît qu'une seule espèce de propriété : *aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus* (2). Mais à côté du *dominium ex jure Quiritium*, à côté de cette propriété si énergique qui donnait le pouvoir le plus absolu sur la chose, *plenam in re potestatem*, comme disent les Institutes (liv. II, tit. 4, 4), la loi du temps et celle de la conquête qui mettait Rome de plus en plus en contact avec les peuples vaincus devait néces-

(1) Ortolan, *Histoire de la législation romaine*, p. 119.
(2) Gaius, *Com.*, II, § 46.

sairement faire apparaître une autre sorte de propriété.

Ce fut l'œuvre de ce droit prétorien, dont nous avons rappelé l'histoire, de créer cette propriété nouvelle, si utile dans les rapports des Romains et des Pérégrins. Les textes l'appelent l'*in bonis habere* (1). Cette propriété prétorienne obéira aux règles contenues dans l'Edit. Elle aura d'ailleurs tous les avantages du *dominium ex jure Quiritium* et elle en différera bien plutôt dans la forme que dans le fond. Ainsi celui qui aura une chose *in bonis* en jouira comme s'il en avait le *dominium*; mais il ne pourra l'aliéner par les modes de l'*ipsum jus*; il ne pourra ni manciper, ni *in jus cedere*; il devra employer la tradition, et ne transférera qu'un droit de même nature que celui qu'il a lui-même.

Cette propriété prétorienne était à proprement parler un démembrement du *dominium*. Elle faisait passer la possession de la chose entre les mains de l'acquéreur qui avait la faculté d'en jouir, d'en retirer les fruits, d'en disposer même et de la reprendre par des moyens particuliers; mais elle laissait sur la tête de l'aliénateur le *dominium* qui se détachait en quelque sorte de la chose et devenait une espèce d'abstraction à peu près sans effet. Cet état de choses se produi-

(1) Cette propriété de l'*in bonis* est appelée par Théophile (§5. *De Libertinis*, Inst., I, 5) δεσπότης βονιτάριος, d'où les commentateurs ont fait *dominium bonitarium*.

sait quand un objet marqué du sceau du droit civil était aliéné sans un des modes exigés par ce droit. Parmi les différences qui distinguaient du *verus dominus* celui qui avait la chose seulement *in bonis*, il en est une particulièrement importante : il n'avait pas la *rei vindicatio* mais seulement l'action *in rem publiciana*. De là l'impossibilité pour lui de faire un legs *per vindicationem*. Il ne pouvait non plus faire acquérir le *jus civitatis* à l'esclave qu'il affranchissait et qui devenait seulement Latin junien.

Ces deux législations, civile et prétorienne, s'avancèrent parallèlement à travers l'histoire du droit romain jusqu'au jour où Rome, perdant peu à peu tous ses caractères primitifs, le droit naturel aidé par les préteurs, les grands jurisconsultes, les empereurs chrétiens, finit sous Justinien par supplanter complètement le droit civil. Alors disparut aussi la distinction entre les fonds italiques et les fonds provinciaux dont nous allons dire quelques mots seulement en terminant cet aperçu historique du droit de propriété. Cette distinction se lie intimement à l'étude de ce droit, car l'exercice du *dominium* diffère selon qu'il s'agit de fonds italiques ou de fonds provinciaux.

Les premiers comportent tous le *dominium* privé. Cette prérogative leur fut sans doute accordée après la guerre sociale qui donna à tous les peuples habitant l'Italie la concession du droit de cité.

Mais pour les fonds provinciaux, l'Etat ne vou-

lut pas se dessaisir des droits que lui avait donnés la conquête. La propriété du sol continua à lui appartenir. Il en eut le *dominium*, et les habitants des provinces ne purent en avoir la possession qu'en payant le *stipendium*, c'est-à-dire l'impôt foncier, qui fut comme une condition de leur jouissance. Cette possession des fonds provinciaux équivalait, à vrai dire, à une véritable propriété. Elle fut soumise au *jus gentium* et au *jus prætorium*, au lieu de l'être au *jus civile*. Le droit prétorien lui fournit le concours de ses actions utiles et de ses interdits. Elle se trouva ainsi non moins bien protégée que la propriété romaine. C'est pour désigner spécialement cette propriété particulière des fonds provinciaux qu'on créa le mot *proprietas*. Toute distinction finit d'ailleurs par disparaître quand l'empereur Antonin Caracalla, sanctionnant les envahissements inévitables des ambitions provinciales et poursuivant un but fiscal, donna à tous les sujets de l'empire le titre de citoyens romains.

En pénétrant maintenant au cœur de notre sujet, la première question qui se pose dans ce travail où l'effet des conventions doit être étudié sous un de ses principaux aspects, est celle de savoir si la propriété elle-même est le résultat d'une convention.

Un certain nombre de philosophes qui ont traité du droit naturel, Pufendorf entre autres, conjecturent que les hommes vivaient à l'origine

dans un état de communauté, qu'ils ont appelée communauté négative par opposition à la communauté positive, qui résulte de la mise en commun d'une chose par des associés pour être possédée indivisément. Tous les objets nécessaires à l'homme appartenaient à tous, à personne en particulier. Dans cet état, le droit se confondait avec le fait de la possession. Il cessait avec lui, et il n'a pu acquérir un caractère de stabilité que par l'intervention d'une législation positive, l'établissement d'un état civil régulier. Montesquieu et Mirabeau ont adopté cette doctrine. « Comme les hommes, dit Montesquieu, ont renoncé à leur indépendance naturelle pour vivre sous des lois politiques, ils ont renoncé à la *communauté naturelle* des biens pour vivre sous des lois civiles. Les premières lois leur acquirent la liberté, les secondes la propriété. » Et Mirabeau exprimait la même idée quand il disait : « Une propriété particulière est un bien acquis en vertu des lois. La *loi seule constitue la propriété*, parce qu'il n'y a que la volonté politique qui puisse opérer la renonciation de tous et donner un titre commun, un garant à la jouissance d'un seul. »

Dans la pensée de Pufendorf, de Montesquieu et de Mirabeau, la propriété est donc une création du droit civil et n'existe que par l'effet d'une convention.

Cette doctrine est fausse. Elle est née d'une confusion. Sans doute, la propriété ne serait pas respectée ou le serait fort mal en dehors de

l'état civil, mais il ne faut pas confondre la garantie d'un droit avec ce droit lui-même. C'est l'erreur dans laquelle est aussi tombé Bentham, quand il a dit : « La propriété et la loi sont nées ensemble et mourront ensemble ; avant la loi, point de propriété ; ôtez la loi, toute propriété cesse. » La loi et le droit sont deux choses distinctes : la loi protége le droit, elle ne le crée pas. La doctrine contraire est grosse d'effrayantes conséquences ; car si l'on admet que la propriété ne vient pas du droit naturel, et qu'elle est une création civile, pourra-t-on contester à la main qui l'a faite le pouvoir de la détruire ? Ne justifiera-t-on pas tous les abus de la force ? Le socialisme est au bout de cette doctrine, qui est viciée d'ailleurs dans son principe même. Comment, en effet, peut-on transmettre plus de droits qu'on n'en a soi-même, et comment expliquer que les hommes qui, avant l'établissement d'un état civil, n'auraient pas été propriétaires du sol et n'en auraient récolté que les fruits, aient pu créer la propriété par un contrat ? La propriété est un droit primordial, qui a sa source dans le libre exercice des facultés naturelles de l'homme, son principe « dans la constitution même de notre être, et dans nos relations avec les objets qui nous environnent », comme l'a dit Portalis. Elle est donc de droit naturel au premier chef, et c'est d'abord à ce titre qu'elle obtient des lois civiles et politiques des garanties, qu'il ne faut pas confondre avec elle. Comme tous les droits naturels

c'est un droit absolu pris en lui-même, la loi toutefois peut et doit même y apporter certaines restrictions dans l'intérêt social. Ainsi l'expropriation pour cause d'utilité publique moyennant une juste indemnité. est un principe reconnu par le Droit civil. Le serait-il par le Droit naturel ? Il faudrait peut-être repondre négativement. — S'abstenir, disaient les stoïciens, voilà l'âpreté du droit.

Nous venons de montrer que le droit de propriété est de droit naturel, que par suite c'est un droit absolu. Il s'ensuit qu'on peut l'échanger, le vendre ou le donner, et ainsi se trouve justifié le bon principe de sa transmission.

CHAPITRE I.

DE QUELQUES POINTS COMMUNS AUX DROITS RÉELS ET AUX DROITS DE CRÉANCE, QUANT AUX MODES ADMIS PAR LE DROIT CIVIL POUR LEUR ACQUISITION ET LEUR EXTINCTION.

Les droits que nous possédons peuvent se transmettre de deux façons différentes : à titre particulier ou à titre universel.

Les modes de transmission à titre universel sont, comme nous l'avons dit, communs aux droits réels et aux droits de créance, mais ce n'est pas leur étude qui doit faire l'objet de ce travail.

Nous nous occuperons seulement des modes à

titre particulier et nous rechercherons quels sont, parmi ces modes, ceux qui peuvent tout à la fois donner naissance aux droits réels et aux créances.

SECTION I.

DE LA MANCIPATION.

Dans les plus anciens temps du droit romain nous trouvons un mode qui a incontestablement ce double effet : c'est la mancipation.

Gaius et Ulpien nous la décrivent ainsi : c'est une vente où figurent un aliénateur *(mancipans)*, un acquéreur *(accipiens* ou *emptor)*, un *libripens* et cinq témoins, tous citoyens romains et pubères. Ces cinq témoins représentent sans doute les cinq classes du peuple, et c'est pourquoi on les appelle aussi *classici testes*. Ils jouent un rôle entièrement muet. Le *libripens* tient à la main une balance (1). L'acquéreur touche la chose en prononçant une formule *(certa verba)* par laquelle il affirme qu'il a le droit qu'il désire acquérir. S'agit-il d'un esclave? Il dit : *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus est hoc ære æneaque libra*; puis il frappe la balance avec un lingot de cuivre qu'il remet à l'aliénateur. C'est le prix fictif. L'alié-

(1) En pesant les monnaies nous avons fait revivre une habitude toute romaine.

nateur n'a aucune parole solennelle à prononcer. Son silence et la réception du prix fictif suffisent à rendre la mancipation parfaite.

Telle est la mancipation. Mais Gaius ajoute que l'acquéreur ne touche pas la chose quand il s'agit d'un immeuble. Il est probable qu'à l'origine la présence de la chose mancipée, immeuble ou meuble, fut nécessaire, et aussi sans doute la pesée du métal qui figurait le prix. Mais peu à peu les exigences de la pratique durent amener le résultat dont nous parle Gaius.

Après avoir exposé en quoi consiste la mancipation, recherchons son usage et examinons, dans deux paragraphes distincts, son effet : 1° comme mode de transport des droits réels ; 2° comme mode de formation ou d'extinction des obligations.

§ I. — *De la mancipation considérée comme mode de transport des droits réels.*

La mancipation ne s'applique pas uniformément à tous les droits réels et il est nécessaire de nous arrêter un instant ici sur cette classification des choses que nous trouvons au début du Commentaire III des Institutes de Gaius et qui porte au plus haut degré le cachet de l'originalité romaine, c'est la distinction des *res mancipi* et des *res nec mancipi*. Quel était le fondement de cette

distinction ? Les commentateurs se sont livrés sur ce point et se livrent encore (car le problème n'est pas résolu) à de nombreuses conjectures. Quelque savantes qu'elles soient, elles restent incertaines parce qu'elles ne peuvent s'appuyer sur aucun texte. L'opinion de de M. de Savigny, qui pense que les choses étaient *mancipi* entre citoyens romains et *nec mancipi* entre Romains et pérégrins, ne nous paraît pas plausible. Il semble en effet singulier qu'une même chose, vendue d'abord à un Romain puis à un pérégrin, devint successivement *mancipi* et *nec mancipi*.

Ce qui est certain, c'est que les *res mancipi* étaient les plus précieuses pour un peuple agricole comme l'était dans les premiers temps le peuple romain, *res pretiosiores*, nous disent Gaius et Ulpien, et probablement avait-on voulu, pour ce motif, entourer leur aliénation de formalités propres à mieux en assurer la sincérité.

Les jurisconsultes romains ne nous ont donné qu'une énumération des *res mancipi*. Toutes les autres choses, par conséquent, étaient des *res nec mancipi*. Les *res mancipi* sont : les immeubles situés en Italie, les servitudes rurales en Italie, les bêtes de trait ou de somme *(quæ collo dorsove domantur)*, les esclaves.

Une remarque curieuse, c'est que les Romains malgré l'immense accroissement de leur fortune ne modifièrent jamais l'énumération des *res mancipi*, et cette distinction tombée avec le temps en désuétude fut respectée cependant jusque sous Justinien.

Voici maintenant, au point de vue de la transmission, la différence qu'il y a entre ces deux catégories de choses. La mancipation ne s'applique qu'aux *res mancipi;* les *res nec mancipi* sont transportées au moyen de la tradition. Ainsi s'agit-il d'aliéner son droit de propriété sur un immeuble ou une servitude rurale située en Italie, la *mancipatio* est aux premiers temps de Rome le seul mode employé. Nous ne nous étendrons pas plus longuement sur ce premier effet de la mancipation; nous voulons nous attacher plus particulièrement à développer son second effet, dont les interprètes se sont moins occupés, mais qui offre un exemple non moins remarquable de l'originalité romaine.

§ II. — *De la mancipation considérée comme mode de formation et d'extinction des créances.*

La mancipation est une forme spéciale du *nexum*. Le *nexum* est toute solennité civile qui implique l'intervention de l'*æs et libra* (1); dans les anciens temps on l'employait pour faire naître et pour éteindre les obligations qui ont pour objet des sommes d'argent. Celui qui voulait faire un *mutuum* ou s'acquitter d'une dette devait peser le métal en présence du *libripens* et des cinq citoyens romains, tout comme celui qui voulait

(1) Festus, *verbo* Nexum.

payer le prix de la chose transférée lorsqu'il s'agissait d'une aliénation. Voilà le trait commun de la transmission des droits réels et des droits de créance. Ils étaient tous acquis et éteints par la *mancipatio*.

Gaius ne nous a pas conservé la formule de la mancipation appliquée à la création d'une obligation. Nous devons en conclure que, dès l'invention de la monnaie, c'est-à-dire dès que le métal eût été marqué d'un sceau public, d'une tête de bétail (d'où le mot *pecunia*), dès lors l'habitude se perdit de se servir de la mancipation pour former des obligations. On se contenta de la numération et de la dation des écus pour le *mutuum* ou de la formule de la stipulation, ou bien de celle du contrat *litteris*. C'est même ce dernier contrat qui reflète le plus le souvenir de l'ancienne mancipation, puisqu'il s'appelle *expensilatio*. L'écriture apposée sur le registre du créancier porte toujours que le métal a été pesé comme si la mancipation existait encore, tandis qu'en réalité il a été compté. La mancipation fut conservée au contraire pour les transports de propriété, comme nous l'avons vu plus haut, sauf que la pesée au lieu d'être réelle devint fictive, l'acquéreur se contentant de toucher la balance avec la pièce d'airain et de la remettre à l'aliénateur, *quasi pretii loco*.

Pourquoi cette différence? Pourquoi ne pas admettre dès lors ce que nous admettons aujourd'hui, à savoir que la volonté des parties et la

numération des espèces suffiront pour que la propriété soit transférée, tout comme elles suffisaient dans le *mutuum* pour que l'obligation fût formée? On a pu en accuser le formalisme romain, mais cette raison ne nous paraît pas admissible, puisque ce formalisme ne s'applique qu'aux droits réels et ne fait pas obstacle, comme nous venons de le voir, à la formation de l'obligation dans une hypothèse analogue. Nous croyons plutôt que les Romains avaient peut-être déjà entrevu cette vérité que les droits réels doivent être publics dans leur transmission comme dans leur exercice, par cette raison même qu'ils sont absolus et opposables à tous. Il faut que les tiers sachent que la propriété a été déplacée, pour n'être pas exposés à traiter avec celui qui n'est plus propriétaire; d'où la nécessité de la mancipation avec ses témoins pour le transport de la propriété des choses *mancipi*, d'où la nécessité de la tradition, événement extérieur aussi, pour le déplacement de la propriété des choses *nec mancipi*.

Il en est tout autrement des droits de créance. Comme ils n'opèrent qu'entre les parties, la publicité de leur formation ou de leur extinction est loin d'être aussi nécessaire. Sans doute, il serait bon qu'un créancier, avant de prêter à celui qui va devenir son débiteur, pût connaître au juste la situation pécuniaire de celui-ci; mais c'est là au fond une question de crédit particulier plutôt que de crédit public, comme lorsqu'il s'agit du

déplacement de la propriété même. Du reste, dans les temps primitifs dont nous nous occupons, c'était la personne du débiteur qui répondait de la dette plutôt que son patrimoine. La sanction du non-paiement était la *manus injectio*, l'emprisonnement du débiteur chez le créancier et sa réduction en esclavage. S'il avait plusieurs créanciers, il semble résulter du texte de la loi des XII Tables que ceux-ci pouvaient se partager son corps : ces garanties étaient à coup sûr de nature à suppléer celles de la publicité.

Mais si la mancipation conservée pour l'acquisition et la perte de la propriété disparut de bonne heure pour la formation des créances, il n'en fut pas de même pour leur extinction, car la libération *per æs et libram* s'est maintenue longtemps dans le droit romain.

Cette libération s'opérait évidemment dans les temps primitifs par le pesage des espèces avec les formules solennelles, plus tard, par la simple numération, mais toujours avec la formalité de la mancipation. Nous la trouvons encore dans les Institutes de Gaius côte à côte avec l'acceptilation, alors qu'il semblerait cependant que cette dernière aurait dû la remplacer, puisqu'elle n'était pas autre chose que la formule de la mancipation dégagée de tout ce qui tenait au pesage désormais inutile.

Voici ce que nous en dit Gaius : « Il y a une espèce de paiement imaginaire, autre que l'acceptilation, qui se fait *per æs et libram* et qui est

reçu dans certains cas déterminés, par exemple, pour ce qui a été fait *per æs et libram* ou pour une dette résultant d'un jugement. » Ce passage prouve que même du temps de Gaius il était possible de créer une obligation *per æs et libram ;* et que, si la mancipation n'était pas usitée dans ce cas, elle n'était cependant pas abolie.

Comment s'opérait cette libération ? On rassemblait cinq témoins et le *libripens,* celui qui se libérait prononçait ces paroles : *Quod ego tibi tot millibus eo nomine veluti secundum mancipium sum damnas, solvo liberoque hoc ære æneaque libra, hanc tibi libram primam postremamque secundum legem poblicam.* Ensuite, il touchait la balance de la pièce d'airain et donnait cette pièce à son créancier en guise de paiement (1). Gaius fait observer que le légataire *per damnationem* libérait de la même manière l'héritier de la dette du legs, parce qu'en effet le testament renferme alors une sorte de condamnation. Enfin ce mode de libération n'était applicable qu'aux choses susceptibles d'être pesées ou comptées. Certains jurisconsultes pourtant pensaient pouvoir l'appliquer aussi aux choses qui se mesurent (2).

Cicéron, dans son livre des Lois, a fait allusion à ce mode de paiement *per æs et libram* employé par les héritiers à l'égard des légataires.

(1) Gaius, *Com.*, III, §§ 173, 174. Nous avons suivi la leçon de M. Huschke.

(2) Gaius, *Com.*, III, § 175.

Il paraît même que le légataire retenait quelquefois par un autre mode ce qu'il abandonnait par celui-là; car Cicéron ajoute que, si le légataire stipulait la quantité léguée, il devenait alors créancier par *stipulation* au lieu de l'être *per æs et libram*. Il y trouvait cet avantage de ne pas être assujetti aux *sacra*; car il y avait, paraît-il, une limite au-delà de laquelle le légataire aurait été assujetti aux sacrifices du défunt, *pontifices pecuniam sacris conjungi volunt*. On peut induire du texte suivant que cette limite était la moitié de la succession: *ipsique minus ceperint quam omnibus heredibus relinquatur, sacris ne alligentur* (1).

Les textes qui nous sont parvenus ne nous indiquent pas comment ni à quelle époque on a cessé de créer ou d'éteindre les obligations par la mancipation. Il est probable qu'elle est tombée en désuétude, comme pour le transport lui-même de la propriété, devant l'usage de plus en plus fréquent de la stipulation ou de l'acceptilation; en sorte que Justinien, lorsqu'il a aboli la

(1) Cicéron, *De Leg.*, II, chap. 20, 21. Voici les deux passages : *Quin etiam (pontifices) cavent ut, cui plus legatum sit quam sine religione capere liceat, is per æs et libram heredem testamenti solvat propterea quod eo loco res est ita solutâ hereditate quasi ea pecunia legata non esset.*

Hoc vero nihil ad pontificium jus, et e medio est jure civili, ut per æs et libram heredem testamenti solvant, et eodem loco res sit, quasi ea pecunia legata non esset, si is, cui legatum est, stipulatus est ad ipsum quod legatum est ut ea pecunia ex stipulatione debeatur, sitque ea non alligata sacris.

mancipation, a sans doute consacré législativement un état de fait bien antérieur à lui.

SECTION II

DE L'*in jure cessio*

Nous venons de voir comment la mancipation a été un mode commun aux droits réels et aux droits de créance pour leur formation et pour leur extinction. Examinons maintenant s'il n'en serait pas de même de l'*in jure cessio*.

Ce dernier mode n'était pas autre chose que la fiction de toutes les actions réelles. Celui qui voulait aliéner et celui qui voulait acquérir se rendaient devant un magistrat du peuple romain, — un préteur ou un président de province — l'acquéreur tenant la chose disait, s'il s'agissait d'un esclave par exemple : *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio*. Le préteur interrogeait alors l'autre partie, l'aliénateur, lui demandait s'il revendiquait de son côté. Celui-ci se taisait ou déclarait ne pas revendiquer et le préteur constatait alors la propriété du revendiquant : *Tunc ei qui vindicaverit eam rem addicit* (1).

Il semble au premier abord qu'un pareil mode ne peut s'appliquer qu'à la propriété ou à

(1) Gaïus, *Com.*, II, § 21.

ses démembrements. Aussi Gaius dit-il que les obligations, de quelque manière qu'elles soient contractées, ne comportent pour leur transmission ni mancipation, ni tradition, ni *in jure cessio* (1), et qu'elles se transmettent par la novation, qui est plutôt à vrai dire la création d'une nouvelle obligation que le passage d'une ancienne obligation d'une personne à une autre.

Voyons pourtant si l'*in jure cessio* n'aurait pas eu quelque effet sur l'extinction des obligations, malgré l'affirmation de Gaius.

Nous n'avons qu'à nous reporter à ses commentaires mêmes pour trouver cet effet. L'hérédité d'une personne était *res mancipi* du vivant de cette personne et la preuve, c'est que le testament se faisait *per æs et libram*, et qu'avant la loi des XII Tables le *familiæ emptor* était le véritable héritier, acquérant *per universitatem*, c'est-à-dire par un mode que nous n'avons pas à étudier, les droits réels et les droits de créance actifs et passifs du testateur. Mais, après la mort de celui-ci, cette même hérédité, — par une bizarrerie que nous ne chercherons pas à expliquer — devenait *res nec mancipi* et ne pouvait être transmise que par l'*in jure cessio*, puisqu'elle était une de ces choses incorporelles qui n'admettent pas la tradition : *Hereditas quoque in jure cessionem tantum recipit*, dit Gaius.

Nous n'avons pas à nous étendre sur cette *in*

(1) Gaius, *Com.*, II, § 38.

jure cessio de l'hérédité et sur les effets qu'elle produit selon les circonstances. Une seule hypothèse nous intéresse, et nous allons la rapporter: l'héritier testamentaire ou *ab intestat* a fait adition, et, après cette adition, il a fait *in jure cessio* de l'hérédité à une tierce personne. Il demeure évidemment héritier malgré la cession, en vertu de la maxime : *Semel heres, semper heres.* Toutefois, cette *in jure cessio* ne reste pas sans effet. Les objets héréditaires deviennent la propriété du cessionnaire, comme s'ils eussent été cédés individuellement au lieu de l'être en bloc. Quant aux créances, elles périssent et les débiteurs héréditaires sont libérés : *debita vero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt corpora vero ejus hereditatis perinde transeunt ad eum cui cessa est hereditas ac si ei singula in jure cessa fuissent.* On voit que l'*in jure cessio* n'a pas ici le même effet pour les créances que pour le droit de propriété. Elle ne transmet pas les créances, elle les éteint, tandis qu'elle fait passer le droit de propriété du cédant au cessionnaire.

Il n'en demeure pas moins vrai de dire que l'*in jure cessio*, mode d'extinction du droit de propriété, est aussi, dans un cas particulier, un mode d'extinction *ipso jure* des créances. C'est que le droit est favorable aux libérations. Les débiteurs héréditaires diront au cessionnaire : vous n'êtes pas devenu notre créancier, puisque l'*in jure cessio* ne pouvait transmettre les créan-

ces de la tête de l'héritier sur la vôtre ; et au cédant : vous avez cessé d'être notre créancier, puisque vous avez reconnu que vous n'êtes pas l'héritier en ne répondant pas à la prétention du cessionnaire.

Cet effet extinctif de l'*in jure cessio* ne nous a pas seulement été révélé par Gaïus ; nous le retrouvons plus tard dans les règles d'Ulpien (1). Mais comme sous Justinien l'*in jure cessio* était depuis longtemps tombée en désuétude, il n'est pas étonnant que nous n'en trouvions plus aucune trace dans les recueils de cet empereur.

SECTION III.

DE LA LITIS CONTESTATIO ET DE LA CONDEMNATIO

Les Institutes de Gaius vont nous fournir encore l'exemple d'un mode qui éteint tout à la fois les droits de créance et les droits réels, mais à vrai dire ne les éteint pas exactement de la même façon. Il s'agit de la *litis contestatio*. *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum.* Ainsi la *litis contestatio* éteignait les obligations quand l'instance était légitime. Nous n'avons pas à entrer dans les controverses auxquelles a donné lieu la fixation du moment de la *litis contestatio*. Nous adopterons

(1) Ulpien, *Reg.*, 19, § 14.

l'opinion générale suivant laquelle, sous la procédure formulaire, c'est le moment de la délivrance de la formule. Cette délivrance opérait donc l'extinction de l'obligation déduite *in judicium*, et désormais le débiteur était tenu en vertu de la *litis contestatio*. Plus tard, la condamnation opérait un nouveau changement, et le débiteur était tenu *ex causâ judicati*. « *Et hoc est*, ajoute Gaius, *quod apud veteres scriptum est. Ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oporter* » (1).

Tout ceci n'est vrai que du *judicium legitimum*, c'est-à-dire de l'action qui a lieu à Rome ou dans un mille de Rome, entre citoyens romains, devant un seul juge; encore faut-il qu'elle soit *in jus* et *in personam*. Mais cela ne veut pas dire que la *litis contestatio* fût sans effet dans les autres *judicia*, c'est-à-dire dans les *judicia imperio continentia* qui comprennent les actions *in rem*, celles qui ont pour objet le droit de propriété et ses démembrements. Seulement, la *litis contestatio* n'opère plus ici qu'*exceptionis ope*. A une nouvelle action *de eâdem re*, le défendeur opposerait l'exception *rei judicatæ vel in judicium deductæ* (2).

Voilà donc deux faits juridiques, la *litis contestatio* et la *condemnatio*, qui influent, sauf la réserve ci-dessus, de la même manière sur les

(1) G. *Com.*, III, § 180.
(2) G. *Com.*, IV, §§ 104,108.

droits de créance et sur les droits réels. Il est très bizarre qu'un droit de propriété se trouvât ainsi transformé, ne fût-ce qu'*exceptionis ope*, en un droit de créance, droit d'obtenir une condamnation en une somme d'argent. N'est-il pas évident que celui qui demande la restitution de sa chose veut cette chose même et non une condamnation pécuniaire? C'est sans doute cette considération qui avait fait admettre le remède des actions *arbitraires*. Dans ces actions qui comprennent toutes les actions réelles, le juge avant de prononcer la condamnation reçoit dans la formule le pouvoir d'imposer au défendeur la satisfaction à laquelle a droit le demandeur, par exemple, la restitution de la chose dans une action en revendication. Si le défendeur obéit, il est absous; mais en fait, l'action a abouti, comme elle aboutirait chez nous, à la remise du propriétaire en possession de la chose. Si le défendeur oppose une résistance injuste, il est condamné à une somme d'argent fixée par le demandeur lui-même, sur son serment : il est en quelque sorte mis à la discrétion de son adversaire.

Cet effet extinctif de la *litis contestatio* n'aurait pas dû survivre au système formulaire dont il était la conséquence, pas plus que n'auraient dû lui survivre les condamnations exclusivement pécuniaires. Mais les Romains et ceux qui les remplacèrent à Constantinople n'avaient pas l'habitude des brusques abrogations. Ils laissaient faire les mœurs. Aussi, est-ce seulement Justinien qui,

dans la loi 28 au Code de *Fidej.*, supprima l'effet extinctif de la *litis contestatio*. De plus, de son temps, les condamnations avaient cessé d'être pécuniaires. Le demandeur obtenait devant la justice précisément ce qu'il demandait quand sa prétention était vérifiée. Tout ce que nous venons de dire n'eut donc plus dès lors d'application.

SECTION IV.

DE LA COMPENSATION.

Si Justinien fit disparaître, en abrogeant l'effet extinctif de la *litis contestatio*, l'un des cas dans lesquels les droits réels et les droits de créance étaient éteints par un même mode, n'a-t-il pas d'autre part fait surgir un nouveau cas, lorsqu'il a modifié de droit classique sur la compensation ?

La compensation, *debiti et crediti inter se contributio*, ne s'appliquait, même depuis l'édit de Marc-Aurèle qui l'avait étendue aux actions *stricti juris*, qu'aux droits de créance. Sauf pour l'*argentarius*, qui devait la faire dans l'*intentio* de sa formule sous peine de plus pétition, elle s'opérait devant le juge et avait pour effet de faire diminuer la condamnation, soit dans les actions *bonæ fidei*, soit même, croyons-nous, dans les actions *stricti juris*, quoique certains auteurs prétendent que dans ces dernières actions

il n'y eut jamais lieu à compensation, parce que l'exception de dol vérifiée aurait entraîné plus-pétition.

Tel était l'état des choses avant Justinien, et nous n'aurions aucunement à nous en préoccuper si nous ne trouvions dans les Institutes de cet empereur, au titre VI du livre IV, le paragraphe suivant : *Sed nostra constitutio eas compensationes quæ jure aperto nituntur latius introduxit ut actiones ipso jure minuant, sive in rem sive personales.* Ainsi voilà la compensation qui reçoit le pouvoir d'éteindre *ipso jure* les droits réels comme les créances et qui devient un mode d'extinction commun à nos deux catégories de droits, comme la *litis contestatio* tout à l'heure. Ces propositions ont grandement excité la sagacité des interprètes. Il nous sera permis d'aller au plus court, parce que notre travail est surtout une œuvre d'assemblage et que nous ne saurions avoir la prétention d'épuiser tous les sujets controversés sur chacune des matières qu'il touche. Et d'abord, quel sens attacher à ces mots *ipso jure?* Faut-il les traduire, comme l'article 1290 de notre Code, par ces mots « de plein droit », en ce sens que la compensation aurait été désormais légale et se serait opérée par la seule force de la loi et sans la volonté des parties? Nous ne le pensons pas, malgré les équivoques que peuvent faire naître certains termes employés par Justinien dans ses constitutions. Il nous semble à la fois plus naturel et plus juridique de

penser que Justinien a employé ces mots dans l'acception qui leur est la plus ordinaire, c'est-à-dire par opposition à *exceptionis ope*. Les Institutes viennent de dire, en effet, que, d'après un édit de Marc-Aurèle, la compensation s'introduisait dans les actions *stricti juris* par le moyen de l'exception de dol; Justinien continue en ajoutant que désormais cette exception n'est plus nécessaire dans aucune action, et que la compensation aura lieu *sine exceptione*, c'est-à-dire *ipso jure*, — ce qui se comprend à merveille, puisqu'il n'y a plus de formules (1) et que désormais les procès sont portés devant les tribunaux qui cumulent les anciennes fonctions du préteur et celles du juge. Ainsi, pour nous, la compensation demeure judiciaire et elle devient un moyen de défense ordinaire du défendeur qui se prétend de son côté créancier du demandeur.

Mais il nous faut nous demander, et ceci rentre directement dans notre sujet, ce que Justinien a bien voulu dire quand il a admis la compensation dans les actions *in rem*.

Dans les textes du temps classique, il n'est jamais question d'une semblable compensation, qui n'est prévue que pour les actions *in personam*; cependant il semblerait que c'est en ce temps seulement qu'elle aurait été possible, puisque toutes les condamnations étaient alors

(1) Le système formulaire avait été supprimé sous Dioclétien et Maximien en 305.

pécuniaires, qu'elle est au contraire impossible sous Justinien, puisque les condamnations ne sont plus toutes pécuniaires. Comment expliquer cette double bizarrerie? Pour mieux fixer les idées, prenons un exemple. Primus revendique contre Secundus le fonds Cornélien, et nous sommes au temps classique. Secundus, de son côté, se prétend créancier de 30000 sesterces contre Primus. Supposons, pour ne pas compliquer l'espèce, que le fonds Cornélien vaut davantage. Nous savons que le juge ordonnera à Secundus de restituer l'immeuble, mais celui-ci peut résister et se laisser condamner à une somme d'argent fixée par Primus sur son serment. Pourquoi ne prendrait-il pas justement pour base de sa résistance sa créance contre Primus, pourquoi ne serait-il pas admis à dire : évaluons l'immeuble, je retiendrai les 30000 sesterces et je paierai le surplus; n'est-ce pas la compensation ?

En sens inverse, plaçons-nous sous Justinien dans la même hypothèse. Le juge condamnera Secundus à restituer le fonds Cornélien; Primus à payer les 30000 sesterces. Ces deux condamnations n'ont entre elles aucun point de contact et on ne voit pas où pourrait se placer la compensation.

Comment rendre compte de ce qui paraît si bizarre? Au temps classique, on n'a pas pensé à la compensation dont nous venons de figurer l'espèce, parce que dans la pratique le défendeur était

trop intéressé à *l'arbitrium* pour ne pas l'exécuter; il y avait trop de danger à se mettre à la discrétion du demandeur. Dans notre espèce, il préférait donc restituer et obtenir une condamnation isolée aux 30000 sesterces. D'ailleurs, nous ne sommes pas absolument certains que des procédés fort analogues à la compensation ne se soient pas produits dans les actions réelles dès le temps classique. Reportons-nous au célèbre fragment de Celsus qui forme la Loi 28 D. *de rei vind.* (6, 1). Nous sommes bien ici dans le domaine de l'action réelle et du droit réel par excellence, la revendication et le droit de propriété. Un possesseur de bonne foi a construit; le propriétaire du terrain revendique; le possesseur oppose l'exception de dol et ils sont devant le juge. Régulièrement le propriétaire devrait payer au défendeur la quantité la plus faible de la plus-value ou de la dépense; et moyennant cela il obtiendrait restitution. Mais il ne peut pas payer cette somme et d'autre part ce terrain n'est pas un fond patrimonial où soient les sépulcres et les lares de ses aïeux. Que fera le juge ? Il condamnera le défendeur non pas à restituer, mais à payer au demandeur la différence entre la valeur du fonds et la plus-value, c'est-à-dire la valeur initiale du fonds. L'opération s'analyse ainsi en une vente forcée que fait le demandeur au défendeur; mais au fond nous trouvons une compensation dans le calcul du juge qui a dit : le terrain vaut tant, c'est ce que doit le défendeur; d'autre

part la construction a donné une plus-value de tant, c'est ce que doit le demandeur au défendeur; et qui a compensé et condamné le défendeur à la différence. Voilà donc bien un cas de compensation dans une action réelle au temps classique.

Mais reprenons notre question et notre première espèce. Comment va s'expliquer la compensation au temps de Justinien ? Nous avons vu que tout répugne désormais à son admission. Nous croyons qu'il faut supposer un cas où l'action réelle dégénère, par suite des circonstances, en une action tendant à une condamnation pécuniaire; c'est ce qui arrivera, par exemple, si l'objet revendiqué a été détruit par la faute du défendeur. Que ce dernier soit créancier du demandeur et on voit aussitôt apparaître la compensation, puisque le défendeur doit désormais une somme d'argent représentant l'intérêt qu'avait le demandeur à ce que la chose ne fût pas détruite.

En résumé, nous voyons que la compensation a pu éteindre *exceptionis ope* des droits réels au temps classique, et que, s'il faut en croire Justinien, elle pourrait les éteindre de son temps. Mais nous ne présentons pas ces conclusions sans quelque réserve, surtout pour le temps classique; car il faut bien remarquer que le droit réel déduit en justice avait déjà été transformé par la *litis contestatio*.

SECTION V.

DE LA NOVATION.

Il semble que la novation, qui est très-certainement un mode d'extinction applicable à toutes les créances, n'ait rien de commun avec les droits réels. C'est cependant une fausse apparence ; car il existe un cas de novation très-remarquable et sans doute très-pratique, qui éteint tout aussi bien le droit de propriété que les obligations. Nous voulons parler de la *stipulation aquilienne* dont nous trouvons la formule aux Institutes.

Cette stipulation avait été imaginée pour apurer les comptes entre deux personnes et régler complètement leurs situations respectives. Elles faisaient réciproquement la stipulation aquilienne et elles l'éteignaient aussitôt par acceptilation. Voici en quoi elle nous intéresse. La stipulation aquilienne nove non-seulement toutes les obligations, quelles qu'elles soient, quelque soit leur objet, qu'elles soient exigibles ou à terme, mais encore elle nove les droits réels eux-mêmes et les transforme en une obligation de payer une somme d'argent : « *quæquæ abs te petitio vel adversus te persecutio est, erit, quodque tu meum habes, tenes, possides, possidereve,*

dolove malo fecisti quominus possideres, quanti quæquæ earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius. »

Cette formule ne laisse subsister aucun doute sur la vérité de notre assertion. Comment expliquer cet effet de la stipulation aquilienne ?

L'avait-on considérée presque comme une opération judiciaire et lui avait-on attribué une influence analogue à celle de la *litis contestatio* ? C'est la seule explication qui nous paraisse plausible. — Paul nous atteste que l'emploi de la stipulation aquilienne était aussi fréquent à la suite d'un pacte pour le rendre obligatoire : *pacto convento aquiliana stipulatio subjici solet* (1).

SECTION VI.

DE LA MORT.

Nous aurons terminé l'énumération de ces quelques cas que nous avons voulu rassembler et mettre en tête de notre étude, si nous disons que la mort, qui éteint certains droits réels, tels que l'usufruit, l'usage et l'habitation, éteint aussi certaines créances. Ainsi le mandat, la société finissent *ipso jure* par la mort d'une des parties.

(1) Sentences, I, § 3.

Le legs d'une rente viagère prend également fin avec la vie du créancier ; mais il en serait autrement de la stipulation de la même rente : celle-ci serait *perpetua* et elle ne s'éteindrait à la mort du créancier qu'*exceptionis ope*.

CHAPITRE II.

DE LA TRADITION ET DES CAS OU LE TRANSPORT DE LA PROPRIÉTÉ RÉSULTE DE LA CONVENTION, LA TRADITION ÉTANT SUPPOSÉE.

ÉTUDE HISTORIQUE ET JURIDIQUE DE LA TRADITION.

Si la *mancipatio* et l'*in jure cessio* étaient, comme nous l'avons vu, des modes de transmission des droits réels spéciaux au Droit civil, la tradition est au contraire un mode du droit des gens. Son étude rentrera dans notre sujet en ce sens que nous allons trouver des cas de prétendue tradition, dans lesquels la propriété est en réalité transportée par la seule convention.

Nous avons vu que la distinction des choses en *res mancipi* et en *res nec mancipi* existait avant la loi des XII Tables, ce qui prouve que dès cette époque la tradition était employée comme mode de transfert de la propriété. Elle était appliquée aux *res nec mancipi*. Certains auteurs ont voulu

soutenir que la tradition ne pouvait transmettre le *dominium ex jure Quiritium*, n'admettant pas qu'un mode du Droit des gens pût, dans le Droit rigide des Qurites, avoir un pareil effet et ils ont prétendu — pour rester logiques — que les *res mancipi* étaient seules susceptibles de *dominium*. Mais nous ne saurions oublier qu'à l'époque de la loi des XII Tables il n'y avait à Rome qu'une seule espèce de propriété. *Aut enim ex jure Quiritium quisque dominus erat aut non intelligebatur dominus*, nous dit Gaius (1); d'autre part, la loi des XII Tables elle-même proclamait la distinction des choses en *res mancipi* et en *res nec mancipi*. Peut-on, après cela, soutenir que les *res nec mancipi* n'étaient pas susceptibles de *dominium*, alors que le *dominium* était seul admis? Un texte d'Ulpien ne nous dit-il pas formellement : *singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, in jure cessione,* etc. (2). Cette opinion est généralement adoptée aujourd'hui, et on reconnaît que, même à l'époque antérieure à la loi des XII Tables, on acquiert par une simple tradition le *dominium* des choses *nec mancipi*.

Mais quel est l'effet de la tradition appliquée à une *res mancipi?* Tout le monde ici est d'accord pour penser que, dans la première période du droit romain, alors qu'une seule propriété

(1) Gaius, *Com.* 2, § 40.
(2) R. XIX § 2. 3. 7. 16. 18.

était reconnue, la tradition ne donnait à l'*accipiens* aucun droit sur la chose. Si donc le propriétaire d'une *res mancipi* en faisait simplement tradition, il conservait la plénitude de son droit et pouvait reprendre sa chose, malgré toutes les conventions survenues entre lui et l'*accipiens*, alors même que celui-ci en aurait payé le prix. Telles étaient les rigueurs du droit quiritaire. C'est pour les adoucir que le préteur créa cette propriété de fait, l'*in bonis habere*, dont nous avons indiqué les principaux caractères; voici les garanties successives qu'il donna à l'*accipiens*.

Le Droit civil permettait à l'*accipiens* d'usucaper la chose, garantie bien inefficace, puisqu'elle laissait pour agir au *tradens* toute la durée de l'usucapion. C'est pendant ce temps que la protection prétorienne était nécessaire.

Le préteur donna d'abord l'exception de dol à l'*accipiens*, moyen trop insuffisant, car cette exception ne pouvait être opposée qu'à l'auteur du dol et à ses héritiers universels, mais non à ses ayants-cause particuliers (1). Pour éviter cet inconvénient nouveau, l'*accipiens* eut l'*exceptio rei venditæ et traditæ*, celle-ci opposable dans tous les cas.

Mais s'il pouvait ainsi se défendre, il n'était pas néanmoins protégé au cas où, ayant perdu

(1) Si l'auteur du dol avait la qualité de patron ou d'ascendant du possesseur, l'exception de dol n'était pas opposable.

la possession avant l'usucapion accomplie, il avait à la recouvrer et à attaquer son adversaire. Aussi le préteur créa-t-il, à l'image de la revendication civile, une revendication prétorienne qui s'exerça au moyen d'une action appelée *publicienne*, parce qu'elle fut indiquée pour la première fois dans l'édit par le préteur Publicius.

C'était une action fictive, c'est-à-dire que le juge n'avait pas à examiner si le revendiquant était réllement propriétaire, mais s'il l'eût été en supposant que l'usucapion se fût accomplie. Par cette action, l'*accipiens* recouvrait la chose contre tout possesseur, contre le *tradens* lui-même. Celui-ci opposait-il l'exception *justi dominii?* L'*accipiens* répliquait par la *replicatio rei venditæ et traditæ*.

Telles furent les garanties successives données par le préteur. Elles constituèrent ce droit de propriété particulier, l'*in bonis*, qui devait plus tard absorber le *dominium* du Droit civil.

Considérons maintenant la tradition dans ses caractères juridiques.

La tradition consistant dans une translation volontaire de la possession, il faut que cette volonté résulte d'un fait qui constate chez le *tradens* l'intention de se dépouiller de son droit et d'en investir l'*accipiens*. De plus, à cette intention doit correspondre chez l'*accipiens* l'intention corrélative d'acquérir. Toutes ces conditions constituent le premier élément de la tradition, l'*animus* avec la *justa causa*. Uu deuxième

élément consiste dans la remise effective de la chose, c'est le *corpus*. Donc, dans toute tradition il doit y avoir : le *corpus* et l'*animus*. Nous allons traiter de chacun d'eux dans un paragraphe distinct; et dans un troisième nous dirons quelques mots de la tradition conditionnelle.

§ 1. — Du *corpus*.

La remise effective de la chose suppose la faculté physique d'user et de disposer de cette chose dès qu'on le voudra. A entendre cette disposition d'une façon plus rigoureuse, comme l'ont fait nos anciens commentateurs, on tomberait, ce nous semble, dans un formalisme vraiment étrange. Il n'est pas nécessaire que des mains du *tradens* la chose passe matériellement dans les mains de l'*accipiens;* il faut simplement que la chose soit mise à sa disposition. « Il faut, comme le dit M. de Savigny, que le fait ait pour effet de mettre celui qui veut acquérir la possession à même de pouvoir, à l'exclusion de tout autre, traiter la chose comme bon lui semble, c'est-à-dire de pouvoir exercer sur elle le droit de propriété. »

L'opinion des anciens commentateurs est très-nettement exposée par Pothier dans son *Traité de la propriété*. Nous allons la rappeler brièvement sans oublier que c'est de nos jours seu-

lement que M. de Savigny, dans son *Traité de la possession*, a supplanté l'ancienne doctrine.

Pothier distingue deux espèces de traditions : les traditions réelles et les traditions feintes, qu'il subdivise en traditions symboliques, traditions *longæ manus* et *brevis manus*, et traditions feintes proprement dites.

Sur la question des traditions réelles, pas d'embarras, car chacun est d'accord que cette tradition consiste dans l'appréhension corporelle de la chose faite par l'acquéreur.

Mais voyons les traditions feintes.

La tradition symbolique avait lieu quand, à la place de la chose elle-même, on remettait un objet qui la représentait, les clefs de la maison vendue, par exemple, ou bien les clefs du magasin où se trouvaient les marchandises vendues. Cette hypothèse est prévue par un texte de Papinien qui se termine ainsi : *Si claves apud horrea traditæ sint* (1). Pothier a prétendu que cette restriction n'avait pas de raison d'être. Nous ne saurions partager son opinion et nous pensons, au contraire, que cette restriction est indispensable. Ce n'est en effet que dans ces conditions que les marchandises sont bien à la disposition de l'*accipiens*, et il n'est alors nécessaire de recourir à aucune fiction.

N'en sera-t-il pas de même dans l'hypothèse de la tradition dite *longæ manus* quand le vendeur,

(1) L. 74, D. *De Cont. Empt.* 18, 1.

par exemple, montre du haut d'une tour le terrain vendu, pour employer l'espèce de Javolénus (1)? Pourquoi une fiction, si l'on songe que le terrain est bien à la disposition de l'acheteur?

Ainsi, le système des anciens commentateurs basé sur la nécessité du contact matériel de la chose les amène nécessairement à de nombreuses exceptions à leur principe, exceptions dont on restreint le nombre si on admet que le *corpus* consiste dans la remise de la chose à la disposition de l'acheteur.

On ne saurait nous accuser, après ce que nous venons de dire, de chercher pour les besoins de notre cause à faire disparaître la tradition dans des cas où elle existe réellement. Ce que nous voulons démontrer, c'est que toutes les hypothèses de traditions feintes sont des subtilités auxquelles il n'est pas nécessaire de recourir.

Quel était en effet dans le droit romain le but de la tradition? C'était selon nous de donner un caractère apparent à l'acte juridique. Nous pensons que les Romains avaient entrevu la nécessité de donner aux transports des droits réels un élément de publicité. Cet élément fut la tradition. Telle a été sa raison d'être, son but. Du moment où elle ne le remplit pas, c'est peut-être céder à un sentiment de fausse logique que de vouloir la trouver quand même. Pourquoi refuser aux Romains d'avoir

(1) L. 79, 3, D. *De Solut.* 43, 6.

aperçu ce principe de droit naturel que la convention doit suffire à créer les droits ?

Ainsi, dans la tradition dite *brevis manus*, quand, par exemple, je vous vends une chose que vous détenez déjà à titre de prêt, nous ne saurions admettre qu'il y ait tradition. Pothier d'ailleurs pense que dans ce cas le transfert de la propriété a lieu par simple consentement. Pourquoi vouloir, en effet, dédoubler la tradition ; voir l'un des éléments, le *corpus*, passer à l'*accipiens*, tandis que le *tradens* conserve l'*animus* ; laisser ainsi pendant un temps fort long peut-être la tradition en suspens pour qu'un jour, d'une façon occulte, elle vienne opérer le transport de la propriété en réunissant, chez l'*accipiens*, l'*animus* au *corpus* ? Quelle est alors la raison d'être d'une pareille tradition ? Nous n'insisterons pas sur cette idée. Qu'il nous suffise de rappeler que Gaius avait complètement admis dans ce cas le transport de la propriété sans tradition : *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam veluti si rem quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui vendidero tibi.* Sous Justinien, le point est indiscutable et l'opinion de Gaius est à peu près textuellement rapportée au paragraphe 44 du Livre II, titre I, des Institutes.

Voilà donc bien un cas où il n'y a pas lieu à la tradition. Il en est un autre, plus important encore, et sur lequel s'est fixée plus longuement l'attention des jurisconsultes romains. C'est le

cas de l'hypothèse inverse. J'acquiers de vous la propriété d'une chose que vous continuerez à garder à titre de prêt ou de bail. Il y a alors *constitut possessoire*. Nous allons voir que là encore le transport de la propriété s'est effectué sans aucune tradition.

Tout le monde était d'accord qu'en matière de vente, par exemple, lorsque l'acheteur consentait dans le contrat au vendeur un bail à loyer de l'héritage vendu, il pouvait, bien que le transport de propriété eût eu lieu sans tradition apparente, agir, si besoin était, par l'action en revendication, car le vendeur devenu le locataire ou fermier retenait la possession pour l'acheteur (1).

Mais peut-être quelques résistances à l'admission du Constitut possessoire se produisirent-elles en matière de donations. Ulpien nous dit : *Quædam mulier fundum ita non marito donavit per epistolam et eumdem fundum ab eo conduxit : posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem, veluti per colonam* (2).

Ainsi une femme a donné son fonds à une personne autre que son mari; elle a ensuite pris ce fonds à loyer de son donataire; on peut dire, d'après Ulpien, que le donataire a droit d'agir en revendication comme retenant la possession par la donatrice de même que par un fermier.

(1) L. 18 *pr.* D. 41, 2.
(2) L. 77. D. 6, I.

Il est vrai que ce n'est pas sans une certaine timidité qu'Ulpien exprime son opinion, ce qui nous indique qu'il était probablement en désaccord avec le plus grand nombre des jurisconsultes de son temps. Quoi qu'il en soit, reconnaissons que, si cette opinion ne fut peut-être pas acceptée au temps classique, elle était universellement adoptée sous Justinien.

Arrêtons-nous un instant sur les éléments juridiques du constitut possessoire et demandons-nous s'il y a oui ou non tradition. Il y a, disent les uns, une double tradition feinte : par une première tradition la propriété est passée à l'acheteur qui, au moyen d'une deuxième tradition, a rendu la possession au vendeur. Selon les autres, il a n'y qu'une seule tradition feinte : l'acheteur a la chose à sa libre disposition, c'est là le *corpus* ; il y a volonté réciproque d'une part d'aliéner, de l'autre d'acquérir, voilà l'*animus* ; et ainsi se trouvent dans le constitut possessoire les deux éléments de la tradition.

Mais cette deuxième opinion repose, à notre avis, sur une erreur. L'acheteur n'a pas la chose à sa libre disposition, car il n'y a pas un instant de discontinuité dans la possession du vendeur, qui ne cesse pas de détenir l'héritage. Un des éléments de la tradition, le *corpus*, n'existe donc pas.

Quant à la première opinion, qui voit deux traditions successives dans ce contrat, elle complique inutilement une opération juridique bien

plus simple. Ces deux traditions sont deux traditions feintes, dont aucun fait extérieur ne vient manifester l'accomplissement. Quelle peut être leur utilité? Ne vaut-il pas mieux dire, sans recourir à cette complication stérile, qui accuse le droit romain d'un formalisme presque ridicule, que la propriété s'est transportée par la convention ? N'est-il pas plus simple et plus rationnel d'admettre que la convention a supprimé ici la tradition ? Sans doute, l'intérêt social n'est peut-être pas suffisamment protégé par cette transmission occulte, mais les autres opinions le défendent-elles mieux?

Nous persistons donc à croire que nous nous trouvons ici en face d'un nouveau cas où le consentement suffit à transmettre la propriété. Nous venons de voir dans le constitut possessoire la propriété transportée d'une personne à une autre, soit, comme nous le disons, par le seul effet de la convention, soit, comme le disent les partisans quand même de la tradition, par une tradition du moins invisible au regard des tiers. Il n'est peut-être pas téméraire de conjecturer que la pratique des transports de propriété ainsi occultes a été l'une des causes de l'invention et du développement de l'Insinuation sous les empereurs chrétiens. Nous nous bornons à cet aperçu, parce qu'il n'entre pas dans notre sujet d'étudier la publicité des droits réels, qui forme une matière tout à fait à part de la nôtre. Mais nous voulons rapprocher de ces hypothèses de translation de

propriété occultes un cas où la tradition est décomposée d'une façon non moins dangereuse pour ce que nous appellerions aujourd'hui le crédit public.

Les Institutes nous enseignent que pendant longtemps on ne put acquérir la propriété par une personne libre et étrangère, c'est-à-dire par une autre que son esclave ou son fils en puissance. *Hoc est quod dicitur per extraneam personam nihil adquiri posse.* Mais l'empereur Septime Sévère admit une très grave dérogation. Il permit d'acquérir la possession par un mandataire, et, par cette possession, la propriété, lorsque celui qui a fait tradition au mandataire est lui-même propriétaire et qu'il s'agit d'une chose *nec mancipi* (1). Ainsi la tradition, le fait extérieur, s'est accompli au profit du mandataire et la propriété a été transférée au mandant. C'est celui-ci qui a seul le droit d'aliéner alors que les tiers n'ont vu et n'ont pu voir que le mandataire qui a pris possession et dont rien ne révélait d'ailleurs la qualité. Laissant de côté, nous le répétons, ce dernier point, nous avons le droit de dire que dans notre espèce la volonté a joué un rôle prépondérant dans le transport de la propriété; car le mode s'est réalisé au profit du mandataire, et le droit réel est cependant passé directement du *tradens* au mandant, par l'effet du contrat intervenu entre celui-ci et l'*accipiens*.

(1) Just., l. II, t. 9, § 5. Si le *tradens* était *non dominus* ou la chose *mancipi*, le mandant devrait *usucaper*.

§ II. — *De l'Animus.*

Le second élément de la tradition est l'*animus*. L'*animus* consiste dans la volonté réciproque d'aliéner et d'acquérir chez le *tradens* et chez *l'accipiens*. Il faut de plus, disent les jurisconsultes romains, que la tradition procède *ex justâ causâ*, et c'est sur ce point que les commentateurs modernes sont en désaccord. Les uns, comme M. Ortolan, soutiennent que la *justa causa* est un contrat ou du moins un fait extérieur entraînant comme conséquence la volonté de transférer la propriété ; en d'autres termes, qu'il faut, outre le concours des deux volontés, un fait juridique apparent qui l'explique. Cette opinion s'appuie sur ce que l'esprit général du droit romain est de vouloir quelque chose de plus qu'un élément purement intellectuel. Il faut, dit-on, un fait matériel qui prouve clairement l'intention des parties, ne fût-ce que des paroles solennelles comme dans la *mancipatio* et l'*in jure cessio*. Dans la tradition, ce sera le fait (licite ou non, peu importe), vente, échange, legs, etc.., prouvant la volonté des parties qui constituera la *justa causa* de la tradition. Les autres, parmi eux MM. Demangeat et Accarias, voient cette *justa causa* dans le simple concours des deux volontés.

« Sans doute, le plus souvent cet accord de » volontés a sa cause dans un fait antérieur,

» emportant obligation d'aliéner, par exemple, » dans un legs *per damnationem*, dans un con- » trat de vente, de société ou de stipulation ; » d'autres fois, il intervient en conséquence d'une » convention par elle-même dépourvue de tout » caractère obligatoire, par exemple, d'une » donation ou d'un échange. Dans le premier » cas, la tradition a pour but l'exécution d'un » fait juridique indépendant d'elle ; dans le second » cas, c'est à elle, au contraire, que le fait » juridique doit sa force et son effet. Mais ce qu'il » est essentiel de comprendre, c'est que de tou- » tes façons, obligatoire ou non, œuvre de deux » volontés ou d'une seule, ce fait juridique qui » motive et détermine la tradition ne doit pas » être confondu avec la *justa causa.* » (Accarias, tom. I. pag. 491.)

Cette opinion nous semble préférable. Car, comment affirmer que le fait matériel, exigé dans la première opinion, prouve toujours l'intention des parties ? Un créancier se met lui-même en possession de la chose due sans la volonté du débiteur, en devient-il propriétaire ? Assurément non. C'est ce qui se dégage du texte de Pomponius : « *Fundi venditor etiam si mandaverit alicui, ut emptorem in vacuam possessionem induceret : priusquam id fieret, non rectè emptor per se in possessionem veniet.* » (1)

Mais comment doit exister le concours des

(1) L. 33. D. 41, 2.

volontés? En premier lieu, s'il y a une erreur sur l'objet ou sur son identité, il n'y a évidemment pas de *justa causa*. Elle n'existe pas non plus dans le cas où le *tradens* agit en vertu d'un acte juridique qui n'emporte pas pour lui transfert de propriété, un dépôt par exemple, bien qu'en puisse croire l'*accipiens;* car il n'y a pas concours de volontés. Mais une question plus délicate est celle de savoir s'il suffit, pour qu'il y ait transport de la propriété, que les parties aient l'intention de la transmettre, fût-ce pour des causes différentes, ou bien s'il faut qu'elles aient en vue la même cause. Julien soutient la première opinion et déclare la tradition efficace dans tous les cas où chacune des deux causes différentes que les parties ont en vue implique par elle-même l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir : *Cum in corpus quidem quod traditur, consentiamus, in causis verò dissentiamus, non animadverto cur inefficax sit traditio : veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias : constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus* (1).

Cette doctrine est contredite par Ulpien (2), et

(1) L. 36, D. 41, 2.
(2) L. 18, D. 12, 1.

dans l'espèce que nous venons de rapporter, constatant qu'il n'y a ni donation ni *mutuum*, il ne reconnaît pas que la tradition soit valable en tant qu'acte translatif de propriété. Chaque partie, selon lui, poursuit un but qu'elle ne peut atteindre, car il n'est pas le même et l'un est combattu par l'autre. S'il y a évidemment accord réciproque sur le transfert de la propriété, l'accord manque sur le but que chaque partie a poursuivi par ce transfert, et les volontés ne concordent pas.

Nous pensons que la décision d'Ulpien ne fut qu'une opinion isolée, et que celle de Julien fut celle de tous les jurisconsultes du temps classique.

Quoi qu'il en soit, résumons-nous en disant que la tradition se compose de deux éléments juridiques distincts : le *corpus* et l'*animus*, et qu'il faut pour qu'elle transfère le droit de propriété qu'elle réunisse ces deux caractères. Remet-on à un tiers la libre disposition de la chose, *le corpus*, sans abdiquer l'*animus*, il y a simplement *nuda traditio*, en matière d'usufruit par exemple, mais jamais transmission de propriété.

Il nous reste une dernière question à examiner. Supposons qu'il y ait bien le *corpus* et l'*animus* : quand aura lieu le transfert de la propriété dans le cas où le propriétaire se dessaisit de la chose au profit du premier venu qui voudra et pourra s'en emparer ? c'est le cas de la tradition *incertæ personæ*. Les *Institutes* nous donnent de ce transport de propriété deux applications.

Voici la première : *Hoc amplius, interdum et in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem : ut ecce, prætores et consules qui missilia jactant in vulgus ignorant quid eorum quisque sit excepturus, et tamen quia volunt quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum dominum efficiunt* (1).

Cet exemple ne nous montre-t-il pas déjà l'invraisemblance d'une tradition, puisque le préteur en jetant les pièces à la foule, c'est-à-dire à tout le monde, par cela même n'en fait tradition à aucune personne déterminée ?

Mais, dans le paragraphe suivant, Justinien est encore plus explicite : *Qua ratione verius esse videtur, si rem proderelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus eâ mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet : ideoque statim dominus esse desinit* (2).

Justinien admet donc : 1° que l'on a la chose abandonnée par occupation ; 2° que le *derelinquens* cesse immédiatement d'être propriétaire. Telle était l'opinion des Sabiniens.

Les Proculiens, au contraire, soutenaient que le *derelinquens* ne perdait la propriété que lorsque la chose était prise par un tiers, et ils concluaient logiquement que ce tiers l'acquérait par tradition et non par occupation.

(1) *Inst*, l. II, t. 1, 46.
(2) *Inst*, l. II, t. 1, 47.

Pour ne citer qu'un intérêt pratique de cette controverse : si la chose était *mancipi*, d'après les Proculiens, le *dominium* n'était acquis que par l'usucapion, tandis que, d'après les Sabiniens, il l'était immédiatement.

La question avait été vivement controversée jusqu'au temps de Justinien entre les deux écoles. Cet empereur consacra, comme nous l'avons vu, l'opinion des Sabiniens ; et bien que cette façon d'éteindre la propriété soit encore appelée par lui tradition, n'est-ce pas là un nouveau cas où la volonté seule agit sur la transmission de la propriété, sans autre mode ? C'est par là que ce point se rattache à notre sujet. De quoi s'agissait-il, en effet, dans la question discutée entre les deux écoles, si non de savoir quelle est au juste l'influence de la volonté sur la perte ou le transport de la propriété. Selon les Proculiens, la volonté du maître est impuissante à lui faire perdre la propriété de la chose. Il a beau l'abandonner, elle demeure toujours sienne, tant qu'un mode admis par le droit pour en opérer le transfert n'est pas intervenu, et ce mode intervient quand un tiers s'empare de la chose avec l'intention de la faire sienne ; c'est la tradition faite à une personne incertaine.

Aux yeux des Sabiniens, au contraire, l'abdication du propriétaire suffit pour lui faire perdre sa qualité, sans que la chose soit acquise à un autre. Elle devient *res nullius* et celui qui s'en empare l'acquiert par occupation, comme on acquiert les

oiseaux de l'air et les poissons de la mer. Cette dernière doctrine, nous venons de le voir, a fini par prévaloir ; elle est celle des Institutes, malgré les premiers mots *quâ ratione* du paragraphe ci-dessus cité ; la suite du texte le prouve. D'ailleurs ce résultat est conforme à tous ceux que nous allons enregistrer successivement sur l'influence croissante de la volonté seule dans l'acquisition et la perte de la propriété.

§ III. — *De la tradition conditionnelle au point de vue de la rétroactivité.*

Nous pourrions nous occuper maintenant des modalités que peuvent recevoir les conventions qui doivent aboutir à un transfert de propriété et étudier la question de savoir si ces modalités, terme ou condition, affecteront le mode de transporter la propriété ; si celui-ci pourra recevoir les mêmes conditions et si la propriété elle-même pourra être transportée avec ces diverses modalités ; si elle pourra être *ad tempus*, au lieu d'être perpétuelle. Nous préférons renvoyer l'étude générale de cette question au chapitre de la vente ; car c'est dans les modalités qui peuvent l'affecter que nous trouverons les textes les plus décisifs. Il nous suffira donc de dire ici, pour la tradition, qu'incontestablement elle peut recevoir une condition suspensive, et que cette condition réagira sur le transport de la propriété. Ainsi l'acheteur

ayant reçu tradition pourra ne devenir propriétaire qu'au paiement du prix ; ainsi le donataire à cause de mort, quoique mis en possession de la chose donnée, n'en acquerra la propriété qu'à la mort du donateur, etc. etc... Nous n'en dirons pas davantage pour ne pas nous exposer à des redites. Nous traiterons seulement ici, d'une façon générale, de la question de la rétroactivité en matière de transport de propriété, qui nous a paru devoir être jointe au chapitre de la tradition.

Nous savons que le transport de propriété peut être affecté d'une condition suspensive ; cela n'est pas douteux quand il s'agit du transport opéré par la tradition. On en trouve, disons-nous à l'instant, des exemples dans la vente, dans la constitution de dot avant le mariage, dans la donation à cause de mort sous condition suspensive, etc. Si le transport s'est effectué par *in jure cessio* ou *mancipatio*, l'admission de la condition semble plus difficile, puisqu'il s'agit d'un de ces *actus legitimi* qui ne reçoivent ni terme ni condition ; cependant, on sait qu'une condition tacite ne les vicie pas et il n'est dès lors pas impossible qu'ils aient pu servir à un transport de propriété suspendu par une condition. Nous ne voulons pas citer l'exemple des donations entre époux à cause de leur nullité, mais nous pouvons argumenter par analogie de l'acceptilation qui est au nombre des *actus legitimi*. Ulpien suppose une acceptilation faite avant le mariage et par conséquent sous la condition tacite que le mariage

suivra ; le mariage n'a pas lieu, l'acceptilation est nulle : *Scævola ait, matrimonii causa acceptilationem interpositam non secutis nuptiis nullam esse, atque ideo suo loco manere obligationem. Quæ sententia vera est* (1). Ainsi l'effet de l'acceptilation était suspendu par la condition tacite et l'acceptilation disparaît par la défaillance de cette condition. Pourquoi n'en aurait-il pas été de même d'une *mancipatio* ou d'une *in jure cessio* en pareille hypothèse ?

Ces principes posés, nous avons à nous demander si, au cas où la condition se réalise, celui qui devient propriétaire, le devient au moment et dès le moment de l'arrivée de la condition, ou si cette acquisition rétroagit au jour du contrat conditionnel, ou bien tout au moins au jour de la tradition ou de tout autre mode affecté de la condition ? En d'autres termes la rétroactivité admise pour les obligations s'applique-t-elle à l'acquisition de la propriété ? Avant de donner notre opinion sur cette question très controversée, nous devons faire remarquer que nous n'entendons pas la traiter à fond, car elle est un peu en dehors de notre sujet; elle s'y rattache en ce point seulement, qu'il y aura un trait commun de plus entre l'acquisition des droits réels et celle des droits de créance, si la condition produit la rétroactivité pour la propriété comme pour les créances.

Nous croyons plus conforme au génie du droit

(1) L. 43 pr. D. 23, 3.

romain l'opinion contraire à la rétroactivité. La propriété a quelque chose d'absolu qui lui répugne : voilà quelqu'un qui joue le rôle d'un propriétaire et qui cependant ne l'est peut-être pas à l'heure actuelle, à raison d'un événement qui ne se produira que plus tard ! Il y a là comme un choc d'idées contradictoires qui ne pouvait plaire à l'esprit correct des Romains. Ecoutons Julien : *Dat aliquis ut tunc demum accipientis fiat cum aliquid secutum fuerit;... ut tunc demum mea fieret (pecunia), cum Seius consul factus esset* (1). Ecoutons encore Ulpien : *Sed interim res non statim fiunt ejus cui donatæ sunt, sed tunc demum cum mors insecuta est* (2). Dans tous ces textes, nous trouvons cette même expression : *tunc demum,* pour marquer que la propriété sera sans doute acquise à ce moment là, *tunc,* mais qu'en outre elle ne sera acquise qu'à partir de ce moment là, *demum.* C'est l'admission de la propriété *ad tempus* ; c'est la première manifestation de cette doctrine que Marcellus et Ulpien étendront, et qui finira par triompher sous Justinien.

En admettant la rétroactivité, il n'y a pas ici de propriété *ad tempus;* le *tradens* n'aura pas eu une semblable propriété depuis le jour de la tradition conditionnelle jusqu'à l'arrivée de la condition. Avec la non-rétroactivité, au contraire,

(1) L. 1 *pr.* et L. 2, § 5, D. 39, 5.
(2) L. 11 *pr.* D. 24, 1.

le *tradens*, qui était propriétaire perpétuel jusqu'à la tradition, est devenu propriétaire *ad tempus* depuis la tradition jusqu'à l'arrivée de la condition. Dans l'une et l'autre opinion, les droits réels qu'il a pu constituer sur la chose, *pendente conditione*, disparaissent, puisqu'ils ont été constitués *a non domino* en cas de rétroactivité, *ad tempus* dans le cas inverse. Mais les droits réels qu'il a acquis pour améliorer la chose disparaissent s'il y a rétroactivité et profitent au contraire à l'acquéreur dans le cas contraire.

Avant de dire un mot des textes qu'on oppose à ceux que nous avons cités tout à l'heure dans le sens de notre opinion, nous ferons valoir un argument d'analogie qui nous paraît décisif. Nous verrons au chapitre de la vente, que lorsque ce contrat est fait sous condition résolutoire, Ulpien et Marcellus admettent formellement la résolution de la propriété elle-même, mais ils l'admettent non moins formellement sans rétroactivité; Ulpien insiste pour dire que l'acheteur a été propriétaire *interim*, en attendant la condition; or, lorsqu'un acheteur est devenu propriétaire sous condition résolutoire, n'a-t-on pas le droit de dire que le vendeur l'est demeuré sous condition supensive? Et s'il en est ainsi, n'avons-nous pas prouvé que le vendeur recouvrant la propriété par l'arrivée de cette condition, la recouvre du moins sans rétroactivité, pour l'avenir seulement et non dans le passé?

Les partisans de la rétroactivité opposent deux textes qui se placent l'un et l'autre dans l'hypothèse de donations entre époux (1). Dans l'un d'eux, Ulpien dit formellement qu'il y a des cas où on admet la rétroactivité des donations, et l'un de ces cas serait justement celui des donations entre époux qui obéissaient à des règles particulières. Il est vrai que le même Ulpien, dans la même loi, semble dire tout le contraire : qu'il n'y a pas rétroactivité dans ces donations entre époux (2).

Il n'entre pas dans le cadre de ce travail de chercher à expliquer ces textes très-obscurs; il nous suffira de dire qu'ils ne sauraient ébranler notre opinion par la raison qu'ils sont tirés, quel que soit leur sens, d'une matière toute spéciale, celle des donations entre époux, dont la nullité absolue avait fait un véritable *jus singulare*, avec toutes sortes de particularités qui ne disparurent pas quand leur nullité devint moins absolue, puisque le sénatus-consulte d'Antonin Caracalla les laissa sous l'empire des anciennes règles pendant tout le temps de la vie de l'époux donateur.

(1) L. 40, D, 39, 6. — L. II, § 9, D. 24, 1.
(2) L. 11, § 2, D. 24, 1.

CHAPITRE III

DE L'ACQUISITION DES DROITS RÉELS PRÉTORIENS PAR L'EFFET DES CONVENTIONS

Quoique nous nous occupions surtout du droit de propriété, nous croyons devoir consacrer un chapitre aux droits réels prétoriens et un autre aux servitudes, pour constater l'influence de la convention à leur égard.

Nous avons déjà dit que les droits réels prétoriens étaient le droit du superficie, le droit d'emphytéose et le droit d'hypothèque, en dehors de l'*in bonis* qui s'acquiert par la tradition.

Occupons-nous d'abord brièvement des deux premiers. La *superficies* est le droit de jouir à perpétuité ou du moins pendant un très long temps d'une construction faite sur le terrain d'autrui. L'*emphytéose* est un bail d'une durée illimitée soumise au paiement du prix.

Comme on le voit, la *superficies* est une sorte de servitude particulière et on conçoit bien que le préteur en ait fait un droit réel. L'emphytéose est un contrat que les particuliers adoptèrent à l'exemple des *universitates*, qui donnaient leurs immeubles à bail sous la condition que le preneur ou ses successeurs resteraient en possession tant

qu'ils payeraient régulièrement le prix de ce bail. Les fonds ainsi affermés par les *universitates* s'appelaient *agri vectigales*; entre particuliers, la convention prit le nom d'*emphytéose*. Par sa durée, elle ressemblait à une véritable propriété; et voilà pourquoi le préteur en fit aussi un droit réel.

Comment s'établissaient ces droits? A coup sûr ils pouvaient être créés par tout acte reconnu obligatoire en droit civil. Voulait-on les établir en exécution d'une convention à laquelle le droit civil n'attachait pas la puissance d'obliger : on agissait au moyen d'une tradition. Mais par cela même que ces droits résultaient d'ordinaire d'un bail, c'est-à-dire d'un contrat de louage parfait *solo consensu*, ils naissaient sans tradition ni autre mode de transférer la propriété ou les droits réels, par la simple convention.

Considérons maintenant le droit d'hypothèque. Il ne mérite pas moins d'attirer notre attention, car il offre une dérogation très-remarquable à la règle : *non nudis pactis dominia transferuntur*. Qu'est-ce en effet que l'hypothèque? c'est un gage imparfait, un *pignus* qui s'arrête à la convention, sans requérir le transport de la possession. La prise de possession est reculée jusqu'à l'échéance de la dette ; à ce moment le créancier aura une action réelle, l'action *servienne* ou *quasi-servienne* pour se faire mettre en possession de la chose, qu'elle soit aux mains du débiteur, ou passée dans celle d'un tiers détenteur. C'est donc

un droit réel prétorien dérivant d'un simple pacte. Ce pacte qui ne devrait même pas produire une obligation, selon la maxime *solus consensus non obligat*, fait davantage encore : il produit un droit réel.

Nous n'insisterions pas sur l'hypothèque si la qualité de droit réel ne lui avait été déniée par certains interprètes. On a raisonné de la façon suivante : l'hypothèque n'est pas un droit réel puisqu'elle se crée par une simple convention. On comprend qu'une convention produise une obligation par une faveur prétorienne, mais il serait tout à fait inadmissible qu'elle produisit un droit réel ; car il y aurait là une violation des principes les plus certains du droit romain. Nous avons répondu d'avance à cette objection en faisant remarquer nous-mêmes que l'hypothèque présente en effet une dérogation non douteuse aux règles de formation des droits réels.

L'autre objection est tirée de l'extinction du droit d'hypothèque. On fait remarquer que l'hypothèque s'éteint par le paiement, par la novation, par l'acceptilation de la créance hypothéquée ; or, ce sont là autant de modes d'extinction des droits de créance, mais personne ne s'est jamais avisé de dire que ce soient des modes d'extinction de la propriété ou de tous les autres droits réels. De même qu'on invoquait tout à l'heure la séparation des modes de création, de même on invoque ici la séparation des modes d'extinction des droits réels et des droits de

créance ; et on conclut en disant que l'hypothèque ne peut pas être un droit réel puisqu'elle s'éteint par des modes inapplicables à cette catégorie de droits.

Cette objection ne repose que sur une équivoque. L'hypothèque est bien un droit réel ; mais elle est un droit réel accessoire d'une créance et il est tout naturel que l'accessoire disparaisse quand disparait le principal. Peut-on comprendre une hypothèque sans créance ? On confond par conséquent les deux manières distinctes dont les hypothèques peuvent s'éteindre, la voie incidente et la voix principale. C'est par voie incidente que l'hypothèque s'éteint au moyen du paiement, de la novation, de l'acceptilation, etc. ; il n'y a rien d'extraordinaire à ce qu'un droit réel accessoire s'évanouisse lorsque disparait le droit principal. Si au contraire nous envisageons l'extinction de l'hypothèque par voie principale, c'est-à-dire indépendamment de la créance, celle-ci subsistant toujours, nous allons trouver qu'elle s'éteint de la même manière que les autres droits réels. Ainsi elle s'éteint par la renonciation du créancier, comme la propriété par l'abdication du propriétaire. Elle s'éteint par la perte entière de la chose. L'hypothèque portant sur un usufruit disparait par la mort de l'usufruitier. Elle s'éteint comme une servitude par la confusion, lorsque le créancier devient propriétaire de la chose sur laquelle il a hypothèque, *nemini res sua servit* ; elle s'éteint encore par la *longi temporis*

possessio de dix à vingt ans qui se réalise au profit d'un tiers détenteur de la chose, de la même manière que s'éteint le droit de propriété en pareil cas.

Après avoir ainsi fait justice des objections, est-il nécessaire d'établir longuement notre opinion que l'hypothèque est un droit réel? Ne confère-t-elle pas les attributs des droits réels, droit de préférence et droit de suite? N'est-elle pas sanctionnée par une action que les Institutes rangent formellement parmi les actions *in rem* prétoriennes et qui s'exerce, en effet, contre tout détenteur de la chose, etc. Il nous semble inutile d'insister. Concluons donc que l'hypothèque est un droit réel, créé par simple convention, sans tradition ni aucun autre mode ordinaire de créer ces mêmes droits.

CHAPITRE IV.

DE L'ACQUISITION DES SERVITUDES PAR PACTES ET STIPULATIONS.

Les pactes et stipulations peuvent-ils sans tradition créer les servitudes? Non, sans doute, d'après la législation antérieure à Justinien. Mais en était-il ainsi sous Justinien? C'est la question que nous nous proposons d'examiner.

Elle est de celles qui ont été le plus vivement

débattue par les commentateurs. Le texte des Institutes au Livre II, 3 § 4, porte : *Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet*, et semble dire formellement qu'on peut établir une servitude ou un usufruit par pactes et stipulations.

Voici, d'autre part, comment s'exprime Gaius, *Com.* II, § 31 : *Sed hæc scilicet in Italicis prædiis ita sunt, quia et ipsa prædia mancipationem et in jure cessionem recipiunt; alioquin in provincialibus prædiis sive quis usumfructum, sive jus eundi agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi ædes aut non tollendi ne luminibus vicini officiatur cæteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem prædia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt.*

On induit de ce texte que les pactes et stipulations sont un moyen, dans les provinces où la *mancipatio* et l'*in jure cessio* ne sont pas admis, non pas de constituer un usufruit ou une servitude, mais de se procurer un simple équivalent. Les choses devaient se passer de la façon suivante : je voulais donner l'usufruit de mon fonds, par exemple; je réglais les conditions de la jouissance par un pacte dépourvu, il est vrai, de toute valeur juridique, mais auquel se joignait une stipulation de clause pénale en cas d'inexécution, ce qui me permettait d'agir par l'action *ex stipulatu* pour l'acquittement de la somme fixée. Il n'y avait pas dans cette convention la constitution

d'un droit réel, mais simplement l'objet d'une obligation.

On ajoute qu'Ulpien (1) indique un cas analogue où on peut utilement user de pactes et stipulations. Un propriétaire a sur le bord de la mer deux fonds contigus; il en vend un et veut en même temps interdire à l'acquéreur le droit de pêche vis-à-vis de l'autre; une servitude ne peut être établie sur la mer qui est chose commune, mais Ulpien nous dit que le vendeur pourra dans ce cas user de pactes et stipulations. Ce texte montre, comme celui de Gaius, que, dans le cas où on ne peut établir un droit réel de servitude, on peut du moins au moyen de pactes et stipulations se procurer un équivalent.

On conclut qu'aucun texte du temps classique n'ayant dit ce que semble établir Justinien, ce prince a mal reproduit le texte de Gaius. Comment aurait-il fait si brièvement — en quelques lignes à peine — une réforme si importante, qui effacerait la distinction entre la transmission des droits réels et la formation des droits de créance? Pourquoi, ayant admis ces principes pour les servitudes, ne les eût-il admis pour le droit de propriété? Il faut donc pour créer une servitude une quasi-tradition qui se joigne aux pactes et stipulations.

Ainsi, dans l'opinion que nous venons de rapporter et qui, nous devons en convenir, est celle

(1) L. 13, pr. D. 8, 4.

de la plupart des interprètes, les pactes et stipulations n'engendrent qu'une simple créance, et pour avoir le bénéfice du droit réel, il faut de plus une quasi-tradition.

Nous n'adoptons pas cette opinion. Reprenons les deux arguments de la thèse adverse : 1° Justinien n'aurait pas innové sans l'annoncer avec sa prolixité ordinaire. — Ceci nous semble peu probant, cela montrerait tout au plus que l'innovation n'était pas considérée comme importante ou que déjà la pratique admettait la création des servitudes par titres, comme nous dirions aujourd'hui ; 2° Cette création est contraire aux règles du droit sur la naissance et le transport des droits réels. — Cela est vrai, mais d'une vérité relative. Cela est vrai des droits réels civils, mais non des droits réels prétoriens. L'*in bonis* seul requiert la possession et par conséquent la tradition ou tout autre mode qui explique cette possession. Mais l'hypothèque, l'emphytéose et le droit de superficie sont des droits réels prétoriens qui résultent de simples conventions. Or, la création des servitudes par pactes et stipulations est plutôt du droit prétorien que du droit civil. Ce mode s'appliquait dans les provinces et il n'est pas étonnant qu'à Constantinople on ait fini par ne plus requérir la nécessité de la tradition, puisqu'on ne la requérait pas davantage pour l'hypothèque et les autres droits réels prétoriens.

Il ne faut pas oublier que sous Justinien la *mancipatio* qui servait à créer les servitudes rurales

et l'*in jure cessio* qui s'appliquait aux servitudes urbaines ainsi qu'aux servitudes personnelles sont, l'une abolie, l'autre tombée en désuétude. Que reste-t-il dès lors pour créer les servitudes entre vifs en dehors des cas de partage et d'adjudication? Il reste les pactes et stipulations suivis de quasi-tradition. Mais si nous arrivons à démontrer que toutes les servitudes ne peuvent pas être l'objet d'une tradition, n'y aura-t-il pas une lacune indéniable dans l'opinion de nos adversaires? Or, n'est-ce pas le cas des servitudes dites négatives qui consistent *in non faciendo* de la part du propriétaire du fonds servant, comme les servitudes *non ædificandi, altius non tollendi?* Comment créer ces servitudes, si les pactes et stipulations ne suffisent pas, puisque la tradition en est impossible, puisqu'on ne les possède pas? C'est, si on peut ainsi dire, l'obligation d'une abstention qui est imposée au propriétaire du fonds servant. Avec notre opinion, pas de difficultés : ces servitudes seront créées par le pacte suivi de la stipulation. Et on sera encore plus exigeant que pour l'hypothèque, puisque le pacte suffit dans ce dernier cas!

En outre de cet argument si décisif, notre opinion ne suit-elle pas la filière naturelle des idées? Qu'était-ce que l'*in jure cessio*? — Un pacte fait avec des termes solennels et en présence du magistrat. — Sous Justinien, les termes solennels ont depuis longtemps disparu, on s'affranchit aussi de la présence du magistrat, et on arrive à

cette idée que le pacte suivi de stipulation doit suffire dans les cas où l'*in jure cessio* était nécessaire. Nous n'aurions donc pas été surpris que Justinien ait admis la création des servitudes par simple convention. S'il ne l'a pas fait, c'est sans doute parce qu'au moment de la désuétude de l'*in jure cessio* on a trouvé un mode tout prêt pour la remplacer, les pactes suivis de stipulation.

Nous concluons donc que sous Justinien les servitudes nous présentent encore un cas dans lequel un mode de former des obligations s'adapte à la création des droits réels et que les servitudes se constituent par pacte suivi de stipulation, sans qu'il soit besoin de quasi-tradition.

CHAPITRE V.

DE L'INFLUENCE DES CONDITIONS SUR LE TRANSPORT DE LA PROPRIÉTÉ EN CAS DE VENTE. — DE LA PROPRIÉTÉ RÉSOLUBLE. — DU DOMINIUM IN PENDENTI.

C'est à propos de la vente que nous aurons à examiner les hypothèses les plus délicates de notre matière, et à voir dans quelle mesure les conventions peuvent, par exception, réfléchir sur le transport de la propriété, spécialement

les conventions affectées de conditions. Nous avions d'abord songé à faire de ces dernières l'objet d'un chapitre spécial; mais, comme les principaux textes de la matière se rapportent à la vente, nous avons cru plus simple de traiter la question générale à son occasion, sauf à retrouver dans le chapitre consacré à la Donation à cause de mort ce qui concerne celle-ci : nous éviterons ainsi des redites.

La vente est un contrat parfait *solo consensu*, un simple pacte par conséquent, par lequel l'un, le vendeur, s'engage à faire jouir l'acheteur de la chose, pour toujours et avec garantie, *præstare rem*, et l'autre, l'acheteur, à transporter la propriété d'une somme d'argent, appelée prix. Dès qu'on est ainsi d'accord sur la chose et sur le prix, les deux obligations synallagmatiques sont formées ; mais, la propriété de la chose vendue reste intacte chez le vendeur, et elle ne passera à l'acheteur que par l'un des modes ordinaires. Tout ceci est conforme aux règles générales du droit.

Cependant, lorsque la vente est pure et simple et faite au comptant, l'acheteur ne devient pas propriétaire par cette tradition, tant qu'il n'a pas payé le prix ou donné une satisfaction équivalente au vendeur : ce résultat s'explique en disant que la tradition est ici affectée d'une condition, le vendeur a entendu rester propriétaire tant qu'il ne serait pas payé, et cela ne répugne pas, comme nous le savons,

à la tradition, qui est une opération juridique très-flexible, avec des effets bien différents selon la volonté des parties.

Nous devons maintenant nous préoccuper d'un point que nous avions laissé volontairement de côté dans le chapitre de la tradition. Le paragraphe 41, au titre *de divisione rerum*, des Institutes de Justinien, après avoir rapporté la solution qui nous occupe, ajoute : *Quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum : tamen recte dicitur et jure gentium id est jure naturali id effici.* La loi des XII Tables, interprète de la raison naturelle, aurait donc établi que la tradition, après la vente, ne transporte la propriété que s'il y a paiement du prix. Certains interprètes ont tiré de ce texte la preuve que la loi des XII Tables s'était occupée de la tradition et l'avait consacrée parmi les modes d'acquérir. Si cette doctrine est vraie, nous n'avons pas à insister. Mais, il nous semble bien invraisemblable que la loi des XII Tables se soit préoccupée de la tradition, qui n'est qu'un simple fait aux époques primitives du droit : sans doute, la tradition servait déjà à transporter la propriété des choses insignifiantes, de peu de valeur, comme les *res nec mancipi* ; mais l'attention du législateur n'était pas là, elle devait se concentrer sur les choses qui faisaient le fonds du patrimoine, les *res mancipi*.

Si cette conjecture est exacte, comment expliquer la disposition de la loi des XII Tables? A la

suite d'une vente, la *mancipatio* a été faite avec toutes ses solennités; il y a eu remise du prix fictif, de l'*as*, par l'acheteur au vendeur; devons-nous dire que l'acheteur n'est cependant pas devenu propriétaire par la *mancipatio*, tant qu'il n'a pas payé le prix réel au vendeur? Ce serait admettre un transport de propriété conditionnel fait par *mancipatio*; or, il est de principe que la *mancipatio*, comme tous les *actus legitimi*, ne reçoit ni condition ni terme. Ce principe s'oppose par conséquent à cette restriction dans l'effet de la mancipation, effet qui se trouverait renvoyé au moment où le prix sera payé. Mais, dira-t-on, il ne s'agit pas ici d'une condition expresse, il s'agit d'une condition tacite, et Papinien nous apprend, dans la loi 77, D. *de regulis juris*, que les *actus legitimi*, s'ils ne reçoivent pas la condition expresse, ne répugnent pas du moins à la condition tacite : *Expressa nocent, non expressa non nocent.* Nous trouverons plus loin, en parlant des donations entre époux, un cas dans lequel très-certainement la mancipation ne transportait pas la propriété tant qu'une condition n'était pas accomplie. Ne pourrait-t-on pas dire que notre paragraphe prévoit une hypothèse semblable ou, du moins, que tel était le sens de la disposition de la loi des XII Tables?

Nous croyons que cette explication est bien subtile et qu'au temps de la loi des XII Tables, le droit n'était pas encore assez avancé pour qu'on pensât à cette distinction des conditions expresses

et non expresses. Faute de mieux, il faut donc penser, avec MM. Demangeat et Accarias, que la loi des XII Tables a bien visé le cas de la tradition, encore que cela soit fort peu vraisemblable, nous le répétons. Dans cette opinion, nous dirons que le vendeur non payé d'une chose *mancipi* pouvait et devait en refuser la *mancipatio* et se borner à en faire la tradition jusqu'au paiement du prix; jusqu'à ce moment, l'acheteur avait la jouissance et même, croyons-nous, la possession de la chose avec les interdits. Quand il payait le prix, il en devenait *dominus*, si la chose était *nec mancipi;* au cas contraire, et si elle était *res mancipi*, il en devenait *dominus* par l'usucapion, s'il n'aimait mieux requérir la mancipation que le vendeur était alors obligé de lui faire.

Voilà pour la vente pure et simple. Est-elle faite sous condition? Nous devons distinguer si la condition est suspensive ou si elle est résolutoire. Nous demandons la permission de nous exprimer ainsi, bien que ce langage soit celui du droit français et non des jurisconsultes romains.

Lorsque la vente est *sub conditione — si navis ex Asiâ venerit* — c'est-à-dire sous condition suspensive, les obligations du vendeur et de l'acheteur subissent l'influence de cette condition. Jusqu'à son arrivée ou sa défaillance, les parties se trouvent dans un état transitoire de créancier et de débiteur conditionnel. Il n'entre pas dans

notre sujet d'insister sur ce point; il nous suffira de rappeler que chacun d'eux a une créance et une dette éventuelle dans son patrimoine, créance qui se transmet activement et passivement aux héritiers, qui est dans le commerce, etc. Si la condition vient à défaillir, ou si lorsqu'elle se réalise l'objet du contrat a péri entièrement sans la faute du débiteur, il ne reste rien du contrat, c'est comme s'il n'y avait jamais rien eu. Au cas contraire, si la condition se réalise et si l'objet existe encore, le contrat est considéré comme ayant toujours été pur et simple; il y a rétroactivité au jour de la formation et cette rétroactivité s'applique à tout ce qui est du domaine des obligations.

Cela posé, que devient le droit de propriété de la chose vendue sous cette même condition ? Aucun *modus* n'est intervenu, nous le supposons, après le contrat. La propriété reste absolument intacte entre les mains du vendeur, la condition qui affecte les obligations ne la rend pas elle-même conditionnelle, la séparation des deux domaines demeure absolue. Si la condition vient à défaillir, rien ne sera accompli, rien n'aura dû s'accomplir au point de vue de la propriété. Si la condition se réalise, le vendeur sera tenu par l'action *empti* de transférer la propriété selon les modes ordinaires; mais la rétroactivité qui s'est produite dans le domaine des obligations n'a rien à faire ici. L'acheteur ne deviendra propriétaire que du jour de la mancipation ou de la tradition,

postérieures à l'arrivée de la condition ; il doit respecter tous les droits réels que le vendeur a pu conférer sur la chose soit avant, soit depuis le contrat ; enfin, bien que la question soit controversée, nous estimons qu'il n'a aucun droit aux fruits perçus par le vendeur *pendente conditione ;* car la propriété de ces fruits est une suite et une conséquence de la propriété du fonds restée au vendeur.

Nous venons de supposer que la vente sous condition suspensive n'a été suivie d'aucun *modus.* Mais il pourrait en être autrement; il pourrait se faire que le vendeur eût fait tradition dès le contrat, bien que celui-ci fût conditionnel. La propriété ne serait évidemment alors transportée qu'à l'arrivée de la condition ou de l'événement qui retarde la translation. Ce serait une situation analogue à celle de la vente suivie de tradition sans paiement du prix, et sans terme accordé à l'acheteur. Nous n'avons pas à insister davantage ici sur une situation que nous venons de voir en tête de ce chapitre et que nous retrouverons dans celui de la donation à cause de mort. Une seule question pourrait nous arrêter : celle de savoir si l'acquisition de la propriété, lors de l'arrivée de la condition, sera opérée rétroactivement au jour du contrat, ou bien si elle ne sera acquise qu'à partir de l'arrivée de la condition. Cette question est encore de notre domaine, car elle se rapporte à l'influence du consentement sur le transport de la propriété. Nous

nous sommes prononcés pour la non-rétroactivité dans le chapitre de la tradition.

Nous retrouverons encore cette question pour le *dominium in pendenti*, le legs *per vindicationem* et la donation à cause de mort.

Supposons maintenant que la vente soit faite sous une de ces conditions que nous appelons résolutoires : nous aurons à rappeler, selon notre méthode, quels sont les effets de cette condition sur les obligations, puis à rechercher quels sont ses effets sur les droits réels.

En principe, les Romains ne considéraient pas comme conditionnel le contrat fait sous une condition résolutoire; ils y voyaient un contrat pur et simple, soit à terme incertain, soit résoluble sous condition. Il fallait distinguer selon qu'il s'agissait d'une stipulation ou d'un contrat parfait *solo consensu*, comme la vente.

S'agissait-il d'une stipulation? — *Centum dare spondes nisi navis ex Asiâ venerit?* — On appliquait le principe qu'on ne peut pas devoir jusqu'à un certain temps, *ad tempus deberi non potest*, principe analogue à celui de la propriété, et posé dans les Institutes à propos de la stipulation faite sous un terme incertain (1). L'obligation durait donc *ipso jure* après l'arrivée de la condition résolutoire; seulement le débiteur qui avait payé avait une *condictio sine causâ* pour se faire restituer, et, s'il n'avait pas payé, il avait une

(1) *Inst.*, III, 15, § 3.

exception *pacti conventi* pour repousser désormais l'action du créancier (1). Dans tout ceci, il n'y a rien qui soit de nature à nous retenir; le transport de la propriété n'est en effet aucunement intéressé; elle sera cédée par le créancier et rétrocédée par le débiteur selon les règles ordinaires.

Si la condition résolutoire affecte au contraire une vente et sans doute un autre contrat consensuel, on dit alors que le contrat est pur et simple, mais qu'il est résoluble sous condition : *emptio pura quæ sub conditione resolvitur*. Ce n'est pas le contrat qui est conditionnel, c'est en effet sa résolution qui dépend de la condition. A l'arrivée de celle-ci, les obligations étaient considérées comme n'ayant jamais existé, et elles étaient résolues rétroactivement; il ne restait rien du contrat.

Pourquoi cette différence entre les stipulations et la vente ? Pourquoi la stipulation est-elle *perpetua* ? Pourquoi Ulpien dit-il, au contraire, *finita est emptio*, lorsque la condition résolutoire est accomplie (2) ? Il n'est pas facile d'en donner la raison, car les jurisconsultes romains peu dogmatiques ne se sont pas expliqués là dessus. On peut dire que la vente est un contrat *bonæ fidei* et que l'intention des parties doit y être respectée plus particulièrement que dans un contrat *stricti juris*, comme la stipulation. On a dit aussi que les contrats parfaits *solo consensu*

(1) L., 1, § 2, D. 12, 7; L., 44, § 2, D. 44, 7.
(2) L., 4, D., 18, 3.

peuvent être dissous par le seul consentement ; à une condition toutefois, c'est que le consentement qui détruit le contrat soit donné *rebus adhuc integris*, c'est-à-dire avant aucune exécution ; or, la condition résolutoire a été mise dans le contrat lui-même ou résulte d'un pacte adjoint *in continenti;* donc la dissolution du contrat a été prévue *rebus adhuc integris*, et elle est conforme aux règles de la matière.

Quoi qu'il en soit de ces explications, arrivons au cœur de notre sujet : une vente a été faite avec une condition résolutoire, par exemple avec un pacte adjoint *in continenti* d'*in diem addictio* ou de *lex commissoria*. On sait que, par le premier de ces pactes, le vendeur se réserve de revenir sur le contrat s'il trouve un meilleur prix dans un temps déterminé, et par le second, d'y revenir aussi, si l'acheteur ne paie pas le prix. On sait aussi que ces pactes pouvaient rendre la vente conditionnelle, c'est-à-dire lui imprimer une condition suspensive ou bien la laisser pure et simple avec une condition résolutoire. L'un ou l'autre résultat se produisait selon l'intention des parties (1). Nous nous plaçons dans un cas où il n'y a aucun doute sur cette volonté des contractants et où la condition a bien été résolutoire. La vente a donc été exécutée comme si elle était pure et simple, le vendeur a transporté à l'acheteur la propriété de la chose

(1) L., 2, pr. D. 18, 2 ; L., 1, D. 18, 3.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE I

vendue, plus tard la condition résolutoire s'est réalisée, que devient le droit de propriété? S'il reste chez l'acheteur malgré l'arrivée de la condition, ce cas nous échappe : les règles respectives des droits réels et des droits de créance sont appliquées. Si la condition rejaillit sur la propriété, si celle-ci fait retour d'elle-même de l'acheteur au vendeur, alors nous avons un transport de propriété résoluble comme un contrat, une invasion considérable du domaine des droits de créance sur celui des droits réels.

Tel est pour nous l'intérêt théorique de la question. On peut la poser en d'autres termes et dire qu'elle est celle de savoir si la propriété est perpétuelle de son essence ou bien si elle peut être temporaire, conférée *ad tempus*, si la perpétuité ne serait alors que de sa nature.

L'intérêt pratique n'est pas moins engagé ici que celui de la science pure. Si l'acheteur est devenu propriétaire pour toujours, le vendeur sera simplement créancier de sa chose, et de là découlent des conséquences très-importantes. Il ne pourra la réclamer qu'à l'acheteur; si celui-ci l'a aliénée, les tiers seront à l'abri de toute action; le vendeur sera de plus exposé au péril de l'insolvabilité de l'acheteur; enfin, en admettant même que le vendeur recouvre sa chose, il y aura toujours lieu pour lui de supporter les servitudes et autres charges réelles, créées par l'acheteur, du temps où il était propriétaire; en un mot, il y aura entre les deux situations possibles du

TOULOUSE 1 UNIVERSITAIRE

vendeur toutes les différences qui existent entre un créancier et un propriétaire; l'avantage évident du vendeur, c'est de redevenir propriétaire.

La question posée, voyons sa solution. Elle est des plus délicates, non-seulement à cause des principes mis en jeu, mais encore à raison de la divergence des textes. Il serait oiseux de les rapporter tous ici, nous nous bornerons à ceux qui concernent les exemples que nous avons choisis.

Voici d'une part, Ulpien qui, à propos de la *lex commissoria* et de l'*in diem addictio*, nous parle de l'*actio venditi* après l'arrivée de la condition : *et quidem finita est emptio; sed jam decisa quæstio est, ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatoris Antonini et divi Severi declaratur : et credo censisse principem de empti venditi actione* (1).

Voici d'autre part des textes qui impliquent le retour de la propriété au vendeur, c'est-à-dire l'action en revendication, et qui sont tirés des mêmes titres du Digeste, et, pour l'un d'eux du même auteur. C'est encore Ulpien, en effet, qui rapportant l'opinion de Marcellus nous dit : si un fonds a été vendu purement et simplement, mais avec une *in diem addictio* — *si melior conditio allata sit* — la chose vendue, si elle a été engagée

(1) L. 4. *pr.* D. 18, 3 ; L. 16, D. 18, 2. — Voir dans le même sens de l'action *in personam*. L. 6, § 1, D. 18, 1; L. 4, § 4, D. 18, 2 ; L. 7, § 3, D. 23, 3; L. 4, D. 12, 4; L. 12, D. 19, 5.

par l'acheteur, cessera d'être soumise au gage dès que la condition résolutoire se sera accomplie. Ainsi voilà un droit réel, le droit de gage ou d'hypothèque, conféré par l'acheteur et qui cesse par le seul effet de l'*in diem addictio* réalisée. Qu'est-ce à dire, sinon que la propriété de l'acheteur cesse également par l'effet de la condition résolutoire et fait retour directement au vendeur? Si la propriété de l'acheteur ne cessait pas en effet, si elle était perpétuelle, comment expliquer la disparition de l'hypothèque? Ce qui enlève d'ailleurs toute obscurité à la décision de Marcellus et d'Ulpien, c'est la réflexion que fait ce dernier : *Ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus esset : alioquin nec pignus teneret.* Ainsi ce qui étonne Ulpien, ce n'est pas que l'hypothèque cesse, c'est plutôt qu'elle ait jamais existé, mais il explique ceci en disant : l'acheteur a été propriétaire *medio tempore* jusqu'à l'arrivée de la condition, sans quoi l'hypothèque n'aurait pas été constituée valablement. Cette réflexion montre bien que, dans l'idée d'Ulpien, il a cessé de l'être par l'arrivée de la condition, et qu'Ulpien s'était même peut-être demandé s'il ne fallait pas dire que, grâce à cette arrivée, l'acheteur n'a jamais été propriétaire, que sa propriété a été résolue rétroactivement, question que nous examinerons en son lieu (1).

Dans un texte de Scævola, on voit ce juriscon-

(1) L. 4, § 3, D. 18, 2.

sulte, qui avait été le maître d'Ulpien, employer le mot *vindicari* à propos du droit du vendeur à la suite de la réalisation d'une *lex commissoria* (1).

On comprend l'embarras des interprètes en présence de textes, inspirés sans doute par des doctrines différentes et qui se trouvent dans les mêmes titres, et sous la plume des mêmes auteurs. Trois opinions se sont produites. Selon la première qui a été développée par M. Maynz dans son traité de Droit romain, jamais l'accomplissement d'une condition ne peut ainsi faire passer la propriété d'une personne à une autre, jamais il ne peut engendrer qu'une action personnelle pour se la faire retransférer, par la double raison que la propriété ne se transporte pas sans un *modus acquirendi* et qu'elle est perpétuelle ; les conventions ne peuvent profiter ni nuire aux tiers, et voilà pourquoi elles ne doivent pas influer sur le transport de la propriété. Dans le cas d'*in diem addictio* par exemple, il dépend du vendeur d'accepter ou de ne pas accepter la condition meilleure, et par conséquent de résoudre ou de ne pas résoudre la propriété de l'acheteur et de tous ceux à qui l'acheteur a pu transmettre cette propriété en tout ou en partie. Est-il admissible qu'une restriction mise à une convention puisse

(1) L. 8, D. 18, 3. — Voir dans le même sens L. 41, D. 6, 1 ; L. 9, D. 39, 3 ; L. 13, pr., D. 13, 7; L. 2, § 4, D. 41, 4, et L. 29, D. 39, 6. Nous retrouverons cette dernière loi dans le chapitre des donations à cause de mort.

ainsi réfléchir sur des droits réels concédés à des tiers? N'est-ce pas contraire à la nature du droit de propriété qui est absolu, perpétuel, qui existe en lui-même et abstraction faite de toute personne, exepté celle du propriétaire (1)?

Cette opinion, quelque juridique qu'elle puisse être d'ailleurs, ne se soutient pas devant les textes. On peut trouver bon ou mauvais, que les conventions transportent la propriété ou puissent imposer des restrictions à un transport de propriété; mais ce n'est pas une question législative de cette nature qui s'agite ici, c'est une question d'interprétation de textes précis et ceux que nous avons cités, comme ceux que nous aurons encore occasion de citer, prouvent que si la règle de M. Maynz était suivie par les uns, elle ne l'était pas dans tous les cas, ni par tous ; notre travail a précisément pour but de rechercher ces exceptions qui n'existeraient pas selon le jurisconsulte belge.

A l'inverse, une opinion très en faveur en Allemagne consiste à dire que la propriété résoluble, ou pour mieux dire *ad tempus*, a toujours été admise dans le Droit romain. C'est la théorie inverse de la précédente (2). Pour réfuter cette opinion, il suffit de se reporter à un paragraphe remarquable des Commentaires de Gaius. Il suppose un cas où le gage a été donné par un débiteur

(1) Maynz, § 180, 333, 338.
(2) Vangerow, Lehrbuch, § 86.

à son créancier, comme cela se faisait anciennement, c'est-à-dire par le transport de la propriété selon les modes ordinaires avec contrat de fiducie. Si la propriété temporaire avait été admise au temps de Gaius, comme le prétend l'opinion que nous combattons, c'était ici le cas ou jamais; car le débiteur ne devait évidemment avoir abdiqué la propriété que jusqu'au moment où il aurait payé, et le créancier ne l'avoir reçue que jusqu'à ce même moment; donc elle aurait dû faire retour au débiteur dès le paiement et par le fait seul du paiement. Il n'en était rien pourtant, il fallait une rétrocession par le créancier au débiteur; celui-ci n'avait que l'action personnelle *fiduciæ* pour obtenir cette rétrocession par les modes ordinaires; la seule faveur qu'on lui eut faite avait été d'admettre une usucapion plus facile, *usucapio lucrativa*, qui s'accomplissait sans bonne foi et par le délai d'un an. Elle s'appelait *usureceptio* (1).

Reste la troisième opinion, celle que nous adoptons et qui enseigne que nous nous trouvons ici, comme dans beaucoup d'autres cas, en présence d'un développement historique, d'une modification aux anciens principes inspirée par les nécessités ou les simples commodités de la pratique.

L'exemple tiré plus haut des Institutes de Gaius nous a montré en effet que ce qu'on appelle aujourd'hui la propriété résoluble n'était pas admis de son temps. La *mancipatio* et l'*in jure*

(1) Gaius, *Com.* II, § 59 et 60.

cessio ne recevaient pas de condition. Elles constataient un fait actuel, présent, *hanc rem meam esse aio ex jure Quiritium*, et un fait absolu. Nous avons dit quels étaient les inconvénients attachés à ce transport définitif de la propriété lorsque le fait juridique qui avait motivé le transport venait à cesser par un événement; la propriété ne suivait pas, si on peut ainsi parler, le sort du contrat; il y avait là un effet qui survivait à sa cause. Marcellus et Ulpien, et peut-être d'autres jurisconsultes avant eux, ont proposé timidement une innovation dans le cas de l'*in diem addictio*; Paul s'est associé à eux dans la même hypothèse et nous verrons dans un chapitre postérieur qu'Ulpien a étendu l'innovation aux donations à cause de mort (1).

Ce qui achève bien de prouver que telle a été la marche des choses, c'est un remaniement curieux d'une constitution dont les *Fragmenta vaticana* nous ont rapporté la première rédaction. On lit, en effet, au paragraphe 283 de ces *Fragmenta* : *Si stipendiarium proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret donatio irrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit.* Ainsi, en l'an 286, sous les empereurs Dioclétien et Maximien, la propriété ne peut pas être transportée *ad tempus*, la doctrine du temps classique est toujours en vigueur malgré les brèches qu'ont pu

(1) L. 7, D. 39, 3; L. 29 D. 39, 6.

lui faire les propositions rapportées dans les textes de Marcellus, Ulpien, etc. Si maintenant nous nous reportons au Code de Justinien, nous y retrouvons cette même constitution, avec sa date soigneusement conservée. Mais elle a été remaniée par les compilateurs, de façon à lui faire dire tout le contraire de ce qu'elle disait primitivement : *Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus qui accipit ad te rediret, donatio valet, cùm etiam ad tempus certum, vel incertum, ea fieri potest, lege scilicet quæ ei imposita est conservanda* (1). Ainsi la donation de propriété, faite de façon à ce que la chose revienne à un moment déterminé à son ancien propriétaire, est valable; la translation de la propriété *ad tempus* est formellement admise; le système d'Ulpien triomphe.

Mais comment, pourrait-on nous dire, cette opinion explique-t-elle les nombreux textes cités plus haut, dans lesquels l'action *in personam* est encore prévue, même par ceux des jurisconsultes qui admettent comme Ulpien la *rei vindicatio?* Rien n'est plus facile, sans même imputer une inadvertance aux rédacteurs du Digeste et du Code. Il suffit de faire remarquer, en effet, que l'action réelle n'exclut pas l'action *in personam*, et qu'en conséquence, le vendeur, pour prendre le cas d'*in diem addictio*, aura le choix entre l'une et l'autre. C'est une situation analogue à

(1) L. 2, C. 8, 5.

celle qui se produit chez nous, en cas de vente d'un corps certain. L'acheteur devient immédiatement propriétaire ; est-ce à dire qu'il cesse par là d'être acheteur et d'avoir les actions nées du contrat ? Assurément non. Que la chose vienne à périr par la faute ou depuis la demeure du vendeur, et l'acheteur usera de l'action *in personam*.

Enfin, puisque la propriété *ad tempus* a été présentée comme une innovation, il n'est pas téméraire de dire qu'il appartenait aux parties d'en profiter ou non ; s'il a été entendu entre elles que la propriété serait transférée d'une manière définitive, cette convention doit être respectée, et alors à l'arrivée de la condition, celui qui doit reprendre la propriété n'aura plus évidemment que l'action *in personam*.

En résumé, nous arrivons à cette conclusion que la propriété peut passer d'une personne à une autre ou, pour être plus exact, faire retour d'une personne à une autre sans l'intervention d'un *modus*, par le seul effet d'une condition accomplie.

Une dernière question nous reste à examiner. Dans le cas de vente qui vient de nous occuper, la propriété fera-t-elle retour rétroactivement au vendeur ? Ou bien ne la reprendra-t-il qu'à partir de l'arrivée de la condition ? Avant de donner la solution de la question, voyons-en l'intérêt.

Il n'est pas, comme on pourrait le croire au premier abord, dans le point de savoir quel

sera le sort des droits réels constitués, *pendente conditione,* par l'acheteur; car, quelle que soit l'opinion qu'on adopte, ces droits réels disparaissent dès l'arrivée de la condition. S'il y a effet rétroactif, cela va de soi, puisque l'acheteur n'aura jamais été propriétaire; s'il n'y a pas effet rétroactif, il faut dire que l'acheteur, n'étant propriétaire que pour un certain temps, n'a pu conférer de droits réels que pour un même temps. L'intérêt est donc plutôt dans le point de savoir si le vendeur a pu, *pendente conditione*, conférer lui-même des droits réels sur la chose, la léguer *per vindicationem,* etc.

Bien que la question soit controversée tout comme dans le cas précédemment étudié de condition suspensive, nous croyons qu'Ulpien et Marcellus n'admettent pas ici la rétroactivité. Le texte de la loi 4, § 3, D. *de in diem add.*, ci-dessus rapporté, le prouve d'une manière qui nous semble irréfutable, lorsqu'il dit que l'acheteur a été propriétaire dans le temps intermédiaire, *pendente conditione,* sans quoi l'hypothèque conférée par lui n'aurait pas été valable. On n'aurait pas besoin de dire qu'elle s'éteint, puisqu'elle n'aurait jamais existé : *ex quo colligitur quod emptor medio tempore dominus esset : alioquin nec pignus teneret.* Ce texte est évidemment inexplicable dans la doctrine de la rétroactivité. De plus, il faut bien reconnaître que c'est déjà beaucoup d'annuler pour l'avenir les effets d'*un modus adquirendi*, par suite de l'arrivée d'une

condition ; du moins, ne faut-il annuler ces effets que pour l'avenir. Il avait sans doute paru à Ulpien et à Paul que ce serait trop de vouloir les faire absolument disparaître, même dans le passé ; car, nous ne devons pas l'oublier, la condition n'a affecté ni la *mancipatio*, ni l'*in jure cessio*, ni la tradition : elle ne s'est attachée qu'au contrat. C'est par cette considération que nous expliquerons, nous pouvons le dire à l'avance, la différence entre ce cas et ceux dans lesquels nous admettrons la rétroactivité même appliquée à la propriété ; ce qui nous donnera un exemple de plus de l'influence des conventions ou de leurs modalités sur le transport de la propriété.

Enfin rapprochons du cas de vente avec condition suspensive ou résolutoire, les cas dans lesquels il y a, comme disent les textes, un *dominium in pendenti*. Ici, un élément futur et incertain va régler la question de propriété. J'ai, par exemple, l'usufruit d'un troupeau. — On sait que l'usufruitier doit alors maintenir intact le troupeau, c'est-à-dire remplacer les têtes mortes par le croît. — Supposons qu'il soit né six agneaux, et que quatre brebis soient mortes, la propriété des six agneaux est *in pendenti* entre le nu-propriétaire et moi, jusqu'à ce qu'on sache quels sont parmi ces agneaux ceux que j'aurai choisis pour reconstituer le troupeau (1).

De même, quelqu'un a l'usufruit d'un esclave,

(1) L. 70, § 1, et L. 12, § 5, D. 7, 1.

et cet esclave en achète un à son tour; à qui va appartenir l'esclave acheté? Cela dépendra de la provenance du prix. A l'usufruitier, si le paiement est fait des deniers de celui-ci; au nu-propriétaire, au cas inverse. Le *dominium* est donc *in pendenti* jusqu'au paiement (1).

Dans ce cas, Ulpien et Julien disent formellement qu'il y a rétroactivité : *Nam si ex re fructuarii, retro fructuarii esse.* Il n'y a là rien de contradictoire avec ce que nous disions plus haut; car l'expression de rétroactivité est employée ici mal à propos, la vérité est qu'il y a une acquisition différée de propriété pour l'un et pour l'autre jusqu'à l'arrivée de l'événement, ou si l'on veut de la condition; en attendant, chacun est propriétaire et aucun ne l'est.

Voilà donc une hypothèse curieuse, dans laquelle c'est l'effet du *modus* qui est suspendu par la condition, c'est la propriété transmise qui est en suspens. Trouverons-nous dans la matière des contrats une situation analogue, dans laquelle la condition porterait non pas sur le point de savoir s'il y aura ou s'il n'y aura pas contrat, mais sur le point de savoir si le contrat se réalisera au profit de telle ou de telle personne? Evidemment oui, On comprend qu'une vente, par exemple, pourrait intervenir entre Primus, Secundus et Tertius, de telle façon que si la condition se réalise, *si navis ex Asiâ venerit*, Secundus

(1) L. 25, § 1, D. 7, 1.

soit l'acheteur, et Tertius au cas contraire. Mais il y a plus, et on avait admis que la condition peut porter sur la nature du contrat, en sorte qu'il y ait vente par exemple ou louage, selon que tel événement arrivera ou n'arrivera pas. Ainsi, Gaius cite l'exemple de gladiateurs qui ont été livrés sous condition qu'on paiera tant pour leur travail, *pro sudore,* et tant s'ils sont tués ou blessés. Il décide qu'il y aura louage pour les premiers, vente pour les derniers. *Idque ex accidentibus apparere, tanquam sub conditione facta cujusque venditione an locatione; jam enim non dubitatur quin sub conditione res veniri aut locari possint* (1).

CHAPITRE VI.

DU TRANSPORT ET DU RETOUR DE LA PROPRIÉTÉ DANS LES DONATIONS A CAUSE DE MORT.

Nous n'avons pas à entrer dans les très-nombreuses difficultés auxquelles a donné lieu la donation à cause de mort, soit quant à la manière de la distinguer des donations entre-vifs, soit quant aux règles de formes ou de fonds. Il nous suffira de nous référer à l'opinion la plus répan-

(1) Gaius, *Com.* III, § 146.

due selon laquelle il y a donation à cause de mort, lorsque les deux caractères suivants se trouvent réunis : la donation est faite en vue de la mort; elle est subordonnée au prédécès du donateur ou donataire, caduque dès lors dans l'hypothèse inverse du prédécès du donataire au donateur. De plus, elle est révocable au gré du donateur.

Recherchons maintenant si la donation à cause de mort, qui produit évidemment des obligations, ne peut pas aussi produire des transports de propriété, tout comme les legs. Nous insisterons sur ce qui concerne la propriété, laissant de côté, comme dans le reste de notre travail, ce qui touche aux obligations ou plutôt le supposant connu; car nous ne nous occupons jamais de ces dernières, qu'au point de vue de l'influence que peuvent avoir leurs modes de formation ou d'extinction sur le transport de la propriété.

En ce qui touche les donations à cause de mort, notre question présente deux faces bien distinctes. D'une part, il faut rechercher comment la propriété va du donateur au donataire, et d'autre part, comment elle retourne du donataire au donateur, en cas de révocation ou de caducité de la donation.

§ I. — *Passage de la propriété du donateur au donataire.*

La donation à cause de mort peut se faire sous condition suspensive ou sous condition résolu-

toire, dirions-nous aujourd'hui. Dans ce dernier cas, nous n'avons rien à signaler qui se rapporte à notre point de vue. Si la donation est faite *dando*, la propriété sera transférée par le donateur au donataire suivant les modes ordinaires, tradition, *mancipatio*, *in jure cessio* ; si elle est faite *obligando*, par stipulation, par exemple, le donataire aura la *condictio ex stipulatu* pour se faire transporter au terme convenu la propriété des choses données selon les règles habituelles ; enfin, si elle est faite *liberando* par acceptilation ou pacte de remise du donateur créancier au donataire débiteur, elle n'a rien de commun avec le transport de la propriété.

Supposons que la donation soit faite sous condition suspensive, c'est-à-dire que le donateur n'ait pas à acquitter la donation de son vivant et que le donataire n'ait à espérer la propriété des choses données qu'à sa mort. Nous supposerons aussi que toutes les règles de forme ont été remplies selon les diverses époques ; par exemple, il y a eu la présence des cinq témoins, l'insinuation a été faite, en tenant pour certain que ces exigences des divers empereurs, depuis Antonin le Pieux jusqu'à Justinien, se soient appliquées aux donations à cause de mort comme aux donations entre vifs. Tout ceci est, nous le répétons, l'objet de vives controverses qui sont en dehors de notre sujet.

Comment le donataire va-t-il devenir, après la mort du donateur, propriétaire de la chose

donnée ? Si cette chose est une quantité, pas de difficulté. Le donataire est un créancier ; il a une action *in personam* analogue à la *condictio legatorum* pour se faire payer par les héritiers. Sa situation est celle d'un légataire *per damnationem*.

Si la chose donnée est un corps certain appartenant au donateur à la double époque de la confection de la donation et de la mort, la difficulté surgit. Il est certain encore que le donataire est créancier, qu'il a la situation que nous venons de décrire, et qu'il recevra ainsi la propriété des héritiers par les modes ordinaires. Mais n'est-il pas davantage ? ne devient-il pas propriétaire dès l'instant de la mort ? n'y a-t-il pas une situation analogue à celle que nous signalerons dans le chapitre suivant pour le legs *per vindicationem*, une *mortis causa capio* ? Non, dira-t-on, en vertu du principe général que les conventions ne transportent pas la propriété : *non nudis pactis dominia transferuntur*. Si la volonté du testateur peut suffire dans le legs *per vindicationem*, d'après l'opinion des Sabiniens qui a prévalu, il faut rapporter cette dérogation aux règles générales à la loi des XII Tables, qui a fait une loi de la volonté du défunt.

Cependant, nous trouvons au Digeste deux textes, dont l'un est placé au siége de la matière, et qui disent formellement le contraire. L'un est une loi d'Ulpien sur laquelle nous aurons bientôt à revenir et dont nous détachons les mots suivants

qui se rapportent à notre question : *et si quidem quis donavit ut si mors contigisset tunc haberet cui donatum est : sine dubio donator poterit rem vindicare, mortuo eo tunc is cui donatum est* (1). C'est bien notre espèce : le donateur a voulu que le donataire ait la chose à sa mort. Là-dessus, le jurisconsulte prévoit deux hypothèses : l'une, dans laquelle le donateur revendique de son vivant soit que le donataire soit mort, soit que lui-même, donateur, révoque la donation. Cette hypothèse nous étonne en ce sens que nous ne comprenons pas pourquoi le donateur a besoin de revendiquer. Il faut supposer, pour se l'expliquer, qu'il a fait tradition de la chose au donataire, qu'il a ainsi abdiqué la possession, mais avec la condition que la propriété ne sera transférée qu'à la mort (2). Une telle condition est, comme nous le savons, possible en cas de tradition. C'est un point débattu que de savoir si la *mancipatio* ou l'*in jure cessio* aurait pu la recevoir à cause du principe : *actus legitimi conditionem non recipiunt*; nous avons déjà parlé de cette controverse (3).

La seconde hypothèse est la nôtre. Le donateur est mort, *durante voluntate*, sans avoir révoqué la donation et étant resté propriétaire de

(1) L. 29, D. 39, 6.

(2) Voir L. 2, D. 39, 6, et L. 15, D. 40, 1.

(3) Voir pour l'affirmative L. 15, D. 40, 1. Voir pour la tradition, L. 66, D. 6, 1. — L. 7, § 3. D. 23, 3.

son vivant. A qui appartient depuis cette mort la chose donnée? Ulpien répond sans hésiter que l'action *in rem* appartient au donataire, c'est-à-dire qu'il est propriétaire : *mortuo eo, tunc is cui donatum est.*

Mais ce texte déjà si précis et si décisif n'est pas le seul, et nous allons trouver Paul d'accord avec Ulpien. C'est ce qui ressort de la comparaison des deux fragments suivants du Digeste, Ulpien, L. I, § 2, *de publiciana in rem actione*, 6, 2 : *Sed cur traditionis duntaxat et usucapionis fecit mentionem, quum satis multæ sunt juris partes, quibus dominium quis nanciscetur? Ut puta legatum.* — Paul, L. 2, *eod. tit.* : *Vel mortis causa donationes factæ; nam, amissa possessione, competit publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.*

Ulpien, qui venait de rapporter le texte de l'édit sur l'action publicienne, se demande pourquoi le préteur a supposé seulement l'hypothèse de la tradition, alors qu'il y a beaucoup d'autres causes d'acquisition de la propriété qui peuvent donner lieu à l'usucapion, s'il y a eu un vice dans la transmission, si, par exemple, on a reçu de bonne foi la chose d'autrui ; et il cite aussitôt un exemple, celui du legs *per vindicationem*. Il est certain que si un legs *per vindicationem* m'a rendu possesseur de bonne foi d'une chose qui n'appartenait pas au défunt, mais que le défunt croyait être la sienne, je pourrai l'acquérir par usucapion et user de l'action publi-

cienne, dans le cas où je perdrais la possession avant l'accomplissement du délai de l'usucapion.

Paul ajoute à cette hypothèse du legs celle de la donation à cause de mort en faisant observer que les choses doivent se passer ici comme dans le cas précédent. Ce jurisconsulte admet donc, comme Ulpien, l'acquisition directe de la propriété par donation à cause de mort, dès l'instant de la mort du donateur, sans tradition ni autre mode.

Cette conséquence des deux fragments que nous venons de rapporter est si évidente, que tous les anciens commentateurs ont enseigné que la seule convention de donner à cause de mort emportait translation de propriété dès l'instant de la mort, au temps classique du droit romain (1). Ce sont les interprètes modernes qui ont critiqué cette décision et l'ont déclarée inacceptable au nom des principes généraux que nous rappelions tout à l'heure. Ils ont fait remarquer qu'Ulpien lui-même n'a pas classé la donation à cause de mort dans les manières d'acquérir la propriété; de plus, Justinien a fait de la donation un pacte légitime produisant par lui-même une créance et une action personnelle. Comment n'aurait-il pas rappelé que déjà la simple convention, à vrai dire suivie de la mort, produisait le transport de propriété? Enfin, lorsqu'il a voulu assimiler dans la mesure

(1) Il suffira de citer Cujas qui se borne à trouver cette solution étrange. *Obs.*, L. X., ch. 28, et *Com., in lib.* 19, *Pauli ad Edict.*

du possible les legs et la donation à cause de mort sous condition suspensive, pourquoi n'a-t-il pas fait allusion à cette vieille ressemblance que l'un et l'autre pouvaient déjà dans l'ancien droit être considérés comme des modes de transporter la propriété (1) ?

A vrai dire, ce ne sont là que des considérations; mais un argument plus sérieux se tire de ce que la plupart des textes du Digeste, qu'il est inutile de citer, puisqu'ils forment presque tout le titre des donations à cause de mort, supposent cette donation faite par tradition; d'où l'on induit qu'en tous cas l'opinion d'Ulpien et de Paul était isolée.

Cet argument ne nous parait pas probant; car tous ces textes supposent la tradition parce qu'ils supposent la donation faite, comme nous le dirions aujourd'hui, sous condition résolutoire, avec exécution et transport de propriété immédiat par tradition. Ce n'est donc plus notre espèce. Les textes invoqués prouvent seulement que la manière de donner à cause de mort qu'ils prévoient était plus usitée dans la pratique que celle dont nous traitons actuellement.

Restent donc les textes d'Ulpien et de Paul, celui de Paul surtout. Le texte d'Ulpien est moins gênant; car on peut supposer la tradition condi-

(1) L. 25, § 5, C. 8, 54 et l. 4, C. 8, 57. On pourrait répondre que Justinien appelle la donation *genus adquisitionis*, en tête du titre 7, livre II de ses Institutes. Mais ces mots, qui seraient, selon les uns, synonymes de *modus adquirendi* doivent s'entendre, selon d'autres interprètes, dans le sens de *juxta causa*.

tionnelle faite du vivant du donateur au donataire, dans ce cas comme dans celui qui précède, ainsi que nous l'avons vu plus haut.

Pour expliquer le texte de Paul, les contradicteurs de notre opinion ne sont pas d'accord. D'après M. de Savigny, il s'agirait d'une donation faite par *mancipatio* ou *in jure cessio* sans tradition et sous condition tacite du retard du transport de la propriété jusqu'à la mort. Celle-ci survenue, le donataire se serait mis de lui-même en possession, et, comme le donateur n'était pas propriétaire de la chose donnée, il aurait besoin de l'*usucaper*, par conséquent de l'action publicienne s'il venait à perdre la possession (1). Nous laissons le lecteur juge de la vraisemblance et de la clarté de cette hypothèse à côté du texte si net de Paul, nous bornant à faire remarquer que l'espèce est impossible sous Justinien puisqu'il n'y a ni *mancipatio*, ni *in jure cessio*. Il faut donc encore accuser les compilateurs de Justinien d'inadvertance.

D'autres interprètes allemands, dont l'opinion a été rapportée et suivie par M. Pellat (2), ont fait une autre espèce. Paul supposerait, lui aussi, une tradition conditionnelle faite du vivant du donateur au donataire. Celui-ci deviendra dès lors propriétaire dès l'instant de la mort, par tradition, si le donateur était lui-même propriété-

(1) Savigny, trad. Guenoux, t. 4, p. 247.
(2) Propriété, p. 460.

taire; sinon, il acquerra la possession pour *usucaper*, et aura besoin de la publicienne s'il perd cette possession.

Cette explication serait plus plausible si elle n'avait pas le grand défaut d'ajouter au texte un élément qui ne s'y rencontre pas; de plus, comment admettre que Paul ait pu dire que les donations à cause de mort sont acquises comme les legs, *ad exemplum legatorum capiuntur*, s'il faut la tradition pour les unes, alors qu'il ne la faut pas pour les autres?

Il est donc impossible de rendre compte de ce texte si l'on se refuse à admettre que la donation à cause de mort est un mode d'acquérir, comme le legs *per vindicationem*. On dira si l'on veut que cette acquisition se fait *lege*; pour nous, nous estimons qu'elle résulte de la volonté du donateur acceptée par le donataire. Voilà le fond des choses. Tout ce que nous pouvons concéder, c'est que cette opinion était particulière à Ulpien et à Paul, au temps classique. Mais il nous semble que sous Justinien on doit dire qu'elle a triomphé, puisque cet empereur a assimilé dans la mesure du possible les donations à cause de mort et les legs.

§ II. — *Retour de la propriété du donataire au donateur.*

Nous supposons maintenant que la donation à cause de mort a été faite *dando*, non plus sous condition suspensive, mais sous condition résolu-

toire. Le donataire est donc devenu propriétaire par l'un des modes ordinaires, tradition, *mancipatio* ou *in jure cessio ;* il est possible qu'il soit mort et qu'il ait transmis la propriété à ses héritiers. Si les choses en restaient là, nous n'aurions pas à nous occuper de cette situation. Mais qu'il se produise une cause de caducité de la donation à cause de mort, que le donateur révoque ou qu'il vienne à mourir, le donataire étant déjà mort lui-même, alors va se poser la question qui nous intéresse, celle de savoir comment la propriété de la chose donnée retournera au donateur.

A cet égard, nous trouvons deux solutions différentes dans les textes du Droit romain. Selon les uns, le donateur ou ses représentants auront une action personnelle, la *condictio causa data, causa non secuta* ; le donataire ou ses héritiers devront, pour éviter cette action, transporter la propriété de la chose au donateur par les modes ordinaires, sinon ils seront condamnés à payer une somme d'argent représentative de l'intérêt qu'avait le donateur à rentrer dans la propriété de la chose. Dans cette opinion nous n'aurions pas eu à nous occuper de la question ; elle serait absolument indépendante du transport de la propriété.

Dans une autre opinion, au contraire, la condition résolutoire renfermée dans la donation à cause de mort aurait réfléchi tacitement sur le transport de la propriété qui n'aurait été lui aussi que conditionnel ; d'où il résulterait que la pro-

priété aurait fait retour d'elle-même, et sans un nouveau mode, du donataire au donateur. Nous aurions donc ici un nouveau cas dans lequel l'influence d'une convention se ferait sentir sur le transport lui-même de la propriété.

Avant d'entrer dans l'examen des textes, il convient de rappeler l'intérêt de la question que nous avons déjà signalée dans le chapitre consacré à la vente. Cette seconde opinion est préférable pour le donateur, car elle lui assure des avantages précieux, conséquences de son droit de propriété. D'abord la chose lui fera retour franche et quitte de tous les droits réels, comme hypothèques, servitudes, etc., créés par le donataire durant sa jouissance, *interim*. En second lieu, si le donataire avait aliéné la chose, le donateur irait la reprendre entre les mains du nouveau détenteur. Enfin il n'a pas à craindre l'insolvabilité du donataire. — Avec l'action personnelle, les solutions seraient toutes différentes.

Si maintenant nous passons à l'examen des textes, nous voyons que la plupart prévoient l'action personnelle dans notre hypothèse de donation à cause de mort. Il nous suffira de rapporter la phrase suivante de Paul : *nec dubitaverunt Cassiani quin condictione repeti possit quasi re non secuta* (1). Cette décision est tout à fait conforme aux principes généraux sur le transport de la propriété, et elle s'appuie sur

(1) L. 35, § 3. D. 39, 6; L. 39, *eod. tit.*; L. 3, § 3, D. 22, 1; L. 4., D. 24, 1.

cette idée des jurisconsultes romains que la propriété est un droit perpétuel qui ne pouvait être, comme nous le savons, transportée *ad tempus* avant les innovations de Justinien.

Mais nous avons signalé tout à l'heure les inconvénients pratiques de cette théorie et nous savons que, dès le temps classique, certains jurisconsultes avaient voulu les éviter en admettant le transport de propriété conditionnel, *ad tempus*. Pour les donations à cause de mort, c'est Ulpien qui va proposer assez timidement cette importante innovation dans la suite du texte dont nous avons commencé l'explication dans le paragraphe précédent : *si vero sic, ut jam nunc haberet, redderet, si convaluisset, vel de prœlio, vel peregre rediisset, potest defendi in rem competere donatori, si quid horum contigisset : interim autem ei cui donatum est. Sed et si morte prœventus sit is, cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori* (1).

Deux hypothèses sont ici prévues qui se rapportent l'une et l'autre à notre cas de donation à cause de mort sous condition résolutoire. — Le donateur a survécu à l'événement prévu, il est revenu du combat ou du voyage. On peut soutenir, dit Ulpien, qu'il aura la *rei vindicatio*, c'est-à-dire que la propriété lui aura été rendue sans aucun mode de transmission ; et ce qui enlève toute obscurité à la pensée du jurisconsulte, c'est qu'il ajoute que jusqu'à ce moment, *interim*, la

(1) L. 29, D. 39, 6.

propriété a appartenu au donataire. — Un autre cas peut se présenter : le donataire est mort avant le donateur; la donation est caduque. Ulpien nous dit plus timidement encore que l'on peut trouver un jurisconsulte — c'est lui — qui donnera l'action *in rem* au donateur. Il admet donc le retour de la propriété dans tous les cas, sauf celui de révocation.

Mais il est seul à l'admettre en ce qui touche la donation à cause de mort. On a bien voulu tirer une conséquence semblable du texte suivant de Julien : *Si mortis causa donatus fundus est, et in eum impensæ necessariæ atque utiles factæ sint, fundum vindicantes, doli mali exceptione submoventur, nisi pretium earum restituant* (1). Un fonds a été donné à cause de mort, des dépenses nécessaires ou utiles ont été faites par le donataire, sur la revendication du donateur; le donataire opposera l'exception de dol pour se faire restituer ses dépenses. Il résulte, pourrait-on dire, de ce texte que le donateur est resté propriétaire, puisqu'il revendique. Mais nous répondrons que le donataire est ici considéré comme un possesseur de bonne foi, ce qui indique suffisamment que l'espèce était celle d'une donation sous condition suspensive. La tradition avait été faite au donataire; mais le transport de propriété était renvoyé à la mort. Ainsi ce texte ne vise pas notre hypothèse.

Nous en aurions fini avec la donation à cause

(1) L. 14. D. 39, 5.

de mort, si nous n'avions à prévoir une objection tirée d'un autre fragment d'Ulpien que les compilateurs du Digeste ont justement placé à la suite de la Loi 29, ci-dessus transcrite : *qui mortis causa donavit, ipse ex pœnitentia condictionem vel utilem actionem habet* (1).

Voilà donc Ulpien qui donne au donateur une action personnelle, soit la *condictio*, soit une *actio utilis*, sans doute analogue à la *condictio*, peut-être l'action *præscriptis verbis*. Faut-il dire qu'il abandonne la théorie précédente? Non; deux explications peuvent être données. Dans la Loi 29, et lorsque la donation est faite sous condition résolutoire, Ulpien n'a supposé que deux causes de caducité : l'arrivée de l'événement expressément prévu, et la survie du donateur au donataire. Mais un troisième événement est possible : la révocation par le donateur. On comprend fort bien qu'Ulpien n'accorde pas dans ce cas à ce dernier la *rei vindicatio*, mais qu'il lui donne simplement une *condictio ob pœnitentiam;* car la revendication serait ici la négation même de la propriété du donataire, puisque le droit de révocation est toujours suspendu sur la donation; d'ailleurs, comment les tiers pourraient-ils traiter avec le donataire, si celui-ci était dans la situation d'être dépouillé de la propriété *ad nutum* ? Les tiers peuvent, au contraire, supputer les chances de résolution dans les autres cas et

(1) L. 30, D. 39, 6.

traiter avec le donataire d'après ces chances.

Si cette explication ne paraissait pas suffisante, nous ferions remarquer de plus : 1° que, dans l'opinion d'Ulpien, le donateur aura toujours le choix entre la *rei vindicatio* et la *condictio* (1) ; 2° que la *condictio* est même restée la seule voie possible dans certains cas, lorsque, par exemple, les choses données sont des quantités, au lieu d'être des corps certains, ou lorsque le corps certain donné a péri par la faute du donataire.

Nous tenons, quant à nous, ces deux explications pour exactes, et elles montrent qu'Ulpien ne s'est pas mis en contradiction avec lui-même.

En résumé, nous pensons que tous les jurisconsultes du temps classique, à l'époque d'Ulpien, n'accordaient qu'une action personnelle pour reprendre la chose donnée sous condition résolutoire dans tous les cas; nous croyons qu'Ulpien distinguait : il accordait la revendication lorsque la résolution de la donation à cause de mort provenait, soit de la réalisation du cas expressément prévu, soit du prédécès du donataire au donateur ; il n'accordait qu'une simple action personnelle, la *condictio ob pœnitentiam*, lorsque la résolution provenait de la révocation par le donateur. Enfin, nous pensons que l'opinion d'Ulpien doit être suivie sous Justinien, puisque cet empereur a admis le transport de la propriété pour un certain temps et jusqu'à un certain évé-

(1) L., 87, § 1, D., 39, 6.

nement. Quant à la question de savoir si le retour de la propriété au donateur s'opère rétroactivement, nous renvoyons à ce que nous avons dit au chapitre de la tradition, où nous l'avons résolue négativement.

La donation à cause de mort vient de nous fournir un exemple très-remarquable de l'influence des conventions et des conditions sur le transport même de la propriété. Il justifiera, nous l'espérons, les développements que nous avons donnés à cette partie de notre sujet. Nous ajouterons que ces différences entre ce cas et celui de la vente sous condition suspentive ou résolutoire expliquent suffisamment pourquoi nous avons consacré un chapitre spécial à cette matière.

CHAPITRE VII

DU TRANSPORT DE LA PROPRIÉTÉ DANS LE LEGS PER VINDICATIONEM.

Dans nos explications sur la matière des legs, nous nous bornerons au legs *per vindicationem* et au legs *per damnationem*, non-seulement parce qu'ils sont de beaucoup les plus importants, mais encore parce que, en ce qui nous touche, c'est-à-dire pour la formation des créances et le transport de la propriété, le legs *per præceptionem* reproduit tantôt les règles du

legs *per vindicationem*, tantôt celles du legs *per damnationem*, selon que la chose léguée appartenait ou non au testateur, et que le legs *sinendi modo* engendre des créances sur la portée desquelles les jurisconsultes romains paraissent n'avoir pas été d'accord.

Le legs *per damnationem* et le legs per *vindicationem*, tiraient l'un et l'autre leur force de la volonté du testateur légalement exprimée et sanctionnée par la célèbre disposition de la loi des XII Tables : *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.*

Le legs *per damnationem* produit au profit du légataire une créance munie de la *condictio legatorum*. Nous n'avons pas à insister sur ce résultat qui est conforme aux règles générales du droit. C'est la volonté du testateur qui a créé cette obligation et l'a imposée à l'héritier continuateur de sa personne, lequel est ainsi tenu *quasi ex contractu*. Si on veut absolument qu'un *modus* préside en Droit romain à la naissance des obligations, on dira, contrairement aux Institutes, que l'héritier est obligé *lege*, en vertu de la disposition précitée de la loi des XII Tables.

Le legs *per vindicationem* est lui, au contraire, un mode d'acquérir la propriété des corps certains légués qui appartenaient au testateur à la double époque de la confection du testament et de la mort. Le légataire aura la *rei vindicatio*. Mais la propriété résulte-t-elle, comme tout à l'heure la créance, soit de la volonté du testateur, soit

de la loi? Sommes-nous ici en présence d'un de ces cas où les droits réels et les droits de créance s'acquièrent de la même façon, cas dont la recherche et l'étude font précisément l'objet de cette partie de notre travail ? Pour résoudre cette question, nous devons distinguer, selon que le legs est pur et simple ou à terme, ou bien sous condition. Auparavant, nous ferons justice d'une objection qui pourrait se produire. Nos deux espèces de legs, dirait-on, n'ont pas la même formule; il y avait nullité du legs avant le sénatus-consulte Néronien, si on avait employé la formule *per vindicationem* pour léguer la chose d'autrui; donc ces deux legs ne doivent pas être comparés. A cela, nous répondrons qu'il n'y a pas identité entre eux, il est vrai, soit quant à la forme, soit quant aux effets; mais — et c'est ce qui nous importe — il y a identité d'origine : la volonté du testateur; et c'est toujours elle qui, formulée en des termes différents, va produire soit un droit de créance, soit peut-être un transport de propriété.

Supposons donc un legs pur et simple ou à terme fait *per vindicationem* d'un corps certain appartenant au testateur à la double époque de la confection du testament et de la mort. Comment et quand le légataire va-t-il devenir *dominus ex jure Quiritium?*

Les Institutes de Gaius nous montrent que les deux écoles n'étaient pas d'accord à cet égard. D'après les Sabiniens, le légataire devient pro-

priétaire, quand bien même il ignorerait le legs, dès l'instant de l'adition de l'hérédité par l'héritier. Ainsi, la volonté seule du testateur, sanctionnée par la loi et rendue exécutoire par l'adition du continuateur de sa personne, serait le mode de transporter la propriété au légataire, en sorte que ce legs opérerait pour la propriété exactement comme le legs *per damnationem* pour la créance, et le testament serait un *modus acquirendi* commun aux droits réels et aux droits de créance.

Mais tout legs requiert, pour produire son effet, l'acceptation du légataire. Si elle se produit, nous n'avons rien à ajouter; sa propriété date du jour de l'adition. Si le légataire répudie, que va devenir cette même propriété? Si la séparation avait été absolue entre le domaine des droits réels et des droits de créance, il aurait fallu dire que l'héritier aurait une action *in personam* pour se faire retransférer la propriété par le légataire, au moyen d'une *mancipatio* ou d'une *traditio* selon les cas. Or, il n'en est pas ainsi. Les Sabiniens nous disent que la propriété fait directement retour à l'héritier, comme s'il n'y avait pas eu de legs, *et posteaquam scierit et repudiaverit, tum perinde esse atque si legatum non esset* (1). Voici donc bien un cas où la propriété passera d'une tête sur une autre par la seule volonté, sans l'intervention d'un des modes ordinaires. Et

(1) Gaius. *Com.* II, 195.

on peut même dire qu'elle sera anéantie rétroactivement, puisque le texte exprime formellement cette idée que le legs est considéré comme non avenu. Le légataire n'a donc jamais été propriétaire.

Tel n'était pas le sentiment des Proculiens. Pour eux, la propriété ne passe au légataire que s'il accepte et au moment de son acceptation. Alors, l'acquisition de la propriété est le résultat d'une double volonté, volonté du testateur qui a légué et concours de la volonté du légataire qui accepte. Tout cela serait compris sous le nom d'acquisition *lege*. Si le légataire répudie, l'héritier devient propriétaire de la chose léguée comme de toutes les autres choses de l'hérédité, *per universitatem*. Dans cette opinion on évite l'inconvénient d'un transport de propriété par la seule volonté, ou plutôt l'*inelegantia juris*.

Seulement une difficulté restait : où était le *dominium* avant l'acceptation ou la répudiation du légataire? Tant que l'héritier n'a pas fait adition rien n'est plus simple, l'hérédité jacente soutient la personne du défunt; c'est donc lui qui est toujours propriétaire et toujours créancier. Mais après l'adition ? Lorsque l'héritier est devenu propriétaire de tout, excepté de cette chose, où est le propriétaire de celle-ci? Les Proculiens répondent qu'elle devenait *res nullius*. A prendre ces mots au pied de la lettre, cela signifierait qu'elle a cessé d'être *in patrimonio*, et que, désormais, elle appartient au premier occu-

pant, doctrine vraiment commode pour ce dernier, mais doctrine étrange, puisqu'elle ferait aboutir le legs *per vindicationem* à une abdication de la propriété par le testateur; doctrine d'autant plus bizarre que les Proculiens, avons-nous vu dans le chapitre de la Tradition, étaient justement les jurisconsultes qui n'admettaient jamais la perte de la propriété par la seule volonté du propriétaire, et qui exigeaient toujours un *modus*. Aussi nous ne saurions penser que cette expression de *res nullius*, qui est pourtant de Gaius, — *Sed diversæ scolæ auctores putant nullius interim eam rem esse* (1) — rende exactement l'idée des Proculiens. Ils voulaient dire, sans doute, que la chose n'appartient ni à l'un ni à l'autre, ni au légataire ni à l'héritier, tant que l'option n'est pas faite; qu'elle n'est à aucun d'eux. Ce serait donc un de ces cas de *dominium in pendenti* dont nous avons parlé plus haut, dans le chapitre de la Vente. La propriété est en suspens entre deux futurs propriétaires, et la volonté du légataire la fixera en faisant cesser cette situation.

Gaius continue en disant que de son temps l'opinion des Sabiniens était abandonnée à cause d'une constitution d'Antonin le Pieux. Un esclave avait été légué *per vindicationem* à une colonie. Consulté sur la manière dont il fallait procéder, l'empereur répond : *deliberent, inquit, decuriones an ad se velint pertinere, proinde ac si uni lega-*

(1) Gaius, *Com.* II, 200.

tus esset (1). Gaius avait sans doute considéré les mots : *an ad se velint pertinere*, comme sanctionnant l'opinion des Proculiens. Mais il nous semble que telle n'était pas la portée de la constitution qui doit être interprétée d'après la question posée : on avait demandé à l'empereur comment il fallait s'y prendre pour accepter le legs fait à la colonie, et il répondait : il suffit, pour cela, d'une délibération des décurions.

Aussi la vérité est que l'opinion des Sabiniens a fini par prévaloir au temps classique et que c'est elle qui prévaut encore dans le Digeste. C'est en effet Papinien qui nous explique dans les termes suivants le mécanisme du transport de la propriété par le legs *per vindicationem* : le legs rend le légataire propriétaire de la chose léguée comme l'hérédité rend l'héritier propriétaire de chaque objet laissé par le défunt ; d'où il résulte que si la chose a été léguée purement et simplement, et si le légataire n'a pas répudié, la propriété passe directement, *recta via*, de l'hérédité au légataire et n'a jamais été à l'héritier (2).

Considérons maintenant la seconde hypothèse, celle du legs *per vindicationem* fait sous condition ; recherchons comment et quand se transporte la propriété. Nous retrouvons ici la controverse entre les Sabiniens et les Proculiens. L'héritier a fait adition ; la condition n'est pas

(1) Gaius, *Com.* II, 195.
(2) L. 80, D. 31.

encore arrivée ; à qui appartient la chose ? — A l'héritier, selon les Sabiniens. La condition arrive; dès lors, le légataire devient propriétaire; le légataire répudie, la propriété revient à l'héritier. Voilà donc la propriété qui se déplace trois fois sans qu'il soit jamais intervenu ni tradition, ni mancipation. — Selon les Proculiens, la chose est *nullius* dans le sens que nous avons indiqué plus haut, jusqu'à l'acceptation ou la répudiation du légataire. Ici, comme dans la question précédente, l'opinion des Sabiniens avait prévalu (1).

Après avoir ainsi commenté les textes, nous pouvons les résumer à notre point de vue. Nous voyons, dans l'opinion qui a été admise, des dérogations très-importantes à la règle qu'un mode est toujours nécessaire pour le transport de la propriété. Dans le legs pur et simple nous admettons, si on veut, que le légataire devient propriétaire *lege*, par un mode; mais s'il répudie, la propriété passe de sa tête sur celle de l'héritier sans aucun mode. Dans le legs conditionnel, nous voyons le mode d'acquérir, suspendu par une condition, la propriété acquise dès l'arrivée de la condition, et le retour de cette propriété à l'héritier sans aucun mode, par la répudiation du légataire.

Nous avons déjà indiqué qu'il y a rétroactivité au profit de l'héritier lorsque celui-ci devient propriétaire de la chose léguée, *per vindicationem*

(1) L. 29, § 1, D. 49; L. 12, § 5, D. 7, 1. — Gaius, *Com. II.* § 200.

après la répudiation du légataire, parce qu'alors le *modus adquirendi* disparaît complétement, *perinde ac si legatum non esset.*

Que décider lorsque le legs est conditionnel? L'héritier, dans l'opinion qui a prévalu, est propriétaire, *pendente conditione;* la condition venant à se réaliser, le légataire devient à son tour propriétaire; nous nous demandons s'il le devient avec rétroactivité. La question est très-controversée. On a prétendu d'une part que la rétroactivité s'impose ici *a fortiori* comme dans le cas du legs pur et simple : « car si la condition tacite de la répudiation à l'effet de rendre l'héritier rétroactivement propriétaire, *a fortiori* une condition expressément formulée doit-elle avoir pour effet, dès qu'elle sera accomplie, de rendre le légataire conditionnel propriétaire du jour de l'adition de l'hérédité (1). »

Ce raisonnement nous parait inexact, car dans le premier cas il n'y a vraiment jamais eu de legs; au contraire, lorsque la condition se réalise, il n'y a rien de contradictoire à dire que la propriété nouvelle du légataire ne fait pas disparaître la propriété de l'héritier jusqu'à l'arrivée de la condition.

De plus, en matière de legs conditionnels, la rétroactivité admise dans les obligations ne s'applique pas à cause du caractère plus personnel des legs : ainsi l'espérance d'un legs conditionnel

(1) Vernet. Textes choisis sur la théorie des obligations, p. 146.

ne se transmet pas aux héritiers du légataire qui vient à décéder, *pendente conditione;* comment admettre ici que la rétroactivité refusée aux obligations s'appliquât au droit de propriété, alors que nous avons décidé le contraire en thèse générale au chapitre de la tradition. L'argument *a fortiori* est donc en faveur de la non-rétroactivité, et nous avons le droit de dire : puisque l'acquisition de la propriété par l'effet d'une condition apposée à une obligation s'opère sans rétroactivité, à plus forte raison doit-il en être de même dans le cas où la propriété est acquise en vertu d'un legs conditionnel. Cette opinion est en outre fortifiée par les textes. L'un d'eux prévoit le cas d'un héritier qui a imposé des servitudes au fonds légué ou qui en a acquis en sa faveur, *pendente conditione*. La condition s'est réalisée, que deviennent ces servitudes ? Celles qui ont été imposées au fonds s'éteignent parce que l'héritier n'a pu les constituer que *ad tempus* jusqu'à l'arrivée de la condition. Celles qu'il a acquises subsisteront au profit du légataire, parce que l'héritier a pu rendre la condition du fonds meilleure; mais il faut pour cela qu'il ait été propriétaire pendant le temps intermédiaire, c'est-à-dire qu'il n'y ait pas de rétroactivité (1).

Nous pouvons rapprocher du legs *per vindicationem* la donation entre époux, à partir du séna-

(1) L. 11, § 1, D. 8, 6; L. 11, D. 33, 5.

tus-consulte qui la rendit valable. D'après ce sénatus-consulte, la donation reste nulle comme elle l'était auparavant entre les époux ; seulement, si le donateur est mort, *durante voluntate*, sans s'être repenti d'avoir donné, les héritiers ne pourront pas reprendre la chose donnée; si la tradition en a été faite par le donateur de son vivant, le donataire n'est pas devenu propriétaire, il ne le devient que par la mort, malgré l'intention commune des parties ; le *modus* est ici décomposé et rendu conditionnel par le législateur lui-même. On peut dire que de son vivant le donateur était resté propriétaire sous condition résolutoire, et que le donataire l'était devenu sous condition suspensive.

Mais si au lieu de la tradition qui supporte des conditions, les parties avaient employé la *mancipatio* ou l'*in jure cessio*, qui sont des *actus legitimi*, et ne peuvent recevoir des conditions, que décider ? Nous devons dire encore que le transport de propriété ne serait effectué qu'à la mort, quelque bizarre que cela puisse paraître. L'effet de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio* serait paralysé jusque-là par cette condition tacite et légale qui ne les vicie pas comme une condition expresse: *expressa nocent, non expressa non nocent* (1).

Ici se termine l'étude que nous avions entreprise sur le Droit Romain. Nous ne saurions

(1) L. 77, D. 50, 17.

espérer avoir tout dit, et n'avoir laissé à glaner aucun épi de la gerbe que nous voulions lier; mais si nous ne nous trompons, les développements qui précèdent suffisent à prouver que, malgré la séparation admise par les jurisconsultes romains entre le domaine des droits réels et celui des droits de créance, en ce qui touche leurs modes de création, de transmission et d'extinction, bien des points communs étaient cependant restés; dans beaucoup de circonstances la convention des parties exerçait la même influence sur le transport ou le retour de la propriété, que sur la formation ou la résolution des obligations. C'est là ce que nous avons tenté de démontrer.

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque.
TOULOUSE

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

En passant du Droit romain à notre ancien Droit français, l'étude que nous avons entreprise subit dans son cours, pour ainsi dire, une discontinuité.

Nous sommes en face de nouvelles origines. Nous ne retrouvons plus ce Droit romain que nous venons de voir dans son dernier état de formation, continuant par des modifications successives à suivre les progrès du temps pour arriver peu à peu à former notre Droit moderne. C'est qu'il est une autre source que nous devons considérer maintenant. Nous pourrons ainsi constater, quand nous serons parvenus au Code civil, que ses rédacteurs ne se sont pas moins souvent inspirés de notre ancien Droit français, et en particulier du Droit germanique, que de la législation romaine :

Nous diviserons cette étude en deux parties. Dans l'une nous exposerons brièvement les modes de formation des créances; dans l'autre nous donnerons un aperçu historique du Droit de propriété et nous rechercherons ses modes de transmission.

PREMIÈRE PARTIE.

FORMATION DES CRÉANCES.

Dans le droit germanique, quand on voulait, garantir l'exécution d'une obligation, on ne se contentait pas de la constater dans un acte écrit, on faisait intervenir la *festucatio*. Nous nous réservons de décrire ce moyen de créer des liens juridiques quand nous parlerons de la transmission de la propriété où il joue son principal rôle. Disons seulement que le débiteur qui s'obligeait ainsi investissait en quelque sorte le créancier de son entier patrimoine; ce créancier était saisi et pouvait exercer tous les droits utiles relatifs à ce patrimoine, sans avoir recours à aucune subrogation. Le débiteur n'était privé ni de la possession, ni de la jouissance de ses biens; mais il n'en était plus qu'administrateur; il ne pouvait faire que des actes utiles au créancier, louer, vendre, échanger, mais non donner à son préjudice. Cette espèce de saisine du créancier avait une autre conséquence : à la mort du débiteur,

il pouvait se saisir de ses biens à l'encontre des créanciers de l'héritier. Ainsi, en droit germanique, pour rendre une obligation efficace, le créancier devait être *ensaisiné* des biens du débiteur. La loi Salique consacre un titre spécial à ce sujet. Si le débiteur ne peut payer, le créancier met les biens sous la main de la justice, et le Comte, assisté des Rachimbourgs, fait exécuter l'obligation.

On trouve encore fréquemment dans les vieux actes et les chartes une trace toute matérielle de cet antique ensaisinement du droit germanique. Aux manuscrits est attaché un fétu de paille avec ces mots : *cum stipulatione subnexâ*. La transmission de ce fétu de paille remplaça peu à peu les formalités complexes de la loi Salique ; il fut joint à tous les actes, même quand les formalités n'avaient pas été accomplies; elles se trouvèrent remplacées par l'insertion d'une clause qui devint de style; de sorte que, par suite d'une obligation constatée dans un acte, les biens du débiteur étaient affectés à son créancier, comme si celui-ci avait été réellement ensaisiné.

Si nous passons maintenant du droit germanique à notre droit coutumier, nous voyons qu'au treizième siècle on distinguait trois sources des droits de créance : la convention, les maléfices et les cas d'aventure. Au quatorzième siècle, Bouteiller, dans sa *Somme rurale* (livre I, chap. 5), et le *Grand-Coutumier* de Charles VI, en reconnaissent quatre : les contrats, les quasi-contrats, les

délits et les quasi-délits. Mais en était-il dans notre ancien droit comme dans le droit romain, où l'on distinguait les pactes nus qui ne produisaient ni obligations ni actions, et les pactes prétoriens, légitimes, les contrats nommés et innommés ? Au treizième siècle, Beaumanoir dit que « convenances lois valent » (1) et des Fontaines « bien doit-on garder toutes les convenances. »

Faisons une hypothèse qui nous permettra de signaler les différences entre le droit français et le droit romain. Une personne promet à une autre de lui prêter une somme d'argent. En droit romain, on ne peut la contraindre à ce prêt si la convention n'a pas revêtu la forme d'une stipulation. Le Livre de justice et de plaids nous dit, dans la même espèce, que la simple convention de prêter est valable et oblige, si elle est prouvée. De là ces maximes si énergiques de Loysel : « Convenance vaut loi » (2). — « Autant vaut simple convenance en droit français que stipulation en droit romain » (3).

Telle est donc la règle de notre ancien droit. — Cette règle vient du droit canonique. D'Argentrée, dans sa Coutume de Bretagne, nous dit à ce sujet : *canonicam æquitatem secuti sumus.* Le droit canonique, en effet, attribua aux simples

(1) Beaumanoir, Coutume de Beauvésis, ch. 34, § 2.
(2) Loysel, liv. III, tit. 1, reg. 1.
(3) Id. id. reg. 2.

pactes la force des stipulations (1), et voici comment, sous son influence, se transformèrent les anciens principes. La distinction entre les contrats et les pactes était passée dans le droit gallo-romain. La preuve en est que, dans les Recueils de Formules, après les actes qui constatent la volonté des parties, on trouve ces mots : *cum stipulatione subnexâ*, ou *cum stipulatione aquilianâ*. C'est évidemment que les rédacteurs des actes ecclésiastiques, vivant la plupart sous la loi romaine pour donner aux conventions la force des stipulations, y ajoutaient la formule aquilienne. Par l'usage, cette clause devint de style; on la supposa dans tous les actes et dans toutes les conventions. Ainsi fut consacrée dans le droit canonique la règle que « toutes les conventions sont obligatoires » et du droit canonique elle passa dans le droit coutumier. Cette règle ne faisait tout d'ailleurs que confirmer une transformation déjà opérée dans la pratique, et nous pouvons dire qu'elle devint générale dans notre ancien droit français.

Nous avons donc atteint cette première étape où le droit dégage la formation des obligations de la nécessité d'un *modus*. Nous avions dit, dans notre introduction, que la volonté des parties créait les obligations *lato sensu*, faisant allusion, par ces mots, à la nécessité de la *causa civilis obligationis;* cette nécessité a dis-

(1) Canons des conciles de Carthage.

paru dans notre ancienne jurisprudence et la convention *stricto sensu*, c'est-à-dire la volonté seule des parties, a désormais suffi pour créer les obligations.

Voyons maintenant s'il en a été de même pour le droit de propriété.

DEUXIÈME PARTIE.

DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

CHAPITRE I.

APERÇU HISTORIQUE SUR LE DROIT DE PROPRIÉTÉ.

§ Ier. — *De la propriété dans la Gaule avant et après la conquête romaine jusqu'aux invasions germaniques.*

Notre pays n'a pas eu de tous temps cette parfaite unité de lois, de langue, de mœurs, d'intérêts qui constitue une nationalité. Ces éléments divers ne se sont trouvés réunis qu'à la longue par la fusion qui s'est faite entre des peuples de races fort différentes. Nous avons donc à considérer le droit de propriété d'abord chez les Gaulois, ensuite chez les Germains, à voir ce qu'il

fut dans la période féodale, et enfin ce qu'il devint dans la période des coutumes.

Les premiers peuples dont l'histoire constate l'existence sur le sol de notre pays sont les Celtes et les Ibères. Refoulés par les invasions du Nord, on conjecture qu'une partie d'entre eux se réfugia dans les Pyrénées, une partie dans la Grande-Bretagne et peut-être les Basques sont-ils avec les montagnards d'Ecosse les descendants directs de ces premiers habitants de notre pays.

Quoi qu'il en soit, les seuls documents précis que nous ayons de ces temps reculés remontent à l'époque de la conquête romaine. César, dans ses *Commentaires*, ne nous a pas fait seulement les récits de ces longues guerres dans lesquelles les Gaulois décimaient au milieu de leurs forêts les légions romaines épuisées par leurs sanglantes victoires, il nous a donné aussi sur ces peuples guerriers des renseignements précieux.

Quant au sujet qui nous occupe, il nous apprend que la propriété dans le droit celtique est, comme la constitution, à la fois théocratique et aristocratique. Les questions qu'elle soulève se rattachent au droit sacré et à la juridiction des Druides. Il n'y a de propriétaires que les Druides et les Nobles (*equites*). La plèbe, ne compte pas dans l'Etat *pæne servorum loco habetur, nullo adhibetur consilio* (1) : elle cultive pour le compte des deux autres ordres. Quant à ces

(1) César, *Com.* VI.

deux ordres, on ne saurait contester qu'ils soient véritablement propriétaires; César cite, en effet, parmi les priviléges des Druides, d'être exempt de tribut, c'est-à-dire de l'impôt foncier, ce qui implique bien leur droit de propriété. Que devint ce droit lors de la conquête romaine?

Les Romains, en pénétrant dans la Gaule, y apportèrent leur système de propriété, qui consistait à l'attribuer en principe à l'Etat et à en laisser seulement la possession aux individus. Les Nobles furent réduits à l'état de simples *possessores*, et durent payer l'impôt à l'Empereur. Quant aux Druides, ils furent abolis, et on confisqua leurs biens au profit du fisc impérial. Voyons, en quelques mots, ce qu'était ce fisc et par qui il se trouvait administré.

Les propriétés du fisc se composaient en premier lieu des biens confisqués aux Druides, comme nous venons de le voir, de ceux confisqués aux particuliers pour crime de lèse-majesté et autres, de ceux attribués à l'Etat en vertu des lois caducaires, des lois de déshérence... enfin, des propriétés de l'empereur. Tous ces biens étaient administrés par les *procuratores Cæsaris*, au-dessous desquels se trouvaient les *rationales* et enfin des fonctionnaires inférieurs, les avocats du fisc. Le *procurator* jouissait d'une véritable juridiction sur les biens et sur les personnes qui y étaient attachées à un titre quelconque.

Quant aux particuliers, simples *possessores*, leurs biens étaient cultivés par des colons. Ces

colons se recrutaient parmi l'ancienne plèbe gauloise, les habitants de l'empire transportés, les prisonniers, etc. Leur condition était fort dure; ils vivaient attachés au sol par un lien perpétuel, *jure quodam æternitatis*.

Enfin les propriétés qui appartenaient aux villes et aux cités étaient cultivées d'une façon spéciale : on les donnait à ferme. Ces baux très-longs, parfois perpétuels, furent l'origine de l'emphytéose.

Comme toutes les provinces de l'empire, la Gaule était soumise à l'impôt foncier. Voici comment il fut réparti : on divisa la terre par *lots*, représentant mille écus d'or, et pour chaque lot on établit une fraction d'impôt. La quotité de cet impôt varia. Déjà considérable du temps de César, elle s'accrut encore sous ses successeurs, et alors même que Julien l'eut réduit, l'impôt resta une charge écrasante.

Tel est l'état de la propriété dans la Gaule devenue province romaine où l'élément gaulois a été absorbé. La propriété est à l'Etat; elle n'est plus aux particuliers, qui n'en gardent que la possession et qui paient un lourd impôt foncier comme condition de leur jouissance.

§ II. — *De la propriété dans le droit germanique.*

L'invasion allait apporter un élément nouveau et mettre sur le sol de notre pays, à côté des

Gallo-Romains, des peuples qui avaient, eux aussi, leur organisation et leurs lois.

Il serait hors du sujet de retracer l'histoire de ces grandes invasions qui amenèrent, dans le courant du quatrième et du cinquième siècle, les peuples germaniques sur la rive gauche du Rhin. Les Francs s'établirent au nord de la Gaule ; les Bourguignons et les Wisigoths au midi. Tous respectèrent la loi des vaincus, mais gardèrent leurs lois propres. On fut soumis à la loi de sa race et de son origine : chaque peuple barbare a sa loi, le gallo-romain a la loi romaine. C'est l'époque de la personnalité des lois. — Quelle fut la condition de la propriété sous les lois des envahisseurs, c'est-à-dire, dans le droit germanique? Telle est la question que nous allons examiner.

Les Germains, avant de s'établir en Gaule, vivaient d'une existence essentiellement nomade ; aussi peut-on dire qu'ils ne connaissaient pas la propriété foncière. Le sol était divisé en un certain nombre de *lots*, égaux entr'eux, que le magistrat attribuait à des agglomérations d'individus, ayant la plupart la parenté pour lien, *gentes*, *cognationes*. Le lot ainsi donné à la famille était possédé en commun : chaque membre en avait la co-possession, le *condominium*. Ces concessions étaient annales ; César nous en donne la raison : c'était pour que les Germains ne s'attachassent pas trop au sol, ce qui eût rendu plus difficiles les expéditions guerrières. Du temps de Tacite, les concessions sont toujours annales; mais les

lots ne sont plus égaux. On commence alors à avoir égard, pour leur distribution, à la dignité et à la puissance de chacun. C'est que la royauté s'est établie chez les Germains, et avec elle l'aristocratie. Mais remarquons qu'à cette époque même, il n'y a qu'une possession, — c'est la tribu qui est propriétaire — et que cette possession n'est pas individuelle.

Quand les peuples germains s'établirent en Gaule, leur système de répartition de terres changea. De nomades ils étaient devenus sédentaires : ce qui n'était primitivement que possession devint alors propriété, soit à la suite du partage des terres avec les Gallo-Romains, soit par droit de conquête. La propriété ainsi établie conserva-t-elle les caractères de la possession primitive? Nous le croyons. L'attribution eut toujours lieu : 1° à titre public, par concession; aussi la transmission se faisait-elle suivant certaines règles, que nous étudierons plus tard. 2° elle fut faite à des familles, à des agglomérations et non à des individus; tous les titres de la loi Salique le prouvent; aussi tout parent est-il héritier. Cette terre est appelée d'abord *terra salica*, puis *alleu* dans les formules. La loi des Ripuaires la désigne sous le nom de *bonum paternum, avitum;* c'est le bien qui est transmis de génération en génération; et aussi sous le nom de *terra sortis titulo adquisita,* ce qui semblerait indiquer que les lots auraient été tirés au sort, comme les anciennes *possessiones.* Quant aux

Bourguignons et aux Visigoths, ils partagèrent les terres avec les Gallo-Romains ; aussi leur propriété ne conserva pas le même cachet d'originalité que celle des Francs (1). Les modes de transmission, comme nous le verrons bientôt, furent empruntés au Droit romain, et l'*adfatomie,* ce mode essentiellement germanique, ne joua plus qu'un rôle très-secondaire dans leur législation.

Il nous reste à traiter ici une question fort importante : ces concessions de terre se firent-elles à titre de propriété ou à titre viager? — Pour les Bourguignons et les Visigoths, aucune difficulté. La part de terres qui leur fut attribuée le fut au même titre que celle des Gallo-Romains, à titre de pleine et entière propriété. Il est vrai que la loi des Bourguignons et celle des Visigoths disent que les Gallo-Romains sont *possessores;* mais il est hors de doute que le partage transforma pour eux la possession en propriété. On objectera peut-être qu'ils continuèrent à payer l'impôt foncier. Mais l'impôt foncier avait changé de nature : on avait oublié la cause pour ne plus voir que l'effet ; ce n'était plus un droit de jouissance payé à l'Etat propriétaire, mais simplement une source de revenus pour le pouvoir ; c'est ainsi que sous Dioclétien, l'Italie elle-même y fut soumise. Nous pouvons donc bien affirmer que la propriété, pour parler le langage du droit coutumier, fut

(1) La propriété s'appelle *Sors*, chez les Bourguignons.

allodiale, c'est-à-dire franche et libre dans les pays de droit écrit formés des deux royaumes des Bourguignons et des Visigoths.

En fut-il de même chez les Francs? Les Francs ne partagèrent pas les terres avec les Gallo-Romains ; mais s'étant emparés des biens du fisc et des terres abandonnées, ils durent entre eux procéder à des partages. Ces partages se firent par portions égales; car la loi Salique ne reconnaissait aucun privilége à la noblesse. Ces terres furent acquises à titre de propriété : cette propriété franche, libre, indépendante, fut l'*alleu*. C'est le bien possédé en pleine et entière propriété, *optimo jure;* on n'est censé le tenir que de Dieu; aussi n'est-on soumis pour sa jouissance à aucune redevance, pour sa transmission à la perception d'aucun droit. Grégoire de Tours nous rapporte à ce sujet que le Comte et les agents fiscaux ayant voulu établir sur ces biens l'impôt foncier, leurs tentatives furent repoussées par la violence : le comte Parthénius fut arraché de l'église et lapidé.

Mais à côté de l'alleu germanique, nous continuons à trouver chez les Francs les anciens *possessores* du Droit romain. Les Romains, en effet, ne furent jamais considérés comme de vrais propriétaires, et ils restèrent toujours soumis à l'impôt foncier établi par les empereurs d'Occident.

Tel fut le partage. Bientôt après vinrent les concessions qu'il ne faut pas confondre avec lui. Nous entrons dans la période féodale.

§ III. — *De la propriété sous le régime féodal et dans le droit coutumier.*

Les rois mérovingiens, suivant les traditions des empereurs romains, eurent un fisc dont ils cherchèrent chaque jour à augmenter l'importance (1), et ce fut sur ces biens qu'ils distribuèrent à leurs compagnons fidèles des rémunérations prises autrefois sur le butin. Ces concessions sont mentionnées dans un grand nombre d'actes, contenus dans les *Recueils de Formules* (2), qui nous apprennent qu'elles étaient faites à titre perpétuel et héréditaire, *jure proprietario*. Les terres ainsi données, à raison de services personnels, appartinrent non plus à la famille, mais à l'individu. Cette propriété n'eut pas de caractère public; aussi ne fut-elle pas soumise, pour sa transmission, aux mêmes formalités que l'*alleu*. Ce fut une propriété nouvelle à laquelle s'attachèrent de nombreux priviléges. Quand le roi concédait le bien, il le faisait avec tous les droits qui y étaient attachés entre les mains du fisc; il transférait, outre la propriété du sol, *quidquid ex inde sperare poterat*. Le concessionnaire exerçait les droits de déshérence,

(1) Celui qui ne se rend pas au *mallum* doit payer une amende, *fredum*, au fisc. L. S. ch. 59.

(2) Marculfe, I, 14, f. 17.

profitait des confiscations, levait les impôts, et enfin avait le droit de juridiction inhérent à la terre. Les avantages que nous venons d'énumérer résultaient de l'*immunité royale*. Elle fut d'abord accordée aux églises et monastères ; puis, d'exceptionnelles, les immunités devinrent ordinaires, de sorte qu'en 717 Chilpéric put dire que « concession entraîne immunité, privilége et juridiction. »

Nous avons à parler maintenant d'une autre espèce de propriété qui va, en se transformant, acquérir une importance capitale dans l'époque féodale, des Bénéfices.

Les Bénéfices furent d'abord ecclésiastiques. Nulle protection en ces temps n'était plus recherchée que celle de l'Eglise. Pour l'obtenir, les propriétaires de petits alleux faisaient donation à l'Eglise de leur bien, et en retour ils recevaient d'elle la possession viagère de ce bien, ou parfois même d'un bien plus considérable (1) ; ces arrangements se faisaient au moyen des actes de *précaire* et de *prestaire*. Les Bénéfices ecclésiastiques furent les seuls qui existèrent jusqu'au huitième siècle.

Mais à cette époque, Charles Martel, après la victoire de Poitiers (732), s'empara des biens ecclésiastiques et les distribua à ses soldats à titre viager, tout en laissant la nue-propriété à l'Eglise. Le même fait se reproduisit sous ses succes-

(1) Concile de Meaux, 813.

seurs, et ce fut là l'origine des Bénéfices militaires. Ces concessions furent toujours faites à charge de service militaire. Etant viagères, elles offraient de grands avantages pour le concédant; aussi, à partir de la fin du huitième siècle, les rois, au lieu de faire comme autrefois des concessions perpétuelles des terres du fisc, ne les donnèrent plus qu'en *Bénéfices*, c'est-à-dire à titre viager. On y attacha toutefois les mêmes avantages qu'aux anciennes concessions, les droits de juridiction et de justice, etc.

Peu à peu ces concessions, quoique dites viagères, purent comprendre les descendants. Elles finirent enfin par devenir héréditaires. Dès lors les *Fiefs* furent constitués et le capitulaire de Kiercy, en assurant leur hérédité, fonda la féodalité.

Les mêmes raisons qui avaient multiplié avant le huitième siècle les Bénéfices ecclésiastiques multiplièrent désormais les Fiefs. Beaucoup de propriétaires de petits alleux, incapables de se protéger, cherchèrent aide auprès d'un homme puissant qui devint le seigneur. Ils abandonnèrent la pleine propriété, le domaine éminent, pour ne conserver que la jouissance et la possession, le domaine utile. Le franc alloëtier devint le vassal. Il se mit de lui-même dans la situation de ceux auquel le seigneur avait donné en jouissance une partie de ses trop vastes domaines, moyennant la prestation de la foi et hommage, l'obligation au service militaire et plusieurs

autres charges. Ainsi se constitua la hiérarchie féodale. Les alleux, ces terres libres dont les propriétaires ne devaient rien à personne, tendirent de plus en plus à disparaître et à être remplacés par des Fiefs (1). De là la grande maxime du droit féodal que nous donne Loysel : *Nulle terre sans seigneur.*

A côté des Fiefs, nous trouvons une autre espèce de concessions, les Censives. Les domaines des abbayes étaient cultivés par des tenanciers qui payaient un cens, redevance en argent ou en nature, à raison des terres dont ils jouissaient; peu à peu un grand nombre d'héritages roturiers furent ainsi tenus à *cens*, et ainsi vint pour ces tenures, soit rurales, soit urbaines, le nom de Censives (2).

(1) Ce serait pourtant, comme nous le verrons bientôt, une erreur de croire que toutes les terres allodiales furent changées en fiefs ou en censives, et soumises au domaine éminent du seigneur. Les textes des Xe, XIe, Xe et XIIIe siècles font fréquemment mention de terres tenues en alleu. Ces domaines ne relevaient d'aucun seigneur, soit ecclésiastique, soit laïque, à titre féodal. Ils étaient exempts des charges fiscales. Quand ils n'avaient pas le privilége de juridiction, ils ne dépendaient que de la justice royale ou de celle du comte. Dans le nord de la France, la plupart des terres étaient passées, il est vrai, à l'état de fiefs et de censives; mais dans le midi, au contraire, la franchise des héritages et la présomption d'allodialité restèrent de droit commun; les provinces méridionales prétendirent toujours être des terres de franc alleu.

(2) Dans le Midi, on trouve l'usage fréquent d'une tenure particulière qui vient du Droit romain, de l'emphytéose, et qui offre certains rapports avec la censive. Mentionnons aussi les *tenures congéables* de Bretagne, sorte de censives spéciales à ce pays, espèce de droit de superficie. Le seigneur concédant restait pro-

Tandis que le fief, tenure noble, établissait entre le seigneur et le vassal des rapports personnels de foi et hommage, et obligeait le vassal à des services réputés nobles, celui de la guerre, par exemple, la censive, tenure roturière, grevait le tenancier de charges plus serviles envers le seigneur. Mais remarquons bien que dans la censive comme dans le fief, la propriété est divisée en domaine direct et en domaine utile. C'est là son caractère capital sous le régime féodal.

Nous venons d'énumérer les trois sortes de biens qu'on distingue dans la période féodale, les fiefs, les censives et les alleux. Nous avons maintenant à nous demander comment on établit leur qualité. A défaut de titres, quel est le droit commun ?

Dans le Nord et dans une partie de l'Ouest, règne la maxime que nous avons citée : « Nulle terre sans seigneur. » Certaines coutumes semblent même exclure la preuve contraire : Beaumanoir (C. de Beauvesis, ch. 24, alién., 5) nous dit qu'il n'y a que des fiefs et des censives; et les coutumes de Bretagne, Senlis, Melun, Blois, Péronne, Meaux... portent : « Nul ne peut tenir terre sans seigneur. » La raison en est que, au huitième et au neuvième siècles, les grands sei-

priétaire du tréfonds, tandis que la superficie et les édifices appartenaient au tenancier; mais le seigneur pouvait le congédier en l'indemnisant.

gneurs s'étaient efforcés d'obliger les petits propriétaires d'alleux à leur céder leurs biens, et c'est ainsi que les alleux, transformés en bénéfices, avaient disparu dans les pays où le droit féodal prit le plus d'extension.

Dans les pays du Midi, au contraire, les terres sont réputées libres, allodiales. Le seigneur doit établir par titre la tenure féodale. Le principe n'est plus : « Nulle terre sans seigneur. » La maxime est : « Nul seigneur sans titre. » Elle existe sans conteste dans les ressorts des deux Parlements de Toulouse et de Grenoble ; elle est aussi généralement suivie dans le centre, où l'influence du Droit romain se fait sentir.

Lorsque après huit siècles, — du cinquième au treizième — la féodalité disparut sous les efforts communs de la royauté et du peuple, la propriété prit un autre caractère. Elle commença à recouvrer son unité : la distinction du domaine éminent et du domaine utile disparut. Sans doute, à partir du seizième siècle surtout, les grands fiefs ayant été réunis à la couronne, la royauté eut les mêmes intérêts à protéger que les grands vassaux et, à son tour, se tourna contre les propriétaires d'alleux en faisant revivre la maxime : « Nulle terre sans seigneur » ; sans doute, le franc-alleu disparut en principe par rapport au roi, qui eut « la mouvance directe et universelle de toutes les terres de son royaume », ce qui lui permit de percevoir les droits de relief, de rachat, de lods et ventes, de

quint et requint, etc.; mais cela n'empêcha pas que la propriété individuelle ne fût définitivement constituée, car si le roi conserva un droit souverain sur toutes les terres de son royaume, le principe fut tout théorique et ne reçut que peu d'applications dans la pratique.

CHAPITRE II.

MODES DE TRANSMISSION DE LA PROPRIÉTÉ.

§ I. — *Droit germanique.*

La théorie de la transmission de la propriété dans notre ancien droit se lie intimement à la théorie de la Saisine.

La Saisine est la possession juridique d'une chose et, comme dans le droit germanique ainsi que dans notre très-ancien droit coutumier, la propriété n'est pas distincte de la possession, celui qui a la possession, la saisine, est censé être propriétaire.

Nous avons vu ce *condominium* énergique qui est le caractère essentiel de la propriété chez les Germains, et qui s'étend à tous les membres de la famille. Chacun étant copropriétaire, il faut, en matière de transmission, le consentement formel de tous. La transmission se fait au moyen de l'*adfatomie*, en présence

des hommes libres et du roi. Voici en quoi consiste cette cérémonie, la plus ancienne du droit germanique : — l'aliénateur ne pouvant à lui seul opérer le transport de la propriété, puisqu'il n'était pas le seul saisi, il fallait que tous les membres de la famille se désaisissent au moyen de la *festuca ;* l'aliénateur ensaisinait un tiers, qui prenait possession de la chose, et au bout de douze mois la transmettait à l'acquéreur définitif; ce délai de douze mois opérait le désaisissement des copropriétaires s'il n'y avait pas eu d'opposition de leur part. — Telle était l'*adfatomie.* Ses formalités compliquées ne pouvaient tarder à disparaître, surtout pour les aliénations à titre onéreux : on admit qu'elles se pourraient faire sans le consentement exprès des membres de la famille, sous la réserve que ces membres pourraient exercer durant un an et un jour le retrait lignager. Pour les aliénations à titre gratuit, l'*adfatomie* se conserva. Il y eut donc toujours deux conditions indispensables à la transmission de la propriété : 1° la présence de la famille copropriétaire et son consentement formel ; 2° la présence de l'autorité publique.

Cette autorité publique consiste dans une assemblée locale, le *mallum bergum*, présidée par le Comte (*comes*), et dont les membres s'appellent *Rachimbourgs.* C'est là que se font les aliénations au moyen de la *festucatio.* Si la chose elle-même ne peut être livrée, on a recours à des symboles pour en indiquer la tradition. S'agit-il de la vente

d'un champ? Le vendeur remet à l'acheteur une motte de terre et une branche d'arbre, symboles de l'aliénation du sol et de ses produits; il lui remet aussi le bâton, le couteau et le glaive qui symbolisent les pouvoirs du propriétaire. La *festucatio* est employée pour tous les actes juridiques qu'on veut rendre efficaces, pour former ou éteindre les droits de créance, comme pour transmettre les droits réels. Dans un cas comme dans l'autre, c'est la saisine qui est transmise du propriétaire à l'acquéreur, du créancier au nouveau créancier.

Ne semble-t-il pas que nous soyons revenus aux premiers temps du Droit romain et à l'antique cérémonie du *Nexum?* On ne saurait, à coup sûr, méconnaître la ressemblance qui se trouve à la naissance de ces deux droits, entre le formalisme germain et le formalisme des premiers Romains.

Tel fut le seul mode de transfert de la propriété chez les Germains et chez les peuples qui admirent leurs usages, car nous savons que les vainqueurs n'imposèrent pas leurs lois aux populations vaincues. L'établissement des Germains dans la Gaule n'eut pas pour effet d'y abolir le Droit romain, mais seulement d'en restreindre l'application. La loi civile prit dans chacun des Etats qui se formèrent alors un caractère personnel et le résultat de ce système des lois personnelles, qui fut appliqué non-seulement pendant l'époque mérovingienne, mais encore sous les

Carlovingiens jusqu'à la fin du dixième siècle, fut la coexistence, pendant cinq siècles, sur le sol de l'ancienne Gaule, de deux législations civiles bien distinctes, d'une part les lois germaniques, de l'autre la loi romaine.

Ainsi, à l'époque qui nous occupe, ce fut, dans le Midi, le Droit romain qui resta toujours appliqué. Quel était ce Droit romain ? C'était avec les écrits des jurisconsultes dont l'autorité était reconnue par la loi des Citations (426), le Code Théodosien de 438, promulgué dans les provinces de 449 à 462. Quant aux recueils législatifs de Justinien, ils ne reçurent pas force de loi dans la Gaule qui n'était plus au sixième siècle une province de l'empire romain, mais ils s'introduisirent peu à peu dans l'usage sous l'influence de l'Eglise.

Nous avons vu, dans le Droit germanique, l'effet de ce *condominium* puissant de tous les membres de la famille, quant à cette propriété qui provient du partage et qui constitue le bien patrimonial. Il ne peut jamais être attribué aux femmes; la loi Salique le déclare expressément, tant elle semble jalouse de sa conservation. Ce bien constitue *les propres*, le *bonum paternum*, *avitum*, et ceux que les Germains acquièrent de toute autre façon sont *les acquêts*, le *bonum ex comparato acquestum*, *exacquestum*. Cette distinction des biens si importante quant à leur transmission remonte donc au droit germanique. Les *propres* sont les biens patrimoniaux de la famille; les *acquêts* sont ceux qui se trouvent en dehors de

ce patrimoine. Cette division ne s'applique qu'aux immeubles (1). Les meubles ne font pas partie du patrimoine, parce qu'ils ne peuvent à cause de leur caractère mobile être l'objet d'une juste affection de famille; tout d'ailleurs, ils sont régis par les mêmes règles que les acquêts.

Mais comment se forment les acquêts et les propres ? — L'acquêt, c'est le bien acquis en vertu d'un droit individuel, par le travail, l'industrie, l'économie, la donation même; «il n'est meilleur acquêt que le don» disait-on alors. — Le propre, c'est le bien acquis en vertu d'un droit de famille, de sorte que le bien acquêt entre les mains de son auteur devient, quand il n'en dispose pas, un propre entre les mains de ses descendants, car ceux-ci l'acquièrent par succession, par un droit de famille, ce qui fait dire à Beaumanoir : « Sitôt comme l'acquêt va aux hoirs il devient héritage» , et à Loysel : «acquêt de père est propre aux enfants.»

Cette distinction est fort importante quant aux règles de la disponibilité. Reconnaissons d'ores et déjà qu'elle est très rationnelle; les propres ne s'acquièrent-t-ils pas sans aucun effort, au contraire des acquêts, et n'est-il pas logique qu'on n'en puisse aussi facilement disposer que d'un bien marqué seulement du sceau de son travail personnel? La loi du 17 nivôse an II a fait néan-

(1) Il est à remarquer que la distinction des meubles et des immeubles, qui est la division fondamentale des biens dans notre droit actuel, n'est que très-secondaire dans notre ancien droit.

moins disparaître cette distinction, qui ne se retrouve pas non plus dans notre Code (1). On a dit que la circulation des biens eût été entravée ; que les propres étant en réalité des biens frappés indéfiniment de substitution, on devait abolir, comme on avait aboli les substitutions volontaires, cette espèce de substitution légale. Nous n'entrerons pas dans cette discussion ; peut-être, dans des idées de réaction contre l'ancien droit et l'ancien régime, a-t-on sur ce point été trop loin.

Quoi qu'il en soit, ce que nous avons tenu à bien montrer, c'est que cette division des biens en propres et en acquêts remonte au Droit germanique ; nous allons voir comment les principes de ce droit se perpétuent, quant à la transmission de la propriété dans la période féodale.

§ II. — *Droit féodal.*

Quand la domination des Francs fut solidement assise et qu'à la mort de Clovis le pouvoir royal tomba entre les mains débiles de ses fils, l'époque féodale commence. Mais le régime féodal

(1) L'article 732 du Code civil porte : « La loi ne considère ni la nature, ni l'origine des biens pour en régler la succession. » Signalons pourtant une exception dans l'article 747 : « Les ascendants succèdent à l'exclusion de tous aux autres choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession..... » Ce qui était déjà admis dans l'article 313 de la coutume de Paris et formait une exception à l'art. 312. Voir aussi art. 351, 352 et 766 C. civ.

ne fut pas l'œuvre d'un jour, ni d'un homme. Il se développa lentement pendant plusieurs siècles sous les Mérovingiens et sous les Carlovingiens. Il nous faut arriver à la fin du neuvième siècle, au moment où le démembrement de l'empire de Charlemagne est complet, pour voir la féodalité dans son entier épanouissement (1). La dissolution de

(1) Pour peindre cette époque, nous ne saurions mieux faire que de rappeler le tableau si vivant que M. Taine en a fait, dans son ouvrage sur les Origines de la France contemporaine. — « Chaque petit chef, dit-il, a planté solidement ses pieds dans le domaine qu'il occupe ou qu'il détient. Il ne l'a plus en prêt ou en usage, mais en propriété et en héritage. C'est sa manse, sa bourgade, sa comté, ce n'est plus celle du roi, il va combattre pour la défendre. A cet instant le bienfaiteur, le sauveur est l'homme qui sait se battre et défendre les autres, et tel est effectivement le caractère de la nouvelle classe qui s'établit. Dans la langue du temps le noble est l'homme de guerre, le soldat *(miles)*, et c'est lui qui pose la seconde assise de la société moderne. Au dixième siècle, peu importe son extraction... Les ancêtres de Robert le Fort sont inconnus et l'on contera plus tard que les Capétiens descendent d'un boucher de Paris. En tous cas, le noble alors, c'est le brave, l'homme fort et expert aux armes qui, à la tête d'une troupe au lieu de s'enfuir et de payer rançon, présente sa poitrine, tient ferme et protége par l'épée un coin du sol. Pour faire cet office, il n'a pas besoin d'ancêtres, il ne lui faut que du cœur, il est lui-même un ancêtre ; on est trop heureux du salut présent qu'il apporte pour le chicaner sur son titre.....

Il sommeille la main sur son arme. « En ce temps-là, dit la Chronique générale d'Espagne, les rois, comtes, nobles et autres chevaliers, afin d'être prêts à toute heure, tenaient leurs chevaux dans la salle où ils couchaient avec leurs femmes. » Grâce à ces braves, le paysan ose labourer, semer, espérer en sa récolte ; en cas de danger, il trouvera un asile pour lui, pour ses grains et pour ses bestiaux dans l'enclos de palissade au pied de la forteresse. Et en échange de cette garantie, il cultive les terres de son protecteur

l'Etat a suscité une génération militaire qui passe son temps à guerroyer, et le pays vit sous sa rude main gantée de fer. Aussi le mot de Stendhal est-il bien vrai : « Ne pas être tué, dit-il, et avoir l'hiver un bon habit de peau, tel était pour beaucoup de gens le suprême bonheur, au dixième siècle. »

On conçoit que dans des temps aussi troublés la circulation des biens fut difficile, et que d'autre part, lors de leur transmission, l'autorité du seigneur se fit sentir. Nous avons vu, dans le Droit germanique, soit pour l'*adfatomie*, soit pour la *festucatio*, la nécessité d'un ensaisinement public. Cet ensaisinement se retrouve sous le régime féodal; il est indispensable pour le transport de chacune des trois espèces de biens que nous avons distinguées. Posons donc ce principe général à tous : aucune mutation ne peut se faire sans le seigneur.

Fiefs. — Son consentement ne s'obtient pas gratis. On ne l'a que moyennant le paiement de cer-

et lui paie des redevances. C'est ainsi que le chef militaire du donjon établit peu à peu sur ceux qu'il protége ses droits féodaux... L'habitude, la nécessité, l'accumulation volontaire ou forcée font leur effet; à la fin, seigneurs, vilains, serfs et bourgeois, adaptés à leur condition, reliés par un intérêt commun font ensemble une société, un véritable corps. Pour que la petite patrie féodale devienne la grande patrie, il suffit maintenant que tous les seigneurs se réunissent entre les mains d'un seul seigneur et que le roi, chef des nobles, pose sur l'œuvre des nobles la troisième assise de la France. Taine, *Les origines de la France contemporaine*, tome 1; *L'Ancien régime*, pag. 9 et suiv.

tains droits, qui ont été l'origine de nos droits de mutation. La propriété se transmet-elle par succession? Un droit de *relief* est dû au seigneur, car la mort du vassal faisant tomber le fief, son successeur doit payer pour le *relever*. « Si le fils, quand il succédait à son père, ne pouvait pas payer le *relief*, le seigneur prenait une année du revenu des terres, une demi-année de celui des vignes et la moyenne d'un septième du revenu des bois, pendant sept ans (1). » Pourtant Beaumanoir nous dit que dans beaucoup de provinces on cessa bientôt de percevoir le droit de *relief* ou de *rachat* en ligne directe. Ce droit de *relief* s'applique aussi aux mutations entre-vifs à titre gratuit ou onéreux. Il est du *quint*, — 1/5 du prix, 20 0/0 — pour les successions ou les mutations entre-vifs à titre gratuit; il est, pour celles qui ont lieu à titre onéreux, du *requint*, — 1/5 du *quint*, — 4 0/0.

Au point de vue juridique, la saisine tombe toujours avec le propriétaire du fief pour revenir au seigneur. Il faut donc que celui qui doit être le nouveau propriétaire soit ensaisiné. Cet ensaisinement a lieu par la cérémonie de la *foi et hommage* au seigneur; dès lors, la proprieté est acquise avec la saisine.

Censives. — Les Censives sont soumises envers le seigneur à des redevances analogues à celles qui pèsent sur les fiefs. Le prix auquel on

(1) Louis IX, Ord. de 1235. c. 12. Ord., tom. I, p. 55.

obtient le consentement nécessaire ne s'appelle plus *quint*, mais droit de *lods et ventes*. Il est du douzième du prix, 8 0/0 environ. Certaines coutumes admettent également pour les censives le droit de relief, mais ce n'est là qu'un usage exceptionnel.

Comment a lieu l'ensaisinement dans la transmission des Censives? Il se fait par la double formalité du *devest* et du *vest*. Le vassal, devant le juge du seigneur, se déssaisit entre ses mains *per festucam aut ramum*; cette tradition symbolique constitue la cérémonie du *devest*. Puis, au moyen du même symbole, le juge, agissant toujours au nom du seigneur, transmet la propriété à l'acquéreur, ou pour mieux dire la saisine; c'est le *vest* ou investiture.

Alleux. — Enfin, pour les alleux, aucun droit de mutation n'est payé au seigneur, car ici son consentement n'est plus nécessaire à la transmission. Quant à l'ensaisinement, il se fait toujours devant le juge, mais le juge n'est plus que témoin, et c'est le vendeur qui transmet lui-même directement la propriété à l'acheteur. De cette simple formalité résulte la transmission de la saisine, et l'acquéreur est investi de tous les droits et actions relatifs au bien.

Nous venons de voir les différentes façons dont peut se faire l'ensaisinement public sous la période féodale; si la forme varie, sa nécessité n'en est pas moins indiscutable pour toute espèce de biens. L'ensaisinement est le seul mode reconnu par

la loi de transmettre la propriété et de constituer des droits réels. Celui qui reçoit une chose à juste titre n'en devient pas propriétaire par la tradition, il le devient par l'ensaisinement. Jusque-là, le vendeur qui a conservé la saisine peut la transmettre à un second acheteur qui est dès lors le véritable propriétaire.

Mais ce serait une grave erreur de croire que la saisine ne se peut transmettre que par l'ensaisinement judiciaire, le seul dont nous nous soyons jusqu'ici occupé. En dehors de cet ensaisinement public, nécessité chez les Germains par le caractère de leur propriété, nous trouvons la saisine légale opérant en vertu de la loi, comme son nom l'indique, et produisant les mêmes effets. Elle a lieu dans trois cas : 1° en matière de succession ; 2° de douaire ; 3° de bail, pour les biens dont le bailliste avait l'administration et la garde. Elle est fondée sur l'idée que le défunt a investi le vif, l'héritier, la femme, le bailliste, par l'ensaisinement judiciaire. Il y a enfin un troisième mode d'acquérir la saisine, par la possession d'an et jour, *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario ;* on l'appelait la vraie saisine.

De ces trois modes, notre droit actuel en a conservé deux. Mais comment se fait-il que, maintenant la saisine légale et la saisine d'an et jour, il ait supprimé précisément le mode de droit commun de l'époque féodale, l'ensaisinement judiciaire ? C'est ce que nous expliquera la suite de cette étude.

§ III. — *Droit coutumier.*

En arrivant à l'époque des coutumes, nous voyons disparaître l'ensaisinement judiciaire sous l'influence du Droit romain. Ce Droit, dont l'étude est enseignée à l'école de Bologne, s'est répandu par toute la France. Dans le Midi surtout, il a repris bientôt tout l'empire qu'il avait avant les invasions du cinquième siècle, et on se débarrasse vite des entraves de l'ensaisinement public pour en revenir à la simple tradition romaine. Dans la Bretagne, la Normandie et quelques autres pays du Nord, on reste, au contraire, fidèle aux anciens usages féodaux, car ces usages sont trop profondément entrés dans les mœurs pour que le Droit romain les puisse remplacer. Nous sommes donc amenés à faire une distinction entre ces pays, qu'on appelle *pays de nantissement*, et ceux où le Droit romain est adopté, qu'on désigne sous le nom de *pays de droit commun*. Nous allons nous occuper successivement des uns et des autres et rechercher comment la propriété est transmise dans chacun d'eux.

Pays de nantissement.

Ce furent les pays de Vermandois, de Picardie, d'Artois, de Flandre, de Hainaut et de Cambré-

sis. Ces pays conservèrent les anciens modes de transmission et la nécessité de l'investiture féodale, sous ses formes diverses de *vest* et *devest*, *de saisine-saisine*, *nantissement*, etc. En un mot, là fut toujours exigé un ensaisinement public; il fallut toujours faire intervenir soit le seigneur ou son représentant, soit, après qu'on lui eût enlevé le droit de juridiction, le bailli ou l'échevin, et employer une tradition solennelle, sinon, la propriété n'était pas transférée, et la convention n'avait produit qu'une obligation qui donnait, comme en Droit romain, une action à l'acheteur contre le vendeur (1).

Ces formalités gênantes présentaient un côté utile et pratique. Elles étaient constatées sur un registre public, et il y avait là un élément de publicité précieux, qui devait être la source de notre régime de la transcription. « La pensée matérialiste d'où était sorti ce système des devoirs de loi, dit M. Troplong, se prêta à un aperçu nouveau qui y était en germe, quoique très-obscurément. De la publicité créée à peu près uniquement dans l'intérêt du seigneur, on arriva à une publicité assurant la sécurité des tiers; on donna à la propriété des registres civils. » Voilà la vraie raison d'être de cette tradition solennelle, de cet ensaisinement public.

(1) « Celui qui vend sa tenure, mais qui en retient encore la saisine par devers lui, est encore sire de la chose, mais toutefois il peut être contraint à faire le werp et adhéritement de la chose. » (Bouteiller, *Somme rurale*, liv. I, chap. 67).

Mais comment dans ces pays s'opéra la transformation qui devait amener aux principes nouveaux de notre Code? On décida dans la pratique que pour ensaisiner l'acheteur, il n'était pas nécessaire de se rendre devant le juge, et dans les actes de juridiction volontaire on put se dessaisir et saisir devant notaire, pourvu que l'acte le constatat formellement (1). Cette constatation devint une clause de style, et c'est ainsi que dans les pays coutumiers on arriva à supprimer, sauf pour les donations, l'ensaisinement judiciaire. Nous verrons bientôt comment on obtint le même résultat dans les pays de droit commun, mais avant il nous reste à parler de deux provinces qui ne voulurent pas se joindre à la réaction contre le régime féodal et conservèrent leurs usages particuliers.

En Bretagne, pour la transmission de la propriété, on suivait un système appelé *système des appropriances*. Voici comment nous le décrit la coutume de ce pays : en exécution de la convention, l'acheteur se mettait d'abord en possession de l'immeuble, puis pendant trois dimanches consécutifs, au lieu de la situation de cet immeuble, à l'issue de la messe paroissiale, il faisait connaître son acquisition au moyen de trois proclamations ou *bannies* du contrat; après quoi il rapportait et certifiait lesdites bannies aux pro-

(1) D'après certaines coutumes, il suffisait que l'acte fût enregistré au greffe.

chains plaids généraux devant le juge du lieu. Les intéressés avaient encore dix jours pour faire opposition devant le tribunal. Passé ce délai, si aucune opposition ne s'était produite, l'acquéreur était bien alors propriétaire. Pour les choses de grande importance, c'était le Parlement de Bretagne qui déclarait l'*appropriance*. — Comme on voit, il y avait dans cette coutume un large élément de publicité.

Il en était de même dans la coutume de Normandie. Le contrat devait être lu à l'issue de la messe paroissiale; mais le but n'était pas ici complétement le même. Cette lecture faisait courir le délai pour exercer le retrait lignager, cet ancien souvenir de la copropriété germanique.

En résumé, nous voyons que, dans les pays où l'influence du Droit romain n'avait pas pénétré, un droit national s'était formé qui admettait, comme le droit classique romain, que la propriété ne s'acquiert pas comme les créances; mais nous constatons une tendance à éluder par des fictions l'application de cette règle et à faire résulter le transfert de la propriété des mêmes actes d'où résultent les obligations.

Pays de droit commun.

Dans tous les pays autres que les pays de Nantissement, les principes du droit féodal furent remplacés par ceux du Droit romain, quant à la

transmission de la propriété. Le Parlement de Paris se mit à la tête de la réaction et peu à peu, sous cette haute influence, se formèrent des légistes qui entreprirent de combattre les droits seigneuriaux.

On commença d'abord à admettre pour les alleux que «appréhension de fait équipolle à saisine.» C'était dire qu'après la tradition on n'avait pas besoin de recourir à l'ensaisinement et qu'on était par là même ensaisiné.

Ce progrès, fort naturel pour le bien allodial, franc de toute obligation vis-à-vis du seigneur, s'étendit peu à peu aux biens de tenure féodale, à mesure que les liens de la suzeraineté et du vasselage se relâchèrent, et lorsque le Parlement de Paris proclama le principe: «Ne prend saisine qui ne veut» le domaine éminent du seigneur n'exista plus. Sans doute, un tel changement ne se fit que par une évolution graduelle, dirigée par les légistes et les grands jurisconsultes de cette époque. Longtemps encore, pour les fiefs, on continua la tradition de la foi et hommage, le premier des devoirs féodaux. Mais l'usage, comme nous le dit Dumoulin, avait supprimé dans la cérémonie tout ce qui rappelait d'une manière trop frappante l'antique sujétion du vassal. «Il n'est plus tenu d'avoir un genou en terre, ni de mettre ses mains dans celles du seigneur» (1). Faute d'hommage dans le délai prescrit par la

(1) Dumoulin. *Traité des Fiefs*, § 2, gloss. 3, nº 14, 15.

coutume, le seigneur jouissait encore du droit de saisir le fief; mais les effets de la saisie féodale avaient été peu à peu adoucis. Le seigneur ne reprenait pas le fief; il percevait seulement les fruits jusqu'à l'hommage. C'est que le seigneur n'était plus un souverain qui réprimait un sujet rebelle, mais plutôt « un créancier qui exigeait un gage de son débiteur à cause de l'inexécution de la convention. « C'est ainsi que Dumoulin cherchait toujours à ramener le droit féodal au droit commun. L'assimilation du fief à cette propriété de droit commun devint presque complète. Brodeau le constate en ces termes : « Le fief, comme les biens roturiers, est patrimonial, héréditaire, réduit à la façon des autres biens qui sont dans les familles. Les femmes sont capables de les posséder: ils tombent dans la liberté du commerce (1). »

Il en fut de même pour les Censives. Les prérogatives du seigneur censier s'affaiblirent d'une manière plus complète encore, et les légistes trouvèrent une foule de moyens d'éluder l'obligation de payer les droits, tels que ceux de lods et ventes; ils dissimulèrent, à l'aide de fictions, la mutation aussi souvent qu'ils le purent faire (succession, partage, etc.). Le vassal ne fut pas obligé de payer pour les mutations qui ne rentraient pas dans la vente ou un contrat équipollent, et même dans ces espèces, Pothier décide qu'il n'est pas

(1) Brodeau, *Com. sur la Cout. de Paris*, art. 23, nº 8.

dû de *quint* pour la vente faite sous une condition qui a défailli, ni pour une vente rescindée; qu'il n'est dû qu'un seul droit pour plusieurs mutations provenant d'une seule vente. En un mot, on chercha toujours à restreindre les anciens droits, que Dumoulin allait jusqu'à qualifier d'« odieux. »

Aussi, nous pouvons désormais ne plus tenir compte de la distinction féodale des biens en fiefs, censives et alleux, pour suivre l'histoire de leur transmission, car la tradition réelle, suffisante pour l'alleu, l'est devenue de même pour toute sorte de biens. Ainsi : 1° la propriété a recouvré son unité; 2° la tradition réelle est son mode de transfert. Mais cette tradition réelle était le plus souvent impossible. On eût recours à des fictions pour tourner les difficultés, ce qui amena à admettre qu'une tradition réelle n'était pas nécessaire et qu'une tradition fictive produisait les mêmes effets.

Cette tradition nouvelle résulta de la clause de Constitut possessoire qu'on inséra dans les actes. Le vendeur, par exemple, se reconnaissait possesseur pour le compte de l'acheteur. On supposait que la chose avait été livrée à l'acheteur et que celui-ci en avait laissé la possession au vendeur. Il suffisait, pour transférer la propriété même à l'égard des tiers, d'insérer cette clause dans l'acte de vente. Exceptionnelle d'abord, elle passa peu à peu dans la pratique. « Lorsque le vendeur ou le donateur, dit M. Bugnet, déclarait par acte notarié qu'il se dessaisissait de la

chose vendue ou donnée, qu'il en saisissait l'acheteur ou le donataire, cette tradition qui tenait lieu de la tradition réelle transférait la propriété promise. Il est probable que cette clause devint de style et qu'on dut fréquemment rencontrer dans les actes la formule suivante : « *S'en est dessaisi et devêtu et en a saisi et vêtu ledit tel* (1) ». Mais il fallait, comme on le sait, que ces clauses, soit de désaisine-saisine, soit de constitut possessoire, fussent insérées dans un acte *notarié*. C'est même ce caractère, d'après Pothier, qui leur donne l'effet d'une tradition. « C'est de la solennité de l'acte, dit-il, et du caractère de l'officier public qui l'a reçu que cette clause a la vertu de passer pour une tradition qui équipolle à tradition de fait (2) ».

Par les modifications successives que nous venons d'indiquer, on s'était de bien près rapproché du principe que la propriété se transporte par le seul effet du consentement, mais on n'alla pourtant jamais jusqu'à l'admettre. A la tradition *réelle*, on substitua la tradition *fictive*, mais elle dut toujours être *expresse*.

Le maintien de la tradition, dans notre ancien droit, est dû à une double raison : au respect pour le souvenir du Droit romain classique, et au désir de satisfaire à la publicité.

Cependant, sur ce second point, nous devons

(2) Bugnet, sur Pothier, tome II, p. 71.
(2) Pothier, *Propriété*, nº 218.

reconnaître que les idées de publicité ne s'étaient que très-imparfaitement fait jour. Sans parler des Donations et des Substitutions, pour lesquelles l'Insinuation fut une formalité nécessaire à la validité même de l'opération juridique et non pas seulement à sa publicité, la tentative la plus sérieuse pour organiser largement le principe de la publicité fut faite par Colbert en 1673. Mais au lieu de chercher d'abord à l'établir pour les aliénations, il voulut commencer à l'appliquer aux hypothèques. Dans ces conditions, son projet devait échouer plus que tout autre, parce qu'il se heurtait non-seulement aux préjugés du temps, mais aux intérêts de la noblesse. La noblesse en effet, après s'être transportée à Versailles pour soutenir son rang et l'éclat de la cour de Louis XIV avait dû chercher du crédit; elle l'avait trouvé à la faveur de ses vastes domaines territoriaux. Mais que serait-il advenu si la publicité des hypothèques était venue mettre au jour vis-à-vis de ses nombreux créanciers l'état fâcheux de cette situation? La clandestinité de l'hypothèque était donc une nécessité pour la noblesse. Elle fit une opposition ardente, et Colbert échoua. Un édit de 1771 établit seulement la purge des hypothèques. — Ainsi tout, ou presque tout, restait à faire.

Avant de voir comment le droit intermédiaire a donné un développement considérable à ces idées de publicité et de pénétrer dans une période nouvelle, résumons-nous brièvement. Nous avons

montré, dans notre ancienne jurisprudence, d'une part que la convention *stricto sensu*, c'est-à-dire la volonté seule des parties, a désormais créé les obligations ; d'autre part, qu'il en a été tout autrement du droit de propriété, et que, soit dans les pays de nantissement, soit dans les pays de droit commun, la convention n'a jamais suffi à la transporter. Ainsi la séparation du Droit romain classique s'est maintenue dans notre ancien Droit français. Il nous reste à montrer comment elle a disparu dans le droit moderne.

DROIT INTERMÉDIAIRE

Le premier acte de la Révolution française devait être de faire disparaître les traces de l'inégalité des conditions que nous avait léguée le système féodal. Dans la fameuse nuit du 4 août 1789, la noblesse fit l'abandon spontané de tous ses droits.

Cet événement eut, dans notre matière, une importance capitale; car il abolit, avec tout ce qui rappelait la sujétion féodale, les justices seigneuriales. Comment la justice allait-elle être désormais rendue dans les pays de nantissement? Quels principes allait-on adopter en matière de transmission de la propriété? Devait-on laisser perdre l'élément de publicité que ces pays semblaient vouloir transmettre à notre droit moderne?

Le législateur sut le conserver et la loi du 27 septembre 1790; en organisant des tribunaux de

district dans les pays de nantissement, déclara que toutes les formalités qui tiennent au nantissement féodal et censuel étaient abolies, mais qu'il faudrait désormais, pour consommer les aliénations et les constitutions d'hypothèque, la transcription des grosses des contrats d'aliénations ou d'hypothèques au greffe des dits tribunaux.

Remarquons qu'on donna à la transcription, dont le nom apparaissait pour la première fois dans la loi, les effets du nantissement. Elle ne fut pas ce qu'elle devait être plus tard, le moyen de constater la transmission de la propriété, elle fut son mode même de transport : jusqu'à la transcription, la propriété n'est pas transférée. Ainsi le nantissement est remplacé par la transcription; mais la transcription a les mêmes caractères.

La loi du 27 septembre 1790 ne s'appliquait, sur les points que nous venons d'indiquer, qu'aux pays de nantissement. Mais le régime de la publicité s'imposait trop aux économistes de l'époque pour qu'on ne voulût pas l'étendre bientôt à la France entière.

La loi de Messidor an III établit pour tout le pays la publicité des hypothèques et créa les Conservateurs; elle eut au moins ce résultat important et plus durable que le système général, qu'elle esseya d'organiser. Ce système, nous n'en dirons qu'un mot. Réagissant contre les entraves qui gênaient le déplacement de la propriété, on voulut en faciliter la circulation, et la

mobiliser en quelque sorte; on tenta d'en faire une monnaie courante, au moyen des *cédules hypothécaires* : — le propriétaire d'un immeuble établissait sa valeur devant le conservateur des hypothèques et prenait hypothèque sur lui-même dans certaines conditions déterminées. Ce billet qu'il souscrivait, et qui s'appelait *cédule hypothécaire,* était transmissible par la voie de l'endossement à ordre et formait un titre exécutoire (1). — Cette tentative hardie ne reçut jamais la consécration de la pratique, et il nous faut arriver à la grande loi du 11 brumaire an VII pour trouver une réforme législative vraiment durable.

Loi du 11 Brumaire an VII.

L'étude de cette loi rentre doublement dans notre sujet, d'abord en ce qu'elle nous montre comment on a satisfait à ce second intérêt, si important en matière de transmission de propriété, l'intérêt des tiers, ensuite et surtout à cause de cette grave question, fort controversée, de savoir si elle a maintenu ou non la nécessité de la tradition entre les parties.

La loi du 11 brumaire an VII a pour but d'organiser le régime hypothécaire. — Mais pour rendre utile la publicité des hypothèques, il était

(1) Une loi de 1872 organise en Allemagne un système de mobilisation analogue de la propriété.

indispensable d'obtenir celle des mutations de propriété. Suffit-il, en effet, d'être certain que l'hypothèque qu'on a reçue est dans un bon rang? Ne faut-il pas aussi — et avant tout — savoir si elle est valablement consentie, si on la tient du véritable propriétaire?

Comme nous l'avons vu, la loi du 27 septembre 1790 avait maintenu, par la transcription, la publicité de la transmission de la propriété dans les pays de nantissement. La loi de brumaire étendit cette publicité à toute la France. Seulement la transcription, comme nous l'observerons bientôt, n'eut plus la même nature. Constatons, d'ores et déjà, qu'au lieu de se faire aux greffes des tribunaux de district, elle se fit désormais aux bureaux des Conservateurs des hypothèques, qu'avait créés la loi de messidor an III.

Ainsi le grand principe de la transcription est établi pour toute la France; mais, comme le législateur n'avait en vue que la publicité des hypothèques, il soumit seulement à la transcription les actes translatifs de biens ou de droits susceptibles d'hypothèques (1). Plusieurs droits réels furent ainsi en dehors de ces dispositions; il y avait là une grande lacune que la loi du 23 mars 1855 devait chercher à combler. Quoi qu'il en soit, signalons la différence bien tranchée qui existe entre la transcription établie par

(1) L'article 6 déclare susceptible d'hypothèques : 1° les biens territoriaux et leurs accessoires inhérents; 2° l'usufruit ainsi que l'emphytéose des mêmes biens.

la loi de brumaire et celle de 1790. — Cette dernière est indispensable, tant au point de vue des parties elles-mêmes qu'au point de vue des tiers ; c'est une formalité nécessaire à la transmission même de la propriété. — Dans la loi de brumaire, aucontraire, la transcription n'est plus un mode de transporter la propriété ; elle n'est nécessaire, ni entre les parties — la chose est là indiscutable — ni même vis-à-vis des tiers, en ce sens qu'entre deux personnes ayant contracté avec le vendeur et n'ayant fait transcrire leur titre ni l'une ni l'autre, l'une d'elles — celle dont l'acte a le premier date certaine — est préférée. Que fait la loi ? Elle se contente d'exposer à l'acquéreur les dangers qu'il encourt en ne faisant pas la transcription (art. 26) ; jusqu'à la transcription, les actes ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente, c'est-à-dire faire transcrire son titre ou inscrire son hypothèque. Ainsi, en résumé, la loi de brumaire a nettement distingué les rapports des parties entre elles et les rapports des parties avec les tiers ; à ce second point de vue, elle déclare que la transcription est nécessaire pour rendre l'aliénation *opposable*. On voit par là toute la différence de cette loi et de la loi de 1790.

Mais cette loi ne s'est-elle occupée que des rapports des parties avec les tiers ? C'est la seconde question que nous avons à examiner.

Nous nous trouvons en présence de deux opi-

nions : l'une qui soutient que la loi n'a pas envisagé la question au point de vue des parties, que la transmission, en ce qui les concerne, reste donc soumise aux mêmes formalités, et qu'il faut toujours la tradition de notre ancien droit; l'autre qui prétend que la tradition n'est pas nécessaire et que le simple consentement des parties suffit.

On dit, dans la première opinion, que, si la tradition n'est plus nécessaire, on se trouve en présence de deux modes différents de transférer les droits réels, car en admettant qu'on ait porté atteinte à l'ancien système, ce n'est évidemment que pour les transmissions sujettes à transcription. Or, nous avons vu qu'il est toute une catégorie de droits réels qui, n'étant pas susceptibles d'hypothèque, ne tombent pas sous le coup de cette loi. Tous ces droits resteraient soumis aux anciennes règles, tandis que ceux dont parle la loi de brumaire seraient seuls transmis par l'effet du simple consentement. Il y aurait donc deux modes distincts de transmission. Le législateur a-t-il pu vouloir consacrer une pareille anomalie? On ajoute que la loi de messidor an III, pleine de tentatives aventureuses, laissa pourtant subsister en cette question les anciens principes, et on conclut que la loi de brumaire n'aurait pas fait dans le droit une telle révolution sans l'énoncer formellement.

Les partisans de la seconde opinion prétendent que c'est là méconnaître les progrès du droit;

que le principe du transfert de la propriété par le seul effet du consentement était si bien adopté en théorie, qu'il était depuis longtemps passé sans consécration formelle dans la pratique, et qu'il est entré de même dans la loi. Si le législateur n'a pas cru nécessaire de s'en expliquer, c'est qu'il acceptait une idée admise et reconnue. On invoque l'opinion du représentant Crassous, adoptée par le conseil des Cinq-Cents : « La mutation en ce qui concerne le vendeur et » l'acheteur est parfaite par leur consentement » mutuel; mais d'autres peuvent avoir intérêt à » la connaître. » Que peut-on désirer de plus formel?

A coup sûr, dans l'une et l'autre opinion, les arguments sont puissants, et si, à notre avis, sous l'empire du Code, le doute n'est pas possible sur la question presque analogue qui se pose, ici l'hésitation est des plus naturelles. Nous sommes pourtant enclins à penser que le législateur imbu des idées nouvelles a dû supprimer la formalité de la tradition : la Révolution avait donné au développement des principes philosophiques une impulsion immense, et les esprits étaient ainsi disposés à accueillir cette idée du droit pur que la propriété se transfère par le seul effet du consentement. Nous allons voir en tous cas que ce principe a été nettement adopté dans le Code civil.

CODE CIVIL

Nous avons suivi à travers les temps les progrès de cette idée du droit naturel que la volonté pure de l'homme doit tirer toute sa force d'elle-même, « suffire à se faire respecter par cela seul qu'elle émane d'un individu libre, » comme le dit M. Troplong. Notre Code civil a consacré ces grands principes philosophiques du droit pur, et il en offre tous les développements appliqués aux intérêts privés. Sans doute, l'influence des anciennes théories, l'imperfection de quelques détails, l'incorrection de la forme ont laissé pénétrer dans l'œuvre de fâcheuses contradictions; mais, l'idée de nos législateurs, quant à la matière qui nous occupe, se dégage, malgré tout, très-nettement du rapprochement de quelques articles, et nous verrons que le simple consentement des parties peut désormais transférer la propriété.

Nous aurons alors, après avoir établi ce principe, trouvé un mode de formation commun à la

propriété et aux droits de créance : la convention, qui est ce mode, et l'émanation la plus pure du droit naturel, fermera le cycle que nous avons tenté de parcourir. Nous serons bien loin du mode commun que nous avions rencontré au début de ce travail, de cette mancipation si solennelle ! Jamais il n'aura été plus facile et plus intéressant que dans cette matière de constater les progrès d'une législation, atteignant, au point de vue philosophique, sa plus haute perfection ; et c'est ce qui nous a paru donner à ce sujet une partie de son intérêt, peut-être quelque originalité.

Remarquons que, dans notre droit actuel, notre travail, si je puis ainsi dire, change de face. Quelle a été, en effet, notre étude dans le Droit romain ? Elle a consisté à rechercher toutes les exceptions à la règle posée dans le texte célèbre d'Ulpien : *traditionibus et usucapionibus non nudis pactis dominia transferuntur*, tous les cas où les droits réels et les droits de créance ont été soumis à des modes communs de transmission. Quel va être ici notre but ? Ce qui était à Rome l'exception est devenu maintenant la règle. Le principe sera que tous les droits, soit réels, soit de créance, se créent par un mode commun : la simple convention. Nous aurons donc à établir nettement le principe, puis, à l'inverse de ce que nous avons fait en Droit romain, à indiquer brièvement les mesures prises pour que la propriété ou les créances ne soient pas transférées, sans publicité, à l'égard des tiers.

S'il faut en croire ce que nous venons d'affirmer, la distinction des droits réels et des droits de créance semblerait avoir disparu dans notre droit moderne, en ce qui touche la manière de les créer; et la raison pure serait satisfaite, d'après les considérations générales que nous avons exposées au commencement de ce travail. Mais nous avons ajouté que, dans la pratique, la division était nécessaire; car, le transport d'un droit réel, par sa nature même opposable à tous, requiert pour la sécurité générale un élément particulier, la publicité. Nous verrons comment le Code a su concilier ces deux intérêts inséparables dans une société, celui des parties et celui des tiers.

Notre étude se divisera en quatre chapitres : dans le premier, nous rechercherons quand et de quelle manière la propriété est transportée dans une convention pure et simple ou à terme; dans le second, quand et de quelle manière la propriété est transportée dans une convention conditionnelle; dans un troisième, nous verrons quelles sont les précautions qui ont été prises en faveur des tiers; enfin, dans un quatrième et dernier chapitre, sortant des limites de notre pays, nous ferons une excursion rapide dans le Droit des autres nations.

CHAPITRE I.

DU TRANSPORT DE LA PROPRIÉTÉ DANS LES CONVENTIONS PURES ET SIMPLES OU A TERME.

Le Code n'a pas proclamé dans un article formel le principe de la transmission de la propriété par le simple consentement. Mais ce principe se dégage des quatre articles 711, 938, 1138 et 1583. Nous allons, par la discussion de chacun de ces articles, chercher à établir les deux points suivants : 1° que le Code n'a pas maintenu la nécessité de la tradition réelle ; 2° que son esprit n'exige même pas la fiction d'une tradition sous-entendue.

SECTION I.

LE CODE N'A PAS MAINTENU LA NÉCESSITÉ DE LA TRADITION RÉELLE.

Art. 711. — L'article 711 porte : « La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire et par l'effet des obligations. »

Prenons dans cet article ce qui concerne notre matière, « la propriété des biens s'acquiert et se transmet par l'effet des obligations. » Cette proposition contient une erreur de texte que nous devons

d'abord signaler, et que tout le monde, d'ailleurs, est d'accord pour reconnaitre. Ce n'est pas par l'effet des obligations que la propriété est transférée, c'est par l'effet des conventions. Il y a eu confusion entre l'effet et la cause : la convention fait naître l'obligation. Seulement, dans le Code, l'effet direct et immédiat de la convention n'est pas seulement la création des obligations, mais aussi la translation de la propriété; en d'autres termes, la convention ayant pour objet de constituer les droits réels est désormais aussi efficace que l'était dans notre ancien droit et dans le droit romain la convention ayant pour objet de former des droits de créance. Lorsqu'un vendeur promet la propriété d'un corps certain qui lui appartient, l'acheteur devient à la fois créancier et propriétaire. En vertu de sa créance, il peut exiger la tradition; c'est là l'effet de l'obligation que la convention a formée; elle consiste uniquement dans la faculté pour le créancier d'user de moyens de coercition contre son débiteur. Mais la tradition n'opèrera pas la mutation de la propriété qui a été faite directement et qui a été un des effets de la convention. C'est donc par une fausse terminologie que le Code attribue à l'effet de l'obligation le transfert de la propriété; il faut dire « par l'effet des conventions. »

Cette observation faite, le texte de l'art. 711 semble-t-il laisser place à quelque doute et ne formule-t-il pas très-nettement l'idée des rédacteurs du Code ? L'article nous dit d'abord que la pro-

priété s'acquiert et se transmet « par succession » ; et nous savons que, par succession, la propriété se transmet de plein droit (1); puis « par donations entre-vifs ou testamentaires » ; et par donation la propriété ne se transmet-elle pas aussi de plein droit (2) ? Enfin, le Code ajoute : « par l'effet des obligations ». Peut-on douter que, mettant la convention sur le même rang que la succession et que la donation, il ne veuille pas lui faire produire les mêmes effets ? La convention, en tant qu'elle sera parfaite comme telle, transmettra elle aussi de plein droit la propriété, sans qu'il soit besoin d'aucune tradition. Voilà ce qui ressort du texte et de l'esprit de cet article. Aussi n'est-ce pas un de ceux qui laissaient place à la critique. Sa netteté la rendait impossible. Passons donc immédiatement aux articles qui ont mieux servi à l'argumentation de nos adversaires.

Art. 938. — L'article 938, au sujet des donations, est ainsi conçu :

« La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties, et la propriété des objets donnés sera transférée au

(1) Art. 724. — « Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession. Les enfants naturels, l'époux survivant et l'Etat doivent se faire envoyer en possession par justice dans les formes qui seront déterminées. »

(2) Art. 938. — Voir ci-après la discussion de cet article.

donataire sans qu'il soit besoin d'autre tradition.»

Ces derniers mots « autre tradition » ont été un des arguments de l'opinion adverse. Puisque le Code, dit-on, déclare ici qu'il n'est besoin « d'autre tradition » , c'est donc que la tradition est maintenue, qu'elle existe en principe, que c'est la règle, règle à laquelle les rédacteurs du Code déclarent formellement faire une exception par l'article 938 !

Nous répondrons, en premier lieu, que ces mots « autre tradition » sont illogiques, puisqu'il n'a été parlé dans l'article d'aucune tradition. On pourrait donc, d'ores et déjà, déduire de là qu'ils sont une inconséquence de la part de nos législateurs ; mais nous pensons pouvoir l'établir incontestablement par une explication historique de l'article. Sans perdre de vue le but que nous poursuivons, le principe que nous voulons établir, et qui se déduit de différents articles disséminés dans le Code, il faut toujours et tout d'abord considérer la matière où se trouve l'article que nous discutons. Nous sommes ici dans le chapitre des Donations, matière spéciale s'il en fut, et de tout temps soumise à des règles particulières, exceptionnelles.

En Droit romain et dans notre ancien droit français, la tradition fut toujours nécessaire pour transporter la propriété de la chose donnée. Bien plus, ne le fut-elle pas pour la perfection même de la donation? Ne voyons-nous pas, à Rome,

au temps classique, la loi Cincia (550 de Rome) exiger pour la validité des donations dépassant un certain taux le plein dessaisissement du donateur et lui donner, s'il conserve la chose, une exception, *exceptio legis Cinciæ*, pour repousser les prétentions du donataire? Et quand la loi Cincia fut tombée en désuétude, une théorie nouvelle la remplaça. Ce fut l'Insinuation, c'est-à-dire la copie de l'acte de donation sur un registre spécial, formalité nécessaire pour que la donation fût valable; de plus, les Constitutions impériales exigèrent que la tradition fût faite, dans ce cas, en présence de témoins; c'était donc une tradition spéciale aux donations. Ce ne fut que sous Justinien, par la loi XXXV, § 5, C. *De donationibus*, que la simple convention de donation devint valable par elle-même, en ce sens qu'elle obligeait à elle seule le donateur à faire tradition. Aussi pouvons-nous dire qu'en Droit romain la donation fut toujours soumise à des règles spéciales.

N'en fut-il pas de même dans notre ancien Droit français? Voyons d'abord ce qui concerne la tradition. Nous devons faire remarquer que notre droit, n'ayant pas admis la distinction romaine des contrats et des pactes, ayant donné à toute convention la force de produire obligation, il semblerait que la donation dût être parfaite, selon l'expression romaine, par une simple convention et sans qu'il fût nécessaire de faire aucune tradition, Or, si par rapport au donateur

la nécessité de la tradition n'est pas généralement requise, nous verrons, au contraire, qu'elle l'est par rapport aux héritiers du donateur.

Par rapport au donateur, la plupart des coutumes décident que le défaut de tradition ne peut être allégué, et la coutume de Paris, après avoir établi dans l'article 273, la maxime « donner et retenir ne vaut, » décide dans l'article 274 que c'est « donner et retenir» « quand le donateur demeure en possession jusqu'au jour de son décès; » ce qui implicitement signifie bien que la donation est valable à son égard tant qu'il vit.

Pourtant la maxime « donner et retenir ne vaut, » n'avait point partout été interprétée ainsi. Les coutumes de la Flandre flamande l'interprétaient dans le sens d'un désaisissement complet, d'une tradition, et le Parlement de Douai répondant au chancelier d'Aguesseau, disait : « On suit à la rigueur dans toute la Flandre flamande la maxime « donner et retenir ne vaut, » nulle donation ne peut valoir comme donation entre-vifs, si le donateur ne se déssaisit actuellement des biens donnés, et n'en fait la tradition par déshéritance et adhéritance par devant les juges compétents de la situation. De là il résulte que, de quelque formule qu'une donation soit revêtue, elle ne produit aucune action contre le donateur s'il est demeuré en possession des biens donnés, et que la seule stipulation de la rétention d'usufruit n'opère pas la tradition, si la propriété n'est solennellement transmise par les œuvres de

la loi, c'est-à-dire par la saisine et dessaisine faite par devant les juges compétents. » Ainsi dans ces pays, la tradition est toujours réputée nécessaire pour la validité intrinsèque de la donation.

L'ordonnance de 1731 en exigeant, lorsqu'il y a dans une donation entre-vifs des effets mobiliers dont il n'est pas fait de tradition réelle, un état ou inventaire de ces objets légués par les parties et annexé à la minute de l'acte, vint ajouter une formalité nouvelle dans cette matière; et sur ce point, le Code a reproduit en partie l'ordonnance de 1721 (art. 948).

Quoi qu'il en soit, si nous considérons maintenant ce qui a lieu par rapport aux héritiers du donateur, nous devons distinguer dans nos coutumes. Il est presque inutile de dire que dans celles où la tradition était nécessaire pour rendre la donation obligatoire vis-à-vis du donateur, elle l'était vis-à-vis de ses héritiers. Nous ne parlerons pas des pays de droit écrit qui avaient adopté les innovations de Justinien et n'exigeaient aucune tradition solennelle pour la validité de la donation; mais voyons ce qui se passait dans les autres pays coutumiers.

L'ordonnance de 1731 avait réglé la question pour les meubles, nous n'avons donc à nous occuper que des immeubles.

En citant tout à l'heure la coutume de Paris, nous avons montré que la donation, quoique obligatoire contre le donateur, ne produit aucun

effet contre ses héritiers, lorsqu'il n'a été fait de son vivant, ni tradition réelle, ni tradition feinte des objets donnés. Il faut donc dépossession avant la mort du donateur. Et ce n'est pas seulement la coutume de Paris qui décide ainsi, ce sont celles d'Orléans, de Châlons, de Blois, etc... D'autres coutumes vont plus loin encore : elles interdisent au donateur de se réserver l'usufruit de la chose donnée. La coutume de Lorraine (1) porte, en effet, que les donations des propres ou acquêts faites autrement que par contrat de mariage sont nulles lorsque le donateur retient l'usufruit : « il faut, dit-elle, que le donataire soit réellement et de fait jouissant de la chose donnée à peine de la nullité de la donation. » Et la coutume de la Marche (2) veut qu'il en soit de même pour les donations universelles : « celui qui est de franche condition, qui n'a enfans descendants ne lui peut donner à aucun des parents de quelque côté qu'il soit tous ses propres héritages ou partie d'iceux par donation entre-vifs, posé qu'il ait autres plus proches parents que ceux à qui il fait telle donation, pourvu qu'il y ait bail de possession réel et actuel, si la donation est faite *per modum quotæ*. »

Dans les coutumes des pays de nantissement, la tradition est nécessaire pour la validité intrinsèque des donations entre-vifs. En effet, comme

(1) Cout. de Lorraine, tit. 10, art. 3.
(2) Cout. de la Marche, art. 309.

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE I UNIVERSITAIRE

nous l'avons exposé dans notre étude de l'ancien Droit, ces pays n'admettent les transmissions de propriété que par les Devoirs de loi, il faut donc pour la perfection de l'acte une tradition opérée par dessaisine-saisine, vest et devest, etc... Quelques-unes, comme celle de Vermandois, admettent que la jouissance de dix ans équipolle à la formalité du nantissement, d'autres, comme celle de Senlis, que la possession réelle peut suppléer à la dessaisine-saisine, mais toutes s'accordent à reconnaître que l'omission de la formalité ou de ce qui, d'après chacune d'elles, en tient lieu, enlève tout l'effet de la donation vis-à-vis de l'héritier du donateur. Il faut donc une tradition et une tradition faite selon les usages de ces pays, dans une forme toute solennelle.

Si nous ajoutons maintenant, qu'il faut, en matière de donation, dans tous les pays, qu'ils exigent ou non la tradition, une autre formalité, celle de l'Insinuation créée par François Ier, réglementée par l'ordonnance de Moulins et la célèbre ordonnance de 1731; si nous ajoutons de plus, qu'à partir de la loi du 11 brumaire an VII, les donations ont été assujetties non-seulement à l'Insinuation, mais à la Transcription (1), nous aurons suffisamment montré, sans qu'il soit nécessaire d'insister davantage, que cette matière

(1) Le Code a supprimé l'Insinuation, mais maintenu la transcription, art. 939, 940, 941, 942.

TOULOUSE I UNIVERSITAIRE

a toujours été soumise à des règles toutes particulières.

Nous nous sommes surtout étendus sur la nécessité de la tradition dans une grande partie du pays pour la perfection intrinsèque de la donation, car il y a là toute l'explication des mots énigmatiques de l'article 938. En effet, les rédacteurs du Code, tous praticiens, qui connaissaient, qui avaient enseigné notre ancien droit français, devaient, malgré eux, être préoccupés ici par les souvenirs des formalités nécessaires autrefois à la donation, par cette idée de la tradition surtout dont notre vieille jurisprudence n'avait jamais su se débarrasser, dont elle était si profondément imbue. Et alors, parlant plutôt à leurs contemporains, au passé, qu'aux générations futures et à l'avenir, ils disaient : « La donation dûment acceptée sera parfaite par le consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire sans qu'il soit besoin *d'autre tradition.* »

Nous verrons dans la suite comment ils arrivèrent peu à peu à se détacher de ces influences. Il est curieux de suivre en parcourant le Code les changements qui se font, je ne dirai pas dans la pensée de ses rédacteurs, mais dans l'expression de cette pensée. Il y a, entre les divers articles qui vont proclamer le même principe, une gradation évidente. Ici, au début de l'œuvre ou plutôt aux premières étapes, nous trouvons encore une certaine timidité dans le texte. On s'effraie de

rompre trop ouvertement avec le passé, et on laisse dans l'expression comme un trait qui y lie encore. Mais, dans l'article 1138, le principe se dégagera mieux, bien qu'il soit encore entouré d'une certaine obscurité, et dans l'article 1583, les rédacteurs du Code parleront avec une netteté indiscutable. C'est qu'ils se seront peu à peu habitués à l'idée des innovations, que réclame l'esprit public et détachés de l'ancienne routine. Leur éducation juridique commencée sous d'autres lois, se sera complétée sous la loi qu'ils font et que leur dictent les mœurs nouvelles. Il ne sera plus question « d'autre tradition » et on dira que la propriété est acquise « de droit » par la simple convention.

Après avoir tenté d'expliquer les derniers mots de l'article 938, constatons l'idée formelle qu'il exprime, c'est que la propriété se transfère par le seul consentement en matière de donation.

Si nous passons au titre des contrats, voici ce que porte l'article 1138 :

« L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée ; encore que la tradition n'en ait pas été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier. »

Et au titre de la vente, l'article 1583 est ainsi conçu :

« Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. »

En présence de ces textes, on se demande comment on a vraiment pu soutenir qu'une tradition réelle fût encore nécessaire pour transporter la propriété. Ce n'est pas à vrai dire sur ces articles si formels et qu'on n'a guère osé discuter, que les partisans de l'opinion adverse se sont appuyés. A ces textes ils ont opposé d'autres textes. Nous allons les suivre sur ce terrain, et chercher si les articles, dont ils argumentent, sont en contradiction avec les articles 711, 938, 1138, 1583.

On cite d'abord l'article 1238 qui porte que « pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement et capable d'aliéner, » d'où on conclut, que la convention de donner n'est pas translative de propriété, puisqu'il faut que le débiteur soit propriétaire au moment du paiement, ce qui ne pourrait être s'il avait perdu la propriété dès le contrat. Cette argumentation est spécieuse; mais n'y peut-on pas répondre en disant que l'article 1238 s'applique au cas de paiement fait par le débiteur en vertu d'une convention qui ne suffit pas à elle seule pour transporter la propriété? Par exemple, lorsque la convention porte sur une chose indéterminée, comme des sommes d'argent ou des quantités, ou bien encore lorsqu'il y a eu promesse d'un corps certain

appartenant à autrui? C'est dans ces différentes hypothèses que l'article 1238 trouve son application. Voilà sa raison d'être. Mais nous ne saurions jamais admettre qu'il ait un sens général et absolu! C'est un article qui ne contredit en rien la théorie du Code, laquelle, nous le répétons, ne s'applique qu'aux corps certains; car toutes les fois qu'il s'agit d'une quantité, la propriété n'est transportée qu'au moment où l'objet est déterminé, individualisé d'une manière quelconque.

On donne précisément le nom de tradition à toutes les manières dont l'objet peut ainsi passer de l'état d'objet certain à l'état de corps certain. Les rédacteurs du Code ne pouvaient pas avoir la prétention, puisque ce serait contraire à la nature des choses, de vouloir que la propriété fût dans ces cas transportée par la simple convention; mais ils attachaient si peu d'importance — bien à tort du reste, ce nous semble — à toutes ces hypothèses où l'objet du contrat n'est pas un corps certain qu'ils ont négligé d'énumérer la tradition parmi les modes d'acquisition de la propriété dans les articles 711 et suivants. Nous ne devons pas commettre le même oubli, et nous reconnaissons, que dans les cas prévus par l'article 1238, la propriété passera du débiteur au créancier par l'effet de la tradition, attendu qu'il s'agit de conventions qui n'ont pas pour objet des corps certains.

Si on voulait, malgré tout, appliquer l'art. 1238 même au cas où l'objet est un corps certain « une

chose, » comme dit le texte, notre théorie ne serait pas atteinte. Il nous suffirait de faire remarquer que le mot « payer » est pris ici dans son sens général de « acquitter une obligation. » Or, celui qui promet la propriété d'un corps certain, paie en même temps qu'il promet, c'est-à-dire rend l'acquéreur propriétaire à une condition toutefois, c'est qu'il soit lui-même propriétaire ; si donc il ne l'est pas, il n'a pas « payé valablement, » pour employer les expressions de l'article, il n'a acquitté son obligation qu'en apparence, puisque l'acheteur n'a pas pu devenir propriétaire par l'effet de la convention !

L'article 1303 est encore un de ceux qu'on nous oppose. Cet article est ainsi conçu : « Lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier. »

Comment peut-il se faire, dit-on, qu'il y ait lieu à une cession d'actions ? N'appartiendraient-elles pas au créancier si la convention de donner avait dépouillé le débiteur ?

Cette objection est puissante comme critique de l'article. Il énonce en effet une règle qui trouve difficilement son application sous le Code. « Les droits et actions en indemnités, disent très-justement MM. Aubry et Rau, appartiennent de plein droit au créancier lorsque l'obligation de livrer se rattache à un titre translatif de droit réel,

puisqu'alors le créancier est investi du droit réel (art. 1138); que si l'obligation de livrer découle d'une convention constitutive seulement d'un droit personnel, la perte de la chose, arrivée par la faute d'un tiers, donne au créancier, en son propre nom et dans la mesure de son droit, une action en indemnité fondée sur l'art. 1382 » (1). Ce n'est pas moins dans cette seconde hypothèse que notre article est applicable.

On argumente aussi de l'article 1867, qui dit : « Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés. »

Donc la promesse n'a pas suffi à transmettre la propriété, et il aurait fallu une tradition !

Nous trouvons ici, comme dans l'article précédent, une trace des anciens principes, selon lesquels le contrat ne produisait que des obligations et n'opérait pas le transport de la propriété. Les rédacteurs du Code innovaient sur ce point, et d'autre part ils suivaient pour guide, dans la matière des obligations, Pothier, qui avait écrit sous l'empire d'autres théories; comment s'étonner que de légères traces en aient subsisté dans leur œuvre ? Au fond, que signifie l'article 1867 ? Il établit une distinction sur l'effet de la perte d'une chose mise en commun : ou bien la perte arrive

(1) Aubry et Rau, IV, § 331, nº 5.

avant l'époque où cette chose devait entrer effectivement dans la société, ou bien la perte arrive après. Au premier cas, il y a dissolution de la société; au second cas, elle continue. C'est une interprétation de la volonté des parties. La question de propriété est ici secondaire; qu'importe en effet que la société soit devenue propriétaire de la chose par le contrat, si elle n'en jouit pas? En fait, la chose n'est pas encore dans la société, elle n'est pour elle qu'une espérance. L'associé avait dit : cette chose entrera dans la société dans deux ans; jusqu'alors, je la garde pour moi et j'en profiterai seul. N'est-il pas vrai qu'elle est simplement attendue par les autres associés quoique, au point de vue du droit, on puisse dire qu'ils en sont déjà devenus co-propriétaires ?

A cette explication, nous en ajouterons une autre, qui nous permettra d'indiquer un point sur lequel, d'après nous, il ne doit pas y avoir de doute. De ce que la simple convention suffit pour transporter la propriété des corps certains, nous n'entendons pas tirer cette conclusion que ce transport de propriété s'impose aux parties. Nous savons qu'aux termes de l'article 1134, les conventions doivent être respectées, et demeurer libres toutes les fois que l'ordre public n'est pas intéressé. Or, ne lui est-il pas indifférent que la propriété soit transportée par l'effet de la convention ou que ce transport soit retardé jusqu'à la tradition? Les articles 711, 1138 et 1583 se sont fondés

sur l'intention présumée et habituelle des parties : l'une s'engage à transporter *hic et nunc* la propriété, l'autre veut l'acquérir de même, la loi sanctionne leur volonté, en leur disant : vous n'aurez pas besoin d'autre chose, aucune tradition ne sera nécessaire pour que la propriété passe de l'un à l'autre. Mais si les parties avaient dit : la propriété ne passera de l'aliénateur à l'acquéreur qu'à tel moment ou que par la tradition, aucune raison n'autorise à dire que, malgré cette volonté, la propriété serait immédiatement transférée.

Si cette observation, qui est générale, quoique nous ne la présentions qu'incidemment, à cause de son évidence même, est fondée, on peut expliquer l'article 1867 en supposant que telle a été justement l'intention des parties : l'associé, comme dit le texte, a promis de mettre sa chose en commun, mais il ne l'a pas mise encore, il a réservé tout à la fois son droit de propriété et sa jouissance jusqu'au moment de l'apport de la chose : il s'en est simplement constitué débiteur ; il n'est donc pas nécessaire d'admettre, en matière de société, une exception unique à un principe général.

La théorie de nos adversaires consiste, comme on le voit, à faire de ce qui ne pourrait être en tout cas qu'une exception la règle, et de la règle l'exception. Mais pour renverser le système si bien lié qui est écrit dans les articles 711, 938, 1138, 1583, les articles 1231, 1303, 1867, fussent-

ils inconciliables avec lui, suffiraient-ils? La place que les uns et les autres occupent dans le Code ne nous montrerait-elle pas ceux qui contiennent les vrais principes? Nous nous sommes efforcés de prouver que les articles dont on argumente ne sont même pas des exceptions et qu'il n'y a aucune antinomie entre eux et la règle générale; mais existerait-elle, pourrait-on oublier que les anciens principes avaient été remplacés par la loi de brumaire an VII, qui substituait la transcription à la tradition, et dès-lors comment admettre que le Code ait fait revivre une législation morte par des dispositions aussi peu explicites?

Concluons donc énergiquement que le Code a supprimé la nécessité de toute tradition réelle. La majorité des auteurs est d'accord sur ce point et notre camp est à coup sûr de beaucoup le plus nombreux; mais la désunion s'y est glissée sur la seconde proposition qu'il nous reste maintenant à examiner.

SECTION II.

L'ESPRIT DU CODE N'EXIGE MÊME PAS UNE TRADITION SOUS-ENTENDUE.

La question, pour être purement théorique, nous nous hâtons d'en convenir, n'en est pas moins intéressante et fort délicate. Il s'agit, en effet, de savoir si le Code a adopté la doctrine de

notre ancien droit français, et, sans tenir compte de la marche toujours ascendante du droit vers le spiritualisme, s'il est resté lié aux entraves du passé, ou bien s'il est entré plus avant dans les notions de la philosophie du droit, s'il a rompu avec des théories surannées, et s'il a proclamé sans réticences, dans la matière qui nous occupe, les principes du droit naturel.

Les textes que nous avons cités sont encore ceux que nous retrouvons dans cette discussion; l'un surtout, l'article 1138, a donné lieu à une vive controverse.

Art. 1138. — Les partisans des deux opinions sont d'accord sur la règle que cet article consacre, à savoir que la propriété se transfère aujourd'hui par le seul effet de la convention, quand la convention a pour objet un corps certain. Mais l'interprétation est différente sur le sens que le législateur a voulu attribuer à cette règle et nous avons montré l'importance théorique de la question.

Des deux points dont traite l'article 1138, un seul nous intéresse; nous laisserons de côté le dernier qui détermine à quel moment la chose est aux risques et périls du créancier. Ceci est en dehors de la discussion et n'a d'ailleurs soulevé aucune difficulté parmi les commentateurs. Nous nous occuperons seulement du premier point, celui qui détermine à quel moment la propriété est transférée du débiteur au créancier.

Notre article renferme deux propositions à ce sujet : 1° l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes ; 2° elle rend le créancier propriétaire, encore que la tradition de la chose n'en ait pas été faite.

Dans une opinion, on soutient que la première disposition ne fait que consacrer une règle de notre ancien droit. L'obligation est formée par le seul consentement, indépendamment de toute solennité, comme on disait en Droit romain des contrats consensuels qu'ils sont formés *solo consensu*, en ce sens que, dès que les parties sont d'accord, l'obligation existe pour le débiteur de faire tradition au créancier. Cet alinéa ne s'occupe donc pas du transport de la propriété ; il s'occupe de la formation de l'obligation. Il ne dit pas comment on devient propriétaire, mais bien comment on devient créancier.

Le texte renferme une inexactitude, mais elle est de celle que les législateurs du Code ont souvent commise, car ils semblaient ne pas faire une distinction très nette entre la convention et l'obligation qui en dérive. Bien des fois ils ont employé le mot « obligation » pour le mot « convention » et n'avons-nous pas vu dans l'article 711, cet article capital qui devait avoir fixé à coup sûr toute leur attention, la propriété s'acquérir « par l'effet des obligations » ? La même erreur a été commise ici, c'est « convention » et non « obligation » qu'on aurait dû dire ; car il est bien certain que

ce n'est pas l'obligation qui rend le créancier propriétaire; et puisque l'article ajoute : « elle rend le créancier propriétaire », nous sommes logiquement amenés à croire que c'est de la convention de *donner* que le législateur parle; car la convention de *livrer* n'a jamais eu un pareil effet. Le premier alinéa doit donc pour se trouver exact être ainsi conçu : « La convention de donner est parfaite par le seul consentement des parties contractantes; » le mot « parfaite » conservant son sens ordinaire, signifiant « créée, formée » comme on disait que la vente « est parfaite *solo consensu.* »

Et voici comment on explique, dans cette opinion, le second alinéa. C'est celui qui contient le principe nouveau : la convention de donner dans le Droit romain et l'ancien Droit français était simplement productive d'obligations; le Code proclame qu'elle est translative de propriété. « Elle rend le créancier propriétaire, encore que la tradition n'ait pas été faite. » Ici, quoi de plus net? Le législateur s'occupe du transport de propriété et il déclare que la tradition n'est aucunement nécessaire! Distingue-t-il entre des traditions réelles et des traditions feintes? Parle-t-il même en quelque endroit du Code de ces traditions feintes qu'on voudrait voir sous-entendues ici? Il dit simplement qu'il n'y a pas lieu à tradition, que désormais la convention de donner produira deux effets immédiats : la mutation de la propriété et la formation de

l'obligation. Il est bien évident que dans la pratique il faudra toujours que le débiteur fasse tradition de la chose, mais cette tradition n'aura pas d'autre effet que de permettre au créancier de l'employer à l'objet auquel il la destine, ou de décharger le débiteur des risques, s'il a été mis en demeure.

Ces mots « dès l'instant où elle a dû être livrée » contiennent une inexactitude évidente. Pris à la lettre, ils signifieraient que dans les conventions à terme, la translation de la propriété s'opère non au jour du contrat, mais au jour de l'échéance du terme! Ce serait là une erreur manifeste qui violerait plusieurs articles du code: l'article 1185 ne nous dit-il pas en effet que le terme ne suspend point les effets que le contrat doit produire, qu'il n'en suspend que l'exécution; l'article 1583 ne porte-t-il pas que la propriété est acquise à l'acheteur par l'effet de la vente, quoique la chose n'ait pas été livrée? Enfin, l'article 1302 ne déclare-t-il point, d'une façon générale, et sans distinguer s'il y a terme ou non, que la chose est aux risques du créancier? Il y a donc dans l'article 1138, une erreur d'expression que l'on rectifie ainsi : « dès l'instant où est née l'obligation de donner. » Cette obligation est-elle née en même temps que la convention, le créancier devient propriétaire; les parties au contraire ont-elles convenu que la propriété de la chose ne serait transmise au créancier qu'après un certain temps, l'obligation de donner naîtra à ce

moment, et le créancier deviendra alors seulement propriétaire.

Telle est la première opinion, exposons maintenant la seconde.

Reprenons séparément chacun des alinéas. Voici ce que signifie le premier : « L'obligation de faire la tradition est réputée accomplie par le seul consentement des parties contractantes. » Ainsi le mot « livrer, » signifie « faire la tradition » et pour donner, avec cette explication, au mot « parfaite, » un sens intelligible, on lui attribue à coup sûr un sens peu usuel : « parfaite » doit vouloir dire « exécutée, accomplie. » Cet alinéa contient donc cette double proposition : l'obligation de faire la tradition est maintenue ; elle est réputée accomplie par le seul consentement des parties.

Et dans le second alinéa, « elle » signifiant alors forcément « l'obligation de faire tradition, » on ajoute au texte le mot « réelle » : « encore que la tradition réelle n'ait pas été faite. »

Les mots « dès l'instant où elle a dû être livrée » signifient que dans le cas même où la tradition réelle serait retardée, la tradition fictive qui est nécessaire pour la translation de la propriété est toujours réputée faite.

Telle est l'interprétation du texte ; pour la soutenir on s'appuie sur les précédents historiques. La nécessité de la tradition en matière de transmission de propriété, soumise à peu d'exceptions, était passée du droit romain dans notre ancien

droit, et nous avons vu qu'elle s'y était maintenue en principe, tout en étant remplacée dans la pratique par une tradition feinte. En vain des esprits éminents, comme Grotius, Pufendorf, Wolf, avaient-ils osé soumettre les principes de la loi romaine à l'autorité de la raison, en les comparant au droit naturel ; en vain, démontrèrent-ils que la propriété doit se transmettre par le seul effet du consentement; cette vérité, quoique établie, n'en demeura pas moins stérile. Nous verrons, en terminant cette étude, que le principe du droit romain reçut une nouvelle sanction dans les codes que quelques souverains de l'Europe firent rédiger et publier dans leurs Etats sur la fin du dernier siècle. Nos législateurs auraient de même sanctionné cette idée, ils auraient conservé la nécessité de la tradition réelle en théorie, et en fait, sans exiger même le maintien d'une clause de dessaisine-saisine, ils auraient supposé cette tradition feinte, sous-entendue.

Les partisans de cette opinion argumentent aussi des derniers mots de l'article 938 « sans qu'il soit besoin d'autre tradition », une tradition, disent-ils, a donc déjà eu lieu. C'est évidemment la tradition fictive qui est sous-entendue dans tous les contrats !

Enfin, ils invoquent les travaux préparatoires du Code. « C'est le consentement qui rend parfaite l'obligation de livrer, disait M. Bigot-Préameneu, il n'est donc pas besoin de *tradition réelle* pour que le créancier doive être considéré comme pro-

priétaire. » (1) Et M. Portalis, au sujet de l'article 1583, s'exprimait ainsi : « On décide dans le projet que la vente est parfaite quoique la chose vendue n'ait pas été livrée... Dans les premiers âges, il fallait la tradition, l'occupation corporelle pour consommer le transfert de propriété. Dans les principes de notre droit français, le contrat suffit; le contrat est consommé dès que la foi est donnée; le système du droit français est plus raisonnable que celui du droit romain; il est encore plus favorable au commerce et rend possible ce qui ne le serait souvent pas, si la *tradition matérielle* était nécessaire pour rendre la vente parfaite..... Il s'opère par le contrat une sorte de *tradition civile* qui consomme le transport des droits et qui nous donne action pour forcer la tradition réelle. »

Nous ne saurions accepter cette seconde opinion.

Quant au texte, elle le torture autant au moins que la première. Et quant à l'argument qu'elle tire de l'article 938, nous avons déjà eu l'occasion de dire qu'il y avait là une inconséquence de nos législateurs. Nous ne méconnaissons pas les précédents historiques, mais nous croyons précisément que les rédacteurs du Code ont rompu avec eux. Pour ce qui est des travaux préparatoires, d'une part, les textes que l'on cite ne nous semblent pas si formels; d'autre part, ils ne fournissent pas à notre avis un argument de grande

(1) *Fenet.*, t. XII, p. 230.

valeur; et nous mettons notre modeste opinion derrière l'autorité du savant jurisconsulte belge, M. Laurent, qui répète souvent, dans son Traité de Droit civil, que « on trouve tout dans ces travaux préparatoires du Code, dans ces discussions souvent confuses entre des hommes qui n'étaient pas tous de grands savants. »

Nous pensons donc que ce n'est pas là qu'il faut chercher la lumière, en présence de l'obscurité du texte. Il la faut chercher dans la logique, dans le bon sens et dans les principes généraux du droit. Or, que se peut-il imaginer de plus subtil, de plus étrange, de plus faux que la théorie qu'on veut voir dans le Code ? Suivons en effet, comme nous l'indique M. Marcadé, la filière bizarre des idées par lesquelles nos législateurs se seraient complus à passer.

1° La convention de donner crée obligation; 2° cette obligation (de donner) comporte avec elle celle de livrer, de faire la tradition; 3° c'est l'accomplissement de cette obligation, en d'autres termes, la tradition qui transférera la propriété; 4° mais cette tradition n'a pas besoin d'être réelle, car le consentement contient par lui-même et de plein droit une tradition fictive, produisant le même effet; 5° c'est donc cette tradition fictive qui opère la tradition du droit réel, toutes les fois que la tradition matérielle n'accompagne pas la convention !

Cela seul ne devrait-il pas suffire à faire repousser une pareille interprétation ? N'est-ce pas

le cas d'élever la discussion, de chercher la solution aux sources mêmes du droit pur? Et si nous consultons le droit naturel, il nous répond que la propriété doit être transmise par le seul consentement. Pourquoi vouloir que les rédacteurs du Code, qui mettaient ce grand principe dans nos lois, ne l'aient pas admis dans toute sa plénitude? Nous avons tenté de montrer que rien dans les textes ne faisait revivre les traditions feintes de notre ancienne législation, nous avons exposé à quelles déductions interminables nos législateurs auraient dû recourir, si l'opinion adverse était la bonne; enfin, nous avons rappelé le principe du droit naturel, qu'une tradition feinte, même sous-entendue, viendrait altérer. Nous concluons que ce principe, les rédacteurs du Code l'ont proclamé sans réticence, et nous préférons croire qu'ils ont parlé en législateurs, que de penser qu'ils aient procédé comme des préteurs romains.

Nous venons de voir le transport de la propriété dans l'obligation pure et simple. Les règles sont les mêmes dans l'obligation à terme. Dans un contrat à terme, en effet, l'*existence* de l'obligation n'est pas suspendue; son *exécution* seule est retardée. C'est dire que tout ce que nous venons d'exposer s'applique indifféremment dans les conventions pures et simples ou à terme.

CHAPITRE II.

DU TRANSPORT DE LA PROPRIÉTÉ DANS LES CONTRATS CONDITIONNELS.

Nous avons vu, dans le chapitre précédent, en traitant la question de savoir quand et de quelle manière la propriété est transférée dans une convention pure et simple ou à terme, que le Code n'avait jamais nettement exprimé le principe dans un article formel. Et si nous recherchons maintenant quand et de quelle manière la propriété est transportée dans une convention conditionnelle, nous ne trouvons pas davantage de solution précise.

Tandis que le terme retarde seulement l'exécution de la convention, la condition en suspend l'existence. On voit par là toute la différence de ces deux modalités en matière de transport de propriété. La convention à terme ne faisant que le retarder, nous avons pu la joindre aux conventions pures et simples; puisque les règles sont les mêmes. La convention conditionnelle produit des effets tout différents; nous devons nous en occuper dans un chapitre spécial.

Le Code ne parle que des *obligations* conditionnelles. Serait-ce qu'il ne peut y avoir un transport de propriété conditionnel? Assurément non; car ce principe n'est qu'un corollaire de celui

qui veut que la convention transporte la propriété. Il y a une *propriété conditionnelle* comme il y a une *obligation conditionnelle*. Seulement, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, les rédacteurs du Code avaient suivi particulièrement Pothier dans la matière des obligations. Or, Pothier ne s'occupait que des obligations conditionnelles parce que, de son temps, la convention ne formait que des obligations, et ne créait pas de droits réels. Le Code aurait dû, avec le principe nouveau qu'il proclamait, traiter des effets de la condition tant au point de vue des droits réels qu'au point de vue des obligations. S'il ne l'a pas fait, nous verrons du moins que les règles de la transmission de la propriété se déduisent très-logiquement des principes que nos législateurs ont posés en matière d'obligation.

Les conditions sont de deux sortes : suspensives ou résolutoires. Suspensives, quand elles affectent l'existence même de la convention ; résolutoires, quand elles suspendent, non plus l'existence, mais la résolution de la convention. Nous traiterons très-brièvement, dans deux paragraphes distincts, du transfert de la propriété selon la condition qui l'affecte.

§ I. — *Du cas de condition suspensive.*

Faisons une espèce : j'ai vendu à Primus mon cheval sous cette condition : *si navis ex Asiâ*

venerit. La condition se réalise et le navire arrive. L'article 1179 porte : « La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. » Cet article pose ce principe que le contrat conditionnel produit, lorsque la condition est accomplie, les mêmes effets que s'il eut été pur et simple. Or, dans ce dernier cas, la propriété aurait été transportée par le seul effet de la convention, donc Primus a été propriétaire du jour de la convention ; les droits réels qu'il aura constitués à partir de ce jour sont valablement concédés, etc. Mais jusqu'au moment de l'arrivée de la condition, la propriété n'a pourtant pas été déplacée! Nous voyons donc qu'elle a rétroagi. Or, en Droit romain, nous nous sommes posé la question de savoir si, au cas où la condition vient à se réaliser, celui qui devient propriétaire le devient au moment de l'arrivée de la condition, ou si cette acquisition rétroagit au jour du contrat conditionnel, ou bien tout au moins au jour de la tradition. Nous avons pensé qu'il était plus conforme à l'esprit du Droit romain de ne pas admettre la rétroactivité.

Les principes sont tout autres dans notre Code, et ce rapprochement entre les deux législations ne montre-t-il pas les progrès successifs de cette idée, que la différence entre les modes d'acquérir les divers droits tend à s'effacer de plus en plus?

§ 2. — *Du cas de condition résolutoire.*

La condition résolutoire est celle, dit l'article 1183, qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

Si nous recherchons l'influence de cette condition sur le transport de la propriété, nous allons constater que les rédacteurs du Code ont pleinement admis la théorie du domaine résoluble et lui ont appliqué la rétroactivité qu'Ulpien et Marcellus n'avaient pas osé proposer en Droit romain. Ainsi l'article 954, prévoyant la révocation d'une donation pour cause d'inexécution des charges, déclare que les biens rentreront dans les mains du donateur libres de tous les droits réels créés par le donataire et que le donateur aura contre les tiers détenteurs des immeubles donnés tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même. L'article 963 fait la même déclaration dans le cas de révocation pour cause de survenance d'enfant. Enfin, l'article 1673 s'exprime de la même manière en cas de vente à réméré. Quand le vendeur rentre dans son héritage par l'effet du pacte de rachat, il le reprend exempt de toutes les charges et hypothèques dont l'acquéreur l'aurait grevé, et l'article 1664 explique que le vendeur peut exercer son action contre un

sous-acquéreur, quand même la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat, etc., etc.

Il résulte de toutes ces dispositions, et d'autres semblables qu'il est inutile de rapporter, que l'arrivée de la condition résolutoire expresse anéantit rétroactivement non-seulement les obligations formées par le contrat, mais encore les droits réels qui sont résultés de la convention; cet anéantissement, cette rétroactivité s'appliquent non-seulement *inter partes*, mais encore à l'égard des tiers, contre lesquels l'action réfléchit et dont les droits ont été soumis à la même condition résolutoire que celui de leur auteur, par application de la maxime : *Nemo plus juris apud alium transferre potest quam ipse habet.*

Nous ne connaissons qu'une exception à cette règle, c'est en matière de rapport. Le cohéritier donataire d'un immeuble sujet à rapport a pu pendant la vie du *de cujus* l'aliéner en entier ou bien le grever de servitudes ou d'hypothèques. La condition résolutoire de sa propriété s'accomplit par la mort du donateur, suivie de sa propre acceptation. Il semblerait dès lors que toutes les aliénations doivent être également résolues. Le législateur n'a cependant pas admis cette conséquence : l'aliénation totale subsistera (art. 860), les constitutions d'hypothèque et de droits réels seront anéanties (art. 865); de même, en cas de réduction, avant d'exercer l'action, qualifiée par l'article 930 de revendication, contre les tiers dé-

tenteurs des immeubles sujets à réduction, on devra discuter préalablement les biens des donataires. Il y a là une exception et un tempérament au principe général que des considération de crédit public ont fait admettre.

La condition résolutoire tacite, sous-entendue dans tous les contrats synallagmatiques (art. 1184), opère de la même manière et produit les mêmes effets; seulement à cause de l'intérêt des tiers contre lesquels elle réfléchit, elle n'a jamais lieu de plein droit, il faut toujours que la résolution soit prononcée par la justice.

Enfin, nous dirons un mot des obligations sous condition alternative, c'est-à-dire ayant pour objet deux corps certains, avec libération par la prestation d'un seul, au choix du créancier ou du débiteur. De même que ce contrat crée deux obligations conditionnelles, de même il rend le créancier propriétaire sous condition des deux objets, et il n'y a plus qu'à appliquer les principes ci-dessus posés.

Pour n'avoir pas à revenir sur cette matière, nous nous permettrons d'anticiper et de nous demander comment la loi du 23 mars 1855 a entendu la publicité des conventions conditionnelles d'où résultent des transports de propriété immobilière. Le principe, c'est que les actes entre-vifs translatifs de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque, sont sujets à la transcription, qu'ils soient purs et simples ou sous condition. Il est évident, en effet,

que les tiers ont le plus grand intérêt à connaître la condition suspensive ou résolutoire qui affecte le droit cédé. Mais la loi du 23 mars n'a pas soumis à la transcription les actes destinés à prouver l'arrivée ou la défaillance des conditions, en sorte que les tiers sont obligés à cet égard de s'informer par d'autres voies que celles du registre du Conservateur. Seulement l'article 4 de la même loi a voulu que tous les jugements prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit soient mentionnés en marge de la transcription dudit acte; mais c'est une obligation imposée à l'avoué, et dont l'omission ne change rien aux droits des parties.

En résumé, ce chapitre nous montre, et c'était là tout notre but, que les conditions ont aujourd'hui la même influence sur les droits réels que sur les droits de créance, alors qu'il en était tout autrement en Droit romain, comme nous l'avons vu dans la première partie de ce travail.

CHAPITRE III

DU TRANSPORT DE LA PROPRIÉTÉ A L'ÉGARD DES TIERS.

Les principes que posent les articles 711, 938, 1138, 1583 s'appliquent aux immeubles et aux meubles; car ces articles ne distinguent pas, ils sont généraux.

La simple convention a un double effet : elle fait naître tout à la fois les droits réels et les droits de créance, comme nous venons de le voir. Nous sommes donc en présence du mode commun. Notre étude pourrait se terminer ici ; mais le Code, en appliquant les théories du droit pur, ne s'exposait-il pas dans la pratique à laisser commettre de nombreux abus? Cette préoccupation ne pouvait manquer de frapper nos législateurs; aussi, après avoir satisfait aux intérêts des parties en voulant que leur simple volonté crée librement les droits et en donnant ainsi à la transmission de la propriété comme à la formation des obligations les plus larges facilités, ont-ils voulu protéger l'intérêt des tiers. Nous allons voir dans quelle mesure ils l'ont fait, en considérant dans trois sections distinctes le transport des meubles, le transport des créances et le transport des immeubles.

SECTION I.

DE L'EFFET DE LA CONVENTION DE DONNER UN MEUBLE CORPOREL A L'ÉGARD DES TIERS.

La convention de donner un meuble corporel transfère-t-elle la propriété *erga omnes* comme *inter partes?* Telle est la question qui se pose.

L'article 1141 est le seul qui s'occupe spécialement de l'aliénation des meubles corporels. Il est ainsi conçu :

« Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi. »

Sans nous arrêter à l'incorrection du texte, faisons l'hypothèse que prévoit l'article. J'ai vendu d'abord à Primus un cheval et je ne lui en ai pas fait tradition; j'ai vendu ensuite à Secundus ce même cheval et je lui en ai fait tradition; Secundus sera préféré s'il est de bonne foi, bien qu'il ne soit que le second acquéreur; voilà la décision du texte.

On a conclu de là que la tradition était nécessaire pour que la propriété soit transférée, sinon entre les parties, du moins à l'égard des tiers, et voici comment on a raisonné : si le premier acquéreur par l'effet de la vente était devenu propriétaire *erga omnes*, il pourrait revendiquer la chose contre tous, par suite non-seulement contre son vendeur, mais aussi contre ceux auxquels le vendeur l'aurait cédée, dans l'espèce, contre le second acquéreur. Déclarer que ce dernier est propriétaire bien que son titre soit postérieur, n'est-ce pas dire que le premier acquéreur ne l'était pas devenu vis-à-vis de lui ? Objectera-t-on que le second acquéreur n'est préféré que s'il est de bonne foi ? S'il est de mauvaise foi, il tombe comme complice du

vendeur, *conscius fraudis*, sous l'application de l'article 1167, relatif aux actes faits par le débiteur en fraude de ses créanciers. Il ne demeure pas propriétaire, c'est vrai, mais trouve-t-on là la preuve qu'il ne l'a pas été, la preuve que le premier acquéreur était propriétaire ? Aucunement. C'est, dit M. Troplong (1), la célèbre loi *Quoties*, au Code, *de rei vindicatione*, qui subsiste dans toute son autorité pour les ventes de meubles. Le code civil, par l'article 1141, l'a expressément ratifiée, à la condition toutefois que la possession soit de bonne foi. La raison de ceci est ce principe fondamental qui fait la sûreté du commerce, savoir « qu'en matière de meubles, la possession vaut titre (2279). »

Ce système ne sera pas le nôtre. Nous pensons au contraire que la propriété des meubles est transférée par le seul effet du contrat à l'égard des tiers comme entre les parties.

L'article 1141, en effet, n'implique aucunement l'idée de tradition ; il n'est que l'application de l'article 2279, dont voici la conséquence : celui qui acquiert un meuble par tradition *a non domino* avec juste titre et de bonne foi en devient immédiatement propriétaire. La position de celui qui a déjà vendu son meuble à un premier acquéreur, n'est-elle pas la même ? C'est un *non dominus*. Celui qui, avec juste titre et bonne foi, reçoit de lui, devient propriétaire par l'effet de la règle de

(1) *Vente*, nº 42.

l'article 2279. Mais cela prouve-t-il que le premier acquéreur n'était pas devenu propriétaire ? Il y a là seulement la preuve que le droit de propriété lui est enlevé par une prescription. Cette prescription, le législateur a voulu dans sa sagesse qu'elle fût instantanée en matière mobilière pour donner à ces transmissions si usuelles une protection efficace, et voilà pourquoi il a dit « En fait de meubles possession vaut titre. » Ce n'est donc point par l'effet de la vente que le second acheteur est devenu propriétaire, car le vendeur avait cessé de l'être, mais par une prescription qui s'est opérée en sa faveur dès sa mise en possession.

L'article 1141 nous montre même très-clairement que le premier acquéreur était devenu propriétaire, car il n'accorde la préférence au second que si sa possession est de bonne foi. Qu'importerait cette circonstance, si le premier acquéreur n'était pas propriétaire ? Pourquoi exiger la bonne foi de l'acheteur, si le vendeur, comme en droit romain, avait conservé à l'égard des tiers la propriété jusqu'à la tradition ? Le vendeur disposerait très-valablement de la chose, que l'acheteur fût ou non de bonne foi, qu'il sût ou non qu'il y avait eu une première aliénation. Si donc notre article exige cette condition, c'est que le premier acquéreur est propriétaire et non pas le vendeur. Par suite la propriété n'a-t-elle pas été transmise sans tradition *erga omnes* ?

Ce qui achève notre preuve, c'est le rapproche-

ment de l'article 1141 avec l'article 1071, ainsi conçu : « Le défaut de transcription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celles de la transcription. » Ainsi la mauvaise foi de ceux qui ont traité avec le donateur d'un immeuble après la donation, mais avant sa transcription, ne les empêche pas de devenir propriétaires à l'encontre du donataire, et de lui opposer le défaut de transcription parce que le donateur était resté propriétaire à leur égard. Il en aurait été de même pour les meubles si la tradition eût été nécessaire pour dépouiller l'aliénateur de la propriété au regard des tiers.

Quant à l'argument tiré de l'article 1167, nous y répondrons en disant que l'exercice de l'action Paulienne exige deux conditions : le *consilium fraudis* et l'*eventus damni;* or, l'article 1141 s'applique sans qu'il y ait à rechercher la bonne ou la mauvaise foi de l'aliénateur, sa solvabilité ou son insolvablité. Pothier dont on argue n'autorisait le premier acquéreur de meubles à agir contre le second, *conscius fraudis*, qu'au cas d'insolvabilité du débiteur commun du vendeur (1).

De ce qui précède, il résulte que c'est seulement par la maxime « en fait de meubles possession vaut titre » que l'acquéreur de bonne foi est protégé. Il suit de là que le premier acquéreur,

(1) Pothier. De la Vente, nº 321.

quoiqu'il n'ait pas été mis en possession, peut revendiquer la chose contre tous ceux que ne protége pas cette maxime, contre le second acquéreur de mauvaise foi, contre tout possesseur, même de bonne foi, si c'est par perte ou vol que le meuble n'est plus entre les mains du vendeur, contre le légataire de cette chose, etc.

En résumé, le transport de la propriété d'un meuble a lieu par le simple consentement *erga omnes*, et entre deux acheteurs du même meuble non encore livré, celui-là doit être préféré qui prouvera qu'il a le premier acheté.

SECTION II

DE L'EFFET DE LA CONVENTION DE DONNER UNE CRÉANCE A L'ÉGARD DES TIERS.

Des règles particulières ont été admises dans le Code pour le transport des créances. Rappelons brièvement quels avaient été sur ce point les anciens principes. Les Romains n'avaient jamais reconnu qu'une créance pût être transférée. Ils avaient appliqué cette théorie, très-abstraite mais très-rationnelle au point de vue du droit pur, que l'obligation créant un *juris vinculum* entre deux personnes déterminées, ce lien était rompu si l'une ou l'autre des parties, soit le créancier, soit le débiteur, venait à disparaître en faisant intervenir un tiers à son lieu et place. Un lien juridique nouveau se formait alors, mais l'obli-

gation ancienne ne survivait pas. Ces principes se déduisaient logiquement de la nature des droits de créance, mais ils étaient, dans la pratique, une gêne que le droit prétorien dut chercher à éviter. Nous savons comment, au moyen de la constitution du *procurator in rem suam*, le créancier instituait un mandataire avec dispense de rendre compte ; c'était en réalité un véritable cessionnaire.

Ce subterfuge nécessaire à Rome, où le droit des gens n'avait jamais entièrement triomphé du droit rigide des Quirites, ne pouvait convenir à la simplicité de nos lois et aux exigences de notre société moderne, car « chez nous, comme le dit M. Troplong dans sa préface du Commentaire de la vente, on aperçoit avec évidence que l'équité est indigène, tandis que chez les Romains c'était plutôt une étrangère de bonne maison qui n'avait pas encore obtenu ses lettres de naturalité. »

Le Code appliqua donc aux créances, comme aux meubles corporels et aux immeubles, le principe que le transport a lieu par le seul consentement. Nous avons jusqu'à présent considéré surtout la réaction des droits de créances sur les droits réels, si je puis ainsi dire ; nous avons en sens inverse à relever ici une réaction très-bizarre des droits réels sur les droits de créance. Nos lois considèrent les créances comme une espèce de propriété d'un ordre particulier. C'est ainsi que l'article 1240 nous parle de celui qui est *en possession*, du *possesseur* d'une créance, appliquant

ainsi à cet ordre de droit des expressions qui auraient paru étranges, *inélégantes*, aux jurisconsultes romains. Le Code de commerce va plus loin, et, dans son article 136, il parle du transport de la propriété d'une lettre de change. Il est vrai qu'on explique ici ce mot en disant qu'en matière d'effets de commerce, il est dû au papier, et que c'est la propriété du papier qui se transmet ainsi par la voie de l'endossement. Enfin, les rédacteurs du Code ont traité du transport des créances sous le titre même de la vente, c'est-à-dire, sous le titre consacré au contrat le plus usité pour le transport de la propriété. Ainsi, dire qu'on est propriétaire d'une créance, n'est pas commettre, en droit français, une erreur de langage; on peut se prétendre autorisé à s'exprimer ainsi par le Code lui-même qui a parlé de la *possession* des créances; or, la possession, qu'est-elle autre chose que l'exercice du droit de propriété?

Les créances, avons-nous dit, se transportent, comme les meubles et les immeubles, par le seul effet du consentement. La tradition se fait, dit l'article 1689, par la remise du titre. Mais les rédacteurs du Code se sont émus ici des nécessités de la publicité, et nous allons voir les mesures qu'ils ont prises vis-à-vis des tiers, en cette matière.

L'article 1690 est ainsi conçu : « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers, que par la signification du transport, faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également

saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique (1). »

Nos législateurs, comme on voit, avaient parfaitement entrevu le danger d'un transport occulte de la propriété des créances. On a soutenu que l'article 1690 n'offrait pas une garantie suffisante en exigeant, pour que la créance devienne opposable, soit l'acceptation du débiteur dans un acte authentique, soit la signification à ce débiteur. Le cédé est averti, soit; mais comment les tiers le sont-ils? A cette objection, voici notre réponse : nos législateurs ont prévu ce qui se passerait toujours dans la pratique; les tiers, sur le point de traiter avec le créancier, s'informeront préalablement auprès du débiteur; s'ils ne le font pas, ils seront coupables de négligence : *jura vigilantibus subveniunt, dormientibus nocent!*

Il y a donc dans l'article 1690 un élément de publicité. Nous ne nous attarderons pas plus longtemps sur ce point, pour arriver immédiatement à la question importante de savoir comment a été réglé le transport de la propriété des immeubles par rapport aux tiers; nous allons voir que le Code a eu ici une sollicitude moins grande que pour les créances, et, sans chercher à expliquer ce point, nous allons seulement tenter

(1) De ces deux modes, le dernier, l'acceptation du débiteur dans un acte authentique, est à coup sûr préférable ; car le débiteur ne peut plus contester son obligation.

d'exposer nettement la question dans ses différents développements historiques.

SECTION III

DE L'EFFET DE LA CONVENTION DE DONNER UN IMMEUBLE PAR RAPPORT AUX TIERS.

Comment le Code a-t-il réglé la transmission des immeubles vis-à-vis des tiers?

D'après ce que nous venons de dire, notre intention n'est pas de discuter à fond cette question; car, ne l'oublions pas, notre sujet s'est, à proprement parler, terminé dès le moment où nous avons établi le mode commun de création des droits réels et des droits de créance, la convention. Le cycle juridique s'est refermé alors; seulement, il nous a semblé que notre étude resterait incomplète, si nous ne montrions, très-brièvement d'ailleurs, comment le législateur, après avoir établi le principe, l'avait traduit dans son application, comment il s'était peut-être trouvé embarrassé après ce triomphe du droit pur qu'il avait sanctionné, pour en fixer les conséquences. La suite de cette étude est donc moins désormais une discussion qui serait hors du sujet qu'un simple récit qui, dans cette mesure, nous a paru bien compléter ce travail.

En Droit romain, cette idée de l'intérêt des tiers ne s'était jamais, comme nous l'avons vu,

nettement accusée dans la législation. Le formalisme des premiers temps, qui lui donnait une garantie, ne fut sans doute pas créé pour sauvegarder le crédit public, et quand plus tard la civilisation romaine arriva au point où le mouvement des rapports sociaux met en jeu l'intérêt des tiers, le crédit profita du système de transmission des droits réels formé sous d'autres influences. Il resta, d'ailleurs, très-inefficacement protégé ; car la tradition pouvait-elle suffire à informer les tiers du déplacement de la propriété? M. Troplong va même jusqu'à refuser aux Romains d'avoir entrevu la nécessité de la publicité. « Et il est si vrai, dit-il, que ce n'était pas en vue des tiers que ces formalités extérieures avaient été créées, il est si vrai qu'elles étaient sorties naturellement du génie matérialiste inhérent à l'époque qui les avait vu naître, que, lorsque le droit voulut simplifier ces formes pesantes, il affaiblit la publicité de la tradition au lieu de la développer pour l'avantage des tiers, il admit les traditions feintes (1). »

D'autre part, nous avons vu dans notre ancien droit, que certains pays d'exception, les pays dits de nantissement, n'avaient pas, comme les pays dits de droit commun, conservé

(1) Troplong, Com. de la loi du 23 mars 1855, p. 75. Mais l'insinuation ne vint-elle pas remplacer l'ancienne publicité de la mancipation?

en la modifiant la simple tradition romaine ; ils avaient exigé une tradition plus solennelle. Ces pays avaient les premiers clairement aperçu la nécessité d'entourer la transmission de formes protectrices dans l'intérêt même de la propriété et de son crédit. Ce sont eux qui ont transmis au législateur moderne l'idée de la publicité. Nous avons montré comment la loi de brumaire l'avait mise en pratique ; arrivons maintenant au Code civil.

Le Code civil a-t-il maintenu la nécessité de la transcription établie par la loi de brumaire pour que la propriété soit transmise à l'égard des tiers, ou la propriété se transfère-t-elle indépendamment de toute transcription par le seul effet de la convention, vis-à-vis des tiers comme entre les parties?

Les rédacteurs du Code, appelés à se prononcer sur le maintien des dispositions de la loi de brumaire, firent une œuvre en quelque sorte boiteuse. Ils admirent la nécessité de la transcription pour les donations et les substitutions, ils admirent la nécessité des inscriptions pour les créances hypothécaires ; mais ils ne l'admirent pas pour les transports de la propriété et des droits réels immobiliers au regard des tiers.

Nous allons bientôt démontrer cette dernière proposition, et nous verrons plus loin qu'à notre avis il y avait là une lacune, car la publicité des hypothèques commande, en toute justice, celle des transports de propriété et autres droits réels immobiliers.

Mais nous voulons tout d'abord examiner le point de savoir si la logique n'exigeait pas qu'on fît pour tous les droits réels constitués ou transmis à titre onéreux, ce que les art. 939 et suivants, 1069 et suivants, avaient fait pour les donations des biens susceptibles d'hypothèque et pour les substitutions. Il faut bien le reconnaître, il n'y aurait pas eu d'incohérence à de semblables dispositions, bien qu'elles paraissent inconciliables au premier aspect. Il ne faut pas oublier que le domaine des donations et des substitutions a toujours eu quelque chose de spécial et que, par exemple, elles étaient soumises à l'Insinuation comme condition de validité intrinsèque, d'après nos anciennes Ordonnances de 1731 et de 1747. Il pouvait donc très-bien se faire que les rédacteurs du Code admissent la nécessité d'une transcription remplaçant l'insinuation pour les donations et substitutions sans admettre la nécessité de la transcription pour le transport de la propriété des immeubles à l'égard des tiers.

Le point de vue que nous ne faisons qu'indiquer là est tellement vrai qu'aujourd'hui encore, et depuis la loi du 23 mars 1855, il faut se garder de confondre les effets de la transcription dans l'un et l'autre cas. Elle est exigée d'une manière bien plus rigoureuse pour les donations que pour les transmissions à titre onéreux. En effet, les tiers seuls, c'est-à-dire ceux qui ont acquis des droits réels sur l'immeuble et qui les ont conservés par la publicité, peuvent se prévaloir du défaut de

transcription d'un acte à titre onéreux. Au contraire, d'après l'article 941, toute personne ayant intérêt, à l'exception du donateur, peut opposer au donataire le défaut de transcription d'une donation. Pour ne citer qu'un exemple, les créanciers chirographaires d'un vendeur ne peuvent pas opposer à l'acheteur le défaut de transcription de l'aliénation de l'immeuble vendu, pour le saisir et le faire vendre eux-mêmes; en pareil cas, au contraire, les créanciers chirographaires du donateur pourront reprendre l'immeuble entre les mains du donataire, parce que, quant à eux, la propriété est restée aux mains du donateur, puisque la donation n'a pas été transcrite. En d'autres termes, il semble que les rédacteurs du Code aient, en matière de donation, fait une sorte de transaction en reproduisant les règles de forme de la loi du 11 brumaire an VII et les règles de fond, les sanctions, des anciennes Ordonnances relativement à l'Insinuation.

Les rédacteurs de la loi du 23 mars 1855 ont respecté cet état de choses en déclarant que les dispositions nouvelles ne s'appliquent ni aux donations, ni aux substitutions, en sorte que ces dernières sont toujours sous l'empire d'un *jus singulare* qui date de bien loin, puisque nous en avons trouvé l'origine dans la loi Cincia, portée il y a plus de vingt siècles!

Voyons maintenant les dispositions qui concernent les aliénations à titre onéreux. Lors de la confection du Code, deux opinions se trouvèrent

en présence, l'une et l'autre soutenues par des partisans également fermes et convaincus. La lutte devait naturellement s'engager entre eux dans le titre des Obligations où l'on avait à fixer les effets de l'obligation conventionnelle de donner un immeuble; elle se termina par un armistice, et l'article 1140 porte : « Les effets de l'obligation de donner ou de livrer un immeuble sont réglés au titre de la vente et au titre des priviléges et hypothèques. » La commission de rédaction du projet de Code avait, il est vrai, pris parti contre la transcription en faisant un article ainsi conçu : « Dès l'instant que le propriétaire a contracté par un acte authentique l'obligation de donner ou livrer un immeuble, il en est exproprié; l'immeuble ne peut plus être saisi sur lui par ses créanciers, l'aliénation qu'il en fait postérieurement est nulle et la tradition qu'il en aurait pu faire à un second acquéreur ne donne aucune préférence à celui-ci, lequel est obligé de restituer l'immeuble à celui dont le titre est antérieur, sauf le recours du second acquéreur contre le vendeur, ainsi qu'il est dit au titre du contrat de vente (1). » La transcription était donc supprimée très-nettement dans ce projet. Ses partisans se récrièrent, et cet article fut remplacé par l'article 1140. La question devait être tranchée au titre de la Vente.

Mais il n'en fut rien. La lutte dut s'engager de nouveau ici avec une tenacité égale : l'issue

(1) Fenet, tome II, p. 164, 165.

resta encore douteuse. Une seconde trève fut conclue et l'article 1583, dont nous avons cité le texte plus haut, dit bien que la propriété est transmise *à l'égard du vendeur*, mais ne tranche pas la question *à l'égard des tiers*. Cet article 1583 remplace l'article 2 du projet qui était ainsi conçu : « La vente est accomplie dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. » Ce texte, par cela même qu'il ne spécifiait pas, comme l'article 1583, « la propriété est transmise à l'égard du vendeur, » pouvait sembler d'une application générale et s'étendre aux tiers comme au vendeur; aussi les partisans de la transcription obtinrent-ils qu'il serait remplacé par l'article 1583. La question était donc encore réservée.

Vint enfin le titre des Priviléges et Hypothèques. Après les trèves successives que nous avons rappelées, la lutte semblait devoir se terminer. Il paraissait impossible de ne pas résoudre la question, et on s'attendait à trouver dans ce titre une disposition explicite. La section de la législation proposait les deux articles suivants :

Article 91. « Les actes translatifs de propriété qui n'ont pas été transcrits ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente. »

Article 92. « La simple transcription des titres translatifs de propriété sur les registres du con-

servateur ne purge pas les priviléges et hypothèques établis sur l'immeuble; il ne passe au nouveau propriétaire qu'avec les droits qui appartiennent aux précédents, et affecté des mêmes priviléges ou hypothèques dont il était chargé (1). » C'était le maintien de la transcription de brumaire et la reproduction des articles 26 et 28 de cette loi. La discussion s'engagea. Les partisans de la transcription disaient que les mutations de propriété clandestines offrent pour les tiers les plus grands dangers; comment savoir si celui avec qui on traite est propriétaire, comment dès lors être certain de son acquisition? A quoi ses ennemis répondaient qu'il n'y avait là qu'un danger imaginaire, car dans la pratique on sait toujours à qui appartient la propriété des immeubles; elle ne se déplace pas comme celle des meubles et, à raison même de son importance, elle est surveillée par l'opinion publique avec un soin jaloux; ils ajoutaient que la transcription, mesure purement fiscale, ruineuse pour les particuliers, était aussi souverainement injuste, en ce qu'elle exposait un acheteur, ignorant ou oublieux, à être victime de son vendeur, qui pouvait le dépouiller par une seconde vente plus promptement transcrite.

Quoi qu'il en soit, il semble que les partisans de la transcription aient triomphé à en juger par le sens, un peu ambigu à vrai dire, de la note

(1) Locré, Leg. civ., tome XVI, p. 236.

qui termina cette discussion. Le Conseil, disait-elle, adopte en principe : 1° que la disposition de l'article 91 n'est pas applicable aux contrats de vente antérieurs à la loi du 11 brumaire ; 2° que la transcription du contrat ne transfère pas à l'acheteur la propriété, lorsque le vendeur n'était pas propriétaire. Les deux articles sont renvoyés à la section pour les rédiger dans le sens des amendements proposés (1).

Comme on le voit par cette note, la discussion avait dû quelque peu s'égarer. Que fit la section de législation? Elle supprima l'article 91, et l'article 92 fut modifié pour former l'article 2182. Cette suppression a donné lieu à plusieurs interprétations que nous ne discuterons pas. M. Troplong déclare que ce fut un *escamotage*. En fin de compte, le titre des Priviléges et Hypothèques ne contenait aucune disposition explicite, et tranchait la question par le silence. Cette solution donnée d'une façon si étrange sur un point d'une telle importance a naturellement fait naître de vives controverses, et il s'est trouvé des interprètes pour soutenir que le Code avait maintenu la nécessité de la transcription. Cette opinion repoussée par la plus grande partie de la doctrine, l'a été aussi par la jurisprudence tout entière et, jusqu'à la loi du 23 mars 1855, ce fut, entre deux acquéreurs d'un même immeuble, celui qui avait le premier date certaine qui resta propriétaire.

(1) Locré, Lég. civ., t. XVI, p. 289.

Ainsi, sans entrer davantage dans une discussion qui n'offre d'ailleurs plus d'intérêt depuis la loi nouvelle, nous admettrons que la transcription n'a pas été maintenue dans le Code pour transmettre la propriété, mais répétons que les rédacteurs du Code laissèrent à la transcription des actes un certain nombre d'effets. Ainsi : 1° c'est elle qui transmet comme, nous l'avons vu, la propriété à l'égard des tiers en matière de donations (939), de même qu'en matière de substitutions (1069) ; 2° c'est elle qui conserve le privilége du vendeur (2108) ; 3° c'est elle qui sert de point de départ pour la prescription de l'hypothèque au profit des tiers détenteurs quand ils ont juste titre et bonne foi (2180) ; 4° c'est elle qui est la première formalité de la procédure de purge (2181) ; 5° c'est elle enfin qui permet de requérir un certificat valant purge à l'égard des hypothèques non mentionnées dans le certificat (2198).

Quoi qu'il en soit, la transmission de la propriété se fit sans la transcription : le consentement suffit.

Code de procédure (art. 834, 835). — Que résulta-t-il de là dans la pratique? C'est que, d'une part, on ne pouvait prendre d'inscription sur un immeuble contre son propriétaire que jusqu'au moment où l'acte de vente avait date certaine, et que, d'autre part, les conservateurs des hypothèques ignorant les mutations de propriété ne savaient s'ils devaient ou non inscrire

l'hypothèque contre le vendeur. Il y avait en plus une diminution considérable des recettes dans les casiers des conservateurs. On exposa à la section de législation du Conseil d'Etat toutes les conséquences fâcheuses d'un tel état de choses, en particulier pour les créanciers qui n'avaient pas eu le temps de s'inscrire avant la vente, et alors furent mis dans le Code de procédure, qu'on préparait à ce moment, les articles 834 et 835. Les créanciers antérieurs à l'aliénation eurent désormais le droit de prendre inscription, même après l'aliénation et dans la quinzaine après la transcription de l'acte translatif de la propriété.

On ne chercha pas à faire accorder ces dispositions avec la théorie générale du Code; on fit cette innovation dans un intérêt plutôt fiscal; en théorie, elle était à coup sûr une inconséquence. La transcription, d'une part, restait inutile pour transférer la propriété, et d'autre part les créanciers pouvaient s'inscrire du chef du vendeur après la vente ! Mais, en pratique, le trésor reçut satisfaction et le crédit une demi-protection. Une grande lacune restait encore à combler, car si les créanciers qui s'inscrivent, soit avant une transcription, soit avant le délai de quinzaine qui la suit, n'ont rien à craindre quant au rang de leur hypothèque, ils ne sont aucunement assurés de son existence même.

Loi du 23 mars 1855. — Le Code de procédure ne remédiait donc que très-imparfaitement

aux inconvénients nombreux de la transmission occulte de la propriété des immeubles. Ces inconvénients nécessitaient une réforme complète. La loi du 23 mars 1855, qui fut détachée d'un projet de réforme d'ensemble du système hypothécaire étudié depuis 1841, vint rétablir la nécessité de la transcription. Cette loi était devenue indispensable depuis la création du Crédit foncier (1852), car cette institution, dont le but est de prêter sur première hypothèque, nécessitait un registre public de la propriété : ne fallait-il pas être assuré de la propriété foncière du débiteur ?

Notre intention n'est pas d'entrer dans l'étude de la loi de 1855, mais de donner seulement, en ce qui concerne directement notre sujet, un aperçu de cette loi. Elle peut se diviser en deux parties : l'une qui concerne les dispositions sur la publicité à donner aux actes translatifs ou modificatifs de la propriété immobilière ; l'autre qui a trait à des dispositions spéciales relatives au régime hypothécaire (1).

I

Nous avons vu que la loi de brumaire avait soumis seulement à la transcription les actes translatifs ou constitutifs de droits réels suscepti-

(1) Telle est la division adoptée par M. Bressolles, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse, dans son « Exposé des règles de Droit civil résultant de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire. »

bles d'hypothèque. Il y avait là une lacune que la loi de 1855 a comblée en assujettissant à la transcription tous les actes entre-vifs translatifs ou modificatifs des droits réels immobiliers même non susceptibles d'hypothèque (art. 1 et 2). « Non publiés, ces actes sont inopposables à des acquéreurs ou prêteurs postérieurs; publiés, ils sont à l'abri de toute atteinte. Tel est, en substance, le système de la loi nouvelle. C'est le bureau du conservateur qui doit fournir la mesure de confiance qu'inspire tout propriétaire qui aliène ou qui emprunte. (1) »

Remarquons que la loi n'a pas soumis à la transcription les mutations par successions *ab intestat*, la saisine ayant lieu de plein droit (724); ni les mutations par successions testamentaires, ce qui eût porté atteinte à la volonté du testateur; ni les partages, parce que l'article 883 veut qu'ils soient déclaratifs et non translatifs de propriété. Elle a soumis, d'autre part, à la transcription des droits de créance : les baux d'une durée de plus de dix-huit années et tout acte ou jugement constatant, même pour bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus.

Mais il faut bien observer que la transcription, en faisant connaître les actes, ne les garantit aucunement contre les vices intrinsèques qui peuvent les faire annuler; il y aura donc toujours

(1) M. Bressolles, id.

pour les tiers des précautions à prendre. Il est un cas, néanmoins, où la loi devait les prémunir, car l'erreur pouvait naître de la formalité même qui est destinée à la dissiper. Lorsqu'une acquisition est annulée, rescindée ou résolue, la propriété subit un déplacement. Il fallait ne pas laisser subsister sur les registres du conservateur la transcription de l'acte, annulé ou résolu ; en conséquence, « tout jugement prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit doit être mentionné en marge de la transcription faite sur le registre (art. 4). »

II

Dans ses dispositions spéciales relatives au régime hypothécaire, la loi de 1855 établit le principe suivant : les créanciers du vendeur, même postérieurs à l'aliénation, peuvent s'inscrire jusqu'au moment de la transcription. L'inscription doit être prise avant la transcription de l'acte d'aliénation ; voilà le principe. La publicité est imposée à tous ceux qui ont des droits réels sur des immeubles, et celui-là est préféré qui a le premier publié. La loi du 23 mars 1855 a fait cesser définitivement une différence que rien n'expliquait entre les hypothèques et les autres droits réels immobiliers. Le Code avait imposé la publicité aux créanciers hypothécaires et en

avait affranchi les acquéreurs, les titulaires de servitudes, etc. Comment justifier en théorie une pareille différence ? Il fallait qu'elle disparût.

Nous n'avons pas à entrer dans le détail des exceptions prévues par cette loi à son principe général, ni à nous occuper des dispositions qu'elle renferme relativement à l'hypothèque légale des femmes mariées et des mineurs ; nous nous bornerons à une dernière observation qui sera comme l'épilogue de notre travail.

Nous avons vu le Code civil admettre le transport de la propriété par convention et d'autre part employer, en parlant des créanciers, des expressions qui rappellent celles des droits réels : « *possession*, *possesseur* ». Tandis qu'après de longues discussions on avait fini par admettre que l'aliénation des immeubles se fait *erga omnes* sans publicité, on avait imposé la nécessité d'une certaine publicité à l'aliénation des créances. La loi du 23 mars 1855 vint enfin détruire cette choquante anomalie. Mais il est si vrai que les deux domaines des droits réels et des droits de créance se pénètrent désormais l'un l'autre et que la séparation va chaque jour s'effaçant, que cette même loi qui semble relative aux seuls droits réels impose pour la première fois le même mode de publicité aux actes portant translation de ces droits et à certains actes constatant des obligations ou des libérations.

Ce résultat a même paru si extraordinaire à certains interprètes, qu'ils en ont tiré cette con-

clusion que le bail conférait chez nous un droit réel au locataire, conclusion assurément fort bizarre, si on songe que le louage n'a jamais été envisagé, soit en Droit romain, soit dans notre Droit, que comme un contrat productif d'obligations. Mais, quand bien même il serait vrai que le droit du preneur est chez nous un droit réel, il resterait toujours ceci, que des quittances, c'est-à-dire sans aucune espèce de doute des actes constatant des libérations d'obligation, peuvent être soumises à la même publicité que les droits réels, à la transcription.

La loi du 23 mars 1855, dans une de ses dispositions, vient donc à l'appui des conclusions que nous avions fait pressentir dans notre introduction. Ne soutenions-nous pas sans quelque justesse que la distinction entre les modes de formation des droits réels et des droits de créance était arbitraire et pratique plutôt que rationnelle? Notre étude vient de montrer que tous les progrès du droit tendent à l'effacer de plus en plus.

CHAPITRE IV.

DROIT COMPARÉ.

Après avoir montré que le simple consentement suffit dans notre Code à transporter la propriété, il nous a paru intéressant de voir comment les diverses législations des autres pays ont envisagé la question que nous venons de traiter. Cette recherche terminera notre étude.

Sans nous arrêter à préciser une distinction, dont les développements excèderaient les bornes d'un pareil travail, rappelons seulement que dans la grande famille aryenne, les mœurs, les vicissitudes politiques, la constitution géographique des pays ont nettement tranché les caractères des branches romane, germanique, scandinave et slave. — Chez la race romane, on retrouve l'unité romaine; chez les peuples germaniques, c'est l'esprit fédéral; la branche scandinave a gardé une simplicité, une vigueur natives qui ont subsisté sans altération dans sa législation comme dans ses mœurs et qui leur donnent un cachet tout spécial; enfin, chez les peuples slaves, les

derniers venus sur le sol de l'Europe, les uns ont conservé les souvenirs et les traditions de l'Orient, tandis que les autres, plus en contact avec les races de l'Occident, ont accepté leurs mœurs et laissé, dans leur législation, le droit germanique supplanter l'influence byzantine.

Tous ont vécu longtemps, et quelques-uns vivent encore, sous la seule autorité de leurs coutumes. Mais il arrive toujours un moment où la civilisation et l'unité d'un pays amènent à réunir dans un corps de lois les éléments épars d'une législation. C'est ainsi que la France, l'Autriche, la Prusse, la Russie, l'Italie, en un mot tous les grands Etats de l'Europe, à l'exception de l'Espagne et de la Grande-Bretagne, ont promulgué des Codes (1). Nous allons rechercher comment chacun d'eux a envisagé le point de législation qui nous occupe.

— En Allemagne, en dehors des Codes de Prusse, d'Autriche, des Grands-Duchés de Bade et de Hesse, de Wurtemberg, nous trouvons une législation qui, dans les pays que nous venons d'énumérer. forme le droit subsidiaire, et qui, dans les autres où les coutumes locales n'ont pas été encore codifiées ,

(1) La promulgation de la loi se fait soit par la lecture en chaire, à l'audience ou en place publique, soit par la publication dans les journaux officiels, soit par des affiches, soit par ces différents modes combinés. En Angleterre, il n'y a pas de promulgation ainsi manifestée : tout acte du Parlement est exécutoire du jour où il a reçu la sanction royale, parce que chaque Anglais est censé y avoir concouru par l'organe de ses représentants.

est d'une application directe : c'est le droit commun allemand. Ce droit, formé d'un ensemble de règles recueillies par les jurisconsultes, fait l'objet dans les écoles d'études toutes spéciales, et a acquis une importance considérable, surtout depuis qu'au commencement du siècle, une Université a été créée à Berlin, célèbre désormais par les noms de Niebuhr, de Savigny, d'Eichhorn.

Les principes du droit commun allemand sont surtout empruntés au Droit romain, c'est dire que la nécessité de la tradition en matière de transport de propriété est maintenue. Nous voyons, en effet, au livre II, où il est traité des différentes manières dont on acquiert la propriété, article 260 : « La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testament, et par l'effet des obligations *suivies de la tradition.* »

— En Prusse, la codification des coutumes, dont l'idée remonte à Frédéric II, suspendue par la guerre de Sept ans, fut reprise en 1780, et le Code général prussien, œuvre complexe, renfermant le Droit civil, criminel, communal, fut promulgué dans le royaume par lettres-patentes du 5 février 1794, sous Frédéric-Guillaume II (1).

Ce Code général s'appelle le *Landrecht;* une deuxième édition révisée et officielle a paru le

(1) La traduction du Code prussien fut faite en l'an X, par ordre du premier consul.

1er avril 1803. Il forme seulement un droit subsidiaire et n'abroge pas les dispositions des statuts locaux. Les mêmes principes que ceux du droit commun allemand s'y retrouvent, quant à la transmission des droits réels : le *Landrecht* porte que l'acquisition de la propriété n'est parfaite que par la tradition réelle, émanée soit du vendeur, soit du juge.

Une loi récente du 5 mai 1872 a réglé, d'une façon particulière, l'acquisition de la propriété immobilière pour toutes les provinces soumises au Code Prussien, à l'exception de la province du Hanovre. Il nous suffira de reproduire les deux premiers articles de cette loi :

Art. 1. — En cas d'aliénation volontaire, la propriété d'un immeuble n'est acquise que par une inscription au livre foncier, faite à la suite d'un acte d'investiture.

Art. 2. — L'investiture s'accomplit par la double déclaration suivante : 1° le propriétaire actuellement inscrit déclare consentir à l'inscription du nouvel acquéreur ; 2° le nouvel acquéreur déclare requérir son inscription. Ces deux déclarations seront faites simultanément et de vive voix, devant le juge conservateur compétent.

Ces textes prouvent que la propriété ne se transmet aujourd'hui en Prusse que par une tradition solennelle, et même faite en justice. C'est un véritable retour à l'*in jure cessio* des Romains ; car ce juge conservateur n'est pas un fonctionnaire de l'ordre administratif, comme notre conserva-

teur des hypothèques, c'est un magistrat, et le bureau de conservation est une dépendance du tribunal (1). Ces dispositions constituent une très-importante innovation, car, dans le système du Code prussien de 1794, l'inscription sur les registres n'était nécessaire qu'à l'égard des tiers; le droit de propriété était acquis sans elle entre les parties.

— En Autriche, dès 1753, l'impératrice Marie-Thérèse entreprit de faire codifier les lois de son empire, mais des retards successifs vinrent interrompre son œuvre, et le Code autrichien ne fut définitivement rédigé qu'en 1810. Il fut rendu exécutoire à partir du 1er janvier 1812, et prit le nom de Code civil général pour toutes les provinces héréditaires allemandes de la monarchie autrichienne. Il s'applique aujourd'hui dans toute l'étendue de l'empire d'Autriche. Si nous recherchons ses dispositions, quant à la propriété, nous voyons qu'il porte, au chapitre III, art. 380 : « Toute propriété ne peut être acquise qu'avec un titre ou un mode légitime, à moins que la chose ne soit sans maître ou abandonnée et qu'elle ne soit pas réclamée », et au chapitre XXIV, de la Vente, art 1053 : « Par contrat de vente, on cède une chose à quelqu'un pour une somme d'argent déterminée. La vente est comme l'échange au

(1) Nous empruntons ces renseignements à l'annuaire de Législation étrangère, publié par la Société de Législation comparée, volume de 1873, p. 215.

nombre des titres qui servent à acquérir la propriété. L'acquisition ne s'opère que par la tradition de la chose vendue. Jusqu'à la tradition de la chose vendue, la propriété appartient au vendeur. »

En 1874, des lois spéciales à certaines provinces autrichiennes ont prescrit la tenue de registres de publicité, de registres fonciers.

Ainsi, dans l'empire autrichien comme dans l'empire d'Allemagne, la propriété ne peut se transmettre par le simple consentement. — En est-il de même dans le droit slave?

— L'œuvre de la codification était des plus difficiles en Russie. Ce ne fut qu'en 1832 que se termina le *Svod* ou Digeste des lois russes (1), rendu exécutoire à partir de 1835. Cette œuvre considérable, étudiée depuis près d'un siècle, qui ne contient pas moins de 60,000 articles formant 15 volumes in-4°, met l'ordre dans un véritable chaos de règlements et d'oukases. Le système romain est conservé pour les immeubles. Ils doivent être vendus par acte dressé sur les registres fonciers ; cet acte est présenté ensuite au tribunal compétent qui fait procéder solennellement à la tradition, par des membres du tribunal de police : les voisins sont rassemblés, on lit le titre de vente, et on fait la tradition, dont on dresse acte.

— Dans les lois scandinaves, l'esprit germanique

(1) Une traduction du Code russe a été publiée par M. Victor Foucher.

se retrouve encore ; ainsi en Danemark, en Norwége, la tradition est toujours nécessaire au transport de la propriété. En Norwége, la propriété des immeubles n'est transférée que par la délivrance d'un titre authentique ou *Skjœde*, inopposable aux tiers s'il n'a pas été lu en justice.

— Mais il n'en est pas de même en Suède. Dans le très-ancien droit de la Suède on admettait la nécessité d'une investiture solennelle en présence du *Thing* ou de l'Assemblée ; plus tard, le principe du transport de la propriété par le seul consentement a prévalu, sauf une investiture légale ou plutôt judiciaire pour que le transport soit opposable aux tiers. Ces dispositions qui n'étaient que coutumières ont été codifiées par des lois hypothécaires faites en 1875. C'est au tribunal de la situation de l'immeuble qu'est demandée cette investiture, et elle s'applique même aux successions.

— Dans la Grande-Bretagne, où la législation civile semble devoir rester longtemps encore éparse dans mille coutumes, dont l'étude pourrait à elle seule faire l'objet d'un travail spécial, la tradition est nécessaire pour le transport des immeubles. Les lois anglo-saxonnes, comme on le voit, présentaient sur ce point une complète analogie avec les autres lois germaniques.

Quant à la publicité des transmissions immobilières, elle existait dans les anciens usages de l'Angleterre, mais elle avait disparu et les mutations de propriété et constitutions d'hypothèques

avaient fini par être occultes. Un acte du 13 août 1875 a établi un registre terrier, tenu par un *registrar*, où on peut faire enregistrer les mutations de propriété. Cette publicité n'est donc que facultative et non pas nécessaire au transport de la propriété; elle n'en est pas un élément.

— En Suisse, le canton de Vaud est le premier qui ait eu un Code civil. Ce Code, publié le 11 juin 1819, fut exécutoire à partir du 1er juillet 1821. L'article 1115 de ce Code, au titre de la vente, est la reproduction de notre article 1583, auquel il est ajouté : « Toutefois la vente d'un immeuble n'est parfaite que lorsque l'acte authentique a été passé; jusque-là il ne peut y avoir entre les parties qu'une promesse de vente (1). » C'est donc toujours le maintien de la tradition romaine.

Le canton de Glaris a, depuis 1874, un remarquable Code civil, rédigé par un éminent magistrat, M. le docteur J.-J. Blumer; nous devons en extraire les dispositions suivantes de l'article 175 : « Pour devenir propriétaire d'un immeuble, il faut en principe : 1° un juste titre, tel qu'un contrat, un héritage, un jugement, une adjudication, et une translation de la possession comme conséquence de ce titre ; 2° une inscription sur le registre foncier, par le conservateur des hypothèques de la commune. L'acquéreur d'un immeuble n'en est considéré comme propriétaire qu'à partir de l'inscription.

(1) Une remarque curieuse est que ce Code n'admet pas la vente d'un immeuble faite sous une condition suspensive ou résolutoire.

Cette législation ne nous reporte-t-elle pas au Droit romain? Il faut la juste cause et la tradition; même quelque chose de plus, l'inscription au bureau des hypothèques.

Les cantons du Valais, du Tessin, de Fribourg et de Neuchâtel adoptent au contraire les dispositions de notre Code.

— En Espagne, l'esprit local a résisté à tous les essais de codifications; chaque pays vit sous l'autorité de ses coutumes et de ses *Fueros*; nos recherches s'égareraient donc ici dans l'extrême confusion d'une législation trop obscure.

— Le Code civil Sarde, appliqué jusqu'en 1866, nous présente au contraire des dispositions fort nettes. Ce Code publié par le roi Charles-Albert, le 20 juin 1837, fut rendu exécutoire à partir du 1er janvier 1838. Le principe de la transmission de la propriété par le simple consentement est consacré, et ses articles sont l'exacte reproduction des nôtres. Le Code civil des Deux-Siciles, celui de Parme et celui de Modène renfermaient les mêmes dispositions.

La législation des diverses parties de la péninsule italienne tendait donc à s'identifier avec la nôtre pour admettre le transport de la propriété par le seul effet du consentement; il n'est pas dès lors étonnant que le Code civil Italien, promulgué après l'unification, le 25 juin 1865, et exécutoire à partir du 1er janvier 1866, ait adopté ici, comme dans la plupart de ses dispositions, les idées de notre Code civil. L'article 710 porte :

« La propriété s'acquiert par l'occupation. La propriété et les autres droits sur les choses s'acquièrent et se transmettent par succession, par donation et par l'effet des conventions. Ils peuvent aussi s'accquérir au moyen de la prescription. »

— De même, le Code civil Roumain, imité du nôtre par M. Boerescu, alors ministre, décrété le 26 novembre 1864 et promulgué le 4 décembre de la même année, déclare dans l'article 644 que « la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par legs, par convention et par tradition. »

— Si de l'ancien monde nous passons au nouveau, nous voyons que la propriété se transporte en général aux Etats-Unis comme chez nous par le seul consentement entre les parties, et au regard des tiers par l'enregistrement au bureau du Comté de l'acte translatif de propriété. Un acte du 29 mars 1872, concernant les transmissions de propriété dans l'Illinois, s'exprime ainsi dans son article 1 : «Aucune tradition *(Livery of seizin)* ne sera nécessaire pour la transmission de la propriété immobilière. »

Il serait inutile de multiplier ces détails. Cette excursion rapide à travers le droit international nous a montré que les idées françaises sur le transport de la propriété par le seul consentement sont loin d'avoir été admises encore par toutes les législations. A cet égard, nous rencontrons bien des divergences ; la plus importante est ce retour

réfléchi et prémédité de la loi prussienne de 1872 à un système analogue à celui de l'*in jure cessio*, d'une investiture judiciaire, comme en Suède, avec cette particularité que dans ces deux pays elle est indispensable, tandis que l'*in jure cessio* des Romains n'a jamais joué qu'un rôle très-effacé pour le transport de la propriété, qui s'opérait, en pratique, par la mancipation ou la tradition.

Mais il y a un point sur lequel toutes les législations modernes sont d'accord, sinon quant à la forme, du moins quant au fond : c'est que le transport de la propriété immobilière doit être entouré de publicité. L'Angleterre elle-même, si réfractaire, si fidèle à ses vieux usages, vient de faire un pas dans cette voie. C'est que les besoins du crédit et la transformation des voies de communication ont imposé à tous les législateurs la nécessité d'assurer la sécurité de la transmission immobilière.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. La maxime : « *Utile per non utile non viciatur,* » a été empruntée par le Droit canonique aux textes du Droit romain, mais elle n'a jamais été formulée comme règle par les jurisconsultes de Rome.

II. L'origine de la nullité du legs *pœnæ nomine*, au temps classique, se trouve dans le triomphe de l'opinion sabinienne sur l'influence des conditions illicites dans les legs et fidéicommis.

III. C'est par une *cognitio extra ordinem* que se réglaient à Rome les honoraires des avocats.

IV. La novation ne paraît pas avoir été employée dans la pratique romaine pour changer l'objet de l'obligation, mais rien ne s'opposait à son emploi en pareil cas.

V. Dans l'action négatoire, le demandeur doit prouver l'existence de la servitude.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

I. En cas de demande de nullité de mariage, intentée par le mari ou ses héritiers, l'action tendant en même temps à faire écarter l'enfant, comme étant conçu avant le mariage, est une action en contestation de légitimité et non en désaveu de paternité.

II. Les jugements rendus en matière de propriété n'ont pas autorité de chose jugée à l'égard des tiers qui contesteraient la propriété de la partie gagnante.

III. Les deux dispositions de l'article 2177 sont inconciliables.

IV. Le partage doit être transcrit lorsqu'il renferme création d'une servitude ; à défaut de transcription, cette servitude ne serait pas opposable aux tiers.

V. L'assimilation établie par l'article 900 entre les conditions illicites dans les legs et les conditions illicites dans les donations est contraire à la vérité juridique.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

I. La saisine était collective en Droit germanique.

II. La première rédaction de la loi Salique fut orale.

III. Le douaire du tiers pour les nobles est passé du Droit germanique dans le Droit canonique, et de là dans les coutumes ; il n'est donc pas d'origine anglaise.

IV. Les Bénéfices viennent du Droit canonique.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. L'autorité administrative peut seule connaître des actions qui tendent à constituer l'Etat débiteur dans les cas où les textes n'ont prononcé aucune attribution de compétence.

II. La propriété des rivières non navigables ni flottables appartient aux riverains.

III. Le terrain compris entre les contre-forts qui soutiennent les murs d'une église paroissiale n'est pas imprescriptible, comme faisant partie du domaine public de la commune.

IV. L'étranger chef de famille, ayant feu dans une commune, a droit à l'affouage communal, s'il a été admis à établir son domicile en France.

PROCÉDURE.

I. Les *voies de fait* dont parle l'article 5, 5° de la loi de 1838 sur les justices de paix, comprennent non-seulement les violences légères, passibles des peines de simple police, mais tous les coups et blessures.

II. La citation en conciliation n'est pas interruptive de prescription lorsque les parties étaient incapables de transiger.

III. On ne peut assigner simplement « au délai de la loi » il faut, dans l'exploit, préciser le jour de la comparution.

IV. Les parties ne peuvent proroger la juridiction du juge de paix, hors des limites de sa compétence *ratione materiæ*.

V. Un Français créancier d'un Français ayant cédé sa créance à un étranger, celui-ci peut être tenu de fournir la caution *judicatum solvi*.

DROIT CRIMINEL.

I. L'agent qui, ayant l'intention de tuer Primus, a tué par maladresse Secundus, tombe sous l'application de l'art. 295 et non de l'article 319 du Code pénal.

II. L'étranger qui a été poursuivi dans son pays pour un des crimes prévus par l'article 7 du Code d'instruction criminelle ne peut se prévaloir en France du jugement étranger, et opposer la maxime : *non bis in idem*.

III. L'article 511 du Code civil est applicable par analogie au condamné à une peine afflictive perpétuelle.

IV. L'état de récidive ne peut être constitué par un premier jugement rendu à l'étranger.

*

DROIT COMMERCIAL.

I. Le billet à ordre est un acte commercial et non un acte civil.

II. La faillite n'empêche pas la compensation entre le failli et un de ses créanciers, à la condition de ne compter la créance que pour le dividende.

III. Entre commerçants, le contrat de commission doit être exécuté à la lettre.

IV. Dans une société, un des sociétaires ne peut associer un tiers.

V. La légitimité de la création des chambres syndicales d'ouvriers, si elle est accordée par le législateur sans aucune nécessité d'autorisation, doit entraîner l'abolition des lois restrictives du droit de réunion et d'association.

DROIT DES GENS.

I. Dans un jugement d'exequatur, rendu quant à une décision d'un tribunal étranger, la loi française, qui intervient pour donner une force exécutoire, ne peut modifier le jugement étranger.

II. Quand un individu dont l'extradition est demandée va se livrer lui-même à la justice de son pays, il peut être non-seulement poursuivi pour le fait à raison duquel on avait demandé l'extradition, mais pour tous autres faits dont il est accusé.

III. On a le droit d'enlever à des peuplades nomades et errantes les territoires sur lesquels elles exercent leur chasse et leur pêche, moyennant une indemnité.

IV. La haute mer n'est pas susceptible d'appropriation.

ÉCONOMIE POLITIQUE.

I. Un pays s'appauvrit lorsque, pendant toute une série d'années, les importations dépassent les exportations.

II. Les nations doivent, autant que possible, conserver leur indépendance industrielle et commerciale, comme elles conservent leur indépendance politique et militaire.

III. L'existence de deux étalons monétaires, avec un rapport de valeur déterminé à l'avance, peut être pratiquement commode, mais n'est pas rationnelle.

IV. Les sociétés coopératives de production ne peuvent pas prospérer si elles veulent se passer d'un élément capable de jouer l'office du patron.

Vu :

Par le Doyen, Président de la Thèse,

DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur,

C. CHAPPUIS.

TABLE DES MATIÈRES.

Pages.

INTRODUCTION..... 5

DROIT ROMAIN.

GÉNÉRALITÉS : Droits réels et droits de créances; droit de propriété..... 17

CHAPITRE I. De quelques points communs aux droits réels et aux droits de créance, quant aux modes admis par le Droit civil pour leur acquisition et leur extinction..... 33

SECTION I. De la mancipation..... 34

§ I. De la mancipation considérée comme mode de transport des droits réels..... 35

§ II. De la mancipation considérée comme mode de formation et d'extinction des créances. 37

SECTION II. De l'*in jure cessio*..... 43

SECTION III. De la *litis contestatio* et de la *condemnatio*. 46

SECTION IV. De la compensation..... 49

SECTION V. De la novation. Stipulation aquilienne... 55

SECTION VI. De la mort..... 56

CHAPITRE II. De la tradition et des cas où le transport de la propriété résulte de la convention, la tradition étant supposée..... 57

§ I. Du *corpus*..... 61

§ II. De l'*animus*..... 69

§ III. De la tradition conditionnelle au point de vue de la rétroactivité..... 75

CHAPITRE III. De l'acquisition des droits réels prétoriens par l'effet des conventions..... 81

CHAPITRE IV. De l'acquisition des servitudes par pactes et stipulations..... 85

CHAPITRE V. De l'influence des conditions sur le transport de la propriété en cas de vente. — De la propriété résoluble. — Du *dominium in pendenti*..... 90

CHAPITRE VI. Du transport et du retour de la propriété dans les donations à cause de mort..... 112

§ I. Passage de la propriété du donateur au donataire..... 113

§ II. Retour de la propriété du donataire au donateur..... 121

Chapitre VII. Du transport de la propriété dans le *legs per vindicationem*..... 128

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

Première partie. Formation des créances..... 142
Deuxième partie. Du droit de propriété..... 146
Chapitre I. Aperçu historique sur le droit de propriété. 146
§ I. De la propriété dans la Gaule avant et après la conquête Romaine jusqu'aux invasions Germaniques..... 146
§ II. De la propriété dans le Droit germanique... 149
§ III. De la propriété sous le régime féodal et dans le Droit coutumier..... 154
Chapitre II. Modes de transmission de la propriété..... 160
§ I. Droit germanique..... 160
§ II. Droit féodal..... 165
§ III. Droit coutumier..... 171
Droit intermédiaire..... 181
Loi du 11 brumaire an VII..... 183

CODE CIVIL.

Généralités..... 189
Chapitre I. Du transport de la propriété dans les conventions pures et simples ou à terme..... 192
Section I. Le Code n'a pas maintenu la nécessité de la tradition réelle..... 192
Section II. L'esprit du Code n'exige même pas une tradition sous-entendue..... 209
Chapitre II. Du transport de la propriété dans les contrats conditionnels..... 219
§ I. Du cas de condition suspensive..... 220
§ II. Du cas de condition résolutoire..... 222
Chapitre III. Du transport de la propriété à l'égard des tiers..... 225
Section I. De l'effet de la convention de donner un meuble corporel à l'égard des tiers..... 226
Section II. De l'effet de la convention de donner une créance à l'égard des tiers..... ...
Section III. De l'effet de la convention de donner un immeuble à l'égard des tiers..... ...
Chapitre IV. Droit comparé..... ...
Positions..... 253

Toulouse.— Imp. DOULADOURE.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITÉ TOULOUSE