



THÈSE

POUR LE DOCTORAT

MANIOC.org

Université Toulouse 1 Capitole
Service Commun de la Documentation

MANIOC.org

Université Toulouse 1 Capitole
Service Commun de la Documentation

90347-1-3.

FACULTÉ DE DROIT DE RENNES

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

DROIT ROMAIN

PERSONNALITÉ DE L'ESCLAVE

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE CRITIQUE SUR LA TRANSCRIPTION

Cette thèse sera soutenue le samedi, 27 mai 1893, à trois heures,

PAR

Camille CAZIER

Ancien Notaire à Compiègne (Oise), Avocat à la Cour d'Appel
de Rennes.



EXAMINATEURS :

MM. EON, doyen ; CHATEL, professeur ; FETTU, professeur ; et PIÉDELIÈVRE, agrégé.

RENNES

IMPRIMERIE TYPOGRAPHIQUE F. GRALLAND

2, PLACE DE LA MAIRIE, 2

1893

DROIT ROMAIN

PERSONNALITÉ DE L'ESCLAVE

LISTE

des principaux Ouvrages consultés et cités.

- H. WALLON. — *L'esclavage dans l'antiquité* (histoire de).
- DE CAQUERAY. — *De l'esclavage chez les Romains*. (Revue historique de droit français et étranger, tome X, 1864.)
- Th. MOMMSEN. — *Le Droit public romain*.
- J. MARQUARDT. — *La vie privée des Romains*.
- Ch. DEZOBRY. — *Rome au siècle d'Auguste*.
- DE CHAMPAGNY. — *Des Césars*.
- MONTESQUIEU. — *L'esprit des Lois*.
- ORTOLAN. — *Explications historique des Institutes*.
- ACCARIAS. — *Précis du droit romain*.
-

PERSONNALITÉ DE L'ESCLAVE

INTRODUCTION

Tous les hommes naissent libres et égaux en droits.

S'il pouvait subsister quelques doutes sur la vérité de cet axiome de droit naturel que les membres de l'Assemblée Nationale ont gravé au frontispice de notre société moderne, ces doutes seraient vite dissipés à la vue des étranges contradictions que présente la condition de l'esclave à Rome.

Dans la Société romaine, l'esclave est considéré comme une bête de somme, une chose, une marchandise ; l'esclave n'est pas un homme.

« *O demens ! Ita, servus homo est !* » dit le poète (1).

En droit romain, l'esclave n'est pas une personne ; il ne peut subir de diminution de tête, parce qu'il n'a pas d'état : « *nullum caput habuit.* » (2).

C'est bien réellement une chose, l'objet d'un véritable droit de propriété, et du droit de propriété le plus complet, le plus parfait qui soit à Rome : l'esclave est

(1) Juvénal. *Sat.* VI, 222.

(2) *Institutes* de Just. I, XVI, § 4.

« *res mancipi* » comme les bêtes de trait et de somme, les seules d'ailleurs qui lui soient assimilées sous ce rapport. (1).

Les Romains, ces logiciens inflexibles, ont-ils suivi jusqu'au bout les conséquences rigoureuses de ces prémisses, qui étaient la négation même du principe énoncé à la première ligne de cette étude ? Nous ne le pensons pas. L'esclavage, qui était la base même de leur édifice social, se développa et se modifia suivant les phases que subit la Société romaine. En étudiant cette institution fautive et antijuridique aux diverses époques de l'histoire, on relève des contradictions de plus en plus nombreuses et de plus en plus remarquables au sein de la Société comme dans les lois, en ce qui concerne l'esclave.

Évidemment, l'esclavage n'est pas susceptible en droit d'un traitement logique : les jurisconsultes romains qui, en vertu de la loi civile, considéraient l'esclave comme une *res mancipi*, admettaient l'égalité de tous les hommes en droit naturel (2). Les esclaves étaient donc des choses et des personnes tout à la fois ; et cette dernière qualité leur fut de plus en plus reconnue, à regret et inconsciemment le plus souvent, mais aussi par un progrès ininterrompu et irrésistible.

Au cours de cette étude nous noterons ces contradictions et nous nous efforcerons d'en faire sortir la preuve de la personnalité de l'esclave.

C'est en nous plaçant à ce point de vue spécial que, dans une première partie, nous étudierons d'abord l'esclave au sein de la Société romaine en général ; puis le rôle que les mœurs lui attribuèrent dans l'État, dans la

(1) Gaius, II, § 45.

(2) Ulpien, Dig. L. xvii, 32.

religion, dans la famille. Après cette étude préliminaire, indispensable selon nous à la complète intelligence du sujet, nous analyserons, dans une seconde partie, la condition de l'esclave selon les lois et les écrits des jurisconsultes.

PREMIÈRE PARTIE

L'ESCLAVE DANS LA SOCIÉTÉ ROMAINE

D'ordinaire, les lois sont la résultante des mœurs, dont elles mesurent et consacrent les évolutions. L'histoire nous montre en effet que lorsque le législateur a voulu devancer ou contrarier ces évolutions, il a presque toujours échoué.

Il est donc nécessaire d'étudier les mœurs de chaque époque pour connaître l'origine et comprendre l'esprit des lois qu'elle a vu édicter. C'est pourquoi nous avons cru devoir commencer par examiner, au point de vue auquel nous nous sommes placé, la condition de l'esclave dans la Société romaine.

§ I. — Condition et traitement des esclaves en général.

Aux premiers temps de Rome, les esclaves furent peu nombreux. Les Romains conquièrent plutôt des hommes libres, et s'assimilèrent les peuples voisins, soit en les associant à tous les privilèges de la cité, soit en les

laissant à un degré inférieur, foule obscure et sans nom qui plus tard, après Servius Tullius, devait former l'Ordre des Plébéiens.

L'agriculture était alors en honneur ; chaque citoyen cultivait son champ qui, tout exigu qu'il fût, devait suffire à nourrir le maître et sa famille, y compris ses serviteurs. Aussi l'esclave était souvent unique. Lorsque le maître s'absentait, il le remplaçait à la tête de sa culture. On désignait ordinairement cet esclave unique par le nom de son maître : Marcipor, Lucipor, Quintipor, contractions de Marci puer, Luci puer, etc. (1). Cette appellation et cet emploi prouvent suffisamment qu'il était traité doucement et familièrement ; et d'ailleurs ceci est attesté par Plutarque (*Vie de Coriolan*), et s'explique par l'origine même de ces esclaves des premiers temps, tous nés chez le maître, ou faits prisonniers chez des peuples voisins de même origine.

À cette époque, les travaux de la ville, les métiers, occupations peu estimées par ces Romains agriculteurs, étaient laissés pour la plupart à des travailleurs libres, classe intermédiaire et méprisée, et trait d'union entre le maître et l'esclave, qui paraissaient ainsi moins éloignés l'un de l'autre.

L'État lui-même alors ne possédait que très peu d'esclaves, tous au service des magistrats, ou exécuteurs des arrêts criminels(2). Les hommes libres se partageaient les soins des services publics. (3).

Lorsque les domaines privés s'étendirent en même temps que Rome grandissait, le nombre des esclaves

(1) Pline. *Hist. nat.*, xxxiii, 25.

Festus. *De verb. sign.*, p. 257.

(2) Dion Cass. *Fragm.*, xxxi, ii, p. 15 ligne 89. Edit. Renner.

(3) Tite-Live. xxx, 39.

s'accrut rapidement ; les conquêtes, les richesses, le goût du luxe donnèrent à la fois aux Romains le besoin d'un grand nombre d'esclaves et les moyens de se les procurer. A l'apogée de sa puissance, Rome en compte une multitude innombrable.

Ces esclaves provenaient de sources diverses : et d'abord, on naissait ou on devenait esclave.

I. — Esclaves par la naissance.

L'enfant qui naissait en dehors des justes noces, c'est à dire de l'union légitime entre les seuls citoyens romains, suivait la condition qu'avait sa mère au moment de sa naissance, et naissait donc esclave si elle était alors esclave (1). On admit cependant quelques tempéraments à cette règle en faveur de la liberté.

Ces esclaves nés chez le maître s'appelaient *vernæ* (2), c'est à dire printaniers ; Festus dit : « *Vernæ appellantur ex ancillis civium romanorum vere nati, quod tempus anni maxime naturalis felicitatis est.* » (3).

II. — Autres sources d'esclavage.

On devenait esclave par captivité dans une guerre conforme au droit des gens : c'était la source principale et inépuisable d'esclaves. Et lorsqu'on en voulut un grand nombre, il arriva que la captivité fut souvent, non plus seulement le résultat, mais le but même de la guerre ; et Rome put, à l'apogée de sa puissance, dire avec orgueil : « Autant d'ennemis, autant d'esclaves. » (4).

(1) Gaius. *Com.* I, § 89. — Ulpian. *Régul.* V, § 40.

(2) Festus. *Fragm.* Paul Diac. *Excerpt.* XIX, p. 373. — Edit. C. O. Müller.

(3) Horace dit aussi (*Epodes*, II) : *Positos que vernas, ditis examen domus circum residentis lares.*

(4) Sisennius Capiton. *Com. ad Apul.* l. IV, 1, p. 312. Ed. 1604.

Plus tard encore, quand tous les peuples connus eurent été soumis et qu'il n'y eut plus d'ennemis à vaincre et à réduire en esclavage, la piraterie remplaça la guerre, et fournit au Peuple Roi les serviteurs que celle-ci ne lui procurait plus (1).

Le Droit civil, comme le Droit des gens, donnait aussi son contingent à l'esclavage : le citoyen qui omettait sciemment de se faire porter sur les Tables du cens (2), l'homme libre qui commettait un vol manifeste (3), le débiteur insolvable, étaient ou pouvaient être vendus en esclavage, ou attribués (*addicti*) à la victime du vol ou au créancier impayé.

Tout ceci fut pratiqué de bonne heure à Rome. Plus tard, l'Empire augmenta encore les sources civiles de l'esclavage : l'homme libre qui se laissait vendre comme esclave (4), la femme libre qui entretenait un commerce illégitime avec l'esclave d'autrui (5), devenaient esclaves sous certaines conditions.

Les condamnés aux derniers supplices, aux bêtes, au supplice de la croix, aux mines, étaient esclaves de la peine, par le seul effet de leur condamnation (6).

Ajoutons à cette liste déjà si longue l'affranchi ingrat envers son patron, et enfin le fils vendu par son père, car à Rome le père, ayant droit de vie et de mort sur son enfant (7), avait à fortiori le droit de l'exposer et celui de le vendre.

Nous avons rappelé à dessein les différentes source

(1) Plut. *Pomp.* XXIV.

(2) Ulpien. *Regul.* XI. § 41.

(3) *Loi des XII Tables*, t. VIII.

(4) *Sen. cons.* Claudien.

(5) id. id. id.

(6) *Institutes.* I, XII, § 3.

(7) Gaius. *Com.* I. § 55. — *Loi des XII T.*

d'esclavage, parce que la diversité d'origine expliquera naturellement certaines diversités de traitement que nous relèverons plus loin.

Comparons maintenant la condition qui fut faite à l'esclave au plus beau temps de cette seconde période, avec celle que nous avons exposée plus haut.

C'est ici qu'il semble bien, à première vue, que le titre de cette étude est un contre sens : l'esclave, en effet, devenu légion, n'est plus qu'un immense et vil troupeau ; sa situation, très supportable d'abord, a empiré à partir du jour où la vie commune avec le père de famille a cessé, où la grande étendue des domaines et l'absentéisme ont rendu les esclaves étrangers à leur maître(1). Alors, on peut dire qu'ils ne comptent plus au nombre des hommes ; ce sont des choses, ou plutôt des bêtes de somme. Le maître a tout droit sur eux : droit de vie et de mort, ce qui n'est pas étonnant chez un peuple où le même droit existe sur les enfants ; mais encore droit de les vouer aux supplices les plus cruels, aux services les plus infâmes : « *Nec turpe est quod dominus jubet* » dit Petrone ; et Horace, *Satire* I. II. 117, dit aussi : « *Impudicitia in ingenuo crimen est, in servo necessitas in liberto officium.* »

Cependant cet esclave était un animal perfectible, susceptible d'acquérir de la valeur, et même une valeur considérable, par le perfectionnement et l'éducation ; susceptible aussi d'exploitations de toutes sortes. Caton le Censeur achetait de jeunes esclaves pour les dresser comme de jeunes chiens et les revendre avec bénéfice (2).

Le même Caton avait un « *servus litteratus* » qu'il avait

(1) Luc. *Pharsale*. I. 167.

(2) Plutarque. *Cat. maj.* XXI.

fait instruire, et qu'il louait au cachet ou au mois pour donner des leçons de littérature. (1).

Et aussi, dure revanche de la vérité sur la fiction, ces mêmes esclaves à qui on dénie l'humanité, on peut les voir à cette époque exercer les plus hautes fonctions sociales ; ce sont eux qui seront les secrétaires, les médecins, les architectes, les peintres, les sculpteurs. On trouvera parmi eux des philosophes, des professeurs de toutes sciences, des poètes, etc...

Il y eut des esclaves instruits que leurs maîtres traitèrent en amis : Cicéron et son esclave Tiron en sont un exemple fameux, et leur correspondance nous est parvenue (2). Les médecins surtout eurent l'occasion de se concilier la reconnaissance et l'affection de leurs maîtres (3). Il devait arriver en effet que, plus l'esclave se montrait utile et s'élevait par son intelligence, moins le maître était à sa hauteur, et plus l'esclave pouvait fonder sur lui un ascendant puissant et durable.

Parfois aussi, il surgira du sein de l'esclavage un Spartacus, qui prouvera aux maîtres du monde qu'il y a un homme dans chaque esclave.

Même en ne considérant que le commun des esclaves, il est bien certain qu'en fait le maître n'alla jamais jusqu'aux limites extrêmes de son pouvoir et, il faut bien le reconnaître, de son droit : les maîtres qui maltraitaient systématiquement leurs esclaves furent toujours des exceptions cruelles. L'intérêt bien entendu du maître d'abord, et les mœurs en général, firent apporter successivement à leur sort des adoucissements que nous

(1) Plutarque *Cat. maj.* XX.

(2) Cicéron. *Ad Attic.* VII, v, 2.

(3) Sénèque. *De benef.* vi, 16.

relèverons à la louange du peuple romain comme aussi à l'appui de notre thèse.

Si en effet nous voyons, au début, les auteurs comme Varron et Columelle s'occuper minutieusement du sort et du traitement des esclaves ruraux, de leur logement(1), conseiller de les traiter affectueusement (2), si nous voyons même Caton faire allaiter par sa femme les enfants de ses esclaves pour leur faire sucer avec le lait l'amour de la famille (3), il faut bien reconnaître qu'ils n'ont encore en vue que l'intérêt du maître. Mais plus tard, sous l'influence des philosophes néo-stoïciens, à commencer par Sénèque qui enseigne que la vraie liberté est la liberté morale, que tous les hommes ont les mêmes droits; plus tard encore, lorsque grâce à la fin des grandes guerres qui tarit la source principale de l'esclavage, grâce aussi à la misère du peuple, on voit plus d'hommes libres parmi les travailleurs, et que par conséquent le niveau du citoyen s'abaisse; plus tard enfin, sous l'influence du christianisme, bien avant même qu'il devienne religion d'état (4); nous assistons à une véritable transformation dans les mœurs. Les décisions impériales que nous allons citer, et qui sont de graves atteintes aux droits du maître sur l'esclave, ne sont que la conséquence et la consécration de cette évolution sociale, et il est certain qu'elles reflètent fidèlement les mœurs de leurs époques respectives.

Quel chemin parcouru en ce sens depuis la loi Aquilia,

(1) Columelle. I, vi, 3.

(2) id. I, viii, 45.

(3) Plutarque. *Cat. maj.* XX.

(4) Tertullien, *Apol.* XXXVII, écrit vers 211 : « *Hesterni sumus, et vestra omnia implevimus. urbes, insulas, castella. etc. ; sola vobis relinquimus templa.* »

qui punit de la même manière le meurtre de l'esclave et celui des bestiaux paissant en troupe, et en particulier des cochons (1), jusqu'au moment où se déroule et s'accomplit la série des réformes ci-après !

I. Une loi Petronia, rendue sous Auguste ou Néron au 1^{er} siècle de notre ère (2), enleva pour l'avenir aux maîtres le droit de livrer leurs esclaves aux bêtes sans des raisons sérieuses à soumettre à l'approbation des magistrats.

II. Une décision de Claude (3) accorda la liberté aux esclaves malades délaissés par leurs maîtres, et défendit à ceux-ci, à peine d'être poursuivis comme meurtriers, de les tuer au lieu de les abandonner.

III. L'empereur Adrien, au 2^e siècle (4), défendit aux maîtres d'infliger la mort à leurs esclaves, pour quelque motif que ce fût, sans l'autorisation du magistrat ; et il condamna à cinq ans de rélévation une matrone romaine qui avait, sans motif sérieux, torturé son *ancilla*.

IV. Antonin le Pieux décida (5) que le maître qui tuerait sans raison son esclave serait puni comme s'il avait tué l'esclave d'autrui, et par conséquent comme s'il avait tué le maître lui-même.

Il alla plus loin, et par un rescrit qui nous est cité littéralement par Ulpien (6), il enjoignit aux magistrats de veiller à ce que les maîtres, dans leur intérêt même dit-il, comme pour excuser cette atteinte à leurs droits absolus, n'abusassent pas de leur juste autorité, et

(1) V. M. de Champagny. *Des Césars*. III. p. 117.

(2) *Dig.* XLVIII, VIII, 11, § 2.

(3) *id.* XL, VIII, 2.

(4) Ulpien. *Mos. et Rom. leg. Collatio*. III, III, § 4.

(5) Gaius. *Com.* I, § 53.

(6) *Dig.* I, VI, 2.

d'accueillir les esclaves qui viendraient se plaindre à eux des mauvais traitements de leurs maîtres.

V. Ulpien, au III^e siècle, nous rapporte (1) que le Préfet de la ville avait le devoir d'accueillir les plaintes des esclaves maltraités ou qui, s'étant rachetés de leurs deniers, n'obtenaient pas de leurs maîtres leur affranchissement.

VI. Enfin, parmi les décisions analogues devenues de plus en plus nombreuses au temps des empereurs chrétiens, nous en citerons seulement une de Constantin (2) qui assimile au meurtre d'un homme libre le fait de tuer intentionnellement son propre esclave.

Il est vrai que, dans la plupart de ces décisions, les empereurs commencent par protester expressément de leur intention de sauvegarder le droit de propriété du maître sur l'esclave, et ressentent le besoin de les justifier, soit par l'intérêt du maître lui-même, soit par l'intérêt supérieur de l'Etat. Justinien qui reproduit la Constitution si humaine de Constantin croit devoir l'expliquer et la justifier par ces mots : « *Expedit enim reipublicæ ne suâ re quis male utatur.* » Mais ces reticences elles-mêmes ne font-elles pas ressortir mieux encore l'étrange contradiction de ces décisions qui, de l'esclave chose, font véritablement un homme, puisqu'elles le protègent à l'égal de l'homme libre

Les esclaves étant des choses et la propriété absolue de leurs maîtres, il semble tout d'abord qu'il ne puisse y avoir entr'eux d'autres différences que celles de fait qu'il plait aux maîtres d'établir; c'est en effet ce qui

(1) *Dig.* I, XII, 1, §§ 1 et 8.

(2) *Code.* IX, XIV.

paraît résulter de ce passage des *Institutes* (1) : « *In servorum conditione nulla est differentia* », et de cet autre passage de Marcien (2) : « *Inter servos nulla differentia* ». Or ceci n'est pas entièrement vrai, même au point de vue des droits du maître, comme nous le démontrerons dans notre deuxième partie. Outre ces différences de droits que nous trouverons plus loin, la force des choses voulut que d'immenses différences de fait existassent dans la condition des esclaves. Partagés en deux catégories, répartis dans la *familia rustica* et dans la *familia urbana*, il arriva forcément que leurs aptitudes diverses, tant physiques qu'intellectuelles, leurs différents degrés d'éducation et d'instruction contribuaient à établir entr'eux les différences qui se produisaient entre les hommes libres. Si les uns restaient à peu près des brutes, des bêtes de somme, les autres s'élevaient au plus haut degré de la hiérarchie domestique et jouissaient de la confiance et de l'affection de leur maître qui leur était si souvent inférieur sous bien des rapports.

Ainsi les *vernæ*, esclaves nés dans la maison du maître, étaient unis à la famille par un lien moral, et occupaient à certains égards une situation privilégiée; ils trouvèrent souvent dans cette circonstance un titre aux égards et à la faveur du maître, et on put voir un *verna* adopté par celui dont il était l'esclave (3). On vit aussi des affranchis se parer avec fierté, eux et les leurs, de ce titre de *vernæ* (4).

Il y eut, parmi les esclaves, des intendants, des bibliothécaires, des précepteurs, des procureurs ou

(1) *Instit.* I, III, § 5.

(2) *Dig.* I, v, 5 pr.

(3) Orelli. *Inscr.* n° 2108.

(4) Orelli. *Inscr.* nos 2997 et 3197 : *M. Ulpio. Aug. Vernæ*,

employés aux affaires, des comptables, etc. Toutes les inégalités de la société se retrouvaient dans l'esclavage, toutes les nuances de la vie des citoyens se reflétaient sur leurs serviteurs (1).

Quoi de plus frappant en ce sens que l'exemple de cet esclave dotal, réservé à la femme par *l'instrumentum dotale*, ce « *receptitius* » dont parle Aulu Gelle (2), qui allait souvent, dans la confiance de sa maîtresse, plus avant que le mari ?

« *Dotalem servom Sauream uxor tua*

« *Adduxit, quoi plus in manu sit quam tibi.* » (3).

§ 2. — Condition de l'esclave dans l'État et dans la Cité.

Il est certain que l'esclave romain n'avait aucun droit politique, et guère plus de droits publics. Nous pourrions relever cependant, au sujet de ces derniers droits, deux cas où la nécessité força les Romains à abandonner une fois de plus la fiction de l'esclave-chose, soit temporairement, soit constamment.

I. Nous voulons parler d'abord des enrôlements militaires.

Si la loi en effet excluait l'esclave de l'armée (3), il arriva dans l'histoire de Rome bien des circonstances où l'on se souvint qu'il était un homme capable de porter les armes : pendant la guerre d'Annibal en Italie, pendant les Guerres Civiles (4), on enrôla des esclaves ; et

(1) Wallon. II. p. 254.

(2) Aulu-Gelle. XVII, 6.

(3) Plaute. *Asin.* I, 1, 70.

(6) Marcien. *Dig.* XLIX, xvi, 11. « *Ab omni militia servi prohibentur, alioquin capite puniuntur.* »

(4) Tite-Live. XXII, 57.

Marc Aurèle, lors des invasions des Marcomans (1), appela sous les drapeaux des esclaves, voire même des gladiateurs, ce qui fit murmurer le peuple qu'on privait ainsi de son spectacle favori.

Il est vrai que, le danger passé, on savait bien revenir aux vrais principes : Auguste fit saisir et arrêter trente mille esclaves enrôlés et les fit rendre aux maîtres qui les revendiquèrent ; ils en fit même égorger six mille qui ne furent pas réclamés ; et tout cela malgré les traités, et la garantie à eux accordée par le Sénat ; « car les esclaves sont hors la loi, et les promesses les plus authentiques qu'on leur fait sont nulles. » (2).

A la fin de l'empire, et lorsqu'il fallut de nouveau repousser les invasions des Barbares, l'enrôlement des esclaves fut autorisé et prescrit par les lois, mais toutefois en prenant bien soin, même alors, de dénier la personnalité à ceux qu'on appelait à l'honneur de défendre la patrie et à qui on promettait la liberté pour récompense : « *Contrà hostiles impetus non solas jubemus personas considerari, sed vires, etc...* » (3).

II. Nous examinerons plus loin si l'esclave put, en certain cas, ester en justice, et quelle situation la loi romaine lui fit lorsqu'il était victime ou coupable d'un délit. Nous nous bornerons ici à considérer de quel poids était le témoignage de l'esclave aux yeux des magistrats.

Il est remarquable en effet que cette chose, cette bête de somme qu'était l'esclave, redevenait en certaines circonstances un homme dont le témoignage était accepté

(1) J. Capitolinus. *Marc Aurèle*, 21.

(2) Mommsen. — Dezobry : *Rome au s. d'Aug.* I, p. 268.

(3) *Code Th.* VII, XIII, 16 (p. 406).

devant la justice. Il est vrai que l'esclave appelé par l'accusateur était généralement soumis à la question (1). Il l'était encore lorsqu'il devait témoigner dans les affaires d'intérêt privé (2).

Malgré cela, nous sera-t-il permis de voir, dans ce témoignage invoqué, ou plutôt exigé de l'esclave, un appel à son intelligence, à sa véracité, à sa conscience? Nous sera-t-il même permis d'y voir une sorte de droit public à lui accordé? Oui peut-être, tout au moins à partir d'une certaine époque, lorsque Auguste, et après lui Adrien, eurent décidé qu'on ne devait soumettre les esclaves à la torture qu'à défaut d'autres preuves (3), et seulement dans les causes capitales et dans les crimes atroces (4).

III. *Servi publici*. — Il nous reste à parler de toute une classe d'esclaves qui, même au point de vue du droit, diffèrent beaucoup des autres, puisqu'en effet on leur reconnaît au moins certains droits, alors qu'on semble les refuser tous à leurs compagnons de servitude. Il s'agit des esclaves publics, ceux qui appartenaient au domaine public du peuple romain, et qui étaient employés aux travaux et aux services de l'État.

Cette classe était vraiment privilégiée au sein de l'esclavage. Les *Servi publici* recevaient un salaire annuel sur le Trésor public; cette solde est appelée *cibaria annua* dans le *Sénatus Consulte* cité par Frontin, *de aquis*, 100, où elle est opposée à la *merces* des employés libres (5).

(1) *Dig.* XXII, v, 21, § 2.

(2) *id.* XLVIII, xviii, 9.

(3) *id.* *id.* *id.*

(4) *id.* *id.* *id.* pr. 8.

(5) V. aussi Pline, *Ad. Trag.* 31.

Les *servi publici* dont les fonctions ne leur permettaient pas d'être logés dans un édifice public recevaient de l'Etat un petit terrain pour s'y construire une maison qui leur appartenait (1).

Seuls entre les esclaves, ils portaient deux noms, ce qui paraît être l'indice d'une situation intermédiaire entre l'homme libre et l'esclave ordinaire (2).

Ils avaient un costume distinct, un tablier, et probablement même plus tard la toge (3); et nous rencontrerons plus loin d'autres prérogatives des esclaves publics.

Enfin, il est probable qu'ils pouvaient représenter l'Etat en justice dans les marchés conclus par eux (4); ils étaient employés aux affaires d'ordre inférieur concernant l'Etat, comme huissiers (5), messagers (6), comptables publics (7) appariteurs, et enfin comme *tabularii*; et l'histoire nous les montre souvent comme tenant les archives publiques, et chargés d'enregistrer les décisions du Sénat (8).

En résumé, voici ces esclaves élevés au rang de salariés, capables d'être propriétaires, et remplissant des fonctions publiques.

La religion païenne, elle aussi, va nous fournir quelques arguments en nous montrant que nulle part on ne put admettre jusqu'au bout les conséquences de

(1) *Lex Julia municipalis* ligne 82.

(2) Orelli. *Inscr.* 2852. — CIL. VI 2330 a et c

(3) id. CIL, VI, 2365.

(4) Mommsen. *D. public*, I 214.

(5) Cicéron. *Philip.* VIII, 8, 22.

(6) Plutarque, *Galba*, 8.

(7) Orelli. CIL, VI, 2086.

(8) Tite-Live. I, 7. — IX, 29. — XLIII, 16. — Tacite. *Annales*, XIII, 27.

principe que l'esclavage fait de l'homme une chose : il existe en effet entre la religion et l'esclave des points de contact remarquables : l'esclave fut associé au culte public et au culte privé.

§ III. — Rôle de l'esclave dans la religion païenne.

A Rome, le culte des dieux était une branche de l'administration publique (1), et certains esclaves publics étaient consacrés au service des temples (2); quelquefois, ils y remplirent même certaines fonctions religieuses : les fêtes des carrefours, appelées « *compitalia* » étaient célébrées par leur ministère, qui devait en cette circonstance être préféré à celui des hommes libres : ainsi l'avait voulu Servius Tullius (3).

Dans certaines villes, le culte du Dieu Mars était célébré par des esclaves appelés *Martiales larini* (4); et Caton lui-même reconnaissait que les rites de Mars Sylvanus pouvaient être accomplis aussi bien par des esclaves que par des hommes libres (5).

Cicéron nous apprend que les esclaves étaient associés aux *Sacra* de la famille romaine (6); et Tite Live (7) nous rapporte que la gens Potitia se déchargea sur eux du culte d'Hercule, héréditaire dans cette famille. Elle en fut punie, dit-il; mais ce sacerdoce resta confié aux esclaves.

Ainsi, après avoir vu l'esclave fonctionnaire public, nous le voyons ici ministre des autels, intermédiaire entre les dieux et le peuple romain.

(1) Mommsen. Staatsrecht. II 3 p. 11 et s.

(2) Tacite. *Hist.* I. 43.

(3) Denys d'Halic. IV, 14.

(4) Cicéron, *pro Cluentio*. 15.

(5) Caton. *De re rusticâ*, 83.

(6) id. *de legibus*, II, 11

(7) Tite-Live. IX, 29 et 34.

§ IV. — L'esclave et la famille.

C'est en considérant l'esclave au point de vue de la famille qu'apparaît de la façon la plus frappante et la plus cruelle, dans la Société romaine, son assimilation à la brute.

Le nom patronymique, ce fondement de la famille, si cher à tout homme libre, lui est refusé. Depuis longtemps le nom de son maître, qu'il portait jadis avec l'adjonction si touchante de la syllabe « *por* », contraction de *puer* (enfant), a fait place à un simple sobriquet.

Pour lui, pas de mariage; mais un simple accouplement réglé par le maître comme celui des animaux domestiques, souvent en vue de procréer des enfants qui seront eux-mêmes esclaves, et au sujet desquels les jurisconsultes discuteront s'ils sont des fruits ou des produits; — quelquefois même en vue de bénéfices que le maître ne rougira pas de demander à la concupiscence de ses esclaves (1).

Les auteurs ne se font pas faute de plaisanter sur ces unions serviles, et Plaute nous apprend qu'un mariage d'esclaves est une chose qui n'existe pas, et dont personne n'a jamais entendu parler (2). Les lois, comme les mœurs, ne reconnaissent aucun effet à ces unions, pas même celui de donner lieu à des adultères et à des incestes (3).

Tel était le droit strict. Peu à peu, cependant, nous voyons le droit naturel reprendre son empire. De tous temps, le maître eut intérêt à donner à certains de ses

(1) Caton l'Ancien n'autorisait de rapports sexuels entre ses esclaves que moyennant finances. (Pline. *Cat. maj.* XXI.)

(2) Plaute. *Casina prol.* vers 68 à 70.

(3) *Dig.* XLVIII, v, 6.

esclaves une compagne, et à perpétuer ces unions serviles : il était d'une administration bien entendue que, dans les exploitations rurales, le *villicus* ou chef de culture eût près de lui une femme qui le rattachât étroitement au domaine par les liens de la famille. Varron et Columelle le conseillaient (1). Le premier donnait le même conseil pour les pâtres des montagnes, que leurs compagnes aidaient à la garde des troupeaux, et auxquels elles préparaient la nourriture. Ces unions étaient encore une garantie de bonne conduite et un gage de fidélité ; et Varron les conseille même d'une manière générale, en citant les heureux effets qu'eut cette pratique sur les familles d'Épire (2).

Ce fut aussi dans le langage que la nature réagit contre la fiction : on laissa peu à peu les esclaves usurper ces noms, réservés d'abord aux seules unions des citoyens, d'*uxor* et de *conjux* (3) ; et le même Plaute, que nous avons vu tout à l'heure traiter avec tant de mépris un mariage d'esclaves, donne à ceux-ci en un autre endroit les noms de fiancé et d'époux (4). Nous verrons que les jurisconsultes eux-mêmes les leur appliquaient, tout en attestant que c'était là une simple tolérance dénuée d'effets juridiques.

Il est certain que sous l'Empire on arriva à envisager le *contubernium* comme une union durable, indissoluble (5). On célébrait cette union par une fête nuptiale où la famille du maître intervenait ; et l'usage s'introduisit d'insérer dans les testaments une clause interdisant de séparer les esclaves ainsi unis (6), comme aussi de les

(1) Varron. II, x, 9. — I, xvii, 5. — Columelle, I, viii, 5 et xii, 4.

(2) Varron, *ibid.*

(3) *Dig.* XXXIII, vii, 42, § 33. — Paul. *Sent.* III, vi, 38.

(4) Plaute. *mil. glor.* VI, ii, vers 998.

(5) *Dig.* XXXIII, vii, 42, § 7. --- Code. IX, ix, 23 pr.

(6) *id.* XXXII, i, 41, § 2.

séparer d'avec les enfants en bas-âge nés de ces unions. Nous verrons plus loin que les lois se ressentirent de cet adoucissement dans les mœurs.

Nous ajouterons à ce tableau de la famille de l'esclave quelques mots concernant les esclaves publics, qui, comme partout ailleurs, jouissent ici de certains privilèges.

D'abord, au contraire des esclaves ordinaires qui n'ont qu'un seul surnom, les *servi publici* portent communément deux noms, par suite de l'addition de leur nom d'esclave à un autre généralement emprunté à leur précédent propriétaire (1).

Il n'y a pas d'esclaves publics femmes, et quand l'esclave est marié, sa femme est, sinon ingénue, du moins libre : les enfants le sont donc également, et prennent le nom de famille de leur mère (2).

Tel est le tableau de la situation générale de l'esclave dans la Société romaine ; nous allons maintenant étudier cette situation aux yeux de la loi.

(1) Mommsen. Droit publ. 214. --- Inscr. Henzen. 6105. CIL, vi, 3554.

(2) id. id. I. 367. --- Fabretti, 336-504. --- CIL, vi, 231-235.

DEUXIÈME PARTIE

L'ESCLAVE DEVANT LA LOI

Nous venons de montrer rapidement ce que les mœurs firent à Rome pour adoucir la condition de l'esclave, et comment la société en arriva à reconnaître peu à peu, consciemment ou non, sur tant de points, que l'esclave était un homme, et non une bête de somme. Nous examinerons maintenant comment les lois à leur tour abandonnèrent en bien des points les règles que l'inflexible logique aurait dû tirer du principe de l'impersonnalité de l'esclave.

Et d'ailleurs si la loi civile a fait de l'esclave une chose, une *res mancipi* (1), si les jurisconsultes l'assimilèrent constamment soit à un animal (2), soit à une marchandise (3), ces mêmes juriconsultes n'ont jamais nié que l'esclavage fût une institution du droit des gens, c'est-à-dire toute de convention et contraire au droit naturel, qui veut tous les hommes libres et égaux.

En rejetant ainsi la doctrine d'Aristote, qui enseignait que la nature elle-même avait créé l'esclavage en créant l'âme et le corps des esclaves différents de ceux des hommes libres (4), ils se condamnaient infailliblement aux contradictions les plus étranges, tout en se rapprochant de la vérité et de l'humanité.

(1) Gaius. *Com.* II, § 15.

(2) *Dig.* VI, I, 15, § 3.

(3) *id.* XXI, I, 1, § 1, etc.

(4) Aristote, *Politique*, I, II, 14.

Ulpien résume admirablement toute la doctrine romaine sur l'esclavage, dans cette phrase (1) : « *Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur, non tamen et jure naturali; quia quod ad jus naturale attinet, omnes homines æquales sunt* ». — Ainsi, pour ce qui concerne le droit civil, les esclaves n'y ont aucune part; il en est autrement en droit naturel, où tous les hommes sont égaux. Nous disons que c'est là la vraie doctrine romaine, mais nous faisons bien des réserves sur l'application qu'en firent les jurisconsultes romains : on verra plus loin s'il est vrai de dire qu'en face du droit civil, l'esclave est comme s'il n'existait pas.

Si Ulpien consent à reconnaître que l'esclave est un homme, d'autres jurisconsultes lui accordent dans les textes la qualification de « *persona* » (2); et en résumé nous pouvons dire qu'en droit romain l'esclave est tout à la fois une chose et une personne.

Nous allons rechercher quels effets a produits cette fausse situation dans toutes les parties du droit, ne retenant toutefois que les points qui peuvent servir à notre étude, et nous efforçant de les grouper de notre mieux : il est difficile, en effet, dans cette matière qui nous force à parcourir toutes les parties de la législation romaine, de suivre un ordre rigoureux et une division absolument satisfaisante au point de vue de la logique. Nous avons cru bien faire en rassemblant, autour de chacun des huit sujets que nous allons traiter successivement, toutes les décisions des lois et des jurisconsultes qui nous ont paru intéressantes au point de vue de notre étude. Nous montrerons donc, en huit chapitres successifs :

1^o L'esclave considéré comme objet du droit de propriété.

(5) *Dig. I., xvii, 32 pr.*

(1) *Dig. IV., xvii, 6 etc.*

2^o L'esclave susceptible d'affranchissement.

3^o L'esclave et la possession.

4^o L'esclave et les droits réels.

5^o L'esclave et les droits personnels.

6^o L'esclave et le pécule, et les actions *adjectivæ qualitatibus*.

7^o L'esclave devant le droit pénal et la justice.

8^o L'esclave et la famille aux yeux de la loi.

Puis après un court résumé nous essaierons de conclure.

CHAPITRE I.

De l'esclave considéré comme objet du droit de propriété.

Nous avons déjà dit qu'en droit romain l'esclave était une chose dans le patrimoine de son maître ; c'était une *res mancipi*, sur laquelle le citoyen romain avait le droit le plus entier, le plus parfait, le mieux sanctionné ; et ce droit était si absolu que l'esclave tombé au pouvoir de l'ennemi, s'il parvenait à s'échapper et à rentrer sur le territoire romain, redevenait la propriété de son ancien maître, par l'effet même de ce « *jus postliminii* » qu'on avait inventé en faveur de la liberté (1).

Ce droit était si entier que si l'un des deux maîtres d'un esclave commun venait à l'affranchir, l'autre restait seul maître de l'esclave (2).

Le maître pouvait le vendre (3), le donner (4), l'hypothéquer (5) ; en un mot en faire tout ce qu'on peut faire d'une chose dont on a la propriété.

Il pouvait aussi à sa guise le châtier, le mutiler, le tuer même : il avait sur lui droit de vie et de mort (6) ; et si quelqu'un s'avisait de le blesser, de le mutiler, le maître était indemnisé, par l'action *damni injuriæ* (7)

(1) *Code*. VIII, 11, 19.

(2) Ulpien. *Regul.* I. 18.

(3) *Dig.* XXI, 1.

(4) *Institutes* II, IV, 2.

(4) *ibid.*

(6) *Dig.* I, VI, 1.

(7) *id.* IX, II, 2 pr.

du dommage qu'on lui avait ainsi causé, comme s'il s'agissait d'un animal domestique qu'on aurait détérioré.

Tel était le droit civil ; nous allons passer en revue les différentes restrictions que la loi apporta successivement aux droits du maître sur l'esclave.

Parlons d'abord du droit de vie et de mort.

Nous croyons que la loi n'entendit jamais ce droit que comme l'exercice d'une magistrature domestique, et si à une certaine époque de l'histoire romaine les abus en devinrent odieux, notamment après les grandes guerres de la République, Gaius (1) nous apprend que, dès l'Empire, ce droit fut modéré par la loi : « *Sed hoc tempore, nullis hominibus qui sub imperio romano sunt licet supra modum et sine causâ in servos suos sævire.* »

Nous avons en effet cité dans notre première partie des décisions impériales et des lois qui modifièrent considérablement le droit primitif : rappelons donc seulement ici les décisions si humaines de Claude, d'Adrien et d'Antonin, auxquelles nous renvoyons. Elles contenaient d'ailleurs plutôt des règles de conduite générale que des préceptes juridiques.

Gaius éprouve le besoin de justifier ces décisions contraires au droit (2) : « *Et utrumque recte fit, male enim nostro jure uti non debemus, qua ratione et prodigiis interdicatur bonorum suorum administratio.* » De même Ulpien (3) dit à propos de la constitution d'Antonin dont nous aurons à reparler : « *Sed dominorum interest ne auxilium contra sævitiam vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur his qui juste deprecantur.* » Mais nous croyons qu'il ne faut voir là qu'un scrupule de jurisconsulte qui veut justifier, par la nécessité même de protéger le droit de propriété du maître, l'illogisme de

(1) *Dig.* I, vi, 1.

(2) *Gaius*, I, § 53.

(3) *Dig.* I, vi, 2.

décisions antijuridiques qui portent à ce droit lui-même une si grave atteinte. Pour nous, nous n'y pouvons voir qu'une revanche de la réalité sur la fiction, et surtout que le triomphe de l'équité et de l'humanité sur l'impitoyable droit civil.

— Voyons maintenant ce que devint le droit absolu d'aliénation qui appartenait au maître sur l'esclave.

La loi Petronia (1), la première en date des décisions ci-dessus rappelées, défendit aux maîtres de livrer, sans cause légitime approuvée par le magistrat, leurs esclaves pour combattre les bêtes féroces. Marc Aurèle en tira cette conséquence que le maître ne pourrait plus les vendre en imposant à l'acquéreur cette clause : « *ut cum bestiis pugnarent* », clause assez usitée auparavant (2).

Antonin le Pieux décida (3) que lorsque le maître exercerait des traitements cruels sur ses esclaves, ceux-ci pourraient se réfugier dans les temples, auprès des statues des dieux, ou auprès de la statue de l'empereur comme dans un lieu d'asile, et que le magistrat examinerait leurs griefs ; et s'ils étaient fondés, il forcerait le maître à vendre ces esclaves à de bonnes conditions, c'est à dire sans imposer à l'acheteur des obligations trop dures pour eux.

Nous voyons ici le législateur intervenir non plus seulement pour modifier le droit d'aliénation du maître, mais même pour méconnaître absolument son droit de propriété, et organiser une véritable aliénation forcée. Il va jusqu'à dicter les conditions de la vente : ces conditions seront favorables à l'esclave, et il y sera exprimé que jamais le même maître ne pourra redevenir propriétaire de ce même esclave : « *ut in potestatem do-*

(1) *Dig.* XLVIII, VIII, 41, § 2.

(6) Marcien. *Dig.* XVIII, I, 42.

(5) *Dig.* I, XII, 1, §§ 4 et 8. — Gaius, I, § 53. — *Inst.* I, VIII, § 2.

mini non revertantur. » (1). Et si Antonin le Pieux, dans ce même édit, proteste de sa volonté de maintenir entière la puissance du maître sur l'esclave, et de laisser à tout homme la plénitude de son droit, il semble que cette protestation accentue mieux encore l'atteinte qu'il porte ainsi à ce droit et à cette puissance. Peut-on rendre un plus énergique hommage à cette vérité que l'esclave est un homme, et qu'en dépit des lois, il faut le traiter en homme, non en chose ?

Dans les décisions que nous venons d'examiner, l'esclave est protégé contre son maître, mais il est et reste esclave, et la loi ne fait qu'améliorer son sort en transportant à un autre le droit de propriété du maître trop cruel. Voici maintenant d'autres décisions par lesquelles le droit de propriété lui-même est détruit purement et simplement, et l'esclave déclaré libre.

En principe, le vendeur pouvait insérer au contrat de vente des clauses soit favorables, soit défavorables pour l'esclave ; par exemple la clause qu'il ne serait pas affranchi, « *ne manumitteretur* » ; et si l'acheteur contrevenait à cette clause, c'est-à-dire s'il affranchissait néanmoins l'esclave, celui-ci ne devenait pas libre (2). Le vendeur pouvait encore stipuler que l'esclave vendu ne séjournerait pas à Rome, ou qu'il serait exporté de telle province (3). Nous avons vu plus haut cependant qu'en telle ou telle circonstance, certaines clauses défavorables étaient interdites au vendeur.

Quant aux clauses favorables à l'esclave, il semblerait qu'elles dussent être dépourvues de sanction selon la rigueur du droit civil, tout au moins lorsque le vendeur n'avait pas stipulé de clause pénale en cas de contravention. En effet c'est un adage universellement admis

(1) *Dig.* I, vi, 2.

(3) *Code.* IV, LVII 5.

(4) *Dig.* XVIII, vii, 6.

que celui-ci : *pas d'intérêt, pas d'action*. Or il apparaît bien que nul n'a intérêt à poursuivre l'exécution de ces clauses, nous entendons tout au moins un intérêt pécuniaire. Si donc les juriconsultes ont admis leur validité et leur force exécutoire, ils ont par cela même reconnu à l'esclave un droit acquis à en poursuivre l'exécution. Nous relèverons dans ce sens les décisions suivantes :

I. Il arrivait souvent de vendre un esclave « *ut manumitteretur* », c'est-à-dire à la condition qu'il fût affranchi, soit de suite, soit dans un certain délai. Paul nous donne ici la solution d'après un rescrit de Marc Aurèle (1) : « *Si servus venditus est ut in intra certum tempus manumitteretur, etiam si sine herede decessissent et venditor et emptor, servo libertas competit. Sed etsi mutaverit venditor voluntatem, nihilominus libertas competit* ». Ainsi l'esclave a droit à la liberté au bout du temps convenu, et cela même si le vendeur a, dans l'intervalle, changé de volonté à cet égard. Bien plus, Paul dans un autre texte (2) affirme que l'esclave devient libre de plein droit à l'expiration du temps convenu, si l'acquéreur ne l'a pas encore affranchi : « *Si quis hac lege venit ut intra certum tempus manumittatur, si non sit manumissus, liber fit : si tamen is qui vendidit in eadem voluntate perseveret, heredis voluntatem non esse exquirendam* ».

Ce dernier texte paraît en contradiction avec le premier. En effet, dans le premier de ces textes, Paul dit que le changement de volonté du vendeur avant l'affranchissement opéré n'empêchera pas l'esclave d'acquiescer la liberté ; et dans le second, il semble bien exiger pour cela que le vendeur ait persévéré jusqu'à sa mort dans sa volonté d'exiger l'affranchissement, ou tout au moins qu'il soit mort sans l'avoir rétractée, auquel cas

(1) *Dig.* XL, VIII, 1.

(2) *id.* XVIII, VII, 3.

il n'y aura nul besoin de prendre l'avis de son héritier.

Nous croyons qu'on peut expliquer cette contradiction apparente en disant que Paul s'est placé, dans le premier texte, en face de l'hypothèse qu'il énonce dans la première partie de ce texte, à savoir que le vendeur est décédé sans héritier, et que cette hypothèse est par lui maintenue jusqu'à la fin du texte : il déciderait donc que le changement de volonté du vendeur n'aurait aucune influence sur la nécessité de l'affranchissement au cas où il serait décédé sans héritier avant la fin du délai ; mais que si au contraire le vendeur était mort laissant un héritier, la liberté ne serait due à l'esclave que si le défunt ne s'était pas rétracté avant de mourir, et cela quelle que fût la volonté de l'héritier.

Quoi qu'il en soit, il n'en est pas moins vrai que ces solutions reconnaissent à l'esclave un véritable droit à l'affranchissement, droit qu'il pouvait poursuivre comme nous le verrons plus loin sous le chapitre VII.

II. Papinien (1), supposant que le vendeur, dans une vente semblable à celle ci-dessus, s'est réservé la *manus injectio* ou le paiement d'une somme à titre de peine en cas de non affranchissement dans le délai convenu, décide que la somme ne sera pas accordée, mais que l'esclave devra être déclaré libre en vertu de la convention qui a force de loi : « *Nihilominus liberam ex sententia constitutionis fieri respondit, nec pecunia petetur : cum emolumentum legis voluntatem venditoris secutum sit* ». Ici, l'avantage de l'esclave est préféré même à celui de son ancien maître, quelles que soient les raisons spécieuses sous lesquelles s'abrite la décision.

III. Si aucun délai n'a été fixé pour l'affranchissement, Paul décide (2) qu'on doit d'abord rechercher la volonté

(1) *Dig.* XL, 1, 20, § 2.

(2) *id.* XL, VIII, 9.

des parties ; et que, s'il n'est pas possible de la découvrir, l'esclave devra être déclaré libre après deux mois si le vendeur et l'acheteur sont présents, après quatre mois si l'esclave est absent : décision inspirée évidemment par la faveur due à la liberté.

IV. Alexandre Sévère étendit les décisions ci-dessus rappelées, et notamment celle résultant du rescrit de Marc Aurèle qui vient d'être cité, aux esclaves donnés par leur maître à la condition d'être affranchis par le donataire (1).

V. Envisageons une autre condition favorable devenue fréquente dans les ventes de femmes esclaves, la clause « *ne prostituatur* ». Aux termes de cette clause le vendeur, s'intéressant aux mœurs de son *ancilla*, stipulait qu'elle ne serait pas prostituée.

L'Empereur Vespasien décida (2) que si une esclave avait été vendue dans ces conditions, et qu'elle eût été néanmoins prostituée par son nouveau maître, elle serait libre de plein droit ; et il ajoutait qu'il en serait de même si le premier acquéreur l'avait revendue sans conditions à un nouvel acheteur qui l'eût prostituée, et qu'alors l'esclave deviendrait libre sous le patronage du premier vendeur.

VI. Quelquefois le vendeur se réservait, pour le cas où on prostituerait l'esclave malgré la loi de la vente, le droit d'exercer la *manus injectio*, c'est-à-dire de reprendre possession de l'esclave vendue. Justinien décide (3) dans cette hypothèse que si le vendeur reprend ainsi son esclave et qu'il la prostitue à son tour, elle sera immédiatement déclarée libre, et que le vendeur perdra même entièrement son droit de patronage.

Cette décision est remarquable, puisque non seule-

(1) Code, X, XLVII, 1

(2) Dig. XXXVII, XIV, 7.

(3) Code, VII, VI, 1, § 4.

ment elle reconnaît à l'esclave un droit conforme à la volonté du maître, mais que de plus elle lui en maintient le bénéfice malgré la volonté contraire de ce dernier, et bien qu'il soit cependant rentré dans la pleine propriété de son esclave par l'effet de la *manus injectio*, le contrat de vente ayant été annulé. Nous pouvons affirmer désormais que l'esclave peut acquérir des droits reconnus et sanctionnés par la loi.

VII. Voici encore une décision curieuse de Papinien (1) dans le même sens que les précédentes, mais qui contient quelque chose de plus : c'est la reconnaissance officielle, pour ainsi dire, par la loi elle-même, de l'humanité de l'esclave, puisqu'elle admet qu'il puisse inspirer de l'affection à son maître, et qu'elle sanctionne son affection. Papinien décide que si, dans une vente semblable à celles citées ci-dessus, une peine avait été stipulée par le vendeur, celui-ci pouvait la réclamer en tout état de cause, même s'il avait exercé la *manus injectio* ou si l'esclave avait été déclaré libre : « *Ceterum si ne prostituatur exceptum est, nulla ratio occurrit cur pœna peti et exigi non debeat, cum et ancillam contumelia adfecerit, et venditoris affectionem forte simul et verecundiam læserit.* » Le jurisconsulte va plus loin ; il donne au vendeur une action pour obtenir la *pœna*, même s'il n'en avait pas été stipulé : c'est que l'intérêt d'affection entre en ligne de compte dans les contrats de bonne foi.

VIII. Toutes les décisions que nous venons de citer reposent plus ou moins sur une convention primitivement faite entre l'ancien maître, vendeur de son esclave, et l'acquéreur, bien qu'elles aient fait produire à cette convention des effets bien indirects et éloignés ; mais pour montrer jusqu'où les empereurs allèrent dans cette

(1) *Dig.* XVIII, VII, 6.

voie, nous citerons pour finir une constitution des empereurs Théodose et Valentinien (1) qui décident que la femme esclave que son maître a prostituée malgré elle a droit à la liberté. Ici c'est bien l'intérêt de l'esclave seule qui est en jeu ; c'est le respect de sa pudeur offensée qui porte le législateur à méconnaître d'une façon absolue le droit de propriété du maître. Reconnaître de la pudeur à un esclave, voilà où on en était arrivé alors !

(1) Code. XI, XL, 6.

CHAPITRE II

De l'esclave considéré comme susceptible d'affranchissement.

Si l'esclave, en droit strict, n'était pas une personne, du moins il y eut en lui à toute époque à Rome le germe d'une personne, puisque toujours il y fut susceptible de devenir ou de redevenir un homme libre par l'affranchissement. Ceci mettait entre lui et la brute à laquelle on l'assimilait une distance incommensurable et qui devait produire sur sa condition des effets importants. Ces effets se manifestaient, ici comme ailleurs, sous la forme de contradictions dans les lois et chez les jurisconsultes.

Il n'en fut pas toujours ainsi en Grèce, où, au moins à une certaine époque, le législateur n'admettait pas l'affranchissement des esclaves. C'était rationnel, au surplus, dans un pays dont les philosophes soutenaient que la nature même avait créé l'esclavage en façonnant spécialement dans ce but des corps et des âmes d'esclaves.

A Sparte, les Hilotes ne pouvaient être ni vendus hors du territoire, ni affranchis (1). C'était alors, comme le dit M. Wallon (2) servir sans espoir, servir sans fin, servir dans sa personne, dans sa race, à toutes les générations. Tel était le droit : hérédité, perpétuité.

Au contraire, chez les Romains, il y a dans chaque esclave une personne à l'état latent ; l'affranchissement va la faire apparaître, et cet esclave va devenir subitement un homme libre, un citoyen. Le maître va pouvoir en

(1) Strabon, VIII, p. 365.

(2) Wallon. I. p. 337.

faire son héritier, son enfant même par l'adrogation, ou même le tuteur de ses propres enfants. Comment cette considération seule n'aurait-elle pas suffi à empêcher que les Romains pussent oublier entièrement que l'esclave était un homme ?

En étudiant l'affranchissement des esclaves seulement au point de vue qui nous occupe, nous ferons ressortir les dérogations successives et de plus en plus accentuées que subit le pur droit civil, et qui provinrent de ce que la personne de l'esclave fut prise en considération de plus en plus par le législateur. Nous verrons en effet qu'un courant presque ininterrompu se manifesta dans la loi en faveur de la liberté, depuis les premiers temps de Rome jusqu'aux empereurs chrétiens, et qu'il se traduisit constamment par une plus grande facilité donnée aux affranchissements, et par une situation plus favorable faite aux affranchis. Cependant, nous constaterons aussi qu'un autre courant en sens contraire se produisit vers le début de l'Empire, parce que les affranchissements devenus trop nombreux menaçaient de remplir la ville et l'Etat de citoyens indignes, et de submerger la société romaine parmi une innombrable multitude n'ayant de romaine que le nom. Cette réaction, toute momentanée d'ailleurs, se manifesta par les lois *Cælia Sentia* et *Fusia Caninia* que nous retrouverons plus loin ; ces lois marquèrent un temps d'arrêt dans la marche en avant vers l'humanité ; mais le progrès recommença presque aussitôt pour ne plus s'interrompre jusqu'à la chute de l'Empire romain.

Disons d'abord quelques mots de la condition des affranchis.

En général, l'esclave affranchi devenait libre, mais non ingénu comme celui qui n'avait jamais subi la servitude ; il en était autrement cependant du fils vendu

par son père et du débiteur adjudgé à son créancier, qui l'un et l'autre redevenaient ingénus.

La loi avait consacré d'autres différences entre les esclaves affranchis par leurs maîtres ; à l'origine en effet, elle n'admettait que trois modes d'affranchissement, la vindicte, le cens et le testament, modes solennels que nous ne décrirons pas, et qui ne conféraient la liberté que lorsqu'ils étaient employés, conformément à des règles rigoureusement déterminées, par un maître ayant le domaine quiritaire sur l'esclave qu'il voulait affranchir. Ces conditions remplies, et sauf la différence signalée plus haut, tout esclave ainsi affranchi devenait citoyen romain ; mais, par contre, si une seule de ces conditions manquait, l'esclave demeurait légalement et entièrement esclave : « *Si neque censu, neque vindicta, nec testamento liber factus est, non est liber.* » (1).

Un premier adoucissement fut apporté à cette rigueur par le Préteur, qui intervenait alors pour empêcher que le maître ne reprit en fait l'exercice de sa puissance : « *Sed auxilio prætoris in libertatis forma servari solitos* » dit Gaius (2). Mais il n'y avait là qu'une situation de fait, et l'affranchi mourait esclave, avec toutes les conséquences légales ; notamment tout ce qu'il avait pu acquérir appartenait à son maître (3).

Un nouveau progrès fut réalisé par la loi Junia Norbana, rendue soit en 671, soit en 772 de Rome. Cette loi déclara que l'esclave affranchi irrégulièrement acquerrait désormais la liberté légale, mais ne deviendrait pas citoyen romain ; il deviendrait affranchi latin, c'est-à-dire à peu près assimilé aux Latins (*latini coloniarii*), classe intermédiaire entre les citoyens romains et les

(1) Cicéron. *Top.* n° 2.

(2) Gaius. *Com.* III, § 56.

(3) id. id. id.

périgrins. Cette loi facilitait d'ailleurs à l'affranchi latin l'acquisition du droit de cité (1)

Vers le même temps la loi Falcidia (714 de Rome) décida que les affranchissements testamentaires échapperaient à la réduction du quart que cette loi imposait aux légataires au profit des héritiers testamentaires ; ces affranchissements étaient intégralement maintenus. Cette restriction apportée à la *Quarte falcidie* était uniquement fondée sur la faveur due à la liberté.

Mais vers la même époque, en 757 de Rome, la loi *Celia Sentia*, et quatre années après la loi *Fusia Caninia*, durent réagir contre l'inquiétante multiplication des affranchissements. L'empereur Auguste, craignant de voir la population ingénue débordée et comme noyée par la masse des affranchis, édicta dans la première de ces lois des restrictions à la liberté d'affranchir, entière auparavant. Désormais il y eut des conditions d'âge exigées tant chez l'esclave que chez le maître ; ce dernier ne put plus affranchir en fraude des droits de ses créanciers, ni de ceux de son propre patron s'il était lui-même affranchi. Cette loi créa de nouveaux affranchis latins : les esclaves affranchis avant l'âge de 30 ans (2).

La loi *Celia Sentia* nous offrira plus loin un exemple où la cognation servile produira un effet légal ; nous y reviendrons. Il n'en est ici question brièvement que pour rendre intelligibles les citations que nous ferons ci-après de dispositions favorables à l'esclave au point de vue de l'affranchissement.

Quant à la loi *Fusia Caninia*, elle eut le même but que la précédente en restreignant la liberté des testateurs d'affranchir leurs esclaves pour le moment de leur mort. En effet, par une ostentation qui ne coûtait quelque

(1) Gaius. *Com.* 1, § 17.

(2) *id.* , 1, 17.

chose qu'à leurs héritiers ou à leurs créanciers, beaucoup de testateurs faisaient suivre leurs funérailles d'un grand nombre d'esclaves coiffés du bonnet de la liberté qui distinguait les affranchis. Auguste décida que les affranchissements après décès seraient limités à un certain nombre d'esclaves proportionné à la *familia* totale du défunt.

Après la loi Fusia Caninia, la législation reprend sa marche en avant, interrompue un instant par les nécessités de la politique intérieure, et nous ne trouverons plus que des décisions favorables aux affranchissements. Nous devons noter d'ailleurs que, même dans la loi *Elia Sentia*, il existait une notable restriction aux prohibitions qu'elle édictait : l'affranchissement était permis, même si le maître ou l'esclave n'avait pas l'âge requis (1), s'il existait un juste motif d'affranchissement, par exemple si le maître voulait affranchir son père, sa mère, son fils, sa fille, son frère, sa sœur naturels, son élève ou son précepteur, son esclave pour en faire un *procurator ad litem*, sa servante pour l'épouser (2), etc... Ces motifs devaient être soumis à un conseil composé de sénateurs et de chevaliers, et agréés par lui; mais une fois ces motifs agréés, la liberté était accordée irrévocablement, bien que la fraude eût été reconnue plus tard (3).

Nous disions plus haut qu'après la loi Fusia Caninia, le législateur et les jurisconsultes entrèrent définitivement dans la voie favorable aux affranchissements. Il nous est parvenu une foule de textes qui témoignent de la bienveillance avec laquelle on décidait en cette matière; citons en ce sens les passages suivants entre mille autres :

(1) *Instit.* I, vi, § 4.

(2) *Gaius*, I, 19 et 39. — *Dig.* XL, II, 11, 12 et 13.

(3) *Dig.* XL, II, 9, § 1.

1^o de Julien le Jurisconsulte : « *libertas servo favore libertatis contingit* (1) » — « *favore libertatis receptum est* (2) » — « *idque et favor libertatis exigit* (3) » ;

2^o de Marcien : « *in obscuro libertatem prævalere* (4) » ;

3^o d'Ulpien : « *Favor enim libertatis.... quod multa contra juris rigorem pro libertate sint constituta* (5) » ;

4^o de Paul : « *Favorabilius dicetur liberum fore* (6) ».

Nous allons maintenant parcourir, en les rapportant autant que possible par ordre chronologique un certain nombre de décisions d'espèce, qui feront bien saisir l'esprit dans lequel, en général, les empereurs et les jurisconsultes examinaient et tranchaient les questions relatives aux affranchissements.

I. Lorsqu'un testateur avait chargé son héritier d'affranchir un de ses esclaves, l'héritier, appelé alors fiduciaire, devait l'affranchir, et conservait sur lui les droits de patronage (7). Si le fiduciaire s'y refusait, le prêteur devait l'appeler devant lui et décider *cognitâ causâ* que l'esclave serait libre comme s'il avait été affranchi directement : d'où il résulte que le fiduciaire perdait ses droits de patronage (*Senatus consulte* Rubien, an 101 après J.-C.) (8).

Un autre *Sen. Const^e* appelé Dasumien et rendu vers la même époque statuait de même pour le cas où le fiduciaire était absent, ou mourait sans héritier, ou s'abstenait ; mais ici les obstacles à l'affranchissement étant

(1) *Dig.* XL, II, 1^o pr.

(2) *id.* *id.* IV, 16.

(3) *id.* *id.* *id.* 17, § 3.

(4) *id.* *id.* V, 50.

(5) *id.* *id.* *id.* 21, § 10.

(6) *id.* XVIII, VII, 9.

(7) *Gaius*, II, § § 203 et s.

(8) *Paul, Dig.* XL, v. 33 § 1.

légitimes, le fiduciaire conservait ses droits (1), sauf dans le cas où il s'abstenait de l'hérédité de son père (2).

II. Lorsqu'un testateur chargeait l'un de ses héritiers d'affranchir un esclave appartenant à l'hérédité, le fiduciaire devait acheter de ses cohéritiers leurs parts de l'esclave afin de l'affranchir. Mais il pouvait arriver que les cohéritiers fussent *infantes*, et à raison de leur âge ne pussent céder au fiduciaire leurs droits dans la propriété de l'esclave. Le Sen. Const^e Vitrusien rendu sous Adrien ou Antonin, et un rescrit d'Antonin le Pieux décidèrent que cette part serait estimée, et que l'esclave recevrait ainsi la liberté du fiduciaire qui devrait rembourser le montant de l'estimation à ses cohéritiers (3).

III. Si le fiduciaire était infans, ou fou, ou sourd-muet, incapable d'affranchir enfin, Antonin le Pieux décida (4) que l'esclave serait considéré comme affranchi.

Même décision des divins frères Marc Aurèle et Verus, si le fiduciaire est un pupille au-dessus de l'*infantia*, et que son tuteur lui refuse l'*auctoritas* pour affranchir l'esclave (5).

IV. On appelait « *statu liber* » l'esclave affranchi sous condition par testament (6). Tant que la condition n'était pas accomplie, le *statu liber* était esclave de l'héritier et traité comme tel (7).

Toutefois Antonin le Pieux avait décidé qu'en certaines circonstances cet esclave devait être traité comme un homme libre, notamment au point de vue des peines qu'on pouvait lui infliger (8).

(1) *Dig.* XL, v. 36.

(2) *id.* *id.* *id.* 30 § 12.

(3) *Dig.* XL, v. 30, § 6.

(4) *id.* § 5.

(5) *id.* XL, v. 42.

(6) Ulpien. *Régul.* II, § 1.

(7) *Dig.* XL, VII, 29.

(8) *id.* XLVIII, XIX, 9, § 16; et XVIII, 14.

Pour apprécier quand la condition mise à l'affranchissement devait être réputée accomplie, les jurisconsultes usaient également de la plus grande bienveillance, et d'innombrables décisions existent en ce sens.

Ainsi la condition était réputée accomplie :

1^o Si l'héritier en avait empêché l'accomplissement (1);

2^o Si l'esclave devant remettre une certaine somme à un étranger, celui-ci refusait de la recevoir ; ou même si celui-ci mourait sans que l'esclave eût pu la lui remettre parce qu'il ne l'avait pas (2), etc...

V. Il existe un rescrit de Marc Aurèle que nous retrouverons plus loin, mais dont nous devons dire quelques mots ici au point de vue des affranchissements ; c'est celui rapporté aux *Institutes* de Justinien, III, II, § 1, concernant *l'addictio bonorum libertatum servandarum causâ*.

Il s'agissait d'un testament par lequel un citoyen nommé Virginius Valens avait affranchi des esclaves. L'institué répudiant l'hérédité, et aucun héritier *ab intestat* ne se présentant pour la recueillir, pas même le fisc, le testament devenait donc caduc (*destitutum*) ainsi que toutes les dispositions qu'il contenait, et notamment les affranchissements. Dès lors tous les biens de la succession, y compris les esclaves, allaient être vendus en bloc à la requête des créanciers, lorsqu'un des esclaves que le testateur avait voulu affranchir demanda à l'empereur que les biens de la succession, au lieu d'être vendus, lui fussent attribués à lui-même, à la charge de désintéresser les créanciers et de maintenir les affranchissements. Marc Aurèle accueillit sa requête et l'autorisa à se présenter devant le magistrat compétent pour

(1) Ulpien. *Régul.* II, § 6.

(2) Ulpien. *Régul.* II, § 6. --- *Dig.* XL, VII, 4 §§ 5 et s.

obtenir de lui l'objet de sa demande, à la condition de garantir l'exécution de son engagement.

Nous signalons particulièrement cette décision comme contraire aux principes les plus certains du pur droit civil ; et cependant les jurisconsultes et les empereurs ne s'en tinrent pas là. Il est vrai qu'elle avait pour résultat, non seulement de favoriser la liberté, mais encore d'éviter au défunt l'infamie réservée au débiteur mort insolvable, et aussi de sauvegarder les intérêts des créanciers. Aussi *l'addictio bonorum libertatum servandarum causâ* fut étendue peu à peu à des cas différents de celui prévu par le rescrit.

Ainsi Papinien décida (1) que la même faveur serait accordée aux esclaves affranchis même par simple *codicille ab intestat*.

Plus tard, les étrangers eux-mêmes furent admis à demander *l'addictio*, et cela bien évidemment dans l'intérêt des esclaves affranchis qui, faute d'argent ou de garanties sérieuses à offrir, n'auraient pu l'obtenir (2).

Enfin Justinien élargit encore la sphère d'application de *l'addictio* ; il décida (3) :

1^o Qu'elle pourrait être obtenue désormais même pendant une année encore après la vente des biens héréditaires par les créanciers ;

2^o Que celui qui demandait *l'addictio* ne serait plus tenu de promettre le paiement intégral des dettes si les créanciers se contentaient d'un dividende ;

3^o Qu'il ne serait même plus tenu de promettre la liberté à tous les esclaves affranchis par le testament si

(1) *Dig.* XL, iv, 50 § 3.

(2) *id. id. id. id.* § 1, — *Code* VII, ii, 6.

(3) *Code*, VII, ii, 15 pr. et § § 1, 2, 3, 4, 5, et 6.

la succession était insolvable, mais qu'il devrait cependant en affranchir jusqu'à concurrence de l'actif ;

4^o Et enfin que l'*addictio* serait accordée de préférence, si plusieurs la réclamaient, à celui qui promettrait d'affranchir le plus grand nombre d'esclaves.

VI. Il nous reste à faire connaître quelques décisions importantes de Justinien, choisies parmi tant d'autres, et qui prouvent jusqu'à quel point l'esclavage avait perdu alors, aux yeux de la loi, de sa rigueur antique.

Justinien abolit la distinction entre les affranchis latins et les affranchis citoyens, et il décida (1) que tous auraient désormais la pleine liberté et seraient citoyens romains.

Comme l'esclave appartenant à plusieurs maîtres n'acquerrait pas auparavant la liberté s'il était affranchi seulement par l'un ou quelques-uns d'entr'eux, mais au contraire devenait pour le tout la propriété de celui ou de ceux qui ne l'avaient pas affranchi, Justinien décida que l'esclave affranchi par l'un de ses maîtres, soit entre vifs, soit par testament, serait libre, les autres maîtres étant dès lors expropriés de plein droit, et indemnisés suivant un tarif fixé par l'empereur (2).

Dans le même ordre d'idées il décida (3) que si le maître nu-propriétaire de l'esclave l'affranchissait, celui-ci serait immédiatement et légalement libre, et non plus « *servus sine domino* » pendant la vie de l'usufruitier comme l'ancien droit l'avait décidé ; mais que cependant l'usufruitier ne perdrait pas son droit, l'affranchi devant

(1) *Inst.* I, v. § 3.

(2) *Code*, VII, VII. 5.

(3) *id.* 'id. xv.

rester jusqu'à la fin de l'usufruit « *quasi servus apud usufructuarium* ».

Si c'était l'usufruitier qui affranchissait, alors et toujours contrairement à l'ancien droit, l'esclave demeurait *in libertate* pendant la durée de l'usufruit.

Justinien décida encore que si un citoyen célibataire avait pris une de ses esclaves pour concubine, qu'il l'eût gardée telle jusqu'à sa mort, et qu'il n'eût rien dit à son égard dans son testament, la femme et les enfants deviendraient libres alors (1).

Enfin l'empereur, réformant encore l'ancien droit dans le sens indiqué auparavant par Paul, dont l'avis n'avait pas prévalu (2), déclara affranchi l'esclave que son maître avait par testament institué héritier ou légataire, ou nommé tuteur de ses enfants, sans lui avoir en même temps conféré expressément la liberté. Une telle disposition était auparavant déclarée nulle à défaut d'affranchissement exprès dans le testament même.

Nous croyons en avoir dit assez sur ce sujet pour montrer jusqu'à quel point l'idée de la personnalité de l'esclave perçait et s'imposait de plus en plus, et quels efforts firent les lois et les jurisconsultes pour favoriser l'acquisition de la liberté, efforts qui se traduisirent constamment par des entorses données au pur droit civil.

Ajoutons cependant quelques mots de deux autres modes par lesquels l'esclave recouvrait encore la dignité de l'homme libre : le *jus postliminii*, et la mort.

Les esclaves pris à la guerre seuls pouvaient bénéficier du premier : le captif rendu à la liberté recouvrait, par une fiction heureuse et rétroactivement, tous les droits de nationalité, de famille et de patrimoine qu'il possédait lors de sa chute en esclavage, et cela à l'instant même

(1) *Code*. VII, xv, 3.

(2) *Inst.* I, xiv, § 1.

où il posait le pied sur le seuil de sa patrie. Le *postliminium* (de *limen*, seuil) ne pouvait cependant effacer les faits accomplis, sauf un seul : l'esclavage. Le captif ainsi libéré redevenait ingénu.

Enfin, l'esclave, à sa mort, redevenait un homme aux yeux des Romains ; le jurisconsulte Ariston nous apprend en effet (1) que le tombeau de l'esclave était, de même que celui de l'homme libre, au nombre des *res religiosæ*. La fiction de l'esclavage ne survivait pas à l'esclave, et alors que le tombeau de l'ennemi, comme le lieu où on enfouissait les bêtes, restait profane, la loi romaine rétablissait l'égalité posthume entre l'esclave et le citoyen.

(1) *Dig.* XI, VII, 2 pr.

CHAPITRE III.

L'esclave et la possession.

C'est peut-être en matière de possession qu'on trouve les plus étranges contradictions, en ce qui concerne l'esclave, entre les principes juridiques du point de départ et les décisions des jurisconsultes.

La *justa possessio* en droit romain se compose de deux éléments juxtaposés : le *corpus*, qui est le fait matériel de la détention, et l'*animus domini*, ou *animus rem sibi habendi*, qui est la volonté de traiter la chose comme sienne. Cette *justa possessio* accompagnée de certaines circonstances qui lui sont d'ailleurs étrangères, peut conduire à l'*usucapio*, c'est-à-dire à l'acquisition de la propriété.

Paul dit (1) : « *Possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno.* » Ainsi le maître pouvait acquérir le *corpus* par l'intermédiaire d'un étranger, mais non l'*animus* : telle était la règle logique mais rigoureuse. On y dérogea cependant en permettant d'acquérir l'*animus* lui-même soit par un mandataire, soit par un esclave. Examinons cette dernière hypothèse.

D'abord le maître ayant l'*animus* pouvait donner mandat à son esclave d'appréhender une chose corporelle, et dès lors cette détention opérée venant se joindre à l'*animus* du maître, ce dernier avait désormais la *justa possessio*, même s'il n'avait pas connu le moment précis où l'esclave avait appréhendé la chose. Justinien dit (2)

(1) Paul. *Sent.* V, II, § 1.

(2) *Inst.* II, IX, 3.

en effet : « *Item nobis adquiritur quod servi nostri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex qualibet aliâ causâ adquirant : hoc enim nobis et ignorantibus et invitis obvenit* » ; et un peu plus loin : « *non solum autem proprietas, per eos quos in potestate habemus, sed etiam possessio* ».

Il fallait donc, malgré ce que paraît dire le mot *invitis* (1) de la première phrase citée, que *l'animus* du maître existât et s'unit à l'appréhension de l'esclave pour que la possession fut acquise au maître, et si *l'animus* du maître n'avait pas existé alors, la *justa possessio* ne commençait que lorsque cet *animus* venait se joindre au fait matériel de l'appréhension.

Mais il est remarquable que, dans tous les cas, il fallait aussi tenir compte de la volonté de l'esclave : celui-ci, pour acquérir la possession à son maître, devait lui-même avoir *l'animus* ; il fallait encore qu'il fût intelligent : s'il était privé de raison, le fait matériel de son appréhension joint à *l'animus* du maître ne suffisait plus : « *ceterum et ille per quem volumus possidere talis esse debet ut habeat intellectum possidendi. Et ideo si furiosum servum miseris, ut possideas, nequaquam videris adprehendisse possessionem* (2) ».

Bien plus, si l'esclave a un pécule, il peut acquérir la possession à son maître même *ignorans et invitus* ; même aussi si le maître est incapable d'avoir *l'animus* personnel, s'il est fou ou *infans* par exemple, ou si c'est un être moral comme une cité : « *Item adquirimus possessionem per servum et quidem earum rerum quas*

(1) Nous croyons en effet que le mot « *invitis* » qui d'ailleurs n'existe pas dans le passage de Gaius (II. 88) que Justinien a reproduit ici, ne porte pas sur tout ce qui le précède, et notamment sur le mot « *traditione* », et qu'il ne s'applique en tout état de cause qu'à l'acquisition de la propriété, que seule ce paragraphe envisage dans sa 1^{re} partie.

(2) Paul, *Dig.* XLI, II, 1, § § 9, 10 et 19.

peculiariter tenent, etiam ignorantes; igitur ex causâ peculiari infans et furiosus adquirunt possessionem (1) ».

Cette acquisition *peculiariter* se réalisait donc par la seule volonté de l'esclave, et on ne peut soutenir que cette volonté était toujours vivifiée par la volonté générale de posséder ou d'acquérir que le maître avait manifestée lors de la constitution du pécule, puisque cette solution était vraie même lorsque le maître était incapable d'*animus*. La raison de ce « *jus singulare* », comme dit Papinien (2), on doit plutôt la chercher dans une fiction légale, fondée en utilité, par laquelle le maître emprunte l'*animus* de l'esclave. En tout cas, cet *animus* propre est ici reconnu et sanctionné, et il suffit seul à produire des effets juridiques.

Nous trouvons un autre argument dans le texte de Paul cité plus haut (*Dig. XLVI, II, 1 § 5 in fine*): l'esclave héréditaire lui-même peut, pendant que l'hérédité est *jacente*, c'est-à-dire avant l'adition d'hérédité par l'héritier volontaire, acquérir pour cette hérédité la possession, toujours *ex causâ peculiarii*: ici encore l'*animus* personnel de l'esclave suffit seul, puisque d'ailleurs il est bien certain qu'une hérédité *jacente* est incapable d'avoir l'*animus*.

La *justa possessio* acquise de bonne foi et prolongée pendant un certain temps pouvait faire acquérir au maître la propriété de la chose possédée. Si nous continuons d'envisager le cas d'une possession acquise au maître par l'esclave, nous devons nous demander de qui la bonne foi était exigée, du maître ou de l'esclave. Les textes distinguent encore ici si l'esclave a reçu la possession *peculiariter*, ou bien *singulariter*, c'est-à-dire s'il n'existe pas de pécule.

(1) *Dig. XLVI, II, 1 § 5.*

(2) *id. id. id. 44, § 1.*

Dans ce dernier cas Pomponius décide (1) qu'on doit plutôt tenir compte de la bonne foi du maître que de celle de l'esclave.

Mais si l'esclave administrateur d'un pécule avait acquis la possession *peculiariter*, la bonne foi de l'esclave seul, au moment de l'acquisition, suffisait pour que le maître pût *usucaper* ; et même si alors l'esclave avait été de mauvaise foi, bien que le maître eût été de bonne foi, l'*usucapion* était impossible (2) : « *Si servus tuus peculiari nomine emat rem quam scit alienam : licet tu ignores alienam esse, tamen usu non capies* ».

Cependant le jurisconsulte ne va pas jusqu'à admettre que la bonne foi de l'esclave suffit pour effacer la mauvaise foi du maître, si celle-ci a existé dès le début de la possession (3). Il nous suffit d'ailleurs de prendre acte de ceci que, non seulement on tient compte en cette matière de la volonté et même de la bonne foi de l'esclave, mais que cette volonté et cette bonne foi suffisent en certains cas pour produire au profit du maître l'acquisition de la possession et même de la propriété.

Il y a encore une autre circonstance où l'*animus* de l'esclave est pris en considération : c'est lorsqu'il s'agit de la possession de l'esclave lui-même. Si en effet un esclave détenu, pour une cause quelconque, par un étranger pour le compte du maître, vient à être délaissé par le détenteur, le maître en conserve néanmoins la possession tant que l'esclave conserve l'esprit de retour. Papinien le décide ainsi (4), et il en donne le motif : c'est que l'esclave est différent des choses qui manquent d'intelligence et de raison : « *Igitur, earum quidem rerum quæ ratione vel animâ carent, confestim amittitur pos-*

(1) *Dig.* XLI, iv, 2, § 12.

(2) *id.* XLVI, ii, 2, §§ 12 et 10.

(3) *ibid.* § 13.

(4) *Dig.* XLVI, ii, 47.

sessio, homines autem retinentur, si revertendi animum habent. »

Ainsi la possession du maître persiste, bien que le *corpus* manque entièrement ; c'est que la volonté de l'esclave y supplée. En effet cette volonté « neutralise l'acte du détenteur qui a délaissé l'esclave, et en conséquence par cela seul que ce dernier conserve l'esprit de retour, il conserve au maître la possession de lui-même esclave ; la loi est forcée d'oublier ici qu'elle ne reconnaît pas de personnalité à l'esclave ». (1).

En résumé, si dans ce chapitre nous avons vu l'esclave n'être qu'un intermédiaire entre son maître et les choses, par contre nous avons constaté qu'il était un intermédiaire intelligent, et qu'il fallait compter avec sa volonté, avec sa personnalité, avec sa bonne foi.

(1) Accarias, I, n° 217 § 1.

CHAPITRE IV.

L'esclave et les droits réels.

En principe, l'esclave ne peut rien acquérir pour lui. Tout ce qui lui advient, de quelque manière que ce soit, est aussitôt et pour toujours acquis à son maître pour lequel il est d'ailleurs un admirable instrument d'acquisition. Gaius dit (1) : « *Item quod servi nostri mancipio accipiunt, vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliâ qualibet causâ adquirunt, id nobis adquiritur : ipse enim qui in potestate nostra est nihil suum habere potest* ».

Nous rechercherons plus loin dans le chapitre vi si réellement l'esclave ne peut rien posséder. Ici nous nous contenterons de relever des traces de personnalité de l'esclave en exposant les effets que pouvaient avoir sa volonté et son initiative propres.

§ 1^{er} — Acquisitions entre vifs.

A. — Esclave contrecarrant la volonté d'un étranger.

Supposons un esclave recevant la tradition d'une chose *nec mancipi*, d'un tiers qui veut transmettre au maître de l'esclave la propriété de cette chose. Si l'esclave entend acquérir pour son maître, nul doute que celui-ci n'acquière immédiatement la propriété de la chose. Mais si l'esclave entend acquérir pour un autre que son maître,

(1) Gaius. *Com.* II, § 87.

que va-t-il arriver ? La question est controversée dans les textes, de même qu'elle l'est aussi si nous remplaçons l'esclave par un mandataire, et ce rapprochement entre celui-ci et celui-là ne laisse pas que d'être à noter ici. Ulpien décide (1) que la volonté du *tradens* l'emporte sur celle de l'esclave. Julien au contraire (2) considère l'acte comme nul : « *Si cum mihi donare velles, jusserim le servo communi meo et Titii rem tradere, isque hac mente acciperet ut rem Titii faceret nihil agatur.* » Et il donne la même solution si cet esclave commun est remplacé par le mandataire du donataire. Julien admet donc ici que la volonté de l'esclave suffit pour empêcher la tradition d'avoir son effet.

B. — Esclave contrecarrant la volonté du maître.

Par contre, le maître acquiert à son insu et même contre son gré par cela seul que l'esclave fait ce qu'il faudrait pour devenir lui-même propriétaire s'il était *sui juris*, à la condition bien entendu qu'il emploie un des seuls modes d'acquisition qui lui soient accessibles.

Supposons donc une mancipation faite par un esclave : s'il n'a qu'un seul maître, la chose mancipée est acquise à celui-ci, même *ignorans* et *invitus* : « *Hoc enim nobis et ignorantibus et invitibus obvenit* ». (3).

Si l'esclave a plusieurs maîtres, la chose est acquise à tous et à chacun dans la proportion de ses droits de propriété sur l'esclave, « *pro dominicâ parte* » ; mais si l'esclave figure dans la mancipation pour un seul de ses maîtres, *nominatim*, celui-ci seul acquiert pour le tout (4) : « *Communem servum pro dominicâ parte do-*

(1) *Dig.* XXXIX, v, 13.

(2) *id.* XLI, 1, 37, § 6.

(3) *Institutes* II, ix, 3.

(4) *Gaius*, III, § 167.

minis adquirere certum est, excepto eo quod uni nominalim stipulando, aut mancipio accipiendo, illi soli adquiril. »

Il en sera de même si cet esclave commun a agi sur l'ordre d'un seul de ses maitres ; c'est du moins l'opinion qui a prévalu (1).

Mais si, malgré l'ordre formel de ce maitre, l'esclave dans la mancipation supposée agit *nominalim* pour un de ses autres maitres, c'est ce dernier seul qui acquiert ; telle est la solution donnée par Justinien (2), et il en fournit la raison : « *Multo enim amplius oportet valere dominici nominis mentionem, quam herilem jussionem.* »

L'esclave pouvait ainsi acquérir entre vifs à son maitre non-seulement la propriété, mais aussi certains démembrements de la propriété ; nous voulons parler des servitudes rurales en Italie, les seuls droits réels autres que la propriété qui figurassent au nombre des *res mancipi*, et par conséquent les seuls susceptibles de mancipation. Tous les autres, l'usufruit, l'usage, l'habitation et les servitudes urbaines ne pouvant s'acquérir que par l'« *in jure cessio* » et l'« *adjudicatio* », modes d'acquisition interdits à l'esclave (3).

Si donc nous envisageons l'acquisition par l'esclave, au moyen de la mancipation, d'une servitude rurale en Italie, nous pourrons appliquer, *mutatis mutandis*, à cette acquisition, toutes les solutions que nous avons données ci-dessus en ce qui concerne l'acquisition de la propriété.

§ II. — Acquisitions par testament.

L'esclave pouvait encore acquérir à son maitre soit la

(1) *Inst.* III, xvii, § 3.

(2) *Code.* IV, xxvii, 3.

(3) *Frag. Vat.* § 51.

propriété, soit tous ses démembrements, lorsqu'il était institué héritier par un étranger, ou lorsqu'il en recevait un legs translatif de propriété.

Examinons d'abord l'hypothèse de l'institution :

Si un testateur institue pour héritier un esclave étranger, pour juger de la validité de l'institution, on considère bien à la vérité si le maître de l'esclave a la *factio testamenti* avec le testateur (1), mais c'est en réalité la personne seule de l'esclave qu'il faut envisager pour savoir à qui ira définitivement le bénéfice de l'institution. En effet, si l'esclave a été aliéné avant le jour de l'adition, ce sera son nouveau maître qui lui donnera ordre de faire l'adition et qui en recueillera le bénéfice.

Si à ce moment l'esclave a été affranchi, même après le décès du testateur, lui-même acquerra l'hérédité en faisant adition (2). L'hérédité repose donc bien sur la tête de l'esclave, et le suit partout : « *ambulat cum dominio* » (3).

Et c'est bien en vérité l'esclave lui-même qui est héritier, car les legs qui auraient été mis, non pas à sa charge, mais à la charge du maître par ordre duquel il ferait adition et qui par conséquent recueillerait le bénéfice de l'hérédité, seraient annulés comme imposés à un autre qu'à l'institué (4).

Enfin nous devons faire remarquer que la volonté propre de l'esclave et son intelligence sont encore prises en considération lors de l'adition : il est vrai qu'il ne peut la faire que sur l'ordre de son maître, parce qu'une hérédité est un ensemble de biens et de charges, et que l'esclave ne peut obliger son maître sans le consentement

(1) Ulpian. *Regul.* xxii, § 9.

(2) *Dig.* XXIX, ii, 82.

(3) id. XXXVII, xi, 2, § 9.

(4) Ulpian. *Regul.* xxiv, § 1.

de celui-ci ; mais c'est l'esclave lui-même qui fait adition, et il ne pourrait y être contraint (1) : *Celsus libro quinto de imo Digestorum scripsit eum qui metu verborum, vel aliquo timore coactus fallens adierit hereditatem... sive servus sit, dominum heredem non facere* ».

Non seulement l'esclave doit faire adition par sa volonté personnelle et libre, mais encore il doit personnellement connaître exactement et sa vocation, et le titre en vertu duquel il fait adition (2) : « *Scientia autem, vel opinio, si filius familias vel servus instituti sunt, utrum ipsorum an domini vel patris accipienda sit? Finge patrem putasse prægnatem, filium certum esse finge, et sic adire : an adquirat hereditatem? Puto adquirere : sed contra non adquirere* ».

Voyons maintenant ce qui arrive si nous supposons l'esclave légataire. Pour que le maître pût acquérir la propriété par un legs fait à l'esclave, soit *per vindicationem*, soit même *per præceptionem* dans la doctrine des Proculétiens (3), il fallait aussi qu'il eût la *factio testamenti* avec le testateur, c'est-à-dire qu'il pût être lui-même légataire ; mais il fallait encore, pour apprécier la validité du legs, et c'est ce que nous retiendrons ici, considérer un instant l'esclave légataire comme un homme libre, et examiner si dans cet hypothèse le legs eût été valable (4) : « *In legatis persona servi spectatur,* » Paul dit en effet (5) : *Cum enim servo alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc tantum inspicitur ut sic cum eo testamenti factio, cæterum ex personâ servi consistit legatum, et ideo rectissime Julianus*

(1) *Dig.* XXIX, II, 6, § 7.

(2) *id.* *id.* *id.* 30, § 7

(3) *Gaius.* II, § 87.

(4) *Frag. Vat.* § 75.

(5) *Dig.* XXXI, I, 82, § 2.

defuit, id demum servo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere posset. »

Ainsi en matière de legs, la personne du maître est à considérer uniquement au point de vue de la *factio testamenti* ; pour tout le reste c'est de la personne de l'esclave seul qu'on doit tenir compte ; et c'est pourquoi on avait logiquement décidé qu'un usufruit légué à un esclave, à la différence d'un usufruit acquis entre vifs par ce même esclave, devait s'éteindre à la mort de l'esclave, et non à celle du maître (1) ; mais Justinien abolit cette solution (2).

Il pouvait arriver encore qu'on léguât à l'esclave une servitude, par exemple une servitude prédiale ; le principe posé ci-dessus, qu'on devait un instant supposer que l'esclave est un homme libre pour voir si le legs est valable et peut lui profiter, faisait naître une difficulté : comment l'esclave eût-il pu acquérir une servitude prédiale alors qu'il ne possédait pas d'immeuble auquel rattacher cette servitude ? Les jurisconsultes avaient admis ici une distinction : considérant un instant le pécule comme la propriété de l'esclave, ils admettaient la validité d'un tel legs si l'esclave avait dans son pécule un fonds de terre qui pût profiter de la servitude (3). Nous aurons l'occasion de voir plus loin d'autres décisions qui supposent l'esclave propriétaire de son pécule.

(1) *Frag. Vat.* § 57.

(2) *Code*, III, xxxiii, 17.

(3) *Dig. XXXII*, loi 17, § 1.

CHAPITRE V.

L'Esclave et les droits personnels.

§^o 1^{er} — Esclave stipulant pour son maître.

Nous examinerons au paragraphe suivant si l'esclave peut quelquefois acquérir des créances pour lui-même ou être obligé personnellement ; le présent paragraphe sera consacré à examiner l'effet des stipulations de l'esclave sur le patrimoine du maître, mais toujours seulement en vue des arguments que nous pourrons en déduire en faveur de la personnalité de l'esclave.

Il faut dire d'abord en principe des droits personnels ce que nous avons dit plus haut des droits réels : tous les droits personnels qu'acquiert l'esclave sont acquis aussitôt et pour toujours à son maître (1). Il en est ainsi notamment dans la stipulation, contrat verbal qui se forme par demande et par réponse, lorsque l'esclave joue le rôle d'interrogateur ou stipulant. C'est ce contrat que nous envisagerons spécialement ici.

Mais s'il est vrai que l'esclave dans ce contrat emprunte la voix, la capacité, la personne de son maître, à tel point que la stipulation d'un esclave sans maître ou appartenant à une hérédité *jacente* et jamais acceptée est dépourvue de tout effet, il est également vrai de dire que l'initiative et la volonté de l'esclave sont particulièrement ici toutes puissantes, à tel point que pour inter-

(1) Gaius, II, § 87. — *Inst.* II, IX, § 3.

prêter le véritable sens et les effets de la stipulation, c'est la volonté de l'esclave qu'on recherchera, non celle du maître. Les paroles prononcées par l'esclave seront souveraines, peu importe qu'il ait ou non agi sur l'ordre de son maître, et même contre sa volonté formelle (1) : *« servus vetante domino si pecuniam ab alio stipulatus sit, nihilominus obligat domino promissorem. »*

Les jurisconsultes allèrent très loin dans cette voie, et la volonté de l'esclave prévalut, non seulement sur celle du maître, mais même sur la réalité des faits. Ulpien (2), supposant qu'un esclave grevé d'usufruit, prête à un tiers de l'argent appartenant à l'usufruitier, se demande à qui sera la créance, si l'esclave stipule au nom du nu-propriétaire ; et il décide qu'elle appartiendra à ce dernier.

Toutes les solutions que nous avons rappelées au chapitre précédent à propos des acquisitions faites par un esclave commun à plusieurs maîtres sont vraies aussi en ce qui concerne les stipulations d'un tel esclave : toujours la volonté de celui-ci prévaudra même sur les ordres de ses maîtres (3).

Nous avons dit que la créance ainsi acquise par la stipulation de l'esclave va appartenir au maître. C'est bien ce dernier en effet qui en aura le bénéfice, mais il peut arriver néanmoins que la personne de l'esclave doive être, en certains cas, prise encore en considération lorsqu'il s'agira d'exercer la créance acquise au maître. Supposons en effet qu'un esclave ait stipulé d'un tiers un droit de passage ; sans doute la jouissance de ce droit sera bien acquise au maître, et le droit lui-même reposera sur sa tête ; mais l'exercice du droit appartiendra

(1) *Dig.* XLV, 1, 62.

(2) *id.* VII, 1, 25 § 3.

(3) *Code.* IV, xxvii, 3. *in fine.*

exclusivement à l'esclave, et nous en concluons par conséquent que ce droit périra ou tout au moins deviendra sans effet si l'esclave vient à mourir ou à être aliéné. Il en serait de même si l'esclave avait stipulé tout autre fait (1) : « *Sed, cum factum in stipulatione continetur, omnimodo persona stipulantis continetur; veluti si servus stipuletur ut sibi ire agere liceat, ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.* »

§ II. — **L'Esclave peut-il être personnellement créancier ou débiteur.**

L'esclave peut donc acquérir des créances à son maître. Nous verrons plus loin qu'il peut aussi en certains cas obliger son maître. Mais pourra-t-il à son tour acquérir des créances pour lui-même et s'obliger personnellement ? Non évidemment si l'esclave est réellement une chose, car nous sommes ici en matière personnelle par excellence.

Or il est une circonstance que nous examinerons plus loin où l'esclave est, sans aucun doute, obligé personnellement : c'est lorsqu'il commet un délit. Mais plaçons-nous ici seulement en face des obligations contractuelles.

En droit strict, il est bien difficile de concevoir l'esclave créancier, puisqu'il est incapable d'être propriétaire d'une part, et que d'autre part tout ce qu'il peut acquérir de quelque façon que ce soit est de suite acquis à son maître. Il y a des textes cependant, et nous en citerons ici deux, qui reconnaissent à l'esclave la capacité d'acquérir personnellement des créances ; il est vrai que ce seront seulement des créances naturelles, c'est-à-dire dépourvues de sanction ou du moins d'action, mais

(1) *Inst.* III, XVII, § 2.

non toutefois entièrement dépourvues d'effets, puisque les obligations naturelles, en droit romain, pouvaient être opposées en compensation, garanties par fidéjussion, susceptibles de nover et d'être novées, etc....

Voici ces deux textes :

1^o (1). « *Servi.... ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor.* » Les esclaves ne sont pas obligés civilement par leurs contrats ; mais ils le sont naturellement, de même que par eux ils acquièrent des créances naturelles. Donc si ayant emprunté de l'argent à un esclave, je le lui rends après son affranchissement, je suis libéré.

2^o (2). « *Si quod dominus servo debuit manumisso solvit quamvis existimans ei se aliquâ teneri actione, tamen repetere non poterit : quia naturale adgnovit debitum.* » Si un maître devait quelque chose à son esclave, et qu'il le lui eût payé après l'avoir affranchi, il ne pourrait répéter ce qu'il lui aurait ainsi payé, même si lors du paiement il s'était cru tenu d'une obligation sanctionnée par la loi civile, parce qu'il a ainsi reconnu l'existence d'une dette naturelle à sa charge.

Comment expliquer qu'un esclave puisse ainsi posséder des créances, même naturelles, qui ne soient pas à son maître ? On a donné trois solutions de cette difficulté.

I. Puchta (*Inst.* III, 34) croit que le texte d'Ulpien cité premier ci-dessus envisage un esclave qui, gérant un pécule *cum liberâ administratione*, avait prêté à un tiers une somme d'argent, et avait ainsi acquis contre ce tiers une obligation naturelle, en même temps qu'il procurait à son maître une obligation civile ; de sorte que si

(1) Ulpien. *Dig.* XLIV VII, 14.

(2) Tryphoninus. *Dig.* XII, VI, 64.

le débiteur paie à l'esclave devenu libre, il sera libéré de ces deux obligations, soit que le pécule ait été laissé à l'esclave affranchi, soit qu'il lui ait été retiré à l'insu du débiteur. Cette opinion s'appuie sur deux autres textes desquels il résulterait qu'une obligation naturelle naîtrait au profit de l'esclave des circonstances prévues par Puchta.

1^o (1) « *Servus civilis jure manumissus non ademptum peculium retinet ; ideoque debitor ei solvendo liberatur* ».

2^o (2) « *Si Stichus peculium cum manumitteretur ademptum non est, videtur concessum : debitores autem convenire nisi mandatis sibi actionibus non potest* ».

Sans doute l'hypothèse d'Ulpien offre une certaine analogie avec celle du premier de ces deux derniers textes ; mais nous pensons que Puchta s'est mépris sur la conclusion à en tirer. Dans le texte d'Ulpien, une obligation naturelle naît au profit de l'esclave en vertu du contrat même ; dans les deux derniers textes au contraire, l'esclave n'est personnellement créancier qu'en vertu de l'abandon tacite que le maître lui a fait du pécule, lequel pécule comprend des créances non pas naturelles, mais civiles.

II. M. Machelard (3) propose une autre solution qui dérive de cette idée, émise autrefois par Cujas, que l'esclave qui traite avec un tiers fait naître deux obligations, l'une civile au profit du maître, l'autre naturelle à son profit personnel. M. Machelard dit en conséquence qu'Ulpien veut seulement indiquer que des rapports de créancier et de débiteur s'établissent en fait entre l'esclave et le tiers, ce qui permet à l'esclave de recevoir le

(1) *Dig.* XL, III, 3.

(2) *id.* XV, I, 53.

(3) Machelard. *Traité des obligations naturelles*, p. 187

païement, et autorise à le qualifier en quelque sorte comme étant créancier naturellement. Cette opinion s'appuierait notamment sur l'usage si général des pécules confiés aux esclaves, et sur un texte d'Ulpien (1) qui dit que lorsqu'on se sert des termes de dettes et de créances à l'égard des esclaves, on commet un abus de langage en considérant plutôt le fait que le droit, attendu qu'en réalité un esclave ne peut être ni débiteur, ni créancier. Le texte d'Ulpien premier cité reposerait sur cette équivoque.

Cette opinion nous paraît inexacte, puisqu'au contraire Ulpien distingue soigneusement dans ce texte les obligations civiles des obligations naturelles, et refuse à l'esclave la capacité d'acquiescer et de contracter les premières, non les secondes.

III. M. Accarias a présenté enfin une troisième solution (2) à laquelle nous croyons devoir nous rallier. Le savant professeur estime qu'il s'agit, dans le texte d'Ulpien, de stipulations faites, soit par un esclave sans maître, soit par un esclave contractant avec son maître ou avec une personne soumise à la même puissance que lui. Le texte de Tryphoninus cité n° 2 ci-dessus nous offre précisément un exemple de cette seconde espèce d'obligation naturelle, et même le texte d'Ulpien qui le précède (loi 14 au *Dig.* XLIV, VII) *in fine* en donnerait un second, car M. Accarias croit qu'on doit le lire ainsi : « *Denique si servo (meo) qui, etc.*

Si en effet un esclave sans maître fait une stipulation, il ne se forme pas de créance civile, parce qu'il n'existe personne pour en recueillir le bénéfice (3) : *Quod servus stipulatus est quem dominus pro derelicto habebat, nul-*

(1) *Dig.* XV, I, 41.

(2) Accarias. *Précis*, n° 506, II, et note 2.

(3) *Dig.* XLV, III, 36.

lius est momenti. » Et si un esclave contracte avec son maître ou avec une personne soumise à la même puissance que lui, il ne s'en forme pas davantage, parce que nul ne peut acquérir de créance ni contre soi-même, ni contre les personnes qu'il tient en sa puissance (1) : « *Item inutilis est stipulatio, si ab eo stipuleris qui juri tuo subjectus est, vel si is a te stipulatur.* »

Mais si dans ces deux cas il ne se forme pas d'obligation civile, il naît au contraire une obligation naturelle. Ulpien nous l'apprend, et la fin du texte de Tryphoninus nous en donne une explication assez plausible (2) : *Ut enim libertas naturali jure continetur, et dominatio ex gentium jure introducta est : ita debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intelligenda est.* »

Ce serait donc d'après les principes du droit naturel et non ceux du droit civil qu'il faudrait apprécier s'il y a ou non une dette naturelle.

Nous n'examinerons pas quels peuvent être les effets de ces obligations naturelles, effets qui peuvent être importants d'ailleurs en telles circonstances données, par exemple si l'esclave ayant un pécule vient à être affranchi. Il nous suffira de faire remarquer l'importance de cette constatation que l'esclave peut être personnellement créancier, et être personnellement obligé en vertu de ses contrats.

Enfin, terminons ce chapitre en signalant un cas où l'obligation contractée personnellement par l'esclave envers son maître était devenue véritablement une obligation civile, puisqu'elle était sanctionnée par la loi : lorsqu'un maître voulait affranchir un esclave, il arrivait fréquemment que ce dernier s'obligeait envers lui à lui rendre certains services appelés « *operæ* », pour le

(1) *Inst.* III, XIX, 6.

(2) *Dig.* XII, VI, 64.

temps où il serait affranchi, ou encore à lui payer une certaine somme pour prix de l'affranchissement. Dans ce but, l'esclave jurait à son maître, avant la *manumission*, de lui fournir les « *operæ* » ou la somme convenue ; mais ce serment purement religieux ne créait aucune obligation d'après le droit civil, l'esclave étant incapable de s'obliger ; il servait seulement de cause à un engagement que l'esclave devait prendre aussitôt après l'affranchissement : c'était le « *Jusjurandum liberti* », ou comme disent les interprètes la « *jurata promissio liberti* ».

Si l'esclave une fois affranchi refusait de jurer, son premier serment ne l'avait nullement obligé aux termes de la loi civile (1). Mais le jurisconsulte Ulpien, en punissant le dol de l'esclave affranchi qui s'était ainsi joué de la promesse par lui faite en esclavage, accorda au maître une action qui lui permit d'obtenir satisfaction (2). Il est vrai qu'il paraissait ainsi plutôt punir le dol délictueux de l'esclave que sanctionner l'obligation. Mais plus tard l'empereur Alexandre Sévère donna, dans un cas semblable, une action « *in factum* » au maître, pour obtenir de l'esclave affranchi la somme que ce dernier lui avait promise étant esclave comme prix de son affranchissement (3) : « *Promissæ tibi pecuniæ a servo tuo, ut eum manumitteres, si posteaquam manumisisti stipulatus ab eo non est, adversus eum petitionem per in factum actionem habes.* » Cette action *in factum* était bien, croyons-nous, non pas l'action *in factum* prétoirienne subsidiaire à l'action de dol, mais l'action civile « *præscriptis verbis* » fondée ici sur le contrat innommé « *facio ut des* ».

(1) *Dig.* XXXVIII, 1, 7, pr., et § 2.

(2) *id.* IV, III, 7, § 8.

(3) *Code*, IV, XIV, 3.

CHAPITRE VI

Du pécule, et des actions *adjectitiæ qualitatis*.

Le mot pécule, quand il s'agissait d'esclaves, avait en droit romain deux significations bien différentes.

Tantôt on entendait par là une portion de biens que le maître détachait de son patrimoine et confiait à son esclave pour la gérer et la faire fructifier avec des pouvoirs plus ou moins étendus, le plus souvent avec des pouvoirs presque illimités : il y avait dans ce dernier cas *libera administratio peculii*. » (1).

Tantôt le mot pécule signifiait simplement ce que l'esclave avait pu acquérir ou épargner par lui-même, et que le maître lui avait laissé ou lui aurait laissé s'il en avait connu l'existence (2).

A. Envisageons d'abord le pécule confié à l'esclave par son maître.

Il est bien certain qu'en droit le pécule et ses augmentations restaient la propriété absolue du maître ; mais, surtout si nous considérons le pécule *cum libera administratione*, nous devons reconnaître que sa constitution faisait de l'esclave presque un propriétaire, et en tous cas une personne capable d'obliger son maître et d'aliéner : l'esclave arrivait vraiment à la hauteur d'un mandataire armé de pouvoirs très étendus et qui pouvaient même survivre à la volonté du maître, puisque le pécule ne pouvait être retiré que par une résolution formellement exprimée, et que l'esclave le gardait alors même

(1) *Dig.* XV, 1, 7 § 1.

(2) *Dig.* *ibid.*, 4 pr. ; — 5 § 4 ; — 40 § 1 ; — 49 § 1.

que son maître devenait fou ou mourait laissant un héritier impubère (1).

Le pécule, une fois établi, devenait une portion entièrement séparée de la fortune du maître, et constituait un patrimoine distinct, avec son actif et son passif propres ; en un mot le pécule était réputé appartenir à l'esclave lui-même. De plus il pouvait comprendre un ou plusieurs esclaves auxquels l'esclave maître du pécule, appelé « *servus ordinarius* », pouvait également confier une partie du pécule ou sous-pécule ; ces autres esclaves s'appelaient « *vicarii* ». Il résultait de tout ceci des rapports de droit très compliqués, que le préteur prévoyait et réglait comme s'il y avait en présence des personnes libres et des patrimoines distincts. Nous nous bornerons à l'hypothèse d'un pécule simple.

Nous avons déjà constaté, au chapitre III notamment, les augmentations qu'apportait la constitution du pécule à la capacité de l'esclave en matière de possession.

En matière d'obligations, l'existence du pécule donnait à l'esclave la capacité nécessaire pour obliger son maître dans de certaines limites que nous allons faire connaître ; et dans cette mesure le maître était réputé avoir pris d'avance à sa charge et promis d'exécuter toutes les obligations que contracterait son esclave ; le pouvoir de l'esclave était tellement de l'essence même du pécule qu'il fallait absolument retirer le pécule pour faire cesser ce pouvoir : nulle défense même rendue publique n'y pouvait porter atteinte (2). Une seule restriction existait à cette capacité de l'esclave : il ne pouvait intercéder, c'est-à-dire cautionner une dette étrangère, sur son pécule (3).

(1) *Dig.* XV, 1, 3, § § 3 et 4 ; 7 § 1

(2) *Ibid.* 29 § 1 ; — 47 pr

(3) *Dig.* XV, 1, 3, § § 5 et 6.

Non seulement la constitution d'un pécule rendait l'esclave capable d'obliger son maître envers les tiers et de disposer avec les pouvoirs les plus étendus des biens compris dans le pécule ; mais encore elle amenait entre le maître et l'esclave de véritables relations d'affaires de personne à personne : les dettes du maître envers l'esclave augmentaient le pécule ; celles de l'esclave envers le maître le diminuaient ; et il ne s'agit plus là véritablement de dettes simplement naturelles, puisque nous allons voir ces dettes entrer en ligne de compte lorsque les tiers intenteront contre le maître les actions « *de peculio* » et « *tributoria* ». Ces créances et ces dettes entre le maître et l'esclave seront appréciées suivant les règles ordinaires du droit civil : « *Ut debitor vel servus domino, vel dominus servo intelligatur, ex causâ civili computandum est.* » (1).

Le préteur, partant de ce principe que, par cela même que le maître avait constitué un pécule, il avait permis à l'esclave de l'obliger par ses contrats et ses quasi-contrats à concurrence de la consistance du pécule, accorda aux créanciers du pécule l'action « *de peculio* », qu'ils pouvaient intenter contre le maître à raison des actes licites faits par l'esclave dans l'administration du pécule même à l'insu de son maître. Pour juger cette action, le juge devait se placer à deux points de vue ; d'abord il devait rechercher si le maître n'avait pas retiré, de l'obligation contractée par l'esclave, quelque profit personnel et indépendant du pécule. Ce profit, appelé « *in rem versum* » faisant défaut, le juge devait examiner si le pécule comprenait de quoi fournir ou compléter la somme réclamée (2). Il faut remarquer que, pour apprécier s'il y a vraiment de *l'in rem versum*, on

(1) *Dig.* XV, 1, 49 § 2.

(2) *Inst.* IV, VII, § 4.

doit supposer un instant que l'esclave est *sui juris* et a agi comme mandataire ou *negotiorum gestor*, et voir si alors il pourrait exercer les actions *mandati* ou *negotiorum gestorum* (1). On voit combien ressort énergiquement la distinction du pécule d'avec le reste du patrimoine : en effet le créancier demandeur excluait sur *in rem versum* tout autre créancier du pécule, tandis que sur le pécule lui-même il devrait concourir avec tout créancier investi de l'action de *peculio*. Bien plus les créances du maître, même antérieures à la constitution du pécule, seront toujours payées par préférence sur le pécule, et son droit primera tous les privilèges (2).

L'action « *tributoria* » se donnait contre le maître aux créanciers commerciaux du pécule, lorsque, au su du maître, l'esclave consacrait tout ou partie de son pécule à faire le commerce. Dans ce cas les créances du maître n'étaient plus privilégiées, mais venaient au marc le franc avec les autres.

On peut juger par ces simples notions combien le pécule et l'esclave étaient étroitement liés l'un à l'autre, et combien les mœurs d'abord, puis les lois ensuite assimilèrent l'esclave maître du pécule à un vrai propriétaire. On n'en resta pas là, et la loi admit en certains cas que la constitution d'un pécule emportait au profit de l'esclave une véritable présomption de libéralité du maître, et par conséquent de propriété pour l'esclave. Lorsqu'un esclave était affranchi entre vifs, il devenait de plein droit propriétaire du pécule si le maître ne le lui avait pas expressément retiré : c'est ce que nous apprend un fragment du Vatican : « *Peculium vindictâ manumisso vel inter amicos si non adimatur donari*

(1) *Dig.* XV, III, 3 § 2 et s. ; — 17 pr.

(2) *ibid.* 52 pr. — *Dig.* XXIV, III, 22, § 13.

videtur. Quæ ratio facit, ut ex justâ causâ possidens usucapere rem possit. » (1).

Il en était autrement de l'esclave affranchi par testament; il ne gardait le pécule que si le maître le lui avait expressément légué; mais hâtons-nous d'ajouter qu'ici encore les présomptions favorables étaient admises avec la plus grande facilité. Ainsi très souvent l'esclave était affranchi par testament à la condition de payer une somme d'argent soit à l'héritier soit à un tiers; s'il avait un pécule, il pouvait prendre cette somme sur le pécule, même si le testateur n'avait rien dit à cet égard (2). De même si l'esclave était affranchi par le testament de son maître à la condition de rendre compte, il gardait le pécule après ce compte apuré (3).

B. Voyons maintenant la seconde espèce de pécule: celui que l'esclave amassait par son épargne seule, soit en économisant sur ce qui lui était donné pour sa nourriture, soit en travaillant par surcroît pendant les rares instants que lui laissaient ses occupations serviles. Si ces misérables épargnes étaient encore en droit strict la propriété du maître, toujours les mœurs et les lois furent d'accord pour reconnaître sur elles à l'esclave tout au moins un véritable droit d'usufruit viager. Les lui enlever était considéré dans la société romaine comme une spoliation et une action infamante. On vit même des maîtres permettre à leurs esclaves de disposer de leur pécule par testament (4). Les jurisconsultes firent plus encore: nous avons une décision d'Ulpien (5) qui, supposant qu'un esclave s'est racheté avec ses deniers, dit qu'il doit obtenir la liberté, de par une

(1) *Frag. Vat.*, § 261.

(2) *Dig. XL*, vii, 3, § § 1 et 2.

(3) *id.* XXXIII, viii, 8 § 5.

(4) Pline, *Epist.* XL, viii, 16.

(5) *Dig. XL*, i, 4 pr. et § 1.

décision des Divins Frères ; et se demandant ensuite comment un esclave peut se racheter de ses deniers alors qu'il ne peut rien posséder en propre, il explique qu'avec un peu de bonne volonté [*conniventibus oculis*], on peut considérer comme racheté de ses deniers l'esclave racheté avec des sommes prises dans son pécule provenant de ses épargnes, des dons qu'il a pu recevoir, etc....

Enfin, si nous nous plaçons sous les empereurs chrétiens, et à la limite extrême de cette évolution des mœurs et du droit en faveur de l'esclave, je veux dire au temps de Léon le Philosophe, nous constatons que les esclaves du domaine impérial furent élevés à la qualité de propriétaires de leurs pécules, et qu'ils purent désormais en disposer à leur gré soit entre vifs soit à cause de mort. (1).

Mentionnons aussi la situation spéciale faite au point de vue du pécule à l'esclave public, auquel on ne peut dénier un véritable droit de propriété, puisqu'Ulpien nous apprend (2) qu'il avait le droit de disposer par testament de la moitié de son pécule : « *servus publicus populi romani partis dimidiæ testamenti faciendi habet jus.* »

C. Il nous reste à examiner les effets que pouvaient avoir sur le patrimoine du maître certaines obligations contractées par les esclaves en dehors de l'existence de tout pécule, et les actions auxquelles ces contrats donnaient naissance contre le maître. Nous avons déjà parlé de *l'in rem versum* à propos de l'action *de peculio*. Or si en droit civil il était de règle que les actes de l'esclave ne pouvaient obliger le maître sans sa volonté, le droit prétorien avait au contraire admis le principe que même

(1) Léon le Phil. nouvelle XXXVIII.

(2) Ulpien. *Régul.* XX, § 16.

en l'absence de tout mandat, si l'esclave avait procuré par ses actes juridiques quelque enrichissement au maître, ce dernier était équitablement tenu des obligations contractées par son esclave jusqu'à concurrence de l'enrichissement, c'est-à-dire de *l'in rem versum* : de là était née l'action *de in rem verso* ; et pour savoir si elle était possible, ou devait se demander si l'esclave étant supposé libre aurait pu dans cette circonstance intenter une action de mandat ou de gestion d'affaire contre le maître (1). Le droit civil, suivant ici le droit prétorien, accorda dans le même cas la *condictio sine causâ* (2).

Le préteur envisagea encore le cas où le maître avait donné ordre à son esclave de contracter ; et il admit peu à peu entièrement que l'esclave pouvait être un véritable mandataire, d'abord spécial, puis même général : d'où les actions *quod jussu* pour le premier cas, *exercitoria* et *institoria* pour le second ; et ces trois actions, à l'inverse des précédentes, étaient données pour le tout, *in solidum*.

L'action *quod jussu* était donnée aux tiers lorsque le maître avait ordonné à son esclave de faire avec eux tel ou tel contrat spécial ; ou encore lorsque l'esclave avait pris l'initiative de contracter à l'insu de son maître, si ensuite ce dernier ratifiait l'opération (3).

Si le maître avait donné à son esclave le mandat général de faire le commerce, ou l'avait préposé à la conduite d'un navire ou à l'exploitation d'un comptoir ou d'une boutique, le préteur donnait aux tiers qui avaient contracté avec le préposé l'action *exercitoria* s'il s'agissait d'un commerce maritime (du mot *exercitor*, armateur de navire), l'action *institoria* s'il s'agissait d'un

(1) *Dig.* XV, III, 3 § 2.

(2) *id.* XII, I, 23 et 32.

(3) *id.* XV, IV, 1.

commerce terrestre (du mot *institor*, préposé à un commerce). Ces actions étaient données, directement contre le préposant, à la personne qui avait traité avec le préposé ; et même, s'il s'agissait d'un commerce maritime, à la personne qui avait traité avec le substitué du préposé, à cause des nécessités impérieuses d'un tel négoce.

En résumé, nous avons montré dans ce chapitre l'esclave capable d'être mandataire de son maître avec les pouvoirs les plus étendus, et même avec droit de substituer un tiers dans ces pouvoirs ; nous l'avons vu aussi avoir en certains cas un véritable droit de propriété sur ses épargnes, à tel point qu'il pouvait alors en disposer entre vifs, notamment pour se racheter, ou même par testament si nous envisageons spécialement l'esclave public.

CHAPITRE VII.

L'esclave devant la Justice.

§ 1^{er} Droit pénal.

Après avoir vu jusqu'à présent qu'en aucun des points que nous avons passés en revue l'impersonnalité de l'esclave n'a pu être entièrement admise, nous nous étonnerons fort peu de constater que, surtout en droit pénal, l'esclave redevient aux yeux de la loi une personne consciente, capable de s'obliger, et responsable de ses actes. L'intérêt social exigeait impérieusement en effet en cette matière que la réalité fit place à la fiction, afin de permettre la répression nécessaire des crimes et des délits dans la personne même de leur auteur, qu'il fût esclave ou libre.

I. Répression, par la loi pénale, des crimes et délits commis par l'esclave, soit envers son maître, soit envers les étrangers.

Le maître, ayant droit de vie et de mort sur ses esclaves, avait *a fortiori* le droit de *castigatio* le plus étendu ; il jugeait seul et sans appel. Rappelons cependant que les empereurs avaient jugé bon d'intervenir en certains cas, et d'imposer l'approbation du magistrat lorsqu'il s'agissait de mettre à mort ou de livrer aux bêtes un esclave coupable. En outre, un rescrit de Marc Aurèle montre jusqu'où ils allèrent dans cette voie, même au sujet des causes qui rentraient dans le cercle le plus intime des relations domestiques : par ce rescrit,

l'empereur permet au maître d'accuser et de traduire devant les tribunaux son esclave coupable d'adultère avec sa femme (1). Enfin Ulpien rapporte (2) que le préteur finit par donner à l'héritier l'action au double contre un esclave héréditaire qui avait commis un vol au préjudice de l'hérédité et avant l'adition qui devait le rendre libre en vertu du testament.

Par contre, les crimes et délits commis par l'esclave contre les tiers étaient réprimés par la loi pénale : ici la fiction s'évanouissait entièrement ; la loi considérait l'esclave comme une personne entièrement responsable de ses actes, à tel point que, tout au moins dans les cas graves, l'ordre formel du maître ne suffisait pas à innocenter l'esclave du crime qu'il l'avait forcé de commettre. Il est impossible de reconnaître plus énergiquement la personnalité et le libre arbitre de l'esclave.

D'ailleurs, que la loi se montrât plus rigoureuse dans le châtiement et plus cruelle dans les moyens d'instruction, puisque le plus ordinaire pour l'esclave était la torture, qu'elle lui donnât pour juges les magistrats les plus humbles, qu'on lui déniât le droit d'appel, que même à égalité de peines, on eût recours pour l'exécuter à des moyens plus ignominieux, tout cela n'est pas fait pour surprendre, et au surplus n'enlève rien à la portée de l'aveu que nous avons constaté ici en faveur de la personnalité de l'esclave. Il serait facile au surplus de montrer que le sort de l'esclave coupable n'était pas absolument abandonné à l'arbitraire des juges, et que la loi avait assuré jusqu'à un certain point la justice des condamnations : le maître de l'esclave accusé d'un crime devait le défendre ; s'il l'abandonnait, l'esclave pouvait

(1) *Dig.* LXVIII, II, 5,

(2) *id.* XLVII, I, 1 pr.

se faire défendre par un autre homme libre, et en tous cas le juge devait examiner la cause avec soin (1).

Quelquefois même l'esclave était admis à appeler d'une sentence rigoureuse (2). Si un esclave était accusé injustement et mis à la torture, son accusateur était puni d'une amende égale au double de la dépréciation causée par la torture (3). Plus tard les empereurs chrétiens accentuent cette protection de l'esclave : Valentinien, Gratien et Théodose obligèrent l'accusateur d'un esclave étranger à s'astreindre dans l'acte d'accusation à subir la peine du talion en cas d'accusation calomnieuse, avant d'être admis à faire subir la torture à l'accusé (4).

II. Protection des esclaves victimes de crimes ou de délits.

Quant à l'esclave victime, nous l'avons déjà vu protégé contre son maître par de nombreuses décisions des empereurs et par des lois citées dans la première partie de cette étude ; voyons maintenant ce que la loi fit pour le protéger contre les tiers.

La loi Cornelia, *de Sicariis* (5), édicta contre celui qui tuerait un esclave étranger la même peine que pour le meurtre d'un homme libre. Puis la loi Aquilia punit, mais seulement par une action en réparation civile au profit du maître, le dommage causé à un esclave par coups et blessures (6). Le préteur introduisit au profit du maître une action « *injuriarum* » contre la personne qui avait fait à l'esclave une injure telle qu'elle rejaillissait contre le maître ; cette action ne protégeait donc l'esclave qu'indirectement. Enfin le préteur, dans un édit

(1) *Dig.* XLVIII, XIX, 19 ; --- XLVIII, I, 11.

(2) *id.* XLIX, I, 15.

(3) *id.* III, XVI, 9.

(4) *Code*, IX, II, 13.

(5) *Dig.* XLVIII, VIII, 1, § 2.

(6) *Inst.* IV, III.

qui nous est rapporté par Ulpien (1), déclara qu'on serait tenu de l'action même pour injure faite personnellement à l'esclave et n'atteignant nullement le maître ; Ulpien reconnaît en effet que l'esclave est capable de ressentir une injure : « *hanc enim et servum sentire palam est* ». Il va plus loin, et indique que l'injure peut être plus ou moins grave suivant la qualité de l'esclave, et que la réparation doit être appréciée en raison de la personne même de l'esclave (2) : « *Etenim multum interest qualis servus sit, bonæ frugi, ordinarius, dispensator, an vero qualis qualis vel mediastinus, an vulgaris, et quid si compeditus, vel male notus, vel notæ extremæ* ».

Un autre texte (3) donne une preuve de plus de la personnalité de l'esclave en matière pénale en décidant que, même au cas de lésion corporelle commise par un tiers sur l'esclave, le maître aura, non l'action *legis Aquiliæ* qui lui compéterait si la victime était un animal, mais bien l'action d'injures. De plus la loi ne se contente pas de proclamer la personnalité de l'esclave, elle lui reconnaît encore une certaine *existimatio* ; le texte sus rappelé au *Dig.* XLVII, x, 15 § 44, dit en propres termes : « *ad servi qualitatem* » ; plus loin : « *quam personæ servi* ». Le jurisconsulte Paul va même jusqu'à invoquer la dignité de l'esclave dans un autre texte (4) : « *propter dignitatem hominum* ».

III. Terminons ce paragraphe par quelques considérations sur les actions noxales. On appelait ainsi l'action pénale donnée contre le maître à raison du délit ou du quasi-délit commis par son esclave : c'était l'action quelconque née du délit, « *furti, vi bonorum raptorum, etc.*, » qui s'intentait « *noxaliter* » c'est-à-dire avec faculté pour

(1) *Dig.* XLVII, x, 15, § 35.

(2) *ibid.* § 44.

(3) *ibid.* 1, § 3.

(4) *Dig.* XXI, 1, 44 pr.

le maître de s'en libérer en abandonnant l'esclave au poursuivant victime du délit (1). Cette action, bien qu'intentée contre le maître, pesait bien en fait sur la tête de l'esclave ; elle le suivait partout, et ne pouvait jamais être intentée que contre le maître qui possédait l'esclave au moment de l'action. Quant au maître qui possédait l'esclave lors du délit, il ne pouvait plus être inquiété dès qu'il avait perdu la possession du délinquant. La règle était la même si l'esclave était sans maître au moment du délit et en avait retrouvé un au moment de la poursuite : toujours le maître actuel en répondait : « *Noxa caput sequitur* ». Enfin l'action noxale se transformait en action directe contre l'esclave après son affranchissement.

La raison de ces décisions était, comme le dit Ulpien au commencement d'un texte célèbre que nous avons examiné au chapitre V § 2 ci-dessus (2), que l'esclave s'oblige personnellement et civilement par ses délits : « *Servi ex delictis quidem obligantur, et si manumittantur, obligati remanent.* » Le délit suit la tête de l'esclave tant en esclavage qu'en liberté. Si pendant l'esclavage l'action s'intente contre le maître, c'est seulement parce que « *cum servo nulla actio est* » (3). L'esclave est donc en réalité représenté en justice par le maître, et il est si vrai que ce dernier n'est pas obligé personnellement qu'il peut échapper à l'action par l'abandon noxal, nous l'avons vu. Après l'affranchissement comme avant, l'obligation civile de l'esclave existe, et son exécution peut alors se poursuivre contre l'auteur du délit, seul responsable en réalité.

(1) Gaius, IV, §§ 75 et s.

(2) *Dig.* XLIV, vii, 14.

(3) *Dig.* L, xvii, 107.

§ II. — L'esclave peut-il ester en justice.

Nous avons énoncé tout à l'heure le principe : « *cum servo nulla actio est.* » L'esclave ne peut ester en justice, et cela est tout naturel puisque, en principe aussi, il n'a aucun droit et ne peut être tenu personnellement d'aucune obligation. Bien plus, la maxime sus énoncée s'étend même jusqu'à interdire à l'esclave le mandat « *ad litem* » : il ne peut être mandataire, même de son maître, devant les tribunaux.

Les Romains ont poussé à l'extrême les conséquences de cette incapacité de l'esclave, puisque dans les « *causæ liberales*, questions d'état où il s'agissait de la liberté, l'individu dont la liberté était en cause devait se faire représenter en justice par un « *adsertor libertatis* » (1) ou champion de sa liberté, et cela même au cas où l'individu revendiqué en esclavage avait la possession d'état d'homme libre. C'était du moins l'opinion de romanistes éminents, entr'autres MM. Ducauroy (2) et Ortolan (3), et nous croyons devoir la partager, car du moment où un homme voyait son état de liberté contesté, il devenait lui-même l'objet du litige, et en conséquence ne pouvait plus être défendeur au procès.

Cette rigueur fléchit cependant peu à peu, jusqu'au moment où Justinien supprima (4) dans tous les cas la nécessité de l'*adsertor* : « *Jubentes si quis vel adhuc serviens liberum se esse dixerit, vel in libertate commorans ad servitutem vocatus fuerit, adsertoris difficultatem*

(1) Gaius, IV, § 14. — Paul, *sent.*, V, 1, § 5.

(2) Ducauroy, *Inst. expliquées*, 2^e vol. n^o 1226.

(3) Ortolan id. sur le § 13, livre IV, titre VI.

(4) Code. VII, XVII, 1.

in utroque casu cessare. » Ce texte nous paraît d'ailleurs prouver entièrement le bien fondé de l'opinion que nous venons d'adopter.

Laissons maintenant de côté les *causæ liberales*, et attachons nous à démontrer que la maxime « *cum servo nulla actio est* » ne put, pas plus que les autres principes du droit civil concernant l'esclave, être appliquée toujours et partout, la fiction de l'impersonnalité de l'esclave se heurtant à chaque pas à la réalité des faits, et obligeant les jurisconsultes romains à dévier de la ligne droite que leur admirable logique suivait si correctement en toute autre matière. C'est surtout ici en effet que l'équité et l'humanité triomphèrent.

Au cours de cette deuxième partie, on a déjà signalé différentes lois et décisions qui autorisaient les esclaves à recourir à l'autorité des magistrats pour la protection de leurs personnes ou même de leur droits.

Au chapitre I, on a relevé :

1^o Une décision d'Antonin le Pieux qui ordonne aux magistrats d'examiner les griefs des esclaves maltraités par leurs maîtres ;

2^o Un rescrit de Marc Aurèle qui permet à l'esclave vendu à la condition d'être affranchi « *intra certum tempus* » de réclamer sa mise en liberté ; et Paul décide dans le même cas que l'esclave devient libre de plein droit à l'expiration du délai convenu ;

3^o Un rescrit de Vespasien qui décide de même pour la femme esclave vendue « *ne prostituatur* » en cas de contravention à cette clause ;

4^o Un autre rescrit de Théodose et Valentinien qui dit la même chose pour la femme esclave que son maître prostitue malgré elle ;

Au chapitre II, on a cité diverses décisions de jurisconsultes desquelles il résulte que l'esclave qui avait

droit à l'affranchissement en vertu d'un testament pouvait réclamer en justice l'exécution du legs ou du *fidéicommiss* le concernant. On a également montré, dans *l'addictio bonorum libertatum servandarum causâ*, l'esclave admis à se présenter devant le magistrat pour se faire adjuger les biens de la succession et prendre des engagements personnels ;

Enfin le paragraphe 1^{er} du présent chapitre a montré l'esclave comparaisant personnellement devant la justice pour répondre de ses crimes et délits.

Il nous serait facile de multiplier ces exemples : le jurisconsulte Hermogénien donne une liste de cas (1) où l'esclave pouvait agir en justice même contre son maître, par exemple : s'il prétendait que son maître avait supprimé un testament qui l'affranchissait, ou qu'il ne lui conférait pas la liberté à lui laissée par *fidéicommiss* ; ou si l'esclave s'étant fait racheter de ses deniers, l'acquéreur refusait de l'affranchir ; ou si le maître refusait de recevoir ses comptes alors qu'il avait été affranchi à condition de les rendre.

Pomponius dit aussi (2) : « *De libertate fideicommissaria præstanda servus cum domino recte contendit.* »

En résumé, il a bien fallu, puisqu'on abandonnait le principe que l'esclave ne pouvait avoir aucun droit, abandonner également cet autre, conséquence du premier, qu'il ne pouvait avoir aucune action en justice ; et lui reconnaître des droits conduisait nécessairement à lui fournir le moyen de les exercer.

(1) *Digeste*, V, 1, 53.

(2) *Dig.* XL, v, 44. — Voyez aussi XLVIII, x, 2 et XL, v 26, § 7.

CHAPITRE VIII.

L'esclave a-t-il une famille aux yeux de la loi.

De toutes les conséquences que la loi romaine avait tirées du principe de l'impersonnalité de l'esclave, la plus cruelle fut peut-être celle qui s'appliqua le plus rigoureusement et qui subit le moins d'adoucissements. Nous voulons parler de l'impossibilité pour l'esclave d'avoir une famille.

Nous avons montré dans la première partie que l'esclave n'avait pas de nom patronymique ; qu'il ne pouvait contracter un mariage digne de ce nom, mais un simple accouplement fortuit et dénué d'effets juridiques ; qu'il n'y avait pas pour lui de filiation, ses enfants étant regardés comme des produits analogues aux petits des animaux domestiques.

La loi accepta toutes ces conséquences, et, moins humaine cette fois que les mœurs, elle n'en dévia guère.

Tant que l'esclave reste en esclavage, la loi ne reconnaît ni son mariage ni sa filiation. Au lieu de mariage, il n'y a pour lui que le *contubernium*, union de fait uniquement et nullement sanctionnée : « *Servi obviolatum contubernium suum adulterii accusare non possunt.* » (1). Cette union ne produit aucune parenté légale : « *Ad leges, serviles cognationes non pertinent.* » (2). Les enfants qui en naissent sont des produits et non des fruits, parce que, dit Ulpien, on n'achète pas des femmes

(1) *Code*, IX, ix, 23 pr. et 24.

(2) *Dig.* XXXVIII, x 10, § 5.

esclaves pour leur faire faire des enfants : *quia non temere ancillæ comparantur ut pariant.* » (1).

Relevons cependant quelques décisions des jurisconsultes et des empereurs, basées à la vérité sur des motifs d'humanité plus que sur des raisons juridiques, qui apportèrent quelques atténuations à la rigueur de la situation de l'esclave au point de vue de la famille. Ces adoucissements, arrachés par la réalité des choses à l'impitoyable logique des lois, sont une faible mais éloquente revanche de la raison et du droit naturel.

On se rappelle la disposition de la loi *Ælia Sentia*, citée au chapitre II, qui reconnaissait la *cognatio servilis* comme une juste cause d'affranchissement lorsqu'un maître mineur de vingt ans voulait conférer la liberté à ses père, mère, fils, fille, frère, sœur naturels, ce qui pouvait se présenter par exemple lorsqu'un esclave, affranchi par le testament de son maître, se trouvait avoir en son pouvoir comme esclave l'un de ses parents naturels. La loi reconnaissait donc des effets juridiques de parenté et de filiation, de *cognition* en un mot, au *contubernium* dont cet ex-esclave était issu. Elle les reconnaissait seulement, il est vrai, après l'affranchissement de ce dernier ; mais quant aux parents qu'il s'agissait d'affranchir ainsi, la loi les considérait bien, même avant leur affranchissement, comme ayant réellement un *cognat* dans le maître qui allait les rendre à la liberté.

Ulpien, supposant que deux ou plusieurs esclaves d'un même maître, unis par une *cognatio servilis*, ont été vendus à un même acquéreur et que l'un des esclaves est malade atteint ou d'un vice qui permettrait à l'acquéreur d'exercer en ce qui concerne cet esclave l'action réhibitoire, décide ainsi : L'action devra être exercée

(1) *Dig.* V, III, 27 pr.

à l'égard de tous les esclaves unis par ce lien de parenté naturelle, parce que les séparer serait une offense à la piété (1) : « *Plœrumque propter morbosa mancipia etiam non morbosa redhibentur, si separari non possint sine magno incommodo, vel ad pietatis rationem offensam : quid enim si filio relento, parentes redhibere maluerint, vel contrà ? Quod et in fratribus et in personis contubernio sibi conjunctis, observari oportet* ».

Paul un peu plus loin (2) décide qu'on ne sera pas obligé d'exercer l'action rédhibitoire pour plusieurs esclaves vendus ensemble si un seul est vicieux, à moins cependant qu'ils ne forment ensemble une troupe d'acteurs, ou qu'ils ne soient frères : « *nisi si separari non possint, utputa si tragœdi, vel mimi, vel fratres.* »

Une deuxième décision d'Ulpien (3) met en scène un testateur léguaire à titre particulier à un étranger une ferme avec tout ce qui la garnit ; et se demandant quelles choses sont comprises dans un tel legs, il décide que tous les esclaves employés à l'exploitation de la ferme font partie du legs ainsi que les femmes et les enfants de ces esclaves, parceque, dit-il, il n'est pas présumable que le testateur ait voulu leur infliger une séparation cruelle : « *Uxores quoque et infantes eorum qui supra enumerati sunt, credendum est in eadem villa agentes voluisse testatorem legato contineri : neque enim duram separationem injunxisse credendus est.* »

Enfin l'empereur Constantin décida (4) que dans les actions en partage, on devrait comprendre dans le même lot les esclaves unis par la parenté servile : « *Quis enim ferat liberos a parentes, a fratribus sorores, a viris con-*

(1) *Dig.* XXI, 1, 35.

(2) *ibid.* 39.

(3) *Dig.* XXXIII, VII, 12 § 7.

(4) *Code*, III, xxxviii, 11.

judges segregari? Igitur si qui sic sociata in jus diversum mancipia distraxerint, in unum eadem redigere cogantur. »

Si maintenant on considère l'esclave affranchi, on constate que la loi en arrive peu à peu à tenir le plus grand compte de la « *cognatio servilis* ». Cette tendance, qui se fait jour déjà dans la loi *Ælia Sentia*, va s'accroissant de plus en plus sous les empereurs chrétiens.

Ainsi, le préteur interdisait aux enfants de citer en justice leurs ascendants sans sa permission ; et cette prohibition s'appliquait aux enfants nés en servitude : « *Parentes etiam eos accipi Labeo existimat qui in servitute susceperunt.* » (1).

La parenté servile faisait obstacle au mariage entre les affranchis qu'elle unissait : « *Libertinus libertinam matrem, aut sororem uxorem ducere non potest.* » (2) et Paul dit aussi (3) : « *Serviles quoque cognationes in hoc jure observandæ sunt : quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est.* »

Plus tard Justinien attribue à la *cognatio servile* des effets considérables en matière de succession. Il accorde aux enfants nés *ex contubernio*, qu'il préfère au patron, la *bonorum possessio unde cognati*, non seulement dans la succession de leurs père et mère, mais même dans celle de leurs frères et sœurs (4). Ainsi l'enfant né en servitude est mieux traité que celui né *ex concubinato*, car alors ce dernier ne l'obtient plus pour appréhender la succession de son père. Cela s'explique sous les empereurs chrétiens, puisque la religion réprouvait le concubinat, tandis qu'à ses yeux le *contubernium*, seule

(1) *Dig.* II, IV, 4 § 3.

(2) *id.* XXIII, II, 8.

(3) *ibid.* 14 § 2.

(4) *Inst.* III, VI, 40.

union possible pour l'esclave, était une nécessité, non une faute (1).

Justinien permit encore sous certaines conditions la légitimation d'enfants nés d'une esclave, et par conséquent esclaves eux-mêmes. Ce fut lorsqu'un maître n'ayant aucun enfant légitime affranchissait une esclave dont il avait eu des enfants avant l'affranchissement, et l'épousait ensuite. Ce mariage légitimait et au besoin rendait libres de plein droit ces enfants nés *ex contubernio* (2).

Enfin l'empereur Léon le Philosophe fit produire au *contubernium* des effets qui le rapprochaient de plus en plus des *justæ nuptiæ* : il proclama l'inviolabilité de l'union contractée par un esclave avec une personne libre ; l'époux libre devait racheter son conjoint esclave ou partager sa servitude jusqu'à la mort du maître. Cette mort les affranchissait de droit eux et leurs enfants. Puis l'empereur appliquait la même solution si, de deux esclaves *contubernaes*, l'un était affranchi (3).

(1) Accarias. *Précis*, II, n° 456.

(2) Justinien, *Novelle* 89, ch. 12, § 4.

(3) Léon le Phil. *constans* 100 et 101.

RÉSUMÉ. -- CONCLUSION.

Si nous jetons un coup-d'œil rétrospectif sur les différents chapitres qui précèdent, nous constaterons que si la personnalité de l'esclave apparait tout d'abord comme absolument niée à Rome dans la Société et dans le droit, un examen plus attentif permet de la voir se manifester constamment et de plus en plus au fur et à mesure que la Société et le droit se développent.

Choisissons et énumérons succinctement parmi les constatations que nous avons été amené à faire plus haut celles qui nous paraissent les plus importantes au point de vue de notre étude.

Certains esclaves remplissaient chez les Romains les plus hautes fonctions intellectuelles et sociales ; ils étaient médecins, artistes, philosophes, professeurs, etc.

S'il est vrai que le maître avait tout droit sur l'esclave, les mœurs et les lois s'accordèrent pour obliger ce maître à traiter humainement et selon le droit naturel cet homme dont le droit civil avait fait une bête de somme.

Toujours à Rome cette soi-disant bête de somme fut reconnue apte à devenir un homme libre et un citoyen ; et en fait les affranchissements furent si nombreux que la loi dut y apporter des entraves. Or le droit d'affranchir n'est pas une conséquence nécessaire de l'esclavage, puisqu'en certains pays la loi prohibait les affranchissements.

Il existait une certaine classe d'esclaves, les *servi pu-*

blici, capables d'être propriétaires, recevant un salaire pour leur travail, et remplissant des fonctions publiques et même religieuses.

Les mœurs tendirent de plus en plus à reconnaître et à perpétuer les mariages d'esclaves.

Dans les ventes d'esclaves, là même où éclatait le plus violemment l'assimilation de l'esclave à la chose, la langue juridique n'osa pas aller jusqu'à le flétrir du nom de marchandise.

Les plus graves restrictions furent successivement apportées par les lois au droit de vie et de mort, et au droit de propriété, jadis absolus, du maître.

Les jurisconsultes admirèrent avec la plus grande facilité l'esclave à faire valoir ses droits à l'affranchissement, et firent subir au pur droit civil les plus grandes dérogations en faveur de la liberté.

La loi tenait compte de l'intelligence, de la volonté et même de la bonne foi de l'esclave en matière de possession et d'acquisition de droits réels et personnels, même alors qu'il n'était considéré que comme instrument d'acquisition pour son maître ; l'intelligence et la volonté de l'esclave pouvaient remplacer celles du maître absent, *infans* ou fou, et même la contrecarrer souvent.

L'esclave pouvait avoir des droits très étendus sur une partie du patrimoine de son maître, le pécule, que celui-ci lui confiait, lui laissait souvent en don, sur lequel il lui permettait quelquefois de tester. Les jurisconsultes admettaient très facilement la présomption de cette libéralité.

Les lois, à la suite des mœurs, concédèrent à l'esclave la possibilité d'économiser sur sa nourriture et sur les travaux faits pendant ses loisirs une somme qui lui permettait quelquefois de se racheter, ce qui était bien lui reconnaître la propriété de cette deuxième espèce de pécule.

L'esclave avait été reconnu capable d'être mandataire de son maître, de l'obliger, même en l'absence de tout mandat, par des actes juridiques donnant lieu à la *condictio sine causâ*.

L'esclave pouvait lui-même s'obliger civilement par ses délits et naturellement par ses contrats ; parfois même la loi sanctionnait certaines obligations contractées par lui pendant l'esclavage.

Il était protégé non seulement contre les mauvais traitements, mais même contre les injures, et les jurisconsultes allèrent jusqu'à lui reconnaître une certaine *existimatio* proportionnée au rang qu'il occupait dans la hiérarchie domestique.

Enfin la *cognatio servilis* fut reconnue par la loi, qui lui accorda de produire des effets juridiques sur l'affranchissement, sur les partages, sur l'interprétation des dispositions testamentaires, et surtout sur les empêchements au mariage et sur les successions *ab intestat*.

Que de contradictions et combien grandes entre le pur droit civil, celui qui ne voit dans l'esclave qu'une chose, une brute, et les constatations que nous venons de faire dans la Société et dans les lois romaines !

Concluons-en que la personnalité de l'esclave, toujours et partout niée, fut aussi partout et de plus en plus proclamée implicitement, et produisit partout invinciblement des effets nécessaires.

Lorsqu'on reconnaissait que l'esclave est un être doué de volonté, d'intelligence, de conscience, capable de s'obliger, d'être propriétaire, et surtout de devenir un citoyen romain, même à l'époque où ce titre était le plus grand et le plus glorieux qui fût au monde, était-il possible de lui dénier l'humanité, la personnalité ?

POSITIONS

I. L'usufruit légué à l'esclave, à la différence de celui qu'il a acquis entrevifs, repose sur sa tête et prend fin par sa mort. Ceci fut admis jusqu'à Justinien.

II. L'esclave *sine domino* et l'esclave qui contracte avec son maître peuvent acquérir personnellement des créances naturelles.

III. En droit classique, l'homme revendiqué en esclavage devait se faire défendre en justice par un *adsertor libertatis*, même s'il était en possession de la liberté.

IV. L'exception « *non numeratæ pecuniæ* » devient un véritable moyen de défense dans les contrats *re*.

V. La *litis contestatio* ne constitue pas une vraie *novatio*.

VI. Le terme stipulé dans un testament, même en faveur du créancier, doit être respecté par lui ; il n'a pas le droit de l'anticiper.

VII. La novation exige l'identité d'objet.

Vu :
Le Doyen,
A. EON.

Vu par le professeur agrégé
chargé de l'examen de la thèse,
R. PIÉDELIEVRE.

Vu et permis d'imprimer ;
Le Recteur,
J. JARRY.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Principaux ouvrages consultés.	VIII
Introduction.	1
PREMIÈRE PARTIE. — L'esclave dans la Société romaine.	3
§ I ^{er} . — Condition et traitement des esclaves en général.	3
§ II. — Condition de l'esclave dans l'État et dans la Cité.	13
§ III. — Son rôle dans la religion.	17
§ IV. — L'esclave devant la famille.	18
DEUXIÈME PARTIE. — L'esclave devant la loi.	20
CHAPITRE I. — L'esclave objet du droit de propriété.	24
CHAPITRE II. — L'esclave susceptible d'affranchissement.	33
CHAPITRE III. — L'esclave et la possession.	45
CHAPITRE IV. — L'esclave et les droits réels.	50
§ I ^{er} . — Acquisitions entre vifs.	50
§ 2. — id. par testament.	52
CHAPITRE V. — L'esclave et les droits personnels.	56
§ I ^{er} . — Esclave stipulant pour son maître.	56
§ 2. — Esclave personnellement créancier et débiteur.	58
CHAPITRE VI. — Du pécule et des actions <i>adjectivæ qualitatis</i>	64
CHAPITRE VII. — L'esclave devant la justice.	72
§ I ^{er} . — Droit pénal.	72
§ 2. — L'esclave peut-il ester en justice.	77
CHAPITRE VIII. — L'esclave a-t-il une famille aux yeux de la loi.	80
Résumé et Conclusion.	85

THÈSE FRANÇAISE

ÉTUDE CRITIQUE

SUR

LA TRANSCRIPTION

LISTE

des principaux Ouvrages consultés et cités.

MOURLON. — *Traité théorique et pratique de la transcription*. — 2 vol. Paris 1862.

TROPLONG. — *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription*. — 1 vol. Paris 1856.

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français, d'après ZACHARIE*. — 6 vol. Paris 1858.

F. LAURENT. — *Principes de droit civil français*. — 33 vol. Bruxelles 1878.

Documents relatifs au régime hypothécaire, publiés par ordre de M. MARTIN (du Nord). Paris 1844.

MARTOU. — *Des privilèges et hypothèques*. — Bruxelles 1855.

Ernest LEHR. — *Éléments de droit civil germanique*. — Paris 1875.

DANIEL. — *Du système TORRENS comparé au régime hypothécaire*. — Bourges 1887.

Procès-verbaux de la Commission extra-parlementaire du Cadastre. — Paris 1891 et 1892.

ÉTUDE CRITIQUE

SUR

LA TRANSCRIPTION

INTRODUCTION

Assurer une base inébranlable à la propriété foncière est une des conditions les plus indispensables au développement et à la prospérité d'une société.

Il est nécessaire en effet de donner une sécurité complète au propriétaire, pour qu'il n'hésite pas à créer de nouvelles richesses sociales, par des améliorations dispendieuses dont le résultat est souvent à longue échéance.

Il ne l'est pas moins de donner une assiette assurée au crédit foncier, en fournissant au propriétaire les moyens d'offrir pleine sûreté aux tiers qui traiteront avec lui ; c'est seulement ainsi qu'on encouragera des transactions dont le commerce, l'industrie et l'État profiteront à la fois.

D'un autre côté, les droits réels, dont le plus important est le droit de propriété, s'imposant à tous, il est juste qu'ils puissent être connus de tous, et qu'ils se révèlent facilement par des signes certains.

On peut donc affirmer hautement qu'il est juste autant qu'utile de donner au droit du propriétaire foncier toute la sécurité et toute la publicité possibles.

Aussi n'est-il pas étonnant de constater que le perfec-

tionnement de la législation foncière s'est imposé aux législateurs avec une force d'autant plus irrésistible que la civilisation, et avec elle le commerce et l'industrie, se développaient davantage. Depuis un siècle surtout, la question a été agitée et résolue différemment et avec un résultat plus ou moins satisfaisant chez toutes les nations civilisées.

Nous étudierons plus loin l'historique de la législation foncière en France, et nous verrons après quelles péripéties successives notre pays a adopté le régime actuel.

Notre système légal de transmission de la propriété immobilière résulte des dispositions du Code civil, et d'une loi promulguée le 23 mars 1855, qui porte le titre assez étrange de : *Loi sur la transcription en matière hypothécaire*.

On reproche à ces lois, et notamment à la dernière, d'être incomplètes et insuffisantes, d'une concision regrettable, souvent obscures, et surtout de laisser subsister en des points importants la clandestinité que la loi de 1855 était spécialement destinée à combattre.

Les efforts des magistrats et des jurisconsultes n'ont pas suffi à en combler les lacunes, à en éclaircir les obscurités.

Aussi, dès leur apparition, des difficultés surgirent, et les savants comme les praticiens ne cessèrent de réclamer et de proposer à ces lois des modifications, des additions, voire même des réformes radicales.

Ces réclamations et ces tentatives de réforme ont pris une forme plus pressante encore depuis quelques années, grâce à l'initiative de M. Rouvier, ministre des Finances, qui provoqua en 1889 la réunion à Paris d'un Congrès international de la propriété foncière. Ce congrès se réunit une première fois en 1889, au mois d'août, et

nomma une Commission permanente chargée d'étudier les différentes faces de la question ; puis il se réunit de nouveau le 17 octobre 1892, et vota au cours de ses séances différentes résolutions que nous aurons à rappeler et à apprécier plus tard.

Entre temps, et par décret en date du 30 mai 1891 rendu sur la proposition du même ministre des finances, le Président de la République nomma une commission extra-parlementaire dite « *Commission du Cadastre* » et qui, choisie parmi d'éminents jurisconsultes et fonctionnaires, fut chargée « *d'étudier les diverses questions que soulève le renouvellement des opérations cadastrales, notamment au point de vue de l'assiette de l'impôt, de la détermination juridique de la propriété immobilière, et de son mode de transmission.* »

Cette commission, qui travaille avec ardeur depuis près de deux années, et qui est loin encore d'avoir terminé sa tâche, a déjà pris des résolutions importantes et adopté des projets de loi du plus haut intérêt pour notre thèse ; nous aurons aussi à les faire connaître.

Il est incontestable qu'un grand mouvement d'opinion existe à l'heure actuelle en faveur d'une réforme ou tout au moins d'une amélioration de notre législation foncière ; on ne peut nier en tous cas qu'il y ait quelque chose à faire, les plus hostiles aux innovations en conviennent. Qu'il nous soit permis d'apporter notre modeste concours à l'œuvre nouvelle.

Nous étudierons dans une première partie l'histoire de la transmission de la propriété immobilière aux différentes époques du Droit, jusqu'à la loi du 23 mars 1855, qui nous régit encore aujourd'hui.

Dans une deuxième partie qui comprendra deux chapitres, nous exposerons la théorie générale de la législation actuelle au point de vue qui nous occupe ;

puis nous la comparerons aux lois de différentes nations étrangères dont les unes ont adopté un système analogue au nôtre, les autres un système radicalement différent.

Enfin nous aborderons dans une troisième partie l'examen critique de notre législation et des réformes qui y ont été proposées, en nous appesantissant surtout sur celles que préconisent en ce moment même le Congrès international de la Propriété foncière et la Commission extra-parlementaire du Cadastre, tous deux convoqués sur l'initiative du ministre des finances, et qui, bien que d'origine commune, paraissent animés d'intentions absolument divergentes.

PREMIÈRE PARTIE

NOTIONS HISTORIQUES

Aux termes de la loi française, la propriété d'un immeuble se transmet entre les parties contractantes par le seul effet de la convention ; mais à l'égard des tiers, et nous verrons que ce mot doit être entendu différemment suivant la nature de la convention, les contrats translatifs ne produisent leur effet que s'ils ont été rendus publics par la formalité de la transcription.

Il ne sera pas inutile à cette étude de rechercher préalablement quelles sont les origines historiques de cette publicité, et ce que les législations anciennes et notre vieux droit français avaient prescrit à cet égard ; ce sera l'objet de cette première partie.

§ 1^{er} — De la transmission immobilière en Egypte et en Grèce.

Aussi haut qu'il nous soit donné de remonter dans l'histoire des anciennes législations, nous trouvons des traces de ce besoin de publicité que l'intérêt des contractants comme celui des tiers faisaient ressentir, lorsqu'il s'agissait d'opérer la transmission d'un immeuble.

En Egypte, sous les Ptolémées, cette publicité avait été organisée avec beaucoup de soin : le collecteur des impôts ou *trapézite* enregistrait toutes les mutations

effectuées dans son ressort. Les actes de vente étaient dressés devant des témoins qui y apposaient leurs signatures ; ces témoins étaient au nombre de seize. Les actes, reçus par des officiers publics, étaient déposés et enregistrés dans des bureaux dont les registres pouvaient être consultés par tous les intéressés. (1)

En Grèce, lorsque la rigueur des premiers temps se fut atténuée et que les terres eurent cessé d'être inaliénables, les mutations foncières furent soigneusement réglementées : si en effet le contrat de vente était valable par le seul échange des consentements, ses effets translatifs étaient subordonnés vis à vis des tiers à l'accomplissement de mesures de publicité soigneusement réglées. Soixante jours avant la réalisation du contrat, des affiches devaient être apposées dans les lieux où siégeaient les magistrats, afin de provoquer les oppositions des ayants-droit. La vente conclue, l'acheteur payait à un fonctionnaire un droit de mutation. Des registres publics mentionnaient ce paiement et la mutation de la propriété ; ils constituaient donc un mode permanent de publicité venant s'ajouter à la publicité temporaire des affiches. (2)

§ II. — Droit romain.

Si nous devons admirer chez les Grecs un système très perfectionné de publicité pour la transmission de la propriété immobilière, et il n'y a là rien de surprenant si on considère qu'ils furent un peuple éminemment commerçant, cherchant constamment à faciliter et à rendre plus sûres les transactions, nous allons constater qu'il n'en fut pas de même chez les Romains.

(1) Revillout . — *Revue Egyptologique*, 1882.

(2) Théophraste, in *Stobée, Florilegium*, XLIV, 22, v. aussi M. Caillemet : *Du contrat de vente à Athènes* ; *Revue de légis. fr. et étr.* 1870-71 ; — et M. Dareste : *Traité des lois de Théophraste* ; mêmes revue et année.

Ce n'est pas qu'il soit impossible de trouver dans le droit romain des prescriptions tendant à assurer aux transactions une certaine publicité, et nous allons les rapporter ici ; mais nous aurons ensuite à nous demander si ces prescriptions avaient bien pour but de sauvegarder l'intérêt des tiers.

Le droit romain n'admit jamais que la convention seule suffisait pour transférer la propriété, même entre les parties ; toujours il exigea qu'il s'y joignit un fait matériel ou une cérémonie symbolique.

A l'origine, l'effet des transmissions foncières fut subordonné à l'emploi d'actes formels rigoureusement déterminés : la *mancipatio* et l'*in jure cessio* furent d'abord les seuls modes ; puis la tradition vint s'y ajouter.

La *mancipatio* était une vente fictive soumise à des formalités symboliques : l'acquéreur en présence du vendeur, de cinq témoins et d'un *libripens* ou porte balance, saisissant la chose dont il s'agissait de lui transférer la propriété, déclarait à haute voix qu'elle lui appartenait ; puis il frappait l'un des plateaux de la balance avec un lingot d'airain qu'il remettait au vendeur en guise de prix.

L'*in jure cessio* était un procès fictif fait devant le magistrat par l'acquéreur au vendeur : l'acquéreur, la main armée d'une lance, en touchait l'objet qu'il voulait acquérir, et affirmait qu'il était sa propriété ; le vendeur n'y contredisait pas, et le juge consacrait l'aliénation en adjugeant la propriété à l'acquéreur en vertu de la règle : « *confessus in jure pro veritate habetur.* »

Ce dernier mode pouvait s'appliquer à toutes sortes d'objets et d'aliénations ; le premier ne pouvait être employé que pour les transmissions de « *res Mancipi* », ce

qui ne comprenait en fait d'immeubles que les fonds italiques et les servitudes rurales en Italie.

On voit que ces formes étaient parlantes ; elles frappaient l'imagination et fixaient vivement l'esprit des parties et des témoins ; même elles avertissaient jusqu'à un certain point les tiers, car alors les transactions étaient peu nombreuses, et le peuple romain passait sa vie au forum.

Les deux modes que nous venons de citer faisaient partie du « *jus civile* » et n'étaient donc accessibles qu'aux citoyens ; la tradition au contraire était un mode d'acquérir du droit des gens : c'était la remise de la possession par une personne à une autre. Elle n'exigeait ni forme solennelle, ni présence de témoins ; seuls l'intention réciproque des parties et le transfert de la possession étaient nécessaires. Bien que ce dernier mode soit du droit des gens, il est postérieur en date aux deux premiers, et son triomphe sur ceux-ci fut le résultat de la jurisprudence prétorienne.

La tradition s'appliqua d'abord aux immeubles provinciaux, qui n'étaient pas « *res mancipi* ». Elle s'appliqua aussi entre les pérégrins, auxquels les deux autres modes n'étaient pas accessibles. Puis enfin et peu à peu, avec le progrès des mœurs, elle finit par se substituer entièrement aux vieilles formes rigides du droit civil ; et dans le dernier état du droit, Justinien consacra législativement la disparition de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio* (1). La tradition fut désormais le seul mode de transmission de la propriété.

Il est encore une autre matière où nous relevons en droit romain des traces de publicité ; c'est en matière de donation ; mais comme la donation ne fut jamais en droit romain un mode d'acquérir, bien que les *Institutes*

(1) *Code*, V, xxv, 1.

la qualifient de « *genus acquisitionis* » (1), nous passons très rapidement sur l'insinuation des donations.

Cette insinuation fut d'abord facultative, et se rattachait à une habitude que prirent les Romains vers le milieu de l'Empire de faire constater par les magistrats les divers actes juridiques survenus entr'eux. Constance Chlore le premier (2) voulut assurer la publicité des donations entre vifs et en conserver la preuve ; il ordonna l'insinuation, c'est-à-dire la constatation sur les registres des magistrats, « *apud acta* » de toutes les libéralités écrites ou non. Constantin exigea (3) pour toutes donations un écrit constatant le nom du donateur et la chose donnée ; il rappela qu'elles devaient être faites en public, et il conseilla de faire dresser l'acte par des personnes compétentes. Puis il prescrivit de faire constater l'accomplissement de ces formalités sur les registres du juge, qui devait signer cette insertion.

Il serait encore possible de trouver chez les Romains d'autres prescriptions ordonnant une certaine publicité à donner aux événements concernant les mutations de propriété : le *cens*, établi par Servius Tullius, obligeait chaque citoyen à présenter un mémoire détaillé de ses biens ; et comme il était renouvelé tous les cinq ans, il pouvait servir à renseigner sur les modifications survenues dans les fortunes, tout en étant avant tout un instrument fiscal et électoral.

Enfin, au Bas Empire, nous voyons se produire une extension presque illimitée de l'insinuation aux jugements, aux testaments, aux ventes des immeubles des « *Curiales* », puis aux autres ventes, aux mandats, aux adoptions, aux inventaires de biens de mineurs, etc...

(1) *Inst.* II, vii., pr.

(2) *Code. Th.* III, 15, § 1.

(3) *id.* VIII, 42, § 5.

Si maintenant nous nous demandons quelle fut la portée de ces mesures diverses, quel but le législateur romain poursuivit en les prescrivant, nous pensons qu'il est bien difficile d'admettre que l'intérêt des tiers fut leur objectif principal (1). Si toutefois cela put être ainsi aux premières époques du droit romain, il faut reconnaître que cette considération alla s'affaiblissant de plus en plus, car la tradition, mode de transmission presque absolument dépourvu de publicité, reste à la fin le seul usité. Mais aussi il arriva alors que la clandestinité, devenue à peu près complète, ouvrit une vaste carrière à la fraude. On vendait l'immeuble d'autrui, on grevait d'hypothèques des propriétés déjà grevées ou aliénées. Pour remédier à ces désordres, les empereurs prononcèrent des peines terribles contre les stellionataires (2), et les lois criminelles durent essayer de réprimer ce que les lois civiles étaient impuissantes à prévenir (3).

Quant à l'insinuation des donations, son but principal, sinon le seul, fut d'arrêter les donateurs trop confiants et trop libéraux, et surtout de sauvegarder leur intérêt et celui de leurs héritiers, et peut être aussi dans une certaine mesure celui des donataires. Mais l'insinuation ne fut nullement créée dans l'intérêt des tiers, car s'il en avait été autrement, les aliénations à titre onéreux n'auraient pas assurément été dispensées de cette formalité.

On doit donc admettre que la loi romaine avait accepté la clandestinité des mutations de propriété immobilière; et nous verrons plus loin quelle influence elle eut sur notre ancien droit français à cet égard.

(1) V. cependant MM. Jourdan, *Thémis* v. p. 481; — et Hureau, *Revue fr. et étr.* 1846, p. 678.

(2) *Digeste*, XLVIII, x, 21, *de lege Cornelia de falsis*.

(3) V. Martou, I, p. 23.

§ III. — **Ancien droit français.**

Nous allons assister ici à la lutte entre la clandestinité romaine d'une part, et la publicité des transmissions immobilières d'autre part, publicité qui, amenée d'abord au Moyen-Age par les conséquences du régime féodal, et dans un tout autre but que la sauvegarde de l'intérêt des tiers, n'en devint pas moins plus tard, sous les diverses formes qu'elle revêtit, une garantie sérieuse et effective, sinon entière, de la sécurité des acquéreurs.

Le Système de la Féodalité reposait sur le principe qu'il n'y a « *pas de terre sans seigneur* ». Donc, le seigneur ne pouvant aliéner sa seigneurie, on imagina de diviser le droit de propriété, et de distinguer entre le domaine direct et le domaine utile : le seigneur conservait toujours le premier, tout en disposant du second. Mais à chaque mutation de celui-ci, il fallait une nouvelle disposition, une nouvelle investiture par le seigneur.

Bien que la Féodalité eût régné sur toute la France, le système de l'investiture seigneuriale produisit des effets tout différents suivant les régions.

I. Dans le nord de la France, cette investiture se perpétua, et en subissant des transformations successives, devint le « *nantissement* », formalité que la Révolution de 1789 trouva encore toute organisée et en pleine vigueur dans les provinces du Nord, les Flandres, l'Artois et le Vermandois.

Ce nantissement, établi d'abord dans le seul intérêt du seigneur, et devenu dans la suite une simple mesure fiscale, comprenait diverses formalités qui se ramènent à deux principales : investiture du nouveau propriétaire par l'autorité compétente, et enregistrement de l'acte

d'investiture au greffe. L'ancien propriétaire se dessaisissait, se dévêtait de sa propriété entre les mains du seigneur qui en vêtait ou en ensaisinnait l'acquéreur : c'était la dessaisine-saisine, appelée aussi œuvres ou devoirs de loi (1).

On lit dans les décisions de Jean des Mares (2) : « *En vente d'héritage, il faut vest et devest, combien que lettres en soient faites ; car au vendeur demeure toujours la vraie saisine et possession jusques à tant qu'il en soit dessaisi en la main du seigneur foncier, et ne s'en peut dire l'acheteur saisi jusqu'à ce qu'il en soit saisi de fait par le seigneur foncier du lieu.* »

Il résulte de ce que nous venons de dire que les Coutumes de nantissement ne se contentaient pas de la tradition ni encore moins du simple consentement, pour que la propriété fût transférée même à l'égard des parties : elles exigeaient l'investiture. Jusque là, l'acquéreur n'avait simplement qu'une action personnelle contre le vendeur pour se faire investir (3).

Le nantissement, qui fut d'abord une mesure purement féodale, puis fiscale, devint peu à peu une protection de l'intérêt des tiers, et la preuve en est qu'il fut étendu aux alleux. Un placard de Charles Quint du 10 février 1538, un autre de Philippe II du 6 décembre 1586 en décidèrent ainsi pour toutes les Flandres (4). Il est dit en ces placards que les mesures qu'ils prescrivent ont pour objet de prévenir les fraudes et les stellionats.

Dès le XVI^e siècle, il n'est plus question de la souveraineté directe des seigneurs ; l'intérêt général a pris la place des intérêts féodaux.

(1) V. Merlin, Répertoire, au mot Devoirs de loi, VIII, p. 35.

(2) Décisions de Jean des Mares, n^o 189 (dans Brodeau ; com. sur la Coutume de Paris).

(3) Bouteiller *Som. rur.* I, ch. 7, p. 397.

(4) Laurent, XXIX, p. 31. — Troplong, n^o 8.

II. Un mouvement tout opposé se produisit dans le reste de la France, c'est-à-dire dans les provinces non régies par les coutumes de nantissement. La saisine féodale disparut peu à peu, combattue par les légistes, ennemis mortels de la Féodalité, et partisans de la clandestinité romaine. Certaines coutumes proclamèrent que « nul ne prend saisine qui ne veut » (1), et le vest et le devest tombèrent en désuétude. Les jurisconsultes se rallièrent au droit de Justinien. On alla même plus loin que lui, et on en arriva à imaginer une tradition feinte qui suffit à remplacer la tradition réelle.

Loysel dit : « *Dessaisine et saisine faites devant notaires et témoins équipollent à la tradition et délivrance de possession* » (2). Pothier enseigne qu'une tradition opérée *solo consensu* est aussi parfaite à l'égard des tiers qu'une tradition matérielle (3).

C'était le triomphe des principes du droit pur, du spiritualisme sur le matérialisme, de la raison écrite enfin, comme on a pu appeler le droit romain ; mais c'était aussi le triomphe de la clandestinité, et au point de vue pratique un recul évident. Il eut la plus fâcheuse influence sur notre législation foncière ; nous en souffrons encore aujourd'hui.

III. Ce que nous venons de dire ne s'applique pas cependant à la Bretagne, qui avait adopté un système tout particulier de publicité : c'était le régime des « *Appropriements* » ou « *Appropriances* ». Soit que ce mode de publicité n'ait été en réalité qu'une purge des droits réels pouvant grever l'immeuble transmis, soit qu'il ait été destiné à prévenir les tiers des mutations immobilières qui s'opéraient, il est certain qu'il arrivait

(1) Loysel, *Inst. cout.* V, iv, règle 5.

(2) id. op. cit. règle 7.

(3) Pothier, *De la vente*, n° 322.

à rendre publiques presque toutes les aliénations. Il consistait en diverses formalités dont la principale était une triple publication faite pendant trois dimanches successifs, à l'issue de la grand'messe, en la paroisse où étaient situés les biens aliénés. Un édit de Louis XIII rendu à Nantes en août 1626 ajouta à ces formalités l'obligation de l'insinuation des contrats translatifs de propriété foncière sur des registres publics (1). On voit que la publicité était complète pour ces contrats, et que la législation bretonne n'avait sous ce rapport rien à envier à nos lois actuelles.

Nous venons de constater deux grands courants se partageant la France sous l'ancien droit : le premier favorable à la publicité représenté par les coutumes de nantissement et d'appropriances, le deuxième favorable à la clandestinité, sous les auspices du droit romain. Un troisième courant, de direction assez hésitante d'ailleurs, se manifesta par diverses décisions royales que nous allons rapporter par ordre de dates, et qui furent inspirées le plus souvent par des raisons fiscales, quelquefois par le sentiment des services à attendre d'une publicité bien entendue, quelquefois enfin par les plus inavouables intérêts des partisans de la clandestinité.

L'insinuation des donations fut exigée dès 1539 par une Ordonnance de François I^{er}, dite Ordonnance de Villers Cotterêts, articles 132 et 133, « *pour que les créanciers, les acquéreurs à titre onéreux, les donataires et légataires connussent la donation, afin de pouvoir se prévaloir du défaut d'insinuation* ». (2).

L'Ordonnance de Moulins (février 1566), articles 57

(1) Consulter M. Couchouren : *des Appropriements* ; thèse de doctorat ; Faculté de Rennes, 1888.

(2) V. *Recueil Général des anc. lois françaises*, t. XII, p. 627.

et 58 (1) ; l'Ordonnance sur les donations (février 1731) (2), articles 19 et s., la Déclaration du 17 février 1731, confirmèrent cette prescription.

D'autres édits prescrivirent de soumettre à l'enregistrement les actes de mutation de propriété ; et bien que ces édits furent généralement des mesures purement fiscales, on peut cependant relever une préoccupation toute autre dans un édit d'Henri III du mois de juin 1581 (3), dont l'article 8 dispose ainsi : « *Le contrôleur ne fera communication qu'à ceux qui y auront intérêt.* »

Dans l'esprit de ces Ordonnances, l'insinuation constituait une condition de forme nécessaire, non-seulement pour l'efficacité de la donation à l'égard des tiers, mais encore pour leur validité à l'égard des héritiers du donateur (4).

Deux grands ministres, Sully et après lui Colbert, entrevirent les avantages de la publicité au point de vue du crédit, et le préambule de l'édit de 1673 annonce l'intention « *de perfectionner, par une disposition universelle, ce que quelques coutumes avaient essayé de faire par la voie des saisines et des nantissements* ». On sait l'échec qu'éprouva Colbert, qui pourtant disposait du pouvoir absolu du Grand Roi : la publicité trouva une résistance invincible dans l'attachement des Parlements à la tradition romaine, et surtout dans l'intérêt qu'avait une noblesse dépensière et obérée à ce que sa situation immobilière ne fût pas mise au grand jour.

Enfin un édit de Louis XV, de juin 1771 (5), témoigne d'une nouvelle victoire de la clandestinité en abrogeant l'usage des saisines et nantissements pour acquérir

(1) V. *Recueil Général des anc. lois fr.* t. XIV, p. 204.

(2) *ibid.* XXI, p. 348.

(3) *ibid.* XIV, p. 497.

(4) V. notam^t. Ordon. de 1731, art. 20, *Rec. G^{al}*, XXI, p. 348.

(5) V. Merlin. Rép. au mot Nantissement, XXI, p. 67 et 85.

hypothèque et préférence, dérogeant à cet effet à toutes coutumes contraires.

§ IV. — **Droit intermédiaire.**

Telle était la situation à la veille de la Révolution, et il ne fallut rien moins qu'une rénovation complète de la vieille société monarchique pour permettre au législateur de détruire la funeste clandestinité que n'avait pu réussir à ébranler le plus puissant ministre du roi le plus absolu.

Le vieux monde s'écroula dans la fameuse nuit du 4 août 1789 qui vit disparaître le régime féodal jusque dans ses derniers vestiges. Mais l'Assemblée Constituante, en abolissant l'institution du nantissement, qui au fond était le principe de publicité appliqué à la transmission de la propriété immobilière, sut au moins sauvegarder ce principe en substituant la transcription au nantissement.

La loi du 19 septembre 1790, article 3, est ainsi conçue : « *A compter du jour où les tribunaux de district seront installés dans les pays de nantissement, les formalités de saisine dessaisine, vest de vest, reconnaissance échevinale, mise de fait, main assise, plainte à la loi, et généralement toutes celles qui tiennent au nantissement féodal ou censuel sont et demeureront abolies ; et jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné, la transcription des grosses des contrats d'aliénation ou d'hypothèque en tiendra lieu, et suffira en conséquence pour consommer les aliénations et les constitutions d'hypothèques.* »

L'article 4 de la même loi ajoute : « *Lesdites transcriptions seront faites par les greffiers des Tribunaux de district de la situation des biens, selon l'ordre dans lequel les grosses des contrats leur auront été présentées, et qui sera constaté par un registre particulier. Et les*

greffiers seront tenus de communiquer ces registres sans frais aux requérants ».

C'était la première fois qu'apparaissait dans nos lois le mot transcription, et du premier coup la chose, comme le nom, y était au complet, et telle à peu près que nous la retrouvons dans la loi actuelle. Seulement c'était encore une loi locale, applicable seulement aux pays de nantissement.

Cinq ans après, sous l'influence des économistes physiocrates, fut votée la loi du 9 messidor an III qui, organisant la publicité sur les bases les plus larges, dépassa le but en tentant d'assimiler les transmissions d'immeubles à celles de meubles ; la mobilisation du sol n'était pas mûre encore. Cette loi ne fut pas appliquée. Elle prescrivait d'ailleurs deux choses excessives : la nécessité d'un acte public, excluant ainsi de la transcription les actes sous seings privés, et confondant la question de preuve avec celle de validité ; — et la nécessité de la transcription pour la validité de l'aliénation même entre les parties, ce qui était un retour fâcheux aux effets de l'ancien nantissement.

Ce fut la loi du 11 brumaire an VII qui organisa définitivement la transcription des actes translatifs de propriété immobilière. Par malheur sa base fut trop étroite, car cette loi était une loi hypothécaire, et elle n'embrassa que les seuls immeubles susceptibles d'hypothèque, et seulement aussi les actes translatifs de propriété : les partages y échappaient donc.

En somme, la loi disait : l'hypothèque sera publique, donc la propriété le sera également ; or il fallait renverser le raisonnement et dire : En principe la propriété sera publique, donc toutes ses charges, l'hypothèque entr'autres, le seront.

C'est au surplus sa formule que notre loi actuelle s'est

appropriée à peu de chose près, et nous la retrouvons plus loin.

§ V. — **Code civil.**

Nous n'envisagerons pas ici les dispositions du Code civil en ce qui concerne la publicité des dispositions à titre gratuit ; elles appartiennent à la législation en vigueur et non encore à l'histoire. Nous allons seulement montrer ce que devinrent en 1804, en ce qui concerne les contrats à titre onéreux, les mesures excellentes, bien qu'incomplètes encore, prescrites par la loi du 11 brumaire an VII.

C'est avec stupeur que nous constatons ici un retour complet à la clandestinité romaine.

Le projet du Code arrêté par la section de législation du Conseil d'État, article 91, était ainsi conçu : « *Les actes translatifs de propriété qui n'ont pas été transcrits ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente* ». Une lutte s'engagea sur cet article entre le rapporteur Treilhard et Tronchet qui s'appuya sur les raisons les plus étranges pour le combattre. La lutte se poursuivit pendant une grande partie de la discussion des diverses matières du Code civil, notamment à propos des articles 1140 qui contient un renvoi de la question aux titres de la vente et des hypothèques, 1583 qui ne dispose de l'effet translatif de la vente qu'entre les parties, et enfin à propos des privilèges et hypothèques, qui ne tranchèrent pas encore la question.

Cependant, sur les critiques de Tronchet, et sur deux amendements incohérents de Cambacérès, l'article 91 du projet cité ci-dessus fut renvoyé à l'examen de la Section de législation d'où il ne revint pas ; il avait été

oublié ou escamoté. Ce fut donc en somme par préterition que la clandestinité rentra dans nos lois.

Lorsque le Code civil fut publié, ce fut un tolle général, et les nombreux partisans de la publicité ne se résignèrent pas facilement à admettre cette solution. Ils s'appuyaient sur l'article 2180 qui dispose que : « *dans le cas où la prescription suppose un titre, elle ne court que du jour où il a été transcrit* » ; sur l'article 2181 qui prescrit à l'acquéreur d'un immeuble la transcription de son contrat pour pouvoir purger ; sur les articles 2108 et 2198 qui contiennent aussi le mot de transcription et paraissent admettre vis à vis des tiers la nécessité de cette formalité ; ils s'appuyaient disons-nous sur ces textes pour prétendre que la transcription était bien, tout au moins implicitement, prescrite par le Code civil. La vérité est que les articles 2180 et 2181 ont reproduit les articles 89 et 90 du projet ; mais que l'article 91 fut supprimé, consciemment ou non ; et quand aux prescriptions de ces quatre articles du Code civil qui exigent la transcription pour faire produire aux contrats certains effets déterminés, elles feraient plutôt preuve de la règle générale de dispense de transcription, puisqu'elles constituent des dispositions spéciales, donc exceptionnelles.

Aussi un avis du Conseil d'État du 11 fructidor an XIII décida que la loi de Brumaire était abrogée par le Code civil, et que la transcription n'était plus nécessaire pour transférer la propriété à l'égard des tiers. Cet avis fut approuvé, mais non publié il est vrai. Quoi qu'il en soit cette opinion triompha en doctrine et en jurisprudence.

Ce système était tellement désastreux que le législateur essaya de se reprendre à la première occasion, c'est-à-dire dans le Code de procédure civile. En effet, le Code civil faisait une situation impossible aux créanciers du vendeur, qui n'avaient aucun moyen de connaître les

aliénations de leur débiteur ; d'un autre côté le fisc gémissait de voir les droits d'enregistrement diminués de la presque totalité des droits de transcription. C'est alors que l'article 834 c. pr. accorda aux créanciers hypothécaires du vendeur le droit d'inscrire encore leur hypothèque dans les quinze jours qui suivraient la transcription de la vente : c'était un premier pas insuffisant vers le retour à la loi de brumaire, car il faut bien remarquer que pour en profiter, ces créanciers devaient avoir obtenu leur hypothèque avant la vente, laquelle restait clandestine et néanmoins translativie *erga omnes*.

Cependant la législation ne subit plus aucun changement à cet égard jusqu'à la loi du 23 mars 1855. Ce n'est pas qu'entre ces deux dates 1806 et 1855 il n'y ait eu de nombreuses réclamations, et même de nombreuses tentatives pour remettre en vigueur le principe de la publicité, si malheureusement abandonné par le législateur de 1804 ; citons à l'appui de notre dire les faits suivants.

En 1827, Casimir Périer ouvrait un concours et créait un prix de trois mille francs destiné à récompenser l'auteur du meilleur mémoire sur les vices de notre régime hypothécaire et sur les réformes à y apporter ; de nombreux et éminents jurisconsultes répondirent à son appel.

En 1841, le garde des sceaux Martin (du Nord) prescrivait une vaste enquête sur le même sujet ; l'une des plus importantes questions soumises à l'examen de toutes les cours d'appel et facultés de droit était celle-ci : « *Faut-il rétablir purement et simplement la transcription de la loi de brumaire ?* » La quasi unanimité des corps consultés répondit affirmativement.

Une commission fut nommée, et la réforme paraissait devoir aboutir lorsque survint la révolution de 1848. La

tentative fut reprise par l'Assemblée Constituante en 1849 ; une nouvelle commission fut nommée ; elle prépara un projet de loi qui fut déposé sur le bureau de l'Assemblée le 24 avril 1850 et voté jusqu'en deuxième lecture, lorsque le coup d'état du 2 décembre remit tout en question.

Le gouvernement impérial ne voulut point faire sien le projet de loi qui venait d'échouer au port ; mais il fut amené à en toucher quelques points à propos de l'institution du Crédit foncier, fondé par décret du 28 février 1852. C'est alors qu'un nouveau projet de réforme hypothécaire fut demandé au Conseil d'État qui, après l'avoir élaboré et délibéré, l'adopta dans ses séances des 13, 21, 27 avril, 2 et 3 mai 1853 (1). Ce projet fut présenté par M. Suin, conseiller d'État, au corps législatif, qui nomma dans son sein une commission chargée de l'examiner. Le rapporteur de cette commission, M. Adolphe de Belleyne, fut chargé de proposer au projet de loi certaines modifications qui furent généralement adoptées, successivement par le Conseil d'État et le corps législatif ; et enfin la loi fut votée le 17 janvier 1855 et sanctionnée à la date du 23 mars 1855. C'est elle qui nous régit encore aujourd'hui ; elle n'a subi depuis qu'une très légère modification (2) qui ne touche en rien à la matière de cette étude.

(1) V. *Moniteur* de 1853 ; annexe au procès verbal de la séance du Corps législatif du 11 mai ; — annexe K. p. 43.

(2) V. loi du 13 février 1889 sur l'hypothèque légale de la femme.

DEUXIÈME PARTIE

EXPOSÉ DES LÉGISLATIONS ACTUELLES

CHAPITRE I.

Législation française actuelle sur la transmission
de la propriété foncière.

SECTION I.

Considération générales.

Les transmissions de propriété se divisent en deux grandes classes : les transmissions après décès et celles entre vifs.

Les premières se subdivisent elles-mêmes en successions *ab intestat* et en legs : toutes sont régies par le principe que la propriété des biens délaissés par un mort passe de plein droit au moment même du décès sur la tête de ses héritiers et légataires ; cette transmission est immédiate à l'égard de tous, héritiers, légataires et tiers, sans qu'il soit besoin de remplir aucune formalité, sauf en ce qui concerne les legs faits à la charge de conserver et de rendre dont il sera question plus loin. La succession et le legs sont des modes d'acquérir (art. 711 c. c.)

Notre code a puisé ce principe dans notre vieux droit

coutumier, abandonnant ainsi la théorie romaine des hérédités jacentes.

Quant aux transmissions entre vifs, elles se subdivisent aussi en transmissions à titre gratuit et transmissions à titre onéreux. Toutes sont régies par les principes suivants :

Elles sont entièrement valables entre les parties par la seule force de la convention (articles 938 et 1138 c. c.), abstraction faite toutefois des formes imposées aux donations, qui sont en dehors de notre sujet. Notre loi n'a donc pas adopté le système des coutumes de nantissement, dans lequel la propriété n'était transférée même entre les parties que par l'inscription sur les registres publics.

Mais pour être opposables aux tiers, les transmissions entre vifs doivent être accompagnées de certaines manifestations extérieures prescrites par la loi dans un but de sécurité tant pour les acquéreurs que pour les tiers. Ces formalités sont de natures différentes suivant qu'il s'agit de propriété mobilière ou de propriété immobilière.

S'il s'agit de meubles corporels, il faut la tradition (art. 1141 et 2279 c.c.) ; s'il s'agit de créances il faut la remise du titre et la signification de la cession au débiteur ou son acceptation authentique (art. 1690 c. c.) ; s'il s'agit de valeurs nominatives, il faut un transfert accompagné de formalités diverses variant avec la nature de ces valeurs (loi du 5 juin 1850) ; s'il s'agit de lettres de change et de billets à ordre, il faut l'endossement (art. 136 et 187 co.).

Enfin s'il s'agit de propriété immobilière, la loi a fait consister la publicité exigée pour que la transmission soit considérée comme effectuée à l'égard de tous dans la transcription, c'est-à-dire dans la copie intégrale de

l'acte translatif sur des registres que chacun peut librement consulter.

Avant que l'acte translatif n'ait été transcrit, la propriété est bien passée de l'aliénateur à l'acquéreur ; l'aliénation est parfaite entre les parties ; mais quant aux tiers, ils sont censés n'avoir pas connaissance de cette translation, et vis à vis d'eux l'aliénateur est resté propriétaire.

Ainsi d'une part l'acquéreur est bien devenu propriétaire par le seul effet de la convention, et à partir de ce moment l'aliénateur est dessaisi à son égard ; l'acquéreur peut dès lors revendiquer l'immeuble entre les mains de son auteur, des héritiers et successeurs universels et aussi des créanciers chirographaires de cet auteur, et enfin de tout possesseur sans titre ou ayant un titre émanant *a non domino* (1) ; l'acquéreur peut encore désormais valablement constituer sur l'immeuble acquis des droits réels qui seraient opposables à tous ceux contre lesquels nous venons de voir qu'il pourrait revendiquer. En résumé l'acquéreur est bien et valablement devenu propriétaire à l'égard de toutes personnes autres que celles que la loi appelle des tiers. Nous verrons plus loin comment il faut entendre ces mots en notre matière.

Mais d'autre part, jusqu'à la transcription, l'aliénateur reste propriétaire à l'égard des tiers, et s'il vient à consentir à leur profit soit une vente ou une donation du même immeuble, soit des constitutions de droits réels, ces aliénations et constitutions seront préférables à l'aliénation faite antérieurement et non transcrite, si toutefois le second acquéreur a lui-même fait transcrire son contrat d'acquisition, ou, s'il s'agit de la constitution

(1) Troplong, nos 144 et 152. — Aubry et Rau II, p. 287.

d'un droit réel, si l'acte qui l'a établi a été transcrit ou inscrit selon la loi.

Comment expliquer cette conception en apparence illogique de notre loi ? Il apparaît bien en effet que ce résultat est en contradiction avec l'adage : « *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* » que notre article 2182 c. c. reproduit et traduit ainsi : « *Le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue* ». Or puisque la vente est valable entre les parties et la propriété valablement transférée par le simple consentement, le vendeur étant dépouillé de son droit de propriété ne doit plus pouvoir en investir un second acquéreur ; et pourtant nous l'avons vu, c'est ce second acquéreur qui devient le véritable propriétaire s'il a fait transcrire son contrat avant que le premier acquéreur n'ait fait transcrire le sien.

Troplong (1) en donne l'explication suivante :

La loi de 1855, mue par les nécessités du crédit foncier, a dérogé aux principes qui avaient été admis par le Code civil et desquels il résulte que la propriété, soit entre les parties, soit à l'égard des tiers, est transférée par le simple consentement. Désormais l'acquéreur qui n'a pas fait transcrire a laissé son auteur investi au regard des tiers, car la translation de la propriété est, depuis la loi, régie par un double principe : entre les parties, elle résulte du consentement ; à l'égard des tiers elle ne date que de la transcription du titre.

Troplong avait déjà dit à ce sujet en un autre endroit (2) que la loi de 1855, en laissant subsister les idées mères du Code civil, les dégage de quelques embarras pratiques sur lesquels on était à peu près d'accord ; et qu'elle a

(1) Troplong, *Transc.*, n° 142.

(2) *ibid.* n° 1 et 2.

introduit la transcription par une raison d'utilité pratique et de crédit privé ; elle a voulu que les tiers fussent instruits des mouvements de la propriété qui les intéressent ; et dans ce but, elle ne permet de leur opposer les actes de transmission qu'autant qu'ils ont été transcrits.

En résumé, dérogation aux principes pour cause d'utilité publique, telle est en quelques mots l'appréciation de Troplong ; et remarquons tout de suite que cette dérogation avait déjà été accomplie par le Code civil lui-même en ce qui concerne les transmissions à titre gratuit.

M. Mourlon ne coudent pas à voir dans l'effet attribué à la transcription, une simple solution d'utilité pratique (1). Il dit que la loi a pu très légitimement et sans manquer de logique considérer comme inexistant au regard de certaines personnes l'acte qu'elle tient pour valable à l'égard de tels ou tels autres intéressés. Nous pensons que c'est aller un peu loin, et M. Mourlon lui-même reconnaît au même endroit que l'absolu est en général difficilement praticable en jurisprudence ; cependant la logique est absolue.

Pour nous, la logique est bien dans la solution de l'article de l'article 2182 c. c. : un aliénateur ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même sur la chose aliénée, et la loi n'a pu déroger à ce principe qui est l'évidence même que par une fiction. Or la fiction n'est pas la logique ; elle en serait plutôt tout le contraire,

Par contre, nous croyons que Troplong n'a pas indiqué tout le fondement de ces effets de la transcription sur lesquels nous raisonnons en ce moment. Nous avons écrit en tête de cette étude que les droits réels étant

(1) Mourlon II, 421.

opposables à tous, il est juste qu'ils puissent être facilement connus de tous, et qu'on ne puisse opposer aux tiers que ceux dont ils ont pu avoir connaissance. Les effets attribués par la loi à la transcription en ce qui concerne la translation de la propriété à l'égard des tiers sont basés sur une fiction juridique fondée, non seulement en utilité, mais aussi en justice, fiction qui consiste en ceci que l'aliénateur, en réalité dessaisi de ses droits par une première aliénation, sera cependant censé les avoir conservés et pouvoir encore les transmettre aux tiers qui n'auraient pas été prévenus de l'aliénation par la transcription, et qui seraient exposés injustement au danger d'être trompés en traitant avec lui, puisqu'il s'est dépouillé clandestinement par un contrat dont rien ne les a avertis.

Il y a donc là une fiction légale, analogue à celle qui règle les effets de la chose jugée par laquelle il pourra arriver également qu'une personne, propriétaire à l'égard des uns, pourra très bien ne pas l'être à l'égard des autres. Nous trouvons dans nos lois bien d'autres fictions qu'elles ont adoptées par suite de nécessités inéluctables : dans un législateur, le théoricien doit être constamment doublé d'un praticien.

Ce point élucidé, nous n'aurons plus à nous occuper désormais que très incidemment de la transmission de la propriété entre les parties, l'objet de cette thèse étant d'étudier comment nos lois ont organisé, par la transcription, la sécurité des transmissions de la propriété foncière. Les limites imposées à cette étude et le but principal que nous nous sommes assigné ne nous permettront pas d'entrer dans tous les détails de la matière qui, d'ailleurs, a déjà été traitée tant de fois et par tant d'éminents auteurs, tels que Troplong, Rivière et François, Flandin, Murlon et vingt autres.

Nous envisagerons donc seulement la transmission du droit de propriété, laissant de côté celle des autres droits réels immobiliers, des servitudes, des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation, des hypothèques, etc... C'est dans cette limite que nous allons d'abord exposer les principales dispositions de la loi et les grandes lignes de notre système de publicité, autant qu'il est nécessaire pour en apprécier les avantages et les lacunes, et pour juger en connaissance de cause les réformes qu'on propose d'y apporter et les systèmes nouveaux qu'on veut lui substituer.

SECTION II.

Mutations de propriété foncière soumises à la transcription.

Nos lois n'ont soumis à aucune publicité les successions *ab intestat* ni même les legs non frappés de substitution. Seuls ces derniers lorsqu'ils sont faits à charge de conserver et de rendre et les mutations entre vifs y ont été assujettis.

C'est le Code civil qui a prescrit la transcription des mutations à titre gratuit dont nous allons nous occuper d'abord.

§ 1^{er} — **Mutations à titre gratuit.**

(Art. 939 à 942, et 1069 à 1074 c. c.)

L'article 939 du Code civil est ainsi conçu : « *Lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèque, la transcription des actes contenant la donation et l'acceptation ainsi que la notification de l'acceptation qui aurait eu lieu par acte séparé devra être faite au bureau des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés.* »

L'article 1069 c. c. porte : *Les dispositions par actes entre vifs ou testamentaires à charge de restitution seront, à la diligence soit du grevé soit du tuteur nommé pour l'exécution, rendues publiques ; savoir, quant aux immeubles par la transcription des actes sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation.* »

Ces textes sont encore en vigueur, car l'article 11 de la loi du 23 mars 1855 porte : « *Il n'est pas dérogé aux dispositions du Code civil relatives à la transcription des actes portant donation ou contenant des dispositions à charge de rendre ; elles continueront à recevoir leur exécution.* »

Il résulte de ces dispositions que tous les actes qui vont être ci-après énumérés sont assujettis à la transcription :

1^o Tous les actes contenant donation avec ou sans charge de restitution, de biens immeubles présents susceptibles d'hypothèque. Sont comprises dans cette catégorie les donations semblables faites par contrat de mariage (1) et celles faites à titre de partage d'ascendants conformément aux articles 1075 et 1076 c. c.

Y sont également comprises celles faites entre époux pendant le mariage. Cependant MM. Duranton (2), Zachariæ (3) et Troplong (4) contestent l'utilité de la transcription de ces dernières donations, en se fondant sur ce qu'elles sont essentiellement révocables, et que par conséquent tous actes d'aliénation consentis par l'époux donateur doivent, malgré la transcription de la donation, être maintenus comme constituant une révo-

(1) Argum^t, 1081 et 1092 c. c. — Troplong III, p. 1168.

(2) Duranton, VIII, p. 509.

(3) Zachariæ, § 704.

(4) Troplong, III, n^o 1170.

cation tacite. Ce motif n'est pas concluant, car cette transcription peut être utile tant vis à vis des créanciers chirographaires du donateur, lesquels à défaut de cette transcription pourraient faire saisir les biens donnés, que vis à vis des héritiers du donateur qui pourraient plus tard aliéner ou hypothéquer les biens donnés (1). En tout cas il nous paraît que la loi de 1855 ne laisse plus aucun doute à cet égard puisqu'elle assujettit désormais à la transcription tous actes entre vifs translatifs de propriété immobilière, et Troplong lui-même admet (2) que le dernier alinéa de l'article 11 de cette loi ne s'oppose nullement à ce qu'on soumette à la transcription des actes entre vifs de libéralité qui n'y étaient pas assujettis par le Code civil.

Lorsqu'une donation porte cumulativement sur des biens présents et sur des biens à venir, la transcription est nécessaire quant aux biens présents pour le cas où le donataire s'en tiendrait à ces derniers (3).

Mais les donations de biens à venir n'y sont point assujetties (4).

Les donations faites sous des conditions suspensives n'en sont pas moins soumises à la transcription, car nous savons que la condition accomplie rétroagit au jour de l'acte de donation.

Lorsque la charge de restitution s'applique à des biens donnés entre vifs, la donation est à un double titre soumise à la transcription, et si par erreur ou collusion la charge de restitution échappe à la transcription, la donation seule est opposable aux tiers. Il en serait de

(1) Aubry et Rau, VI, p. 80.

(2) Troplong. *Transc.* nos 112, 364, 370.

(3) Duranton, VIII, 507. — IX, 537. — Aubry et Rau, VI, p. 81, Nîmes, 5 juillet 1875, D, 77, 1, 195.

(4) Cass^{on}, req. 15 mai 1876. D. 77, 1, 195. — Cass^{on}, civ. 4 février 1867, D. 67, 1, 65.

même dans le cas où une donation ayant été faite purement et simplement et transcrite, les biens compris dans cette donation auraient été grevés de substitution en vertu d'une clause d'une donation postérieure acceptée par le grevé (1052 c. c.), si la substitution n'avait pas été mentionnée en marge de la transcription de la première donation.

2^o Les actes d'acceptation des donations sus-énoncées si l'acceptation a eu lieu par acte séparé.

3^o Les actes contenant notification de cette acceptation de donation.

4^o Les testaments contenant des substitutions permises portant sur des biens immeubles susceptibles d'hypothèque.

Quant aux autres dispositions testamentaires portant sur des immeubles, mais ne contenant pas charge de restitution, elles ne sont pas assujetties à la transcription par le Code civil, et la loi de 1855 a laissé subsister cette anomalie que nous aurons à apprécier plus loin.

5^o Nous concluons de l'art. 1069 c. c. *in fine* que lorsque des deniers substitués auront été employés en immeubles, la transcription de l'acte d'acquisition devra comprendre la disposition contenant la substitution.

6^o Enfin sont encore assujetties à la transcription les cessions à titre gratuit d'actions en revendication d'immeubles et d'actions en nullité ou en rescision d'actes translatifs d'immeubles. On a contesté cette décision en se fondant sur ce que l'art. 939 c. c. ne soumet à la transcription que les donations d'immeubles susceptibles d'hypothèque (1) ; mais cette raison ne doit point prévaloir, et MM. Aubry et Rau se sont d'ailleurs rétractés à un autre endroit (2). En effet, la cession d'une action,

(1) Aubry et Rau. VI, p. 81.

(2) id. II, p. 260.

disent-ils, ne se comprend que comme cession virtuelle du droit qu'elle a pour objet de poursuivre ; et d'ailleurs « *qui actionem habet ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur* ». (1).

7^o Pour en terminer avec les mutations à titre gratuit, ajoutons que les jugements prononçant la nullité ou la révocation d'une donation ou d'un testament transcrits doivent être, aux termes de l'article 4 de la loi du 23 mars 1855, mentionnés en marge de la transcription de l'acte annulé ou révoqué.

Cette obligation paraît certaine, malgré l'article 11 de la même loi qui dit *in fine* que celle-ci ne déroge pas aux dispositions du Code civil relatives à la transcription des donations. Les auteurs admettent généralement que cette prescription ne concerne pas les actes ou jugements que le Code civil n'avait pas assujettis à la publicité (2).

§ II. — Mutations à titre onéreux.

C'est le domaine propre de la loi du 23 mars 1855.

A. L'article 1^{er} de cette loi prescrit notamment la transcription des actes suivants :

1^o Les ventes d'immeubles, ce qui comprend :

a). Les ventes alternatives de deux immeubles, ou même d'un immeuble et d'un meuble ; et la transcription doit avoir lieu même avant toute option, que le choix appartienne au vendeur ou à l'acquéreur, puisque l'option doit faire rétroagir la transmission de la propriété au jour du contrat (3).

b). Les promesses de vente synallagmatiques, c'est-à-

(1) Delvincourt, II, 268. --- Grenier, I, 462. --- Troplong, III, 4165.

(2) Troplong. *Transc.* nos 412, 364, 370. --- Aubry et Rau, II, p. 274 et VI, p. 92.

(3) Mourlon, I, 37. --- Flandin, I, 405. --- Aubry et Rau, II, p. 257.

dire celles qui contiennent à la fois promesse de vendre et promesse d'acquérir ; le Code civil dit qu'une telle promesse vaut vente (art 1589 c. c.) (1).

Si cependant cette promesse avait été accompagnée de la remise d'arrhes impliquant faculté de s'en désister, la transcription serait sans objet jusqu'à la réalisation du contrat. (2). (Art. 1590 c. c.).

Quand à la promesse unilatérale de vendre, les auteurs ne sont pas d'accord sur la nécessité de la faire transcrire avant l'acceptation. Mourlon (3) se fondant sur ce que l'acceptation rétroagit même à l'égard des tiers, tient pour l'affirmative. L'opinion contraire paraît cependant prévaloir (4). Nous pensons en effet qu'une telle promesse n'est qu'une simple offre peut-être productive d'une obligation conditionnelle à la charge de l'offrant, mais en tout cas nullement translatrice de propriété.

c). Les ventes faites à un *negotiorum gestor*, mais non celles consenties par lui. En effet dans les premières, bien qu'elles ne deviennent définitives que par l'acceptation de l'acheteur, le vendeur est dessaisi actuellement de la faculté de disposer de l'immeuble vendu au préjudice de l'acquéreur, et ce même avant la ratification par l'acquéreur, laquelle n'aura pas besoin d'être transcrite, puisque les ratifications en général échappent aux prescriptions de la loi de 1855. Dans les secondes au contraire, le propriétaire conserve évidemment jusqu'à sa ratification la libre disposition de son immeuble, et il y aura lieu alors à transcrire à la fois la vente et la ratification.

d). Les déclarations de command faites à la suite

(1) Mourlon, I, 38. --- Flandin I, 66. --- Aubry et Rau, II, p. 258. --- Contra. Troplong, 52.

(2) Flandin, I, 72. --- Aubry et Rau, II, p. 258.

(3) Mourlon, I, 39.

(4) Aubry et Rau, II, p. 258. — Rivière et Hugnet, 53. — Flandin, I, 61 et 62.

d'une vente acceptée sous réserve d'élire command. Ces déclarations doivent être transcrites ainsi que la vente, car à défaut de cette transcription, l'acquéreur indiqué par le contrat reste propriétaire à l'égard des tiers, et le command ne serait pas à l'abri des aliénations ou constitutions de droits réels faites par ledit acquéreur.

Mais l'acceptation du command n'a pas besoin d'être transcrite (1).

e/. Les acquisitions en remploi faites par un mari, soit pour lui-même, soit au profit de sa femme (art. 1435 c. c.). Mais quant à l'acte contenant l'acceptation par la femme de ce remploi, les auteurs paraissent d'accord (2) pour décider qu'il n'est pas assujéti à la transcription, car disent-ils la loi n'a soumis à cette formalité que les actes translatifs de propriété. Or l'acceptation de la femme rétroagissant, celle-ci est en réalité devenue propriétaire dès le jour même et par la vertu du contrat d'acquisition, lequel d'ailleurs avertit suffisamment les tiers. Cet avis est adopté et par ceux comme M. Flandin qui attribuent à l'acceptation de la femme un effet rétroactif absolu même à l'encontre des actes de disposition du mari, et par ceux qui croient, et nous partageons cette opinion, que l'acte d'emploi fait par le mari est une offre à la femme de la subroger dans le bénéfice de l'acquisition ainsi faite, offre susceptible de rétractation expresse ou tacite tant qu'elle n'est pas acceptée.

Dans tous les cas, la dispense de transcription accordée à l'acceptation de la femme nous paraît regrettable, car les tiers auraient évidemment le plus grand intérêt à savoir si la femme est devenue propriétaire définitive, ce qui rendrait désormais l'immeuble indisponible entre les mains du mari. Il y a là pour eux un danger plus grand

(1) Mourlon, I, 31 et 60. --- Flandin, I, 143 et s. --- Aubry et Rau, II, p. 259.

(2) Mourlon, I, 158. --- Aubry et Rau, II, p. 260. --- Flandin, I, 290.

encore que celui qui résulterait de la clandestinité d'un acte translatif ordinaire, puisque le mari conservant l'administration de l'immeuble après l'acceptation de remploi par la femme, rien n'avertit les tiers du changement radical survenu dans les droits du mari à l'égard de cet immeuble.

f). Les cessions de droits successifs, lorsque l'hérédité comprend des immeubles, et que la cession est faite à un étranger, ou que si elle est consentie à un cohéritier, elle ne fait pas cesser absolument l'indivision (1). Dans le cas contraire, la cession équivaut à un partage et n'est pas sujette à transcription.

g). Les cessions d'actions immobilières en tant qu'elles impliquent transport d'un droit de propriété. Telles sont les cessions d'actions en revendication, en nullité ou rescision de contrats translatifs de propriété immobilière. Telles seraient même les conventions qualifiées de cessions d'action résolutoire s'il s'agissait d'une résolution devant s'opérer de plein droit, car alors il n'y aurait plus de jugement à prononcer, et la convention opérerait en réalité et directement une translation de propriété (2).

2° Les datations d'immeubles en paiement, ce qui comprend :

a). Les ventes entre époux autorisées dans trois cas par l'article 1595 c. c.

b) Les abandons d'immeubles, même par des ascendants, en paiement d'une dot promise en argent (art. 1406 c. c.)

c). Les cessions d'immeubles propres au mari par lui faites à la femme acceptant la communauté pour la

(1) Rivière et Huguet 53 et 92. --- Flandin, I, 499 à 205. --- Aubry et Rau, II, p. 260. --- Cass. civ. 23 avril 1884. --- Aix, 10 août 1870. D 73. 2. 204. Contra. Mourlon, I, 179.

(2) Aubry et Rau, II, p. 260. --- Mourlon, I, 16. --- Flandin, I, 378 et s.

remplir de ses reprises et de ses droits dans ladite communauté.

d/. Les cessions faites dans le même but par le mari, soit de ses propres, soit même de conquêts, à la femme renonçant à la communauté (1).

3^o Les échanges d'immeubles, ou de meubles contre immeubles.

4^o Les actes de sociétés civiles ou commerciales en tant qu'elles contiennent des apports de propriété immobilière.

5^o Les cessions de parts dans des sociétés civiles comprenant des immeubles, faites à un étranger, ou même à un coassocié si elles ne font pas cesser absolument l'indivision. (Voir ci-dessus au 1^o *e.*)

Mais les cessions d'intérêts ou d'actions dans des sociétés commerciales ne sont jamais assujetties à la transcription, car ces intérêts ou actions ne constituent que des valeurs mobilières, même lorsque ces sociétés comprennent des immeubles. (Art. 529 c. c.)

6^o Les clauses des contrats de mariage contenant ameublement déterminé, c'est-à-dire un ameublement transférant à la communauté un droit de propriété sur un ou plusieurs immeubles.

La transcription est nécessaire, que l'ameublement émane de la femme ou du mari, pour empêcher l'époux ameublissant de disposer ultérieurement, en qualité de propriétaire et au préjudice de l'autre, de l'immeuble ameubli (2).

7^o Les actes de renonciation à des droits déjà acquis de propriété immobilière (Art. 1, n^o 2 de la loi de 1855), ce qui comprend :

a/. Les renonciations, soit à titre onéreux, soit à titre

(1) Art. 1492, c. c. --- Cass. civ. 8 février 1858. Sir. 58, 1, 268.

(2) Mourlon, I, 49. -- Flandin, I, 273 à 277. — Aubry et Rau, II, p. 262.

gratuit, à une succession ou à un legs immobiliers déjà acceptés.

b/. Les renonciations à titre onéreux à une succession immobilière, et les renonciations à titre gratuit à une semblable succession, faites par un des cohéritiers au profit de l'un ou de quelques-uns seulement des autres cohéritiers. En effet, de semblables renonciations impliquent acceptation, donc transmission de propriété.

c/. Les renonciations à mitoyenneté et les abandons de fonds servant faits conformément aux articles 656 et 699 c. c. par les propriétaires qui veulent se décharger des charges de la mitoyenneté ou de la servitude.

d/. Les renonciations à des prescriptions admises en matière immobilière par jugements passés en force de chose jugée, mais non celles faites par suite de transactions, même pendant le délai de pourvoi en cassation (1).

Cette opinion est combattue par M. Mourlon (2) qui émet l'avis qu'une telle renonciation n'est jamais en aucun cas soumise à la transcription, parce que toute renonciation à une prescription accomplie constitue toujours une restitution de la chose d'autrui ou un simple refus d'acquérir.

Nous avouons que ces solutions ne nous satisfont pas pleinement, car la prescription, une fois acquise et invoquée, est un mode d'acquérir (Art. 712 et 2219 c. c.), et il nous paraît en résulter que renoncer à une telle prescription est bien une aliénation, et en tout cas une rétrocession, fût-elle faite à titre de restitution.

8° Les actes de résolution amiable de contrats translatifs de propriété immobilière, lorsque l'acquéreur renonçant spontanément à son acquisition, la résolution cons-

(1) Rivière et Huguet, 84. — Flandin, I, 459. — Aubry et Rau, II, p. 264.

(2) Mourlon, I, 125.

titue au fond une vraie rétrocession, et par conséquent une convention translatrice de propriété (1).

NOTA. — Tous les actes compris sous les huit numéros qui précèdent doivent être transcrits même lorsqu'ils sont soumis à une condition suspensive : en effet, la condition rétroagissant même à l'égard des tiers, il est juste et nécessaire que ceux-ci aient connaissance de la convention dès sa naissance, et par ailleurs il se trouve que la convention, par cet effet de l'événement de la condition, se trouve avoir été translatrice à ce moment même.

9^o Tous les jugements opérant transmission de propriété immobilière, (Art. 1, n^o 4 de la loi) ; ce qui comprend surtout les jugements d'adjudication, mais non tous ces jugements.

On peut en effet diviser en trois sortes les jugements d'adjudication d'immeubles, savoir :

I. Les adjudications translatrices.

II. Les adjudications déclaratives, par exemple celles sur licitation prononcées au profit d'un des copropriétaires.

III. Et enfin les adjudications confirmatives, comme celle au profit d'un acquéreur surenchéri, ou au profit d'un héritier bénéficiaire d'un immeuble héréditaire.

Enumérons maintenant les jugements d'adjudication soumis à la transcription.

a). D'abord tous les jugements d'adjudication translatifs, c'est-à-dire :

Les jugements d'adjudication de biens dépendant d'une succession au profit d'étrangers, et de biens de successions vacantes, ceux de biens de mineurs, ceux sur expropriation forcée, toujours au profit d'étrangers,

(1) Troplong, 244. — Rivière et Huguet, 6 et s. — Mourlon, I, 44. — Aubry et Rau, II, p. 264.

et devenus définitifs à défaut de surenchère ; les jugements d'adjudication sur délaissement par hypothèque ou sur surenchère du dixième (Art. 2189 c. c.) à moins que l'adjudication n'ait été prononcée au profit du tiers détenteur qui a délaissé ou qui a été surenchéri, auxquels cas il y a adjudication confirmative.

Et enfin les adjudications sur folle enchère, mais dans le cas seulement où l'adjudication prononcée au profit du fol enchérisseur n'aurait pas été transcrite.

Cette dernière solution est contestée, car dit-on le paiement du prix formant une condition de l'adjudication, la folle-enchère fait disparaître d'une manière absolue l'adjudication première et par conséquent sa transcription (1). L'article 779 c. pr. modifié par la loi du 21 mai 1858 répond victorieusement à cet argument, et démontre que l'adjudication sur folle-enchère laisse subsister la première adjudication en substituant simplement un second acquéreur au premier ; la transmission de la propriété n'est résolue qu'en ce qui concerne l'adjudicataire fol enchérisseur, et en faveur seulement des créanciers (2).

b/. Parmi les adjudications confirmatives, les auteurs sont divisés sur la nécessité de la transcription des adjudications au profit d'héritiers bénéficiaires, lorsque ces adjudications portent sur les immeubles héréditaires.

La jurisprudence est fixée dans le sens de l'affirmative, tout au moins au point de vue fiscal, par un arrêt de cassation. chambres réunies, en date du 12 janvier 1876 (3), dont voici les motifs :

« Attendu qu'aux termes de l'article 54 de la loi du 28 avril 1816, le droit proportionnel de transcription est exigible sur les actes de nature à être transcrits ;

(1) Troplong, 221. — Flandin, I, 582.

(2) Mourlon, II, 540. — Aubry et Rau, II, p. 266.

(3) D. 76, 1, 52.

Que cette disposition s'applique à l'héritier bénéficiaire qui, n'étant pas tenu sur ses biens personnels, a la faculté de purger ;

Qu'en effet les dispositions de l'art. 883 c. c. et la fiction qu'il a admise sont sans influence sur les rapports de l'adjudicataire avec les créanciers inscrits sur l'immeuble ;

Qu'à leur égard l'adjudicataire sur licitation, quand il n'a accepté la succession que sous bénéfice d'inventaire, est un tiers détenteur qui à ce titre peut leur offrir le prix déterminé par l'adjudication pour parvenir à la purge conformément aux articles 2181 et s. du c. c. ;

Que la purge ne pouvant avoir lieu sans transcription aux termes des dispositions précitées du Code civil, l'adjudication sur licitation au profit de l'héritier bénéficiaire retombe sous l'application de l'art. 54 de la loi de 1816 ;

Que la loi du 23 mars 1855 n'a rien innové à cet égard ; qu'elle a eu pour but unique de régler la transmission de la propriété ;

Que si elle a dispensé de la transcription les partages et les jugements d'adjudication sur licitation au profit d'un copartageant, elle a prononcé cette dispense au point de vue du dessaisissement de l'ancien propriétaire et par application du principe déjà posé dans l'art 883 c. c. ; mais que rien n'établit qu'elle ait entendu aussi accorder cette dispense au point de vue de la purge des hypothèques ».

En conséquence la Cour décide que le droit proportionnel de transcription doit être perçu lors de l'enregistrement d'une telle adjudication.

Il résulte de cet arrêt que l'héritier bénéficiaire a le droit de purger les hypothèques grevant l'immeuble qui lui a été adjugé, et que le droit de transcription est dû parce que la purge ne peut avoir lieu sans la transcrip-

tion ; mais on ne peut pas dire qu'il décide que l'adjudication en question est assujettie à la transcription dans le sens de la loi de 1855.

Que l'héritier bénéficiaire ait le droit de purger sur son adjudication à l'encontre des créanciers de la succession, c'est un effet particulier du bénéfice d'inventaire ; mais au regard de tous, et en particulier des ayants cause du défunt, il est et reste le continuateur de ce dernier ; il est et reste propriétaire des biens de la succession. Comme le dit Dumoulin (1) : « *Hæres sub beneficio inventarii est verus hæres, quamvis sub certis modificationibus, et est verus dominus rerum hæreditariarum* ».

Il en résulte que l'adjudication n'est nullement translatrice de propriété, et n'est assujettie à la transcription que par l'art. 2181 c. c., et pour le cas seulement où l'héritier voudrait purger. L'arrêt cité ci-dessus reconnaît expressément que la question qu'il a mission de trancher ne concerne nullement la transmission de la propriété, mais qu'elle est simplement de droit fiscal. Or même dans le droit fiscal, nous trouvons deux dispositions qui prouvent que l'héritier bénéficiaire est devenu par le seul événement du décès le propriétaire des biens héréditaires, puisqu'il doit de plein droit et aussitôt le décès le droit de mutation sur ces biens, et que l'adjudication dont nous nous occupons ne donne pas lieu à la perception du droit proportionnel d'enregistrement qui est perçu sur les ventes d'immeubles.

Nous en concluons que l'adjudication, au profit de l'héritier bénéficiaire, d'un immeuble héréditaire n'est pas assujettie à la transcription pour être opposable aux tiers, mais seulement vis à vis des créanciers inscrits de la succession et au point de vue de la purge ; et que, par contre, cet héritier ne pourrait repousser, même après

(1) Dumoulin, *Cout. de Paris*, I, § 3. glos. 1, n° 173.

avoir fait transcrire son adjudication, les tiers qui prétendraient des droits sur l'immeuble à lui adjudgé en vertu d'actes même non transcrits émanés du défunt. La mise aux enchères ne sert qu'à déterminer la somme d'argent dont les créanciers doivent se contenter; mais elle ne change nullement la nature du titre de propriété de l'héritier (1).

En résumé, nous croyons qu'à part la question de purge, l'héritier bénéficiaire adjudicataire n'est pas plus assujéti à la transcription que le tiers détenteur surenchéri qui se porte adjudicataire de l'immeuble qu'il a acquis, non plus que le tiers détenteur qui a délaissé conformément à l'art. 2168 c. c. et qui devient ensuite adjudicataire de l'immeuble délaissé. Toutes ces adjudications sont purement confirmatives.

Il en est de même des jugements déclaratifs, c'est-à-dire des jugements d'adjudication sur licitation prononcés au profit d'un des copropriétaires (art. 1 n° 4 de la loi), lesquels jugements d'adjudication équivalent à partage.

10° Enfin, sont encore assujéttis à la transcription les jugements constatant l'existence d'une convention verbale translative de propriété immobilière (art. 1 n° 3 de la loi).

Cette disposition est conçue en termes peu précis et même contradictoires dans la loi de 1855. M. Mourlon a fait ressortir (2) d'une façon saisissante les bizarreries et les incohérences des passages de la loi relatifs à cet objet, et qui sont les suivants :

Art. 1^{er}. — « Sont transcrits..... tout jugement qui déclare l'existence d'une convention verbale de la nature ci-dessus exprimée (c'est-à-dire d'une convention entre

(1) Conf. : Rivière et Huguet, 420. — Troplong, 402. — Flandin, I, 583. — Contra Mourlon, I, 83 et Aubry et Rau, II, p. 267.

(2) Mourlon, I, 453 et s.

vifs translative de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque, ou portant renonciation à ces mêmes droits). »

Art. 2. — *« Sont également transcrits..... tout jugement qui déclare l'existence en vertu d'une convention verbale d'un droit d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation. »*

Il semblerait résulter de la lettre de ces dispositions que la loi ordonne de transcrire un jugement qui constate l'extinction par convention verbale d'un droit de propriété ou d'usufruit, mais non celui qui constaterait semblable extinction d'un droit de servitude, d'antichrèse, etc. ;

Que cette extinction de servitude ou d'antichrèse sera assujettie à la transcription si elle résulte d'un acte notarié ou sous seings privés (art. 1, n° 2), et ne le sera pas si elle résulte d'un jugement ;

Qu'un jugement constatant l'existence d'une convention de nature à être transcrite ne sera pas assujetti à la transcription si cette convention a été constatée par acte écrit, mais perdu ou détruit ; qu'il le sera au contraire s'il constate semblable convention verbale.

Si donc on devait prendre à la lettre la loi de 1855, on voit à quelles solutions extravagantes on aboutirait. Mais l'imperfection du texte ne saurait prévaloir contre la pensée de la loi, qui se dégage très facilement et clairement de son ensemble, et qui est d'assujettir à la publicité les conventions susceptibles de nuire aux tiers, ces conventions résulteraient-elles d'un jugement.

En conséquence, nous n'hésitons pas à interpréter de la façon suivante ces dispositions :

Les articles 1 et 2 de la loi prescrivent l'obligation de soumettre à la transcription :

Tous jugements ou tous actes judiciaires constatant

l'existence d'une convention qui, bien que soumise par sa nature à la formalité de la transcription, n'a pas été transcrite faute d'un titre à fournir au conservateur, ou parce que l'écrit qui la constatait a été détruit ou perdu.

B. L'article 4 de la loi est ainsi conçu : « *Tout jugement prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit doit, dans le mois à dater du jour où il a acquis l'autorité de la chose jugée, être mentionné en marge de la transcription faite sur le registre.* »

Cette formalité devrait s'appliquer également aux jugements contenant révocation d'actes translatifs de propriété immobilière passés par un débiteur en fraude des droits de ses créanciers (1), car cette révocation est fondée sur la fraude, qui est une cause de nullité.

Elle s'applique encore aux jugements d'adjudication sur folle-enchère, lorsque l'adjudication primitive a été transcrite (2). (Voir ci-dessus sous le 9^o).

Mais dans tous les cas ci-dessus sauf dans le dernier, lorsque le jugement s'applique à un acte soumis à la transcription et non encore transcrit, ce jugement est dispensé de toute publicité. Il serait au contraire assujéti à la transcription s'il s'appliquait à un acte non transcrit, mais ayant acquis date certaine avant le 1^{er} Janvier 1856, (art. 11, § 3 de la loi.)

Nous verrons plus loin les effets de cette mention et du défaut de mention.

§ III. — Récapitulation

des mutations de propriété immobilière non assujétiées à la transcription.

Il résulte de tout ce qui précède que la loi a dispensé

(1) Troplong, 220. — Flandin, I, 630. — Mourlon, II, 535. Aubry et Rau, II, p. 275.

(2) Aubry et Rau, II, p. 274.

de toute publicité les mutations de propriété immobilière et les actes se rapportant à ces mutations qui vont être succinctement énumérés ci-après. Cette énumération rendra plus facile et plus rapide la comparaison de notre législation avec celles qui seront exposées au chapitre II.

Sont dispensés de publicité :

1^o Toutes les mutations résultant de successions *ab intestat*.

2^o Celles résultant de testaments ne contenant pas de substitution.

3^o Les actes qui, de leur nature ou en vertu de la loi, sont simplement déclaratifs ou recognitifs, et non translatifs de propriété immobilière, tels que les transactions, les partages, les licitations au profit d'un des co-licitants, en un mot les actes faisant cesser l'indivision d'une manière absolue.

4^o Les jugements en général, sauf les exceptions énumérées au paragraphe précédent.

5^o Les actes contenant confirmation de convention translative de propriété immobilière, quel que soit le vice de fond ou de forme que la confirmation a pour but d'effacer : violence, dol, erreur, incapacité, lésion ; — et même l'acte par lequel les héritiers du donateur auraient confirmé une donation nulle en la forme conformément à l'art. 1340 c. c. : « *confirmatio nil dat novi* » (1).

6^o Les actes de renonciation purement abdicative, par exemple à succession, à legs, à communauté non encore acceptés.

7^o L'acte constatant l'exercice de la faculté de réméré ; car dit-on la transcription de la vente à réméré a averti

(1) Flandin, I, 483. — Aubry et Rau, II, p. 271 ; Mourlon, I, 125. — Troplong, 97.

les tiers de la possibilité de cet évènement (1) ; — et en général les actes constatant l'exercice d'une faculté légale de retrait (2), soit successoral, ou d'indivision, ou de droit litigieux.

8^o L'acte constatant l'acceptation par la femme du remploi fait pour elle par le mari conformément à l'article 1435 c. c.

9^o Les cessions d'actions résolutoires de contrats translatifs fondées sur le défaut d'accomplissement des conditions. Ces cessions en effet n'impliquent nullement transmission de propriété, mais constituent simplement un transport de créance : celui qui a aliéné un immeuble a perdu son droit de propriété, et est devenu simplement créancier du prix et des charges imposées par le contrat d'aliénation.

10^o Et enfin les cessions de la faculté de réméré ; il existe en effet le même motif que ci-dessus : le vendeur qui s'est réservé la faculté de réméré a perdu son droit de propriété et n'a conservé qu'un *jus ad rem* (3).

SECTION III.

DE LA TRANSCRIPTION.

Nous nous occuperons dans cette section de la transcription en elle-même, sous trois paragraphes.

Le premier indiquera sommairement qui peut et qui doit requérir la transcription ; le deuxième traitera des formalités de la transcription ; enfin le troisième sera relatif aux effets de la transcription.

(1) Troplong, 245. — Lesenne, 408. — Flandin, I, 85. 386. — Mourlon, I, 67. — Aubry et Rau, II, p. 272.

(2) Mourlon, I, 65 et II, 542. — Aubry et Rau, II, p. 272.

(3) Cass^{on}, rep. 21 decemb. 1825, Sir, 26, 1, 275. — Aubry et Rau, II, p. 273. --- Contra. Mourlon, I, 16 et 17 ; --- Troplong, 59 et 60.

§ 1^{er} — **Qui peut et qui doit réquerir
la transcription.**

I. La transcription étant une mesure purement conservatoire, toute personne peut la requérir, même l'incapable ; le conservateur des hypothèques ne peut exiger aucune justification du porteur de l'acte présenté à la transcription, même lorsque ce porteur ne serait nullement intéressé personnellement à l'accomplissement de cette formalité.

La transcription en effet ne peut compromettre aucun intérêt.

II. En outre de cette faculté accordée à tous, la loi est encore venue au secours des acquéreurs que leur âge, leur sexe ou toute autre circonstance rend inhabiles à veiller par eux-mêmes à la conservation de leurs droits. Les mandataires légaux ou judiciaires placés près d'eux pour les représenter sont tenus de veiller à l'accomplissement de la transcription des actes qui y sont sujets, à peine d'être responsables envers les incapables des déchéances encourues par suite du défaut de cette formalité.

C'est l'article 940 c. c. qui nous apprend quelles sont les personnes ainsi tenues de faire procéder à la transcription : le mari pour les donations faites à la femme, les tuteurs, curateurs ou administrateurs pour celles faites aux mineurs, aux interdits ou à des établissements publics.

On est généralement d'accord pour retrancher de cette liste les curateurs qui y ont été introduits par inadvertance, la loi ayant oublié que les interdits étaient pour-

vus désormais non de curateurs mais de tuteurs (1). Quant aux curateurs de mineurs émancipés, il n'administrent pas, et ne sont pas tenus de l'obligation dont il s'agit, non plus que les maris dont les femmes ont conservé aux termes de leur contrat de mariage l'administration du patrimoine à elles propre, ni enfin les conseils judiciaires des prodigues.

Voilà pour les donations.

L'article 1069 c. c. prescrit le même devoir au grevé et au tuteur à la substitution en ce qui concerne les dispositions à charge de restitution faites par actes entre vifs ou par testament.

Arrivons aux actes dont la transcription est rendue obligatoire par la loi du 23 mars 1855. Cette loi ne dit rien des personnes tenues de faire remplir cette formalité ; mais il est évident que l'obligation imposée aux représentants des incapables découle de leur mission même, et l'article 940 c. c. doit être sans difficulté étendu à tous les actes visés par notre loi avec les tempéraments que nous y avons apportés.

En résumé seraient tenus sous leur responsabilité personnelle de l'obligation de faire transcrire, savoir :

1^o Les maris administrateurs du patrimoine de leurs femmes ;

2^o Les tuteurs des mineurs et des interdits ;

3^o Les pères administrateurs légaux ;

4^o Les administrateurs des établissements publics, et en général ceux nommés par la justice, administrateurs provisoires, syndics, etc.

5^o Les envoyés en possession provisoire des biens d'un présumé absent ;

6^o Les mandataires dans les limites de leurs mandats ; et rappelons ici que la preuve du mandat incombe au

(1) Mourlon, I, 249. -- Aubry et Rau, VI, p. 82.

mandant, et que le notaire en particulier ne doit pas être présumé de plein droit avoir reçu des parties contractantes le mandat de faire opérer la transcription : « Les notaires, a dit la Cour de Cassation (1), sont des fonctionnaires publics créés pour recevoir les actes auxquels les parties veulent faire donner le caractère de l'authenticité ; là se bornent leur mission et la responsabilité qui peut en résulter. » Ce serait donc aux parties à établir que le notaire a reçu d'elles le mandat exprès ou tacite de faire remplir sur le contrat qu'elles ont passé devant lui la formalité de la transcription, si elles prétendaient le rendre responsable du préjudice à elles causé par le défaut de cette formalité.

III. Enfin, aux termes de l'art. 4, alinéa 2 de la loi de 1855, l'avoué qui a obtenu un jugement de nature à être mentionné en marge d'une transcription est tenu, à peine d'une amende de 100 fr., de faire opérer cette mention dans le mois à dater du jour où le jugement est devenu définitif.

§ II. — Formalités de la Transcription (2).

I. — DÉFINITION.

La transcription est la copie intégrale d'un acte ou d'un jugement sur un registre public tenu par un officier public nommé conservateur des hypothèques.

II. — PRÉCAUTIONS PRISES POUR ASSURER LA FIDÉLITÉ ET LA CONSERVATION DES REGISTRES.

Le registre servant à la transcription, de même que celui des dépôts dont il va être parlé, sont composés de feuillets de papier timbré, cotés et paraphés par l'un des juges du tribunal civil dans le ressort duquel est situé le

(1) Cassation, 30 juin 1852. Sir. 52, 1, 560.

id. 2 juin 1847. D. 47, 1, 208. — id. 14 février 1855, D. 55, 1, 175.

(2) V. loi du 21 ventôse an VII, relative à l'organisation de la conservation des hypothèques.

bureau de la conservation d'hypothèques. Ces registres doivent être arrêtés à la fin de chaque jour par le conservateur qui les déclare clos et fermés à l'heure dite sous la garantie de sa signature.

III. — LES REGISTRES CONCERNANT LES TRANSCRIPTIONS
SONT AU NOMBRE DE TROIS.

1^o Le registre des transcriptions reçoit les transcriptions dans l'ordre où les actes y sujets sont déposés au conservateur et inscrits au registre des dépôts ;

2^o Le registre des dépôts, nécessité par l'impossibilité de transcrire immédiatement les nombreux actes que la loi assujettit à cette formalité, sert à inscrire, au fur et à mesure de leur présentation et dans l'ordre rigoureux où ils sont présentés au conservateur, non seulement les actes à transcrire, mais encore les bordereaux à mentionner ou à inscrire, et en général toutes les pièces présentées dans le but de faire accomplir une des nombreuses formalités qui sont du ressort des bureaux d'hypothèques, subrogations, radiations, etc.

Nous examinerons plus loin la foi qui est due à ce registre des dépôts.

3^o Enfin le répertoire, tenu sur papier libre, est destiné à faciliter les recherches du conservateur (art. 18 de la loi du 21 ventôse, an VII). Sur ce registre sont portés par extraits, au fur et à mesure des formalités, sous le nom de chaque grevé, dit la loi, c'est-à-dire sous le nom de chacune des parties figurant dans les actes, jugements ou bordereaux admis à la formalité, et à la case destinée à chacune d'elles, les inscriptions à leur charge, les transcriptions et autres opérations les concernant, ainsi que l'indication des registres où chacune de ces opérations a été faite, et les numéros sous lesquels elles sont consignées.

Ce registre est suivi d'une table alphabétique des

noms de toutes les personnes inscrites au répertoire.

IV. — LE CONSERVATEUR DOIT TRANSCRIRE TOUT
CE QU'ON LUI PRÉSENTE.

Le requérant doit déposer entre les mains du conservateur une expédition de l'acte à transcrire s'il est authentique, ou cet acte lui-même s'il est sous seings privés.

En principe, le conservateur est tenu d'admettre à la transcription tous les actes qu'on lui présente, si informes qu'ils soient, car il n'a aucune qualité pour juger s'ils sont nuls ou valables. Donc qu'ils soient authentiques ou sous seings privés (1), sous forme de lettres missives ou sous toute autre, qu'ils soient passés en France ou à l'Étranger (2), il doit les admettre. Son rôle se borne à les copier fidèlement : L'article 2199 c. c. porte en effet que le conservateur ne peut en aucun cas refuser ou retarder la transcription des actes de mutation.

Il faut admettre cependant avec M. Mourlon (3) que le conservateur pourrait légitimement refuser son office si l'état matériel de l'acte était tel qu'on ne pût le transcrire sans violer une disposition expresse ou implicite de la loi ; par exemple si la pièce présentée n'est pas enregistrée, ou si elle est écrite en langue étrangère ; ou si elle n'est que l'extrait analytique d'un autre acte (4). Mais le conservateur sortirait de son rôle passif s'il motivait un refus sur la nature de l'acte, sous le prétexte par exemple que sa transcription est inutile : nulle loi ne lui concède ce pouvoir d'appréciation.

(1) Voir les travaux préparatoires du Code civil, ceux de la loi de 1855, et tous les auteurs.

(2) Flandin, I, 790. — Aubry et Rau, II, p. 60. — Mourlon, I, 214.

(3) Mourlon, I, 217.

(4) Amiens, 15 novemb. 1838, Sir, 39, 2, 241. — Paris, 26 Juin 1840, Sir, 40, 2, 487.

V. — LES ACTES SOUMIS A LA TRANSCRIPTION DOIVENT
ÊTRE COPIÉS EN ENTIER SUR LE REGISTRE.

Cette obligation, édictée déjà par la loi de brumaire an VII et consacrée par l'article 2181 c. c., fut malgré de vives critiques maintenue par la loi de 1855, ainsi qu'il résulte des travaux préparatoires sur lesquels nous reviendrons plus loin (1).

Toutefois il ne faut pas exagérer la portée de cette disposition de la loi. Lorsqu'en effet un acte contient des conventions absolument distinctes entr'elles et ayant chacune une existence propre, il est permis d'en détacher, pour la reproduire dans son intégralité sur le registre, la partie où se trouve écrite en son entier celle des conventions dont on poursuit la publicité (2). Mais un extrait analytique ne serait pas suffisant.

D'ailleurs il est inutile de faire transcrire les procurations, autorisations et autres pièces annexées à l'acte présenté à la transcription (3).

VI. — LORSQU'UNE CONVENTION DE NATURE A ÊTRE TRANSCRITE A ÉTÉ FAITE SANS ÉCRIT, OU SI L'ACTE QUI EN A ÉTÉ DRESSÉ A ÉTÉ DÉTRUIT OU PERDU, IL EST ÉVIDENT QUE LA TRANSCRIPTION, QUI EXIGE ABSOLUMENT UN ÉCRIT, NE PEUT S'OPÉRER QU'APRÈS QUE L'INTÉRESSÉ AURA OBTENU SOIT UNE RECONNAISSANCE ÉCRITE ET DESCRIPTIVE DE L'AUTRE PARTIE, SOIT UN JUGEMENT DÉCLARANT L'EXISTENCE DE LA CONVENTION TRANSLATIVE. (art. 1 n° 3 de la loi).

Quant aux transmissions immobilières conclues par correspondance, il suffit à l'acquéreur de faire transcrire

(1) Instruction de la Régie du 24 novembre 1855. --- Flandin, I, 779. --- Aubry et Rau, II, p. 58.

(2) Mourlon, I, 220. — Aubry et Rau, II, p. 58. — Troplong, 89 et 125. — Flandin, I, 781.

(3) Mourlon, I, 226 — Troplong, 126. — Aubry et Rau, II, p. 58. Contra : Martou, I, 54.

la lettre de l'aliénateur et l'acte extrajudiciaire par lequel il lui a notifié son acceptation ; mais la copie de l'acceptation ne suffirait pas. La Cour de Paris a jugé en effet que cette copie ne prouvait pas que l'acceptation avait touché le vendeur (1).

VII. — LIEUX OU DOIT S'EFFECTUER LA TRANSCRIPTION.

La transcription se fait au bureau de la conservation des hypothèques de l'arrondissement où se trouvent situés les immeubles formant l'objet des actes à transcrire (art. 2181 c. c.). S'il s'agit d'actions de la banque de France immobilisées, la transcription a lieu à Paris (2).

Si les immeubles sont situés dans plusieurs arrondissements, les actes doivent être transcrit intégralement dans chacun des bureaux de ces arrondissements.

VIII. — DÉLAI POUR TRANSCRIRE.

La loi ne fixe aucun délai pour la transcription des actes qui y sont assujettis, de même qu'aucun délai n'est accordé pour l'opérer : la transcription n'a pas d'effet rétroactif.

Il résulte de ces deux propositions :

Que la formalité peut toujours être remplie, par exemple par un donataire même après la mort du donateur, par l'acquéreur d'un débiteur tombé plus tard en faillite, même après le jugement déclaratif de faillite ; (nous développerons ce dernier point plus loin, au paragraphe III du présent chapitre) ;

Et que d'autre part le bénéficiaire de l'acte à transcrire ne peut pas trop se presser de faire remplir cette formalité, puisque, quelque court que soit le temps écoulé entre l'acte et sa transcription, il y aura toujours le temps nécessaire pour que le dépôt au bureau du

(1) Paris, 6 mars 1865, D, 66, 2, 145.

(2) Flandin, I, 788. — Mourlon, I, 228. — Aubry et Rau, II, p. 58.

conservateur d'un autre acte à transcrire ou à inscrire vienne compromettre son droit.

IX. — LA PUBLICITÉ RÉSULTANT DE LA TRANSCRIPTION EST PERSONNELLE.

En effet, ce sont les propriétaires, et non les immeubles, qui ont un compte ouvert au bureau des hypothèques. Ce n'est donc pas par l'immeuble qu'il est possible de découvrir les mutations qui s'y rapportent : on ne peut se renseigner à cet égard qu'en indiquant au conservateur les noms des personnes qui en ont eu successivement la propriété.

Lors donc qu'un intéressé veut s'assurer des mutations sujettes à transcription dont un immeuble a été l'objet, il doit déposer entre les mains du conservateur une réquisition écrite à fin d'obtenir un état des transcriptions concernant cet immeuble, et désigner au conservateur dans cette réquisition les noms des différents propriétaires successifs de l'immeuble ; le conservateur recherche au moyen du répertoire les numéros des transcriptions qui lui sont demandées, et, se reportant au registre des transcriptions, il délivre sur papier timbré la copie intégrale de ces transcriptions, c'est-à-dire un état de transcriptions.

Les registres sont publics en ce sens que le conservateur ne peut jamais refuser de délivrer les états qui lui sont ainsi demandés par qui que ce soit.

Mais le conservateur n'est pas obligé d'obtempérer aux réquisitions verbales, ni ne doit pas permettre aux particuliers de compulsier eux-mêmes les registres. Il ne peut également répondre aux réquisitions d'états que par écrit (1), ou du moins s'il y répond verbalement, ce n'est que bénévolement et sans pouvoir percevoir aucun salaire.

(1) V. décret du 24 septembre 1810.

Nous croyons aussi que le conservateur ne peut être obligé de délivrer, sur les états levés, des extraits seulement des transcriptions, et au contraire qu'il a le droit, pour dégager sa responsabilité, de les délivrer intégralement, ce qu'il ne manque jamais de faire quelle qu'en soit la longueur (1). Ainsi en aucun cas le conservateur ne peut être contraint d'analyser ou de résumer les actes transcrits sur ses registres, ce travail pouvant engager sa responsabilité. Il faut d'ailleurs reconnaître qu'il en résultera souvent des écritures interminables et fort coûteuses.

X. — NULLITÉS DES TRANSCRIPTIONS.

La loi ne contient aucune disposition relative à la nullité des transcriptions. Il faut donc rechercher quelles conditions substantielles elles doivent remplir pour atteindre le but que la loi s'est proposée d'atteindre. Ce but, nous le savons, est de procurer aux tiers la possibilité de se renseigner facilement sur tout ce qu'ils sont intéressés à connaître, et par là d'assurer la sécurité des transactions. Nous proposerons donc d'admettre comme conditions substantielles de la validité des transcriptions les suivantes :

1^o Que la transcription contienne la désignation précise du propriétaire qui aliène et celle de l'immeuble et du droit aliénés ;

2^o Et qu'elle soit faite dans le bureau de la conservation dans le ressort duquel l'immeuble est situé.

§ III. — Des effets de la transcription.

La transcription, nous l'avons vu, n'est nullement indispensable à la validité de l'acte ; elle ne constitue

(1) Mourlon, I, 378.

qu'une forme extrinsèque nécessaire pour le rendre efficace vis-à-vis des tiers.

Il en résulte que les actes et les jugements translatifs de propriété immobilière assujettis à la transcription, quoique transférant par eux-mêmes la propriété entre les parties, ne peuvent être opposés aux tiers (et nous verrons plus loin ce qu'il faut entendre par ces mots qui ont besoin d'être définis presque chaque fois qu'on les rencontre dans la loi), qu'autant qu'ils ont été transcrits.

Tel est l'effet principal de la transcription, et nous en tirons les conséquences suivantes :

I. — CONSÉQUENCES DU PRINCIPE QUE LA TRANSCRIPTION SEULE REND L'ACTE OPPOSABLE AUX TIERS.

1^o Entre deux acquéreurs successifs du même immeuble en vertu de titres assujettis à la transcription et émanant du même aliénateur, que ces acquéreurs soient à titre onéreux ou à titre gratuit, ou l'un à titre gratuit et l'autre à titre onéreux, peu importe, la préférence est due et la propriété est acquise définitivement à celui des deux qui le premier a fait transcrire son titre, même s'il est le dernier en date.

2^o Il en est de même entre un acquéreur et le bénéficiaire d'un acte constitutif de droits personnels ou réels assujettis à la transcription ou à l'inscription : le titre qui le premier aura été déposé à la conservation des hypothèques et inscrit au registre des dépôts l'emportera.

Et nous pensons que si l'ordre des formalités révélé par ce registre avait été interverti par le conservateur, ce serait l'acte inscrit le premier au registre des dépôts qui l'emporterait (1), sauf dans ce cas le recours, contre le conservateur des hypothèques, de celui qui aurait

(1) Aubry et Rau, II, p. 54 — Dalloz *Jurisprudence générale*, v *Transcr.* n^o 519. — Mourlon I, 237. — V. aussi les travaux préparatoires du Code. — Fenet, XIII, 507. — Flandin, II, 920 et 923.

été induit en erreur par la faute de ce fonctionnaire. En effet l'article 2200 c. c., modifié par la loi du 5 janvier 1875, est ainsi conçu : « *Les conservateurs donneront aux requérants par chaque acte ou chaque bordereau à transcrire..... une reconnaissance sur papier timbré qui portera le numéro du registre sur lequel la remise aura été inscrite, et ils ne pourront transcrire les actes de mutation..... qu'à la date ou dans l'ordre des remises qui leur auront été faites.* (V. décret du 28 août 1875.)

3^o L'acte non transcrit n'est pas opposable aux tiers, et même le mineur, l'interdit, la femme mariée, les établissements publics lésés par le défaut de transcription ne pourraient que recourir contre leurs tuteurs, maris ou administrateurs obligés par leurs fonctions à faire transcrire; cela est vrai même en cas d'insolvabilité de ces derniers. L'article 942 c. c. le dit pour les donations, et si la loi de 1855 ne le dit pas expressément pour les actes qu'elle assujettit à la transcription, son article 3 contient une disposition générale de laquelle cela résulte implicitement.

4^o Mais entre deux acquéreurs dont les titres n'ont pas été transcrits, bien que ces titres fussent assujettis à cette formalité, la préférence se règle par l'antériorité du titre établie soit par l'authenticité soit par la date certaine. (art. 1328 c. c.).

II. — PERSONNES QUI PEUVENT INVOQUER LE DÉFAUT DE TRANSCRIPTION.

Nous devons distinguer s'il s'agit ou d'une donation sans charge de substitution, ou d'une libéralité soumise à cette charge, ou enfin d'un acte à titre onéreux.

A. DONATIONS NON SOUMISES A CHARGE DE RESTITUTION.

L'article 941 c. c. dit : « *Le défaut de transcription pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt,*

excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription ou leurs ayants-cause et le donateur.

Le peuvent donc tous ceux qui, n'étant pas tenus des engagements du donateur, auraient intérêt à raison de droits qu'ils tiennent de lui ou qui leur compètent contre lui, à ce que la propriété n'ait été transmise au donataire que du jour de la transcription de la donation; et notamment :

1^o Les successeurs particuliers du donateur, soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit, y compris ses légataires particuliers.

2^o Ses créanciers même chirographaires, malgré qu'ils n'aient pas le droit de suite. On ne peut nier en effet l'intérêt qu'ils ont à connaître les donations que leur débiteur a pu faire (1).

Et il importerait peu d'ailleurs que leurs titres fussent postérieurs à la donation. (2).

Mais le donateur lui-même ni ses successeurs à titre universel ne pourraient invoquer le défaut de transcription de la donation (3), non plus que les créanciers et ayants-cause du donataire lors même qu'ils y auraient intérêt; un pareil intérêt ne serait pas légitime, et l'esprit de la loi dit bien que ce n'est point en faveur du donataire ni de ses ayants-cause que la transcription a été prescrite (4).

B. DONATIONS ET TESTAMENTS A CHARGE DE RESTITUTION.

L'article 1070 c. c. dit : « *Le défaut de transcription de l'acte contenant la disposition pourra être opposé par*

(1) Duranton, VIII, 517. — Dalloz, Jur. g^{ale}, V. Dispos. entre vifs et test^{es}. p. 557, n^o 7 et p. 563. — Cass^{on} civ. 7 avril 1841, Sir, 41, 1, 393. — Aubry et Rau, VI, p. 86.

(2) Troplong, III, 1184. — Cass^{on} civ. 4 Juin 1830, Sir, 30, 1, 52. — Aubry et Rau, VI, p. 88.

(3) Aubry et Rau, VI, p. 85. — Cass^{on} civ. 23 août 1814, Sir, 15, 1, 23.

(4) Aubry et Rau, VI, p. 88. — Toulouse 28 Juillet 1853, Sir, 54, 2, 1.

les créanciers et tiers acquéreurs même aux mineurs et aux interdits. » L'article 1072 c. c. dit encore : « *Les donataires, les légataires, ni même les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposition, ni pareillement leurs donataires, légataires ou héritiers ne pourront en aucun cas opposer aux appelés le défaut de transcription.* »

Nous en concluons que les personnes qui pourront invoquer le défaut de transcription de la disposition à charge de conserver et de rendre sont les mêmes que celles qui peuvent invoquer le défaut de transcription d'une donation simple, en retranchant toutefois de la liste ci-dessus :

Les donataires et légataires du donateur, ainsi que leurs propres donataires, légataires et héritiers, et enfin bien entendu le grevé et le tuteur à la substitution, qui sont tenus de l'obligation de faire opérer la transcription.

C. ACTES ASSUJETTIS A LA TRANSCRIPTION PAR LA LOI
DU 23 MARS 1855.

L'article 3 de la loi s'exprime ainsi : « *Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois.* »

Il résulte de cet article de la loi que pourront seuls opposer le défaut de transcription ceux qui, ayant sur les immeubles des droits de nature à être transcrits ou inscrits, les ont conservés par une transcription opérée ou par une inscription prise avant que les actes ou jugements visés par la loi de 1855 aient été transcrits. On voit que notre loi est, à cet égard, plus restrictive que le Code civil.

Pourront donc opposer le défaut de transcription, notamment :

1^o Un second acquéreur, même à titre gratuit, et l'acquéreur d'une servitude réelle ou personnelle, si leurs titres ont été transcrits; un preneur à bail de plus de 18 ans et un créancier antichrésiste, sous la même condition;

2^o Un créancier hypothécaire inscrit ou même non inscrit si son hypothèque est dispensée d'inscription.

Mais ne le pourraient pas :

1^o L'aliénateur lui-même, ses successeurs universels même bénéficiaires, ni même ses ayants-cause à titre particulier non assujettis pour la conservation de leurs droits à la formalité de la transcription ou de l'inscription, par exemple un légataire de l'aliénateur;

2^o Ni les administrateurs du patrimoine d'autrui chargés en cette qualité de faire opérer la transcription, bien que la loi de 1855 ne les excepte pas; en effet, le droit qu'ils pourraient avoir comme tiers d'invoquer le défaut de transcription serait annihilé par le recours auquel donnerait lieu leur faute;

3^o Ni enfin les créanciers chirographaires de l'aliénateur.

Il résulte du rapport de M. de Belleyme, déjà plusieurs fois cité dans cette étude, que les mots : « *qui ont des droits sur l'immeuble* » ont été ajoutés à la rédaction primitive de l'art. 3 de notre loi pour écarter les prétentions des créanciers chirographaires (1).

Nous avons à examiner ici une question qui peut se présenter à propos des trois sortes d'aliénations que nous venons de passer en revue. Doit-on décider que les créanciers chirographaires d'un débiteur tombé en fail-

(1) Sirey : Lois annotées 1855, p. 28, n^o 8. — Murlon II, 434. Aubry et Rau, II, p. 280.

lite après avoir aliéné valablement un immeuble, sont admis à invoquer, pour faire tomber l'aliénation, le défaut de transcription de l'acte avant le jugement déclaratif de faillite ?

En ce qui concerne les actes à titre gratuit, l'affirmative ne peut faire doute pour nous qui avons admis que les créanciers chirographaires du donateur peuvent opposer le défaut de transcription de la donation (1).

Mais la réponse doit être négative si on envisage une aliénation à titre onéreux ; ce n'est pas cependant unanimement accepté.

Troplong décidant (2) que la faillite du débiteur le dessaisit de ses biens dont la propriété passe alors aux créanciers comme en vertu d'une dation en paiement, a été amené tout naturellement à en conclure que la transcription postérieure au jugement déclaratif de faillite serait tardive, car à ce moment tous les droits sont fixés ; et les créanciers, ajoute-t-il, ont ainsi acquis un droit réel qui, à compter du jugement, et non pas seulement de l'inscription prise par le syndic au nom de la masse, fait obstacle au droit de l'acquéreur qui a gardé le silence (3).

Il nous est impossible d'admettre cette opinion. Nous croyons que la faillite ne change pas la nature du droit du créancier chirographaire ; il ne devient créancier hypothécaire qu'à compter de l'inscription prise par le syndic au nom de la masse (art. 490, co.). Quant au failli, il est dessaisi non pas de la propriété, mais seulement de l'administration de ses biens (art. 443 co.) ; ou plutôt il perd l'exercice de ses droits, mais il en conserve la

(1) Cass^{on} req. 24 mai 1848. D, 48, I, 172. — id. req. 23 mars 1859, D, 59, I, 481. — Contra. Troplong, Com. des donations, n^o 1162.

(2) Troplong, Transcr^{on}, 148.

(3) id. 148 et 149.

jouissance. La masse des créanciers ne devient un tiers que là où la loi lui confère expressément un droit que le failli n'avait pas, par exemple en cas de fraude (art. 1167 c. c.), et dans les cas des articles 446 et 447 du Code de commerce. Partout ailleurs, la masse ne peut qu'exercer les droits de son débiteur failli. On ne peut donc pas dire que par l'effet du jugement déclaratif, les créanciers sont devenus des tiers dans les conditions exigées par l'article 3 de la loi de 1855 pour pouvoir invoquer le défaut de transcription.

D'un autre côté, ils ne peuvent pas davantage invoquer pour cela l'article 448 du Code de commerce, car il ne s'agit nullement pour l'acquéreur de conserver ou d'acquérir un privilège, mais de mettre son droit de propriété à l'abri des droits réels qui pourraient être publiés du chef du vendeur.

Pour faire tomber la vente au profit de la masse, il faudrait encore qu'elle eût acquis des droits de même ordre que celui qui a été aliéné par l'acte non transcrit; en effet, celui qui aurait acquis sur un immeuble aliéné une servitude ou une hypothèque ne pourrait que revendiquer contre l'acquéreur son droit d'hypothèque ou de servitude, mais non faire tomber l'aliénation.

Nous en concluons que la vente valable, mais non transcrite avant le jugement déclaratif, restera inattaquable au regard des créanciers du failli. Ceux-ci auront seulement le droit, si toutefois leur hypothèque légale a été inscrite avant la transcription de l'aliénation, d'invoquer leur droit de suite contre l'acquéreur; mais ce dernier conservera le droit de purger, et son acte d'acquisition restera debout (1).

(1) Aubry et Rau, II, p. 281. — Flandin, II, 854 et s. — Dalloz, jur. g^{al} V. Transcription, 476 et 477. — Boistel, Précis. p. 640. — Lyon-Caen, id. II, 2718. — Cass^{on}, req., 5 août 1869, D, 70, I, 161.

Ce que nous venons de dire des créanciers chirographaires d'un failli doit s'appliquer *mutatis mutandis* à ceux d'un débiteur qui font saisir l'immeuble aliéné par lui avant la transcription de la saisie. La saisie ne donne pas au créancier un droit réel sur l'immeuble saisi, ni par conséquent le droit d'invoquer le défaut de transcription d'un acte d'aliénation consenti par le débiteur même postérieurement à la saisie, mais cependant avant la transcription de la saisie. C'est en effet cette transcription seule qui, aux termes de l'article 686 c. pr. enlève au saisi la faculté de disposer de l'immeuble au détriment de la poursuite (1).

Enfin nous devons faire remarquer que toutes les personnes admises à invoquer le défaut de transcription peuvent en exciper malgré la connaissance de fait qu'ils auraient eue de l'acte non transcrit (2), sauf toutefois en cas de fraude (3). L'article 1071 c. c. le déclare expressément en ce qui concerne la transcription des substitutions, et cette disposition doit être étendue à tous les autres actes assujettis à la transcription, car la transcription est une formalité nécessaire pour rendre les transmissions de propriété immobilière efficaces à l'égard des tiers, et cette formalité ne peut être suppléée.

III. — AUTRES EFFETS DE LA TRANSCRIPTION.

La transcription est uniquement destinée à assurer la publicité des actes et jugements qui y sont assujettis.

(1) Troplong, 147. --- Flandin, II, 850. --- Aubry et Rau, II, p. 281.

(2) Flandin, II, 871 à 882 ; --- Aubry et Rau, II, p. 277. --- Troplong, III, 1181. --- Mourlon, II, 451 et 452.

(3) Arg^t art. 1382 c. c. --- Cass^{on} req. 8 décemb. 1858, Sir, 60, I, 991. --- id. 14 mars 1859, 59, Sir, I, 833.

Elle n'efface nullement les vices dont ils peuvent être atteints, et ne s'oppose en rien à ce que ces actes et jugements soient attaqués comme s'ils n'avaient pas été transcrits. En un mot la transcription ne fait foi que d'elle-même, et ne dispenserait même pas de la représentation du titre transcrit.

De plus, si la transcription d'un titre constatant une transmission de propriété immobilière est suffisante pour que l'acquéreur soit admis à opposer aux autres ayants-cause du même auteur le défaut de transcription ou d'inscription de leurs propres titres, elle ne suffirait plus si le conflit s'élevait entre deux personnes qui tiendraient leurs droits d'auteurs différents.

Supposons en effet qu'un immeuble est vendu par *Primus* à *Secundus*, lequel ne fait pas transcrire son contrat d'acquisition. Plus tard *Secundus* revend le même immeuble à *Tertius* qui fait transcrire ; et plus tard encore *Primus* vend une seconde fois l'immeuble à *Quartus* qui fait transcrire après la transcription de la vente faite au profit de *Tertius*. Qui l'emportera de celui-ci ou de *Quartus* ? Ce sera *Quartus*, car *Primus*, le premier vendeur ne pouvait être dessaisi de son immeuble au regard des tiers que par la transcription de l'aliénation qu'il avait consentie. *Secundus* ne l'ayant pas fait transcrire, *Primus* est toujours resté vis-à-vis des tiers propriétaire de l'immeuble, et *Quartus*, qui n'a au surplus aucune négligence à se reprocher puisqu'il n'avait aucun moyen de connaître la première vente faite par son auteur, triomphera de *Tertius* bien que ce dernier ait fait transcrire la vente que lui a consentie *Secundus*, parce qu'il aurait dû également faire remplir cette formalité sur la vente faite à son auteur. Il est certain que *Secundus* n'ayant pas fait transcrire sur son acquisition, n'a jamais eu un droit opposable aux tiers,

à *Quartus* par conséquent ; et il n'a pu par suite transférer à *Tertius* un droit autre que celui qu'il possédait.

La transcription n'est qu'une mesure conservatoire qui ne peut ajouter aucune force nouvelle aux droits qu'on acquiert, nous l'avons dit plus haut.

Il est donc indispensable qu'un acquéreur vérifie si les titres des précédents propriétaires, c'est-à-dire des auteurs successifs de la personne de qui il a acquis, ont été présentés à la transcription si leur nature les y assujettissait ; et s'ils ne l'ont pas été, il doit les faire transcrire en même temps que son propre titre (1).

Par contre, l'acquéreur d'un immeuble par acte non transcrit peut néanmoins faire valoir son droit de propriété contre toute personne qui, sans titre ou en vertu d'un titre émané *a non domino*, possède cet immeuble ou veut exercer sur lui un droit réel même en vertu d'un titre qui lui-même a été transcrit, sauf bien entendu la question de prescription.

Réciproquement, les tiers peuvent poursuivre dès avant la transcription l'acquéreur d'un immeuble pour l'exercice des droits qu'ils prétendent sur cet immeuble.

C'est une question très controversée que celle de la nécessité de la transcription du titre pour l'usucapion de 10 à 20 ans. Le Code civil (art. 2180) exige la transcription pour la prescription des privilèges et hypothèques par 10 à 20 ans. En raisonnant par analogie d'une part, et d'autre part en considérant que le juste titre exigé pour l'usucapion doit être translatif de propriété, et qu'il n'est tel à l'égard des tiers et par conséquent à l'égard du véritable propriétaire que s'il a été transcrit, nous inclinons à admettre l'affirmative (2). Telle était d'ailleurs la

(1) Murlon, II, 447 à 450. — Aubry et Rau, II, p. 284.

(2) Troplong, 177 et s. — Flandin, II, 905 et s. — M. Châtel, professeur à la Faculté de Rennes, à son cours. — Cass^{na}, Civ. 26 janvier 1876, D. 76, I. 169.

jurisprudence des pays de nantissement : on n'y tenait nul compte de la possession de l'acquéreur qui ne s'était pas fait ensaisiner, en face d'un autre acquéreur ensaisiné (1).

En tout cas, il est certain qu'entre acquéreurs du même auteur, l'usucapion ne pourrait être invoquée par celui qui n'a pas transcrit contre celui qui a transcrit ; cette solution est généralement admise (2).

La transcription constitue encore la première formalité à remplir pour un acquéreur qui veut purger les hypothèques dont l'immeuble acquis peut être grevé.

Enfin, elle arrête désormais toute prise d'inscription du chef du précédent propriétaire.

IV. Il nous reste à dire quelques mots sur les effets du défaut de la mention prescrite par l'art. 4 de la loi de 1855, en marge de la transcription des actes d'aliénation, des jugements en prononçant la résolution, nullité ou rescision.

Ce défaut de mention n'exerce aucune influence sur les effets du jugement, lequel n'en reste pas moins opposable aux tiers. Son seul effet, et nous nous permettons de le regretter, est une simple amende de 100 fr. infligée à l'avoué qui a négligé de faire opérer cette mention, quel que soit d'ailleurs le préjudice qui ait pu en résulter pour les tiers (3).

(1) Ricard, sur Amiens, tit. 2, art. LIV, 42 et s.

(2) Aubry et Rau, II, p. 289. — Bordeaux, 26 février 1850, Sir. 51, 2, 244

(3) Troplong, 232. — Flandin, I, 639. — Aubry et Rau, II, p. 275.

CHAPITRE II.

Législation comparée.

J'ai montré plus haut que depuis un siècle la législation française avait tendu constamment à donner à la propriété foncière une base plus stable, en entourant d'une certaine publicité les transmissions des immeubles. Cette tendance s'est révélée chez presque tous les peuples.

On peut classer en deux groupes les législations modernes qui offrent intérêt à ce point de vue : celles qui, comme la nôtre, ayant adopté le Code civil, avec des modifications plus ou moins étendues, ont conservé le système de la publicité simple, et d'autre part celles qui possédaient déjà depuis longtemps, ou qui ont adopté depuis peu le système dit *de la légalité*.

De ces deux systèmes, nous connaissons déjà le premier. Le second, celui de la légalité, consiste à exiger, pour toute opération intéressant un immeuble, une constatation officielle sur des registres appelés registres fonciers ; l'inscription sur ces registres du nom du nouveau propriétaire de l'immeuble est à la fois nécessaire pour lui transférer la propriété de cet immeuble, et suffisante pour l'en rendre légalement et irrévocablement propriétaire à l'égard de tous.

Enfin, les législations qui ont accepté les registres fonciers se subdivisent elles-même en deux classes : les unes s'en tiennent au système de la légalité tel que nous venons de le décrire brièvement ; les autres y ont ajouté

des dispositions qui ont pour but d'arriver à une véritable mobilisation de la propriété foncière.

Donc, nous distinguons trois groupes de législations étrangères à tendances diverses; dans chacun d'eux, nous envisagerons celle des législations qui nous paraîtra la plus remarquable, en disant seulement ensuite quelques mots des autres similaires. Nous exposerons donc succinctement, et sous trois paragraphes :

1^o La loi belge, qui a gardé le Code civil, mais modifié par la loi du 16 décembre 1851 ;

2^o La loi germanique, et, en particulier, les lois prussiennes de 1872 ;

3^o Et l'acte Torrens, appliqué en Australie depuis 1861.

§ 1^{er}. — **Loi belge du 16 décembre 1851.**

Jusqu'à la promulgation de cette loi, la Belgique avait purement et simplement gardé, en ce qui concerne la matière qui nous occupe, la transcription de notre Code civil : comme en France, la transcription était exigée pour les donations et les dispositions à charge de restitution, et aussi comme préliminaire de la purge ; de plus, une loi du 3 janvier 1824 l'avait prescrite, mais seulement vis-à-vis du fisc, pour tous les actes de mutations immobilières entre vifs.

Mais, alors que nous ne devions aboutir, et encore incomplètement, qu'en 1855, à une réforme si longtemps et si impatiemment attendue, la Belgique eut, dès le 16 décembre 1851, sa réforme hypothécaire. La loi qui porte cette date remplaça le titre 18 du livre 3 du Code civil, et introduisit les modifications les plus importantes dans divers autres titres, notamment ceux des donations et testaments (1), et de la vente. Je vais énoncer ses

(1) Il est généralement admis qu'elle abroge les art. 939 à 942 du c. c. V. Laurent, XXIX, p. 63.

principales dispositions qui ont trait aux transmissions d'immeubles, en montrant les différences qu'elle présente avec notre loi de 1855.

L'article 1^{er} est ainsi conçu : « *Tous actes entre vifs, à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, autres que les privilèges ou hypothèques, seront transcrits en entier, sur un registre à ce destiné, au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque là, ils ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude.* »

« *Il en sera de même des jugements passés en force de chose jugée, tenant lieu de conventions ou de titres pour la transmission de ces droits, des actes de renonciation à ces droits.* »

L'article 2 porte : « *Les jugements, les actes authentiques, et les actes sous seings privés reconnus en justice ou devant notaires, seront seuls admis à la transcription. Les procurations relatives à ces actes devront être données dans la même forme.* »

Art. 3 : « *Aucune demande tendante à faire prononcer l'annulation ou la révocation de droits résultant d'actes soumis à la transcription ne sera reçue dans les tribunaux, qu'après avoir été inscrite en marge de la transcription prescrite par l'art. 1^{er}. Toute décision rendue sur une semblable demande sera également inscrite à la suite de l'inscription ordonnée par le § précédent.*

Les greffiers ne pourront, sous peine de tous dommages-intérêts, délivrer aucune expédition de jugements de cette espèce, avant qu'il leur ait été dûment justifié, dans la forme prescrite par l'art. 84. que l'inscription a été prise.

Art. 4. *Seront valables toutes aliénations faites, toutes hypothèques et autres charges réelles imposées antérieu-*

rement à l'inscription requise par l'art. 3 dans le cas où ni la révocation ni l'annulation ne sont de nature à préjudicier à de semblables droits consentis avant l'action.

Si la demande n'a pas été inscrite, le jugement de révocation ou d'annulation n'aura d'effet, vis-à-vis du tiers, qu'à dater du jour où il aura été inscrit. »

Si nous consultons les commentaires qui ont été faits de cette loi par d'illustres jurisconsultes, notamment par MM. Martou et Laurent, nous constaterons qu'il résulte des articles que nous venons de transcrire, les prescriptions suivantes.

I. — ACTES SOUMIS A LA TRANSCRIPTION.

1^o Tous les actes et jugements que nous avons énoncés au chapitre I^{er} comme assujettis à cette formalité par la loi française, c'est-à-dire par le Code civil et la loi du 23 mars 1855.

Et en outre : 2^o tous les actes entre vifs déclaratifs de propriété immobilière, ce qui comprend tous les partages, et en général tous les actes et jugements qui font cesser l'indivision entre copropriétaires.

3^o Les partages d'ascendants, soit entre vifs, soit même testamentaires, car, dit M. Laurent (1), ils sont déclaratifs de propriété et tombent sous l'application de l'art. 1^{er} de la loi de 1851.

Nous avons vu que la loi française au contraire dispense de la transcription tous les actes énoncés sous les nos 2 et 3 ci-dessus, sauf seulement les donations faites à titre de partage d'ascendants.

Par contre, la loi belge, comme la nôtre n'assujettit pas à la transcription les dispositions testamentaires, sauf ce qui vient d'être dit des partages d'ascendants, et sauf aussi les dispositions à charge de restitution (2), ni

(1) Laurent, XXIX, p. 119. — Contra. Martou, I, p. 43.

(2) Martou, I, p. 33. — Laurent, XXIX, p. 58.

en général les acquisitions faites en vertu de la loi, notamment les successions *ab intestat*, et cela malgré l'avis des jurisconsultes belges et même de la commission nommée pour examiner le projet de la loi de 1851.

II. — INSCRIPTION DES DEMANDES EN JUSTICE EN MARGE de la transcription des actes qui y sont assujettis.

Nous devons signaler la disposition contenue aux articles 3 et 4 cités plus haut, en vertu de laquelle les demandes en nullité ou en révocation des droits réels immobiliers sont soumises à la publicité, de même que les décisions rendues sur ces demandes. La loi exige donc que les tiers qui seraient sur le point de traiter avec le propriétaire contre lequel une telle action est intentée, soient avertis du danger qui les menace, puisque toujours, le jugement doit rétroagir tout au moins au jour de la demande. Nous savons que la loi française s'est contentée d'ordonner la mention du jugement seulement en marge des transcriptions ; de plus, alors que chez nous l'officier public chargé de faire opérer cette mention n'est passible que d'une amende fixe s'il est négligent, la loi belge rend passible le greffier coupable de dommages-intérêts proportionnés au préjudice causé, et enfin, s'il s'agit d'un jugement de révocation qui ne rétroagit pas, tel par exemple que celui prononçant la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude (art. 958 c. c.) ce jugement n'est pas opposable aux tiers qui ont traité depuis la demande non inscrite conformément à l'art. 3. (1); c'est ce qu'a prescrit également chez nous l'art. 958 du c. c.).

III. — LA LOI BELGE N'ADMET A LA TRANSCRIPTION QUE LES ACTES AUTHENTIQUES, et les actes sous seings privés reconnus en justice ou devant notaires ; — nous savons

(1) Laurent, XXIX, p. 263.

qu'en France aucune forme n'est exigée pour les pièces présentées à la transcription.

IV. — PERSONNES QUI PEUVENT INVOQUER LE DÉFAUT DE TRANSCRIPTION des actes qui y sont assujettis :

Tous les tiers qui auraient contracté sans fraude, dit l'article 1^{er}. Et M. Laurent (1) soutient que doivent être ici considérés comme tiers tous ceux qui n'ont pas figuré au contrat dont on veut invoquer le défaut de transcription, y compris les créanciers chirographaires.

Nous avons vu qu'il n'en est pas de même en France, tout au moins en ce qui concerne les transcriptions prescrites par la loi de 1855.

Telles sont les principales différences que nous devons relever entre les lois française et belge sur la transcription ; nous pouvons déjà constater que la première, qui est cependant postérieure de plus de trois années à la seconde, a été moins hardie et, nous osons le dire, moins favorable à la publicité, par conséquent à la sécurité des transmissions immobilières.

Toutes les nations qui ont conservé dans leur législation les principes de notre droit civil ont, comme la France et la Belgique, marqué un progrès sensible dans le mode de transmission de la propriété immobilière au point de vue de la publicité. Nous citerons la Hollande, qui effectua sa réforme dès 1834, la Suisse française qui la réalisa dès 1820 et en dernier lieu l'Italie qui mit la dernière main à cette œuvre en 1865 : c'est le nouveau Code italien du 15 juin 1865 qui a parachevé la réforme : il a rétabli la transcription des actes entre vifs translatifs de propriété immobilière à titre onéreux ; il n'y admet les sous seings privés qu'à la condition d'avoir été

(1) Laurent, XXIX, p. 190 et 200. --- Cass^{on} belge, rejet. 8 mai 1856. Pasicrisie, 1856, I, 260.

reconnus judiciairement ou d'avoir reçu l'authenticité par le ministère d'un notaire (1).

§ II. — Loi germanique.

L'ancien Droit germanique ne reconnaissait que deux modes de transmission de la propriété : la succession et la tradition, soit réelle et matérielle, en présence de la tribu rassemblée, soit symbolique devant le magistrat, et en tout cas accompagnée de la *sale* ou *salung*, déclaration faite publiquement par l'aliénateur de renoncer à son droit en faveur de l'acquéreur, avec promesse de lui en garantir le paisible exercice.

En Allemagne comme ailleurs, la renaissance du Droit romain tendit à faire prévaloir la tradition romaine, et les Légistes soutinrent dès lors que celui qui avait été ainsi mis en possession était réellement devenu propriétaire, sans qu'il y eût à se préoccuper des anciennes formes solennelles ; mais des intérêts trop considérables étaient subordonnés à leur conservation pour qu'elles ne résistassent pas énergiquement : l'assiette de l'impôt foncier, celle des droits communaux, par exemple. Aussi dans le droit germanique trouve-t-on des traces de superposition de ces deux modes de transmission de propriété (2).

Quoi qu'il en soit, le droit moderne réagit vigoureusement contre la tradition romaine. Dans la plus grande partie de l'Allemagne, en effet, la loi exige pour toute mutation de propriété immobilière, un acte officiel, une inscription opérée *cognitâ causâ* par un fonctionnaire spécial : le contrat est seulement producteur d'obliga-

(1) Le nouveau Code italien; étude de législ. comp. par M. Huc. Paris, 1868. — Revue hist. de droit fr. et étr. (M. Gide), 1866, p. 420.

(2) Voyez Code prussien, 1, 40, § 1.

tions, il ne suffit pas à transférer la propriété (1). C'est l'Etat qui proclame le droit de propriété du nouvel acquéreur, et qui préside lui-même à chaque transmission comme jadis, au temps féodal, le seigneur ou son représentant donnaient l'investiture.

Ces inscriptions sont faites sur des registres authentiques et publics ; elles font foi de leurs énonciations à l'égard de tous : c'est, en un mot, le système de la légalité. Il n'y a donc pas d'usucapion possible en Droit germanique, tout au moins à l'encontre du propriétaire inscrit.

L'organisation des registres fonciers varie avec chaque pays allemand : les uns sont basés sur le régime de la personnalité, c'est-à-dire que les inscriptions sont faites au nom de chaque propriétaire qui a personnellement sur le registre une ou plusieurs pages à lui réservées, sur lesquelles on inscrit tous les immeubles qu'il acquiert au fur et à mesure de leur acquisition ; les autres sont basés sur le régime de la réalité : c'est alors au contraire chaque immeuble qui a son feuillet sur le registre, et sur ce feuillet on inscrit les noms des propriétaires successifs, les différents droits et charges dont l'immeuble est grevé. On comprend facilement que l'un ou l'autre système puisse être pratiquement préférable, suivant que le territoire du pays sera plus ou moins morcelé : le système d'inscription personnelle étant le plus praticable dans les pays extrêmement divisés ; l'autre, au contraire, offrira beaucoup plus d'avantages dans les pays de grande propriété, surtout s'il s'appuie sur un cadastre irréprochable.

Toutes les mutations de propriété foncière sont donc, en Droit germanique, assujetties à la formalité de l'ins-

(1) Cpr. Code autrichien, 431. — C. roy, sax., 276. — C. Zurich. 532, C. Grisons, 186. --- C. Schaff. 474. — C. bern. 434 et s.

cription sur les registres fonciers pour produire effet, tant entre les parties qu'à l'égard des tiers. Il faut pourtant en excepter celles qui ont leur source dans les successions *ab intestat*. En Allemagne comme chez nous, le mort saisit le vif, et même dans les pays où le système des livres fonciers a reçu le plus de perfectionnement, la propriété des biens fonds passe de plein droit à l'héritier, sans qu'il soit prescrit aucune mesure de publicité à cet égard ; et si plusieurs législations exigent que ces transmissions soient expressément constatées sur les registres, elles n'en font pas une condition de l'acquisition de la propriété.

Au contraire, les immeubles légués ne sont acquis au légataire qu'à compter de l'inscription effectuée au registre foncier ; et cela s'explique, puisqu'il n'y a pas d'autre moyen pour les tiers de connaître les successions testamentaires, qui prennent leur source, non dans la loi, mais dans la seule volonté du testateur.

Envisageons maintenant d'une façon spéciale la législation prussienne sur les transmissions de propriété immobilière : elle se compose de quatre lois en date toutes les quatre du 5 mai 1872 (1).

La tenue des livres fonciers est confiée, en Prusse, à un membre du tribunal de la circonscription, nommé juge conservateur. Il a pour mission de vérifier l'identité et la capacité des parties et la validité de l'acte en vertu duquel l'inscription nouvelle est requise ; il doit également s'assurer si l'aliénateur est réellement propriétaire.

Les lois prussiennes ont admis cumulativement les deux systèmes de publicité personnelle et de publicité réelle (*Realfolien* et *Personalfolien*), le juge conserva-

(1) V. Annuaire de législation étrangère. Paris. Cotillon, 1873.

teur est laissé libre de choisir celui qui convient le mieux à sa circonscription (1).

Dans le système de la réalité, chaque immeuble a son feuillet spécial où il est désigné par le numéro qu'il porte sur le cadastre, lequel est toujours tenu à jour. Il en résulte que le cadastre permet de se rendre compte de l'état physique de l'immeuble, comme le livre foncier en révèle l'état juridique.

Chaque feuillet est divisé en trois sections : la première comprend tous les renseignements relatifs à l'immeuble : désignation, nature, contenance, numéro du cadastre, revenu imposable ou valeur locative ; les charges grevant le fonds, les restrictions au droit de propriété, les divers droits réels assis sur l'immeuble ;

La deuxième section concerne le propriétaire, son état civil, la date de son inscription ;

La troisième section est relative à l'état hypothécaire de l'immeuble.

On voit que, étant donné le principe de la légalité accordée aux inscriptions des registres fonciers, et la publicité de ces registres, tout acquéreur peut obtenir très facilement tous les renseignements dont il a besoin, et la certitude absolue de la validité de son acquisition. Du jour en effet où il aura obtenu son inscription comme propriétaire, il n'aura à craindre aucune résolution de son droit, aucune action en revendication, ni même l'exercice d'aucun droit réel quelconque autre que ceux révélés par le registre.

Je dois cependant faire remarquer que, en Prusse tout au moins, le système de la légalité n'est pas appliqué d'une manière absolue : toute inscription est accompagnée d'une véritable purge, sous la forme d'une

(1) Grundbûch-Ordnung du 5 mai 1872, art 5 et 6. — V. trad. dans l'Annuaire de lég. étr. --- (M. Gide). Paris 1873.

enquête prolongée pendant six mois, et qui appelle tous ceux qui auraient des droits à faire valoir sur la propriété. Après cette enquête l'immeuble se trouve purgé de tous vices cachés antérieurs ; cependant l'immatriculation peut encore être attaquée, mais seulement à l'égard du propriétaire immatriculé et de son chef seul.

Les livres fonciers existent, à peu près tels que nous venons de les décrire, dans divers autres pays d'Europe, mais avec des modifications plus ou moins étendues ; nous avons déjà dit qu'en Allemagne même, chaque Etat qui a adopté ce régime foncier lui a imprimé une forme particulière selon les circonstances.

Une loi du 22 juin 1891 (1) a étendu le système des livres fonciers par feuillets personnels à l'Alsace-Lorraine, où la propriété est très divisée ; mais elle n'a pas appliqué le principe de légalité aux inscriptions de ces registres, lesquelles, jusqu'à présent, n'ont d'autre valeur que celle de nos transcriptions.

La Suède a établi chez elle les livres fonciers en 1875 (2). Les mutations ont lieu devant le tribunal qui délivre l'investiture après trois proclamations successives à des époques déterminées. Il juge la validité du titre et n'accorde l'investiture qu'après un examen préalable. Tous les actes translatifs quelconques y sont soumis.

L'Autriche possède depuis longtemps déjà le livre foncier, avec le système uniforme de la réalité. Le Code civil de 1815, reproduisant et uniformisant diverses coutumes remontant au xv^e et même au xiii^e siècle, établit les règles de la transmission de la propriété et de la tenue des livres fonciers. Une loi du 27 juillet 1871, applicable à une partie de l'Autriche seulement, les pays Cisleithans, régit à nouveau la matière, en y ap-

(1) V. Annuaire de législ. étr. 1892.

(2) V. Annuaire de législ. étr. 1876, p. 805. — Id. 1882, p. 653.

portant quelques modifications. Elle décide notamment que les actes sous seings privés ne seront admis à l'inscription qu'après que les signatures en auront été certifiées par un juge ou un notaire, et que toute transmission de droits réels ne s'opère que par l'inscription au registre (1).

La Suisse allemande, la Saxe, ont adopté également le régime de l'immatriculation sur des livres fonciers, en donnant aux énonciations qu'ils contiennent force probante absolue.

§ III. — **Acte Torrens.**

La législation adoptée par la colonie anglaise de South Australia, en 1861, est le type du troisième groupe que nous avons distingué au commencement de ce chapitre.

Sir Robert Torrens, député au parlement d'Adélaïde (Australie), présenta, en 1857, un ensemble de propositions qui, votées de 1858 à 1861, est devenu le *Real property Act.*, appelé plus communément *acte Torrens*. M. Alfred Dain (2) résume en trois propositions principales l'économie du système :

1^o Organisation d'un système de purge destinée à asseoir la propriété, à la délimiter, et à fixer d'une manière irrévocable à l'égard de tous le droit des propriétaires en le constatant dans un acte public ;

2^o Création d'un système de publicité hypothécaire ayant pour but de faire connaître exactement la condition juridique du sol, les droits réels et les charges qui le grèvent ;

(1) V. Revue de droit international, 1873, p. 175. --- Annuaire de législ. étr. 1873, p. 347. --- Id. 1875, p. 232. --- Bulletin de la Société de législ. comp. 1876, n^o 5.

(2) Rapport au gouverneur général de l'Algérie, par Alfred Dain, professeur à la Faculté de droit d'Alger. --- Revue algérienne, 1885.

3^o Mobilisation de la propriété foncière par un ensemble de moyens destiné à assurer la transmission rapide des immeubles, la constitution facile des hypothèques et leur transmission par voie d'endossement.

Voici maintenant le mécanisme de la loi, qui est des plus simples :

Le système est facultatif ; le propriétaire qui veut y soumettre son immeuble en demande l'immatriculation, après un bornage préalable et un plan dressé par un géomètre officiel.

Il adresse sa demande avec ses titres et une déclaration contenant l'indication de ses droits et de leur origine, et des servitudes et droits réels dont son immeuble est grevé, au *Registrar general*, ou directeur de l'Enregistrement, qui communique demande et pièces à l'appui au *Master of Tittles*. Ce maître des titres est un jurisconsulte officiel placé auprès du Registrar general.

Ce dernier, après vérification de la régularité et avec l'avis du maître des titres, accueille la demande ou la rejette, sauf appel devant la Cour.

Si la demande est accueillie, il y a des publications, et on avertit les présumés intéressés, voisins, créanciers, etc. ; puis, après un délai qui varie de un mois à un an, pendant lequel les oppositions sont reçues et examinées, le Registrar general établit un certificat de propriété contenant la description et le plan de l'immeuble, et indiquant tout à la fois sa situation juridique et matérielle. L'acte Torrens définit ce certificat : « *Un instrument attestant la saisine de la pleine propriété ou de l'un de ses démembrements.* »

Ce certificat est établi en double original : l'un d'eux

est remis au propriétaire, l'autre est inséré et conservé au registre matrice, qui reste aux mains du Registrar general.

L'immeuble ainsi immatriculé acquiert une individualité propre ; son passé est effacé. Le certificat fait foi pleine, entière et irrévocable. Il y a chose jugée, et l'immeuble est purgé de tout ce qui n'est pas inscrit au titre : en un mot, c'est le système de la légalité absolue.

De plus, la transmission de cet immeuble se fera désormais comme un transfert de titre nominatif en France : à chaque mutation, les parties établissent, sur une formule toute préparée, un memorandum de transfert signé d'elles, l'envoient avec le titre au Registrar general, qui annulera les deux doubles anciens, et dressera deux titres nouveaux, après de nouvelles publications, s'il y a lieu. En un mot, il y a renouvellement du titre à chaque aliénation, et abolition complète du passé.

En cas de mutation par décès, les choses se passent de même sur le vu de la notoriété, ou du testament, ou de l'acte de partage.

Il est vrai que puisque l'immatriculation est irrévocable, le vrai propriétaire pourra quelquefois, à défaut d'opposition en temps utile, perdre sa propriété. Cela est possible ; mais l'intérêt général exige ici impérieusement que foi absolue soit accordée au titre : c'est la base du système, il y a alors une véritable expropriation pour cause d'intérêt général. Et par contre, le propriétaire qui a fait immatriculer son immeuble a toute sécurité. D'ailleurs, le propriétaire qui se trouvera ainsi injustement dépouillé a un recours, non-seulement contre les fraudeurs dont il aura été la victime, mais encore contre l'État, qui a institué dans ce but une caisse

d'assurances alimentée par les droits perçus sur les immatriculations.

En fait, les cas de dépossession sont très rares jusqu'à présent : après 15 ans d'application du système, le montant des indemnités payées aux propriétaires ou autres possesseurs de droits réels lésés par des immatriculations frauduleuses ou incomplètes ne s'est élevé qu'à 115,000 fr., et la caisse d'assurances possédait alors plus d'un million.

Le fondement du système Torrens est la conformité absolue du titre remis au propriétaire avec celui inséré au registre : toute aliénation totale ou partielle, toute constitution de droit réel ou de charge quelconque intéressant l'immeuble doivent être inscrites identiquement sur l'un et sur l'autre : le titre représente l'immeuble, et sans lui, le propriétaire ne peut aliéner ni donner en garantie. Donc aussi l'acquéreur ou le créancier qui a le titre entre les mains a toute sécurité.

Le Registrar général a d'autre part un pouvoir absolu : il peut citer devant lui en témoignage tous propriétaires et créanciers à peine de 100 livres sterling d'amende, les sommer de fournir leurs pièces et de faire leurs déclarations ; il peut, d'accord avec le maître des titres, corriger les erreurs et omissions. Il a la charge des intérêts des incapables et même des tiers en général, et il n'est responsable qu'en cas de faute volontaire. Enfin, en cas de perte ou de destruction de titre, il peut, après diverses formalités et publications, en délivrer un autre provisoire conforme au folio matricule.

On voit facilement à quel point ce système simplifie les transactions : chacun peut acheter ou vendre des immeubles comme on ferait des meubles, sans recourir à un officier public ; en un mot, il mobilise le sol. On

voit aussi quelle sécurité il procure à tous : plus de prescriptions acquiescives, plus d'actions possessoires, plus d'actions en revendication : le vrai propriétaire est toujours le porteur du titre qui est à son nom.

Tel est ce système, qui a été adopté successivement par les cinq colonies australiennes. De plus deux lois, l'act Wesbury en 1862, et l'act Cairn en 1875 ont créé en Angleterre et en Irlande un système analogue et également facultatif ; mais il y a peu réussi, grâce dit-on à l'opposition puissante et intéressée des sollicitors anglais (1).

En Espagne, la Chambre des députés a pris en considération, dans sa séance du 19 février 1890, une proposition du comte de San Bernardo tendant à l'introduction dans ce pays du système Torrens (2).

Le système Torrens est appliqué également dans la Colombie anglaise, aux îles Fidji, et enfin dans l'État d'Yowa (États-Unis de l'Amérique du Nord). (3).

Nous devons signaler aussi la tentative faite en Tunisie par une loi du 5 juillet 1885 pour réformer suivant le régime Torrens la législation tunisienne sur les transmissions de propriétés foncières. Déjà bien avant cette époque, les aliénations d'immeubles s'y réalisaient par la remise du titre de propriété sur lequel deux témoins inscrivaient la convention des parties ; mais le ressort principal du système Torrens, le registre matrice, n'existait pas ; la loi nouvelle y a remédié, tout en organisant un régime analogue à celui que nous venons de décrire, mais beaucoup plus compliqué, et qui d'ailleurs n'est pas encor entré en vigueur à l'heure actuelle (4).

(1) V. *Bulletin de législ. comp.* M. Gide, 1886, n° 6.

(2) id. M. Amandi, trad. Fravatton, 1890, n° 6.

(3) Daniel, *op. cit.* p. 39.

(4) V. M. Dain. *Le syst. Torrens. De son application en Tunisie et en Algérie*, Alger 1885.

Enfin un projet de loi a été arrêté le 10 novembre 1886, par une commission nommée par arrêté du gouverneur général de l'Algérie, pour réformer le régime de la propriété foncière en Algérie, et y introduire un système complet de mobilisation de la propriété foncière (1). Ce projet est encore en ce moment soumis à une commission sénatoriale dite Commission de l'Algérie.

(1) V. le rapport de M. Alfred Dain, *Revue Algérienne*, Janvier 1887.

TROISIÈME PARTIE

EXAMEN CRITIQUE DE LA LÉGISLATION ACTUELLE

Lors de la grande enquête prescrite en 1841 par M. Martin (du Nord), garde des sceaux, relativement à la réforme du régime hypothécaire, la faculté de droit de Paris émit l'avis que le problème se réduisait à la question suivante :

« Quelles mesures le législateur doit-il prendre pour que, dans le cas où nous voulons acheter un immeuble ou prêter sur hypothèque, nous puissions savoir promptement et facilement si l'individu avec qui nous nous proposons de traiter n'a pas déjà aliéné ou grevé d'hypothèque l'immeuble qu'il s'agit pour nous d'acheter ou d'accepter comme sureté hypothécaire ? » (1).

Il est impossible de mieux dire ; et nous aurons posé intégralement les conditions nécessaires à une bonne législation foncière si nous ajoutons à cette première question, qui n'est qu'une des faces du problème, cette autre qui en est le complément nécessaire :

« Quelles mesures doit prendre le législateur pour que nous puissions vérifier facilement et promptement si l'individu en question a bien été réellement le véritable propriétaire ? »

La législation française actuelle répond-elle pleinement

(1) Documents relatifs au régime hypothécaire (I, p. 102).

à ce *desideratum* ? Il n'est guère permis d'hésiter à répondre négativement, si on en juge par les nombreuses critiques qui lui ont été adressées dès le jour où elle a été promulguée, et qui, depuis lors et au fur et à mesure que sa mise en pratique révélait quelque lacune ou quelque danger, devenaient plus nombreuses et plus violentes.

C'est en ce moment, où une réforme législative paraît enfin sur le point d'être tentée, qu'il convient de se demander à nouveau ce que vaut notre législation immobilière, ce que valent les critiques qu'elle a encourues et les réformes proposées.

Ces critiques peuvent toutes se rattacher à trois points :

1^o La publicité procurée par la transcription du Code civil et de la loi du 23 mars 1855 est incomplète, puisqu'elle n'est prescrite que pour un certain nombre d'actes translatifs de propriété, et que notamment tous les actes déclaratifs, toutes les mutations par décès, ou à peu près, en sont dispensés ;

2^o Les conditions extrinsèques de la transcription n'offrent aucune garantie, car le conservateur est tenu de recevoir et d'admettre à la transcription tous les actes qui lui sont présentés, si informes qu'ils soient, et sans qu'il soit tenu d'exiger ni même qu'il puisse exiger aucune preuve de l'identité des parties ni de la sincérité de l'acte présenté ;

3^o Enfin, la troisième série de critiques porte sur les conditions intrinsèques de la transcription ; je les résume ainsi :

a). La transcription étant intégrale, nécessite une foule d'écritures compliquées, coûteuses et inutiles pour la plus grande partie : une transcription par courts extraits serait suffisante et bien préférable ;

b). La transcription est personnelle, c'est-à-dire faite

sous le nom du propriétaire ; elle devrait être réelle, c'est-à-dire faite au nom de l'immeuble même ;

c/. La transcription étant toute mécanique, le conservateur n'étant qu'une machine à copier, la transcription ne fait foi absolument que d'elle-même, et nullement des faits qu'elle relate : elle n'a aucune force probante au point de vue de la propriété.

Nous allons reprendre, sous trois chapitres, et dans l'ordre que nous venons d'adopter, ces critiques faites à notre législation ; nous rapporterons au fur et à mesure les arguments qu'on a apportés à l'appui, et ceux que les partisans de la loi leur ont opposés, nous les discuterons ; puis nous ferons connaître les réformes proposées, et nous essaierons de juger leurs avantages, leurs inconvénients, et aussi la possibilité pratique de leur introduction.

CHAPITRE I.

Des lacunes dans la publicité de la transcription.

SECTION I.

De la dispense de transcription des actes déclaratifs de propriété foncière.

Notre loi de 1855, comme avait fait la loi de brumaire, a consacré la clandestinité de tous les actes déclaratifs de propriété, et notamment des partages et de tous les actes équivalents, dont l'effet est de faire cesser l'indivision entre copropriétaires. Cependant, lors de la grande enquête de 1844, plusieurs Cours d'appel, notamment celles de Metz, de Montpellier et de Riom, et plusieurs Facultés de droit, entr'autres celle de Poitiers, en avaient préconisé la transcription. De plus, le projet de loi présenté à l'Assemblée législative par M. Bethmont, le 7 août 1850, et voté en deuxième lecture par cette Assemblée, et celui qui fut adopté par le Conseil d'Etat le 3 mai 1853 et qui est devenu la loi actuelle, s'étaient emparés de cette idée et avaient mis les actes déclaratifs au même rang que les actes translatifs au point de vue de la nécessité de la publicité. M. Suin, dans l'exposé des motifs de cette loi, avait accepté cette opinion. Mais le rapporteur, M. de Belleyne, dans son rapport fait au nom de la Commission du Corps législatif chargée d'examiner ce projet, déclara : « *que la transcription des actes déclaratifs n'avait aucune utilité à l'égard des créanciers de la succession, qui pouvaient*

conserver leurs droits nonobstant le partage; que l'intérêt ne pouvait exister qu'à l'égard du créancier de l'un des cohéritiers qui aurait pris inscription avant la transcription du partage; mais que la transcription devait néanmoins être repoussée par cette considération que, dans notre droit, le partage est déclaratif, non attributif de propriété, et que, si ce caractère est une fiction, il n'en doit pas moins être conservé comme étant la base des règles et des effets du partage, et que la changer serait porter le trouble dans les dispositions du Code Napoléon. » Il ajoutait d'ailleurs que l'intérêt était insignifiant, les créanciers des héritiers ayant, dans l'art. 882 du c. c., un droit suffisant à la conservation de leurs intérêts : celui de former opposition au partage.

Voilà tout ce qu'on a trouvé à dire en faveur de la clandestinité des actes déclaratifs. Cependant ces raisons, toutes étranges qu'elles fussent, parurent suffisantes au Conseil d'Etat, qui accepta de faire disparaître de la loi la disposition soumettant ces actes à la transcription.

N'était-ce pas là se payer de mots, et le rapporteur, puis le Conseil d'Etat, et enfin le Corps législatif ont-ils bien aperçu l'intérêt de la question? Je ne le pense pas. Ainsi, ils n'ont envisagé que les actes passés pendant l'indivision; ils n'ont nullement pensé au tiers qui, postérieurement au partage, viendrait à contracter avec l'un des anciens communistes, relativement à un immeuble non compris dans son lot. Or, de quel secours serait, à ce tiers, l'art. 882? Il est évident que son intérêt à connaître le partage n'est pas moindre que celui qu'il pourrait avoir à connaître tout acte translatif. Est-ce que, au surplus, le partage n'a point produit cet effet que l'ancien copropriétaire n'a plus désormais aucun droit sur l'immeuble dont il avait auparavant une part indivise; et est-ce que l'abus qu'il pourrait faire de cette circonstance

n'est pas moins à redouter que la fraude possible d'un vendeur qui aliénerait une seconde fois un immeuble déjà vendu par lui auparavant?

Prenons un exemple pratique, et voyons si réellement le partage n'a pas des effets identiques à ceux d'un acte translatif : Etant donné deux cohéritiers seulement d'un même immeuble, *Primus et Secundus*; si *Primus* vend sa part à *Secundus*; c'est un partage, non sujet à transcription; s'il la vend à un tiers *Tertius*, c'est une vente qui, comme telle, doit être transcrite. Or, est-ce que ces deux actes n'auraient pas tous deux le même résultat, celui d'enlever à *Primus* le droit de disposer désormais de sa moitié de l'immeuble? Assurément; seulement, dans le premier cas, cette indisponibilité reste clandestine, et la personne qui viendrait désormais à traiter avec *Primus*, relativement à cette moitié, serait forcément victime, puisqu'elle n'aurait aucun moyen de connaître le partage, tandis qu'au deuxième cas, la transcription l'avertirait et lui permettrait de sauvegarder son intérêt. Il y a là, évidemment, une anomalie et une lacune dangereuse dans la loi.

On pourrait d'ailleurs admettre la nécessité de la transcription des partages, tout en sauvegardant le principe déclaratif de l'art 883 c. c. La conséquence à tirer alors du défaut de transcription serait que le partage non rendu public pourrait être considéré comme non avenu à l'égard du tiers qui aurait acquis des droits de l'un des anciens communistes dans l'ignorance du partage, et ce tiers pourrait exiger qu'un nouveau partage fût opéré, auquel il interviendrait en vertu de l'art. 882 c. c., pour sauvegarder ses droits contre l'attribution frauduleuse de l'immeuble à un autre que son auteur.

Je dois ajouter que, quand même la transcription des partages modifierait d'une manière grave la théorie du

Code civil, cette considération doit être écartée si l'intérêt du crédit public l'exige. Nous n'avons plus aujourd'hui la préoccupation exagérée des législateurs de 1855, qui, influencés par des événements politiques encore récents, considéraient comme un sacrilège d'apporter la moindre atteinte au Code Napoléon (1), préoccupation qui, d'ailleurs, s'est manifestée expressément dans l'art. 11, *in fine*, de la loi de 1855.

En résumé, la publicité des actes translatifs nous paraît indispensable ; il importe d'empêcher les cessions que pourrait faire un copropriétaire de sa part indivise dans un immeuble, alors que ses droits seraient déjà limités ou fixés ailleurs par un partage antérieur. Le partage produit dans la situation des copartageants des changements qui intéressent les tiers. En outre, ce n'est qu'après le partage que le copartageant peut consentir des aliénations irrévocables. Si le partage ne crée pas la propriété, s'il ne constitue pas le propriétaire, il les détermine et les fait connaître.

Nous ne nous étendrons pas davantage sur cette question ; nous osons dire que, sur elle, tout le monde est d'accord, et que la réforme est mûre depuis longtemps. La loi de Genève, la loi belge et d'autres encore, qui avaient pour base notre Code civil, l'ont depuis longtemps effectuée ; et si, comme tout le fait prévoir, notre régime foncier est soumis prochainement à une révision législative, tout nous porte à croire que celle-ci sera votée, comme le vœu en a été émis si souvent, et de nouveau le 2 juillet 1891 par la Sous-commission juridique du cadastre, et plus récemment encore le 17 octobre 1892, par le Congrès de la propriété foncière.

(1) V. Exposé des motifs, présenté par M. Suin, conseiller d'Etat : « Le Deux-Décembre vint luire sur la France..... » et plus loin : « Mais il fallait toucher au C. N., la plus belle conquête des temps modernes..... Il ne s'agit pas de porter sur le C. N. une main sacrilège..... » etc.

SECTION II.

Du défaut de publicité des mutations par décès.

Nous avons vu que, à part les legs faits à charge de restitution, toutes les mutations de propriétés immobilières par décès sont dispensées par la loi de toute publicité. Il en résulte que les registres des conservateurs ne mentionnent pas les transmissions les plus importantes et les plus fréquentes, puisqu'elles ont lieu nécessairement à la mort de chaque propriétaire.

Nous allons étudier la question sous deux paragraphes, consacrés le premier aux mutations *ab intestat*, le second aux mutations testamentaires.

§ I. — Des successions *ab intestat*.

Les mutations par décès *ab intestat* n'ont jamais été soumises, dans notre législation, à la publicité ; et il en est ainsi dans les autres législations qui reposent comme la nôtre sur le principe de la publicité simple, et que nous avons classées plus haut dans le premier groupe (V. chapitre II, *principium*). Les anciennes coutumes du Nord, dites de nantissement, affranchissaient aussi des œuvres de lois les transmissions d'immeubles par succession.

Ce n'est pas que la publicité n'ait été cependant réclamée plus d'une fois pour ces mutations ; elle le fut à diverses reprises, et même elle fut aussi quelquefois reconnue nécessaire par le législateur lui-même.

Ainsi, dans la grande enquête de 1841, la Cour royale de Montpellier et la Faculté de droit de Paris se prononcèrent catégoriquement en sa faveur.

La Commission législative de 1849, dans son rapport

à l'Assemblée, s'exprime ainsi : « *La conviction que, sans la publicité de toutes les mutations, de tous les établissements de propriétés immobilières, de quelque source qu'ils vinssent, il n'y avait pas à compter sur le vrai développement du crédit, nous aurait amenés à étendre l'obligation de la transcription jusqu'aux successions ab intestat, si cela avait été possible; mais le premier élément de cette formalité nous manquait. Nous n'avons pas d'actes à soumettre à la transcription.* » Nous verrons plus loin qu'elle avait néanmoins essayé l'organisation d'une timide publicité sur le point qui nous occupe.

De même la commission belge de la loi du 16 décembre 1851 avait émis l'avis suivant : « *Un registre public qui ferait connaître aux tiers les mutations qui seraient opérées par décès présenterait un certain degré d'utilité, en donnant ainsi le moyen de remonter à la connaissance de tous les propriétaires successifs d'un même bien.* » Et elle aussi présenta une proposition à cet effet, proposition qu'elle renvoya d'ailleurs à une loi ultérieure sur les droits de succession.

Enfin, la Sous-commission juridique du cadastre a émis, dans sa séance du 2 Juillet 1891, le vœu suivant à la suite d'une discussion sur la question : « *Il est utile, sans distinguer entr'eux, de donner la publicité à tous les actes et faits qui marquent une modification dans l'état de la propriété immobilière,* » et le Congrès de la propriété foncière, réuni le 17 octobre 1892, a adopté la résolution suivante : « *Le système de publicité doit être étendu aux actes déclaratifs et aux mutations par décès.* »

Comme on le voit, la question est posée et sérieusement agitée en ce moment. Examinons donc les arguments qu'on a fait valoir pour et contre cette publicité,

les moyens qu'on a proposés pour la réaliser, et enfin la sanction qu'il serait possible et utile d'apporter au défaut de publicité.

I. — ARGUMENTS FOURNIS à l'encontre ou à l'appui de la publicité des mutations immobilières par décès *ab intestat*.

L'acquisition par succession, a-t-on dit, a lieu par la seule énergie de la loi ; elle repose sur un principe fondamental de notre droit : « *le mort saisit le vif* ». Et M. Troplong (1) développe cette idée dans les phrases suivantes : « *La succession a toujours été considérée en France comme opérant une dévolution de plein droit et la maxime : « le mort saisit le vif », est une des règles les plus essentielles de notre jurisprudence. Faudra-t-il rétrograder jusqu'au Moyen Age germanique pour soumettre à l'investiture le successeur ab intestat ? Faudra-t-il enlever à la jurisprudence française une de ses plus précieuses libertés, et briser cet enchaînement des générations qui se remplacent les unes les autres, comme si elles ne faisaient qu'un tout domestique ?* »

Quant à M. de Belleyme, dans son rapport au corps législatif, il se contente de repousser en deux mots l'idée de rendre publiques les transmissions par décès : « *Pas de publicité, dit-il, car l'héritier continue la personne du défunt.* »

Voilà les seuls arguments de principe qu'on ait invoqués, si encore il est permis de trouver des arguments dans ces phrases aussi sonores qu'elles me paraissent creuses.

Il y a une autre série d'arguments contre la publicité : ce sont ceux qui reposent sur l'impossibilité pratique de la publicité en notre matière :

La commission de 1849 l'a dit : l'acte matériel, l'écrit

(1) Troplong, De la Transcr^{on}, p. 205, n° 36.

lui-même manque ici. « *Nous n'avons pas d'actes à soumettre à la transcription. Que pourrait-on donc insérer aux registres publics ? les déclarations des héritiers ? mais ce ne sont pas des titres, ce sont de simples prétentions.* »

Enfin, ce que les adversaires de la publicité invoquent surtout, et avec le plus d'acharnement comme aussi, il faut bien le reconnaître, avec le plus d'apparence de raison, c'est le manque d'utilité de la publicité, et l'impossibilité d'y rattacher une sanction efficace à peine de bouleverser toute l'économie de nos lois successorales.

En effet, dit-on, à quoi servirait la transcription, la publicité des successions ? Est-ce que le but de la transcription, telle que l'a établie notre législation, n'est pas uniquement de prémunir les acquéreurs et les prêteurs contre les fraudes dont leur prudence ne pourrait seule les préserver ? Or, c'est par le concours de deux actes entre vifs portant aliénation totale ou partielle de la même chose par le même propriétaire que ces fraudes ont lieu ; elles cessent d'être à craindre lorsque, comme dans les transmissions par décès, un fait unique, celui de la mort, donne ouverture aux droits successifs qui se règlent à cet instant sans collision possible. Quant à la question de savoir si celui qui se présente comme propriétaire est le véritable héritier du défunt, elle rentre dans la vérification des titres de propriété, qui doit rester abandonnée à l'attention des intéressés (1).

On ajoute, d'ailleurs, qu'à moins d'établir ici et à titre d'exception unique dans notre loi le système de la légalité, c'est-à-dire de donner force probante absolue à la transcription ou à l'inscription sur les registres du droit de l'héritier à la propriété des immeubles de la succes-

(1) Martou, I, p. 31.

sion, cette inscription ne servirait de rien aux tiers, car elle n'empêcherait pas l'action en pétition d'hérédité avec ses effets, dérivant de la maxime : « *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* »

Le but de la transcription est de créer une cause de préférence entre acquéreurs tenant leurs droits d'une même personne, et jamais elle ne doit avoir pour effet d'anéantir des droits véritables au profit du propriétaire apparent : l'acquéreur du véritable propriétaire qui n'a pas fait transcrire doit être préféré à l'acquéreur du propriétaire apparent qui a fait transcrire.

Enfin, dit-on encore, est-ce que, en fait, la publicité des successions *ab intestat* n'existe pas suffisamment ? La mort est, par elle-même, un événement qui a de la notoriété, et, comme le dit M. de Belleyne dans son rapport ci-dessus cité, le droit de l'héritier s'établit publiquement en vertu de la loi et des actes de l'état civil.

Nous pensons qu'on peut admettre *a priori* que cette publicité de la mort et des actes de l'état civil est absolument insuffisante, et cet argument ne nous arrêtera pas ; mais nous allons essayer de réfuter les autres arguments des adversaires de la publicité.

D'abord, sur la question de principe, est-il bien vrai que la maxime : « *le mort saisit le vif,* » s'oppose à ce qu'on applique la transcription ou tout autre mode de publicité aux successions *ab intestat* ? En réalité, cet adage n'a rien de commun avec la transcription : il concerne non pas la transmission de la propriété, mais seulement celle de la possession, qui est censée se faire par le mourant à son héritier.

Il est certain, en effet, que l'art. 318 *in fine* de la Coutume de Paris, dont la maxime sus rappelée est la reproduction un peu écourtée, ne vise que la possession de la succession. Pothier le commente ainsi : « *Le mort*

saisit, c'est-à-dire est censé mettre en possession de tous ses biens et droits, le vif, son hoir plus proche, c'est-à-dire celui qui lui survit et qui, comme son plus proche parent, est appelé à être son héritier. » Notre article 724 c. c. n'est que la paraphrase de cette vieille maxime, avec cette différence près qu'aujourd'hui ce n'est plus le mort, mais la loi qui saisit le vif ; mais c'est toujours de possession seulement qu'il est question.

Or la transcription est étrangère à la possession ; son objet est la publicité des actes qui transfèrent la propriété. En réalité, la transcription appliquée aux successions n'est pas plus contraire aux bases de notre droit civil, qu'elle ne l'est en matière d'actes translatifs de propriété, au principe que la seule convention suffit pour transférer la propriété entre les parties. Il y a là simplement une question d'utilité, de sécurité des transactions à envisager, non une question de principe.

Quant à l'argument qui consiste à dire que la matière même manque ici à la transcription, il lui a été fait diverses réponses, et on a proposé bien des moyens pour suppléer au défaut d'acte écrit à présenter à la transcription :

Il y a un cas où cet embarras n'existe pas : c'est dans les successions irrégulières, où l'héritier doit faire vérifier son droit en justice, et obtenir l'envoi en possession. Le jugement d'envoi en possession constitue un acte que l'on peut très bien soumettre à la publicité.

S'il s'agit d'un héritier légitime, ne peut-on également trouver, soit dans l'intitulé de l'inventaire ou dans l'acte de notoriété dressés après le décès du *de cuius*, la matière nécessaire à l'organisation de la publicité de la transmission opérée au profit de cet héritier ? Ou bien ne peut-on créer une procédure analogue à celle en usage pour le transfert des titres de rente sur l'Etat, et

qui consisterait à faire dresser par le notaire ou le juge de paix un certificat de propriété constatant cette transmission, et dont on exigerait la transcription. Ceci est appliqué diversement dans les pays qui ont adopté les livres fonciers, et une loi de 1886 a organisé, en Alsace-Lorraine, la délivrance de certificats judiciaires constatant la qualité d'héritier.

Ce n'est pas tout : il y a, dans tous les cas de décès, un fait matériel, qui est la déclaration de succession au bureau de l'enregistrement. On pourrait utiliser cette déclaration, actuellement défectueuse, incomplète, et qui n'est assujettie à aucune forme réglementaire, en la régularisant de manière qu'elle puisse servir de base certaine à une publicité suffisante, une fois transmise par le receveur de l'enregistrement au conservateur des hypothèques.

Toutes ces idées et d'autres encore, émises récemment devant la Sous-commission juridique du cadastre, sont loin d'ailleurs d'être nouvelles. La commission de 1849 disait dans son rapport : « *Nous avons voulu commencer à ouvrir la voie d'une universelle publicité, en imposant aux receveurs d'enregistrement, à qui les déclarations de successions doivent être faites, l'obligation de donner connaissance immédiatement aux conservateurs des hypothèques de la mutation qui vient de s'opérer, afin qu'il en puisse être fait mention sur le registre aux transcriptions.* » Et la commission belge de 1841 avait aussi recommandé le même procédé. Lors de l'enquête de 1841, la Cour de Montpellier (1) proposait que, pour que les aliénations et les hypothèques consenties de bonne foi par un héritier apparent fussent maintenues, il faudrait notamment qu'il eût été fait par l'héritier putatif, au

(1) Docum. I, p. 283.

greffe du Tribunal du lieu de l'ouverture de la succession un procès-verbal portant déclaration de prise de possession, et que ce procès-verbal eût été pareillement transcrit.

Lors de la même enquête, la faculté de droit de Paris (1) répondait : « *On peut sortir d'embaras en suivant ici, par voie d'analogie, ce qui se pratique journellement pour constater le droit d'héritier à certaines autres valeurs héréditaires : nous voulons parler des actes de notoriété qui sont rédigés par les notaires, et qui, étant joints à l'acte de décès du de cujus, servent à l'héritier pour toucher les sommes dues à la succession. Cet usage simple, peu dispendieux et déjà consacré par l'expérience est facile à transporter dans la matière dont nous nous occupons, c'est-à-dire que l'inscription du droit immobilier, acquis à titre de succession, sera faite sur le vu tant de l'acte de décès du précédent propriétaire que de l'acte de notoriété.* »

On voit suffisamment qu'il n'y a pas, et à beaucoup près, d'impossibilité matérielle à instituer en notre matière un régime de publicité très pratique, et parmi les nombreux moyens proposés, il y en a tout au moins un, et c'est celui que j'ai cité en dernier lieu, et qui a été patronné par la faculté de droit de Paris, qui me paraît susceptible de rallier les suffrages, sauf à discuter la sanction à donner à son défaut d'accomplissement.

J'arrive maintenant à la partie la plus épineuse de la question : la publicité des transmissions par décès *ab intestat* est-elle utile, et quelle sanction lui appliquer ?

Je dis sans hésiter que le principe de la publicité appliquée aux transmissions immobilières est universel et doit être étendu à toutes sans exception, du moment où on admet, et cela me semble incontestable, que les tiers

(1) Docum. I, p. 442.

sont intéressés à s'assurer si le possesseur d'un immeuble en est le véritable propriétaire : il faut qu'ils connaissent ses titres ; si c'est comme héritier qu'il possède il ne sera propriétaire que si son auteur l'était ; il faut donc que les tiers sachent qui est cet auteur, et si lui-même avait la propriété des immeubles qu'il a transmis à son successeur. C'est en remontant ainsi d'un titre à l'autre que les tiers acquerront la preuve de la propriété du possesseur, par l'effet de l'usucapion, qui est, en somme, dans notre droit, la seule preuve certaine de la propriété ; et il importe aux tiers de savoir si le possesseur et ses auteurs ont acquis à titre d'héritier pour savoir comment a eu lieu la jonction des possessions.

Donc, pour être renseigné complètement, il faut que le tiers puisse suivre sur les registres publics la série de tous les propriétaires. C'est ce que font les notaires soigneux en établissant, dans les actes, l'origine de propriété des immeubles. Mais tous ne le font pas avec un soin suffisant, et, en outre, on le fait rarement dans les actes sous seings privés ou généralement assez mal. Il est donc nécessaire que les recherches soient rendues possibles et même faciles.

On pourrait encore trouver, dans la publicité des successions *ab intestat*, le moyen de trancher une question classique qui, si elle est vidée ou à peu près en jurisprudence, est encore très controversée en doctrine, et est, en tous cas, la source de graves dangers pour les acquéreurs d'immeubles, lesquels ne sont pas protégés par l'article 2279 c. c. Je veux parler de la validité des aliénations faites par un héritier apparent. Voici l'hypothèse : un homme meurt ; sa succession est appréhendée par un parent qui se croit le plus proche, ou seul de son degré. Il vend les biens à les acquéreurs

de bonne foi qui eux-mêmes, peuvent les aliéner. Mais longtemps après survient un héritier plus proche dont le droit est reconnu. Qu'advient-il de toutes ces aliénations ?

Une opinion, et c'est celle de la jurisprudence, donne à la bonne foi réciproque de l'héritier apparent et de son acquéreur l'effet d'un droit, et la puissance de créer à l'acheteur un titre préférable à celui du véritable héritier ; l'autre opinion ne reconnaît à la bonne foi d'autres effets que ceux que la loi lui attribue sur la perception des fruits et sur la durée de la prescription ; et il faut reconnaître que c'est cette dernière qui doit prévaloir en droit strict, car elle trouve une base inébranlable dans les dispositions textuelles de la loi. Et cependant la Cour de Cassation (1) s'est prononcée catégoriquement pour la première opinion ; c'est que la solution dictée par les principes est en opposition avec les nécessités de la pratique, et conduit à des conséquences qui peuvent paraître d'une rigueur excessive ; c'est que la considération des faits exerce une grande influence sur la jurisprudence ; en un mot, c'est une solution d'utilité pratique, et qui prouve préremptoirement, selon nous, qu'il y a quelque chose à tenter ici. C'est à la publicité des successions *ab intestat* que l'on peut demander le remède à cette situation, par exemple en prescrivant, comme la Cour de Montpellier l'a demandé en 1841, que l'héritier sera tenu de faire transcrire son titre (*voir ci-dessus*), et en validant les aliénations qu'il pourra consentir après un certain temps écoulé (la Cour disait trois années) à par-

(1) V. trois arrêts Cass^{on} civ. du 16 Janvier 1843. Sir, 43, 1, 97, 107 et 108. — id. du 13 mai 1879. D, 79, 1, 417. — id. du 4 août 1885. D, 86, 1, 310. La Cour de Cassation de Belgique a fléxi la jurisprudence belge en sens contraire ; elle annule d'une manière absolue les actes faits par l'héritier apparent (V. arrêt du 7 Janvier 1847, rendu sur les conclusions conformes de M. le Procureur général Leclercq) — Pasic. belge 1847, 1^{re} partie, p. 294.

tir de cette transcription ; sauf recours du véritable héritier contre l'héritier apparent.

Il nous reste à dire quelques mots des sanctions qu'on a proposé d'édicter contre le défaut de publicité des successions immobilières *ab intestat*.

Il y a d'abord la sanction radicale proposée par la Cour de Montpellier pour la question de validité des actes consentis par l'héritier apparent, c'est-à-dire appliquer le système de la légalité, ou en d'autres termes accorder force probante absolue aux énonciations de la transcription. Soit, par exemple, un héritier apparent dont le titre a été transcrit, son acquéreur, et un autre héritier plus proche qui triomphe ensuite dans une action en pétition d'hérédité : l'acquéreur devra toujours triompher de ce dernier. Ce système en arrive à donner aux tiers une sécurité complète, et à fixer et à généraliser le système actuel de la jurisprudence. Mais d'un autre côté, il faut bien reconnaître qu'il dénature les effets de notre transcription actuelle, qui a seulement pour but de rendre publique et opposable aux tiers l'aliénation opérée par un véritable propriétaire : ici au contraire, la publicité aurait donc pour effet de rendre propriétaire une personne qui tient son droit d'un non propriétaire.

Cette dernière considération, qui est toute théorique, doit-elle prévaloir en une matière qui est surtout d'utilité pratique ? Nous avouons modestement qu'ici la raison tirée du droit pur nous laisse froid : la publicité n'est pas une question de principes, mais une question infiniment plus terre à terre, et c'est lui faire trop d'honneur, et en même temps la mal comprendre, que de vouloir résoudre par la théorie seule les difficultés que soulève son application.

On a proposé une autre sanction beaucoup plus ano-

dine : ce serait d'admettre, comme le font diverses législations étrangères, qu'aucun acte de disposition relatif à un bien immobilier ne pourrait être rendu public, et par conséquent admis à la transcription, que si celui qui conférerait le droit avait lui-même commencé par rendre public son titre de propriété. Ainsi, on pourrait édicter la règle suivante : toutes les fois qu'on demandera au conservateur des hypothèques d'opérer une transcription, il ne devra l'opérer que s'il est établi préalablement que celui qui a conféré le droit dont il s'agit a lui-même rendu public son droit. Il est incontestable que cette mesure serait utile, et répondrait au besoin que peuvent avoir les tiers de remonter la filière des différents propriétaires successifs d'un immeuble ; elle pourrait être prise dès aujourd'hui, et comme un acheminement à des mesures d'un ordre plus général et sur lesquelles nous aurons à nous expliquer plus loin ; je veux parler du système général de publicité et de légalité.

§ II. — Des legs.

La question de la transcription des testaments paraît bien, à première vue, être un *a fortiori* de celle de la publicité des successions *ab intestat*. Ici en effet, nous avons un acte, un écrit à soumettre à la formalité. Cependant c'est par d'autres arguments qu'on a défendu et fait adopter dans notre législation la clandestinité des transmissions immobilières par actes de dernière volonté, et nous avons dû séparer les deux questions.

Il y avait, dans l'ancien droit, des coutumes de nantissement qui prescrivaient les devoirs de lois pour la succession testamentaire ; et nous pensons aussi que, de par la loi de brumaire an VII, les testaments devaient

être transcrits (1). Le Code civil lui-même, dans son article 1069, a prescrit la transcription des dispositions testamentaires à charge de restitution. Lors de l'enquête de 1841, la Cour de Grenoble, la Faculté de Dijon, celle de Paris, l'avaient recommandée pour tous les testaments concernant les immeubles, et enfin la Commission législative de 1849 l'avait aussi proposée.

Cependant, la loi de 1855 l'a écartée, et voici par quelles raisons (V. rapport de M. de Belleyme, déjà cité).

Le légataire n'est pas partie au testament comme l'acquéreur ; souvent il ne le connaît pas, et il peut dépendre de l'héritier de prolonger son ignorance. Laissera-t-on pendant ce temps le légataire à la merci de l'héritier ? Autorisera-t-on celui-ci à aliéner valablement les immeubles de la succession et à dépouiller le légataire ?

Le droit du légataire est sacré, puisqu'il résulte de la volonté d'un mourant. Lui imposer la formalité de la transcription, c'est lui imposer une condition qu'il ne dépend pas de lui de remplir.

A côté de l'intérêt du légataire, il y a aussi celui du testateur : faire dépendre la validité des testaments de leur transcription, c'est altérer la faculté de tester, car le testateur aura beau avoir observé toutes les prescriptions de la loi, il en restera une qu'il ne peut remplir, car elle ne peut être exécutée qu'après son décès.

La possibilité de faire des testaments authentiques, ou de les déposer chez un ami, n'empêche pas qu'en droit, la faculté de faire un testament valable n'existerait plus complètement, et que la volonté des testateurs resterait subordonnée à un fait qui ne peut être que postérieur à leur décès.

Et d'ailleurs, ajoute-t-on, quelque diligence que fit le

(1) Nîmes, 11 février 1807, Sir, 7, 2, 635.

légataire, il n'échapperait pas, par exemple, à l'hypothèque générale d'un créancier de l'héritier. Il faudrait donc accorder un délai pour transcrire, et alors quelles difficultés pratiques ! Quel délai fixer ? et quel point de départ lui donner ? Sera-ce le décès, ou le moment de la découverte du testament ?

Ces raisons, qui ont paru suffisantes au législateur de 1855, nous paraissent faibles.

Examinons les effets produits par la clandestinité des testaments :

Dès qu'un testateur est mort, ses dispositions sont réputées connues des tiers, et comme telles opposables à tous ceux qui, à partir de l'ouverture de la succession, traiteront avec l'héritier que la loi institue publiquement, mais que le testateur déshérite en secret. L'intérêt des tiers et des créanciers est sacrifié impitoyablement, car voici ce qui peut en résulter : supposons qu'un propriétaire meure en léguant la nue-propiété de tous ses immeubles à un ami ; puis l'héritier légitime prend possession, aliène, l'un après l'autre, tous les biens à des acquéreurs qui eux-mêmes peuvent aussi transmettre leur droit à d'autres, et ainsi de suite. Chaque intéressé s'est mis en règle : il a transcrit. Un certain temps se passe ; puis, avant que les acquéreurs puissent invoquer l'usucapion, le testament est produit subitement, et tout tombe en présence de la propriété du légataire, propriété qu'il a tenue mystérieuse, et qu'il lui plaît de révéler alors seulement. N'est-ce pas l'enrichir des dépouilles d'autrui si on suppose l'héritier insolvable ? Ainsi on ruine les tiers, malgré leur bonne foi et l'erreur invincible où on les a laissés.

Si la volonté du testateur est ainsi respectée, la justice ne l'est guère, et la logique encore moins peut-être ; car si, au lieu d'une succession immobilière, il s'agit

d'une succession mobilière, c'est tout le contraire qui arrivera. La loi ne se préoccupe plus d'assurer cette fameuse volonté du testateur pour laquelle elle a tant de sollicitude en cas de succession immobilière, et l'article 2279 vient au secours des tiers, et sacrifie purement et simplement et le légataire et le testament.

Et d'ailleurs, il sera bien rare, en fait, que le légataire ignore son droit. Le testateur, quoi qu'on en dise, a des moyens faciles pour faire prévaloir sa volonté ; il peut aisément prendre des précautions pour que son testament soit connu de ses légataires et pour mettre ceux-ci en situation de faire promptement remplir les formalités nécessaires. S'il ne le fait pas, il est en faute ; et pour les cas, qui seront très rares à mon avis, où le légataire aura été forcément la victime des circonstances, l'intérêt du crédit public et de la sécurité des transactions immobilières exige impérieusement qu'on applique ici la loi romaine : « *ad ea potius debet aptari jus, quæ et frequenter et facile quam quæ perraro eveniunt.* » (Dig. I, III. — loi 5).

Pourquoi, au surplus, ne pas se contenter de garantir les droits du légataire d'un immeuble, comme la loi le fait pour le légataire d'un meuble, en accordant au premier un délai de six mois pour faire transcrire la disposition testamentaire qui l'intéresse, comme elle accorde au second six mois pour inscrire son privilège de séparation des patrimoines ?

Il est vrai que la jurisprudence, nous l'avons vu, maintient les contrats d'aliénation faits de bonne foi entre l'héritier apparent et les tiers ; mais cette jurisprudence, qui d'ailleurs ne repose sur rien dans la loi et n'est qu'une solution d'utilité, démontre bien péremptoirement, selon nous, la nécessité de la réforme proposée.

Est-ce qu'on n'est pas d'accord, au surplus, pour admettre que la loi de 1855 a laissé assujettis à la transcription les testaments à charge de restitution ? Et alors la loi consacre cette anomalie : dès que le testateur est mort, le legs qu'il a laissé est, quoique non transcrit, réputé connu des tiers en tant que legs ; et quant à la substitution qui le grève, c'est la présomption inverse qui a lieu. Et ainsi, le défaut de transcription, qui ne pourra jamais être invoqué par les ayants-cause de l'héritier contre le légataire, pourra l'être, au contraire, par les ayants-cause de ce dernier contre les appelés. (1070 c. c.)

En résumé, nous pensons qu'on doit soumettre à la transcription les legs particuliers d'immeubles, en donnant aux légataires un certain délai, qui pourrait être de six mois à compter du décès, pendant lequel la transcription rétroagirait au jour du décès ; et après lequel elle n'aurait d'effet qu'à compter de sa date.

Quant aux légataires universels ou à titre universel, nous pensons qu'on doit les assimiler aux héritiers *ab intestat*, et leur appliquer les solutions proposées pour ces derniers au paragraphe précédent.

SECTION III.

De la publicité des demandes en justice et d'autres actes qui en sont dispensés par la loi actuelle.

I. — DEMANDES EN JUSTICE.

Nous avons vu que la loi française n'a pas, comme l'a fait la loi belge de 1851, prescrit la publicité des demandes en justice à l'effet de poursuivre l'annulation ou la révocation des droits résultant d'actes soumis à la transcription — (sauf toutefois la disposition de l'art. 958 du c. c. sur les demandes en révocation de donation

pour ingratitude); — mais qu'elle s'est contentée d'ordonner la mention du jugement lui-même en marge de la transcription de l'acte réformé.

Elle n'a pas davantage prescrit la publicité des demandes à l'effet de poursuivre la reconnaissance en justice de l'existence d'une convention verbale qui serait de nature à être transcrite si elle était constatée par écrit, ou même d'une semblable convention écrite dont le titre aurait été perdu ou détruit.

Or, nous l'avons dit en ce qui concerne les premières de ces demandes en justice (*Voir ci-dessus*, II^e partie, chap. I, § II, n^o 2), il serait bon que les tiers qui seraient sur le point de contracter avec le propriétaire actionné fussent avertis du danger qui menace le droit de ce dernier, puisque toujours le jugement à intervenir leur sera opposable; et nous serions d'avis que notre législation adoptât la disposition de l'art. 3 de la loi belge, avec la sanction qui y est attachée.

Quant aux demandes de reconnaissance en justice de conventions verbales translatives de propriété immobilière, ou de conventions écrites dont le titre est perdu ou détruit, la publication en serait bien plus nécessaire encore.

Prenons une espèce : Une personne achète un immeuble par convention verbale. De par l'art. 1583 du c. c., la vente n'en est pas moins parfaite immédiatement entre les parties, et la propriété passe de suite sur la tête de l'acquéreur. A l'égard des tiers, il en est autrement, nous le savons. Si donc le vendeur refuse de réaliser la vente par écrit, et de fournir ainsi à l'acquéreur un titre transcriptible, ce dernier devra tenter de faire reconnaître la vente en justice, et d'obtenir un jugement, conformément à l'art. 1^{er}, § 3 de la loi de 1855. Mais il est facile de voir que cela demandera bien du

temps, car outre les lenteurs nécessaires de la justice, il y aura lieu ici à une procédure spéciale et compliquée, enquête, délation de serment, interrogatoire sur faits et articles, etc. Or, le jugement ne rétroagira pas, et le vendeur, s'il est de mauvaise foi comme notre espèce le fait supposer, aura certes le temps de revendre l'immeuble litigieux à un second acquéreur, qui fera transcrire son contrat, au préjudice du malheureux demandeur, bien avant que ce dernier n'ait vu la fin de son instance.

Cet inconvénient serait évité si la loi permettait à cet acquéreur de faire transcrire son exploit introductif d'instance.

II. — **Autres actes.**

Il nous reste à signaler la dispense de publicité résultant de la législation actuelle en faveur des actes ci-après indiqués, en nous demandant simplement si les raisons juridiques sur lesquelles cette dispense s'appuie, en supposant qu'elles fussent suffisamment fondées en droit, doivent prévaloir contre l'intérêt évident qu'auraient les tiers à être informés des événements qu'ils constatent.

Ces actes sont les suivants :

1^o Les actes contenant confirmation de conventions translatives de propriété immobilière, quel que soit le vice de fond ou de forme que la confirmation a pour objet d'effacer : violence, erreur, dol, lésion, incapacité ; les actes contenant ratification, acceptation de emploi, et autres analogues, et même l'acte par lequel les héritiers du donateur auraient confirmé une donation nulle en la forme conformément à l'art. 1340 du c. c.

2^o Les actes contenant résolution même amiable de contrats translatifs de propriété immobilière, lorsque celui qui les a consentis ne l'a fait que pour échapper à

une résolution judiciaire inévitable — et remarquons qu'ici nous n'avons même pas la mention prescrite par l'art. 4 de la loi de 1855.

3^o L'acte constatant l'exercice de la faculté de réméré, et même la cession à un tiers de ladite faculté de réméré.

4^o Enfin l'acte constatant l'exercice d'une faculté légale de retrait, soit d'indivision, soit litigieux, soit successoral.

Sans nous étendre davantage sur ce que nous appellerons ces lacunes de la publicité, nous nous contenterons de reproduire en l'approuvant le vœu émis par la Sous-Commission juridique du cadastre le 2 juillet 1891, sur la proposition de M. Bufnoir : « *Il est utile, sans distinguer entr'eux, de donner la publicité à tous les actes et faits qui marquent une modification dans l'état de la propriété immobilière.* »

CHAPITRE II.

Sur les conditions extrinsèques de la transcription, ou des formes exigées pour admettre les actes à la transcription.

Nous avons vu que la loi française admet à la transcription tous les actes quelconques qu'il plait aux parties d'y présenter, en quelque forme qu'ils soient établis; la loi belge de 1851, au contraire, a décidé que seuls les actes authentiques et les actes sous seings privés reconnus en justice ou devant notaire, seraient susceptibles de recevoir cette formalité. Nous avons dit aussi que le nouveau code italien du 15 juin 1865 exige la même chose. Enfin, une loi du 27 juillet 1889 a prescrit, en Alsace-Lorraine, la nécessité de l'authenticité pour tous actes translatifs et attributifs de propriété immobilière : les actes sous seings privés n'y sont que productifs d'obligations (1). Nous devons maintenant examiner les arguments présentés à l'appui de l'une et l'autre décision.

La question est loin d'être nouvelle dans notre jurisprudence.

Dans les pays de nantissement, on n'admettait à l'accomplissement des œuvres de loi que les seuls actes passés devant notaires, ou dont la signature et la sincérité étaient reconnues par les parties au moment de leur comparution devant l'officier public chargé de la réalisation.

(1) V. Bulletin de législ. comp. Blumstein. Avril 1890.

La loi de brumaire était muette sur ce point : le ministre de la justice exclut de la transcription les actes sous seings privés par une décision du 25 pluviôse an VIII (1) ; mais la Cour de Cassation les y admit par deux arrêts du 23 messidor an X, et du 27 nivôse an XII (2).

Les mêmes doutes se reproduisirent après le Code civil ; mais ils furent levés dans le même sens par un avis du Conseil d'État du 12 floréal an XIII (3).

Lors de l'enquête de 1844, plusieurs Cours d'appel, entr'autres celles d'Aix et de Montpellier, se prononcèrent pour l'obligation de l'authenticité ; et dans la Commission législative chargée d'examiner le projet de la loi votée le 23 mars 1855, une minorité importante s'était prononcée dans le même sens.

Voici les principaux arguments invoqués en faveur de l'obligation de l'authenticité pour les actes assujettis à la transcription.

Les contrats translatifs de propriété, a-t-on dit, ont besoin de tant de certitude et de stabilité, que la plupart des législateurs ont exigé qu'ils fussent revêtus de l'authenticité, et qu'ils eussent pour base des actes faisant par eux-mêmes pleine foi de leur date et de la volonté des parties.

En effet, la transcription des sous seings privés est favorable à la fraude et dangereuse pour les tiers : les sous seings privés renferment souvent des obscurités, des irrégularités, des nullités ; la transcription leur donne une apparence de valeur qui tend à faire illusion et à tromper les tiers : elle dissimule les fausses signatures. L'original peut-être détruit ; la transcription opérée à la

(1) Docum. hyp. 1844. I, p. 329.

(2) Sir. 3. 1. 31 et 4. 2. 296.

(3) Docum. hyp. — *Loc. cit.*

requête d'une des parties ne fait pas foi contre l'autre, et on peut transcrire un acte faux. Supposons que le prétendu vendeur dénie sa signature dix ans ou plus après le contrat, et la publicité n'aura été qu'un leurre, si la vérification tardive ne confirme pas la véracité du titre.

L'authenticité est la conséquence nécessaire de la nécessité de la transcription : *« En faisant dépendre la transmission de la propriété à l'égard des tiers de la transcription des actes, on veut donner au droit du propriétaire un cachet de stabilité et de publicité ; mais le but serait en partie manqué si les actes eux-mêmes n'étaient pas revêtus d'un caractère évident de certitude et de vérité. La loi, attachant un effet important à la formalité qu'elle ordonne, serait imprévoyante si elle permettait d'appliquer cette formalité à des actes dont on pourrait plus tard dénier l'existence ou la valeur. »* (M. d'Anethan, rapporteur de la loi belge au Sénat.)

La loi, en exigeant pour la transcription l'authenticité, ne prescrirait rien d'ailleurs contre la liberté des conventions, car les actes sous seings privés resteraient valables entre les parties ; elle déterminerait seulement le genre de preuve à employer à l'égard des tiers. Or les tiers étant étrangers à l'acte, ils ne doivent pas être exposés à toutes les conséquences qui découlent de la fragilité d'un titre sous seings privés.

En 1855, on a surtout maintenu les sous seings privés par respect pour le Code civil ; mais il ne faut pas que l'admiration devienne une idolâtrie qui arrête tout progrès.

Quant aux frais des actes authentiques, ils ne sont pas beaucoup plus élevés que ceux des actes sous seings privés, car ils sont majorés seulement des honoraires du notaire, soit en général 1 0/0 du prix de la vente ; et

d'ailleurs les agents d'affaires qui souvent rédigent les sous seings privés sont au moins aussi exigeants.

On a proposé de remplacer l'authenticité par le dépôt de l'acte sous seings privés en l'étude d'un notaire ; mais cette demi-mesure ne serait pas suffisante : si en effet ce dépôt peut avoir lieu par une seule partie, sans aucune justification ni sans aucun examen de la part du notaire, il n'y a nulle garantie obtenue, car un acte faux, altéré, irrégulier, ou avec des signatures supposées pourra être tout aussi facilement déposé chez le notaire qu'à la transcription ; et si au contraire il doit être fait par toutes les parties, avec reconnaissance d'écritures et au besoin rectification par le notaire, nous rentrons dans tous les inconvénients et les frais reprochés aux actes authentiques, avec cette aggravation qu'un tel dépôt sera souvent rendu impossible par la mort ou la mauvaise volonté de celles des parties qui n'y ont aucun intérêt.

Au surplus, sans parler des contrats de mariage et des donations, est-ce que l'authenticité n'est pas exigée pour les constitutions d'hypothèques et pour les radiations ? Et même pour les plus simples obligations, la loi veut que le billet soit écrit en entier de la main du souscripteur, ou tout au moins qu'il porte en toutes lettres et de sa main la mention de la somme due, précédée de « bon pour » ou « approuvé ». Et quand il s'agit du contrat le plus important, non seulement elle admet le sous seings privés, mais même cet acte peut être écrit en entier de la main d'un étranger !

Quelque instruction qu'on suppose à la générosité des Français, elle ne peut aller jusqu'à faire qu'ils puissent apprécier seuls tout ce qui doit entrer dans un acte de vente immobilière, les garanties qu'ils doivent exiger, la vérification des titres et de la propriété du vendeur, les

conditions les stipulations relatives aux servitudes et autres charges, etc.

Tous ces arguments sont loin de manquer de portée ; il est évident que c'est le principe de l'authenticité qui répond le mieux au but de la transcription, et qui consolide le plus efficacement le droit de propriété, en mettant le mieux les tiers acquéreurs à l'abri des évictions. Mais, en fait, il ne faut pas s'exagérer le danger des sous seings privés. Les procès qu'ils occasionnent ne sont pas sensiblement plus nombreux que ceux qui s'élèvent sur les actes notariés ; on s'en sert depuis que le Code existe, et rien ne nous a révélé jusqu'à présent que nous fussions inondés d'actes faux ou altérés.

La transcription n'ajoute rien à la possibilité de faire des actes faux, ou de détruire les vrais. Exiger l'authenticité pour les actes admis à la transcription équivaldrait presque à prohiber les actes sous seings privés pour les conventions de cette nature. Le vrai but de la transcription n'est-il pas d'arriver à ce qu'aucun acte ne puisse être opposé aux tiers s'ils n'ont pu le connaître ? Or, ce but est atteint aussi bien par la transcription des sous seings que par celle des actes authentiques.

Le danger ne paraît donc pas si grand qu'on doive à tout prix supprimer un usage si profondément entré dans nos mœurs et porter une atteinte si grave à la facilité et à la liberté des transactions.

Enfin, l'augmentation des frais d'actes ne serait pas une quantité aussi négligeable que les partisans de l'authenticité le disent. Outre que les honoraires du notaire, tout modestes qu'ils sont eu égard aux énormes déboursés d'enregistrement qu'occasionnent les mutations immobilières, ne laissent pas que d'augmenter sensiblement la somme à payer lorsqu'il s'agit d'un immeuble important, il faut remarquer que sur les tran-

sactions de peu d'importance, il y a encore à compter avec certaines dépenses, telles que le coût de l'expédition, timbre et rôles, l'augmentation du coût de la transcription causée par la plus grande longueur des actes notariés, et d'autres petites dépenses encore, qui peuvent très bien arriver à doubler et à tripler les frais des petits contrats, si communs en France à cause de l'extrême division du sol.

En résumé nous pensons que, tant que notre législation n'aura pas abandonné le système de la publicité simple pour adopter celui de la légalité, il y aurait plus d'inconvénients que d'avantages à prescrire la nécessité de l'authenticité pour tous les actes assujettis à la transcription, — tout en reconnaissant d'ailleurs que ces avantages seraient réels et même importants.

CHAPITRE III.

Sur les conditions intrinsèques de la transcription

SECTION I.

Sur la transcription intégrale.

L'obligation de copier en entier sur les registres des Conservations d'hypothèques tous les actes présentés à la transcription, et celle qui en résulte de délivrer les états de transcriptions contenant également ces copies entières, ont été depuis longtemps l'objet de critiques très violentes et assurément fondées sur des raisons solides. Lors de l'enquête de 1841, les Cours d'Aix, de Caen, la Faculté de Paris se sont faites les échos de ces réclamations, et l'article 3 du projet de la loi de 1855 y avait fait droit.

Il est incontestable que le système actuel embarrasse les archives des Conservations d'une masse énorme de registres, et surcharge le Conservateur d'un travail auquel une armée de commis à peine à suffire : les actes notariés surtout ont souvent une longueur demesurée, et il faut bien reconnaître que cela est souvent nécessaire, ne fût-ce qu'à cause de l'obligation où sont les notaires d'établir une origine de propriété longue et compliquée. Il en résulte que, loin de mettre en lumière le droit à rendre public, notre système obscurcit plutôt ce droit caché et enfoui qu'il est parmi les détails

surabondants, les clauses innombrables où il faut le découvrir.

Il ne peut exister, avait-on dit encore dans l'exposé des motifs de la loi de 1855, qu'un seul registre des transcriptions ; et si l'acte doit y être copié en entier, l'employé ne pouvant accomplir ce travail que seul et sans coopération simultanée, il est impossible de le faire avec la célérité voulue par l'intérêt des parties. Mais cette objection ne porte plus depuis que l'administration a, par une instruction portant le n^o 2051, autorisé les conservateurs à ouvrir plusieurs registres de transcription et à les tenir simultanément toutes les fois que l'exigent les besoins du service.

Le reproche le plus grave, à mon avis, est celui-ci : les frais que nécessite la copie des actes à transcrire sur des registres timbrés sont considérables ; les droits de timbre, les rôles d'écritures à raison de un franc par rôle, et en outre les mêmes frais qui se renouvellent lors de la délivrance de chaque état demandé au conservateur, formeront un total assez effrayant pour que les tiers reculent souvent devant des formalités et des recherches souvent indispensables à leur sécurité.

Aussi on avait proposé deux systèmes différents pour éviter ces graves inconvénients.

Le premier fut présenté par l'art. 3 du projet de loi devenu plus tard notre loi actuelle. Il consistait en deux opérations distinctes : 1^o le dépôt au bureau de la conservation d'une copie entière de l'acte ou du jugement à transcrire, signée soit par le notaire, soit par l'avoué selon le cas, et classée par ordre de date par le conservateur qui devait en donner récépissé ; 2^o et la transcription par extrait contenant la désignation des parties, la date de l'acte, la nature et la situation de l'immeuble,

la nature des droits transmis ou reconnus, et le jour et l'heure du dépôt.

« La transcription par extrait, dit M. Suin dans l'exposé des motifs, permet une expédition plus prompte ; le registre devient un répertoire qui donne toutes facilités pour se reporter à l'acte lui-même ; enfin les copies, classées avec ordre, formeront un dépôt qui rassurera les intéressés contre la perte possible des minutes ou des originaux comme cela a déjà lieu pour les actes de l'État civil. »

Ce projet, qui d'ailleurs paraissait n'admettre à la transcription que les actes authentiques bien que l'exposé des motifs ait dit que, pour les actes sous seings privés, la signature des officiers ministériels serait remplacée par celle des parties, fut repoussé par la Commission législative dont l'avis fut accepté par le Conseil d'état et définitivement par le Corps législatif, par la raison que la double formalité du dépôt du titre à conserver et de l'inscription par extrait produisait une complication sans économie de temps ; qu'elle remplaçait la copie littérale du titre par un simple extrait qui n'offrait ni les mêmes garanties, ni les mêmes avantages ; qu'enfin la transcription n'était pas mentionnée sur l'original du titre. Nous avouons que ces raisons ne nous paraissent pas péremptoires.

On en a ajouté une autre qui ne nous convainc pas davantage ; et néanmoins nous croyons que c'est elle qui a déterminé le législateur, car elle rentre bien dans l'esprit général de la loi. Celle-ci en effet a cherché le plus possible à éviter au conservateur des hypothèques les risques de responsabilité professionnelle, comme le témoignent notamment les articles 2150, 2181 et 2196 c. c. Ces articles prouvent manifestement cette préoccupation en prescrivant aux conservateurs, en toutes

circonstances, de copier intégralement les actes et bordereaux qui leur sont présentés, et d'en délivrer des copies, jamais des extraits. Or, a-t-on dit, la rédaction de l'extrait à insérer par le conservateur, outre qu'elle prendrait autant de temps que la transcription, puisqu'elle devrait être faite avec un soin minutieux, engagerait gravement sa responsabilité ; on ne doit exiger de lui que de l'exactitude et du soin, jamais un travail d'esprit qui lui soit propre, tel que d'apprécier le mérite ou la validité des actes, ni d'en faire des extraits analytiques.

Un autre système de publicité a été proposé, pour éviter les inconvénients de la transcription intégrale, par la Cour de Caen en 1841. Après avoir écarté l'idée de faire transcrire des extraits dont la rédaction serait confiée aux notaires ou aux parties, la Cour s'est arrêtée au système déjà en vigueur pour les inscriptions hypothécaires, et la Faculté de Paris s'est prononcée pour le même mode de publicité.

Il consiste en la présentation au conservateur de deux bordereaux rédigés par les parties ou par leur représentant, et contenant la désignation de la nature du droit immobilier, de la situation de l'immeuble, de la date et de la nature du titre, et enfin la désignation précise des parties. Le conservateur n'aurait qu'à transcrire l'un des bordereaux, sans encourir aucune responsabilité, laquelle retomberait en entier sur les parties.

Cette procédure laisse subsister le reproche qu'on peut faire à tout système autre que celui de la transcription intégrale : celui de soumettre les parties à des opérations épineuses, car une négligence ou une omission dans le bordereau peut avoir des conséquences ruineuses pour les intéressés. Les clauses diverses d'un acte, s'interprétant les unes par les autres, forment un tout dont

le sens et l'effet sont indivisibles et solidaires ; la rédaction des bordereaux sera une opération délicate, et pourra présenter des obscurités dangereuses et génératrices de procès nombreux. Mais on peut répondre à cela que ce sera l'affaire des parties, et que, d'ailleurs, on admet bien aujourd'hui à la transcription des actes sous seings privés, dont la rédaction n'offre pas plus de garanties, et dont les imperfections offrent les mêmes inconvénients et les mêmes dangers. Enfin, on peut ajouter encore que la loi a établi ce système de bordereaux pour les inscriptions hypothécaires, matière tout au moins aussi délicate et aussi importante.

En résumé, je ne vois pas de motifs irréductibles pour écarter le système préconisé par la Cour de Caen et la Faculté de droit de Paris, dans le cas où une réforme hypothécaire se contenterait d'améliorer notre système de publicité en en conservant les effets actuels.

SECTION II.

Sur le Mode de Publicité : Personnalité, Réalité.

En matière de législation immobilière, il n'y a de publicité vraiment digne de ce nom que celle qui résulte d'un procédé d'investigation prompt, facile, sûr, peu dispendieux, accessible à tous. Notre système actuel est loin de répondre à cet idéal.

D'abord, les registres des conservations d'hypothèques sont publics en ce sens seulement que nous pouvons, par l'intermédiaire du conservateur, en obtenir des extraits littéraux fort coûteux ; mais il ne faudrait pas croire qu'ils sont ouverts aux particuliers pour y faire des recherches personnelles qui fourniraient des indications sommaires suffisantes, aux risques et périls des intéressés.

Lorsqu'en effet nous désirons nous assurer qu'un immeuble que nous voulons acquérir, ou sur lequel nous voulons acquérir un droit réel, appartient bien à la personne qui nous l'offre en vente ou en garantie, et qu'elle ne l'a pas aliéné ou grevé jusqu'à présent, nous devons demander au Conservateur des hypothèques des états de transcriptions et d'inscriptions. Occupons nous seulement de la question de propriété, et voyons ce que c'est qu'un état des transcriptions, comment on l'obtient, et quelle garantie il peut nous offrir.

La demande à faire au Conservateur doit désigner avant tout les noms, prénoms, domicile du propriétaire actuel d'une façon exacte ; et en outre ceux de tous les propriétaires précédents qui ont possédé l'immeuble dont il s'agit, en remontant à 30 ans au moins ; et encore ce temps peut être insuffisant, s'il y a eu à l'égard de quelqu'un des causes de suspension de la prescription.

Il est vrai qu'à la rigueur, en ne désignant au Conservateur qu'un seul de ces propriétaires successifs, il pourra arriver, en remontant sur ses registres la chaîne de toutes les mutations jusqu'à 30 ans en arrière, et en la descendant jusqu'à ce jour, arriver à délivrer néanmoins un état complet, si toutefois il n'y a eu, pendant ce temps-là, de l'immeuble intéressant, que des mutations sujettes à la transcription ; mais s'il y a eu par exemple une seule mutation par décès, ce sera impossible, la chaîne sera interrompue, et nous devons donc forcément arriver à découvrir et à indiquer sur notre demande d'état, tous les propriétaires successifs, sans exception.

Ceci fait nous terminons notre demande par la désignation de l'immeuble.

Que va faire le Conservateur ? Il va chercher sur ses

registres toutes les transcriptions qui y figurent au nom de chacun des propriétaires désignés sur la demande, et il vérifiera chacune de ces transcriptions, pour arriver à connaître celles qui intéressent l'immeuble indiqué. Et enfin il délivrera, sur papier timbré, la copie intégrale de ces dernières transcriptions.

C'est donc par les noms des propriétaires et non par la désignation de l'immeuble, que l'on peut arriver à avoir le renseignement désiré : les personnes, non les biens, ont un compte ouvert aux bureaux d'hypothèques; en un mot, notre publicité est personnelle.

Il est facile de se rendre compte que ce n'est qu'après des recherches très longues, très minutieuses, et très coûteuses, qu'on arrivera de cette façon au résultat nécessaire. Et il en sera de même pour l'état des inscriptions grevant l'immeuble, à cela près que la copie des bordereaux sera généralement plus courte et moins coûteuse que celle des actes de mutations : mais les recherches seront faites de la même façon et avec les mêmes difficultés.

En résumé, et pour reconstituer l'état juridique d'un immeuble, il faut rassembler des documents disséminés de tous côtés, dans un nombre immense de registres, et comme l'a dit très spirituellement un publiciste éminent, membre de la Sous-Commission juridique du cadastre, « on peut comparer notre livre foncier actuel à une sorte de jeu de patience dont tous les petits morceaux de bois seraient enfouis, épars, dispersés dans les tiroirs de tous les bureaux d'enregistrement et d'hypothèques ». On peut bien arriver, nous venons de le voir, à les rassembler à force de travail et de soins; mais c'est un résultat essentiellement éphémère, et si, trois jours après, le besoin se fait sentir de nouveau

d'obtenir un état semblable, il faut recommencer exactement les mêmes recherches.

Assurément, le système de publicité personnelle nous paraît fort utile, sinon tout-à-fait indispensable, soit, par exemple, qu'on veuille se procurer l'état général des dettes hypothécaires d'une personne, avec laquelle on se propose de contracter un mariage, une association, ou toute autre affaire importante ne concernant pas un immeuble spécialement déterminé; soit qu'en vue d'un inventaire ou d'une liquidation, on veuille connaître toutes les aliénations consenties par elle depuis son mariage afin d'établir ses reprises contre la communauté, etc. Mais d'un autre côté il est incontestable que si outre notre publicité personnelle, nous avons en même temps un système de publicité réelle, c'est-à-dire si nous avons un répertoire foncier prenant pour point de départ les biens eux-mêmes, et formant un véritable état civil des propriétés foncières, ce régime répondrait infiniment mieux à la définition, à l'idéal que nous en avons donné en tête de la présente section.

Que faudrait-il donc pour qu'on pût établir un tel répertoire foncier, indiquant du premier coup et sans recherches pour ainsi dire tout ce qu'il est utile de connaître relativement à un immeuble donné ?

Il faudrait, dans l'état actuel de notre législation foncière, deux choses essentielles :

La première serait de rendre obligatoire la transcription ou l'inscription de tous les faits intéressant la propriété foncière; et nous avons fait connaître, tout au moins pour les actes et faits intéressant le droit de propriété lui-même, toutes les lacunes qui existent encore, à notre avis du moins, dans notre loi, et qu'il serait en même temps urgent et facile de combler.

La deuxième serait d'arriver à individualiser, à dési-

guer chaque immeuble par un mode approprié, facile, certain, réfractaire aux erreurs et aux confusions. Ce moyen existe-t-il? Et d'abord le mode de désignation actuellement employé est-il suffisant? Certains bons esprits le prétendent. Il s'agit en effet simplement d'assurer l'identité des immeubles; or, il serait difficile peut-être de trouver, dans la pratique et dans la jurisprudence, des exemples établissant qu'on se soit jamais trompé sur tel ou tel immeuble, ou que l'identité d'un immeuble ait pu être contestée. D'autres personnes non moins éminentes soutiennent qu'un cadastre irréprochable et continuellement mis à jour est la condition inéluctable d'un système de publicité réelle. Nous devons reconnaître que les praticiens qui se sont occupés de la question ont été en général du premier avis: je citerai M. Vavasseur, avocat à la Cour d'appel; M. Flour de Saint-Genis, Conservateur des hypothèques à Paris; M. Liotard-Vogt, directeur général de l'Enregistrement, des Domaines et du Timbre, tous membres de la Sous-Commission juridique du cadastre, qui ont déclaré qu'il y avait, dans l'organisation actuelle, les ressources et l'outillage nécessaires à l'établissement d'un répertoire foncier, qui pourra être satisfaisant et complet lorsque tous les actes et faits intéressant la propriété immobilière auront été assujettis à la publicité.

Nous nous rangerons d'autant plus volontiers à cette opinion, que nous aurons l'occasion d'établir dans la section suivante à quelles difficultés diverses et redoutables on paraît devoir se heurter si on subordonne la réforme dont nous nous occupons ici à la réfection du cadastre.

SECTION III.

Sur la légalité et sur l'établissement des livres
fonciers en France.

§ 1^{er}. — Des inconvénients du régime de la
publicité simple,
et des avantages du système de légalité.

Faisons maintenant abstraction de toutes les critiques que nous avons adressées jusqu'ici à notre législation foncière, ou plutôt supposons pour un instant que, grâce aux réformes législatives réclamées et ci-dessus examinées, nous possédons en France un système complet de publicité simple, aussi irréprochable que possible, et voyons-en les résultats au point de vue de la sécurité des transmissions immobilières.

Nous l'avons dit : la transcription est toute mécanique. Le Conservateur y joue simplement le rôle d'un copiste. Il transcrit tout ce qu'on lui présente, sans pouvoir faire aucune vérification de la régularité, de la sincérité, de la validité en un mot des actes à lui présentés. La transcription ne fait foi que d'elle-même.

Comme le dit Merlin (1), elle ne donne rien de plus à l'acquéreur que ce que lui donnait son contrat d'acquisition ; elle n'est pas un titre nouveau dont on puisse exciper pour ou contre lui ; elle ne change pas le contrat, elle n'y ajoute rien. Elle ne purge donc pas les vices de l'acte, et celui qui pouvait revendiquer contre l'aliénateur pourra aussi revendiquer contre l'acquéreur malgré la transcription de l'acte.

(1) Questions de droit, au mot Expropriation.

Ainsi encore, si parmi les précédents propriétaires il y en a un qui n'a pas transcrit, les transcriptions de tous les contrats postérieurs sont une vaine illusion de publicité, car aucun de ces contrats, bien que transcrits, ne sera opposable aux tiers qui auront acquis des droits du chef des propriétaires antérieurs, à partir de celui sur l'aliénation duquel on n'a pas fait transcrire.

En un mot, la transcription ne protège l'acquéreur qu'à l'égard des actes de disposition de celui dont il procède.

Mais ce n'est pas tout : l'acquéreur qui a transcrit peut n'avoir pas acquis du véritable propriétaire. Son titre peut être nul pour vices de forme, ou pour des vices du consentement, erreur, dol, violence, incapacité; il peut être sujet à rescision pour lésion. Si ce titre est une donation, non seulement elle peut être attaquée en nullité pour les causes que nous venons d'énumérer, mais de plus elle peut être sujette à rapport en nature, à réduction, à révocation pour inexécution des conditions, pour survenance d'enfant.

N'est-ce pas effrayant? car ces causes de rescision de de la propriété sont occultes pour la plupart; elles ne naissent pas des stipulations des parties. Elles trouvent leur source dans la loi, dans la position des contractants, quelquefois même dans des faits postérieurs à l'acte qui a opéré la transmission, par exemple dans certains cas de rapport, de réduction, de révocation.

Il semble bien résulter de toutes ces critiques que la loi actuelle ne répond guère d'une façon satisfaisante à la question que nous nous posons en tête de cette troisième partie de notre étude : Si nous voulons acheter un immeuble, pouvons-nous savoir facilement et sûrement si l'individu avec lequel nous nous

proposons de traiter est bien le véritable propriétaire de l'immeuble ?

Les dispositions de notre loi civile en matière immobilière peuvent faire l'admiration des théoriciens ; au point de vue pratique, elles ne sont pas satisfaisantes ; elles présentent de telles complications, que des jurisconsultes de profession peuvent à peine s'y reconnaître. Voyons, par exemple, quelles sont les justifications exigées d'un conservateur des hypothèques qui a à établir la propriété des immeubles qu'il doit affecter à son cautionnement ; la circulaire officielle relative à ces justifications dit littéralement ceci :

« Il faut vérifier la capacité des vendeurs ; rechercher notamment, s'il s'agit d'un bien dotal, si l'aliénation a été autorisée ; et dans le cas où la vente ne pouvait être faite qu'à titre de emploi si ce emploi a été régulièrement effectué ; lorsqu'il s'agit de biens appartenant en tout ou en partie à des mineurs, si la vente a été faite avec les solennités requises, etc. Il est nécessaire en outre de vérifier l'identité des biens, de s'assurer que l'aliénation a été consentie par tous les ayants droit. On doit examiner également si l'immeuble vendu était susceptible d'être aliéné, si le prix a été payé, si l'action résolutoire se trouve éteinte ; ou si la poursuite de folle-enchère ne peut plus être intentée, etc. »

Telles sont les justifications exigées pour l'établissement de la propriété s'il s'agit d'une vente ; elles seront au moins aussi nombreuses et aussi difficiles si les biens ont été donnés, ou acquis à titre de successions et ainsi de suite.

Enfin, il faut reconnaître que malgré les précautions et les recherches les plus minutieuses, aidées par la science la plus profonde, on ne pourra pas toujours se flatter d'arriver à une certitude absolue de la propriété.

Les annales judiciaires nous en donnent des exemples saisissants, et je me contenterai de citer le suivant : Une personne achète un immeuble d'un propriétaire qui le possédait depuis longtemps en vertu d'une donation. Le vendeur produit à l'acquéreur une expédition en bonne et due forme de l'acte de donation qui forme son titre de propriété ; la donation avait été transcrite ; l'acte de vente l'est également. Puis plus tard, on vient à découvrir qu'un des renvois de la minute de la donation n'a pas été paraphé par l'un des témoins instrumentaires ; et la Cour de Besançon, puis la Cour de Cassation (1) décident que cette nullité de forme est opposable à l'acheteur, lequel est évincé de son acquisition.

On comprend donc que les partisans de la légalité, de la force probante absolue de l'inscription aux registres publics, aient beau jeu, en présence de cet état de choses, pour vanter les bienfaits de leur système, qui est assurément séduisant.

Il faut, s'écrient-ils, ne plus laisser planer l'incertitude sur la propriété ; il faut qu'on puisse acheter en toute sécurité, sans avoir à scruter péniblement les origines de la propriété de l'immeuble, et sans avoir à répondre du fait d'autrui. Il faut enfin aboutir à ceci, que l'acquéreur de bonne foi, qui traite avec une personne que le registre public lui présente comme titulaire du droit de propriété, sera désormais à l'abri de toute revendication, de quelque nature qu'elle soit. En un mot, il faut la force probante absolue des inscriptions aux registres publics.

Ce desideratum se réalise, en pratique, par le système

(1) Cass^{on} 1867, Arrêt cité par M. Challamel, à la S^e-Com^{on} du cadastre Séance du 5 novembre 1891.

Voyez aussi Pau, 5 février 1866, D, 66, II, 194.

du livre foncier, dont la législation germanique nous offre des exemples, ainsi que nous l'avons exposé plus haut.

L'établissement des registres fonciers en France a été réclamé par le Congrès international convoqué par le ministre des finances en 1889 pour l'étude de la transmission de la propriété foncière ; et après avoir émis ce vœu, le Congrès avant de se dissoudre a nommé dans son sein une commission permanente chargée d'étudier les moyens pratiques d'application du livre foncier, et la réfection du cadastre, parceque ce dernier serait, de l'avis à peu près général, la base première et le point de départ nécessaire du système.

Nous aurons à signaler plus loin le revirement qui s'est produit plus tard dans l'orientation des résolutions du Congrès de la propriété foncière lors de sa dernière session en octobre 1892.

A la suite des premières résolutions du Congrès, le Ministre des Finances institua, nous l'avons dit, une Commission extra-parlementaire dite du Cadastre, afin de préparer un projet de loi destiné à les réaliser. La Commission s'est subdivisée en trois Sous-Commissions, technique, juridique, et enfin des voies et moyens ; les deux premières Sous-Commissions ont déjà réalisé un travail considérable, et leurs décisions vont nous fournir la matière du paragraphe qui suit. Quant à la troisième, elle ne doit fonctionner que lorsque les deux premières auront fourni leurs conclusions, et elles sont loin encore d'avoir terminé leur tâche.

§ II. — **Exposé succinct des résolutions adoptées par les Sous-Commissions du Cadastre.**

Nous aurons peu de chose à retenir des travaux de la Sous-Commission technique, au point de vue de notre

étude : ces travaux ont consisté à peu près exclusivement jusqu'ici en expériences diverses, et en enquêtes destinées à se rendre un compte exact de l'état actuel du cadastre, et des moyens à employer pour arriver, soit à le rectifier, soit à le refaire en entier.

Nous nous contenterons donc de signaler la résolution suivante, adoptée dans la séance du 4 juillet 1892 : « *Il est nécessaire de procéder à la réfection intégrale de tous les plans cadastraux, sauf à conserver ceux qui seront reconnus susceptibles d'être utilisés.* »

La Sous-Commission juridique nous retiendra plus longtemps. Composée d'une pléiade d'hommes éminents à plus d'un titre, jurisconsultes, administrateurs, économistes, avocats, notaires, délibérant sous la présidence de M. Léon Say, elle a tenu depuis deux années de nombreuses séances, et les procès-verbaux de ses séances témoignent des discussions les plus savantes. C'est à une grande majorité qu'elle a émis les vœux et les propositions que nous allons faire connaître.

Après s'être occupée de diverses réformes hypothécaires qui sortent du cadre de notre étude, elle a adopté, le 12 novembre 1891, une proposition de MM. Neymarck et Challamel ainsi conçue : « *Sous réserve de la solution des questions techniques et fiscales soumises aux deux autres Sous-Commissions, la Sous-Commission juridique est d'avis qu'il y a lieu d'établir des livres fonciers.* »

Puis, étudiant la question de savoir en quelle forme les livres fonciers devront être établis, elle a successivement voté les propositions suivantes :

« *Il sera établi, par commune, un livre foncier par feuillet réel, c'est-à-dire par unités foncières.*

« *L'unité foncière est constituée par toute étendue de terre contenant une ou plusieurs parcelles contiguës*

appartenant au même propriétaire et situées dans la même commune.

« *Le livre foncier est divisé en N parties :*

« *La première contient la détermination physique de l'immeuble d'après le cadastre mis à jour, avec l'indication du numéro matricule et des lettres de section de l'unité foncière; elle comprend également l'indication des lieuxdits, de la contenance de l'unité foncière et des numéros des parcelles qui la composent et des constructions qui s'y trouvent. Elle comprend enfin l'indication des mitoyennetés et des servitudes actives et passives.*

« *La deuxième partie contient : 1^o La désignation des propriétaires, avec indication des causes et dates des inscriptions; 2^o les restrictions, démembrements et charges qui grèvent l'immeuble; 3^o les privilèges et hypothèques. »*

Après une longue discussion sur les autres mentions qui devront figurer dans les livres fonciers, la Sous-Commission se prononça notamment pour l'insertion des énonciations relatives à la capacité des personnes, et aussi pour la création d'un répertoire alphabétique par noms de propriétaires, portant en face de chaque nom les communes où chacun d'eux possède des unités foncières et les numéros de ces unités. Ce répertoire est destiné uniquement à faciliter les recherches dans le livre foncier et ne pourra jamais avoir de valeur légale. Puis, la Sous-Commission aborda enfin la question de la force probante, de l'autorité à accorder aux livres fonciers.

Disons-le tout de suite : c'était là véritablement le point le plus important, et cette question primait toutes les autres; car comme l'ont fait ressortir brillamment plusieurs orateurs, et notamment M. Flour de Saint-Genis, s'il s'agissait simplement d'arriver à une

publicité complète et à peu près irréprochable, le système actuel modifié convenablement pouvait très bien répondre à ce desideratum; les administrateurs, membres de la Commission, l'ont déclaré très nettement.

La force probante du livre foncier, c'est l'établissement du droit du propriétaire inscrit de manière à ne craindre aucune recherche pour le passé : on y arrive ordinairement par un enquête prolongée pendant un certain temps, et qui appelle tous ceux qui auraient des droits acquis ou éventuels à faire : après ce temps, la propriété se trouve purgée de tous vices cachés antérieurs, de toute action que ne fait pas surgir l'enquête.

Le principe de la force probante triompha presque à l'unanimité au sein de la Commission, qui, au cours de deux séances tenues les 2 et 9 juin 1892, adopta les résolutions suivantes :

I. — DE L'AUTORITÉ DE L'INSCRIPTION DANS LES
RAPPORTS DE L'ACQUÉREUR AVEC SON AUTEUR.

Entre les parties, la convention produit ses effets indépendamment de l'inscription.

L'auteur ne peut se prévaloir, à l'encontre de l'acquéreur, du défaut d'inscription; l'acquéreur malgré l'inscription prise, reste exposé à toute action en nullité ou en rescision.

II. — DE L'AUTORITÉ DE L'INSCRIPTION DANS LES RAPPORTS
DE L'ACQUÉREUR AVEC LES TIERS.

L'inscription met l'acquéreur à l'abri de toute action fondée sur un droit non inscrit ou intentée en raison d'une clause d'un contrat non inscrit.

Comme on le voit, la résolution n° 1 se borne à maintenir l'état de choses actuel entre les parties; mais la résolution n° 2, au contraire, consacre vis-à-vis des tiers

la force probante absolue des inscriptions aux livres fonciers.

Cette innovation profondément grave ne fut acceptée qu'après un débat approfondi ; car le projet d'ordre du jour soumis aux délibérations de la Sous-Commission apportait de singulières restrictions à ce principe ; ainsi il exceptait de la nécessité de l'inscription : la révocation des donations pour survenance d'enfants, celle des donations entre époux pendant le mariage, la réduction pour cause d'atteinte à la réserve héréditaire, et la nullité du partage d'ascendants dans les cas prévus par l'article 1078 c. c. (enfant omis) et l'article 1079 c. c., alinéa 2 (avantage excessif). Il exceptait encore les actions en nullité fondées sur l'incapacité d'une des parties, ou sur le défaut absolu d'acte notarié, lorsqu'un acte de cette nature est exigé par la loi.

La Sous-Commission a fini par rejeter purement et simplement toutes les exceptions proposées ; et en se plaçant à son point de vue, il est impossible de ne pas l'en féliciter, étant donnée la résolution qu'elle avait prise auparavant de créer un titre donnant une sécurité absolue. Si l'on admet, en effet, une seule dérogation au principe posé dans le premier paragraphe du projet (celui qui a été adopté et reproduit ci-dessus sous le n° 2), on supprime la possibilité de créer un titre transmissible ; et si ce titre ne contient pas la mention de toutes les causes de nullité et de rescision, sans aucune exception, on est obligé, comme aujourd'hui, de remonter toute la série des transmissions antérieures et de les vérifier scrupuleusement. Cet inconvénient entraînerait évidemment la chute de la réforme préconisée, qui perdrait alors sa principale raison d'être.

Une fois le principe du livre foncier admis, il paraît indispensable, en effet, qu'il présente la situation com-

plète, définitive de l'immeuble, sans qu'il soit nécessaire de faire des recherches dans les actes antérieurs, ni même dans les actes qui ont constitué le dernier état de la propriété.

Nous pouvons entrevoir déjà quelles atteintes on se dispose à porter à l'économie de toute notre législation civile ; mais continuons la relation des travaux de la Sous-Commission.

Ces principes établis, le comité de rédaction et d'études institué par elle lui apporta un avant-projet, précédé d'un rapport fait par M. Massigli, professeur à la Faculté de droit de Paris, au nom du Comité. Cet avant-projet servit désormais de base aux travaux de la Sous-Commission, et après diverses modifications, il fut voté par elle dans les termes suivants. (*Séances du 9 juin au 7 juillet 1892*). Nous pensons devoir reproduire en entier, malgré son étendue, ce projet de loi, qui représente assurément les tendances d'une partie considérable des jurisconsultes appelés à s'occuper de ces études préparatoires, et qui doit servir lui-même de base aux délibérations futures des législateurs, au jour prochain sans doute où le Parlement sera saisi de la question.

PROJET DE LOI

Sur la publicité des droits réels autres que les
privilèges et hypothèques.

ARTICLE PREMIER.

Tous actes et conventions entre vifs, à titre gratuit ou à titre onéreux, tous jugements passés en force de chose jugée, ayant pour effet de constituer, transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel immobilier, doivent être rendus publics par une inscription au feuillet de l'immeuble dans le Livre foncier.

ARTICLE 2.

Il en est de même :

1^o Des actes et jugements portant cession et règlement de mitoyenneté ;

2^o Des actes et jugements réglant le mode d'exercice d'une servitude légale ou les charges d'indemnité auxquelles elle peut donner lieu ;

3^o Des baux excédant douze années.....

4^o Des actes et jugements constatant..... paiement ou cession d'une somme supérieure à une année de loyers ou fermages non échus.

5^o Des actes et conventions de nature à restreindre le droit de disposer en matière immobilière.

6^o Des procès-verbaux de saisie immobilière ; ✓

7^o Des jugements déclaratifs de faillite et des jugements d'ouverture de liquidation judiciaire, lorsque l'actif comprend des droits réels immobiliers. ✓

ARTICLE 3.

A défaut d'inscription les droits et restrictions résultant des actes, conventions ou jugements visés par l'art. 1^{er} et les §§ 1, 2, 4 et 5 de l'art. 2, ne sont pas opposables aux tiers qui ont intérêt.

ARTICLE 4.

Les droits de propriété résultant des conventions matrimoniales au profit des époux ou de l'un d'eux sur des immeubles apportés lors de la célébration du mariage ou acquis depuis, ne peuvent être opposés aux tiers que s'ils ont reçu publicité par une inscription au Livre foncier.

Au cas d'acquisition d'un immeuble par le mari en son nom seul, au cours de la communauté, la publicité du droit de la femme résulte suffisamment de la mention qui est faite de l'existence de la femme et du régime matrimonial dans l'inscription opérée sous le nom du mari.

La déclaration de remploi pour le compte de la femme, faite par le mari dans l'acte d'acquisition d'un immeuble, ne peut être opposée aux tiers en vertu de l'acceptation postérieure de la femme, que si elle a été mentionnée dans l'inscription de l'acquisition ou si elle a fait l'objet d'une inscription spéciale antérieure à l'inscription de leurs droits.

Les restrictions au droit de libre disposition résultant pour la femme mariée de ses conventions matrimoniales demeurent exclusivement régies par les dispositions de la loi du 10 juillet 1850.

ARTICLE 5.

L'action résolutoire pour inexécution des conditions d'un contrat translatif ou déclaratif de droits réels immobiliers ne peut être exercée au préjudice des tiers, si

le droit de résolution n'a pas été rendu public par une inscription antérieure à celle de leurs droits.

La même règle doit être observée à l'égard du droit de révocation d'une disposition testamentaire pour cause d'inexécution des charges apposées à la libéralité, du droit de retrait établi par le deuxième paragraphe de l'art. 1408 du c. c., du droit de retour stipulé par un donateur dans les termes de l'art. 951 du c. c., de la faculté de réméré et de toute autre cause de résolution établie par la volonté des parties.

Dans le cas où la résolution pour inexécution des conditions peut être opposée aux tiers, il est loisible à ces derniers d'en prévenir les effets en désintéressant le demandeur. Ce droit peut être exercé tant que la décision prononçant la résolution n'est pas passée en force de chose jugée.

ARTICLE 6.

L'art 860 du Code civil est ainsi modifié : « Hors le cas d'une réserve expresse insérée dans la donation et régulièrement inscrite au Livre foncier, le rapport n'a lieu qu'en moins prenant lorsque le donataire a aliéné l'immeuble ou l'a grevé de droits réels avant l'inscription des droits des cohéritiers.

Le rapport est dû de la valeur de l'immeuble au jour de la donation, si la stipulation du rapport en nature n'y a pas été faite. Il est dû de la valeur au jour du partage, si la stipulation reste inefficace par défaut d'inscription en temps utile. »

ARTICLE 7.

X L'action en revendication du légitime propriétaire, les actions en rescision ou en nullité dirigées, soit contre un acte, soit contre un contrat translatif ou déclaratif de droits réels immobiliers, sont sans effets à l'égard des

tiers qui ont acquis à titre onéreux des droits sur l'immeuble dans l'ignorance des vices du titre de leur auteur.

Dans tous les cas, la partie intéressée est admise à méconnaître les droits qui n'ont été inscrits que postérieurement à la prénotation faite en vertu de sa demande sur le Livre foncier.

ARTICLES 8, 9 et 10. — (Sans intérêt pour l'objet de notre étude).

ARTICLE 11.

Les actions en nullité fondées sur les art. 446 et 447 co. sont sans effets à l'encontre des tiers qui ont acquis à titre onéreux des droits sur les immeubles aliénés par le débiteur, et qui les ont conservés avant la prénotation faite en vertu de la demande en nullité, à moins qu'ils n'aient eu connaissance des vices du titre de leur auteur.

Les aliénations et constitutions de servitudes ou de droits de jouissance, valablement consenties par le débiteur avant le jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire peuvent être utilement inscrites jusqu'à l'inscription dudit jugement.

ARTICLE 12.

La prescription soit acquisitive, soit extinctive peut s'accomplir à l'encontre d'un droit inscrit au livre foncier. Toutefois il n'est pas admis de prescriptions acquisitives contre les énonciations de la première partie du feuillet foncier. (C'est celle qui comprend la désignation complète de l'immeuble avec l'indication des mitoyennetés et des servitudes actives et passives.)

Les droits acquis par prescription sont inscrits au nom de l'acquéreur. L'inscription est opérée sur la production de l'acte ou du jugement qui constate que la prescription est acquise. La radiation des droits atteints par la

prescription extinctive est opérée d'après les mêmes règles.

La prescription ne préjudicie pas aux droits acquis à des tiers par des actes passés avec le titulaire du droit atteint par la prescription avant l'inscription ou la radiation faite en vertu de la prescription accomplie, sauf l'effet d'une prénotation.

Dans les cas où la prescription suppose un titre, elle ne commence à courir que du jour où il a été rendu public ; mais ses effets remontent, même à l'égard des tiers, au jour de l'inscription de ce titre.

ARTICLE 13.

Les transmissions de droits immobiliers après décès sont soumises à l'inscription au livre foncier.

Néanmoins, si la transmission s'opère indivisément au profit de plusieurs personnes, il leur est loisible de ne pas requérir inscription des droits indivis, et d'attendre l'évènement du partage, à moins que les tiers n'acquiescent, pendant l'indivision, des droits assujettis eux-mêmes à l'inscription.

ARTICLE 14.

Lorsque la succession est déléguée *ab intestat*, les héritiers et le conjoint survivant appelé en concours avec eux peuvent requérir inscription de leurs droits sur la seule production d'un acte de notoriété ou d'un intitulé d'inventaire.

Les successeurs qui sont tenus de se faire envoyer en possession par justice font inscrire leurs droits sur la production d'un extrait de la décision prononçant l'envoi en possession.

ARTICLE 15.

Les actes de notoriété et les intitulés d'inventaire

doivent relater la déclaration faite par les parties présentes ou par les témoins qu'il n'existe pas, à leur connaissance, d'autres héritiers du même degré ou d'un degré plus proche.

Ils constatent également, sur la déclaration des mêmes personnes, s'il existe ou non, à leur connaissance, des dispositions testamentaires ou autres portant sur les immeubles de la succession. S'il existe des dispositions de cette nature, l'inscription en fait mention, et elle n'a lieu que sauf l'effet des droits pouvant en résulter.

ARTICLE 16.

Les transmissions après décès, en vertu d'une disposition testamentaire ou autre, sont inscrites sur la production d'un extrait littéral de l'acte, appuyée, le cas échéant, d'un acte de notoriété ou d'un intitulé d'inventaire attestant l'absence d'héritiers réservataires.

S'il y a lieu à délivrance ou à envoi en possession, ces transmissions sont inscrites sur la production d'un extrait littéral du titre amiable ou judiciaire, constatant la délivrance ou l'envoi en possession.

Au cas de délivrance amiable, il doit être justifié de la qualité des successeurs qui l'ont consentie.

ARTICLE 17.

Lorsqu'une succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire, il doit en être fait mention dans toutes les inscriptions prises au nom de l'héritier. Cette mention vaut, au profit des créanciers et légataires de la succession, inscription du bénéfice de la séparation de patrimoines.

En cas de vacance, le jugement portant nomination d'un curateur doit être inscrit.

ARTICLE 18.

Les aliénations et constitutions de droits consenties à

titre onéreux par une personne inscrite en qualité d'héritier, de successeur irrégulier ou de légataire, et dûment rendues publiques, sont opposables à l'héritier ou au légataire véritable, s'il n'est prouvé que les tiers ont eu connaissance du défaut de droit de leur auteur, ou s'il n'y a eu prénotation.

Toutefois, le droit de l'héritier ou du légataire véritable prévaut, même à l'égard des tiers qui ont traité de bonne foi avec l'héritier ou le légataire apparent, s'il est conservé dans les six mois de l'ouverture de la succession.

ARTICLE 19.

Les tiers qui ont valablement acquis des droits sur un immeuble peuvent en requérir l'inscription nonobstant le décès du constituant, alors même que sa succession serait déclarée vacante ou acceptée sous bénéfice d'inventaire.

L'inscription prise après le décès, mais dans les quarante-cinq jours de la constitution du droit, ne peut être primée par aucune inscription du chef de l'héritier ou autre successeur.

Passé ce délai, elle ne peut avoir d'effet qu'à sa date, et dans le cas de vacance ou d'acceptation bénéficiaire, elle est inopérante à l'égard des créanciers de la succession.

ARTICLE 20.

Les dispositions de l'art. 13, du troisième paragraphe de l'art. 14, de l'art. 16, et du § 1^{er} de l'art. 18 ci-dessus, sont applicables au cas d'envoi en possession définitif des biens d'un absent.

ARTICLE 21.

Nul n'est admis à requérir l'inscription d'un droit au Livre foncier si le droit de son auteur n'a pas déjà reçu,

ou s'il ne reçoit pas simultanément la publicité exigée par la loi.

ARTICLE 22.

Quiconque prétend un droit sur un immeuble peut requérir une prénotation sur le Livre foncier pour la conservation provisoire de ce droit.

Hors le cas prévu par le § 1^{er} de l'art. 23 ci-après, la réquisition d'une prénotation doit être appuyée soit d'un extrait de la demande introduite en justice en vue de la reconnaissance du droit, soit d'une ordonnance rendue par le Président du Tribunal de la situation de l'immeuble ou, si le requérant se prévaut d'une acquisition par suite de décès, par le Président du Tribunal du lieu de l'ouverture de la succession.

.....

La réquisition d'une prénotation en vertu d'un droit de succession ou d'une disposition testamentaire n'emporte pas par elle seule acceptation de la succession ou du legs.

ARTICLE 23.

Les jugements qui ne sont pas passés en force de chose jugée ne peuvent servir de base à une inscription. Ils autorisent seulement une prénotation.

Le recours formé par voie extraordinaire contre un jugement passé en force de chose jugée ne fait pas obstacle à l'inscription. L'admission de ce recours est sans effet à l'encontre des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble, s'il n'est prouvé qu'ils ont eu connaissance de la demande, ou s'il n'y a eu prénotation.

ARTICLE 24.

Sauf ce qui est dit aux articles 7, 11, 18 et 23 ci-dessus, le défaut d'inscription ou de prénotation d'un droit ne peut être suppléé ni regardé comme couvert par la con-

naissance que les tiers pourraient avoir eue de son existence par d'autres voies que celle du livre foncier, à moins que la preuve ne résulte de l'acte même où ils ont été parties, ou qu'il n'y ait eu collusion frauduleuse entre eux et le constituant.

ARTICLE 25 ET DERNIER.

(Dispositions pénales.)

.

Après avoir adopté ce projet de loi à la date du 7 juillet 1892, la Sous-Commission juridique du cadastre a continué sans désespérer ses travaux d'après le programme qu'elle s'était fixé dans sa séance du 26 novembre 1891, et qui comprend encore trois points en ce qui concerne l'organisation des livres fonciers. Les trois questions restant à résoudre sont les suivantes :

1^o Quelles seront les justifications à faire pour obtenir les inscriptions et les radiations sur les livres fonciers ? (C'est la question que discute encore, à l'heure même où nous écrivons, la Sous-Commission.)

2^o Qui tiendra les livres fonciers ?

3^o Et enfin, quelle sera la responsabilité des personnes chargées de la tenue des livres fonciers ?

Tels sont en résumé les travaux importants de la Commission extra-parlementaire du cadastre. Les limites fixées à cette modeste étude ne nous permettent pas de nous étendre sur eux aussi longuement qu'ils le mériteraient. Nous nous contenterons d'en faire une brève analyse.

Le projet de loi que nous venons de transcrire ci-dessus donne satisfaction, *mutatis mutandis*, bien entendu, à presque toutes les réclamations qu'on a élevées contre les défauts de notre publicité actuelle, et que nous avons rappelées plus haut ; il prescrit notam-

ment la publicité des actes déclaratifs de propriété, des mutations par décès, des actes constatant l'exercice de la faculté de réméré, et en général de tous actes et jugements ayant pour effet de constituer, transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel immobilier; des actes et conventions de nature à restreindre le droit de disposer en matière immobilière, ce qui comprend généralement toutes clauses pouvant amener la résolution, la révocation, la nullité ou la rescision de droits réels immobiliers.

Il prescrit aussi la publicité :

Des actes et jugements réglant l'exercice des droits de mitoyenneté et de servitude;

Des conventions matrimoniales établissant au profit d'un époux des droits de propriété sur les immeubles propres ou ceux de la communauté, soit donations de biens présents ou à venir. clauses de préciput, etc.;

De l'acceptation par la femme du remploi opéré pour elle par son mari, conformément à l'art. 1435 du c. c.;

✓ Du droit de révocation d'une disposition testamentaire pour inexécution des charges imposées à la libéralité;

Du droit établi, au profit de la femme, par l'art. 1408 du c. c., de réclamer à la dissolution de la communauté le bénéfice de l'acquisition faite par le mari seul, à titre de licitation, de tout ou partie d'un immeuble appartenant par indivis à la femme;

✓ Du droit de retour conventionnel stipulé par un donateur conformément à l'art. 951 c. c., et en général de toute clause de résolution établie par la volonté des parties;

x De l'obligation expressément imposée à un donataire de rapporter en nature l'immeuble donné;

Enfin, le projet exige la prénotation de toute demande en justice concernant un droit de propriété immobilière,

notamment de toute action en revendication, en résolution, en nullité ou en rescision.

Ce projet de loi nous démontre d'une façon péremptoire que l'adoption des livres fonciers avec force probante absolue, (et nous avons exprimé l'opinion que cette force probante était leur principale raison d'être et leur condition *sine qua non*), paraît devoir entraîner fatalement une refonte considérable de presque toutes les matières de notre Droit civil. Ne voyons-nous pas déjà quelles atteintes le projet de loi sus-transcrit porterait à la législation qui régit le contrat de mariage, les effets de la condition résolutoire et de l'inexécution des conditions, les donations et testaments, surtout en ce qui concerne l'effet du droit de retour et le rapport à succession ; la réserve héréditaire, la prescription, l'effet des jugements et des voies de recours, sans parler des modifications aux lois commerciales sur les effets de la faillite et de la liquidation judiciaire ? Je relève succinctement les dispositions suivantes, qui constitueraient des innovations considérables à nos lois civiles :

L'article 3 du projet généralise la disposition de l'article 941 c. c. en accordant à tous les tiers qui ont intérêt le droit d'invoquer le défaut de publicité des actes et jugements qui y sont assujettis ; nous savons que la loi de 1855 est beaucoup plus restrictive.

L'article 6 du projet étend la dispense du rapport en nature aux immeubles donnés qui auraient été, non seulement aliénés, mais même grevés de droits réels par le donataire entre la donation et l'inscription du droit des héritiers, à moins cependant d'une obligation expresse de rapport en nature insérée en la donation et inscrite au livre foncier avant l'inscription du droit réel constitué par le donataire.

Le rapport en moins prenant sera dû désormais, non

plus de la valeur de l'immeuble au jour de l'ouverture de la succession comme le prescrit l'article 860 du c. c., mais, selon les cas, de sa valeur au jour de la donation ou de celle au jour du partage.

L'article 11 du projet modifie considérablement les dispositions édictées par les articles 446 et 447 co. Désormais les actions en nullité fondées sur ces articles ne pourront prévaloir contre les aliénations faites à titre onéreux par un débiteur failli, même entre la cessation de paiements et le jugement déclaratif de faillite, si ces aliénations ont été inscrites au Livre foncier avant la prénotation du dit jugement. Quant aux droits concédés par tous acquéreurs du failli à des tiers qui, ayant contracté de bonne foi et à titre onéreux, ont fait inscrire ces droits avant la prénotation du jugement déclaratif, ces actions en nullité ne peuvent en aucun cas les atteindre.

L'article 12 supprime toutes prescriptions acquises pouvant modifier la consistance de l'immeuble ou ses servitudes telles qu'elles figurent au Livre foncier ; de plus la prescription ne sera plus opposable avant l'inscription du jugement qui constate qu'elle est acquise, aux tiers qui auraient acquis sur l'immeuble des droits qu'ils auraient fait inscrire avant la prénotation de ce jugement.

Aux termes de l'article 17, l'inscription de l'acceptation bénéficiaire vaudra, au profit des créanciers et légataires de la succession, inscription de séparation des patrimoines.

L'article 18 consacre légalement la validité des actes faits par l'héritier apparent, sauf toutefois si l'héritier ou le légataire véritable a rendu public son droit dans les six mois de l'ouverture de la succession.

L'article 19 accorde au créancier et à l'acquéreur du

défunt un délai de quarante-cinq jours à compter de son contrat d'acquisition, pendant lequel délai son inscription prévaudra contre toute autre prise du chef de l'héritier.

Enfin l'article 21 exige, pour obtenir toute inscription au Livre foncier, que le droit de l'auteur du requérant ait été préalablement inscrit.

Telle est, dans ses lignes principales, l'économie de cet important projet de loi.

§ III. — **Sur la possibilité d'établir les livres fonciers en France.**

D'après ce que nous venons de dire en terminant le paragraphe précédent, il n'est pas surprenant que le projet d'adoption des Livres fonciers ait été accueilli, lors de son apparition en France, par une partie considérable de jurisconsultes et de praticiens, avec une grande défiance. Il s'agissait en effet d'une innovation considérable, destinée à bouleverser la plupart de nos lois.

Aussi le Congrès international de la propriété foncière, qui avait embrassé d'enthousiasme la religion nouvelle dans sa session de 1889, avait complètement modifié son opinion à cet égard lors de sa dernière session tenue à Paris en octobre 1892. Il faut reconnaître d'ailleurs qu'il était alors bien différemment composé.

En 1889, en effet, une trentaine de membres seulement, dont quinze Français et quinze étrangers avaient répondu à l'appel du Ministre des Finances ; tandis qu'en 1892, lorsque le Congrès fut réuni à nouveau sur la convocation de sa Commission permanente, il compta près de cinq cents adhérents, parmi lesquels de nombreux Conservateurs d'hypothèques, Employés supérieurs de l'Enregistrement, Députés, Sénateurs, Magistrats,

Avocats, Notaires, Géomètres, etc., en un mot, plutôt praticiens que théoriciens, et français presque exclusivement.

Après des débats très ardents, dans lesquels notamment les membres de la première session du Congrès soutinrent énergiquement leurs résolutions premières, le Congrès finit par voter à une grande majorité (228 voix contre 71), une résolution par laquelle, faisant table rase des travaux antérieurs, il rejetait le principe de la création des livres fonciers, qu'il jugeait : « Une opération ruineuse, impopulaire et pratiquement irréalisable en France. »

Puis, le Congrès a émis notamment les vœux suivants qui tendent à remédier aux lacunes que nous avons signalées plus haut dans notre loi sur la transcription :

Séance du 17 octobre 1892.

Le Congrès, considérant que la réforme hypothécaire est d'une extrême urgence en France, demande que cette réforme hypothécaire soit établie sur les principes suivants, sans être subordonnée à la création des livres fonciers, et sans être ajournée après leur examen :

.....
Le système de publicité doit être étendu aux actes déclaratifs et aux mutations par décès.

Simplification de la manutention hypothécaire dans le sens de la diminution des écritures et de la délivrance des états par extraits.

Il est désirable de rendre publiques les actions en nullité, en résolution et en rescision.

.....
Comme on le voit, les esprits sont divisés en deux camps absolument opposés, qui ont cependant un point

commun : c'est la nécessité d'aboutir au plus tôt à une grande réforme hypothécaire. Mais, alors que les uns veulent simplement améliorer ce qui existe, les autres veulent faire table rase de notre législation actuelle, et adopter d'un seul coup un système tout différent, et, on peut le dire, absolument opposé.

Nous avons écouté, au § I^{er} de cette section, les doléances et les arguments des détracteurs du système actuel, partisans des livres fonciers ; Écoutons maintenant les arguments et les doléances des contempteurs des livres fonciers, partisans, non pas du *statu quo*, mais du système actuel amélioré :

Et d'abord, disent-ils, il y a beaucoup d'exagération dans les reproches qu'on fait au système en vigueur, et les dangers effrayants qu'on nous signale n'existent pas en réalité, ou du moins ce sont des dangers tout théoriques, qui ne répondent nullement à la réalité pratique. Ainsi, lorsqu'on vient nous parler de trois mille procès en revendication qui se produiraient annuellement, on surprend étrangement les gens du métier, qui déclarent ignorer presque totalement ce genre de procès ; sans doute on entend par là, non pas la réclamation d'un homme muni d'un titre de propriété contre un autre qui a aussi un titre et la détention de l'immeuble, mais de simples procès en bornage, en délimitation ; ceux-ci existent et existeront toujours, et ce n'est pas le livre foncier, si perfectionné qu'il soit, qui empêchera un laboureur d'anticiper à l'occasion de quelques sillons sur le champ du voisin.

On prétend que c'est l'incertitude actuelle de la propriété foncière qui entrave les transactions, qui cause la baisse dans les prix de vente, et surtout qui nuit au crédit agricole ; tout cela est faux : si la terre se vend moins cher, c'est que le cultivateur gagne moins et loue

moins cher ; quant au crédit agricole, ce qui l'entrave, ce sont les frais énormes de l'expropriation forcée, les longueurs et les ennuis de la procédure de saisie, tant redoutés par les prêteurs sur hypothèque. Le jour où la réalisation du gage foncier sera rendue facile, le propriétaire, petit ou grand, trouvera tout le crédit qu'il peut désirer.

Et puis, a-t-on réfléchi aux difficultés énormes, aboutissant à une véritable impossibilité matérielle, qu'entraînerait l'établissement des livres fonciers dans un pays aussi morcelé que le nôtre ? Il est reconnu à peu près unanimement que, dans tous les systèmes, ce qui sert de base à la constitution du Livre foncier, c'est la description matérielle de l'immeuble établie à l'aide d'un cadastre irréprochable et continuellement mis à jour ; c'est l'immatriculation de l'immeuble, en un mot. Ceci conduit à l'abornement général, c'est-à-dire à une opération contradictoire portant sur 123 millions de parcelles.

Or, nous l'avons vu, l'état de notre cadastre actuel exige impérieusement sa réfection totale préalable ; la Sous-Commission technique l'a ainsi déclaré après une longue et minutieuse enquête (1), et bien qu'elle n'ait pas terminé ses travaux, nous avons cependant un document qui nous permet de nous faire une idée sensiblement exacte des difficultés de toutes sortes qu'offrirait cette opération. Un rapport de M. Charles Piat, chef du service topographique de Tunisie, et membre de la Commission permanente du Congrès de la propriété foncière, nous apprend qu'elle demandera 15 années au

(1) Consulter, sur la nécessité de la réfection du cadastre et sur les moyens pratiques d'y parvenir, l'ouvrage du Président Bonjean, 2 vol. in-8°, Paris. — Pedone-Lauriel, 1874, intitulé : Révision et conservation du cadastre dans ses rapports avec la propriété foncière.

moins, et exigera une dépense évaluée à 550 millions de francs, soit environ 11 fr. par hectare pour la réfection totale immédiate et obligatoire, et qui ne sera pas moindre de 2 à 3 milliards, si on admet l'immatriculation facultative et isolée. Par ailleurs, cette immatriculation facultative dont nous n'avons pas cru devoir nous occuper, bien qu'elle soit proposée par quelques personnes séduites par le système Torrens, nous paraît bien plus impossible encore que l'immatriculation générale ; car, outre la dépense inouïe qu'elle entraînerait, elle exigerait le maintien de l'administration hypothécaire actuelle, en même temps que l'organisation d'une autre entièrement différente, et l'existence parallèle aussi de deux législations presque opposées, l'une nouvelle, s'appliquant aux propriétés immatriculées, et l'ancienne régissant encore les propriétés maintenues sous le régime de la transcription actuelle.

Outre la question d'argent, il y a encore celle du logement et de la tenue des Livres fonciers, qui formeront un volume considérable, même pour les plus petits arrondissements de France. Ainsi, par exemple, pour celui de Nogent-le-Rotrou, qui est un des plus petits, il ne faudra pas moins de 1200 registres de 500 feuillets chacun, et il faut entendre par feuillet un cahier de 5 à 6 pages. Pour une telle besogne, il faut prévoir une considérable augmentation des fonctionnaires, dont le nombre est déjà si grand en France !

Tout ce qui précède est déjà grave ; mais c'est bien peu de chose auprès de ce qui nous reste à dire. Nous venons de parler des difficultés matérielles ; voyons maintenant celles, bien autrement redoutables, qui concernent la constitution juridique des Livres fonciers.

Il faudra commencer par mettre en demeure les 9 millions de propriétaires fonciers de justifier de leur droit

de propriété devant l'autorité chargée de ce soin. Les incalculables et coûteuses justifications qu'on devra alors exiger de chacun, et dont peut donner une idée la circulaire citée ci-dessus au § 1^{er} de cette section, relative au cautionnement des conservateurs, aboutiront en bien des cas à une impossibilité qui devra se dénouer par l'obtention d'un jugement : beaucoup de petits propriétaires n'ont pas de titres ; d'autres en ont d'irréguliers. Et il aura beau y avoir dans la plupart des cas certitude morale que la propriété est parfaitement sincère, le fonctionnaire chargé de l'immatriculation ne se contentera pas de cela, et il exigera un titre légal, un jugement, pour opérer l'inscription.

Cela ne suffira pas : il faudra, avant l'immatriculation définitive, qu'une publicité réelle et sérieuse avertisse aussi les tiers, ceux qui peuvent avoir à prétendre sur l'immeuble quelqu'un des nombreux droits qu'on veut soumettre à l'inscription ; il faudra admettre le contredit et l'opposition de tous, et la crainte d'une forclusion portera les prétentions les plus téméraires à se produire en justice.

Et enfin, toutes ces justifications, toute cette publicité, toutes ces contestations possibles, se reproduiront à chaque nouvelle mutation de propriété, et seront une source de procès tellement nombreux et inextricables, une dépense telle infligée à tous et surtout aux petits propriétaires, et l'occasion d'un tel émoi dans le pays, qu'il n'est pas possible de croire que le Gouvernement et le Parlement ne reculeront pas devant une semblable entreprise. Dans tous les cas, quels tribunaux chargerez-vous de dénouer les innombrables litiges que vous allez soulever entre les 9 millions de propriétaires, tirés brutalement de la profonde quiétude où ils sont, quoi qu'on en dise, et les 20 ou 25 millions de tiers qui vont être

invités à produire et à justifier leurs prétentions ? Les tribunaux ordinaires peuvent à peine suffire à leur tâche quotidienne, et il vous faudra créer une vaste juridiction spéciale.

Il est inutile d'insister sur le bouleversement général que l'institution nouvelle va causer dans toutes nos lois : il va falloir supprimer ou modifier profondément la prescription, les privilèges, les actions en résolution, nullité, rescision ; dépouiller en grande partie les incapables de la protection qui leur était accordée, priver les héritiers du droit si précieux à l'égalité des partages, du droit à leur portion de la réserve héréditaire ; il faut aller jusqu'à consacrer la spoliation, et la validité du titre de propriété qui tire peut-être son origine de la fraude et du crime. Il est vrai qu'on rend l'État responsable des erreurs du Livre foncier ; mais outre qu'un dédommagement en argent n'est pas un dédommagement entier, se figure-t-on le petit particulier, victime de l'erreur, engageant et poursuivant devant les juridictions successives un procès contre l'État ?

Enfin, on présente encore d'autres considérations qui, pour être d'un ordre plus humble, n'en sont pas moins importantes : les livres fonciers relatent les charges hypothécaires, et nos paysans ne veulent pas que le voisin connaisse leurs dettes. Un habitant d'un pays qui a le livre foncier, consulté sur son établissement en France, écrivait ceci : « *Le système nouveau va mettre tout dans la main d'un juge régional, ce qui n'est admissible que chez un peuple soumis au régime autoritaire. Il n'est pas bon que le gouvernement se rende trop maître de la direction des affaires des particuliers : les personnes ne comptent plus assez. On fait main basse sur la propriété privée; les Conservateurs des livres*

fonciers deviennent des magistrats, et ils ne seront pas tendres pour le public. »

Et les adversaires des livres fonciers concluent ainsi :
« Notre système de transmission de la propriété foncière est bon, puisqu'il n'y a que de rares, de très rares difficultés; nous pouvons encore facilement l'améliorer. Améliorons-le, et il sera parfait. Ne dépensons point des milliards pour une tentative dangereuse et irréalisable : nous avons mieux à faire de notre argent. »

Il y aurait certes bien des choses à répondre; mais on ne peut nier que voilà des objections bien fortes contre l'établissement des livres fonciers en France; et il ne suffit pas, pour les combattre, d'invoquer l'esprit routinier et l'intérêt personnel des praticiens qui les soulèvent, car il n'y a pas que les praticiens qui abondent dans ce sens; il y a, à leurs côtés, de savants jurisconsultes : le Congrès de la propriété foncière de 1892 a entendu l'un des plus éminents et des plus ardents promoteurs des livres fonciers, M. Léon Michel, professeur à la Faculté de droit de Paris, faire la déclaration suivante : « En 1889, j'ai voté le livre foncier; mais depuis j'ai entendu bien des objections; aujourd'hui j'hésite; je demande à être éclairé. »

§ IV. — **Sur la mobilisation de la propriété foncière.**

Notre but étant de présenter en cette étude un tableau succinct, mais à peu près complet, de la question à l'ordre du jour, et des propositions faites pour modifier ou remplacer la législation foncière actuelle, il nous est impossible de ne pas dire quelques mots de la mobilisation de la propriété immobilière, dont le système Torrens décrit plus haut nous fournit l'exemple et le moyen.

En présence de l'essor immense qu'ont pris au cours de ce siècle les capitaux, les propriétés foncières sont

restées enchaînées à des formes lentes et surannées; les lenteurs et les frais considérables du système actuel de leur transmission ne sont même pas compensées par une complète sécurité. Il est nécessaire de leur procurer les avantages d'un transfert sûr, économique et facile.

Le livre foncier serait le premier pas dans cette voie, car il crée un titre faisant preuve absolue à l'égard de tous; la mobilisation en est le second pas et le couronnement : elle fait que ce titre, signe sensible de l'immeuble, comme le récépissé est le signe sensible des marchandises déposées dans les Magasins Généraux, peut se transmettre par des procédés infiniment plus rapides et plus faciles que ceux qu'exige la législation actuelle.

On peut atteindre ce but, tout en laissant à l'immeuble les avantages de sa nature, qui sont de ne pouvoir périr, de ne pouvoir être volé, et enfin de pouvoir être l'objet de droits divers exigeant la publicité; aussi les titres représentant les immeubles ne devront-ils pas être au porteur, mais bien nominatifs; on exigera pour leur transfert certaines formalités; un double en restera constamment inséré aux registres publics; et ce double, qui sera constamment la reproduction absolument exacte du titre, représentera ainsi l'élément de fixité, de sécurité indispensable à la propriété immobilière.

Non seulement ces titres faciliteront les transferts; mais encore ils permettront d'atteindre le second résultat que l'on doit rechercher dans un bon régime foncier, celui de développer le crédit de la terre, en facilitant les prêts et le remboursement des sommes prêtées sur les immeubles, la réalisation du gage, la cession de la créance.

M. Chauveau, professeur, à la Faculté de droit de Rennes, dans sa remarquable étude sur la mobilisation

de la propriété foncière (1), apprécie en ces termes les avantages du système Torrens : « *Le transfert d'un immeuble devient une opération d'une sécurité plus grande que l'aliénation d'un meuble, et d'une facilité à peu près égale. Les frais sont extrêmement réduits. Les parties font leurs affaires elles-mêmes, sans le secours du notaire; elles n'ont pas à opérer des recherches délicates et coûteuses; quelques lignes d'écriture, la remise d'un titre, suffisent pour assurer à l'acquéreur la délivrance d'un certificat, preuve certaine de son droit, représentation exacte de son acquisition. L'act Torrens est sans contredit la meilleure législation sur les transferts immobiliers.* »

En résumé, sécurité, célérité, économie, seraient assurément le résultat d'un semblable système, s'il était pratiquement possible de l'établir en France.

(1) Thèse pour le Doctorat, 1889. Rennes.

CONCLUSION

Arrivé à la fin de notre tâche, jetons un rapide coup-d'œil en arrière, et essayons de conclure.

Nous avons admis, avec l'unanimité des personnes qui s'occupent de la question, nous le croyons du moins, que notre législation foncière était imparfaite, et qu'il y avait lieu de la réformer : ceci est un point acquis.

Nous avons ensuite exposé les nombreuses critiques qui lui sont adressées, et les réformes qu'on propose d'y apporter. Nous avons vu que ces propositions sont de deux sortes :

Les unes ont pour but d'améliorer nos lois actuelles, tout en en conservant le système général; ces améliorations sont importantes, facilement réalisables immédiatement; elles seraient certainement acceptées par tous, même par les promoteurs de la refonte radicale de notre régime foncier, car elles constitueraient tout au moins un premier pas nécessaire vers le but qu'ils se proposent d'atteindre, un minimum assurément insuffisant à leur point de vue, mais enfin un progrès réel sur ce qui existe maintenant.

Les autres réformes consisteraient à substituer un régime entièrement nouveau à l'état de choses actuel. Ce régime nouveau est séduisant; il offre des avantages considérables que nous avons fait ressortir; il est préconisé avec la plus vive ardeur par les plus éminents représentants de la science juridique; mais aussi il est combattu non moins ardemment par d'autres juriconsultes et des praticiens dont on ne peut méconnaître la

haute compétence; et quel que soit le parti auquel on appartienne, il paraît impossible de ne pas admettre que son établissement en France demanderait de longues années, des dépenses énormes, et une refonte presque générale de notre législation civile : en un mot, il n'est pas réalisable immédiatement.

Ces considérations nous amènent à conclure qu'il est extrêmement désirable qu'une très prochaine loi vienne donner satisfaction aux réformateurs prudents qui réclament le maintien du système actuel de publicité des transmissions immobilières modifié comme nous l'avons proposé au chapitre I^{er} et aux sections I et II du chapitre III de notre troisième partie ci-dessus. Ces modifications sont notamment et en quelques mots les suivantes :

1^o Publicité des actes et jugements déclaratifs de propriété immobilière, et des mutations par décès, *ab intestat* et testamentaires ;

2^o Publicité des demandes en justice pouvant intéresser un droit de propriété immobilière ; des actes contenant confirmation de conventions translatives d'une telle propriété, quel que soit le vice qu'il s'agisse de réparer ; des actes contenant résolution de ces conventions ou exercice d'une faculté de réméré ou d'une faculté légale de retrait ;

3^o Adoption d'un mode de publicité simplifiant la manutention hypothécaire dans le sens de la diminution des écritures et de la délivrance des états par extraits ;

4^o Établissement d'un répertoire foncier réalisant une publicité réelle à côté de la publicité personnelle existant actuellement.

En résumé, nous adoptons pleinement le vœu émis par la Sous-Commission juridique du cadastre : « *il est désirable, sans distinguer entr'eux, de donner la publi-*

cité à tous les actes et faits qui marquent une modification dans l'état de la propriété immobilière. »

Ces réformes opérées amélioreraient un régime qui a tout au moins l'avantage d'exister, et de fonctionner d'une façon assez satisfaisante, assurent les praticiens ; elles ne compromettraient rien, et les avantages qu'on en attend contribueraient à faire patienter les réformateurs plus audacieux. Les hommes de science pourraient ainsi continuer, avec le calme et la maturité nécessaires, l'étude d'une législation foncière que tant de bons esprits croient être la législation nécessaire de l'avenir.

C.

Mars 1893.

CHAPITRE III. — Sur les conditions intrinsèques de la transcrip ^{on} .	208
<i>Section I.</i> — Sur la transcription intégrale.	208
<i>Section II.</i> — Publicité personnelle, — publicité réelle. .	212
<i>Section III.</i> — Sur la légalité, et de l'établissement des livres fonciers en France.	217
§ 1 ^{er} . — Inconvénients de la publicité simple.	217
§ 2. — Exposé des résolutions et projet de loi adoptés par la Commission du Cadastre.	221
§ 3. — Sur la possibilité d'établir les livres fonciers en France.	239
§ 4. — Sur la mobilisation de la propriété foncière. . .	246
Conclusion.	249

POSITIONS

I. — Les donations immobilières entre époux pendant le mariage sont assujetties à la transcription.

II. — L'acquéreur d'un immeuble dont le titre d'acquisition a été transcrit, mais dont l'auteur avait négligé de faire opérer cette formalité sur son propre titre, peut se voir opposer le défaut de transcription par un acquéreur postérieur de l'avant-dernier propriétaire qui aurait présenté son titre à la transcription.

III. — La vente d'immeuble faite valablement par une personne depuis tombée en faillite, mais non transcrite avant le jugement déclaratif, reste néanmoins inattaquable au regard des créanciers du failli.

IV. — L'adjudication d'un immeuble de la succession au profit d'un héritier bénéficiaire n'est pas assujettie à la transcription par la loi du 23 mars 1855.

V. — Le registre des dépôts fait foi pleine et entière de l'ordre des transcriptions, même si le Conservateur a interverti cet ordre sur le registre des transcriptions.

VI. — L'usucapion de 10 à 20 ans exige un titre transcrit.

VII. — La déclaration faite par le mari qu'il acquiert un immeuble en emploi de deniers propres à sa femme conformément à l'art. 1435 c. c. est une offre par lui faite à elle de la subroger dans le bénéfice de son acquisition. Cette offre est révocable à volonté par le mari, soit expressément, soit tacitement. Mais en cas de non révocation jusqu'à l'acceptation par la femme, cette acceptation rétroagit au jour de l'acquisition.

VIII. — L'article 2279 c. c. n'établit pas une prescription instantanée, mais un mode d'acquérir *lege*.

IX. — Le droit de rétention existe toutes les fois qu'il y a « *debitum cum re junctum*. »

X. — La femme séparée de biens peut aliéner son mobilier dans les limites d'une libre administration.

ECONOMIE POLITIQUE

XI. — L'économie politique est une science, elle a ses lois propres.

XII. — Le commerce de l'argent, comme celui de toute autre marchandise, doit être laissé librement soumis à la loi de l'offre et de la demande.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

XIII. — L'article 546 du Code de procédure civile et l'article 2123 c. c. ont abrogé l'article 121 de l'ordonnance du 15 janvier 1629, dite code Michaux.

XIV. — L'étranger non admis à domicile n'est privé en France que des droits civils *stricto sensu*.

Vu :
Le Doyen,
A. EON.

Vu par le professeur
chargé de l'examen de la thèse,
A. CHATEL.

Vu et permis d'imprimer ;
Le Recteur,
J. JARRY.
