

peuvent prendre les mesures que la prudence leur commande ; et si le débiteur agit clandestinement, les actes de disposition qu'il fait ne pourront pas leur être opposés.

Quand le système de publicité est complet, il avertit les tiers de toutes les charges qui grèvent un immeuble, même des baux. Et il suffit qu'ils en soient avertis pour que leurs intérêts soient sauvegardés. Celui qui achète un immeuble apprendra par le registre aux transcriptions qu'il est grevé d'un droit d'usufruit ou de servitude, il saura que le bien est donné à bail pour un long terme ; il traitera en conséquence. Il en est de même du prêteur sur hypothèque. Ce qui rend les prêts hypothécaires si dangereux, c'est la clandestinité des actes translatifs de propriété immobilière. Le vice indique le remède, c'est la publicité la plus complète.

**12.** La publicité, qui est une garantie pour les tiers, est tout aussi avantageuse pour les propriétaires. Par un étrange aveuglement, les propriétaires de l'ancien régime, les nobles, se sont toujours opposés à la publicité des transactions immobilières, et la vanité de caste l'emporta sur l'intérêt général. On ne peut pas même dire que les nobles, ou les propriétaires en général, eussent intérêt à la clandestinité, à moins que l'on ne considère comme un intérêt la facilité de tromper les tiers, et on ne peut certes pas tenir compte d'un intérêt pareil. Quel est le véritable intérêt du propriétaire ? C'est de pouvoir vendre facilement et avantageusement, s'il y a utilité ou nécessité pour lui d'aliéner. Or, si l'acheteur peut craindre que, malgré toutes les précautions qu'il prendra, il court risque d'être évincé, il n'achètera pas, ou il le fera à des conditions onéreuses pour le vendeur ; les chances d'éviction seront un des éléments qui détermineront le prix qu'il offrira ; en définitive, le propriétaire supportera les conséquences de l'incertitude et du défaut de sécurité, suites nécessaires de la clandestinité. Le propriétaire préfère-t-il conserver la propriété de ses biens, mais a-t-il besoin de fonds pour en améliorer la culture, ou veut-il emprunter pour se livrer à des entreprises industrielles et commerciales, il sera également intéressé à ce que sa situation immobilière soit exactement

connue des capitalistes auxquels il s'adresse. La moindre incertitude, le moindre risque de perte augmenteront les exigences du prêteur et diminueront, par conséquent, le crédit dont le débiteur peut et doit jouir à raison de sa fortune immobilière. Il n'y a qu'une classe de propriétaires qui soient gênés par la publicité, ce sont ceux qui vivent dans l'oisiveté et dans la dépense ; leur vanité souffre quand les aliénations qu'ils sont forcés de consentir sont rendues publiques et quand les charges qui les grèvent sont livrées à la publicité ; ils préfèrent avoir les apparences mensongères d'une grande fortune, ce qui aboutit à tromper les tiers qui traitent avec eux. Est-il nécessaire d'ajouter que la loi doit prescrire la publicité la plus large précisément pour empêcher les tiers d'être trompés ? Quant à la vanité blessée, le législateur n'a pas à s'en inquiéter, sa mission n'est pas de nourrir les vices. S'il a des leçons à donner, ce sont des leçons de droiture et d'honnêteté.

## § II. *Les origines de la publicité.*

**13.** Il n'y a pas d'histoire plus intéressante que celle des origines de la publicité, qui préside aujourd'hui à toutes les transactions immobilières. Nous avons dit que, dans l'ancienne jurisprudence, il y avait deux traditions toutes contraires en cette matière, la tradition romaine et la tradition des coutumes de nantissement. On sait le culte dont le droit romain était l'objet : c'est la France qui lui donna le beau nom de *raison écrite*. Les coutumes, au contraire, paraissaient un héritage de la barbarie germanique et de la servitude féodale. Eh bien, ces apparences étaient absolument trompeuses. La prétendue *raison écrite*, en ce qui concerne la transmission des droits réels immobiliers, ne tenait aucun compte de l'intérêt des tiers, elle n'avait pas le soupçon des exigences du crédit : c'était la clandestinité avec tous ses dangers et tous ses abus. Il est vrai que les coutumes procédaient de la féodalité, et que la féodalité remonte, dans ses premiers germes, jusqu'aux forêts de la Germanie. Cependant les coutumes féodales par excellence,

celles du nord de la France et de la Belgique, consacraient la publicité la plus large de tous les actes translatifs de droits réels immobiliers; notre loi hypothécaire n'a fait que reproduire les principes des coutumes de nantissement. Cela tient du miracle. Les jurisconsultes romains ont porté la science du droit jusqu'à la perfection; ils seront toujours nos maîtres, sans que nous parvenions jamais à les égaler; et cette science si perfectionnée consacrait, en matière de transactions immobilières, le contre-pied de la vérité : la clandestinité n'est certes pas la raison écrite, c'est l'ignorance écrite. La vérité, en cette matière, nous est venue de la barbarie. Cela ne tient-il pas du prodige? Le prodige s'explique, mais aussi il atteste qu'il y a dans la vie de l'humanité un élément qui n'est pas celui de la liberté humaine. Nous avons montré, dans nos *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, la main de Dieu qui préside aux destinées humaines. De même que la providence divine éclate dans l'histoire, elle se révèle à chaque pas dans toutes les faces de la vie; il suffit de ne pas fermer les yeux à la lumière de la vérité pour la voir, que dis-je! pour en être inondé. Est-ce que nos ancêtres des forêts de la Germanie songeaient aux nécessités du crédit en imaginant des formes palpables qui donnaient une espèce de publicité à la transmission de la publicité des immeubles? Non, certes, pas plus que les barons féodaux ne songeaient aux intérêts des tiers, en *dessaisissant* le propriétaire qui aliénait un immeuble et en *ensaisinant* l'acquéreur. De là date cependant le *nantissement* coutumier, et ce *nantissement* n'est autre chose que la transcription de nos lois modernes. La filiation est incontestable. En faut-il induire que la barbarie germanique a été, en cette matière, supérieure à la science romaine? Ce serait expliquer un prodige par un non-sens. A vrai dire, il n'y a point de prodige, car le miracle est permanent, c'est l'action de Dieu dans les destinées des hommes : qu'on l'appelle Providence, qu'on l'appelle Immanence de Dieu dans l'humanité, cela importe assez peu, pourvu que le Dieu immanent ne se confonde pas avec le monde. Toujours est-il que les faits ne sauraient être contestés : la saisine germanique et féodale s'est transformée

en nantissement, et le nantissement n'est autre chose que le principe de publicité, un des fondements de notre ordre civil. Ce n'est pas aux Germains, ce n'est pas aux seigneurs féodaux que nous devons ce bienfait; si ce n'est pas aux hommes, ne serait-ce pas à Dieu? Aveugles sont ceux qui nient le progrès, et qui ne voient pas que le progrès s'accomplit sous la main de Dieu, dans toutes les sphères de l'activité humaine! Nous demandera-t-on pourquoi la tradition romaine, qui admettait aussi une espèce de saisine, ne s'est pas transformée pour devenir un principe de publicité? La réponse est très-simple. Chaque âge, chaque race a sa mission; celle du peuple-roi n'était pas le commerce et l'industrie, il était appelé à conquérir le monde et à le gouverner. Le droit, cette face considérable de la vie, tenait de cet esprit de domination, c'était un instrument de gouvernement. Rome légua son droit au moyen âge et aux temps modernes, mais c'était un droit mort, la *raison écrite*; ce qui était *écrit* devait rester immuable, comme un texte; il n'y avait plus de développement, plus de progrès possible. Le vrai droit, le droit vivant, était le droit coutumier : élément de la vie, il se transformait avec la vie. Voilà comment la saisine germanique et féodale est devenue le nantissement, et le nantissement la transcription. Pourquoi cette transformation s'est-elle faite dans les coutumes du nord de la France et de la Belgique, plutôt que dans les provinces du midi? Ici régnait le droit romain, droit mort et irréformable. La révolution ne pouvait donc se faire que dans les pays de coutume; si elle s'accomplit en Belgique plutôt qu'ailleurs, ce n'est pas que l'esprit de la féodalité y fût plus puissant; l'histoire nous dit que les bourgeois de nos communes combattirent la chevalerie féodale et qu'ils furent vainqueurs. Si l'esprit féodal dominait dans nos villes, c'était l'esprit de liberté, et non l'esprit d'asservissement; c'est à la liberté que nos puissantes communes durent leur richesse. Elles étaient donc prédestinées à transformer la saisine traditionnelle en nantissement, c'est-à-dire à se servir d'une coutume féodale pour sauvegarder l'intérêt des tiers; et cet intérêt n'était autre que celui de la circulation libre et sûre des propriétés, lequel se confond avec le cré-

dit des particuliers, principe de richesse et de puissance.

Nous regrettons que les limites de notre travail, déjà si long, ne nous permettent pas d'écrire cette intéressante histoire de la transcription. Les traits généraux suffisent au but de cet ouvrage. Nous convions nos jeunes lecteurs à se livrer à cette étude, qui offre tant d'attraits et de si grands enseignements.

N° 1. LES COUTUMES DE NANTISSEMENT (1).

**14.** Dans les coutumes dites *de saisine et de nantissement*, la propriété des immeubles se transférait par les *œuvres de loi* ou la *réalisation* : c'était une prise de possession constatée par les tribunaux sur des registres publics déposés au greffe. Le *nantissement* est au fond identique avec la *transcription*; il n'en diffère que par les formes, qui, d'après les coutumes, étaient judiciaires; tandis que, d'après notre droit moderne, elles sont administratives. Cette différence vient de ce que, avant la révolution de 1789, les tribunaux étaient investis non-seulement de la juridiction contentieuse, mais aussi de la juridiction volontaire. Ce système de publicité régnait au nord de la France, dans toute la Belgique, y compris les provinces septentrionales. Les formalités du nantissement s'appelaient *devoirs de loi*, bien qu'elles n'eussent pas été introduites par la loi, mais le législateur les consacra, ce qui leur donna force de loi générale (2). On distinguait, toutefois, les formalités des *devoirs de loi* proprement dits et celles qui portaient le nom de *main-mise, main-assise, mise de fait*. Cette dernière dénomination était usitée là où la mise en possession se faisait par les juges royaux; tandis que l'on donnait le nom d'*ensaisinement* ou de *devoirs de loi* à la mise en possession qui se faisait par les officiers du sei-

(1) Voyez les sources citées dans Britz, Mémoire couronné (dans les Mémoires couronnés de l'Académie de Bruxelles, année 1846, p. 903, note). Il faut ajouter : Wynants, Decis. 144, n° 11; Voet, *Comment. ad Pand.*, XLI, I, 38. Merlin, *Répertoire*, au mot *Devoirs de loi* (t. VIII, p. 35).

(2) Placard de Philippe II, du 6 décembre 1586. Edit perpétuel des archiducs Albert et Isabelle, du 12 juillet 1611. Placard du 16 septembre 1673.

gneur dont les biens étaient mouvants. C'était l'expression usuelle; ce qui se comprend, le nantissement étant d'origine féodale. Toute aliénation d'un droit réel immobilier implique une abdication de l'ancien propriétaire et une transmission ou une acquisition de l'acquéreur; ce double fait constituait le nantissement; de là les noms de *dessaisine* ou de *déshéritance* en ce qui concerne le vendeur, et de *saisine* ou d'*adhéritance* en ce qui concerne l'acheteur. Il y avait encore d'autres mots pour exprimer la même idée; les formes et les expressions variaient d'une coutume à l'autre; nous négligeons ces détails pour nous en tenir à l'essence du nantissement.

**15.** Il était de principe que la convention et l'acte qui la constatait ne suffisaient point pour transférer la propriété à l'acheteur. On lit dans les *Décisions* de Jean Des Mares : « En vente d'héritage, il faut *vest* et *devest* (1), 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 (2). » Merlin dit que le principe du nantissement était, au fond, celui du droit romain, d'après lequel la propriété se transfère, non par de simples contrats, mais par la tradition. Ainsi on lit dans la coutume de Liège (chap. VI, art. 1<sup>er</sup>) : « Tous biens immeubles, soient-ils héritages ou rentes, ne peuvent valablement être aliénés, par contrat par-devant notaire et témoins, ni autrement que par-devant justice, pour donner titre ou action réelle. » Toutefois la différence est grande entre la *tradition romaine* et le *nantissement coutumier*, car la tradition aboutit à la clandestinité, tandis que le nantissement était essentiellement public. La tradition était exigée comme condition de la transmission de la propriété entre parties contractantes, l'intérêt des tiers n'y joue aucun rôle; le nantissement, au contraire, n'était requis que dans l'intérêt

(1) Les mots *vest* et *devest* sont identiques avec les expressions *saisine* et *dessaisine*. En flamand, *erfvenisse* et *ontervvenisse*.

(2) *Décisions* de Jean Des Mares, n° 189 (dans Brodeau, *Commentaire sur la coutume de Paris*).

des tiers. Merlin le dit : Dans tous les cas où il n'y a point de tiers intéressés, les droits de l'acquéreur qui n'a point rempli les formalités du nantissement sont les mêmes que s'il avait été ensaisiné (1). En ce sens, les *devoirs de loi* sont synonymes de *publicité*.

16. Du principe que les devoirs de loi étaient requis dans l'intérêt des tiers résultait que le vendeur restait propriétaire à leur égard tant que les formalités du nantissement n'étaient pas remplies. Celui, dit Bouteiller, qui vend sa tenure, mais en retient encore la saisine par-devers lui et n'en fait *vest* (ensaisinement) à l'acheteur, sachez qu'il est encore sire de la chose (2). » De là cette conséquence importante que, de deux acheteurs d'un même bien, celui qui est *nanti* le premier a la préférence sur l'autre, quoique son contrat soit postérieur en date, et quand même le premier acheteur se serait mis de fait en possession de la chose. C'est ce que décident formellement les coutumes. « Et ne suffit à l'acheteur de soi mettre et immiscer de son autorité privée en l'héritage par lui acquis; de sorte que si le vendeur vendait derechef ledit héritage à autre, auparavant le *vest* baillé audit premier acheteur, en ce cas ledit second acheteur serait fait seigneur de la chose vendue (3). » Telle est aussi la conséquence, dans notre droit, du principe de la transcription; l'acte de vente non transcrit ne peut être opposé aux tiers, dit notre loi hypothécaire. Quels sont les tiers qui peuvent se prévaloir du défaut de transcription? Nous dirons plus loin que la question est controversée dans notre droit. Dans l'ancienne jurisprudence, on décidait que les créanciers chirographaires du vendeur pouvaient saisir le bien vendu tant que l'acheteur n'était pas ensaisiné. C'est, dit très-bien l'auteur du *Répertoire*, la conséquence logique du principe en vertu duquel un second acheteur qui a pris saisine est préféré à un premier acheteur qui n'est pas ensaisiné; le vendeur reste sei-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Nantissement*, § II, nos I et IV (t. XXI, p. 68 et 70).

(2) Bouteiller, *Somme rurale*, livre I, chap. VII, p. 397.

(3) Voyez les témoignages dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Nantissement*, § I, n° II (t. XXI, p. 69).

gneur de la chose, elle est donc dans son patrimoine et, partant, ses créanciers peuvent la saisir. Il y a un arrêt du parlement de Paris en ce sens (1).

Notre loi hypothécaire fait une restriction à ce principe: pour qu'un tiers puisse se prévaloir du défaut de transcription, il faut qu'il soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ignore le fait de la première vente. On admettait le même principe dans toutes les coutumes de nantissement. « Si, dit un avocat au conseil souverain de Mons, le même fief a été vendu à deux diverses personnes, et que le second acheteur ait su, lors de son contrat, que la vente du même fief était déjà faite à un autre, quoique ce second en ait été le premier investi, il est certain qu'en ce cas la seconde vente est nulle et que le second acheteur est tenu de remettre le fief au premier (2). » Le premier éditeur du *Répertoire* auquel Merlin a attaché son nom, Guyot, dit, à l'appui de cette restriction, que le dol ne doit jamais tourner à l'avantage de celui qui l'a employé. Il y a dol, en ce sens que le second acheteur n'est pas de bonne foi; il aurait dû s'abstenir d'acheter, puisqu'il savait que la chose avait déjà été vendue à un premier acheteur (3).

17. Quels actes étaient soumis aux formalités des devoirs de loi? Notre loi hypothécaire exige la transcription de tous les actes translatifs de droits réels immobiliers. Telle était aussi la règle des coutumes de nantissement. On lit dans les Chartres générales du Hainaut (chap. XCIV, art. 1<sup>er</sup>): « Personne ne pourra vendre, échanger, donner, charger, bailler à rente, ni en autre manière aliéner ses fiefs, que par déshéritance, par-devant les seigneurs ou baillis et hommes de fief dont ils seront tenus. »

Notre loi ne soumet à la transcription que les actes entre-vifs; la transmission par voie d'hérédité ne doit pas être rendue publique. Il en était de même dans les coutumes de nantissement, au moins pour les successions *ab intestat*. Les devoirs de loi, disait-on, sont inutiles pour transférer les biens du défunt à son héritier légitime, parce

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Nantissement*, § I, n° II (t. XXI, p. 70).

(2) Cogniaux, *Pratique du retrait*, p. 97.

(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Nantissement*, § I, n° II (t. XXI, p. 69).

que la loi l'en saisit de plein droit. Il y avait néanmoins quelques coutumes du Hainaut qui exigeaient le nantissement de l'héritier dans les successions collatérales. Ces successions paraissaient moins favorables que les successions directes. De celles-ci on peut dire, avec nos anciennes coutumes, que c'est Dieu qui fait les héritiers et qui les saisit ; tandis que les successions collatérales sont déjà plus ou moins arbitraires, puisqu'elles s'arrêtent à un certain degré de parenté fixé par la loi ; or, la loi, qui fixe le douzième degré, pourrait aussi fixer le quatrième. Par une conséquence logique de ce principe, on décidait que les partages n'étaient pas assujettis à la formalité des œuvres de loi. En effet, le partage ne transfère point la propriété, il déclare seulement les biens que les copartageants tiennent directement de la loi ou de Dieu, comme disent nos coutumes ; les partages devaient donc rester hors de la règle, parce que les successions n'y étaient pas comprises. Il y avait cependant une coutume du Hainaut qui exigeait le nantissement même pour les partages (1). C'est ce principe qui a prévalu dans notre loi hypothécaire.

Notre loi hypothécaire a étendu cette exception à la succession testamentaire. Il en était de même dans la plupart des coutumes de nantissement ; toutefois il y avait des coutumes belges qui appliquaient les devoirs de loi à la transmission par testament. L'une de ces coutumes voulait même que le testateur se déshéritât judiciairement des biens dont il disposait ; ce qui était très-logique, car il ne suffit pas pour le nantissement que celui qui acquiert soit saisi, il ne peut l'être qu'après que son auteur s'est dessaisi. Il résultait de la nécessité du nantissement une conséquence très-dangereuse pour le légataire, c'est que, si l'héritier aliénait la chose léguée avant que le légataire en fût nanti par les œuvres de loi, la vente était valable, le légataire n'avait qu'une action personnelle contre l'héritier, action qui pouvait être inefficace (2). C'est cette conséquence qui a arrêté

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Nantissement*, § I, n° VI (t. XXI, p. 78, 6°, et p. 79, 7°).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Nantissement*, § I, n° VI (t. XXI, p. 79, 8°).

le législateur belge : la nécessité de transcrire pour devenir propriétaire à l'égard des tiers aurait mis le légataire à la merci d'un héritier de mauvaise foi.

18. Quant aux actes entre-vifs, les coutumes de nantissement ne différaient guère de notre législation moderne : tout acte translatif de droits réels immobiliers était soumis aux devoirs de loi. Telle était notamment l'emphytéose, qui, dans l'ancien droit, était perpétuelle ; ce qui lui donnait les apparences de la propriété. Les coutumes déclaraient immeubles les emphytéoses *réalisées* par devoirs de loi, et meubles celles qui n'avaient pas été *réalisées* ; c'est-à-dire que l'emphytéote n'avait qu'un droit personnel contre le bailleur tant que les formalités du nantissement n'avaient pas été remplies ; de sorte que tout successeur singulier pouvait l'évincer, c'est seulement par les œuvres de loi qu'il acquérait un droit contre les tiers.

Il en était de même des servitudes personnelles et réelles ; elles sont un démembrement de la propriété ; donc l'établissement d'une servitude est un acte d'aliénation et, à ce titre, soumis à la formalité du nantissement. Voet l'atteste pour les coutumes belges ; c'est par erreur que Grotius a prétendu que les formalités du *vest* et du *devest* étaient inutiles en cette matière.

Toutes les coutumes de Belgique s'accordaient à prescrire le nantissement pour la validité des hypothèques. C'est une conséquence logique du principe de publicité, puisque l'hypothèque intéresse essentiellement les tiers auxquels le créancier hypothécaire est préféré. Il n'en était pas de même dans les coutumes françaises. On disait que la publicité répugne aux pays latins ; c'est un exemple curieux de la puissance de la tradition romaine. Un édit de Louis XV (juin 1771, art. 35) abrogea l'usage des saisines et nantissements pour acquérir hypothèque et préférence, dérogeant à cet effet à toutes les coutumes à ce contraires (1). Ainsi la France, à la veille de la révolution, revenait au principe de la clandestinité romaine en matière d'hypothèques ! Cela explique les défaillances du conseil d'Etat et

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Nantissement*, t. XXI, p. 67 et 85.