

les étranges préjugés des meilleurs jurisconsultes qui y siégeaient : pour eux le nantissement était une barbarie féodale, et c'était un progrès que de l'abolir.

Enfin il y avait des coutumes où il était d'usage de nantir les baux. La loi belge a généralisé cette règle ; bien que le bail ne donne jamais au preneur un droit dans la chose, les tiers sont intéressés à le connaître comme ils ont intérêt à connaître les charges réelles qui grèvent les immeubles.

19. Dans tous les pays de nantissement, les devoirs de loi devaient s'accomplir devant les juges fonciers ; ils n'étaient pas de la compétence des notaires. Au XVII^e siècle, Louis XIV ayant créé dans la ville d'Avesnes six offices de notaire, ces officiers obtinrent un arrêt surrequête qui les autorisait à donner, dans les contrats qu'ils recevaient, les déshéritances et adhéritances, et ordonnait qu'elles auraient le même effet que si elles eussent été accordées par les hommes des cours féodales ou échevinales de qui les biens étaient tenus. Le bailli et le greffier de la pairie d'Avesnes se rendirent opposants à cet arrêt ; ils invoquèrent les coutumes du Hainaut, qui exigent impérieusement des devoirs de loi pour l'acquisition d'un droit réel de propriété. Les notaires ne le contestaient pas, mais ils prétendaient que c'était satisfaisant aux dispositions des coutumes que d'insérer, dans les contrats qu'ils recevaient, les actes de déshéritance et d'adhéritance avec les mêmes termes que s'ils étaient passés par-devant les gens de justice des lieux. Ils se trompaient grossièrement en cela, disaient les opposants. En effet, la validité de ces actes n'était pas une question de style ; il fallait avant tout que ceux qui les recevaient eussent qualité pour les recevoir. Or, les coutumes veulent que les actes de déshéritance et d'adhéritance soient faits par-devant les gens de justice ; et c'est pour de bonnes raisons que le nantissement doit être un acte judiciaire, car c'est un acte *public et solennel* ; tandis que les actes du ministère des notaires restent secrets. La publicité et la solennité sont les seuls moyens d'obvier aux fraudes et aux tromperies. Le parlement de Metz fit droit à l'opposition, et, tout en permettant aux notaires de recevoir toutes sortes de contrats et d'actes, tant pour droits réels que personnels,

il décida que les parties n'acquerraient aucun droit réel en vertu desdits contrats, avant de les avoir fait réaliser par-devant les baillis et hommes de fief pour les fiefs, et par-devant les maires et gens de lois pour les rotures (1).

Voilà pourquoi on ne pouvait procéder aux devoirs de loi que dans l'auditoire de la justice seigneuriale. Il est vrai que les devoirs de loi appartiennent à la juridiction volontaire, et, en général, les actes de cette nature peuvent être passés par les juges, en quelque endroit que ceux-ci se trouvent. On faisait exception à cette règle pour les devoirs de loi ; un placard du 9 mai 1618 prononce la nullité du nantissement en cas de contravention. Les anciens auteurs donnent comme raison l'ignorance des juges de village, souvent choisis dans la classe des artisans, et capables des plus grands abus si on leur permettait d'agir à l'ombre. Il faut ajouter que la clandestinité eût été en contradiction ouverte avec le caractère du nantissement, qui devait, par son objet, être public et solennel, comme nous venons de le dire.

20. Dans les provinces belgiques, chaque espèce de biens était soumise à un tribunal particulier. Les fiefs dépendaient de la cour féodale, composée du bailli et des hommes de fief ; les rotures ou mainfermes ressortissaient à la cour échevinale, composée d'un prévôt ou mayeur et des censitaires ou seigneurs. Ainsi le nantissement des fiefs se faisait devant la cour féodale, et celui des rotures devant la cour échevinale (2).

Les devoirs de loi consistaient en une *dessaisine* et une *saisine*, que l'on appelait aussi *déshéritance* et *adhéritance*, *vest* et *devest*. Il s'ensuit que les deux parties devaient comparaître en justice, l'une pour se dessaisir, l'autre pour être saisie. La formalité du nantissement consistait dans une tradition symbolique : le vendeur mettait entre les mains du chef de la juridiction un bâton, symbole de l'héritage, et le juge le mettait, à son tour, entre les mains de l'acheteur. C'était l'ancienne saisine féodale ; quoique faite en

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Devoirs de loi*, § I, n° XI (t. VIII, p. 39).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Devoirs de loi*, § II, n° I (t. VIII, p. 45).

justice, et, à ce titre, publique et solennelle, cette mise en possession ne suffisait point pour donner de la publicité à la transmission des propriétés immobilières, car la saisine était un acte passager dont les tiers intéressés pouvaient n'avoir aucune connaissance. Il fallait un complément à la saisine, un acte qui la constatât et qui fût public. Acte était dressé des devoirs de loi; il devait contenir une déclaration exacte de chaque partie de l'héritage vendu, en marquant l'étendue et la limite des biens; si l'acte était conçu en termes généraux, on en pouvait demander la nullité. C'est le principe de la spécialité en matière d'hypothèques, principe qui se lie intimement à celui de la publicité, les deux bases de notre régime hypothécaire. Et ce qui est vrai en matière d'hypothèques, l'est aussi en matière de transmission de droits réels immobiliers; les tiers doivent savoir d'une manière précise quel est l'héritage aliéné ou chargé d'un droit réel (1).

Notre loi hypothécaire n'admet à la transcription que les actes authentiques. De même on ne pouvait nantir que les actes authentiques; les contrats en vertu desquels se passaient les devoirs de loi devaient être authentiques, et s'ils étaient sous seing privé, il fallait qu'ils fussent reconnus en justice (2). Les auteurs anciens n'en donnent pas la raison; à une époque où l'ignorance était encore plus grande qu'aujourd'hui, les actes sous seing privé mal rédigés auraient été une source de procès, ce qu'ils sont déjà par leur nature même, puisqu'ils ne font pas foi et qu'il suffit de dénier la signature ou l'écriture pour leur enlever toute force probante.

Enfin les actes devaient être enregistrés au greffe du tribunal qui les avait reçus. C'est la condition la plus essentielle de la publicité; les registres étaient communiqués indifféremment à tout le monde. Les tribunaux firent des réglemens, comme ils en avaient le droit dans l'ancienne jurisprudence; et les rois publièrent des ordonnances pour

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Devoirs de loi*, § I, n° I (t. VIII, p. 36); § III, n° I, p. 51.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Devoirs de loi*, § III, n° II (t. VIII, p. 53).

prescrire l'enregistrement, ou ce que nous appelons aujourd'hui la transcription, ainsi que pour empêcher que les registres ne fussent altérés. C'est absolument le système de notre législation (1).

N° 2. LE NANTISSEMENT ET LA SAISINE FÉODALE.

21. L'un des auteurs du code civil, Bigot-Préameneu, représente le nantissement coutumier comme le résultat de l'oppression féodale. Les seigneurs, dit-il, afin de multiplier leurs droits de mutation, ont assimilé la constitution d'hypothèque à une aliénation effective, et ont entravé les transmissions de la propriété par mille formalités, pour qu'aucune n'échappât à leur averse surveillance. On a répondu, avec raison, que c'est fausser entièrement la vérité de l'histoire (2). On peut sans doute reprocher la fiscalité au régime féodal; on doit toutefois se rappeler qu'il n'y avait point d'impôts généraux sous ce régime, les seigneurs n'avaient que des droits et des redevances; ils cherchèrent à les augmenter, et il est assez naturel qu'ils aient profité des mutations de la propriété immobilière pour percevoir un droit. Nous aurions mauvaise grâce de leur en faire un reproche, puisque nous avons maintenu le droit en le convertissant en impôt. Quant à la formalité du nantissement ou de la transcription que le code civil a abrogée, elle date, il est vrai, de la féodalité, mais elle n'a rien de commun avec l'oppression féodale. Les devoirs de loi sont par eux-mêmes un bienfait, car ils consacrent la publicité, qui seule sauvegarde les droits des tiers et assure le crédit public; tandis que la clandestinité du code civil compromet tout ensemble les droits des tiers et l'intérêt de la société. Certes le principe de la publicité n'est pas responsable de la fiscalité féodale. Il fallait le maintenir, en abolissant les abus du fisc, ou en modérant du moins ses exigences.

L'origine féodale de la transcription, qui le croirait? a

(1) Brillou, *Dictionnaire des arrêts*, au mot *Ensaînement*. Merlin, au mot *Devoirs de loi*, § III, n° V (t. VIII, p. 53).

(2) Troplong, *Privilèges et hypothèques*, préface, p. 7 (édit. belge).

été l'un des arguments que l'on a opposés en France, en 1855, au rétablissement de la transcription (1). Il ne vaudrait pas la peine de mentionner cette singulière objection, si ce n'était pour montrer combien l'ignorance de l'histoire est grande et combien il importe de fortifier les études historiques. Pourquoi, disait-on au Corps législatif, le nantissement était-il prescrit par certaines coutumes? C'est qu'il n'y avait pas de terre sans seigneur. Le seigneur ne pouvant ni aliéner ni amoindrir sa seigneurie, on imagina de diviser le droit de propriété et de distinguer entre le *domaine utile* et le *domaine direct* : le seigneur conservait le second et disposait du premier. On ne pouvait devenir acquéreur qu'après s'être fait agréer par le seigneur. C'est cette formalité qui, dans le droit intermédiaire, fut remplacée par la transcription. Dans le droit nouveau, il n'y avait plus à s'occuper de ces débris du régime féodal. Voilà pourquoi le code pose en principe que la vente est parfaite par le seul consentement des parties. Vouloir rétablir la transcription, c'est reconstituer en quelque sorte la féodalité, en séparant de nouveau le domaine direct et le domaine utile.

Hâtons-nous d'opposer la vraie histoire à l'ignorance de l'histoire. L'origine féodale du nantissement est incontestable; est-ce à dire qu'il faille répudier la transcription qui l'a remplacé? Tout notre état social, à commencer par notre liberté, a son principe dans le régime féodal : qui songerait à répudier nos institutions politiques parce qu'elles procèdent de la féodalité? Déjà avant la révolution de 1789, il n'y avait plus rien de féodal dans le nantissement que les noms de fief et de cour féodale que les coutumes avaient maintenus. En veut-on la preuve? Les anciens jurisconsultes discutaient la question de savoir si les francs alleux étaient soumis aux formalités du nantissement? Non, disait-on, car les seigneurs n'ont pas été propriétaires des terres allodiales, ou ils n'en ont plus le domaine direct; donc l'aliénation de ces terres se fait sans

(1) Séance du Corps législatif du 13 janvier 1855 (analysée par Troplong, *De la transcription*, p. 66).

les solennités des dessaisines et saisines. Cependant les coutumes du Hainaut, féodales par excellence, prescrivait pour les alleux des formes analogues à celles que l'on observait pour les fiefs : chaque mutation de propriété se faisait en présence de deux francs alloëtiars, espèce d'officiers qui avaient sur ces biens la même juridiction que les baillis et hommes de fief avaient sur les fiefs, et les mayeur et échevins sur les mainfermes. On ne pouvait donc pas plus aliéner un alleu qu'un fief sans œuvres de loi. Preuve que la saisine féodale s'était transformée quant à sa signification et son but. Il ne s'agissait plus de sauvegarder la souveraineté directe du seigneur, mais de garantir les intérêts des tiers. C'est ce que déclaraient formellement le placard de Charles-Quint du 10 février 1538 et celui de Philippe II du 6 décembre 1536, qui prescrivent le nantissement pour tous actes qui aliènent ou chargent un héritage; il y est dit que ces formalités ont pour objet de prévenir les fraudes et les stellionats. Ainsi 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; aussi ne trouvait-on, dans les lois belgiques, aucune trace de distinction entre les alleux et les fiefs, en ce qui concerne les formalités des dessaisines et des saisines; et la raison en est très-simple; l'intérêt des tiers exigeait la publicité de toute aliénation, quelle que fût l'origine des biens, que ce fussent des francs alleux ou des fiefs.

22. Voilà la vraie histoire, et chose remarquable, elle est exposée dans le *Répertoire* de Merlin, là même où l'auteur constate l'origine féodale du nantissement (1). Il faut encore remonter plus haut, si l'on veut constater les origines des devoirs de loi : la saisine féodale est déjà une transformation de la saisine germanique; on doit donc pénétrer dans les forêts de la Germanie pour trouver les premières formes d'une institution qui est, à juste titre, considérée comme une base du crédit. Voilà comment on devrait écrire l'histoire. Quand elle n'est qu'un recueil de

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Devoirs de loi*, § 1, n^o VI (t. VIII, p. 36).

faits, sans en faire connaître la filiation et la signification, alors c'est une science à peu près inutile; elle devient, au contraire, la plus importante des sciences quand elle établit par les faits la loi du développement progressif de la vie humaine sous toutes ses faces. C'est ce que Montesquieu a fait pour les institutions féodales; il en a trouvées les racines dans les forêts de la Germanie, et les historiens philosophes font aujourd'hui de même pour la liberté et ses garanties. Est-ce à dire qu'il faille célébrer la barbarie germanique et l'oppression féodale? Non, certes; c'est la Providence divine qu'il faut célébrer, en montrant Dieu dans l'histoire, comme nous le découvrons en nous-mêmes, guidant et inspirant les individus et les nations. Il n'y a pas de spectacle plus merveilleux et plus instructif que l'histoire ainsi considérée.

Aujourd'hui la propriété se transfère par le seul effet du contrat, c'est-à-dire de la volonté des parties contractantes. Les peuples barbares ne comprennent pas que la propriété change de main par la seule force du consentement; ils ne connaissent guère que la propriété mobilière, et cette propriété se transmet de la main à la main, le vendeur se dessaisit de la chose et l'acheteur en est saisi. Tel est le premier germe de la dessaisine et de la saisine féodales. Quand la propriété s'étend aux fonds de terre, on applique à la transmission qui s'en fait les mêmes idées et, autant que possible, les mêmes formes. Comme on ne peut pas les transmettre de la main à la main, on livre le gazon à l'acheteur, c'est le symbole de la terre; on lui remet une branche d'arbre, c'est le signe des fruits qui naissent du sol, le signe qui frappait le plus nos ancêtres, puisqu'il leur rappelait la forêt qui leur tenait lieu de ville; ou c'est un bâton, un couteau, un glaive, marque de la maîtrise que le vendeur transporte à l'acheteur. Par lui-même ce symbolisme est impuissant, c'est un fait passager qui ne laisse aucune trace dans la mémoire des hommes. Voilà pourquoi on fait intervenir des hommes libres, rachimbourgs, *boni homines*, qui représentent la tribu, et donnent de la solennité et, par cela même, de la fixité aux transmissions immobilières. Il y a encore un élément qui

manque pour compléter ces formalités, c'est l'acte qui constate ce qui s'est passé et en fournit la preuve. L'écriture étant ignorée, il ne pouvait être question d'acte ni d'enregistrement, mais ce complément de la tradition se fera par la force des choses, dès que la connaissance de l'écriture se sera répandue (1).

Il va sans dire que les formalités de la saisine germanique sont étrangères à l'idée qui domine dans la transcription moderne, la garantie de l'intérêt des tiers. Toutefois l'on peut dire que le premier germe de la publicité se trouve dans la présence des témoins à la mise en possession de l'acheteur. Sans doute ceux qui exigèrent que les rachimbourgs assistassent à ce drame de la transmission de la propriété, ne songeaient pas à assurer les droits des tiers, toujours est-il qu'il en résultait une certaine notoriété: c'est le germe providentiel d'où sortira plus tard la publicité moderne.

23. La saisine germanique présente tous les éléments de la saisine féodale. On pourrait l'affirmer, abstraction faite des témoignages qui l'attestent, c'est la logique de l'histoire qui le veut ainsi; la féodalité n'est pas autre chose que l'élément germanique transporté dans la conquête et constituant la société d'après les sentiments et les idées des conquérants. Consultons l'ancien coutumier d'Artois. Nous y voyons le juge assis sur un siège doré et tenant de la main un bâton dont l'acheteur, à genoux devant lui, tient l'autre bout, tandis que les hommes ou juges, au nombre de quatre, sont debout derrière l'acheteur et en face de lui. Voilà la saisine féodale en action; tous les traits de la saisine germanique s'y rencontrent: une tradition symbolique se faisant en présence des hommes de fief, qui constituent la cour féodale avec le seigneur. Celui-ci est un nouveau personnage, qui ne figurait pas dans les antiques usages de la Germanie; il est le représentant de la souveraineté, telle que les conquérants la comprennent. Pas de souveraineté générale; la puissance

(1) Voyez les témoignages dans Pardessus, *Loi salique*, p. 616, suiv. Troplong, dans la *Revue de législation*, t. X, p. 154; Troplong, *De la transcription*, p. 166-167.

souveraine attachée à la propriété; chaque baron est roi dans sa baronnie, mais ce roi n'a pas de sujets, il n'a que des vassaux, et lui-même est un vassal. La propriété est tout ensemble souveraine et dépendante; elle n'est plus ce qu'elle était chez les Romains, un droit absolu et indépendant, chaque propriétaire dépend d'un suzerain dont il est le vassal et de qui il tient sa terre, car il n'y a point de terre sans seigneur. Comment, dans cet ordre de choses, se prouve la transmission de la propriété? Le vassal ne peut pas disposer à lui seul de son fief, car il n'est pas seul propriétaire; le seigneur dont il relève est suzerain des terres comme des personnes, pour mieux dire, le système féodal n'est autre chose qu'une organisation particulière de la propriété. Dans cet ordre d'idées, le vassal ou propriétaire qui veut vendre son fief doit commencer par le remettre entre les mains du seigneur de qui il le tient, c'est la dessaisine; puis le seigneur investit ou saisit l'acquéreur à qui il concède le fief, c'est la saisine. C'est une nouvelle forme de la saisine germanique; il y a un nouvel acteur, le seigneur suzerain; la présence de ce personnage marque qu'il s'est opéré un changement profond dans l'ancienne saisine. Ce n'est plus le vendeur qui est en face de l'acheteur; les deux parties sont en présence du suzerain, lequel n'agit jamais seul, il procède à l'investiture dans sa cour; la transmission de la propriété se fait dans des formes judiciaires. C'est un élément de publicité de plus. Toute la société féodale figure dans le drame de l'investiture, le suzerain et ses vassaux. Ces formes judiciaires deviennent le principe du nantissement coutumier, lequel doit se faire en justice. La transformation réalise un progrès capital, en ce qui concerne la transmission de la propriété. Depuis l'invention de l'écriture, la justice ne procède pas sans dresser acte de ce qu'elle fait ou de ce qui se passe devant elle; elle a ses registres, sur lesquels tout est acté. La transmission de la propriété féodale, l'acte le plus important de la société féodale, puisqu'elle investit le vassal d'un droit de souveraineté, devait trouver sa place dans ces registres. Pour compléter la publicité, il ne res-

tait qu'à permettre aux tiers d'en prendre communication. Cela est de droit pour toute procédure judiciaire, donc aussi pour la transmission faite, dans les cours féodales, de la propriété des fiefs (1).

Nous dirons de la saisine féodale ce que nous avons dit de la saisine germanique. Les seigneurs ne songeaient guère à sauvegarder les intérêts des tiers, quand ils présidaient à l'investiture; ils faisaient acte de souveraineté, et tout en transmettant une propriété souveraine, ils maintenaient leur droit de suzerain, suzeraineté qui finit par devenir nominale, mais qui servait encore à justifier la perception de droits pécuniaires. Bien que la saisine féodale eût pour premier mobile l'intérêt du suzerain, elle fut un pas décisif vers la publicité coutumière. C'est le nantissement avec sa dessaisine et sa saisine, sa déshéritance et son adhéritance; les formes restèrent féodales, mais le nantissement pratiqué dans des pays de commerce et d'industrie avait une tout autre importance que l'investiture conférée dans les cours féodales. Ce que l'intérêt personnel des seigneurs avait introduit devint la base du crédit et la source de la richesse privée et publique.

24. La féodalité régnait sur toute la France, de même que sur toutes les provinces belgiques. Cependant la saisine féodale sous le nom de nantissement ne se maintint qu'en Belgique et dans le nord de la France, l'Artois et le Vermandois. A entendre Troplong, ce fut là une grande conquête sur le matérialisme du droit féodal : « On laissa ce droit formaliste aux habitudes de quelques pays, connus sous le nom de pays de nantissement. Bien que le régime de la féodalité eût éprouvé, dans ces provinces, de profondes altérations, néanmoins l'esprit des peuples en Flandre, en Artois, en Picardie, dans le Vermandois, ne s'était pas détaché de certaines origines germaniques qui y avaient laissé des traces plus profondes qu'ailleurs (2). »

Voilà un étrange progrès! Ce qui prévalut dans la

(1) Troplong, *De la transcription*, p. 167, n° 5. Merlin, au mot *Devoirs de loi*, § I, n° VI (t. VIII, p. 36), et au mot *Nantissement* (t. XXI, p. 67, n° II).

(2) Troplong, *De la transcription*, p. 169, n° 6.