

France coutumière, c'est la clandestinité romaine, et ce qui se maintint dans nos provinces, c'est la publicité des coutumes de nantissement. Cette publicité n'est autre que celle de la transcription. Troplong applaudit au principe de la publicité et il reproche sévèrement aux auteurs du code de l'avoir déserté. Comment peut-il, après cela, célébrer comme un progrès sur le matérialisme féodal l'abandon de la saisine, ce qui impliquait l'abandon de la publicité? De sorte qu'il exalte tout ensemble et qu'il réproue une seule et même institution! Nous laissons là cette inexplicable contradiction pour revenir à l'histoire. Si la saisine féodale disparut dans la plus grande partie de la France, il y faut voir, non une conquête sur le matérialisme féodal, mais une victoire du droit romain sur une institution qui, par ses formes, rappelait la féodalité. Nous avons dit ailleurs (1) que les légistes romains furent les ennemis mortels du régime féodal, et que, ligués avec la royauté, ils l'emportèrent. Mais la France paya chèrement cette victoire; si elle y gagna l'égalité des classes, elle y perdit la liberté. La suzeraineté des seigneurs disparut, mais ce fut pour faire place à la puissance absolue des rois. Toutes les institutions féodales tombèrent avec le système féodal. Voilà comment les coutumes abandonnèrent la saisine du moyen âge et le nantissement auquel elle avait abouti, pour en revenir à la clandestinité romaine (2). Le culte du droit romain aveuglait les plus grands jurisconsultes. Ceux dont les écrits servirent de guide aux auteurs du code ne tiennent aucun compte d'un usage spécial aux pays de nantissement: c'est la doctrine romaine qui domine dans les écrits de Domat et de Pothier. Mais bien loin que ce fût là une conquête sur le matérialisme du passé, ce fut, au contraire, un recul, un progrès en arrière, comme il s'en fait parfois dans la vie de l'humanité. Ce sont les pays de nantissement, nos provinces attachées aux usages germaniques qui réalisèrent le vrai progrès. Non pas, comme le dit Troplong, parce que les origines ger-

(1) Voyez mes *Études sur l'Église et la féodalité*.

(2) Troplong, *De la transcription*, p. 128, n° 12.

maniques y avaient laissé plus de traces qu'ailleurs; la moitié de nos provinces sont wallonnes, et les devoirs de loi y étaient usités aussi bien que dans les provinces flamandes. Si nos coutumes maintinrent le nantissement, si nos princes en firent une loi générale, c'est que la publicité est une garantie pour les tiers et, partant, un élément de prospérité et de richesse pour les individus et pour la société. Là est le vrai progrès. Ce progrès s'accomplit dans les provinces belgiques, parce que l'industrie et le commerce y florissaient, et le mouvement des affaires que les relations industrielles et commerciales amènent à leur suite, ne se concilie guère avec la clandestinité romaine.

### N° 3. LA LÉGISLATION.

**25.** Colbert, ministre du grand roi, n'était certes pas un partisan de la souveraineté féodale. Cependant il eut la pensée « de perfectionner, par une disposition universelle, ce que quelques coutumes avaient essayé de faire par la voie des saisines et des nantissements ». Ce sont les paroles du préambule de l'édit de 1673. Le célèbre ministre voulait établir le principe de la publicité sans se laisser tromper par les formes que le nantissement avait empruntées au régime féodal. Comment se fait-il que, disposant de la puissance absolue de Louis XIV, il n'ait pas réalisé cette réforme? L'édit de 1673 ne s'occupait que du régime hypothécaire et de la purge des hypothèques; il fut révoqué dès l'année suivante, sous prétexte de la difficulté de son premier établissement (édit de 1674). Il y eut des parlements qui n'enregistrèrent l'édit que sur des lettres de jussion. C'est dire que la publicité trouva une résistance obstinée dans l'aveugle attachement de la magistrature à la tradition romaine, et dans les préjugés moins excusables de la noblesse, laquelle, dépensière et accablée de dettes, ne voulait pas que sa situation immobilière fut mise au grand jour (1). Que d'enseignements dans cette résistance! Il y a encore des hommes qui maudissent la révolution et

(1) Martou, *Commentaire*, t. I. p. 25, note 2. Troplong, *De la transcription*, p. 182, n° 16.



qui croient que le progrès qu'elle a accompli par la violence, par le sang et les ruines, se serait réalisé pacifiquement par la royauté. Et voilà qu'un roi, tout-puissant annonce l'intention de perfectionner la législation immobilière en y introduisant le principe de publicité, et il est obligé de reculer et de révoquer son édit, à cause de la sourde opposition de la noblesse liguée avec les parlements! Décidément l'ancien régime était irréformable. Si le droit civil ne pouvait être perfectionné, à raison des préjugés de vanité, comment aurait-on réformé l'état politique, dont la réformation aurait soulevé l'hostilité de préjugés bien plus puissants?

**26.** Il fallait, pour réformer la vieille société, un coup de foudre. La nuit du 4 août 1789 fut l'enfantement d'un nouveau monde; le régime féodal fut détruit jusque dans ses derniers vestiges. Dès lors les *devoirs de loi* devenaient impraticables, puisqu'ils supposaient des justices seigneuriales, abolies avec toutes les autres institutions civiles qui avaient leur origine dans la féodalité. Qu'allait devenir le nantissement? S'il était vrai, comme on l'a dit (n° 21), que le nantissement ne fût autre chose que l'abus de la puissance féodale, l'Assemblée constituante, si jalouse d'effacer toutes les traces d'un régime odieux, aurait certainement abrogé les devoirs de loi. Malgré la passion révolutionnaire qui l'inspirait, elle fut plus clairvoyante que les auteurs du code civil. Il n'y avait rien de féodal dans le nantissement que les formes; quant au fond, c'était le principe de publicité appliqué à la transmission des immeubles. L'Assemblée venait de proclamer le principe de publicité dans l'ordre politique; comment l'aurait-elle répudié dans l'ordre civil? Elle fit ce qu'un sage législateur doit faire, en abolissant les formes féodales, impraticables sous le nouveau régime, et en maintenant le principe de publicité sous une forme nouvelle. La loi du 19 septembre 1790 (art. 3) porte : « A compter du jour où les tribunaux de district seront installés dans les pays de nantissement, les formalités de saisine, dessaisine, vest, devest, reconnaissance échevinale, mise de fait, main-assise, plainte à la loi, et généralement toutes celles qui tiennent au nantisse-

ment 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. »

C'est la première fois que le mot de *transcription* paraît dans les lois. Et c'est une assemblée, ennemie mortelle de la féodalité, qui consacre, sous ce nom, une institution féodale. Voilà encore une fois la main de Dieu dans la vie de l'humanité. C'est qu'il y avait autre chose dans le nantissement que l'oppression féodale ou le matérialisme féodal, il y avait le principe de publicité. Le législateur révolutionnaire abolit les formes, l'écorce du principe, et il maintint le principe. « Lesdites transcriptions, dit l'article 4, 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. »

**27.** La loi de 1790 était une loi transitoire et locale; elle ne s'appliquait qu'aux pays de nantissement. Ce n'est pas dans une loi de circonstances qu'il convenait de poser les bases de la législation civile. L'économie politique, science nouvelle, née à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, avait concentré ses premiers travaux sur la terre, qu'elle considérait comme la source de toute richesse. Nous laissons de côté les exagérations de la secte des économistes. Toujours est-il qu'elle devait être favorable au principe de publicité, parce qu'il favorisait la circulation des propriétés immobilières. La loi du 9 messidor an III organisa la publicité sur les bases les plus larges, et dans la vue d'imprimer à la circulation des immeubles la même rapidité tout ensemble et la même sécurité qu'à la transmission des valeurs mobilières. C'était vouloir l'impossible: on ne peut pas mobiliser le sol.

La loi de messidor n'eut qu'une courte existence. Elle fut remplacée par celle du 11 brumaire an VII. Celle-ci consacra et généralisa la publicité sous la forme de la tran-



scription. Nous transcrivons l'article 26, que nous aurons plus d'une fois l'occasion de citer : « Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques doivent être transcrits sur les registres de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auront contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente loi. » Tout en empruntant le principe de publicité aux coutumes de nantissement, le législateur de l'an VII le restreignit ; il n'assujettit pas à la transcription tous les actes qui transfèrent des droits réels immobiliers, mais seulement les actes concernant les biens susceptibles d'hypothèques. Ce sont les termes restrictifs de l'article 939, que les auteurs du code civil ont empruntés à l'ordonnance de 1735. La publicité coutumière était plus large, et dès que l'on admet la nécessité de rendre publiques les aliénations d'immeubles, il faut que la publicité soit générale et sans exception aucune ; la demi-publicité est un non-sens et elle manque nécessairement son but.

28. Nous arrivons au code civil. Il consacre la clandestinité romaine (n° 9). Comment se fait-il que le législateur du XIX<sup>e</sup> siècle ait déserté la tradition révolutionnaire, qui était aussi la tradition des coutumes de nantissement ? Il ne se trouvait pas arrêté, comme Colbert, par des préjugés de caste : il n'y avait plus ni parlements ni noblesse. D'un autre côté, il ne s'agissait pas d'une innovation ; la publicité, que le ministre de Louis XIV considérait comme un perfectionnement, existait, elle fonctionnait. Y avait-il des motifs pour l'abolir ? La réponse à notre question ne fait pas honneur aux auteurs du code civil ; cela est affligeant à dire, mais la vérité doit être dite.

Le projet de code arrêté par la section de législation du conseil d'Etat contenait la disposition suivante : « 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. » C'était la reproduction de la loi du 11 brumaire an VII (n° 27). Lors de la discussion, Maleville de-

manda s'il résultait de cet article qu'un second acheteur qui aurait fait transcrire serait investi de la propriété au préjudice de l'acheteur plus ancien qui n'aurait pas rempli cette formalité. L'affirmative était évidente, puisque le premier, n'ayant pas transcrit son acte d'acquisition, n'est pas propriétaire à l'égard des tiers, il l'est seulement à l'égard du vendeur ; par conséquent, s'il est évincé par un acquéreur qui transcrit, il n'a qu'une action personnelle contre son vendeur. C'est ce que répondit Treilhard, le rapporteur de la section de législation. Jollivet ajouta qu'il résultait encore du système de publicité que le vendeur, une fois la vente transcrite, ne pouvait plus charger d'hypothèques l'immeuble vendu ; tandis que si l'acheteur ne transcrivait pas, le vendeur, restant propriétaire à l'égard des tiers, pouvait encore hypothéquer le bien.

Ce sont précisément ces conséquences, dit Tronchet, qui rendent la disposition *désastreuse* : elle aurait les *effets plus funestes*. Cette violente critique du principe de publicité nous paraît aujourd'hui chose inconcevable. Représenter comme *funeste et désastreux* un système qui garantit tous les droits et tous les intérêts, c'est dire que la lumière du soleil est une calamité qui nous prive des bienfaits des ténèbres de la nuit. Qu'est-ce que la lumière a de si *funeste* et de si *désastreux* ? J'achète un immeuble sous l'empire d'une loi qui me prévient que si je ne transcris pas, je ne serai pas propriétaire à l'égard des tiers ; que, par suite, mon vendeur reste propriétaire à leur égard et peut, par conséquent, aliéner et hypothéquer la chose ; ce qui m'exposera à être évincé par un second acquéreur ou par un créancier hypothécaire. Je trouve bon de ne pas transcrire ; je prends donc sur moi les risques de l'éviction. Si je suis évincé, dirai-je que c'est la faute de la publicité, système funeste et désastreux ? Cela n'a pas de sens. Je suis évincé parce que je ne suis pas propriétaire à l'égard des tiers ; et si je ne le suis pas, c'est parce que je n'ai pas rempli les formalités prescrites par la loi pour le devenir. Ai-je le droit d'accuser la loi quand c'est moi qui suis coupable d'imprudance et de négligence ? Tronchet dit : « Il est impossible de justifier une disposition qui expose à de



si grands dangers le droit sacré de propriété, et qui sacrifie un propriétaire légitime à un acquéreur nouveau, à un nouveau créancier. » Est-ce que celui qui n'obéit pas à la loi a le droit de se plaindre de la loi?

On accuse la publicité de compromettre le droit sacré de propriété, alors que la publicité en est la sauvegarde et la garantie. J'achète un immeuble, je crois en être propriétaire. Et voilà qu'un premier acquéreur se présente nanti d'un titre secret, et il m'évincé en vertu du *droit sacré de propriété*, car c'est lui qui est propriétaire à l'égard de tous en vertu d'un titre que je ne pouvais pas connaître, puisqu'il était resté caché. Pour le coup, j'ai le droit d'accuser la loi, qui est la cause de mon éviction; car si je suis évincé, c'est un effet de la clandestinité des transactions immobilières. Qui osera acheter avec la crainte d'être évincé et sans avoir aucun moyen de prévenir l'éviction? Si j'achète, je stipulerai un prix moindre à raison du danger qui me menace. Qui donc souffre, en définitive, de la clandestinité? Le propriétaire qui veut vendre. C'est, par conséquent, la clandestinité qui est un système funeste pour le droit sacré de propriété. Supposez qu'au lieu de vendre, le propriétaire veuille emprunter. Je lui prête une somme de 20,000 francs sur hypothèque. Il se trouve que ce propriétaire avait aliéné l'immeuble au moment où il me le donnait en hypothèque. Quand je veux exercer mon droit hypothécaire, on me dit que mon hypothèque est nulle. Je perds ma créance. Voilà l'effet de la clandestinité; elle facilite la fraude; c'est pour l'empêcher que, dès le xvi<sup>e</sup> siècle, le législateur belge avait ordonné la publicité des actes translatifs de propriété immobilière. Et l'on vient nous dire qu'un système qui prévient la fraude est un système funeste et désastreux! Oui, il peut devenir funeste pour l'acquéreur négligent qui n'obéit pas à la loi. J'achète un immeuble et je ne transcris point. Mon vendeur, resté propriétaire à l'égard des tiers, concède une hypothèque à un prêteur; celui-ci peut m'évincer par l'action hypothécaire. Voilà, dit Tronchet, le droit sacré de propriété compromis! Oui, il est compromis, mais c'est par la faute de l'acquéreur; il doit s'en prendre, non à la loi, mais à sa négli-

gence; si le législateur doit protection au droit de propriété, il n'en doit aucune à l'imprudence.

29. Treilhard répondit à Tronchet. Sa réponse, telle qu'elle est rapportée dans les procès-verbaux de Loqué, manque de netteté et de précision. Toutefois elle est décisive. Les avantages de la publicité et les dangers de la clandestinité sont d'une telle évidence, qu'il suffit d'en montrer les conséquences pour les faire toucher du doigt, car ils sont palpables. Nous venons de le faire; il est donc inutile d'analyser le discours de Treilhard. Le consul Cambacérés intervint aussi dans le débat, et, comme d'ordinaire, ce ne fut pas pour l'éclairer; il parla des acquisitions antérieures à la loi du 11 brumaire an VII, en disant que des droits acquis pouvaient être ébranlés par une loi nouvelle. Treilhard avait répondu d'avance que la disposition proposée était étrangère aux anciennes acquisitions. Il y avait une autre réponse à faire, c'est que Tronchet invoquait à tort le principe de non-rétroactivité, parce que, dans l'espèce, il n'y avait pas de droit acquis. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 2. Puis le consul Cambacérés fit une critique de détail qui ne touchait pas au principe de publicité. Il supposait que le vendeur aliénait un fonds qui ne lui appartenait pas; ce qui, dit-il, arrive assez souvent à la campagne, où il se fait des empiétements journaliers; le consul demanda qu'il fût dit dans la loi que la transcription du contrat ne transfère pas à l'acheteur la propriété, lorsque le vendeur n'était pas propriétaire: ce qui n'était pas douteux. Ces propositions furent adoptées par le conseil, et le projet fut renvoyé à la section de législation pour le rédiger dans le sens des amendements du consul (1).

La publicité proposée était donc admise en principe, avec ces deux explications qu'elle ne préjudiciait pas aux anciennes acquisitions et qu'elle n'empêchait pas le véritable propriétaire de revendiquer si le vendeur n'était pas propriétaire de la chose vendue. Que se passa-t-il dans la section de législation? Fit-elle un rapport? et le conseil rejeta-

(1) Séance du conseil d'Etat du 10 ventôse an XII, n<sup>o</sup> 24 (Loqué, t. VIII, p. 217).



t-il le principe de publicité après une nouvelle discussion? Si l'on s'en tient aux procès-verbaux de Loché, il faut dire non; il n'y eut ni rapport, ni discussion, ni vote. Est-ce que la section de législation oublia de faire un rapport? C'est la supposition la plus probable. Treilhard, le rapporteur, ne brillait pas par l'exactitude. Troplong croit qu'il y eut un malentendu, ou un escamotage (1). Un malentendu s'explique difficilement, et un escamotage encore moins. C'est la section de législation qui avait proposé le principe de publicité, son rapporteur l'avait défendu au sein du conseil d'Etat. C'était à elle de le reproduire, en y ajoutant les amendements de Tronchet et de Cambacérès, qui n'étaient que des explications. Toujours est-il que la question capitale du régime hypothécaire s'est trouvée décidée par le silence du code, dans le sens de la clandestinité, après que le conseil avait adopté implicitement le principe de publicité. Il y a là une légèreté inexcusable.

**30.** La clandestinité n'est pas un principe, c'est un vice. On ne peut pas même imputer ce vice aux auteurs du code, car la clandestinité n'a pas été votée par le conseil. Toujours est-il que c'est le grand défaut du code civil. On s'en est aperçu dans tous les pays où la législation française fut introduite; partout le régime hypothécaire a été modifié dans le sens de la publicité plus ou moins large des actes translatifs de droits réels immobiliers. En France, une enquête se fit, en 1841, sur la révision du régime hypothécaire; les cours d'appel furent consultées, et se prononcèrent presque à l'unanimité en faveur de la transcription; il n'y eut que deux cours qui prirent parti pour la clandestinité romaine: c'étaient des cours du midi, celles de Bordeaux et de Toulouse. Elles ne se doutaient pas que la clandestinité était un vice du droit romain. Il serait injuste néanmoins de lui en faire un reproche. La publicité est une question de crédit, et l'idée du crédit ne pouvait pas naître chez le peuple de Mars, qui avait pour mission de conquérir le monde et de le gouverner. Les projets de réforme hypothécaire proposés en France n'aboutirent pas; mais,

(1) Troplong, *Privilèges et Hypothèques*, préface, p. 13, suiv.

comme toutes les commissions, parlementaires et gouvernementales, avaient été d'accord pour admettre le principe de publicité, on détacha du projet de loi hypothécaire les dispositions concernant la transcription. C'est l'objet de la loi française du 23 mars 1855. Publiée cinq ans après notre loi hypothécaire, elle consacre le même principe, mais avec des modifications dont il faut tenir compte, si l'on veut mettre à profit les ouvrages publiés sur la matière (1), ainsi que la jurisprudence française.

## CHAPITRE II.

### DE LA TRANSCRIPTION.

#### SECTION I. — Des actes soumis à la transcription.

##### § I<sup>er</sup>. *Le principe.*

**31.** Tout acte que les tiers ont intérêt à connaître doit-il être transcrit? Non; la loi définit les actes dont elle prescrit la publicité, et il n'y a que ces actes qui doivent être rendus publics par la voie de la transcription. Il y a d'autres actes que la loi soumet aussi à la publicité, mais par une autre voie que celle de la transcription. Enfin il y a des actes qui intéressent les tiers et qui néanmoins ne doivent pas être rendus publics. De là suit qu'il faut s'en

(1) Nous citerons les plus importants :  
Flandin, *De la transcription en matière hypothécaire*, 2 vol. in-8° (Paris, 1861);  
Mourlon, *Traité théorique et pratique de la transcription*, 2 vol. in-8° (Paris, 1862);  
Troplong, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription*, 2<sup>e</sup> édition, 1 vol. in-8° (1864);  
Verdier, *De la transcription hypothécaire*, 2 vol. in-8° (Paris, 1864).  
Rivier et Huguet, *Questions sur la transcription en matière hypothécaire*, 1 vol. in-8° (1856).