

système de la loi de l'an VII se confond avec le système du vest et du divest, en ce qu'il décrète la publicité des mutations à l'égard des tiers, il s'en sépare par un point essentiel, à savoir, que ce n'est qu'à l'égard des tiers que cette publicité est requise; qu'entre parties, elle n'est pas une forme nécessaire de la vente; et qu'une convention, même sous seing privé, suffit pour établir la volonté des parties de transférer la propriété.

Du reste, sous la loi de l'an VII comme sous les coutumes de nantissement, la vente rendue publique ne transférait que les droits de l'auteur. C'est ce que décidaient expressément ces coutumes, et ce qui était reconnu par la jurisprudence la plus constante.

## 22. Arrivons enfin au Code Napoléon.

La section de législation du conseil d'État avait inséré dans son projet deux articles semblables à ceux de la loi de brumaire (1) que nous venons de citer; mais, après une discussion dont nous avons ailleurs présenté l'analyse, l'article qui subordonnait à la transcription l'efficacité d'une vente d'immeuble à l'égard des tiers, disparut (2); et la transcription se trouva repoussée. La vente des immeubles fut parfaite, et la propriété transférée à l'égard des tiers, par le consentement seul et même sans la nécessité de la tradition (3). Néanmoins, quelques auteurs, difficiles à convaincre, allèrent rechercher péniblement quelques mots de cer-

(1) Fenet, t. XV. p. 345, 346, art. 91 et 92.

(2) Voy. la préface de mon *Comm. des Privilèges et Hypothèques*, page xxvii.

(3) Mon *Comm. de la Vente*, t. I, n° 46.

tains articles du Code Napoléon, pour soutenir que le principe de la transcription n'était pas aboli (4). Mais c'était interpréter la loi contre elle-même; c'était fausser sa pensée clairement manifestée. Aussi ces auteurs, en petit nombre, ne trouvèrent-ils aucun crédit; et il fut généralement reconnu que, sous l'empire du Code, le consentement seul a la vertu de transférer la propriété des immeubles, même à l'égard des tiers (2).

23. Mais, en se soumettant au sens vrai de la loi, il n'était pas défendu de concevoir des regrets et d'exprimer des critiques. C'est ce que j'ai cru pouvoir faire en 1833 (3); et j'ai eu la satisfaction de voir que mes observations avaient porté quelque fruit: car lorsqu'en 1841, M. Martin (du Nord), alors garde des sceaux, eut appelé l'attention des magistrats sur les réformes à introduire dans le régime hypothécaire, vingt-deux cours sur vingt-sept furent d'avis du rétablissement de la transcription (4). Bien plus, en 1850, un projet de réforme ayant été discuté par les pouvoirs publics, il n'y eut pas de désaccord, sur le point qui nous occupe, entre le Gouvernement (5), l'Assemblée

(1) M. Jourdan, *Thémis*, t. V, p. 481. — M. Comte (Devill., 3, 1, 244.)

(2) Mon *Comm. des Hypothèques*, n° 894. — Arrêt du 16 octobre 1810. (Devill., 3, 1, 244.)

(3) *Suprà*, n° 1.

(4) Voy. les documents publiés par le ministre de la justice et, notamment, l'introduction, p. xlv. Sept facultés de droit opinèrent aussi pour le rétablissement de la transcription.

(5) Rapport de M. Persil au nom de la commission nommée par le Gouvernement, p. 15.

législative (1) et le conseil d'État (2). La publicité fut proclamée la véritable base de la sécurité et du crédit de la propriété foncière.

C'est à la suite de toutes ces méditations qu'est intervenue la loi du 23 mars 1855. Elle rétablit la transcription. Seulement la loi nouvelle, en s'ajoutant au Code Napoléon, ne renverse pas le principe qui veut qu'entre parties la volonté transfère la propriété; elle ne s'occupe que de l'intérêt des tiers, et son œuvre donne une pleine satisfaction à tous les enseignements du passé.

24. Néanmoins, dans la discussion qui l'a préparée, la transcription a rencontré quelques contradicteurs. Ils ont reproché à la transcription son origine féodale; ils ont dit que son rétablissement était en quelque sorte un retour à la féodalité (3). L'exposé historique que nous venons de présenter répond par les faits les plus concluants, à cette critique empruntée à M. Bigot de Préameneu (4).

Dans les formalités de dessaisine-saisine, il y avait deux points très-distincts : d'abord, l'origine germanique, dont le fisc des seigneurs s'était emparé pour en faire son profit et pour constituer sa prééminence féodale; ensuite, la constatation authentique et pu-

(1) Rapport de M. de Vatimesnil, *Compte rendu des séances de l'Assemblée législative*, année 1850, t. VII, annexes, p. 116, 117; et la séance du 15 février 1851, *au même compte rendu*, t. XII, p. 223.

(2) Rapport de M. Bethmont au conseil d'État; *Impressions de l'Assemblée législative*, année 1850, annexe au n° 915, p. 15, t. XXVIII.

(3) Discours de M. Lequien au Corps législatif, séance du 13 janvier 1855; *supra*, p. 66 et 67.

(4) Voy. la préface de mon *Comm. des Hypothèques*.

blique de la transmission, dans l'intérêt des tiers. Le premier point portait atteinte à l'indépendance de la propriété, puisqu'il avait pour but de rappeler le domaine direct retenu par le seigneur, et de prouver à l'acheteur qu'il ne pouvait avoir de droit sur la chose que par la concession du seigneur, s'ajoutant à la volonté du vendeur. Le second point touchait à la foi publique et était indépendant des principes exorbitants de la féodalité. Or, tout ce qui tenait à la féodalité a été éliminé par le droit nouveau; l'indépendance de la propriété est désormais complète; et l'autorité publique n'intervient pour constater l'aliénation que dans l'intérêt même du droit de propriété: ce droit reste tellement affranchi, que la vente continue à être parfaite, entre les parties, avant la transcription. Ce qui donc a été exhumé du vieux droit coutumier des pays de nantissement, c'est uniquement une formalité utile aux tiers, favorable au crédit et digne d'avoir place dans une législation libérale et perfectionnée; c'est une formalité fondée sur la justice et sur la raison, qui veulent qu'un droit qui doit être opposé aux tiers soit d'abord porté à leur connaissance. Véritablement, ce serait avoir trop peur de la féodalité que d'en voir l'ombre, même affaiblie, dans un système qui concilie la liberté du propriétaire avec la protection due à ceux qui sont intéressés à connaître l'état de la propriété.

25. Dans un ordre d'idées différent, on a fait à la loi du 23 mars 1855 une objection tirée non plus du principe de la transcription en lui-même, mais de l'énormité prétendue des frais que son application entraîne-

rait pour les petits propriétaires (1). Mais, puisque la grande utilité de la publicité était reconnue et admise, pouvait-on hésiter sur une question de tarif facile à résoudre par un changement opportun dans les anciennes perceptions? Le gouvernement a annoncé du reste que cette question de tarif était à l'étude (2); et l'article 42 de la loi déclare qu'une loi spéciale déterminera les droits à percevoir à l'occasion de la transcription. Nous montrerons d'ailleurs, sous cet article, combien les plaintes élevées à cet égard sont exagérées (3).

26. Une critique plus sérieuse est celle qui reproche à la loi de 1855 d'être incomplète, en ce qu'elle ne donne pas au principe de la publicité toutes ses applications et tout son développement. Pour bien comprendre ces critiques, il faut avoir une idée du système de la loi et de ses limites.

Dans ce système, les actes translatifs de propriété sont publiés; mais la publication ne garantit pas leur validité : c'est aux intéressés à rechercher si l'aliénation n'est pas entachée d'un vice, d'une nullité, d'une cause de résolution.

De plus, les mutations à cause de mort ne sont pas rendues publiques; les tiers ne puisent dans les registres du conservateur aucun secours, pour découvrir quel est le véritable successeur d'un défunt dans la propriété d'un immeuble.

(1) Discours de M. André au Corps législatif; séance du 17 janvier 1855, *suprà*, p. 135 et suiv.

(2) Réponse au discours précédent, par M. Rouher, commissaire du Gouvernement; même séance, *loc. cit.*, p. 138.

(3) *Infra*, n<sup>os</sup> 371 et suiv.

Ceci posé, on prétend qu'il y a là des lacunes regrettables; on accuse le législateur d'avoir manqué de logique ou de fermeté et d'être resté en deçà du but; on lui oppose l'exemple de législations étrangères qui, plus courageuses, ont été plus complètes et ont donné à la publicité sa légitime étendue. Quoique nous ayons déjà touché ce sujet dans notre commentaire des hypothèques, il nous semble nécessaire d'y revenir, pour fortifier les aperçus que nous avons alors présentés. Nous n'approuvons pas les doctrines absolues de ces législations, avant la réforme opérée par la loi de 1855; nous voulons aujourd'hui, et depuis que nous sommes en possession de cette loi, démontrer de nouveau que le législateur français a bien fait de se tenir dans la réserve que nous lui avons alors conseillée.

Notons bien que je n'entends pas blâmer ce qu'ont fait les législations étrangères en vue des intérêts nationaux qu'elles ont à protéger; je veux dire seulement que la loi de 1855 aurait oublié les intérêts français, si elle avait voulu les soumettre à la servile imitation de pratiques contraires à nos mœurs et à notre esprit.

27. Nous avons vu que l'ancien droit germanique ne séparait pas la transmission de la propriété de la publicité de la tradition (1); cette publicité y était sacramentelle; sans elle, il n'y avait pas de déplacement de la propriété. Le droit du moyen âge, loin de modifier ce principe, le consolida : la propriété privée, soit qu'on la considérât comme une émanation du droit féodal, soit qu'on la rattachât à une origine communale, se ma-

(1) *Suprà*, n<sup>o</sup> 4.

nifesta dans ses mouvements par des signes publics (1); la tradition resta solennelle (2); et le domaine civil ne fut transféré à l'acheteur qu'autant que ce dernier était investi par l'autorité du magistrat (3).

On voit déjà la profonde différence que les coutumes germaniques établissent entre le droit allemand et le droit français : chez les Allemands, la vente dépend de la forme; chez nous, elle dépend du simple consentement; et, pour que la forme y joue un rôle décisif, il faut vaincre les habitudes nationales et donner à la solennité une importance qu'elle a perdue depuis longtemps dans nos idées.

28. De ce que cette publicité est requise en Allemagne comme un droit substantiel, il suit que c'est cette publicité même qui fait le propriétaire; que celui-là seul peut être réputé propriétaire qui est inscrit; et que quiconque achète d'une personne non inscrite achète mal et n'est pas réputé propriétaire.

Si celui qui est inscrit n'est pas propriétaire légitime, il transmet néanmoins le droit de propriété à celui qui achète de lui de bonne foi. Par cela seul qu'il est inscrit, les tiers ont été autorisés à le considérer comme le véritable maître de la chose, à traiter avec lui et à acquérir légitimement de lui, s'ils sont de bonne foi. C'est à peu près ce qui a lieu chez nous en matière d'achat d'objets mobiliers.

On comprend dès lors que les actions immobilières

(1) M. Odier, *Syst. hypot.*, p. 21.

(2) Heineccius : *Elem. jur. germanici*, liv. 2, tit. 3, § 81, *in fine*, et § 96; et liv. 2, tit. 13, § 394, 395, 396.

(3) Heineccius, *Elem. jur. germanici*, liv. 2, tit. 3, § 96.

qui ont suite contre les tiers ne peuvent inquiéter ceux qui ont acheté d'un propriétaire inscrit qu'autant qu'elles auraient été inscrites ou prénotées sur les registres avant l'aliénation. La loi allemande, très-ferme dans sa logique, et toujours fidèle aux origines de la propriété germanique, ne connaît que ce qui s'est manifesté par la publicité, que ce qui est passé de l'état abstrait à l'état matériel par l'incorporation publique et le revêtement de la forme sacramentelle.

Si cependant une personne se prétend propriétaire légitime d'un immeuble inscrit sous le nom d'une autre, elle peut réclamer et faire prénoter sa prétention sur les registres. Mais qu'arrivera-t-il si son droit est déclaré légitime? C'est qu'elle sera tenue de respecter tous les droits réels acquis sur la chose avant la prénotation, et qu'elle ne sera dégagée que de ceux qui auront été inscrits postérieurement.

Et, puisque la publicité a de si grandes prérogatives, il s'ensuit que, pour être inscrit sur le registre qui les procure, il faut se faire vérifier par une autorité compétente, qui examine les titres et décide si l'inscription doit avoir lieu. L'usurpation doit être bannie de ce livre de la bonne foi; le public est intéressé à ce que la fraude n'en approche pas. Il faut donc qu'un juge public préside à la prise de possession de l'inscription d'où découlent des privilèges si considérables. Ainsi le veut la logique. La logique n'a jamais effrayé les Allemands (4).

(1) On trouve des exemples de ce système dans les lois du royaume de Wurtemberg, de Bavière, de Prusse, d'Autriche, de Saxe, de Mecklembourg, de Hesse, etc., etc. Il a été importé en Grèce par la dynastie bavaroise qui a régné dans ce pays. — Voy. M. Odier, *Syst.*

29. L'avantage de ce droit, c'est la certitude. Son grand inconvénient, c'est le matérialisme. Sans doute, en contractant avec celui que les registres désignent comme propriétaire, on a la satisfaction d'avoir en main la preuve *juris et de jure* qu'on a acquis un droit à l'abri de toute contestation. Mais cette certitude, à laquelle, du reste, on peut arriver aussi dans d'autres systèmes moins absolus et plus simples, cette certitude, dis-je, est obtenue souvent aux dépens de la justice, et toujours aux dépens de la facilité et de la promptitude des affaires. Pour en faire jouir les transactions, il faut faire peser sur la propriété et sur le crédit un formalisme accablant, dont il nous serait impossible de nous accommoder en France.

Un tribunal est appelé à donner sa sanction à toute prétention qui s'élève sur la propriété d'un immeuble : ce tribunal est-il toujours complètement éclairé ? Est-il en mesure de protéger d'office le droit d'un absent, qui ne se fait pas connaître, par des raisons souvent très-excusable au milieu du mouvement qui entraîne les individus loin de leur domicile et les jette à des distances considérables ? La vérité apparaît-elle toujours, dans un débat où tous les intéressés ne sont pas nécessairement présents ? Supposons qu'après un décès, un parent prétende à l'hérédité : comment l'autorité qui juge saura-t-elle s'il n'y a pas de parent plus proche,

*hypoth.*, p. 25 et suiv.; et M. Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance des lois hypothécaires, introduct.*, p. xi.

On peut voir aussi le développement d'un système semblable dans un projet rédigé par MM. Girod, Rossi et Bellot pour le canton de Genève. Voy. surtout le tit. II et le tit. VII. Ce projet, présenté depuis 1827, n'a pas été converti en loi. M. Odier, *loc. cit.*, 2<sup>e</sup> partie. M. de Saint-Joseph, *loc. cit.*, p. 68.

ou si le défunt n'a pas fait de testament ? Dans cette incertitude, si elle refuse d'inscrire comme propriétaire celui qui se présente, elle paralyse un droit peut-être sérieux, et elle place les biens de la succession hors du commerce ; si elle admet et légitime la prétention du requérant, et que celui-ci dispose de la propriété qui lui est reconnue, les droits du véritable héritier ou du légataire peuvent être compromis, sans que l'on puisse souvent leur imputer une faute. Évidemment les législations allemandes tranchent le nœud gordien au lieu de le délier. Mais ce n'est pas résoudre la difficulté que de donner à un tribunal la puissance de tout décider, quand il n'a pas le moyen de tout connaître.

Et puis, quelle lenteur ! quelle entrave apportée aux conventions des particuliers ! Un droit ne se transfère ou ne se constitue pas sans une procédure contradictoire devant un tribunal ; l'autorité intervient entre les particuliers, à chaque transaction, pour apprécier et juger, sur le vu des titres, les circonstances du fait ou du droit des requérants.

30. En Allemagne, tout cela fonctionne sans de trop grands inconvénients, parce que, presque partout, cette législation est sortie des mœurs locales. Mais comme ces mœurs sont très-différentes des nôtres, on ne pourrait l'importer chez nous sans imiter avec un grand dommage des institutions rebelles à nos habitudes.

La féodalité n'est pas éteinte en Allemagne : il y a des biens nobles et des biens roturiers. Les premiers sont enlacés dans le réseau des substitutions, des privilèges de masculinité et de droit d'aînesse ; l'esprit de

conservation et le frein des lois féodales les rendent presque immobiles dans les familles. Quant aux seconds, ils ne peuvent être aliénés que du consentement du seigneur et moyennant des droits considérables de lods et ventes. Bien plus, toutes les natures de biens, soit nobles, soit roturiers, sont soumis au retrait féodal, au retrait lignager et au retrait de voisinage (1). Dans beaucoup de lieux, les propres ne peuvent être aliénés sans le consentement des héritiers présomptifs; les substitutions sont pratiquées; et, pour conserver les biens dans les familles, on admet les renonciations des filles dotées à la succession future de leur père, etc., etc. On voit là un ensemble de faits qui attestent des habitudes de conservation et d'immobilité, et une lutte des lois et des mœurs contre le morcellement des propriétés. D'un côté, de grands domaines; de l'autre, des propriétés se maintenant dans les familles héréditairement et restant attachées au manoir par une possession immémoriale: voilà les circonstances qui permettent à l'Allemagne de matérialiser par une publicité sacramentelle tous les mouvements de la propriété foncière. Ces mouvements sont trop peu fréquents pour entraîner des gênes véritables et nuire au crédit du sol, tout en ayant l'air de le favoriser.

31. Mais, dans les parties de l'Allemagne où les mœurs nationales se ressentent du voisinage de la France, et où la propriété foncière a plus de mobilité et de fractionnement, la sagesse du législateur s'est bien gardée d'introduire le système germanique, qui

(1) Heineccius, *Elem. jur. germanici*, liv. II, § 413.

ne convient qu'aux pays de grands domaines, ou à ceux qui laissent dormir la propriété dans un état à peu près stationnaire.

Aussi la Bavière a-t-elle expressément excepté le cercle du Rhin de la loi hypothécaire (1), parce que la Bavière rhénane est dominée par un régime économique qui se rapproche du régime français, et que la vivacité féconde des intérêts y serait paralysée par le formalisme excessif des autres provinces du royaume.

De même la Prusse; malgré son désir d'établir l'unité de législation dans les différentes parties de son territoire, n'a pas étendu aux provinces rhénanes un système repoussé par l'état de la propriété, qui y est divisée et libre, comme en France (2). On a reconnu que l'établissement de ce système entraînerait d'immenses dépôts de registres et d'actes et une énorme dépense. On ne peut, en effet, se faire une idée du travail excessif exigé par la bonne tenue des registres dans les contrées où la propriété est morcelée et livrée à un rapide mouvement de circulation. Les employés sont sans cesse exposés à confondre les immeubles les uns avec les autres; ils se perdent dans les montagnes de papier accumulées aux archives. Des erreurs inévitables nuisent aux intérêts privés; et la dépense des écritures devient intolérable (3). Les petites propriétés sont en conséquence grevées de frais qui ne sont pas compensés par les avantages du système, et chaque division de parcelles comprises dans un même article fait naître

(1) M. Alban d'Hauthuille, *Révision du rég. hypothécaire*, p. 41 et 44.

(2) *Id.*

(3) *Id.*, p. 40, d'après M. Puchta, qui a tenu les registres suivant le mode bavarois et prussien.

de très-sérieuses difficultés, surtout dans les partages de successions (1).

32. Tout ceci est si frappant d'évidence, que, même dans la vieille Prusse, où le système se justifie par la grandeur et la fixité des domaines, on a renoncé à soumettre forcément tous les domaines au régime de la publicité absolue. Le législateur a déclaré facultative l'inscription des propriétés sur les registres des biens-fonds. Il a voulu, par là, permettre aux petites propriétés de se soustraire à des formalités ruineuses (2).

33. Voilà donc des enseignements dignes de toutes nos méditations, et c'est le pays qui a inventé le système qui nous les donne lui-même. Le système allemand, modifié dans le cœur même de l'Allemagne par la force des choses, a été jugé impraticable dans les pays que la France a façonnés à sa ressemblance. Ce fait répond à bien des objections et suffit pour nous dispenser d'épreuves périlleuses.

Ajoutons que le grand-duché de Baden, où règne à un assez haut degré la division de la propriété, s'est contenté de modifier le système français, évitant les exagérations du système allemand.

34. Maintenant, si nous jetons les yeux sur la France, que de raisons, directement tirées de notre caractère national, se présentent à l'esprit pour nous garantir d'une innovation si contraire à nos mœurs et à nos intérêts!

(1) Alban d'Hantheuille, *Révision du rég. hypoth.*, p. 41, d'après M. Mittermaier.

(2) *Id.*

Le système allemand fleurit dans des contrées telles que la Prusse, le Brandebourg, la Silésie, le Wurtemberg, où la propriété est contenue par des entraves, où les domaines ont des limites fixes, où les mutations sont peu fréquentes, où les populations ont des habitudes sédentaires. Chez nous, la terre est libre; elle se meut sans entraves; elle est soumise à une action de division et de recomposition alternative, qui multiplie les transactions, accroît sans cesse le nombre des possesseurs, augmente la valeur de la terre et ajoute par conséquent à son crédit. Il faut tenir grand compte de cette impulsion féconde, due à la simplicité de nos lois civiles et à notre droit successoral; impulsion tellement puissante, qu'elle briserait sans effort les chaînes bureaucratiques du système allemand et ferait crouler, d'un seul de ses mouvements, ses montagnes de papier.

D'un autre côté, la moyenne et la petite propriété succomberaient sous les frais des procédures nécessaires pour l'établissement, la justification et la publication du droit du possesseur; toutes les affaires de peu d'importance seraient éternisées, et on n'arriverait au résultat qu'après des lenteurs interminables et la ruine des parties.

Enfin la tenue des registres, facilitée en Allemagne par l'esprit de conservation, n'est pas moins favorisée par l'attachement des individus à la commune et au domicile originaire. Les juges locaux chargés de la tenue des registres connaissent les hommes et les choses, et sont peu exposés à des méprises. Mais en France, le déplacement des personnes est aussi fréquent que le déplacement des fortunes; les absences sont nombreuses; on habite souvent loin des lieux où