

débiteur ne serait pas complet; les intérêts de la masse pourraient être compromis par la négligence des syndics à requérir inscription.

Il suit de là qu'il ne faut pas chercher la solution de notre question dans la loi du 23 mars 1855, mais uniquement dans le Code de commerce, dans son système complet sur la faillite et dans les dispositions spéciales qui organisent son idée. Le jugement déclaratif de faillite produit un effet radical et absolu; la loi veut qu'il arrête et fixe d'une part les droits des créanciers, d'autre part l'état du patrimoine du failli. La loi nouvelle doit respecter cette combinaison d'une loi qui se suffit à elle-même et est la loi des lois dans sa spécialité. Une transcription reçue après la déclaration de la faillite bouleverserait toute l'économie des faillites et ne pourrait pas s'expliquer. On ne fera jamais comprendre à personne que l'on puisse transcrire utilement une vente, dans un moment où il n'est plus temps d'inscrire une hypothèque.

450. Du reste, la vente, dont l'exécution est ainsi empêchée par la faillite du vendeur avant sa transcription, n'est pas irrévocablement anéantie: son sort dépend de l'issue de la faillite. Si la faillite se termine par un concordat, et que le débiteur, moyennant un dividende promis à ses créanciers, soit remis à la tête de ses affaires, il devra exécuter la vente qu'il avait consentie. Seulement, l'immeuble vendu sera grevé d'une hypothèque pour sûreté du dividende promis aux créanciers (1).

Mais si la faillite se termine par l'union et la distri-

(1) Art. 517, Cod. de com.

bution aux créanciers du prix de tous les biens du failli, la vente faite par ce dernier, et non transcrite en temps utile, sera nécessairement inefficace (4).

451. Entre acheteurs qui n'ont pas fait transcrire, la loi du 23 mars 1855 ne saurait être invoquée par l'un contre l'autre; on reste sous la règle du Code Napoléon, et ce sera l'antériorité de date d'un titre par rapport à l'autre qui décidera le conflit (2). Le second acheteur dirait en vain au premier: Si vous aviez publié votre acquisition, je n'aurais pas acheté; votre faute m'a induit en erreur. Le premier acheteur répondrait avec raison: Selon les principes actuels, vous ne deviez être assuré de la propriété que lorsque vous auriez, avant tout autre, fait transcrire votre achat; et vous n'avez rien fait.

452. Enfin la loi du 23 mars 1855 ne pourrait être opposée à un acheteur qui, n'ayant pas fait transcrire, revendiquerait sa chose contre un tiers possesseur qui l'aurait usurpée. Ce dernier n'est protégé par aucune loi; tant qu'il n'a pas accompli la prescription, il ne peut pas prétendre avoir acquis un droit sur l'immeuble.

453. Mais, dans les cas que nous allons maintenant passer en revue, la loi du 23 mars 1855 se montre avec toute son autorité.

Son principe, comme nous l'avons dit, est qu'à l'égard des tiers la propriété immobilière ne se déplace

(1) Art. 529 et suiv., Cod. de com.

(2) M. Bressolles, n° 42.

qu'au moment de la transcription du contrat. En d'autres termes, si deux tiers prétendent à un même droit ou à des droits incompatibles sur un immeuble, la préférence est à celui qui a devancé l'autre dans l'accomplissement des formalités de publicité prescrites par la loi.

Deux conditions sont requises pour être admis à cette préférence : la première est d'être un tiers ; la seconde est de s'être conformé à la loi. Un tiers, à notre point de vue, est celui qui a acquis un droit réel sur l'immeuble, soit la propriété, soit une servitude, soit une hypothèque, etc., etc. (1).

154. Y a-t-il à distinguer si l'on a acquis ce droit à titre onéreux ou à titre gratuit ? Un donataire qui est en règle est-il autorisé à opposer à un acheteur le défaut de transcription ?

Au premier coup d'œil, on est tenté de dire : Pourquoi ne le pourrait-il pas, puisqu'il est un tiers, et qu'il est légalement investi d'un droit réel qu'on vient lui disputer, sans avoir soi-même réalisé son droit en temps utile ? Il est vrai qu'il dispute un gain, tandis que l'acquéreur dispute pour ne pas perdre ; mais la loi n'a pas fait de distinction ; elle est générale et absolue. On ne peut opposer au donataire la spécialité de la matière des donations, que l'article 11 de notre loi déclare vouloir respecter : notre hypothèse est tout à fait en dehors des prévisions du Code Napoléon, qui n'impose pas la transcription aux acquéreurs, et qui, par conséquent, ne peut prévoir le concours d'un

(1) Art. 1 et 2 de notre loi.

donataire ayant transcrit et d'un acquéreur en faute pour n'avoir pas publié son droit.

Malgré ces raisonnements, nous croyons que le donataire qui a transcrit est sans action contre l'acheteur qui n'a pas encore transcrit. Ceci s'établit, et par les principes du droit civil, et par les règles du Code Napoléon, auxquelles la loi du 23 mars 1855 n'a pas dérogé, en matière de transcription de donation, et par l'esprit même de cette loi, qui a été de favoriser le crédit foncier et de protéger ceux qui ont traité à titre onéreux.

155. Mais d'abord, posons une hypothèse dont la solution doit précéder celle que nous cherchons, parce qu'elle la prépare ; et demandons-nous si, d'après la loi du 23 mars 1855, un donataire peut opposer à un donataire antérieur le défaut de transcription.

Lorsqu'avant la promulgation de cette loi nous avons commenté l'article 941 du Code Napoléon, nous nous sommes prononcé pour la négative, non-seulement parce que l'orateur du Tribunal l'a expressément déclaré, mais parce que l'article 1072 s'en explique formellement (1). Cet article décide en propres termes que, lorsqu'une substitution a été faite par donation, les donataires ultérieurs de l'instituant ne sont pas reçus à opposer le défaut de transcription ; et cette disposition, quoiqu'elle soit contenue dans une section spéciale du titre des donations, découle de vérités si constantes en cette matière, qu'on peut la considérer comme l'expression d'une règle générale, applicable à toutes les donations. Il n'est pas possible

(1) Mon Comm. des *Donations*, nos 1179 et 2290.

d'admettre que les substitutions soient affranchies de la transcription à l'égard des donataires postérieurs, et que les autres donations y soient soumises. On peut recourir, du reste, à ce que nous avons écrit à ce sujet dans le Commentaire précité.

Et comme l'article 44 de notre loi déclare ne pas déroger aux dispositions du Code Napoléon sur la transcription des donations; comme, par conséquent, l'article 1072 subsiste dans toute sa force, malgré cette loi, ou, pour mieux dire, avec la volonté de cette loi, il s'ensuit qu'aujourd'hui, comme sous le pur empire du Code Napoléon, les donataires postérieurs ne sont pas reçus à se plaindre du défaut de transcription de la donation antérieure. On continue à suivre ici ces deux règles : 1° *Potior tempore, potior jure*; 2° Nul ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'ils n'en a lui-même.

On nous dira peut-être que, sous la loi de brumaire an VII, M. Merlin enseignait qu'il n'était pas douteux que cette loi n'entendît préférer un second donataire dont le titre aurait été transcrit à un premier donataire qui n'aurait pas fait revêtir le sien de cette formalité (1). Nous répondrons que M. Merlin avait raison sous la loi de l'an VII, et que nous n'avons pas tort sous la loi du 23 mars 1855 : celle-ci n'a pas, en tout, pris la loi de l'an VII pour son type; elle en diffère spécialement par son article 44, lequel maintient les dispositions du Code Napoléon sur la transcription des donations, dispositions qui se séparent en des points notables de la loi de l'an VII.

(1) Quest. de droit, v° *Transcription*, § 6, art. 3.

156. Ceci établi, arrivons à l'autre question, que nous avons un moment abandonnée, et demandons-nous si le donataire postérieur pourra opposer le défaut de transcription à un acquéreur antérieur.

Mais il est évident que, si le donataire est impuissant en face d'un donataire premier en date qui n'a pas transcrit, il est encore plus faible en présence d'un acheteur dont le titre n'a pas été publié; car entre deux contendants, dont l'un *certat de lucro captando*, tandis que l'autre *certat de damno vitando*, le litige n'est pas difficile à vider en faveur du second.

Ajoutez que l'acheteur aurait toujours l'action paulienne contre le donataire, pour faire tomber une donation faite en fraude de ses droits (1). Quoi! le vendeur, après avoir engagé sa foi par la vente, après avoir promis garantie, irait donner à un tiers la chose vendue, et l'on ne verrait pas là la fraude caractérisée, qui, sans s'inquiéter de la complicité du donataire, fait crouler la donation entre ses mains! Que gagnerait donc le donataire à opposer le défaut de transcription? Victorieux de ce côté, il serait vaincu par l'action paulienne, et ce serait le cas de lui appliquer la règle : « *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit* » *exceptio*. »

Évidemment, il ne faut pas qu'un défaut de formes suffise pour décider entre deux personnes dont les situations sont si différentes. Qu'a voulu la loi? Favoriser les placements sur la propriété, faciliter son mouvement, éclaircir les positions aux yeux des acquéreurs et des prêteurs. Ce serait la détourner de son but que

(1) Voy. *suprà*, n° 75.

de la faire servir à consolider les donations, au préjudice des ventes antérieures; ce serait prêter soutien à la fraude du vendeur, et corroborer des libéralités qui, aux yeux du droit et de la morale, ont toujours été plus que suspectes (1).

157. Ce que nous venons de dire du donataire s'applique au légataire particulier.

158. Quant au légataire universel, à l'institué contractuel, au donataire universel, ils sont pareils aux héritiers, en ce qui concerne le droit d'invoquer le défaut de transcription. Ils sont tenus de l'obligation de garantie contractée par leur auteur et ne peuvent pas, par conséquent, évincer l'acheteur (2).

159. On a soulevé la question de savoir si celui qui, pendant le cours d'une instance en revendication, achèterait du possesseur l'immeuble litigieux et ferait immédiatement transcrire son contrat, pourrait se prévaloir de cette transcription contre le revendiquant, et refuser de se soumettre au jugement qui ultérieurement condamnerait son vendeur (3).

Il faut d'abord se pénétrer d'une vérité : c'est que le jugement n'attribue aucun droit nouveau; il déclare un droit préexistant. Aussi n'a-t-il pas besoin lui-même d'être transcrit; et ce serait une erreur de croire que

(1) Avis de la cour de Montpellier, t. I des *Documents publiés par M. Martin (du Nord)*, p. 336; et avis de la faculté de Dijon, *loc. cit.*, p. 420. — *Contra*, MM. Rivière et Huguet, nos 177 et suiv.

(2) *Suprà*, n° 73. — *Mon Comm. des Donations*, nos 1176, 1177.

(3) MM. Rivière et Huguet, nos 208 et suiv.

la difficulté se résoudra suivant que la vente aura été transcrite avant ou après la transcription du jugement (1).

Il suit de là qu'on ne peut pas, en réalité, élever un conflit entre un jugement et la transcription d'une vente; il n'y a pas de rapport entre ces deux choses. On peut se demander seulement si le jugement a force de chose jugée contre l'acheteur; et comme ce n'est pas là une question de translation de propriété, il faut dire que la transcription n'y est pour rien, et que la loi nouvelle y reste étrangère.

Or, d'après les principes consacrés par la loi romaine (2) et le Code Napoléon (3), un jugement a force de chose jugée à l'égard des parties et de leurs ayants cause; et parmi les ayants cause on doit ranger tous ceux qui ont traité avec une des parties depuis le commencement de l'instance (4). Il s'ensuit que, dans notre espèce, l'acheteur doit reconnaître pour vrai ce qui a été judiciairement décidé avec son vendeur; de sorte qu'il ne pourrait former tierce opposition que s'il alléguait une collusion entre son auteur et le revendiquant.

160. Ceci posé, il faut nous arrêter à quelques hypothèses, parce que, suivant la diversité des cas, les principes que nous venons de rappeler ne conduisent pas aux mêmes conséquences.

(1) M. Millet, dans un discours au Corps législatif, est tombé dans cette inexactitude. Séance du 15 janvier 1855; *suprà*, p. 76.

(2) L. 28, D., *De exceptione rei judicatae*.

(3) Art. 1351.

(4) Zachariæ, t. V, p. 768.

Supposons d'abord que les deux acheteurs ne tiennent pas leur droit du même vendeur. Par exemple : Primus prétend avoir une portion de pâquis dans un pâturage appartenant à Secundus, qui l'a acheté de Victor, mais qui n'a pas fait transcrire. Secundus intente contre Primus un procès en revendication. Dans le cours de cette contestation, Primus vend la portion de pâquis en question à Tertius, qui fait transcrire son titre; puis le procès aboutit à un jugement qui condamne Primus à délaisser à Secundus l'immeuble contesté. Quelle sera l'influence de cette décision sur Tertius? Sera-t-il fondé à prétendre qu'ayant transcrit son titre, il doit l'emporter sur Secundus qui n'a pas promulgué le sien? Nullement.

En effet, Primus, dont il tient son droit, n'était qu'un usurpateur, ou, si l'on veut, un faux propriétaire sans titre réel et légal. Le jugement l'a ainsi décidé; et ce jugement, comme nous le disions tout à l'heure, a, contre lui Tertius, qui a acheté depuis le procès, la même autorité que contre son vendeur. Tertius a beau avoir transcrit, il n'a par lui-même aucun droit; et du même coup il a été évincé, autant que son auteur, par le revendiquant. Car, même sous la loi du 23 mars 1855, il est toujours vrai de dire, avec le Code Napoléon, que le vendeur ne transmet à l'acquéreur que les droits et la propriété qu'il a lui-même sur la chose vendue (1). La transcription n'est destinée qu'à faire connaître les droits acquis; elle ne les constitue pas dans leur origine.

Voici une autre hypothèse :

(1) Art. 2182 du Cod. Nap.

Pendant que Primus, héritier de Pierre, conteste à Secundus la délivrance de l'immeuble A, qui a été légué à ce dernier, Primus me vend cet immeuble, et je fais transcrire mon contrat. Mais le procès continuant son cours, il est jugé que le legs fait à Secundus était valable. Il n'y a pas de doute que je ne doive renoncer à mon acquisition, bien que j'aie fait transcrire. D'une part, le légataire n'avait aucune formalité à remplir pour promulguer la translation du domaine en sa personne; de l'autre, il est prouvé que j'ai acquis à *non domino*, et qu'aucun droit ne m'a été conféré en réalité.

161. Mais on résoudra dans un sens différent l'hypothèse suivante :

Primus vend à Secundus l'immeuble A, et se réserve l'usufruit. A sa mort, son héritier, ignorant, faute de transcription, ce qui s'est passé, se met en possession de l'immeuble. Bientôt il est actionné en revendication par Secundus, et néanmoins, pendant le procès, il vend ce même immeuble à Tertius, qui fait transcrire. Ici la transcription a une grande importance; et bien que Secundus gagne en définitive son procès contre Primus, comme il n'a pas fait transcrire son contrat, il ne pourra pas évincer Tertius, qui s'est mis en règle sous le rapport de la publicité. C'est en vain qu'il dira à celui-ci : Mon jugement vous est opposable, puisque vous n'avez acheté que depuis le commencement du procès; j'étais dispensé par cette circonstance de vous mettre en cause, et je n'avais pas de tierce opposition à redouter de votre part; vous êtes condamné par le jugement qui condamne votre auteur. Tertius lui répondra : Sans doute, je dois reconnaître pour vrai

(ainsi qu'il a été jugé) que vous avez acheté du véritable propriétaire l'immeuble que je possède ; vous l'avez revendiqué contre l'héritier de votre vendeur, et la justice vous a donné gain de cause, bien que vous n'ayez pas transcrit : en effet, entre les parties et leurs successeurs universels, la propriété est transférée par le seul consentement. Mais de tous ces faits que résulte-t-il contre moi, qui suis un tiers ? Si j'avais acheté après vous de Primus votre auteur, et que j'eusse transcrit lorsque vous gardiez le silence, qu'auriez-vous à objecter contre mon incontestable préférence ? La loi du 23 mars 1855 n'a-t-elle pas été faite tout exprès pour donner la préférence au second acquéreur qui transcrit, sur le premier qui ne transcrit pas ? Or, au lieu d'avoir acheté de Primus, je tiens mon droit de son héritier, de celui qui représente sa personne ; n'est-ce pas comme si j'avais acheté de lui-même ? Ne dites pas que l'héritier m'a transmis des droits qu'il n'avait pas ; il a fait ce que son auteur pouvait faire à mon égard, depuis la loi du 23 mars 1855. Primus n'était dessaisi, quant à vous et à moi, qu'autant que vous auriez transcrit ; par votre faute, son droit a continué de subsister à l'égard des tiers, et j'en ai profité.

Nous ne voyons pas ce qu'il serait possible de répondre à cette argumentation.

162. Par ce qui précède, on a vu que, lorsque les deux acquisitions procèdent du même auteur, le jugement intervenu sur le débat n'enlève pas à la transcription faite antérieurement ses effets de préférence.

Primus vend à Secundus, qui ne transcrit pas. Primus ne faisant pas la délivrance, Secundus l'actionne

en revendication, lui offrant le prix. Pendant le procès, Primus vend à Tertius, qui achète de bonne foi, ignorant ce qui se passe, et qui fait transcrire. Qu'importe contre Tertius le jugement qui interviendra au profit de Secundus ? On ne conteste pas que Primus ne fût propriétaire et qu'il n'eût vendu une première fois quand il a revendu à Tertius. Mais Secundus n'ayant pas transcrit et n'ayant pas rompu, à l'égard des tiers, le lien qui unissait Primus à la chose, toute la procédure qu'il a suivie est inutile ; et la transcription réglera le sort des deux acquisitions, bien plus que le jugement, lequel n'est que déclaratif de points reconnus, du reste, et avoués.

163. La seconde condition exigée par l'article 3 de ceux qui veulent se mettre sous son abri, c'est d'avoir conservé le droit par eux acquis sur l'immeuble, en se conformant aux lois. Ainsi, celui qui a fait un contrat de la nature de ceux énumérés dans l'article 1^{er} ou l'article 2 de notre loi ne peut opposer à un rival le défaut de transcription que s'il a lui-même transcrit son contrat. De même le créancier hypothécaire doit avoir pris inscription, pour argumenter du même moyen contre un adversaire qui tient ses droits de l'auteur commun.

164. Lorsqu'on a acheté un immeuble d'une personne qui, elle-même, n'avait pas fait transcrire son titre d'acquisition, est-on en règle avec la loi, si on se contente de faire revêtir de la transcription le titre dont on est porteur, ou bien n'a-t-on satisfait à ses dispositions que par la publication de tous les contrats antérieurs qui ne sont pas transcrits ?