

LA VENTE EST-ELLE TRANSLATIVE DE LA PROPRIETE ? VARIATIONS FRANCO-GERMANIQUES SUR UN THEME ROMAIN

Il existe en Europe une tradition juridique commune, fondée sur le droit romain, beaucoup plus ancienne que les Etats nationaux. Elle servira de cadre à cette brève réflexion sur la vente en tant que moyen de transfert de la propriété, considérée d'un point de vue historique dans une perspective franco-germanique.

En effet, dans ce domaine, les droits français et allemand, en particulier, symbolisent les deux approches les plus différentes sur le plan des principes. Les mettre en regard vis-à-vis de leur source médiate, mais commune, à savoir le droit romain, présente donc un réel intérêt. Le droit autrichien, pour sa part, servira de repère entre eux ; mais on ne pourra, faute de temps, lui consacrer la place importante qu'il mérite.

Il paraît pratique, pour situer la démarche, de commencer par présenter les lignes essentielles des trois schémas dans lesquels se moulent les systèmes de transfert français et germaniques actuels. Ces schémas, au demeurant, ont été source d'inspiration pour une multitude d'autres systèmes juridiques.

- Le premier se trouve déjà dans l'ancien droit commun, le "droit commun européen", pourrait-on dire. Il a été illustré par le droit prussien et, aujourd'hui encore, par le droit autrichien, respectivement codifiés en 1794 (1) et 1811 (2). En ce qui concerne le transfert de pro-

(1) §§1 et ss, I 9; §§ 1 et ss I 10 de l'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten (ALR)*.

(2) §§ 380 et 423 et ss de l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)*.

priété, ils adoptent l'un et l'autre la doctrine traditionnelle du droit commun plus ancien, c'est-à-dire la doctrine du *titulus* et du *modus*.

Dans le langage des lois prussienne et autrichienne, le *modus* est l'acte extérieur ; c'est par lui qu'on acquiert la propriété. Dans le cas normal, il consiste en la remise de la chose par l'aliénateur à l'acquéreur.

Au contraire, la base juridique, en fonction de laquelle le *modus* conduit au transfert, est le *titulus* de propriété. Il peut consister en une prescription législative, en une sentence et, surtout, en une déclaration de volonté. Par exemple le contrat de vente, c'est-à-dire le contrat objectivement valide, et la remise de la chose, conduisent à l'acquisition de la propriété. Contrat de vente et remise de la chose sont donc les causes de l'attribution de la propriété.

L'un des textes cardinaux pour le transfert causal de ce type est dû au jurisconsulte Paul (D. 41, 1, 31 pr) ; il date du début du III^{ème} siècle après JC : *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur* (3).

Si cette conception ne s'est pas imposée à Rome, elle est plus que jamais d'actualité. Aujourd'hui le droit prussien a disparu, mais le droit autrichien demeure pour sa part fidèle à Paul. En effet, malgré la remise, la propriété n'y passe pas à l'acheteur, le vendeur reste propriétaire. Notons en passant que ce système a été retenu par à peu près la moitié de la planète.

- Le deuxième modèle est le schéma consensualiste, illustré par le Code civil français de 1804. Il suffit ici, pour user du langage du modèle de transfert du droit commun, du seul *titulus* pour transférer la propriété. Effectivement, dans le contrat de vente, le *modus* n'est pas nécessaire. Le contrat obligatoire suffit au transfert (4). Le contrat est la condition de l'acquisition de la propriété. Le contrat obligatoire est, en d'autres termes, la cause d'attribution. S'il n'y a pas de contrat valide, la condition du transfert n'est pas remplie. La propriété ne passe pas à l'acheteur : le vendeur reste propriétaire et peut, comme tel, revendiquer la chose vendue. Selon ce système, la propriété est donc acquise dès la

(3) "La tradition nue ne transfère jamais la propriété, elle ne le fait que si une vente ou une autre cause justificative la précède, qui motive la tradition".

(4) Art. 711 et 1138 du Cc.

conclusion du contrat obligatoire ; c'est pourquoi ce type de transfert est qualifié de "modèle consensualiste".

La solution du Code civil français a été adoptée par le droit italien et d'autres systèmes juridiques.

- Le troisième modèle est celui du transfert abstrait du Code civil allemand de 1900. Celui-ci conçoit le transfert de la propriété comme un acte juridique : c'est l'"accord réel", séparé de l'acte causal, qui est à la base du transfert. Il doit être suivi de la remise de la chose. Cet acte de transfert, distinct de l'acte causal, est, en ce qui concerne son efficacité juridique, indépendant de l'efficacité juridique de l'acte causal; ceci revient à dire que l'acte de transfert est "abstrait". Naturellement, l'acheteur ne peut retenir la chose dont il a acquis la propriété sans une obligation valide. Cependant le vendeur ne dispose contre lui que d'une action obligatoire pour récupérer la propriété, pour en obtenir le retransfert. Pour utiliser les termes du droit romain, le vendeur n'a contre l'acheteur que la *condictio indebiti* (5).

Le transfert abstrait de la propriété du Code civil allemand est l'oeuvre de la Pandectique du XIX^e siècle, où Savigny se fit son champion. Il est donc possible de le qualifier de "modèle pandectiste" (6).

Tel est donc le cadre, non exhaustif de cette réflexion : trois systèmes, dont le français et l'allemand en principe radicalement opposés ; le troisième, l'autrichien, faisant en quelque sorte "pont et planche" entre les deux autres et tous étant, à quelque titre, héritiers du droit romain.

On rappellera d'abord l'évolution de celui-ci et son caractère polymorphe, contrairement aux idées généralement reçues, trop simplistes dans ce domaine.

Cependant, le legs romain n'est pas parvenu directement aux codificateurs. C'est pourquoi on situera brièvement aussi son impact (7) et ses remises en cause au fil des siècles, jusqu'à la mise en oeuvre des principes actuels.

Ceux-ci feront l'objet du second volet de ce propos.

(5) WIELING, *Sachenrecht, I : Sachen, Besitz und Recht an beweglichen Sachen*, 1990, pp. 37 et ss.

(6) Sur cette approche comparatiste, voir KUPISCH, "Causalità e astrattezza", dans *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatista*, Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, avril 1990, L. Vacca éd, II, pp. 433 et ss.

(7) PUGLIESE, "Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano", dans *Vendita e trasferimento*, op. cit., pp.26-70.

I. - DE L'EXPERIENCE ROMAINE AUX CODIFICATIONS

1) Dans le droit romain des premiers siècles, la plus ancienne vente dont la trace subsiste était au comptant et avait une efficacité translatrice directe. L'échange de la chose contre le prix était immédiat, produisant essentiellement, sinon exclusivement, des effets réels.

Lorsqu'il s'agissait d'une *res mancipi*, c'est-à-dire d'un bien particulièrement important (immeuble, esclaves, gros bétail), on employait la *mancipatio* : l'acheteur payait effectivement le prix en faisant peser du bronze et devenait propriétaire. Mais la *mancipatio* avait aussi un effet obligatoire ; elle contraignait le vendeur à défendre l'acheteur contre le tiers qui revendiquerait la chose vendue (8).

Avec l'introduction de l'indication du poids du lingot et, plus tard, celle de la monnaie frappée, la pesée, comme le prix, devinrent purement symboliques. Ceci détermina la séparation du paiement effectif du prix de l'acte formaliste, mais rendit également possible la réduction de ce prix à une somme dérisoire. Ainsi la *mancipatio* fut-elle employée pour une cause ne comportant pas le paiement d'un prix : par exemple une donation, une garantie, une constitution de dot, etc... Ainsi devint-elle en pratique un acte de transfert de la propriété indépendamment de sa cause ou, à la limite, sans cause.

Cependant, au V^e siècle avant Jésus-Christ, les Douze Tables ou leurs interprètes, établirent que l'effet translatif de la *mancipatio*, effectuée pour cause de vente, était subordonné au paiement du prix ou au moins à la garantie de son paiement (9). Il s'agit d'une règle logique qui sert à rétablir le rapport entre le paiement du prix et le transfert de la propriété. Au contraire, la *mancipatio* accomplie pour une autre cause transférait la propriété immédiatement. Enfin, en cas de vente de *res nec mancipi*, le transfert était effectué par simple remise (*traditio*).

(8) STURM, "Origine et évolution de la *mancipatio* - Synthèse rétrospective de l'enseignement de Philippe Meylan", dans *Mél. Piotet*, Berne, 1990, pp. 571 et ss. ; des siècles plus tard encore, on trouve trace de cette obligation du vendeur, fut-ce sous forme d'indemnisation : P.S. 2, 17, 3 : *Res empti, mancipatione et traditione perfecta, si evinctur, auctoritas venditor duplo tenus obligatur*. Si (l'acheteur) est évincé d'une chose qui lui a été vendue et dont la *mancipatio* et la *traditio* ont été accomplies, le vendeur est obligé, du fait de son *auctoritas*, de le dédommager au double.

(9) Voir KASER, *Das römische Privatrecht*, Munich, 1971, I 2, pp. 46 et 418.

Dans le Droit classique des II^e-III^e siècles après Jésus-Christ, la *mancipatio*, même en matière de vente, ne créa plus aucune obligation de payer le prix, ni de remettre ou de transmettre le bien plus tard. Elle n'imposait que l'exécution des formalités prévues et de garantir contre l'éviction. La *traditio* ne créait pas davantage ces obligations. Si les intérêts des parties impliquaient une vente à crédit, l'unique possibilité de la mettre en oeuvre était offerte, à partir à peu près des Douze Tables, par des stipulations verbales réciproques ; mais, si on y recourrait, le transfert de la propriété du bien acheté était retardé jusqu'à son accomplissement.

La voie nouvelle fut alors ouverte par le contrat d'achat-vente, l'*emptio-venditio*. Il est très probable que ses premières applications, c'est-à-dire celles de la vente créatrice d'obligations, se soient inscrites dans le cadre du *ius gentium*, le droit commun à tous les peuples vivant sur le territoire de Rome, qui commence à jouer un rôle important vers le III^e siècle avant Jésus-Christ. Or, c'était aussi le seul droit également accessible aux non-citoyens, les pérégrins. L'*emptio-venditio* s'appliqua donc, au début, dans le cadre des rapports entre citoyens romains et pérégrins et entre pérégrins opérant sur le territoire romain.

Mais le seul moyen de transfert accessible à tous était la *traditio*, inefficace pour les *res Mancipi* exigeant la *mancipatio*, monopole des seuls citoyens romains. La vente de *res Mancipi* entre citoyens et non citoyens ne pouvait donc être suivie que d'une *traditio* ; mais alors cette dernière ne déterminait que la mise en possession paisible de l'acheteur, rendant du même coup la vente de la chose d'autrui parfaitement possible.

L'acheteur, pour sa part, était tenu de rendre le vendeur propriétaire de l'argent versé à titre de prix ; s'il ne le faisait pas, il pouvait être poursuivi par l'*actio venditi*, ouverte au vendeur. PAUL.(32 [33] *ad ed.*) D.19,4,1 pr.: *Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor ... multumque differunt praestationes. Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo ; itaque, si evicta res non sit, nihil debet* (10).

(10) "C'est une chose de vendre, une autre d'acheter ; c'est une chose d'être acheteur, une autre d'être vendeur... les prestations sont très différentes. En effet, l'acheteur, s'il ne paie pas ce qui a été convenu, est tenu par l'*actio ex vendito* ; mais il suffit au vendeur de garantir contre l'éviction, de mettre en possession et de ne pas commettre de dol ; de sorte que, s'il n'y a pas éviction, il ne doit rien". Voir KASER, *op. cit.*, pp. 556 et note 26.

La situation changea vraisemblablement dans les premières décennies du II^e s. av. JC. Alors, en effet, l'*emptio-venditio* commença aussi à se pratiquer entre citoyens romains. Les juristes préclassiques avaient déjà admis que dans les cas où l'*emptio-venditio* avait pour objet une *res mancipi*, le vendeur citoyen devait accomplir la *mancipatio* en faveur de l'acheteur ; s'il était propriétaire, cela suffisait à rendre l'acheteur propriétaire. Au cas contraire, il n'était pas responsable de l'acquisition manquée par l'acheteur, si rien n'avait conduit à l'éviction de ce dernier d'une possession paisible, ou ne l'en menaçait.

Tel était du moins le "droit pur". Mais, en pratique, il pouvait arriver que les formalités de la *mancipatio* soient apparues trop compliquées; elles pouvaient aussi paraître trop coûteuses par rapport à la valeur ou à la nature de la chose. Dès lors l'acheteur, même citoyen, pouvait ne pas avoir intérêt, pour une raison quelconque, à en obtenir *mancipatio* et se contenter d'une simple *traditio*. Ceci était devenu dans certains cas le "droit appliqué".

Toutefois, deux points essentiels sont à noter. D'abord, une *emptio-venditio* dans laquelle les parties seraient d'accord pour exclure le transfert de la propriété n'était pas valide (Lab. D. 18, 1, 80, 3) (11). D'autre part la vente, en tant que cause, a toujours été considérée comme apte à justifier l'acquisition de la propriété par la possession prolongée (*usucapio*) de l'acquéreur.

Finalement, la naissance de l'*emptio-venditio* entraîna donc une distinction que l'on rencontre aussi dans de nombreux droits actuels, en partie par dérivations romanistiques : il s'agit de la distinction entre l'*emptio-venditio* elle-même, contrat n'ayant que des effets obligatoires, et l'acte translatif de la propriété (*traditio, mancipatio*, théoriquement *in iure cessio*).

Qu'en est-il du droit tardif ?

Durant la période postclassique, l'extension de l'efficacité de la vente de la sphère des obligations à celle des droits réels n'est pas établie par

(11) Plus tard ULPIN va dans le même sens (32 *ad ed*) D. 19, 1, 11, 2 : *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere et, si mancipi est mancipio dare : quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum.* (Premièrement le vendeur doit mettre la chose à la disposition de l'acheteur, c'est-à-dire lui en faire *traditio* (et s'il s'agit de *res mancipi* lui en faire *mancipatio*); cette chose, si le vendeur en est propriétaire, il doit en transférer la propriété à l'acheteur).

une quelconque norme spécifique. Elle est conduite à maturation, dans la pratique, sous l'influence probable, d'un côté du vulgarisme, de l'autre de l'hellénisme. La propriété du bien est en principe considérée comme automatiquement transférée à l'acheteur par suite de la seule perfection du contrat. Dès lors, l'obligation principale du vendeur consiste seulement à procéder à la remise matérielle dudit bien.

Mais, vers la fin de la période postclassique en Orient et à l'époque justinienne, se produisit la renaissance du classicisme ; la distinction entre la vente et l'acte translatif fut alors rétablie.

Avec Justinien le schéma classique de deux obligations principales se faisant face atteint même son apogée. Il faut seulement noter la possibilité d'une vente au comptant, au reste très fréquente, qui les exclue toutes les deux. Sinon, l'obligation du vendeur est à nouveau d'accomplir l'acte translatif et de mettre l'acheteur en possession du bien. A la rigueur, il continue à ne pas être obligé de transférer la propriété, au sens qu'il ne répond pas du seul fait de ne pas avoir rendu l'acheteur propriétaire : il n'est responsable que s'il y a éviction.

Cependant, l'acte translatif est désormais, pour tous les biens, la *traditio*. Or, celle-ci s'est très "spiritualisée" au fil du temps. Concrètement, elle est même souvent directement évitée par le recours à un constitut possessoire fictif : le vendeur retient par exemple un usufruit de pure façade de quelques jours sur le bien vendu ; l'acheteur ou le donataire acquièrent de cette façon la possession par son intermédiaire et indirectement la propriété, sans aucun contact matériel avec le bien.

Il est toujours explicitement déclaré que cette réserve d'usufruit est destinée à remplacer la *traditio* matérielle et solennelle. Ainsi cette dernière se réduit pratiquement à une simple manifestation du consentement au transfert résultant de la réserve d'usufruit. Dès lors, sous Justinien, les deux systèmes différents au moyen desquels on avait coutume de réaliser le transfert de propriété par acte entre vifs, celui de la tradition et celui du consentement mutuel, apparaissent, vus de près, opérer sur un mode identique.

Tel est l'héritage romain, polymorphe et propre à être invoqué par les tenants des conceptions les plus antithétiques.

2) Passons à l'ancien droit.

L'influence du droit de Justinien est manifeste chez tous les commentateurs du XIII^e au XVI^e siècles, d'Azon (12) à Cujas (13) et Dumoulin (14) en passant par Bartole (15). Encore au XVIII^e siècle, Pothier (16) va jusqu'à faire sienne la théorie de la cause putative de la Glose selon laquelle la propriété est également transférée au cas où l'obligation a été supposée par erreur par les parties.

Pourtant, cette conception "romaniste" paraît avoir été plus ou moins écartée par la pratique coutumière française du Moyen-Age à la Révolution. L'ancien droit, par étapes, s'est en effet contenté de traditions feintes. Il rejetait ainsi le régime féodal qui exigeait, à l'origine, un certain formalisme, supposant l'intervention du seigneur pour transférer la propriété. L'aliénateur se dessaisissait devant lui (devest) et le seigneur ensaisinaient l'acquéreur (vest). Mais cette investiture seigneuriale est devenue facultative, puis pratiquement automatique par le biais des clauses de "dessaisine-saisine". Il était simplement stipulé dans l'acte que le vendeur s'était dessaisi et avait saisi l'acquéreur. Ces clauses étaient devenues de style dans les contrats immobiliers ; elles consacraient la suffisance d'un échange des consentements pour transférer la propriété. Et, de fait, la conscience commune admettait déjà que la fin de la vente était de rendre l'acheteur propriétaire. C'est ce qu'avait affirmé Bourjon (17), au moins pour les immeubles. C'est aussi ce qu'affirmait

(12) AZON, *Summa codicis* (ed. Venetiis 1572, col. 297, t. 3), à propos de D. 12,4.16 : ... *agebatur ab utroque de transferenda proprietate in rem, quod est contra naturam venditionis*.

(13) CUJAS, *Recitationes solemnes in tit. I de servitutibus*, dans *Opera*, Naples, 1756, VIII, col. 404 D-È : ... *eum, qui vendidit rem aliquam, teneri vacuum tradere possessionem rei venditae, dominium transferre non cogitur*.

(14) DUMOULIN, *Tractatus de eo quod interest*, dans MOLINIÉ, *Operum*, éd. Paris 1658, IV, n. 127, ch. 1018) : *Confirmo hanc secundam partem civili quoque ratione, quia venditor non tenetur emptorem dominum facere totius vel partis, sed tantum vacuum rem tradere, et facere ; ut emptori frui, habereque liceat*

(15) BARTOLE, *Ad sec. Dig. vet. partem. ff. de act. empti vend. l. 11 ex empto* (éd. Venise 1580) : ... *obligatio, qua tenetur venditor ad rem tradendam, partim sapit de natura obligationis dandi, quia tenetur dare, si est dominus.... Idem sapit partim de natura obligationis faciendi, quia, si non est dominus, sufficit nuda traditio...*

(16) POTHIER, *Traité du contrat de vente, article préliminaire (Œuvres complètes)*, Paris, 1821, p. 111, l. : "Celui qui paye à quelqu'un par erreur une chose qu'il croit lui devoir, a la volonté de lui en transférer le domaine par la tradition qu'il lui en fait ; celui à qui elle est payée, a pareillement la volonté d'en acquérir le domaine : ce concours de leurs volontés suffit, avec la tradition, pour la translation de la propriété".

(17) BOURJON, *Le Droit commun de la France*, liv. III, chap. IV, sect. 1, n. I (éd. Paris 1770, 1, p. 474) : "le principal effet de la vente d'un immeuble, est de faire passer la propriété et la jouissance d'icelui dans la personne de l'acquéreur ; cette translation est la fin à laquelle les deux contractans ont tendu".

Argou (18) dans une opposition synthétique du modèle romaniste avec le modèle du droit coutumier français : la vente entre Romains obligeait le vendeur à la tradition ; en France elle transférait la propriété.

Enfin, il y a le courant du droit naturel - et surtout Grotius. En fait, dans ses *Institutiones iuris hollandici*, il insiste sur la "loi civile" : elle impose la *traditio*, et que celle-ci intervienne "pour une cause fondée en droit" (19). Au contraire, dans le *De iure belli ac pacis*, son attention va surtout au droit naturel et il met alors l'accent sur le transfert strictement consensuel (20).

Pour ce qui est des pays germaniques, en ce qui concerne la période antérieure aux codifications prussienne et autrichienne des années 1790 et 1800, un regard sur Pufendorf (21) ou Kant (22) permet de constater que la "réception" du droit romain de Justinien, éventuellement déformé et adapté, a marqué les habitudes au cours des siècles. Même Grotius, lorsqu'il soutient la thèse consensualiste, ne paraît pas avoir convaincu ces auteurs : à leurs yeux, le contrat peut être jugé indispensable, la tradition, elle, est en tout cas incontournable (23).

Mais comment Français et Allemands ont-ils réagi face à cet héritage marqué par Rome ? C'est ce qu'il faut voir à présent, dans un second volet plus bref, en commençant par le consensualisme à la française.

(18) ARGOU, *Institutions*, liv. III, chap. 23 (éd. Paris 1762, II, p. 238) : "Il faut observer qu'il y a grande différence entre la vente et la promesse de vendre. La vente parmi les Romains obligeoit le vendeur à la tradition. Parmi nous elle transfère la propriété, si le vendeur est propriétaire : mais la promesse de vendre n'oblige qu'à des dommages et intérêts, si on ne veut pas la tenir".

(19) GROTIUS, *Institutiones iuris hollandici, e belgico in Latinum sermonem translatae a J. van der Linden*, Haarlem 1662, lib. II, tit. V, § 2, 30 s : *Ad acquirendum dominium volente domino, ex iure naturali sufficere videtur, quod prior dominus voluntatem suam de dominio in alium transferendo aperte declaret, alter vero consentiat et accipiat: quo facto nihil amplius desiderari videtur.*

(20) GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, liv. II, chap. VI, §§ 1 et 2 (éd. Lausanne 1751, 11, 339) ... et v. aussi liv. II, chap. VIII, § 25 (ed. cit., 479) : *Homines rerum domini, ut dominium, aut totum, aut ex parte transferre possint, iuris est naturalis post introductum dominium; inest enim hoc in ipsa dominii, pleni scilicet, natura.*

(21) PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, chap. IX, *de translatione dominii in genere*, §§ 5 et ss. (éd. Francfort et Leipzig, 1759 ; rééd. 1967), I, p. 5965.

(22) *Oeuvres philosophiques, Métaphysique des moeurs*, "Doctrine du Droit", I, Chap. 2, sect 2, & 20, (éd. Gallimard).

(23) Sur cette approche, voir PETRONIO, "Vendita, trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del Code civil e dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch", dans *Vendita et trasferimento*, op. cit., pp. 169 et ss.

II. - DE ROME AUX CODIFICATIONS FRANÇAISE ET ALLEMANDE

1) Les premiers commentateurs du Code civil, comme Duranton (24) ou Marcadé (25), ont reconnu que la vente n'a pas été bien définie par l'article 1582 du Code civil, qui aurait induit en erreur sans l'explication des articles 1138 et 1583. En réalité, cela peut tenir au fait que les codificateurs évoluaient dans un climat culturel où s'entrecroisaient la tradition du droit romain, celle du droit coutumier français et certains filons de la culture du droit naturel.

L'orientation de caractère romanistique était assez généralement suivie même en France : on citait surtout Dumoulin et Pothier, évoqués plus haut. Et ceci même si de nombreux juristes, comme Bourjon, Caillet, Denisart ou Argou, on l'a vu, avaient combattu cette conception "romaniste" avec vigueur avant 1789. C'est eux qu'ont finalement suivi les rédacteurs du Code.

Au début du XIX^e siècle, Marcadé, pour justifier la solution retenue par ce dernier, avance le raisonnement suivant dans ses *Explications* (26) : "la jurisprudence antérieure au code, bien que contraire au principe du transfert de la propriété sans l'aide de la tradition, s'en rapprochait pourtant beaucoup en fait, et les compilateurs, pour consacrer une telle règle (non dans la forme, mais en réalité) n'eurent à faire qu'un pas".

Mais revenons-en au Code. Ses principaux aménagements en la matière n'intervinrent pas tellement dans les projets successifs de Cambacérès de 1794 et de 1796, mais dans la rédaction définitive, même si le mode de transfert retenu n'est pas vraiment clair. En fait, le projet présenté et discuté au Conseil d'Etat dans la séance du 22 décembre 1803 contenait la phrase (27) : "Et la propriété est acquise de droit à l'acheteur vis-à-vis du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé". C'est celle qui manquait dans les textes précédents et qui fut insérée, plus ou moins

(24) *Cours de droit civil selon le Code français*, Liv. III, Titre 3, & 423 et Liv. III, Titre 6, & 19; , chap. 1, & 1.

(25) *Explications théoriques et pratiques du Code Napoléon*, Liv. III, Titre 6, chap. 1, & 1.

(26) *Op. cit.*, Liv. III, Titre 3, chap. 2, & 482.

(27) Discussion du C.E., art. 2, dans FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, XIV, p. 4.

littéralement, dans l'article 1583 définitif. L'intention d'innover et de simplifier des rédacteurs ne faisait pas de doute. Comme l'affirma Portalis quand le projet fut présenté au Corps Législatif en février 1804 (28), en droit romain le transfert de la propriété s'effectuait par la *traditio* et par l'*occupatio* ; ainsi les règles et les subtilités juridiques étaient excessives. Au contraire, selon les principes du droit français, il suffisait du contrat. Et ces principes étaient plus conformes à la raison et plus favorables à la société.

Il faut donc distinguer le contrat en tant que tel de son exécution; le contrat est parfait par la volonté des contractants; en revanche, si l'exécution présuppose le contrat, elle ne s'identifie pas avec lui. La propriété est transférée et acquise par la seule manifestation de la volonté, au moyen d'une sorte de *tradition civile*. Celle-ci réalise le transfert du droit ; elle donne aussi une action pour obtenir, éventuellement par la contrainte, la *tradition réelle* et le paiement du prix.

2) Face à cette démarche ambiguë, mais affirmée, quelles sont les origines du principe d'abstraction de nos voisins allemands ?

La théorie de l'abstraction du contrat à effets réels remonte, pour l'essentiel, à Savigny. Celui-ci, développant des idées de Donello, l'a élaborée graduellement de 1815/16 à 1827 dans ses leçons de *Pandectes*. Il la formule de manière définitive dans son *Système* (29). Elle devient dominante dans la Pandectique vers le milieu du XIX^e siècle. Windscheid, l'un des pères du BGB, y adhère et note, entre autres : "La volonté, en tant que telle (c'est-à-dire la volonté adéquate au passage de la propriété), produit des effets juridiques; mais pas la volonté en corrélation avec sa cause déterminante" (c'est-à-dire avec l'acte causal) (30). La doctrine du transfert abstrait a été stimulée par un texte comme celui de Gaius, D. 41,1,9,3 : *Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequi-*

(28) FENET, *op. cit.*, XIV, pp. 112 et ss.

(29) SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 3, Berlin 1840, pp. 312 et ss. ; voir FELGENTRAEGER, *Friedrich Carl von Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre*, Leipzig 1927, pp. 27 et ss. ; voir aussi RANIERI, "Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19 Jahrhunderts", in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19 Jahrhundert* (éd. Coing-Wilhelm), 2, Francfort sur le Main, 1977, pp. 97 et ss. ; LANDWEHR, "Abstrakte Rechtsgeschäfte in Wissenschaft und Gesetzgebung des 19 Jahrhunderts", *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik* (éd Schmidt), Hamburger Rechtsstudien 78, Berlin 1990, pp. 174 ss., 178 et ss. Sur l'ensemble, KNÜTEL, "Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto tedesco", dans *Vendita et trasferimento*, *op. cit.*, pp. 287 et ss.

(30) SAVIGNY, *op. cit.*, p. 313.

tati quam uoluntatem domini uolentis rem suam in alium transferre ratam haberi (31).

Justinien l'a incorporé dans ses *Institutes* (I. 2,1,40) (32). A vrai dire, ce texte ne représente, pour le droit romain classique, rien de plus qu'une formulation - malheureusement équivoque - de la *traditio cum iusta causa*. Mais, auprès des protagonistes européens de la thèse du transfert abstrait, il l'emporta sur celui de Paul, cité dans l'introduction (33). Selon Paul, on l'a vu, l'acte de transfert est inefficace sans juste cause. Or, pour les Pandectistes, son texte ne signifierait rien de plus que ceci : la cause - c'est-à-dire la cause objectivement valide - n'est pas une condition du transfert ; elle est seulement un "point d'appui" pour la volonté de transférer la propriété. Une telle volonté existe, doit-on conclure, même lorsque les parties ont cru par erreur à une obligation. Le texte de Paul est ainsi en partie réfuté, et Savigny évacue sans précautions excessives la juste cause qu'il sous-tend : "*Dies ist streng nach den Worten des Paulus..., aber falsch*" ! (Ceci est rigoureusement fidèle aux mots utilisés par Paul, ... mais faux) (34).

Quoiqu'il en soit, la doctrine de l'abstraction s'impose très rapidement (1875) et fait autorité dans les travaux préparatoires du BGB. Dans ce contexte, trois éléments surtout furent déterminants aux yeux des Commissions préparant le BGB.

D'abord, en ce qui concerne le transfert de propriété des immeubles, le seul contrat réel, indépendamment du titre, était considéré comme suffisant. Cette conception, affirmaient les Commissions, était d'ailleurs issue de l'institution, "purement allemande" (!), de l'*Auflassung* (désaisissement), et confirmée par la *mancipatio* romaine. On considérait comme suffisant que le propriétaire actuel prête son consentement à la trans-

(31) "... si nous intentons par exemple une action relative à l'achat, en réclamant qu'un fonds nous soit donné par *mancipatio*, nous devons utiliser la *praescriptio* suivante, LE PROCES DOIT PORTER SUR LA *MANCIPATIO* DU FONDS, afin qu'ensuite, si nous voulons que la possession libre nous soit transférée par *traditio*, nous puissions de nouveau agir au moyen de l'action *ex empto*" (P. Krüger).

(32) "Ces choses, qui nous sont remises par *traditio*, nous sont acquises suivant le *ius gentium* : rien n'est en effet si normal selon l'équité naturelle que le propriétaire ait la *uolunté* de transférer valablement son bien à un tiers".

(33) WINDSCHELD-KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 9, 1, Francfort sur le Main, 1906, (§§ 171 et 172), pp. 881 et ss., et p. 890 note 16 a. ; BRANDT, *Eigentumserwerb und Austauschgeschäft*, Leipzig 1940, pp. 116 et ss. ; BUCHHOLZ, *Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht (Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld)*, Frankfurt/M. 1978, pp. 389 et ss. ; LANDWEHR, *op. cit.*, pp. 186 et ss. ; R. KUPISCH, *art. cit.*, pp. 444-445.

(34) RANIERI, *op. cit.*, p. 98 et note 44.

cription sur le registre public immobilier, le *Grundbuch*, et que l'acquéreur demande cette inscription pour son compte personnel. Comme premier élément fondamental pour le principe d'abstraction, il faut donc mentionner la volonté de simplification de la circulation juridique des immeubles et des droits sur les immeubles, et la possibilité de constituer des hypothèques sur ceux-ci (35).

Le second élément fondamental fut que l'on voulait rester fidèle, en opposition avec le principe français des contrats, à celui de la tradition des meubles, c'est-à-dire fidèle à la règle selon laquelle la remise (*traditio*) est nécessaire à l'acquisition du droit réel. Le principe de la *traditio* des meubles eux-mêmes était conçu comme parallèle à celui de l'*Auflassung* appliqué au immeubles. Et le principe de la remise (équivalent à la transcription sur les registres immobiliers) était perçu comme un sérieux avantage; elle rend en effet la modification des droits réels publique et facilement contrôlable dans les rapports juridiques (36).

Enfin, le troisième motif principal était la cohérence dans la structure juridique : comme l'*Auflassung* pour les immeubles, la remise (*traditio*) pour les meubles apparaîtrait comme un contrat abstrait (à effets réels). La première commission, qui fut déterminante, se réfère, à cet égard, à la théorie de Savigny et de Windscheid (37). Elle se fonde, en particulier, sur un fragment célèbre de Julien, illustre jurisconsulte du II^{ème} siècle après Jésus-Christ, relatif au dissentiment *in causis* (D. 41, 1,36 (Iul. 14 Dig.) : *Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te*

(35) JAKOBS-SCHUBERT, *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht 1*, Berlin-New York 1985, pp. 39, 41 et ss. et p. 69 ; JOHOW, *Sachenrecht 1*, dans *Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB* (éd. Schubert), Berlin-New York, 1982 (éd orig. de 1876), pp. 216 et ss., 757 et ss., 763 et ss ; *Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe 2, 3, Sachenrecht*, Berlin 1896, p. 7 ; voir aussi FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 3, 2 (Das Rechtsgeschäft)*, Berlin-Heidelberg-New-York 1979, pp. 2 et 176 ; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts 13 (Besonderer Teil 1)*, Munich 1986, pp. 2 et 13 ; WESTERMANN-WESTERMANN, *Sachen recht 6*, Heidelberg, 1990, 1, p. 34.

(36) JAKOBS-SCHUBERT, *Beratung, op. cit.*, *Sachenrecht 1*, pp.58 ss, 67 et 72 et ss.; JOHOW, *Sachenrecht, op. cit.*, 1, pp. 216 et ss., 759 et ss., 888 et ss.

(37) *Motive 2, cit.*, 3, p. 333.

transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus (38).

En effet, affirment les juristes allemands, ce passage “contient en soi la fixation du principe (d’abstraction) et est déterminant pour le droit commun”.

Cependant, il semblait clair que grâce à une telle conception de la vente et du transfert de propriété, on écartait le principe romain selon lequel, si le paiement a été différé ou qu’il a été couvert par une garantie, la propriété ne passe à l’acquéreur que lorsque le prix d’acquisition a été acquitté. Mais les rédacteurs du Code allemand firent remarquer qu’une telle règle avait été abrogée par pratiquement toutes les législations locales récentes. Il fut estimé d’autre part qu’il n’aurait pas non plus été souhaitable de créer, législativement, des contrats à effets réels soumis à condition “parce que ceux-ci conduisent à des effets peu désirables” (39).

CONCLUSION

Question : ceci mérite-t-il vraiment de nouveaux débats doctrinaux ?

Certes, l’essentiel se trouve déjà à Rome. Mais en mille ans, les Romains ont à peu près tout essayé, et son contraire.

Pour ce qui est du consensualisme à la française, il faut aussi relativiser : en fin de compte, l’article 1583 du Code civil n’a qu’un caractère supplétif. Et il est manifeste que cette caractéristique permet de prendre des distances avec le principe énoncé. Recenser les cas où il est tourné

(38) “Quand on est d’accord sur la chose dont on fait la *traditio* et qu’on est divisé que sur les causes qui donnent lieu à celle-ci, je ne vois pas pourquoi elle n’aurait pas d’effet. Suppose, par exemple, que je me crois obligé en vertu d’un testament à te donner une chose, et que tu penses que j’y sois obligé en vertu d’une stipulatio. Car si je te fais *traditio* d’une somme d’argent dans l’intention de t’en faire présent, et que tu penses que je n’ai envie que de te la prêter, tout le monde convient que la propriété t’appartient et qu’il ne faut pas faire attention à l’intention différente de celui qui donne et de celui qui reçoit”.

(39) JAKOBS-SCHUBERT, *Die Beratung, op. cit.*, *Sachenrecht* 1, p. 59; JOHOW, *Sachenrecht, op. cit.*, 1, pp. 760 et 894 et *Recht der Schuldverhältnisse* 1, Berlin-New York, 1978, pp. 727, 729, 745 et 753. ; Motive 2, cit., pp. 3, 6 et ss.; STROHAL, *Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, dans les *Iherings Jahrbücher* 27, 1889, pp. 363 et ss. ; *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs* (éd. Achilles-Gebhard-Spahn), 3, Berlin 1899, pp. 64 et ss. WINDSCHEID KIPP, *Lehrbuch* 9, *op. cit.*, 1, § 172, p. 892.

relève du tour de force : vente des choses de genre, vente des choses futures, location-vente ou location-attribution, en particulier d'H.L.M., vente en libre-service, ventes successives (a. 1141 Cc), réserves de propriété, immobilière ou non. En somme, dans les rapports entre les parties, le principe du transfert *solo consensu* demeure. En effet, les contrats solennels sont rares. Mais à l'égard des tiers, sa portée est réduite par l'exigence des formalités de la publicité foncière ou de la mise en possession.

En ce qui concerne la règle du transfert immédiat, elle est de plus en plus rejetée par les parties elles-mêmes. L'essor des clauses de réserve de propriété marque en réalité un retour à la dissociation romaine de l'acte obligatoire et de l'acte translatif.

De son côté, le système allemand a fait l'objet de nombreuses critiques de la part de la doctrine, qui a contesté tantôt le contrat réel, tantôt seulement le principe d'abstraction. Il est certain que les solutions choisies par le législateur allemand compliquent le processus de vente ; elles conduisent parfois à des solutions curieuses, telles que le maintien du transfert de propriété malgré la disparition de son fondement causal, le contrat de vente.

D'autre part, nonobstant le principe de séparation, on constate que les Allemands recourent encore plus souvent que les Français aux clauses de réserve de propriété. Aussi l'un des plus fameux civilistes allemands, Larenz, s'est pour sa part prononcé en faveur d'un modèle de transfert causal, qui pourrait être qualifié de modèle du droit commun modifié (40). La modification consiste à distinguer, par exemple, dans le même contrat de vente, l'acte créateur d'obligations et l'acte réel, l'accord réel. Ce contrat de vente transférerait, joint à la remise du bien, la propriété. Cette conception, au sujet de laquelle la discussion n'est pas close, a été approuvée en Autriche.

On le voit, le problème des divergences de conception n'est pas clos. Songer à une harmonisation peut donc être motivant, encore que le songe risque d'être long.

R.-M. RAMPENBERG

*Professeur des Facultés de droit
(Université de Paris XI)*

(40) LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts* 13 (Besonderer Teil 1), *op. cit.*, pp. 18 et ss.