LA PRESCRIPTION

D'APRÈS

LE CODE CIVIL ALLEMAND

1956

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR, 14, RUE SOUFFLOT, PARIS

EXTRAIT DU CATALOGUE GÉNÉRAL

JOURDAN (ALFRED), *professeur à l'Université d'Aix-Marseille, Doyen de la Faculté de Droit d'Aix, Correspondant de l'Institut de France.*

Du rôle de l'Etat dans l'ordre économique. 1882, 1 vol. in-8..... 8 fr.

— **Des Rapports entre le Droit et l'Economie politique.** 1885, 1 vol. in-8..... 7 fr.

— **Cours analytique d'Economie politique,** 2me édition, entièrement refondue. 1890, 1 vol. in-8..... 10 fr.

— **Etat et capacité des femmes d'après le Droit romain.** 1851, Aix, AUBIN. 1 vol. in-8.... épuisé

— **Le Droit français, ses règles générales.** 1875, Paris PLON. 1 vol. in-8..... 8 fr.

— **Etudes de Droit romain : L'Hypothèque.** 1876, Paris, MARESCQ, 1 vol. in-8..... 9 fr.

— **Epargne et Capital, principes fondamentaux de l'Economie politique.** 1879, Paris, GUILLAUMIN, 1 vol. in-8..... 8 fr.

Inv. 6850

LA PRESCRIPTION

D'APRÈS

LE CODE CIVIL ALLEMAND

Etude comparative et critique

PAR

ALFRED JOURDAN

DOCTEUR EN DROIT

AVOCAT PRÈS LA COUR D'APPEL D'AIX

1045?8

FUNDA CAROLI ARA IUNEA UNIVERSI

PARIS

Librairie nouvelle de Droit et de Jurisprudence

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1906

BIBLIOGRAPHIE [1]

Je n'ai pas la prétention de donner une bibliographie complète de la matière. Sans doute, il n'existe pas encore, à ma connaissance tout au moins, d'œuvre considérable spécialement consacrée à la prescription, telle que l'a réglementée le Code civil allemand ; le manque de temps et l'absence de jurisprudence n'ont pas encore permis d'édifier quelqu'une de ces œuvres qui forment étape dans le développement d'une science.

Mais à défaut de pareils documents, les travaux divers parus sur ce sujet sont très nombreux. Beaucoup, il est vrai, sont de peu d'importance ou même de faible valeur.

On consultera avec fruit plutôt les traités généraux de Droit civil ou des ouvrages sur des questions annexes que les monographies sur la prescription.

(1) La plupart des grands ouvrages que je vais mentionner n'ont point paru en une fois ; leurs divers volumes ont été publiés successivement, plusieurs sont même encore incomplets. La date que j'indiquerai sera celle portée par leurs tomes I.

Deux publications annuelles donnent la liste complète de tout ce qui paraît sur le Code civil allemand. Leur plan très clair permet de trouver rapidement tous les ouvrages consacrés à la question qui intéresse.

Ce sont :

MAAS

Bibliographie des bürgerlichen Rechts. Bibliographie du Droit civil. — (Berlin. Paraît depuis 1899).

MÜHLBRECHT

Bibliographie des bürgerlichen Rechts. Bibliographie du Droit civil. — (Berlin. Paraît depuis 1898).

I. — Documents Législatifs

1° Textes

ACHILLES

Les éditions du Code civil allemand et de sa loi d'introduction : *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz*, sont innombrables. Une des meilleures est celle d'ACHILLES (Guttentag. Berlin). Elle comporte des manchettes, des notes, une courte introduction et une table alphabétique.

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Texte du Code de Procédure civile : *Civilprozessordnung*. Publié notamment par Sydow et Busch (Guttentag. Berlin). De nombreuses modifications apportées à ce Code à l'occasion du nouveau Code civil ont entraîné une nouvelle numérotation des articles. Cette édition marque entre parenthèses, à la suite du nouveau numéro, l'ancien. Tous les ouvrages antérieurs à 1898 ne connaissent que l'ancienne numérotation de ce Code.

DROIT PRUSSIEN

Texte de l'ancien Droit prussien : *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*. Droit national général pour les États prussiens, — Edité notamment en 1832 à Berlin chez Nauck. 5 volumes.

2° Traductions des Textes

TRADUCTION

Code civil allemand. Traduction du Comité de Législation étrangère près le Ministère de la Justice, avec le concours de la Société de Législation comparée (Paris, 1904). — Le premier volume seul a paru ; il contient la traduction des articles 1 à 432, soit précisément la section du Code consacrée à la prescription extinctive.

MEULENÆRE (O. DE)

Code civil allemand et loi d'introduction (Paris. 1897). — Quelques notes accompagnent le texte.

La Grasserie (Raoul de)

Code civil allemand suivi de la loi d'introduction et d'autres lois s'y rattachant (Paris. 1901. 2e édition).

Traduction du Code de Procédure civile

Par Glasson, Lederlin et Dareste (Paris 1887). — Cette traduction est donc antérieure à la révision générale du Code de Procédure et les articles y portent l'ancienne numérotation.

3° Travaux Préparatoires (1)

Premier Projet

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches fur das Deutsche Reich. Erste Lesung. Amtliche ausgabe. Projet d'un Code civil pour l'empire d'Allemagne. — Première lecture. Edition officielle (Berlin. Guttentag. 1888). Il en existe une traduction par M. Raoul de La Grasserie (Paris 1893).

Motifs

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche ausgabe. Motifs du projet d'un Code civil pour l'empire d'Allemagne. — Edition officielle (Berlin. Guttentag.

(1) Voir dans l'ouvrage de M. Saleilles : *Introduction à l'étude du Droit civil allemand* (page 18) l'histoire de la confection du Code et l'indication des diverses publications faites à ce propos.

1888. 6 volumes). Ce sont les motifs du Premier Projet.

PROCÈS VERBAUX

Protokolle des Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs Justizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn. Procès-verbaux de la Commission pour la deuxième lecture du Code civil, publiés sur l'ordre du Ministère de la Justice, par Achilles, Gebhard et Spahn (Berlin. Guttentag. 1897. 7 volumes). — Cette Commission eut deux séries de délibérations. La première série (procès-verbaux 1 à 409, soit les volumes 1 à 5 et les 106 premières pages du 6e volume) aboutit au Deuxième Projet. Dans la seconde série de délibérations ce Deuxième Projet fut discuté à nouveau et on aboutit au Troisième Projet (Voir ci-dessous).

DEUXIÈME PROJET

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Zweite Lesung nach den Beschlüssen des Redaktionkommission. Auf amtliche Veranlassung. Projet d'un Code civil pour l'empire d'Allemagne, Seconde lecture conforme aux décisions de la Commission de rédaction. Publié à l'instigation du gouvernement (Berlin. Guttentag. 1895).

TROISIÈME PROJET

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und

eines zugehörigen einführungsgesetzes... in der Fassung der Bundesrathsvorlagen. Auf amtliche Veranlassung. Projet d'un Code civil et de sa loi d'introduction... (et d'autres dispositions accessoires) dans la forme où il a été présenté au Bundesrath. Publié à l'instigation du gouvernement (Berlin. Guttentag. 1898).

QUATRIÈME PROJET

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. (Reichstagsvorlage). Projet d'un Code civil (Projet soumis au Reichstag). — Quand le Bundesrath eut fait subir au projet qui lui avait été soumis les modifications qu'il crut devoir y apporter, il le transmit au Chancelier de l'Empire qui le déposa sur le bureau du Reichstag. C'est ce projet définitif qui est ici désigné (Guttentag à Berlin).

MÉMOIRE

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Mémoire sur le projet d'un Code civil. — C'est le rapport, rédigé par le Ministère de la Justice, qui accompagnait le dépôt du projet de Code sur le bureau du Reichstag (Guttentag à Berlin 1896).

REATZ

Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. La deuxième lecture du projet de Code civil. — C'est la mise en regard des articles cor-

respondants des deux premiers projets (Berlin. 1892. 2 volumes).

HAIDLEN

Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz, mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. Le Code civil et la loi d'introduction avec les Motifs et les autres travaux préparatoires (Kohlhammer à Stuttgard. 1897. 5 volumes). — Sous chaque article du Code et de la loi d'introduction on trouve tous les passages des travaux préparatoires qui s'y réfèrent et présentent encore quelque intérêts. Ces passages sont répartis dans un ordre logique et fondus en des développements, suivis par de très légers changements dans leur rédaction.

II. — Auteurs

1° Dictionnaires

BERNHARDI

Handwörterbuch zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Dictionnaire du Code civil (Berlin. 1902. 3e édition).

CHRISTIANI

Bürgerliches Rechtslexicon. Dictionnaire du Droit civil (Berlin. 1901 2e édition).

DISPEKER

Alphabetisch geordneter Führer durch das Bürgerliche Gesetzbuch und dessen Nebengesetze. Guide alphabétique à travers le Code civil et les lois complémentaires (Munich. 1900).

GRADENWITZ (OTTO)

Wort Verzeichniss zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Index alphabétique du Code civil (Berlin. 1902).

2° Traités

ABEGG (WILHELM)

Die Verjährung der Einreden. La prescription extinctive des exceptions (Göttinguen. 1903).

ACHILLES

Voir ce nom dans l'énumération des Textes législatifs.

AUBRY ET RAU

Cours de Droit civil français (Paris. 1869. 4e édition, 8 volumes). La 5e édition est en cours de publication.

BARRE (ERNEST)

Traduit par HARTMANN. *Le Code civil allemand et le Code civil français comparés entre eux* (Paris. 1899. 2e édition).

BERNHÖFT (F.)

Sur l'histoire de la prescription, dans l'*Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, Encyclopédie de la Science juridique, publiée par K. BIRMEYER (Häring à Berlin. 1904. 2e édition) t. I, p. 310 et s.

Sur la prescription extinctive et en particulier ses rapports avec la prescription acquisitive, *id.* p. 410 et s.

BRANDIS (ROBERT)

Beginn des Laufes der Anspruchsverjährung im gemeinen Recht und im bürgerlichen Gesetzbuch. Commencement du cours de la prescription extinctive des actions en Droit commun et d'après le Code civil (Leipzig. 1903).

BRINZ (ALOÏS)

Lehrbuch der Pandekten. Traité de Pandectes (Erlangen. 1873-1892. 2e édition, achevée par LOTMAR. 4 volumes).

COSACK (KONRAD)

Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Traité de Droit civil allemand (Iéna. 1899. 2e édition, 2 volumes).

CROME (CARL)

System des deutschen bürgerlichen Rechts. Exposé systématique du Droit civil allemand (Leipzig. 1900. 4 volumes parus).

DERNBURG (HEINRICH)

Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. Le Droit civil de l'empire d'Allemagne et de la Prusse (Halle. 1902. 4 volumes parus).

DOMAT

Les Lois civiles (Paris. 1777)

ECK (ERNST)

Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leçons sur le droit du Code civil. Publié par LEONHARD (Berlin. 1903. 1re et 2e édition, 2 volumes).

ENDEMANN (F.)

Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Traité de Droit civil (Berlin. 1899. 6e édition, 3 volumes).

EUSÈBE DE LAURIÈRE

Notes sur la Coutume de Paris (1699).

GIERKE (OTTO)

Sur l'action du temps dans le vieux Droit allemand, dans l'*Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, Encyclopédie de la Science juridique, publiée par J. KOHLER (Guttentag, à Berlin. 1904. 6e édition) t. I, p. 451 et s.

GIRARD (PAUL-FRÉDÉRIC)

Manuel élémentaire de Droit romain (Paris. 1901. 3 édition).

GRUEBER (ERWIN)

Sur l'action du temps sur les Droits dans l'*Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, Encyclopédie de la Science juridique, publiée par K. BIRMEYER (Häring, à Berlin. 1904. 2e édition) t. I, p. 28 et s.

HELLWIG

Anspruch und Klagerecht. L'action et le droit d'agir en justice. — Paru dans la collection de Otto Fischer : *Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess des deutschen Reiches*, Traités sur le Droit privé et la Procédure civile de l'empire d'Allemagne.

HERMANN (J.)

Zivilrechtliche Fristen und Verjährungen der deutschen Reichsgesetze. Délais de Droit civil et prescriptions extinctives dans les lois de l'empire d'Allemagne (Munich. 1900).

HÖLDER (E.)

Über Ansprüche und Einreden. Actions et exceptions. — Paru dans la revue : *Archiv fur die civilistische Praxis*, Archives pour l'application du Droit civil. 93e volume (43e de la nouvelle série), 1er cahier, p. 1 et s. (Tübingen et Leipzig. 1902).

JHERING (RUD. VON)

Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Plaisanteries et choses sérieuses dans la Science juridique (Leipzig. 1892. 5e édition). — Traduit par MEULENAERE,

sous le titre : *Satires et Vérités*, tome III des *Etudes Complémentaires de l'Esprit du Droit Romain* (Paris. 1880-1903. 4 volumes).

DU MÊME AUTEUR

Zweck im Recht De la notion de but dans le Droit (Leipzig. 1884. 2 volumes). — Le premier volume a été traduit par MEULENAERE, sous le titre : *L'Evolution du Droit* (Paris. 1901).

JOURNAL OFFICIEL

Journal Officiel de la République Française (Paris). — Publication quotidienne.

KIPP

Voir WINDSCHEID.

KLEMCK (CARL)

Die civilrechtliche Wirkungen der Rechtshängigkeit. Les effets civils de la litispendance (Greifswald. 1901).

KUHLENBECK (LUDWIG)

Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Des Pandectes au Code civil (Berlin. 1898. 3 volumes).

LA GRASSERIE

Voir ce nom dans la liste des Traductions.

MEULENAERE

Voir ce nom dans la liste des Traductions.

OBERNECK (H.)

Das Reichsgrundbuchrecht. La législation du livre foncier de l'Empire (Berlin. 1904. 3e édition, 2 volumes). — Voir plus loin, p. 290, une note sur cet ouvrage.

PLANCK (G.)

Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einfuhrungsgesetz. Code civil et loi d'introduction (Berlin. 1898. 2e édition, 7 volumes). — Texte et commentaire sous chaque article.

REGELSBERGER

Zur Lehre von der Wirkung der Anspruchsverjährung. Contribution à l'étude de l'effet de la prescription extinctive des actions. — Paru dans la revue : *Jherings Jahrbücher.* Annuaire de Jhering, 41e volume (5e de la seconde série), p. 328 et s. (Iéna. 1900).

RÉPERTOIRE DE DALLOZ

Répertoire méthodique et alphabétique de Législation de Doctrine et de Jurisprudence. Nouvelle édition (Paris. 1845-1870. 44 volumes in 4°). — *Supplément au Répertoire* (Paris. 1887-1897. 19 volumes in-4°).

RÉPERTOIRE DE MERLIN

Répertoire de Jurisprudence (Paris. 1812-1825. 4e édition : 17 volumes in-4°).

RÉPERTOIRE DU SIREY

Répertoire général alphabétique du Droit français, par Fuzier-Herman, Carpentier et Frérejouan du Saint (Paris. 1886-1905. 36 volumes in-4°).

RIPERT (GEORGES)

De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines (Paris. 1902).

ROSENBERG (REINHARD)

Verjährung und gesetzliche Befristung. La prescription extinctive et les délais légaux (Munich. 1904).

SALEILLES (RAYMOND)

Introduction à l'étude du Droit civil allemand (Paris. 1904).

SAVIGNY (F.-C. VON)

System des heutigen Römischen Rechts. Exposé systématique du Droit romain actuel (Berlin. 1841. 10 volumes). — C'est un traité de Droit commun allemand fondé sur le Droit romain. Il existe de cet ouvrage une traduction excellente par CH. GUENOUX (Paris. 1855. 8 volumes).

STÖLZEL

Der in der Klage erhobene Anspruch bei Klagenhäufung und bei Eventualaufrechnung. De l'action contenue dans l'instance au cas de cumul des instances et de compensation éventuelle. — Paru dans la revue :

das Recht, le Droit, numéro du 10 septembre 1904, p. 421 et s.

TARDE (G.)

Les transformations du Droit (Paris. 1894. 2e édition).

UNTERHOLZNER

Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungs lehre aus dem gemeinen in Deutschland geltenden Rechte. Exposé détaillé de toute la matière de la prescription selon le Droit commun en vigueur en Allemagne (Leipzig. 1858. 2e édition, revue par SCHIRMER — 2 volumes).

WEISS (CHRISTIAN)

Verjährung und gesetzliche Befristung. La prescription extinctive et les délais légaux (Munich. 1905).

WINDSCHEID (BERNHARD)

Lehrbuch des Pandektenrechts. Traité de Pandectes (Francfort-sur-le-Main. 1900. 8e édition, revue par Théodore KIPP — 3 volumes). — C'est un traité de Droit commun allemand fondé sur le Droit romain. M. Kipp ne s'est pas borné à publier à nouveau une édition antérieure ; il y a adjoint de nombreuses notes, ses opinions personnelles et un exposé de la doctrine du Code civil. Suivant donc que je me réfère dans cet ouvrage à ce qui est l'œuvre de Windscheid ou à ce qui est l'œuvre personnelle de M. Kipp, je désignerai

l'ouvrage par l'abréviation « Windscheid » dans le premier cas, « Kipp » dans le second.

ZITELMANN (ERNST)

Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. La législation du Code civil. — Première livraison, partie générale du Code (Leipzig. 1900). C'est à cet ouvrage que se réfère les citations, sauf indication contraire.

DU MÊME AUTEUR

Der Wert eines allgemeinen Teils des bürgerlichen Rechts. De l'utilité d'une partie générale dans le Droit civil. — Paru dans la *Zeitschrift für Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, Revue pour le Droit privé et public actuellement en vigueur, année 1905 (Holder, à Vienne).

III. — Jurisprudence

On s'étonnera peut-être de ne pas me voir citer la jurisprudence dans le cours de cet ouvrage. Mais la chose apparaîtra toute naturelle quand on songera que c'est au 1er janvier 1900 que le Code civil allemand est entré en vigueur. Or les difficultés relatives à la prescription ne peuvent apparaître que longtemps après ce moment ; qu'on ajoute aux délais exigés par la nature

de l'institution ceux qu'imposent le cours de la justice et le temps nécessaire à la publication des décisions judiciaires dans les recueils spéciaux, et l'on comprendra qu'aucune jurisprudence n'ait encore pu se créer ni surtout parvenir à la connaissance du public.

Je mentionnerai cependant les principaux recueils de jurisprudence, car des décisions intéressantes peuvent y paraître dans un avenir rapproché et parce que quelques arrêts ont déjà été rendus sur des points accessoires de mon sujet, notamment à propos des courtes prescriptions de nature commerciale et des dispositions transitoires de la loi d'introduction du Code civil.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft. " Décisions du tribunal de l'Empire (1) en matières civiles. Publiées par les membres du tribunal et les procureurs impériaux " (Veit, à Leipzig).

Il paraît en général trois volumes par an (in-8° de 500 pages). Il n'y a pas de notes sous les arrêts. Chaque volume renferme ses tables. Le premier volume de l'année 1900 forme le tome 44 ; le dernier volume de 1902, soit le tome 51, forme le premier volume d'une

(1) C'est la Cour de Cassation de l'empire d'Allemagne. Elle siège à Leipzig.

nouvelle série ; chaque volume porte la double numérotation de la série générale et de la nouvelle série.

On cite cette publication de la façon suivante : *R. G. — 21 dezember 1901 — Entsch. 50 — XLVIII — S. 175*, ce qui signifie : " Tribunal de l'Empire — (arrêt du) 21 décembre 1901 — décision n° 50 (du tome) XLVIII — page 175 ".

Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von den Kammergerichtsräten B. Mugdan *und* R. Falkmann. " La jurisprudence des cours d'appel en matière de Droit civil. Publiée par les conseillers B. Mugdan et R. Falkmann " (Veit, à Leipzig).

On cite cette publication de la façon suivante : *O. L. G. Breslau — 25. April 1901 — Mugdan — III — S. 209*, ce qui signifie : " Cour d'Appel de Breslau — (arrêt du) 25 avril 1901 — Mugdan — (tome) III — page 209 ".

Bolze. *Sammbung der Gerichtsentscheidungen.* Collection des décisions judiciaires.

Soergel. *Rechtsprechung.* Jurisprudence (Stuttgard. 1901 et années suivantes). — Cette publication se compose d'un volume, paraissant toutes les années, qui, sous chaque article du Code, énonce brièvement

les principes mis en œuvre dans les décisions judiciaires qui appliquent le texte correspondant.

On peut signaler, comme ayant quelque rapport avec le sujet de cet ouvrage, les arrêts suivants du tribunal de l'Empire, parus dans la collection précitée de ses décisions :

Arrêt du 9 mai 1901, 4e chambre civile, décision n° 37 du tome XLVIII, p. 157 et s., sur les délais préfix (*Ausschlussfristen*).

Arrêt du 29 septembre 1902, 6e chambre civile, décision n° 50 du tome LII, p. 181 et s., sur la prescription de l'action fondée sur une vente et qui tend à obtenir de l'aliénateur son consentement aux inscriptions qui doivent être prises sur le livre foncier.

Arrêt du 16 octobre 1902, 6e chambre civile, décision n° 86 du tome LII, p. 325 et s., sur l'interruption de la prescription extinctive par l'exercice d'une action.

Arrêt du 19 décembre 1902, 6e chambre civile, décision n° 50 du tome LIII, p. 200 et s., sur la durée nécessaire à la prescription de l'action de l'acheteur à raison d'un vice de la chose, quand celle-ci a été vendue *in genere*.

Arrêt du 1er avril 1903, 5e chambre civile, décision n° 61 du tome LIV, p. 219 et s., sur l'interruption de la prescription extinctive de l'action en résiliation de la vente par l'introduction d'une instance.

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

But de l'ouvrage. — Aperçu historique sur la théorie des prescriptions.

§ I

J'ai l'intention d'étudier, dans ce travail, les principes généraux relatifs à la prescription tels qu'ils sont formulés par le Code civil pour l'empire d'Allemagne, en les rapprochant de ceux en vigueur dans le Droit civil français tel que l'a constitué le Code civil de 1804 interprété par un siècle d'études doctrinales et de décisions judiciaires.

§ II

Dès le début, à n'envisager que l'aspect matériel de ces deux grandes œuvres législatives, une différence se manifeste entre le monument français et celui de 1900.

Le Code civil français se termine par un titre, le vingtième du livre III, qui porte comme rubrique : *De la prescription*.

Par la place que les législateurs de 1804 ont donnée à cette institution dans leur œuvre, et par le nombre des articles qui lui sont consacrés, on sent qu'elle avait à leurs yeux une importance considérable, qu'elle devait planer sur l'ensemble du Droit civil.

Et dès le début de ce titre ils nous annoncent en effet, à l'article 2219, que le mot " Prescription " désigne « un moyen d'acquérir ou de se libérer ».

Voici donc une théorie qui touche aux droits réels et aux droits personnels, à tous les éléments du patrimoine.

Cependant à première vue, et à considérer l'étymologie, on ne voit pas comment le mot prescription peut désigner un procédé conduisant soit à l'acquisition des droits, soit à leur extinction, on ne voit pas surtout en quoi peut consister ce procédé. Prescription, qui vient de *præ scribere*, indique une écriture mise avant une autre, éveille l'idée d'une formalité : rien de plus. Et c'est certainement un des plus curieux exemples d'évolution dans le sens d'un vocable juridique que celle qui, à travers de longs siècles, a conduit le mot prescription de sa signification primitive à celle qu'il avait acquise au moment ou il était consacré par le Code civil français.

1

Si l'on remonte à l'origine première, on constate que cette expression a été adoptée, par la langue juridique

des Romains, pour désigner non pas un moyen d'acquérir ou de se libérer mais un simple artifice de procédure.

De très bonne heure, le Droit romain connut un moyen d'acquérir la propriété qui comprenait le temps comme un de ses éléments : l'usucapion. A l'origine, il dut suffire pour cela d'une possession prolongée pendant le temps requis lequel était de deux ans pour les immeubles, et d'un an pour *cæteræ res*, ce qui comprenait les meubles et les femmes. Plus tard, on exigea que cette possession fût appuyée sur un juste titre et qu'elle ait été appréhendée de bonne foi.

Mais l'usucapion était une institution du Droit quiritaire ; elle ne pouvait ni être invoquée par les pérégrins, ni être appliquée aux fonds provinciaux ; et lorsque Rome eut acquis de vastes territoires hors de l'Italie et de nombreux sujets pérégrins, l'usucapion se trouva insuffisante pour défendre tous ceux qui, à raison d'une possession accompagnée de juste titre et de bonne foi, méritaient la protection de la loi.

Le magistrat, chargé de faire vivre le droit, dut se préoccuper de ces situations. Il n'alla point jusqu'à étendre l'usucapion en dehors de son cercle d'application primitif ; mais l'édit des gouverneurs de provinces envisagea le cas où un possesseur, romain ou pérégrin, aurait possédé pendant un certain temps avec juste titre et bonne foi un fonds provincial ; l'édit du préteur pérégrin considéra l'hypothèse où un pérégrin aurait possédé dans les mêmes conditions un immeuble itali-

que ou un meuble ; et tout deux décidèrent que si ce possesseur était poursuivi en revendication il pourrait faire insérer en tête de la formule d'action délivrée par le magistrat, *præ scribere*, une mention invitant le juge à examiner avant tout si le défendeur n'était pas dans les conditions indiquées et à rejeter la demande en cas qu'il y fût.

C'était là un emploi particulier du procédé général connu sous le nom de *præscriptiones* et tout naturellement on l'appela *præscriptio longi temporis* parce que le long temps jouait ici un rôle important.

Il n'y a donc à l'origine dans la *longi temporis præscriptio* qu'un moyen de procédure qui vient suppléer, imparfaitement, à une lacune du Droit civil. Celui qui est en état de l'opposer ne peut se dire propriétaire : s'il n'a pas fait insérer dans la formule le moyen tiré de sa longue possession, il perdra son procès contre le revendiquant propriétaire, et, d'autre part, s'il perd la possession et s'il ne peut user de quelque interdit possessoire pour la reprendre et se remettre sur la défensive, comme il ne lui est pas permis de revendiquer, il ne pourra reprendre la chose.

Donc, à cette époque, la prescription n'est pas un moyen d'acquérir ; d'autre part, il ne saurait en être question comme moyen de se libérer.

Mais le procédé inventé par le préteur et que nous venons de décrire fut perfectionné : le Droit honoraire finit par admettre que l'individu qui pourrait, comme défendeur, opposer la *præscriptio longi temporis* sera

autorisé, s'il n'est plus en possession, à exercer une revendication utile.

Le droit impérial fit un pas de plus. Après la célèbre Constitution promulguée par l'empereur Antonin Caracalla, en l'année 212, tous les sujets de l'empereur sont citoyens ; après diverses réformes de Justinien on ne distingue plus le sol provincial du sol italique ; alors pourquoi deux institutions distinctes ? Aussi, Justinien décide de n'en conserver qu'une seule : il fond ensemble les règles de l'usucapion et celles de la *longi temporis præscriptio*. A cette institution unique il conserve le vieux nom d'*usucapio* ; mais elle a beaucoup emprunté à la *præscriptio longi temporis* et il n'est pas étonnant que dans la suite le terme *usucapio*, propre à un petit territoire et à un petit groupe d'hommes, soit allé s'effaçant ; il disparaît peu à peu, le mot *præscriptio* prend le dessus et finit par rester seul pour désigner l'acquisition de la propriété par l'effet d'un long exercice.

Et c'est ainsi que, parmi les diverses *præscriptiones*, la *præscriptio longi temporis* rejeta dans l'ombre toutes les autres, devint la prescription par excellence, et, changeant de nature, finit par constituer un moyen d'acquérir la propriété, celui qu'on a regardé longtemps comme le plus parfait et le plus indispensable : *patrona generis humani*.

2

Si importantes qu'aient été ces réformes prétoriennes et impériales dans le domaine de la vieille usucapion,

bien au trement considérable fut l'innovation qu'accomplit Théodose le Jeune.

Dans le Droit classique les biens ne se perdaient pas, les droits ne s'éteignaient point par le seul effet du temps, par le seul fait du défaut d'exercice, si prolongé qu'il fût. Et notamment, le citoyen qui avait une fois acquis, pour une situation déterminée, ce bien particulièrement précieux, dénommé « action », en vertu duquel il pouvait s'adresser au magistrat et obtenir de lui l'organisation d'une instance — *jus persequendi in judicio quod sibi debetur* — n'avait pas à craindre que par le seul fait de sa longue inertie ce bien fût un jour perdu pour lui.

C'est ce que l'on exprimait en disant que les actions étaient perpétuelles.

Ce principe comportait, il est vrai, de notables exceptions. C'est ainsi que si les actions civiles sont en règle générale perpétuelles on en trouve quelques-unes qui doivent être intentées dans un délai déterminé. Et quant aux actions prétoriennes, doivent être intentées dans un délai très court en principe celles qui ont le caractère pénal et aussi les actions *rei persecutoriæ* qui viennent combattre le droit civil.

Mais ces actions temporaires, le plus souvent annales, constituent des dérogations au droit commun, inspirées par des considérations diverses. Il n'y a pas là l'application d'un principe, d'une vue d'ensemble : la règle générale est bien que les actions sont perpétuelles.

L'empereur Théodose le Jeune, par une constitution de l'année 424, renversa l'ancien principe et décida que les actions s'éteindraient désormais par l'effet du temps. C'était ici non plus une évolution, la transformation d'une institution ancienne, mais une création complète, une idée nouvelle introduite dans le domaine du droit.

Et néanmoins pour désigner cette nouvelle institution, comme le temps jouait ici encore un rôle important l'empereur se servit du même mot qui déjà désignait, en une autre matière, l'effet du temps : il employa le mot *præscriptio ;* mais, pour distinguer la nouvelle institution et parce que le délai était ici beaucoup plus long, on l'appela *præscriptio triginta vel quadraginta annorum*, et quelquefois aussi *præscriptio longissimi temporis*.

Voici donc que dans le dernier état du Droit romain nous rencontrons, sous le même vocable, deux institutions juridiques : 1° une institution tout à fait générale, la prescription extintive des actions ; 2° un mode d'acquérir qui est l'ancienne usucapion mais dans laquelle on a versé la *præscriptio longi temporis* et qui a fini par en prendre le nom.

A cette époque le mot prescription éveille donc l'idée et de l'acquisition d'un droit par son exercice prolongé, et de la perte d'un droit par une inaction prolongée.

D'ailleurs les Romains n'eurent jamais l'idée de confondre ces deux choses en une seule, de les rapprocher

même et d'y voir une théorie unique et comme deux branches, deux applications d'une même conception juridique.

3

Et toutefois il y avait bien quelque chose de commun entre elles, l'idée du temps, de l'effet du temps sur les droits ou en matière de droit.

Ce point commun fut relevé par les jurisconsultes du moyen âge ; ils s'évertuèrent à construire la théorie d'ensemble, à trouver une définition générale de la prescription et ils arrivèrent à la formule suivante :

« *Præscriptio est jus quoddam ex tempore con-*
« *gruens legum auctoritate vim capiens, negligenti-*
« *bus pœnam inferens et finem litibus imponens* » (1).

On ne peut pas dire que cela soit bien clair et donne une idée de l'institution définie ; c'est presque aussi imparfait et aussi énigmatique que la fameuse définition de la *gens* fournie par Cicéron.

Mais l'idée d'une théorie générale de la prescription continua de faire son chemin et elle se trouve entièrement réalisée dans le grand ouvrage de Domat sur les Lois civiles : au livre troisième nous trouvons un exposé d'ensemble et la définition suivante. « La pres-
« cription est une manière d'acquérir et de perdre le

(1) Voir les auteurs cités par EUSÈBE DE LAURIÈRE, sur la coutume de Paris, introduction au titre VI^e^.

« droit de propriété d'une chose et tout autre droit par « l'effet du temps ». (1)

Enfin Dunod de Charnage publia son célèbre traité des prescriptions où le sujet est étudié dans son ensemble.

Cependant malgré ces précédents, Pothier n'adopta point cette manière de voir, on ne trouve pas dans son œuvre un traité général sur " la prescription " ou sur " les prescriptions " ; au début de son « Traité de la prescription qui résulte de la possession » il nous dit : « La prescription dont nous traitons ici n'a rien de com- « mun que le nom avec celle qui fait la matière du hui- « tième chapitre de la troisième partie de notre " Traité « des obligations " ». Et c'est là qu'il s'occupera de la prescription libératoire.

Mais le Code civil français est revenu à la théorie et à la méthode de Domat, à la conception d'une institution générale appelée prescription.

Cette idée est-elle exacte ? Y a-t-il bien là deux aspects d'une institution unique ? Et quel en est au juste l'effet ? Rationnellement le droit est-il créé dans un cas, éteint dans l'autre, par la cause que l'on indique ? Enfin peut-on même parler " d'un effet du temps sur les droits " ? Je renvoie au corps de ce travail pour répondre à ces questions.

Mais l'idée de notre législateur de 1804 n'est pas douteuse : pour lui il y a une théorie générale de l'effet

(1) DOMAT, *Lois civiles*, livre III, titre VII^e^, section 4^e^.

du temps sur les droits et c'est de cette théorie qu'il formule les principes et les règles au dernier titre de notre Code civil.

4

Le Code civil allemand débute par une partie générale dans laquelle il traite, ou a l'intention de traiter (1), les dispositions qui planent sur tout le Droit civil. Et c'est dans cette partie générale que nous trouvons une section V intitulée " *Verjährung* ".

Ce mot se traduit en français par le mot " prescription "; mais, bien mieux que l'expression française, il annonce l'institution juridique à laquelle il se rapporte : on y trouve en effet le radical *Jahr* qui signifie année et qui éveille l'idée du temps composé du cours des années, et le préfixe *ver* qui indique la consommation, l'épuisement.

(1) Je dis " l'intention " parce que c'est une question très délicate, soit pour les législateurs soit pour les écrivains juridiques, que celle de savoir quelles sont au juste les théories que l'on doit mettre dans une " partie générale ", dans quelle mesure il faut développer ces théories, et peut être le Code civil allemand n'échappe-t-il pas à toute critique sur ce point. Le danger est d'y trop mettre, d'y tout traiter. On peut voir sur cette intéressante question de méthode un tout récent et remarquable article du professeur Zitelmann, de Bonn, paru dans la *Zeitschrift für Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, année 1905. Ce sont probablement ces difficultés qui ont amené la suppression de toute " Partie générale " dans le projet du Code civil pour le royaume de Hongrie que le ministre de la justice de Lanyi a fait paraître en juillet 1905.

D'autre part ce mot à une portée beaucoup plus restreinte que celle de notre mot prescription : le législateur de 1900 n'a jamais voulu y attacher une idée d'acquisition ; c'est la prescription extinctive seule qui correspond à la *Verjährung*. Bien plus : il semble, à lire le Code civil allemand, que la *Verjährung* n'est qu'une sorte de moyen de procédure et que nous sommes presque revenus aux premiers temps des *præscriptiones* du Droit romain qui, théoriquement, laissent le droit intact. Nous ne trouvons rien qui ressemble ni à la formule de notre article 2219, ni à notre monumental titre de la Prescription ; jamais en Droit allemand nous ne verrons la *Verjährung* désignée ni comme un mode d'acquérir les biens, ni même comme un moyen de se libérer ; et nous constaterons même que la majorité des jurisconsultes allemands combat l'idée que le temps puisse créer ou anéantir les droits.

Mais sous la double influence de la force des choses et des précédents historiques le législateur allemand a été conduit à s'occuper lui aussi de l'effet extinctif et acquisitif du temps sinon sur les droits du moins en matière de droit. Tout ce qu'il a pu faire, c'est au lieu de généraliser le sens du mot *Verjährung* d'employer un autre terme juridique *Ersitzung*, de le créer presque, pour désigner la prescription acquisitive ; et, au lieu de convenir que les droits peuvent s'éteindre, d'affirmer une éternité que démentent toutes les apparences. Il y a donc, dans les deux Codes, un ensemble

de dispositions relatives à cet ordre d'idée : ce sont ces dispositions que je voudrais étudier et comparer.

§ III

En écrivant ce travail je n'ai pas eu seulement pour but de rendre plus intéressante, par le rapprochement de deux grandes législations, l'étude d'une théorie juridique importante ; j'ai voulu aussi réunir dans un même sentiment de respect et de reconnaissance les savants maîtres dont je fus le disciple en Provence et dans la vallée du Rhin, à l'Université d'Aix-Marseille et à celle de Bonn : c'est à leurs leçons, à leurs conseils et à leurs exemples que je dois, je ne dirai pas ce que je sais de droit, c'est là trop peu de chose pour que je me permette d'en parler, mais beaucoup plus et bien mieux : je leur suis redevable de mon profond amour pour cette noble science.

CHAPITRE II

Plan de l'Ouvrage

Si je traitais une question de Droit français, je supposerais chez tous ceux qui me feront l'honneur de me lire, la connaissance parfaite des institutions et des théories juridiques qui avoisineraient mon sujet. Mais puisque j'écris sur une législation étrangère, il me faut agir autrement.

Il est des notions communes au droit de tous les peuples dont les jurisconsultes romains ont inspiré les lois. De celles-là je ne parlerai point. Mais quand une conception est propre au législateur allemand, ou quand il l'a marquée d'une empreinte nationale, il m'a paru nécessaire de la traiter dès qu'elle touchait à la prescription, et d'accorder à son étude d'autant plus de développement que cette institution était plus importante au point de vue qui nous intéresse, ou présentait plus de difficultés.

C'est ainsi que j'ai été amené à étudier sommairement les « exceptions », car le Droit allemand considère la prescription extinctive comme une exception. L'« ac-

tion » *(Anspruch)* est l'objet d'un long chapitre, car d'une part elle est d'une conception délicate, et par ailleurs elle a un rôle capital en notre matière : c'est elle, et non le droit, qui se prescrit ; c'est la date de sa naissance qui fixe le point de départ de la prescription. Le régime des « Livres fonciers » tient lieu, en Allemagne, de transcription des droits immobiliers ; un exposé de la prescription acquisitive ne serait pas compris sans quelques mots sur ce système de publicité. Enfin, comme les droits réels sont les seuls qui se puissent acquérir par l'effet du temps, il m'a fallu au moins en donner une liste. La « possession », au contraire, ressemble assez à la possession française pour qu'elle n'ait pas nécessité un exposé spécial.

C'est à l'occasion de la prescription extinctive qu'il convient de traiter de l'« action » et des « exceptions » ; car ces deux notions n'ont aucun rôle en matière de prescription acquisitive. C'est à propos de cette dernière, au contraire, que trouvent leur place quelques mots sur les « Livres fonciers » et les « droits réels », car elle est seule intéressée par ces deux constructions juridiques.

Je rechercherai d'abord la cause de la prescription acquisitive et de la prescription extinctive : c'est pour toutes deux le temps. Ensuite, je montrerai que néanmoins le Code civil allemand sépare complètement les deux formes de la prescription. Il pousse même si loin

cette distinction que, sous peine de donner une fausse idée de sa conception, on ne peut réunir dans un même chapitre l'étude de ces deux institutions. Cet ouvrage comportera donc deux parties. La première, traitera de la prescription extinctive ; la seconde, de la prescription acquisitive.

La première partie sera beaucoup plus étendue que la seconde, pour plusieurs raisons. C'est d'abord que maintes règles, maintes considérations sont communes aux deux formes de la prescription, sans qu'il soit possible, néanmoins, de les traiter dans une section générale qui précède ou suive les chapitres spéciaux. C'est ensuite que la prescription acquisitive a été moins travaillée par les auteurs du Code ; ils ne sont pas arrivés à lui donner cette unité que l'on rencontre dans la prescription extinctive ; elle comprend plusieurs institutions accolées ; bref, c'est une construction juridique qui n'a pas terminé son évolution ; et très intéressante à ce point de vue pour l'historien, elle l'est moins pour nous. Enfin, pour tout ce qui concerne les immeubles elle est une dépendance d'autres institutions : livres fonciers, droits réels, possession, etc. : son exposé détaillé entraînerait une étude approfondie de ces autres questions, chose impossible en cet ouvrage ; il faudra donc se borner à l'énoncé des principes généraux de la prescription acquisitive.

PREMIÈRE PARTIE

Comment le législateur allemand a t-il été amené à faire, dans son œuvre, une place à la prescription extinctive ? Comment ses interprètes justifient-ils cette institution ? Voilà l'objet des deux premiers chapitres de cette première partie.

Puis, avant de pénétrer dans l'étude intrinsèque de la prescription extinctive et pour la permettre, j'exposerai la théorie des exceptions et de l'action; alors je pourrai rechercher quelle est la nature de la prescription et examiner son caractère d'ordre public.

Suivant, en quelque sorte, l'ordre chronologique, je traiterai, ensuite, du point de départ de la prescription, de ses conditions de réalisation (c'est-à-dire de la longueur des délais), de ses effets, aux divers stades de son accomplissement.

Je préciserai enfin le domaine de la prescription extinctive et je dirai quelques mots de sa suspension et de son interruption.

Tout naturellement, je terminerai cette première partie par un aperçu sommaire de la matière des délais préfix.

SECONDE PARTIE

Un plan analogue à celui de la première partie sera suivi.

Le premier chapitre dira comment le législateur a été amené à faire dans son œuvre une place à la pres-

cription acquisitive et qu'il a vu en elle non pas une institution mais deux institutions différentes : l'*Ersitzung* et une autre, à laquelle il n'a pas donné de nom.

Puisque par l'effet du temps on peut acquérir les droits réels et eux seulement, j'établirai leur liste et exposerai dans ses grandes lignes le régime des livres fonciers.

Je rechercherai alors pour chacune des deux institutions, dont l'ensemble correspond à notre prescription acquisitive, à quels droits elle s'applique et à quelles conditions elle produit effet.

J'essaierai de conclure par un aperçu général sur les diverses institutions étudiées dans le cours de l'ouvrage.

C 104673

BIBLIOTECA CENTRALĂ UNIVERSITARĂ BUCUREȘTI

CHAPITRE III

Fondement de la Prescription. — De l'effet du temps sur les droits.

Le très vieux Droit romain avait affirmé que les drois étaient éternels, que le temps ne pouvait ni les créer ni les anéantir. A son imitation, de nombreux jurisconsultes et quelques législations ont proclamé que le temps était par lui-même sans influence sur les droits ; et l'on a critiqué la difinition que donne de la prescription le Code civil français : « La prescription est un moyen d'acquérir ou de se liberer par un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi » (article 2219).

« Ce n'est pas le temps, a-t-on dit, qui libère le débi-
« teur et fait acquérir les biens ; c'est l'inaction du
« créancier, ou celle du propriétaire jointe à la posses-
« sion du tiers, prolongées pendant un certain temps ;
« le temps n'est que l'élément métaphysique où les
« phénomènes s'emplacent, comme ils s'emplacent
« aussi dans l'espace »

Qu'il en soit ainsi des droits et des devoirs qui relèvent de la conscience, c'est possible : je ne discute pas la question et ne me prononce point. Mais ce n'est pas

d'eux qu'il s'agit ici. C'est à propos des droits établis par les lois, sanctionnés par elles, que cette opinion a été formulée. Et dans ces conditions je n'hésite pas à la condamner. Le temps agit sur les droits comme sur toutes choses, et c'est lui qui est l'élément actif de la prescription ; seul il produit l'extinction des droits dans la prescription acquisitive comme dans la prescription extinctive ; peut être se combine-t-il à un autre élément pour fonder l'acquisition.

Si l'agent actif de la prescription n'est pas le temps ce ne peut être que l'inaction de l'ayant-droit, créancier ou propriétaire ; puisqu'elle constitue l'unique condition de la prescription extinctive et le seul élément commun aux deux prescriptions.

Mais comment l'inaction peut-elle produire un effet quelconque ? le néant n'agit pas. L'inaction, ce n'est rien ; comment " rien " peut-il avoir une influence ?

N'est-ce pas au contraire l'exercice du droit qui pourrait être de quelque efficacité ?

Le pandectiste Brinz a écrit : « Le temps n'est pas un adversaire des droits, mais plutôt leur ami... Loin de perdre, par leur durée, de leur sûreté ou de leur existence, les plus fondamentaux des droits par la prescription acquisitive et le temps immémorial deviennent plus facile à prouver et plus certains » (1). C'est-à-dire

(1) « Die Zeit ist vielmehr Freundin, als Gegnerin der Rechte... weit entfernt, durch Länge der Zeit an Sicherheit und Bestand zu verlieren, gewinnen sie durch dieselben, in Consequenz der Ersit-

que l'exercice répété d'un droit le consolide ; mais c'est son exercice, ce n'est pas sa simple existence passive qui produit cet effet. En sorte que le rôle de l'inaction du créancier ou du propriétaire est de supprimer cette influence salutaire et de laisser le champ libre aux forces destructrices que paralysait l'activité de l'ayant-droit.

Ces forces sont précisément celles du temps.

Sa puissance est infinie pour détruire comme pour fonder, ou plutôt pour transformer : car rien ne se crée et rien ne se perd, tout se modifie : « *Die Welt ist ein ewiges Werden* » (Le monde est un éternel devenir).

L'action du temps ne connait pas de limite, il affaiblit et détruit progressivement réalités physiques et concepts moraux jusqu'à leur destruction complète. Ce résultat atteint, sa force n'est pas épuisée. Il s'attaque aux éléments dissociés, matériels ou intellectuels, qui formaient autrefois ces entités, il les travaille encore, les sépare davantage les uns des autres, jusqu'au moment où les hasards de leur évolution les rapprochent en des combinaisons contradictoires à celles qu'ils avaient réalisées antérieurement, ou les soudent pour des productions nouvelles à des atomes, à des forces, ou à des idées d'une toute autre origine.

Mais il arrive toujours un instant où l'entité primi-

zung und unvordenklichen Zeit, an Erweislichkeit und Festigkeit ». *Brinz*, t. I p. 389.

tive est absolument détruite, où elle cesse complètement d'exister.

De la conception la plus absolue à laquelle ait pu parvenir l'homme, de Dieu, un philosophe a écrit : « Dieu sera peut-être un jour ».

Pourquoi les droits échapperaient-ils à cette action universelle et absolue du temps ? Le législateur peut à sa guise les établir ou les éteindre, et ils braveraient la puissance autrement irrésistible des forces naturelles !

La notion de temps emplit les lois. Tantôt l'importance juridique d'un fait dépend de l'instant précis auquel il s'accomplit, et tantôt de la période dans laquelle il s'emplace : la volonté réciproque d'un homme et d'une femme de se prendre mutuellement pour époux n'a de valeur qu'exprimée au moment où l'officier de l'état-civil leur pose la question sacramentelle ; l'acceptation d'une offre n'a d'effet que faite dans le délai fixé par le pollicitant. Parfois c'est l'ancienneté d'un acte qui lui donne sa valeur : ainsi quand un propriétaire constitue un droit réel sur un immeuble qu'il vendra plus tard : parfois c'est ce temps écoulé qui lui ôte tout effet : ainsi l'instance suspendue trop longtemps. Cette influence du temps s'exerce partout : quand il n'est pas l'élément principal du phénomène juridique, quand un autre (tel qu'un accord de volonté) s'ajoute à lui, son action reste essentielle, par exemple dans les contrats à terme.

Sous la seule influence du temps, les droits devraient donc naître et mourir.

Quelques organismes néanmoins semblent résister à l'action du temps, pendant un certain délai du moins et pour arriver à une disparition plus subite : ce sont les êtres vivants. Ils s'assimilent les forces et les éléments de résistance qui sous des formes diverses existent dans le monde, et rejetant ces sources de vie dès qu'elles sont épuisées, ils prolongent leur existence par des assimilations nouvelles.

De même l'on conçoit que les droits, créés par des hommes, ayant des hommes pour sujets, se rattachant en un mot d'une façon intime aux plus actifs des organismes, durent immuables tant que l'usage qui en est fait les vivifie, tant que leur union avec leurs titulaires les fait participer à la vie.

Mais que le droit soit abandonné, qu'il n'existe plus de relations entre lui et l'homme qui en est propriétaire, qu'il ne soit plus exercé (pour passer de la langue philosophique à celle du droit), et il meurt bientôt comme la plante arrachée du sol nourricier, comme le membre séparé du corps, comme les idees jetées par le monde et que les discussions ne vivifient plus.

C'est donc le temps qui crée ou détruit les droits, ce n'est pas l'inaction du titulaire. Au contraire son activité faisait obstacle à l'effet du temps et son inaction ne fait que laisser cette force naturelle agir naturellement.

Le temps nivelle, il ruine les sommets et comble les abîmes, dans l'ordre moral comme dans l'ordre physique. Il tend à ramener toute chose à sa place.

Or la nature fait les hommes libres ; l'assujetissement des individus les uns aux autres est un accident. Les obligations ne se présument point, les droits pas davantage, et une terre se conçoit fort bien sans propriétaire.

Sans aller jusqu'aux théories collectivistes, l'homme qui se trouve à la tête d'une fortune relativement importante, n'est-il pas dans une certaine mesure dépositaire de la fortune publique ? Libre à lui d'en jouir à sa guise : il ne relève à ce point de vue que de sa conscience. Mais s'il ne s'en sert pas du tout, si sous aucune forme il ne fait profiter de ces richesses ses concitoyens, pourquoi ceux-ci seraient-ils obligés de le défendre ? pourquoi leur collectivité devrait-elle user ses forces pour celui qui ne se soucie d'elle à aucun point de vue ? Tout service appelle un service ; la justice n'est pas la charité ; nul n'a le droit d'exiger de l'état plus que la stricte équité.

Que l'on ne considère pas ces théories comme des rêveries philosophiques, étrangères au Droit en général, au sujet de cet ouvrage en particulier ; M. Endemann justifie la prescription par des raisons de cette nature (1).

Ce n'est donc pas une situation normale que l'exis-

(1) Voir plus loin, chapitre VI, la théorie de cet auteur.

tence des droits personnels, cela d'une façon indiscutable et même dans une certaine mesure et à certains points de vue, que l'existence de droits réels sanctionnés par la société. La situation naturelle est au contraire la pleine indépendance des hommes les uns à l'égard des autres, l'absence de tous droits ; voilà l'état de choses qui tend à s'établir sous la libre action du temps, et dont l'activité du créancier ou du propriétaire a comme effet d'empêcher la réalisation.

L'intervention périodique du maçon conserve le mur en parfait état ; qu'elle cesse, et peu à peu le mortier s'effrite, le mur se lézarde, les pierres se détachent de la crête et tombent sur le sol d'où on les tira autrefois, reprennent leur place naturelle ; la muraille qui rompait la ligne du paysage disparaît. Ainsi la prééminence d'un individu sur les autres s'use quand rien ne l'entretient et le droit qu'avaient dressé contre un homme les circonstances et l'industrie des autres hommes s'effondre, lorsque l'activité qui l'avait créé ne l'aide plus à résister à l'action nivellatrice du temps.

Quand Brinz écrit : « C'est aux privilèges, et non pas aux droits fondamentaux que l'on impose des délais » (1), quoiqu'il en paraisse, il confirme, peut être involontairement, ce que je viens de dire. Quels sont en effet les droits fondamentaux, si ce n'est l'égalité, l'indépendance, la liberté ? et les droits que les lois sanctionnent, droits de créances ou droits réels, ne

(1) « *Es sind Privilegien, nicht die Fundamentalrechte, denen man eine Frist steckt.* » BRINZ t. I p. 389.

sont ce pas quelque chose d'anormal, des privilèges en un mot.

Bien d'autres jurisconsultes ont aussi reconnu l'action du temps sur les droits, mais ils n'ont pas été jusqu'à proclamer qu'il fut capable de les créer ou de les anéantir (1). Comme cette action ne peut être que destructive ou créatrice ; comme il est arbitraire de lui attribuer le pouvoir d'affaiblir ou de renforcer, sans lui reconnaître l'intégralité de ces effets, soit la création et l'anéantissement des droits ; je ne crois pas être téméraire en estimant que l'influence du temps sur les droits s'impose à l'esprit ; et que seul un respect trop grand du vieux Droit romain et une confusion entre les lois positives et la morale, fait encore professer aujourd'hui l'éternité des droits.

On considérait autrefois le Droit de propriété comme absolu et perpétuel. Le dogme de son absolutisme a fait son temps (2) ; il n'y a pas lieu de s'étonner que l'on critique aussi aujourd'hui le dogme de son éternité.

En théorie et abstraction faite de dispositions législatives expresses, la prescription acquisitive ne me paraît pas transférer la propriété : elle se dédouble en deux opérations indépendantes : l'extinction des droits de l'ancien propriétaire — produite par le fait même que le temps s'écoule — et la création de droits au

(1) Voir chapitre VI.

(2) Voir RIPERT et les théories sur l'abus du Droit.

profit du possesseur — ce qui est un fait tout différent.

La création de droits au profit du possesseur n'est qu'un fait d'occupation. On a réglementé de façons diverses suivant les législations ses rapports avec l'extinction des droits qui ont précédé. Mais dans tous les cas, rien dans ce fait d'occupation et ses conséquences ne contredit à la théorie que j'ai exposée sur l'action du temps.

Le temps par lui-même détruit toute construction : monuments de pierres ou édifices juridiques. Mais cela n'empêche pas de construire ; il faut seulement lutter contre l'action du temps ; c'est le rôle ici de la possession, ou plutôt de l'occupation. Quant à exiger une certaine durée de cette possession, ne pas se contenter d'un instant de raison, c'est affaire de règlementation, d'opportunisme ; les principes ne l'exigent pas.

Néanmoins l'action du temps se manifeste même à ce point de vue de façon précise, son influence régulatrice se fait sentir. Un état de fait, contraire à un état de Droit est une anomalie, dont le temps amènera forcément la disparition ; il faut que l'apparence et la réalité se mettent d'accord Comme l'état de fait a une existence réelle et se soutient par cette existence même, il résiste mieux à l'action du temps que l'état de droit auquel rien de matériel ne correspond et qui n'est donc qu'une fiction. Aussi n'est-ce pas l'état de fait qui disparaîtra ; c'est l'état de droit qui se conformera à lui.

Voilà comment le temps qui est incontestablement la cause de l'extinction des droits de l'ancien propriétaire, est aussi par lui-même la cause de la création de droits au profit du possesseur.

CHAPITRE IV

Terminologie et Distinctions.
Prescription acquisitive — Prescription extinctive

Le législateur français a réuni dans le même titre XX, du livre III, la prescription acquisitive et la prescription extinctive. Non seulement il applique le nom de prescription à ces deux institutions, mais il les englobe dans la même définition : « La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi (article 2219) ».

Le législateur allemand a procédé de façon toute différente. Les expressions par lesquelles il désigne les deux prescriptions n'ont rien de commun ; il les étudie en des sections du Code éloignées l'une de l'autre ; enfin ne les définissant pas, il n'établit entre elles aucun lien.

Le Code appelle la prescription extinctive *Verjährung*. L'idée de temps domine dans cette expression, dont le radical est *Jahr*, c'est à dire " année ". Si l'an-

née s'y trouve personnifier le temps, c'est sans doute qu'autrefois l'année, ou plutôt l'« an et jour », était le délai par l'expiration duquel s'éteignait un droit qui n'était pas exercé. Le préfixe *Ver*, par ailleurs, marque une idée de consommation, d'épuisement. Le mot *Verjährung* éveille absolument la même idée que le mot " prescription " pris dans son sens actuel et abstraction faite de son origine.

Mais *Verjährung* avait autrefois un sens plus large et désignait aussi bien la prescription acquisitive, *erwerbende Verjährung* que la prescription extinctive, *erlächende Verjährung*. C'est ainsi qu'Unterholzner a intitulé son grand traité de la prescription en général, extinctive et acquisitive : « *Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre* » = « Exposé détaillé de toute la matière de la prescription. »

On comprenait même, assez souvent, sous le vocable *Verjährung* les délais préfixes, et en somme tous les phénomènes qui naissaient de l'action du temps sur les droits (1).

Aussi pour préciser leur pensée, les écrivains se servent-ils du mot *Anspruchsverjährung* = " prescription extinctive des actions ". Avant l'apparition du Code, c'était le mot *Klagenverjährung* qui était employé dans ce sens (2).

Pour désigner la prescription acquisitive, le législa-

(1) Weiss, p. 1 et 5 ; Rosenberg, p. 1 et 5.
(2) Kuhlenbeck, t. I, p. 563.

teur de 1900 emploie le terme d'*Ersitzung*. Dans ce mot, l'idée de temps ne se retrouve pas, pour ainsi dire : le préfixe *er* marque l'idée d'acquisition, *sitzen* signifie " être assis "; c'est donc l'image d'une acquisition par occupation que cette expression fait naître dans l'esprit, comme le mot *usucapio* en latin.

Quant aux délais préfix, les auteurs les désignent par *Ausschlussfrist* = " délai qui exclut ", ou par *Präclusivfrist* = " délai préfixe ", ou encore par l'expression, peut être un peu plus générale, de *gesetzliche Befristung*, que traduit approximativement " délais légaux " (au pluriel, bien que le terme allemand soit au singulier). Mais les quelques articles, répandus dans tout le Code, qui s'en occupent, tels que les articles 382 et 801, en parlent sans les nommer; ils usent de périphrases.

Le Code traite de la prescription extinctive dans une section spéciale de sa Partie générale, dans les articles 194 à 225. De nombreux textes dispersés s'en occupent aussi.

Mais nulle partie de cette œuvre n'est consacrée spécialement à la prescription acquisitive. Il en est parlé à propos des Biens, notamment dans les articles 900, 927, et 937 à 945.

S'il a créé pour la prescription une terminologie rigoureuse, le législateur allemand n'a pas défini cette

institution. L'article 222 se borne à dire, dans son premier alinéa. « Une fois la prscription extinctive accomplie, l'obligé a le droit de refuser la prestation qu'on lui demande », et l'article 937 relatif à la prescription acquisitive des meubles, débute ainsi : « Celui qui possède pendant dix ans un meuble, en acquiert la propriété. » C'est indiquer l'effet pratique de la prescription, ce n'est pas la définir elle-même, ce n'est même pas caractériser son action dans un langage technique. D'autres textes préciseront à quelles conditions la prescription se réalise, aucun ne déterminera sa nature intime.

Cette façon d'agir, pour surprenante qu'elle nous paraisse, n'a rien d'exceptionnel dans le Code allemand. Ses rédacteurs se sont fait une règle de ne pas définir les institutions juridiques qu'ils réglementent (1).

Ce fut pour Napoléon Ier, à ce que l'on raconte, une déception le jour où lui fut présenté le premier commentaire du Code civil. Imprégné, inconsciemment peut-être, de l'esprit de Jean-Jacques Rousseau et de la Révolution française, il croyait qu'une loi bien faite devait être comprise de chaque lecteur, sans préparation spéciale !

Les auteurs du Code allemand ont échappé à cette erreur grossière : ils ont pensé, avec raison, qu'une loi, si parfaite qu'en fût la rédaction, ne pouvait être comprise que par des hommes habitués à la langue du Droit;

(1) Voir SALEILLES, p. 110.

et c'est pour des jurisconsultes seulement qu'ils ont écrit. Il a pu dès lors leur paraître inutile de définir des institutions ou des mots que leurs lecteurs devaient connaître ; ce faisant, ils pensaient sans doute épargner à la science du Droit quelques-unes de ces longues et pénibles discussions auxquelles donnent naissance la plupart des définitions.

Ils se sont écartés de cette règle seulement quand ils ont employé une expression dans un sens nouveau, ou du moins peu répandu. Mais alors même, au lieu de définir, à proprement parler, ce terme, ils l'ont inscrit entre parenthèses dans le premier article où se trouve la périphrase qui lui est équivalente. Par exemple, l'article 194 débute ainsi : « Le droit d'exiger d'une personne un acte ou une abstention (*Anspruch*) et soumis à la prescription extinctive ». Ce qui signifie que l'*Anspruch* est le droit d'exiger d'une personne un acte ou une abstention. En sorte que le premier texte sur la prescription ne définit pas cette institution, mais explique en passant une expression juridique délicate.

Cette méthode n'est pas recommandable. Il n'y a pas de science sans une langue technique. Les rédacteurs du Code allemand l'ont tellement reconnu que leur terminologie est la plus rigoureuse que l'on connaisse ; ils n'ont pas hésité à créer presque des expressions nouvelles pour obtenir des textes plus précis. Pourquoi donc ne pas définir les éléments essentiels de ce langage ? Tout n'est que convention dans une langue scien-

tifique ; à personne, plus qu'au législateur, n'appartient le droit et le devoir de bannir l'arbitraire de l'interprétation des lois.

Ecarter de parti-pris toute définition était d'une audace toute particulière en l'espèce. Le mot *Verjährung* avait désigné jusque-là la prescription extinctive et la prescription acquisitive ; ce dernier sens était écarté dorénavant. Une notion nouvelle et très délicate : l'*Anspruch*, était introduite par le Code, qui lui attribuait un rôle capital. La prescription était l'objet des controverses les plus vives à tous les points de vue : quant à sa nature, ses effets exacts, sa cause profonde... Et d'autre part, le Code était destiné à un grand Empire, réunion d'une foule de peuples qui différaient les uns des autres par leurs origines, leurs mœurs, le degré de leur civilisation, leurs lois, leurs langues mêmes. Il n'y avait d'unité ni dans l'enseignement du Droit, ni dans la jurisprudence. Le particularisme local, l'hostilité des " germanistes " et des " romanistes " allaient pousser à interpréter le Code dans les sens les plus contradictoires.

Le législateur s'est fié au grand fond de connaissances communes à tous les jurisconsultes allemands ; il a supposé un accord complet sur la plupart des questions. Il a opéré comme s'il s'était agi de modifier à peine les lois particulières pour les identifier entre elles ; comme s'il avait voulu rédiger une coutume plutôt qu'édifier un Code.

C'est sans doute la méthode contraire qu'auraient

choisie des Français. Notre caractère répugne aux perfectionnements modestes ; absolutiste, il veut tout reconstruire après avoir supprimé les moindres restes d'un passé que trop facilement il croit mort ou qu'il juge, à la légère, ne rien renfermer qui soit digne d'être maintenu.

Cette dernière méthode est détestable en législation. Le système des rédacteurs du Code allemand est bien préférable. Mais ils ont également exagéré leurs tendances. Si, à l'imitation du Code français, ils avaient défini la prescription, la tâche de l'interprète serait très simplifiée ; plusieurs controverses auraient sans doute été évitées. On n'en serait pas réduit à baser une théorie juridique sur quelques dispositions remarquablement précises grâce à leur terminologie rigoureuse, mais dont ne résulte pas avec évidence et certitude un principe général pour résoudre les difficultés que n'a pas prévues le Code et qui surgiront certainement à la pratique.

PREMIÈRE PARTIE

Prescription Extinctive.

CHAPITRE V

Les origines du Code et le caractère de ses dispositions sur la prescription extinctive.

Les deux législations dont l'influence a été la plus grande sur le Code civil allemand sont le Droit germanique et surtout le Droit romain.

La place a été faite large aux traditions nationales pour tout ce qui concerne l'état des personnes ; on en a tenu aussi grand compte à propos des règles de succession. C'étaient en effet les matières où il était le plus difficile de heurter de front les habitudes et les sentiments des populations; et en même temps la conception moderne de la famille diffère trop radicalement de la notion romaine pour qu'on put songer à lui en appliquer les règles juridiques.

Au contraire, pour tout ce qui concerne les biens et

plus particulièrement les obligations, l'influence romaine a été prépondérante, exclusive presque de toute autre.

Il faut encore mentionner le Code civil français parmi les législations dont se sont inspirés les auteurs du Code allemand. Il était en effet pour eux un modèle et un guide dans leur entreprise difficile ; il était aussi la loi fondamentale d'une partie des peuples que le nouveau Code allait régir ; jusqu'au 31 décembre 1899 il a constitué le Droit de la vallée du Rhin, c'est lui qu'appliquait la Cour d'appel de Cologne, qu'enseignaient les professeurs des Universités de Bonn et, à peu de chose près, d'Heidelberg.

1

Le législateur allemand ne devait donc pas hésiter à faire dans son œuvre une place à la prescription extinctive.

Le Code français lui consacrait de nombreux articles.

En fait, sinon en théorie pure, le Droit romain avait abouti à des solutions analogues à celles que devait adopter plus tard le législateur français.

Enfin le Droit germanique connaissait une institution qui ressemblait fort à la prescription : c'était la *Verschweigung*, terme qui signifie : silence, et qui évoque bien l'idée d'inaction. Quand le créancier était resté un certain temps, un an et un jour en principe, sans exercer son droit, celui-ci s'éteignait ; souvent l'inaction suffisait, d'autres fois il fallait qu'elle eut été précédée

d'une sommation du juge au propriétaire ou au créancier d'avoir à agir. La *Verschweigung* ne courait pas contre certaines personnes qui se trouvaient dans l'impossibilité absolue de se défendre.

Elle pouvait naturellement être interrompue au cours de son accomplissement; mais seul un acte solennel pouvait en général produire cet effet (1).

Si malgré ces précédents et les exemples venus d'autres législations encore, les rédacteurs du Code allemand avaient ressenti quelques scrupules à soumettre les droits à l'effet extinctif du temps, les opinions des jurisconsultes les plus en vue parmi leurs compatriotes les auraient décidés.

Pour Savigny qui a renouvelé cette étude en Allemagne « la prescription des actions appartient aux institutions juridiques les plus importantes et les plus bienfaisantes » (2).

Quant à Windscheid, qui a joué à l'égard du Code allemand un rôle analogue à celui de Pothier à l'égard de notre Code civil, il ouvre par ces mots le chapitre sur la prescription dans son traité de Droit romain : « Le temps est au nombre des causes qui créent, éteignent ou modifient les droits » (3), et plus loin il ajoute :

(1) Cosack, t. I, p. 250.

(2) « *Die Klageverjährung gehört unter die wichtigsten und wohlthätigsten Rechtsinstitute* ». Savigny, t. V, p. 272.

(3) « *Die Thatbestände an welche sich die Entstehung, der Untergang und die Veränderung der Rechte anknüpfen, können ein Zeitmoment in sich schliessen.* » Windscheid, t. I, p. 455.

« En accordant à la prescription sa force, le Droit ne fait que confesser une vérité d'ordre général : le temps est une puissance à laquelle rien d'humain ne se peut soustraire (1) ».

2

L'esprit germanique diffère profondément du caractère latin. D'autre part, près de quatorze siècles se sont écoulés depuis que Justinien a accompli son œuvre législative, longue période dans laquelle la vie de l'humanité a été transformée à tous les points de vue. On pouvait donc s'attendre, on le devait même, à ce que le Code allemand soumette la prescription à des règles très différentes de celles adoptées à Rome.

Il n'en a rien été. Les solutions du législateur de 1900 suivent pas à pas celles des jurisconsultes de Byzance ; souvent même il s'inspire de principes déjà vieillis à l'époque de Papinien, de Paul ou de Gaïus.

Sans doute le Code français avait suivi ces errements — ou à peu près, car nous le verrons, sur quelques points, plus moderne que le Code allemand. — Mais trois ordres de faits empêchent que la critique adressée à l'un d'eux n'atteigne l'autre, ou du moins ne le frappe avec la même force.

L'esprit français, tout d'abord, ressemble étrangement à l'esprit romain : il est doué d'une très grande clarté, il

(1) « *Indem das Recht des Verjährung diese Kraft beilegt, erkennt es eine Wahrheit, welche sich nicht bloss auf dem rechtlichen gebiet geltend macht. Die Zeit ist eine Macht, der sich kein menschliches Gemüth entziehen kann,* » Id., p. 469.

possède une logique rigoureuse, excessive en pratique. Il était naturel par ailleurs que la communauté d'origine donne aux Français sur un objet déterminé des conceptions analogues à celles qu'en avaient les Romains et même les Grecs. — L'esprit germanique est au contraire subtil, il nous paraît manifester ses idées ou les concevoir avec moins de netteté que nous, l'origine ethnologique des populations allemandes diffère profondément de celle des races latines. Il est dès lors étrange que le Code allemand soit inspiré du Droit romain au même degré que le Code français.

En second lieu, ce n'est guère qu'à la fin du Moyen-Age que l'Europe centrale a connu le Droit romain. La Gaule s'était vu imposer cette législation quinze siècles plus tôt, et d'une façon définitive : à peine les Barbares avaient-ils supplanté dans notre pays l'autorité de l'empereur que leurs chefs promulgaient des lois inspirées du Droit romain.

Enfin les conditions matérielles de la vie se sont plus modifiées depuis un siècle qu'elles ne l'avaient fait de César à Napoléon : la transformation des moyens de transport a eu lieu au cours du XIX^e^ siècle ; la création de la grande industrie date de cinquante ans à peine ; les instruments de communication rapide, tels que le télégraphe et le téléphone, la diffusion de l'instruction, le service militaire obligatoire pour tous les citoyens personnellement, sont choses toutes contemporaines.

Puisque les rapports économiques sont l'objet du Droit, il est regrettable que les rédacteurs du Code

allemand n'aient tenu aucun compte de ces changements, tous postérieurs à l'apparition de notre Code civil.

3

Pour injustifiable que soit le système du législateur allemand, l'explication historique en est facile.

Le Droit romain, dès sa réception au XVe siècle dans les Etats germaniques y séduisit les jurisconsultes. Il leur parut, suivant une formule célèbre, « la raison écrite ». Bien vite il cessa d'être un pur objet d'études abstraites, pour acquérir une valeur pratique. Il fut adopté comme Droit subsidiaire ; et dans le silence des lois ou des coutumes, ses solutions étaient suivies. En sorte que peu à peu il devint le "Droit Commun" à tous les pays qui devaient plus tard former l'Allemagne, le *Gemeines Recht*.

C'était une singulière législation qui était ainsi formée. On appliquait à une foule de populations hétérogènes un droit destiné à un autre peuple, dont le tempérament et la civilisation différaient des leurs. On les régissait par des textes écrits dans une langue étrangère ; dont un grand nombre ne constituaient pas des dispositions législatives mais des extraits d'ouvrages privés ; dont la rédaction s'espaçait sur cinq siècles, et dont les plus modernes dataient de mille ans déjà. — Ils étaient mis en œuvre par des jurisconsultes d'une mentalité contraire à celle des hommes qui les avaient écrits ; les interprètes les respectaient dans leurs formes

immuables, mais cherchaient à en faire jaillir une doctrine unique, souple, vivante, moderne, conforme aux besoins des populations. Chaque commentateur jouissait dès lors de la plus grande liberté. Les habitudes voyageuses des étudiants allemands les conduisaient à entendre exposer des systèmes très divers, et ils rapportaient ces éléments mal coordonnés dans les diverses régions de l'Empire. — Enfin, dominant le tout, nulle part ce droit ne s'appliquait intégralement; et chaque région y apportait ses dérogations spéciales (1).

Telle est cependant la législation que le Code reproduit très fidèlement en matière de prescription extinctive.

Elle avait, trois siècles durant, tellement façonné l'âme des jurisconsultes allemands qu'ils n'ont pu s'en détacher quand d'interprètes ils devinrent législateurs ; à force de la travailler pour en tirer le Droit civil idéal, ils avaient fini par les identifier l'une à l'autre et à ne plus concevoir pour le Droit théorique d'autre forme positive que celle-là ; ils avaient toujours vu ces dispositions expresses et précises, ils les crurent nécessaires et éternelles.

Or ce sont précisément les jurisconsultes allemands qui ont édifié le Code de 1900.

Plusieurs commissions successives de professeurs et de magistrats ont élaboré le projet définitif. Ils ont agi

(1) Saleilles, p. 7 et 8; p. 38 et 39.

avec la plus grande loyauté ; toutes leurs discussions et tous leurs projets ont été rendus publics ; les critiques de l'Allemagne, de l'univers entier ont été sollicitées et étudiées ; ce n'est qu'après le vote des deux Chambres de l'Empire, *Bundesrath* et *Reischstag*, que le Code a été promulgué. Mais le Parlement s'est borné à discuter très sommairement et à adopter le projet qui lui était présenté (1).

Ce sont ces théoriciens sincères et éclairés sans doute, mais qui avaient vécu en communion avec le Droit romain et la civilisation antique plus qu'avec le peuple allemand et l'activité moderne qui sont les auteurs véritables du Code civil.

Nous verrons donc dans le cours de cette étude que la réglementation adoptée par le Code pour la prescription extinctive n'est ni nationale, ni moderne ; elle est purement romaine.

4

Nous en constaterons un autre caractère, qui est dû celui-ci, non plus à l'histoire mais au tempérament des races germaniques.

Leur esprit est porté vers l'abstraction. On est frappé à la lecture des jurisconsultes allemands de les voir raisonner sans jamais concrétiser les hypothèses qu'ils envisagent. Assez souvent un exemple traduit ensuite la solution découverte, mais le système qui y

(1) SALEILLES, p. 20. PREMIER PROJET, p. III.

aboutit a été construit en perdant tout contact avec la matérialité des choses et les phénomènes tangibles.

Ils devaient tout naturellement dans leur rôle de législateur, comme dans leurs travaux de savants, perdre de vue les réalités de la vie et édifier des systèmes d'une faible valeur pratique. Mais par contre, moins épris de logique que les Français, ils n'ont pas hésité à sacrifier la conséquence rigoureuse quand elle avait trop d'inconvénients. Une grande subtilité d'intelligence leur a néanmoins permis, la plupart du temps, de raccorder aux principes les solutions adoptées.

Dans cette œuvre les qualités et les défauts mêmes de la langue allemande les ont aidés singulièrement; très souple, permettant d'exprimer les moindres nuances, elle manque en effet de précision et de clarté; les mots y expriment moins des états précis, des faits nets, des volontés délimitées que de simples tendances, des mouvements et des directions de la pensée, des phénomènes à contours vagues. Les rapports de cette langue à la nôtre, sont quelque peu ceux de la musique à la peinture : plus de subtilité, moins de précision.

Enfin, et peut-être conséquence de ce qui précède, les facultés d'analyse sont chez les allemands beaucoup plus développées que l'esprit de synthèse. On ne trouvera donc pas dans leur Code les confusions que l'on a cru découvrir dans le nôtre. Jamais ils ne rassembleront sous un même titre des institutions hétérogènes. Mais ils n'ont pas construit de ces grands ensembles harmonieux et simples qui séduisent l'esprit au premier

abord, qu'une critique superficielle peut condamner, mais qui sont vrais car ils ne sont qu'une imitation dans les œuvres humaines de l'admirable unité de l'univers.

CHAPITRE VI

Justification de la prescription extinctive, suivant le Droit allemand.

Le Code civil français n'indique pas, dans son texte, les raisons qui ont fait admettre la prescription par ses rédacteurs. Mais ses interprètes les énumèrent et ils sont à peu près d'accord sur ce point.

C'est d'abord la tradition : le Droit romain et les coutumes du moyen âge avaient admis la prescription tant extinctive qu'acquisitive.

C'est ensuite un motif d'ordre public : il faut assurer la stabilité économique. Il serait dangereux qu'un patrimoine important, bien assis, source d'un crédit considérable soit exposé à s'effronder devant des revendications ou des créances d'origine si ancienne qu'on ne pouvait pas raisonnablement soupçonner leur existence.

Bien plus, sans la prescription aucune opération juridique sérieuse ne pourrait avoir lieu : jamais on ne saurait si les droits dont se prévalent les contractants leur appartiennent sans contestation possible.

C'est enfin la présomption qu'un état de fait qui sub-

siste depuis très longtemps est conforme au Droit : sinon, comment expliquer la longue inaction du propriétaire ou du créancier.

Si par hasard les apparences sont trompeuses, et si la prescription n'a d'autre résultat que de consolider la situation d'un usurpateur ou d'un mauvais payeur, la partie lésée n'aura presque toujours à s'en prendre qu'à sa propre négligence.

Un retard excessif dans l'exercice d'une action peut d'ailleurs préjudicier gravement au défendeur lui-même, que la restitution ou le paiement lui soient avec le temps devenus plus onéreux, ou qu'il ait possédé autrefois et n'ait plus maintenant à sa disposition la preuve que les droits du demandeur sont, pour un motif quelconque, éteints en tout ou en partie.

Le Code allemand ne porte pas trace des motifs qui ont engagé le législateur de 1900 à conserver la prescription. Il ne la définit pas, comment serait-il question pour lui de la justifier ? L'intérêt pratique et immédiat l'exige encore moins qu'il ne réclame une définition.

Mais les commentateurs du Code ont suppléé à son silence (1). Ils donnent à l'appui de la prescription des raisons nombreuses, et qui sont à peu près celles adoptées par les jurisconsultes français.

(1) Cosack, t. I, p. 251 ; — Crome, t. I, p. 504 ; — Endemann, t. I, p. 385 ; — Planck, t. I, p. 243, 1e note sur la prescription. = Dans le même sens : Savigny, t. IV, p. 305-308 ; et t. V, p. 267-272 ; — Windscheid, t. I, p. 469 et 470.

Cependant ils se préoccupent beaucoup moins qu'eux de la justifier en équité ; ils font rarement intervenir l'idée d'une présomption de paiement. La raison fondamentale de la prescription est à leurs yeux l'intérêt général : il faut que les rapports économiques reposent sur une base inébranlable, sur des situations définitives, il faut qu'ils jouissent de la plus grande stabilité possible.

M. Abegg, dans sa thèse de doctorat, considère comme juste et conforme à l'idée du législateur « l'opinion qui voit dans la prescription une institution juridique d'ordre purement pratique, dont l'opportunité est le seul fondement, et dont les effets doivent s'adapter aux besoins du commerce » (1).

« La prescription repose sur des considérations d'intérêt général. Elle existe dans l'intérêt public » (2), écrit M. Endemann. La conception fort originale qu'il a de cette institution accentue encore le caractère qu'il lui attribue par ces mots. Les actions ne sont à ses yeux que des faveurs consenties par la société à l'individu ; il n'admet pas que la collectivité reste indéfiniment tenue de déférer à la demande d'assistance que lui adresse le propriétaire ou le créancier négligents :

(1) « *... Anschauung, dass die Verjährung als ein rein positives, lediglich auf Zweckmässigkeitsgründen beruhendes Institut, in ihren Wirkungen dem Verkehrsinteresse anzupassen sei* ». Abegg, p. 72 — *id.* p. 73.

(2) « *Die Verjährung beruht auf Erwägungen der allgemeinen Wohlfahrt ; sie besteht im öffentlichen Interesse* ». Endemann, t. I, p. 386.

« Si l'ayant droit ne fait pas usage de son action, ce n'est plus la tâche de la collectivité de lui en garantir l'exercice éternellement » (1).

Le raisonnement de M. Endemann n'est pas des plus probants. Il n'est guère qu'une pétition de principe. Il recule d'un degré la source de la prescription, en la transposant des rapports entre particuliers aux relations de l'individu avec la société. Ce n'est plus le droit du créancier contre son débiteur qui se prescrit, mais le droit du citoyen contre l'Etat pour en exiger la sanction de sa créance. Mais pourquoi l'obligation de la collectivite s'éteint-elle ? M. Endemann ne l'indique pas ; il en aurait sans doute donné des raisons analogues à celles par lesquelles on justifie ordinairement la prescription entre particuliers.

Cette conception n'en est pas moins du plus grand intérêt à plusieurs points de vue. Elle met en évidence le caractère d'ordre public de cette institution ; les arguments d'équité ne trouvent plus leur place ; toute proportion gardée, c'est la force substituée au droit.

Par ailleurs l'effet de la prescription se révèle tout différent de celui qu'elle possède en Droit français : le droit n'est pas atteint, il subsiste sans modification aucune, il manque seulement d'une sanction dorénavant.

(1) « *Macht der Berechtigte Keine Gebrauch von seinem Anspruche, so ist er nicht mehr die Aufgabe der Gesammtheit, ihm die Garantie der Ausübung für alle Dauer sicherzustellen* ». Endemann, p. 385. — Voir aussi Kuhlenbeck, t. I, p. 561.

Telle est bien, soit dit en passant, la conception que le Droit allemand a des effets de la prescription.

Certains auteurs vont encore plus loin que M. Endemann. Ils considèrent la prescription comme imposée par la nature des choses ; ils y voient une conséquence nécessaire de la fuite du temps. Pour eux, ce n'est pas dans l'intérêt collectif, encore moins dans l'intérêt individuel que le Droit allemand fait une place à cette institution. Elle s'impose d'elle-même, que l'on estime ses conséquences bonnes ou néfastes. Sans doute, ses effets sont en général équitables. Mais ce n'est là qu'un hasard heureux ; peut-être aurait il pu en être autrement ; et dans cette hypothèse encore la prescription se serait rencontrée dans les diverses législations.

Un grand jurisconsulte a dit textuellement : « En confessant la force de la prescription, le Droit reconnaît une vérité d'ordre général et non point seulement d'ordre juridique. Le temps est une puissance à laquelle l'esprit de l'homme ne peut échapper ; ce qui a duré longtemps, nous le croyons, par le fait même de son existence prolongée, ferme et irrévocable ; tant pis si notre attente est déçue. A cela s'ajoute que les situations de fait auxquelles la prescription imprime le sceau de la légalité ne sont pas nécessairement contraires à l'équité » (1). N'est-ce pas voir dans la prescription un

(1) « *Indem das Recht der Verjährung diese Kraft beilegt, erkennt es eine Wahrheit an, welche sich nicht bloss auf dem rechtlichen Gebiete geltend macht. Die Zeit ist eine Macht, der*

phénomène objectif, que la force des choses impose au législateur, et qui doit être accueilli par lui, même si ses conséquences étaient injuste.

Ces paroles sont de Windscheid. Elles forment le premier des arguments qu'il donne en faveur de la prescription. Sans doute ce n'est pas dans un commentaire du Code qu'il les a écrites ; elles sont extraites de son bel ouvrage sur le « Droit commun ». Mais l'influence de ce jurisconsulte sur les rédacteurs du Code a été telle, surtout à propos de la prescription extinctive que l'on peut en toute sûreté rechercher dans ses ouvrages la doctrine du nouveau Droit civil allemand.

M. Crome, un interprète du Code, dont l'ouvrage encore inachevé jouit d'une très haute estime, est encore plus catégorique que Windscheid, plus brutal oserions-nous dire. « La reconnaissance de la prescription comme une institution juridique autonome repose sur l'observation que tous les rapports établis entre les hommes par la vie se trouvent dans un changement perpétuel, dans un courant constant ; et que par suite le temps doit agir aussi sur les droits... Même si la situation de fait que la prescription consacre était con-

sich kein menschliches Gemüth entziehen kann ; was lange bestanden hat, erscheint uns bloss desswegen, weil es bestanden hat, als ein Festes, Unumstössliches ; es ist ein Uebel, wenn wir uns in dieser Erwartung getäuscht finden. Dazu kommt dass die Umstände, welchen die Verjährung den Stempel der Rechtmässigkeit aufdrückt, nicht nothwendigerweise unrecht mässige waren ».
WINDSCHEID, t. I, p. 469.

traire à l'équité, une réclamation et un changement tardifs auraient en général des conséquences plus néfastes encore que son maintien auquel entre temps tous les intéressés se sont habitués » (1).

L'opinion de l'éminent professeur est d'autant plus importante, que longtemps il s'est occupé de Droit français : on lui doit une édition de l'ouvrage de Zachariæ sur le Code civil français, origine du traité de MM. Aubry et Rau. M. Crome avait donc été conduit à étudier les arguments d'équité qu'adoptent de préférence les jurisconsultes français ; ce contraste frappant entre les raisons qu'il avait approfondies et celles qu'il donne aujourd'hui de la prescription met en lumière l'opposition des motifs qui ont décidé les rédacteurs du Code allemand d'une part, le législateur de 1804 d'autre part.

(1) « *Die Anerkennung der Verjährung als eines besonderen Rechtsinstituts beruht auf der Wahrnehmung dass alle menschliechen Lebensverhältnisse sich in einer beständigen Veränderung, in stetem Flusse befinden, und dass danach die Zeit auch auf die Rechte einwirken muss... Bestände er (ein Zustand der lange bestanden hat) aber auch in Wirksamkeit unrechtmässig, so wurde doch meist die spätere Anfechtung und Beseitigung grössere Unzuträglichkeiten im Gefolge haben, als sein ruhiger Fortbestand, an den sich in der Zwischenzeit alle Betheiligten gewöhnt haben* ». CROME, t. I, p. 504.

CHAPITRE VII

Des Exceptions (Einreden) (1)

Il est impossible d'étudier la prescription et plus particulièrement la prescription extinctive en Droit allemand sans connaître la signification précise des deux mots *Einrede* et *Anspruch* ; car la prescription extinctive est une *Einrede* et elle a pour objet l'*Anspruch*. Ce chapitre et le suivant auront pour objet de déterminer rigoureusement ces deux notions.

§ I

En France on distingue d'ordinaire les arguments qu'un défendeur peut invoquer en deux catégories : les moyens de défense et les exceptions.

Quand il conteste l'existence même du droit allégué par le demandeur, quel que soit d'ailleurs le fondement de sa dénégation, il met en œuvre un moyen de défense ; tel est le cas où il affirme n'être pas le signataire d'une reconnaissance de dette, en sorte que l'obligation n'est pas née ; ou celui dans lequel il invo-

(1) *Einreden*, au singulier : *Einrede*.

que l'extinction de son obligation, grâce à un paiement, par exemple.

Que le défendeur au contraire reconnaisse le droit allégué par le demandeur, mais le prétende paralysé par une cause quelconque, il se prévaut alors d'une exception ; c'est ce qui se passe quand il invoque un délai ou l'inexécution par le demandeur de sa propre prestation.

Le Droit allemand répartit en trois catégories les arguments de la défense.

L'une est formée des *Einreden*, mot qui correspond absolument à notre terme « exception ».

Pour les deux autres, il n'existe pas de designation technique. Dans leur ensemble, elles embrassent tout ce que nous appelons « moyens de défense ».

Dans l'une d'elles rentrent les hypothèses où le défendeur conteste les faits mêmes allégués par le demandeur ; il nie par exemple qu'un contrat de vente soit jamais intervenu entre eux. Pour la commodité de l'exposé, et en l'absence de terme scientifique, je me permettrai de désigner ces hypothèses par le mot de « dénégations ».

On tombe dans l'autre de ces deux groupes, quand le défendeur admet les faits avancés par son adversaire, mais invoque certaines circonstances qui en empêchent le résultat habituel, telles que sa minorité lors de l'engagement ou le paiement.

Le mot *Einwand* est souvent employé pour désigner

les moyens de défense qui composent ce dernier groupe.

L'accord cesse entre les jurisconsultes allemands quand il s'agit de grouper ces trois catégories d'arguments.

Certains, tel M. Cosack, rapprochent les *Einwände* (1) et les « dénégations » pour en faire une première classe. Les *Einreden* « exceptions » en forment une seconde à elles seules. C'est alors le système français. Et à défaut de traductions convenables pour rendre le mot *Einwand* et la notion de « dénégation », du moins l'expression « moyen de défense » désigne parfaitement l'ensemble des deux catégories, la première classe (2).

D'autres jurisconsultes font avec les seules « dénégations » une première classe ; tandis qu'ils réunissent dans la seconde les *Einwände* et les *Einreden* et désignent les uns et les autres sous la dénomination collective de *Einwendungen* (3). Par conséquent constitue une *Einwendung* toute discussion qui admet les faits invoqués par le demandeur, mais repousse les conséquences qu'il en veut tirer.

Par exemple : le défendeur invoque son incapacité et prétend que, malgré les apparences, le droit n'est

(1) *Einwände*, pluriel de *Einwand*.
(2) Cosack, t. I, p. 279 et 280.
(3) Crome, t. I, p. 182 ; Abegg, p. 5 et s. — *Einwendungen*, au singulier *Einwendung*.

jamais né ; ou il prétend que par un paiement ou d'une autre façon l'obligation est éteinte ; ces deux espèces constituent des *Einwände*. Le défendeur se borne à nier que le droit, né et encore existant, puisse sortir à effet, par suite d'un délai ou pour un autre motif ; c'est alors une *Einrede*. Toutes ces hypothèses constituent des *Einwendungen* pour les jurisconsultes du second groupe.

Ainsi donc tout le monde est d'accord, ou à peu près, pour établir trois catégories parmi les arguments dont peut disposer un plaideur, leur répartition en deux classes est objet de controverses.

Je me hâte d'ajouter que seule l'expression *Einrede* = « exception » et le groupe correspondant ont été prévus par le législateur. *Einwand* et *Einwendung* sont des mots et désignent des choses créées par les auteurs. Il faut cependant bien remarquer que le Code n'emploie presque jamais le mot *Einrede*. Pour désigner une exception, il préfère user d'une périphrase. Il mentionne l'argument qui constituerait l'exception et ajoute, que dans ce cas : « *der Verpflichtete ist berechtigt die Leistung zu verweigern* » = « l'obligé est autorisé à refuser la prestation » (1).

§ II

La caractéristique des exceptions, la différence essentielle entre elles et les autres arguments possibles,

(1) Article 222, par exemple. — ACHILLES, sous l'article 202, note 2 ; PLANCK, sous l'article 222, note 1.

quelle que soit la façon de les grouper, consiste en ce que le défendeur doit invoquer les exceptions, tandis que le juge doit tenir compte d'office des moyens de défense. C'est en cela qu'il y a un intérêt pratique à distinguer les exceptions des autres défenses (1). Que dans une instance où le défendeur fait défaut, le juge connaisse par les éléments même du litige l'existence d'une exception, il ne pourra pas en tenir compte et devra condamner le défendeur, malgré l'injustice de cette sentence.

Cette règle est en contradiction avec l'esprit des législations modernes. Elle attache aux formes une importance qu'elles ont perdue. Elle équivaut presque à un retour aux formules sacramentelles des peuples primitifs. Le Code allemand a conservé le principe du Droit romain (2) ; ce qui se comprenait dans la procédure formulaire, ce dont on pouvait admettre la survivance dans les phases postérieures de cette législation par la force de l'habitude et de la routine, n'aurait pas dû trouver place dans une loi nouvelle et moderne. J'ai signalé dans le chapitre V cette empreinte de Rome sur l'Allemagne dans le domaine juridique, l'imitation presque servile avec laquelle l'une a copié l'autre ; on en trouve ici une preuve frappante.

On a bien essayé de justifier cette règle par des rai-

(1) Cosack, t. I, p. 279 ; Crome, t. I, p. 183.
(2) Hölder, p. 123 et 124.

FUNDAMENTEA CAROLI UNIVERSITATIS

sons tirées de la nature même des exceptions, on a dit : Puisque l'exception repose sur des faits autres que ceux qui fondent la demande, le juge n'en est pas saisi ; il n'en peut tenir compte que si le défendeur les soumet à son appréciation (1).

Un tel raisonnement ne mérite pas que l'on s'arrête à lui. Il est bien certain que jamais un législateur ne l'a tenu ; tandis qu'il est tout naturel de copier ce que les générations précédentes ont fait. D'autre part, les exceptions se rattachent souvent aux faits générateurs du rapport juridique aussi étroitement que certains moyens de défense : entre l'inexécution par le demandeur de sa propre prestation dans un contrat synallagmatique et l'accord des parties se trouve un lien aussi intime qu'entre la reconnaissance d'une dette et son paiement ; néanmoins le juge tiendra compte d'office du paiement moyen de défense et non de l'inexécution de la prestation du demandeur, qui est pour le défendeur une simple exception.

Aucune disposition de Code n'énonce expressément la règle que les exceptions doivent être invoquées. Cependant il n'y a sur ce point aucune divergence d'opinion entre les jurisconsultes allemands. Deux arguments très sérieux écartent toute possibilité de controverse.

C'est d'abord la formule dont se sert le législateur

(1) Abegg, p. 9 et s.

pour indiquer l'existence d'une exception dans une hypothèse déterminée : « *der Verpflichtete ist berechtigt, die Leistung zu verweigern* » = « l'obligé est autorisé à refuser la prestation » (1). Elle implique bien un acte, une intervention de la part du débiteur ; il faut qu'il refuse d'accomplir ce qu'on lui demande.

L'autre raison est la tradition. Le Droit commun avait conservé la théorie romaine. Si le législateur de 1900 avait voulu innover, il l'aurait dit expressément. Son silence sur ce point est absolument décisif (2).

§ III

Le droit allemand, à l'imitation des législations romaine et française, distingue les exceptions péremptoires *(ausschliessenden Einreden)* et les exceptions dilatoires *(aufschiebenden Einreden)*.

A ces dernières appartiennent, par exemple, les exceptions fondées sur un droit de rétention *(zurückbehaltungsrecht)* ou sur l'inexécution par l'adversaire du devoir lui incombant *(Einrede des nicht erfüllten Vertrags)*. L'article 202 en énumère plusieurs.

On peut citer entre autres exceptions péremptoires, le droit pour le donateur de ne pas exécuter la donation promise, s'il en devrait résulter pour lui une misère complète (art. 519) ; ou quelques droits qui dans cer-

(1) Article 222. Voir plus haut p. 55.
(2) Abegg, p. 17.

taines circonstances ne peuvent plus servir de fondement à une demande en justice, mais valent encore comme défense (art. 478) (1).

Sans étudier ici — ce n'en serait pas le lieu — la nature intime de ces diverses sortes d'exceptions et leurs conséquences, il me suffira de dire que leurs effets pratiques sont les mêmes qu'en Droit français : les unes dispensent le débiteur d'une exécution immédiate de son obligation, et les autres l'en libèrent définitivement.

(1) Crome, t. I, p. 184 et s.

CHAPITRE VIII

De l'Action (Anspruch) (1)

SECTION I. — Qu'est-ce que l'Anspruch ?

Titre I. — Introduction

Le mot *Anspruch* (2) se lit presque dans chacun des articles que le Code consacre à la prescription extinctive.

C'est une très vieille expression, remise en honneur par Windscheid, et que le Code de procédure civile d'abord, le Code civil ensuite lui ont emprunté.

L'*Anspruch* correspond à peu près à l'*actio* du Droit

(1) Voir sur l'*Anspruch* : Traduction, p. 256 et s. : note sous l'art. 194. — Windscheid, t. I, p. 155 et s. — Brinz, t. I, p. 251 et s. — Kuhlenbeck, t. I, p. 71 et 72, p. 549 et s. — Crome, t. I, p. 178 et s. — Cosack, t. I, p. 252. — Endemann, t. I, p. 32 et s. — Dernburg, t. I, p. 106 et s. — Klemck, p. 14 et s. — Zitelmann, p. 23. — Planck, t. I, p. 48. — Motifs, t. I, p. 280 et s., notamment 291. — Saleilles, p. 106.

(2) *Anspruch*, pluriel *Ansprüche*.

romain (1). Mais il est très difficile de s'en faire une idée nette. Si le mot est ancien, la signification qu'on lui donne est nouvelle ; aucune langue, suivant M. Dernburg, n'en renfermerait une traduction satisfaisante (2) ; ce serait donc une notion propre au Droit allemand. Windscheid dit expressément que les Romains ne la connaissaient pas (3).

La définition qu'en donne le Code est défectueuse. Les travaux préparatoires ne l'éclairent pas : ils semblent indiquer seulement que le législateur de 1900 n'a pas adopté en tous points le sens que Windscheid avait donné à cette expression (4).

Par ailleurs il ne paraît pas contestable que la notion de l'*Anspruch* soit par elle-même des plus délicates à saisir.

Aussi malgré la portée d'esprit de Windscheid et la rigueur de la terminologie du Code, cette conception juridique est très loin d'être précisée et les controverses les plus vives se livrent à son sujet.

Tout le monde s'accorde pour reconnaître que le Code civil n'a pas conservé au mot *Anspruch* le sens que lui avait donné le Code de procédure (5). Nous n'étudierons, bien entendu, que la nouvelle acception donnée à ce terme par le législateur de 1900.

(1) Brandis, p. 4. — Windscheid, t. I, p. 160.
(2) Dernburg, t. I, p. 106.
(3) Windscheid, t. I, p. 160.
(4) Kuhlenbeck, t. I, p. 553.
(5) Eck, t. I, p. 213.

Le dictionnaire allemand-français de MM. Sachs et Villate, véritable œuvre d'érudition, traduit le mot *Anspruch* par " prétention ", " exigence " et il lui attribue un sens juridique correspondant.

M. Meulenaere, auteur d'une traduction française du Code allemand, rend ce terme par " droit ", " réclamation " ou " action " suivant les cas (1). M. de La Grasserie, dans la collection des Codes étrangers, le traduit soit par " droit ", soit par " créance " (2). Dans la belle traduction annotée du Code civil allemand entreprise sous les auspices de la Société de Législation Comparée, c'est le mot " prétention " avec un sens intermédiaire entre " droit " et " action " qui correspond toujours au mot *Anspruch* (3). La partie générale du Code, où ce terme revient avec fréquence, notamment à propos de la prescription, y est l'œuvre de M. Saleilles. Sa compétence toute particulière en Droit allemand, autant que la valeur de l'ouvrage et les soins dont il a été entouré, doivent faire attacher la plus grande importance à cette traduction.

Dans le cours de cette première section, qui a pour objet de préciser la nature de l'*Anspruch*, j'emploierai ce mot lui-même, et non pas l'une de ces traductions.

(1) MEULENAERE, art. 194 et s. ; voir la note sous l'article 194.
(2) LA GRASSERIE, art. 194 et s.
(3) TRADUCTION, art. 194 et s. ; voir p. XXXI-XXXV, XLI ; p. 257, note § I.

Il s'agit précisément de déterminer les rapports exacts de l'*Anspruch*, avec ces diverses expressions ; comment se servir de l'une d'elles ? Elle risquerait d'ailleurs d'évoquer dans l'esprit des idées étrangères à la notion d'*Anspruch* ; je dois d'autant plus l'éviter que je serai amené à formuler des critiques contre le mot *Anspruch* et le sens qui lui est attribué.

Sans doute, dans ce chapitre d'une compréhension pénible, garder le terme allemand est imposer une difficulté de plus au lecteur. Qu'il veuille bien m'en excuser. Je devais avant tout éviter les confusions. Il voudra bien penser "action" toutes les fois qu'il verra "*Anspruch*" ; il aura ainsi une notion certainement assez voisine de l'*Anspruch* pour comprendre, mais action dans un sens peut-être légèrement différent de celui dans lequel nous employons d'habitude ce terme. Je me servirai donc du mot *Anspruch* comme d'une abréviation pour remplacer toute une périphrase « action dans le sens qu'il faut lui donner pour traduire exactement *Anspruch* ».

Titre II. — Recherche de la notion d'Anspruch

§ I. — *Recherche dans le Code*

Le Code définit l'*Anspruch*, dans le premier alinéa de l'article 194 : « *Das Recht von einem Anderen ein Thun oder ein Unterlassen zu verlangen* » = « le

droit d'exiger d'une autre personne un acte ou une abstention ».

Cette formule est parfaitement claire ; la notion qu'elle évoque est absolument celle de notre droit personnel.

La lecture des articles qui suivent renforce cette impression. La liste d'*Anspruch* donnée par les articles 196 et 197 n'est qu'une longue série d'exemples de créances.

Seul l'article 221 surprend ; il y est parlé de « *dinglicher Anspruch* » ; que peut bien être « un droit personnel de nature réelle » ? D'après la définition du Code l'*Anspruch*, contrairement à notre Droit réel, n'est jamais dirigé contre un bien, mais toujours contre une personne ; son but n'est pas une chose, mais un acte ou une abstention ; ce n'est donc jamais de sa destination que l'*Anspruch* tirera ce caractère réel qu'il peut avoir quelquefois, aux termes de l'article 221. Ce ne peut être que de son origine.

L'*Anspruch* naîtrait donc parfois d'une chose, ou plus exactement — car une chose ne saurait créer aucune faculté juridique — d'un droit réel.

Ce devient une conception singulière que celle d'un droit personnel issu d'un droit réel. Ce dernier ne comprend que deux éléments : le titulaire du droit et le bien sur lequel porte le droit. L'*Anspruch*, au contraire, comme le droit personnel, implique un titulaire du droit, un obligé et une prestation, deux éléments qui ne se retrouvent pas dans le droit réel. Il faut donc l'inter-

vention d'un tiers pour que l'*Anspruch* se dégage du droit réel.

En présence de cette conception confuse et abstraite, qu'aucun exemple ne vient éclairer, on éprouve le besoin de se reporter aux travaux préparatoires.

§ II. — *Recherche dans les travaux préparatoires.*

Dans le Troisième Projet de Code, celui soumis au Parlement (*Entwurf in der Fassung der Bundesrathsvorlagen*), les textes des futurs articles 194 et 221 se retrouvent identiques à ce qu'ils sont aujourd'hui, sous les numéros 189 et 216. Ils avaient déjà la même rédaction, sous les numéros 161 et 186 dans le Second Projet du Code civil (*Entwurf — Zweite Lesung*).

La Seconde Commission, réunie pour la confection du Code, ne s'est occupée d'aucun de ces textes, ni de la théorie de l'*Anspruch*, dans les délibérations qu'elle a tenues pour modifier le Deuxième Projet et en faire le Troisième.

Dans les discussions, au contraire, qui ont précédé la rédaction du Deuxième Projet, elle s'est longuement occupée de tous ces points (1). Ce sont donc ces délibérations qui ont fixé définitivement le sens légal du mot *Anspruch*. Il importe de préciser les bases sur lesquelles ces débats se sont élevés.

(1) Procès-verbaux, t. I, p. 194-201.

Le Premier Projet (*Entwurf — Erste Lesung*), dans dans l'article 154, qui est devenu l'article 194, définissait l'*Anspruch* presque dans les termes du Code: « *Das Recht einer Person, von einem Anderen eine Leistung zu verlangen* » = « le droit pour une personne d'exiger d'une autre une prestation ». L'article 221 avait déjà, sous le numéro 181, à peu près sa rédaction actuelle : « *Gelangt eine Sache, in Ansehung deren ein auf einem Rechte an derselben beruhender Anspruch begründet ist, ...* » = « Si une chose, relativement à laquelle existe un *Anspruch* fondé sur un droit réel sur cette chose, parvient ..... ».

La définition originaire de l'*Anspruch* n'éclaire donc rien. Le texte primitif de l'article 221 montre seulement qu'un *dinglicher Anspruch* est bien un *Anspruch* issu d'un droit réel; mon raisonnement était donc juste, et si nous n'avons pas encore la solution de la difficulté, du moins savons-nous que le problème est bien posé.

Les Motifs qui accompagnent ce Premier Projet vont nous renseigner enfin d'une façon sérieuse ; ils définissent eux aussi l'*Anspruch*, mais dans une autre formule que celle du Code : « *Unter Anspruch wird das Recht in seiner Richtung gegen eine bestimmte Person verstanden, vermöge dessen von derselben eine gewisse Leistung — die zur verwirklichung des Rechtes erforderliche Handlung oder Unterlassung — verlangt*

werden kann » (1) = « Par *Anspruch* on entend le droit dirigé contre une personne déterminée, droit grâce auquel on peut exiger d'elle une certaine prestation — à savoir l'acte ou l'abstention nécessaire à la réalisation du droit. »

Cette nouvelle définition est moins simple que celle du Code, mais elle est parfaitement claire. « *Le droit dirigé contre une personne déterminée* », c'est l' " action ". Mais ce terme, en français, a deux sens : tantôt il désigne l'instance, le procès : il relève alors de la procédure ; on dit par exemple " intenter une action ". Tantôt il désigne le droit envisagé au point de vue de sa déduction possible en justice : il relève alors du Droit civil ; un créancier déclarera " qu'il a une action contre son débiteur " en dehors de tout procès en cours. La formule : « Le droit dirigé contre une personne déterminée » pourrait correspondre à ces deux acceptions du mot " action ". Mais la deuxième partie de la phrase « droit grâce auquel on peut exiger d'elle une certaine prestation » ne laisse aucun doute : c'est l' " action ", prise dans son sens civil, que définissent de façon très nette les Motifs.

Il existe en Droit allemand un type d'action dont nous ne trouvons que de rares exemples en Droit français. Ce sont les " actions en reconnaissance " ou " en

(1) Motifs, t. I, p. 291.

détermination de droit " : les *Feststellungsklagen* (1). Elles supposent qu'une personne titulaire d'un droit quelconque, veut se mettre à couvert contre toute contestation possible. Et alors, sans adversaire immédiat, sans contestation actuelle, elle prend les devants et demande à la justice de reconnaître son droit. L'intérêt pratique en est sans doute assez rare, mais les auteurs allemands y attachent une importance capitale.

Ce sont des actions réelles dans l'acception la plus stricte du terme, puisqu'elles n'impliquent pas nécessairement un défendeur ni même un obligé. La personnalité d'un adversaire possible n'y joue presque aucun rôle. Leur objet immédiat est un bien ou un droit, et non pas une prestation. Elles ne constituent pas des *Ansprüche* ; les Motifs le déclarent expressément (2).

Par opposition aux *Feststellungsklagen*, actions essentiellement réelles, on pourrait dire que tout ce que nous appelons en France des actions constitue des actions personnelles ; elles tendent en effet à obtenir un acte ou une abstention ; elles ne sont pas dirigées directement contre un bien, corporel ou incorporel, mais contre une personne. Ainsi l'action du propriétaire en revendication d'un meuble est personnelle, si son droit n'est pas contesté et s'il se borne à exiger une res-

(1) Article 256 (ancien article 231) du Code de procédure civile allemand. Voir : RÉPERTOIRE DU SIREY, *verbo* « Action en justice », numéros 305-311. Voir aussi : TRADUCTION DU CODE ALLEMAND DE PROCÉDURE CIVILE, p. 236, note 1.

(2) MOTIFS, t. I. p. 291.

titution de l'objet qu'on lui refuse. En effet, il demande alors un acte de la part du défendeur, la remise entre ses mains du bien litigieux.

Je dirai donc que, d'après les travaux préparatoires, l'*Anspruch* est une action personnelle, le terme " action " étant pris dans son sens civil et le mot " personnelle " dans l'acception spéciale qui vient d'être précisée.

Nous savons maintenant comment un droit réel peut donner naissance à un *Anspruch*. C'est quand la conduite d'un tiers est telle qu'elle donne action contre lui au titulaire du droit réel ; en sorte que celui-ci se fondant sur son droit réel d'une part, sur la conduite du tiers d'autre part, peut en exiger une prestation quelconque, telle que la réparation par lui du dommage causé ou le libre exercice, sans empêchement de sa part, d'un droit de passage.

On appellera donc *persönlicher Anspruch*, l'*Anspruch* né d'un droit personnel ; et *dinglicher Anspruch*, l'*Anspruch* né d'un *droit réel*. Mais il serait absolument inexact de croire que le premier a pour objet une prestation, le second la reconnaissance d'un droit réel. L'un comme l'autre ont pour objet une prestation ; ils ne diffèrent que par leur origine.

En fait, l'*Anspruch* réel tendra généralement à exiger de l'obligé une abstention ; l'*Anspruch* personnel lui demandera un acte positif. Mais ce sont toujours

des prestations (art. 194). Et en outre cette règle n'a rien d'absolu : quand un propriétaire réclame la restitution d'un objet, il vise à obtenir un acte positif de son adversaire ; quand le vendeur d'un fonds de commerce s'interdit l'établissement dans le quartier d'une maison rivale, l'*Anspruch* personnel de l'acquéreur tend à une prestation négative de l'obligé, à son abstention (1).

Il y a donc une différence entre la notion de l'*Anspruch* d'après le Code, même selon le Premier Projet et la notion qui résulte de l'étude des Motifs. D'après le Code, l'*Anspruch* est un droit personnel, d'après les Motifs il constitue une action personnelle *lato sensu*, au sens civil du mot.

Sans doute on peut entendre la formule de l'article 194 dans un sens plus large que celui qui vient tout d'abord à l'esprit d'un Français. On peut y faire rentrer la prétention que le titulaire d'un droit réel tire à la fois de son droit et de l'acte d'un tiers, et qui vise ce tiers. Ce n'est pas absolument la conception française du droit personnel, mais c'est une notion en elle-même parfaitement claire, parfaitement juste, et dont la pratique offre sans cesse chez nous des exemples.

Mais il y a une différence irréductible entre l'*Anspruch* du Code et celui des Motifs. Le premier est un

(1) Sur les *dinglichen* et *persönlischen Ansprüche*, voir WINDSCHEID, t. I, p. 155 et s. et ENDEMANN, t. I, p. 32.

droit, un *Recht* ; l'autre n'en est pas un ; il est le droit envisagé sous un certain point de vue, dans une de ses manifestations, c'est-à-dire quelque chose qui a avec le droit de très grands rapports, mais qui n'est pas tout à fait le droit lui-même. On pourrait croire que le droit est l'être et que l'*Anspruch* en est la manifestation.

Les Motifs insistent sur cette distinction, entre l'*Anspruch*, suivant leur conception, et le droit ; ils la font ressortir, toucher du doigt, et, en même temps, ils paraissent la regretter ; lorsque, en fait, elle n'est plus visible, ils semblent ne la plus vouloir reconnaître en théorie. « *Das obligatorische Recht eschöpft sich in dieser persönlichen Richtung, es geht auf in dem Anspruche oder in den Ansprüchen, welche es erzeugt. Das dingliche Recht erstreckt sich über den aus ihm erwachsenen dinglichen Anspruch hinaus, das Erlöschen des letzeren lässt das Recht selbst unberührt* (1). = « Le droit de créance s'anéantit dans ce mouvement vers une personne, il se fond dans l'*Anspruch* ou dans les *Ansprüche* auxquels il donne naissance. Le droit réel s'étend au-delà de l'*Anspruch* réel né de lui, et l'extinction de cet *Anspruch* est sans influence sur l'existence du Droit lui même. »

Le Droit est donc bien autre chose que l'*Anspruch* puisque un droit peut être la source de plusieurs *Ansprüche*, puisque l'anéantissement de l'*Anspruch* n'en-

(1) Motifs, t. I, p. 291.

traîne pas toujours celui du droit, puisqu'en matière personnelle (au sens français du mot) c'est la naissance même de l'*Anspruch* qui épuise le droit. En sorte que l'*Anspruch* personnel ne serait qu'une métamorphose du droit personnel et l'*Anspruch* réel une production du droit réel, ou plus exactement : les droits relatifs deviennent des *Ansprüche*, les droits absolus leur donnent naissance sans se fondre en eux.

Ce n'est pas à dire qu'il y ait deux types différents d'*Ansprüche* ; le Code et les travaux préparatoires ne contiennent qu'une seule formule ; il ne peut lui correspondre qu'une seule catégorie d'*Ansprüche*. Cette différence dans les rapports de l'*Anspruch* au droit ne peut avoir sa source que dans la différence de nature qui existe entre le droit personnel et le droit réel.

Il y a cependant un texte des Motifs qui permet peut être de concilier les deux notions de l'*Anspruch* ; mais au prix de quelles conséquences ! L'*Anspruch* ne sera pas autant un « droit » que semble le dire le Code ; et il se distinguera d'autre part de « l'action », contrairement à ce que laissent entendre les textes cités des travaux préparatoires. En faussant légèrement chacune des conceptions, on les fera coïncider ; mais le résultat en sera une conception bien étrange : l'*Anspruch* ne sera ni un droit, ni une action ; ce sera une notion intermédiaire.

Voici le passage : pour désigner la prescription extinctive, on hésitait entre plusieurs expressions.

Celle de *Reschtsverjährung* = « prescription des droits » fut écartée parce qu'elle semblait soumettre à la prescription les droits réels ; celle de *Schuldverjährung* = « prescription des dettes » le fut parce qu'elle ne comprenait que les créances ; celle de *Klageverjährung* = « prescription des actions » subit le même sort parce qu'elle semblait faire porter la prescription plutôt sur les éléments d'ordre procédural. Celle d'*Anspruchsverjährung* fut admise parce qu'elle échappait à toutes ces critiques (1). C'est donc que le mot *Anspruch* a un sens intermédiaire entre ceux de *Recht* (droit) et *Schuld* (dette) d'une part, et d'autre part celui de *Klage* (action).

Devant la Seconde Commission de très nombreux amendements furent présentés à propos de l'*Anspruch*. Les uns demandaient que le Code ne définit pas l'*Anspruch* (2), les autres l'employaient dans un sens différent de celui qu'avait fixé la Première Commission (3). Toutes ces propositions furent repoussées (4). Le grand nombre de significations du mot *Anspruch*, *(bei der Vieldeutigkeit des Wortes " Anspruch ")* a nécessité une définition, disent les procès-verbaux des séances ; et ils ajoutent que la question n'est pas de

(1) Motifs, t. I, p. 289 et 290.
(2) Procès-verbaux, t. I, p. 199, amendement 1 *a*), et p. 200.
(3) *Id.* p. 199, amendement 1 *b*).
(4) *Id.* p. 200 et 201.

savoir si des *Ansprüche* doivent être soumis à la prescription mais si « le droit pour une personne d'exiger d'une autre qu'elle fasse ou laisse faire et ce droit seulement » (1) doit être soumis à la prescription ; « quant à désigner ce droit par *Anspruch* ou d'une autre façon c'est d'une importance secondaire » (2).

La Seconde Commission n'a donc pas supprimé les difficultés qui subsistaient après les premiers travaux. Il reste acquis que le mot *Anspruch* doit être entendu dans un sens très précis et très étroit, et que les actions en reconnaissance ne constituent pas des *Ansprüche* puisque la formule « *die Ansprüche auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses* » — « les *Ansprüche* en reconnaissance de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport juridique » de certain amendement (3) n'a pas été admise.

Mais la commission reconnaît que le mot *Anspruch* a par lui même plusieurs sens et, en somme, que celui choisi est à peu près arbitraire. Elle le définit comme le Code lui-même et en même temps elle semble vouloir maintenir sans altération la signification donnée par la Première Commission.

La situation est donc absolument la même que lors du

(1) « *Das Recht einer Person von einem Anderen ein Thun oder Lassen zu verlangen und zwar nur dieses Recht* ». *Id.* p. 201.

(2) « *Ob man dieses Recht mit dem Worte "Anspruch" oder in anderer Weise bezeichne, sei von untergeordneter Bedeutung* » *Id.* p. 201.

(3) *Id.* p. 199 amendement 1, *b*/ 1.

Premier Projet et les difficultés qui en résultent et que j'ai mentionnées subsistent entières.

§ III. — *L'Anspruch selon Windscheid.*

Windscheid est le créateur de la notion moderne de l'*Anspruch*. Il serait tout naturel de chercher chez lui quelques éclaircissements. Malheureusement les paroles prononcées à la Seconde Commission enlèvent toute sûreté cette méthode : puisque le mot *Anspruch* a été pris dans une acception arbitraire, pourquoi serait-ce celle de Windscheid qui aurait précisément été adoptée.

Chez ce jurisconsulte, l'*Anspruch* et le droit ne se confondent pas.

« L'*Anspruch*, dit il, c'est le droit lorsqu'il tend à se soumettre une volonté humaine » (1). C'est sensiblement la conception que l'on retrouve dans les Motifs.

Malheureusement sur d'autres points le désaccord apparaît. Les Motifs, avons-nous vu, considèrent le droit réel comme renfermant quelque chose de plus que les *Ansprüche* qu'il produit, puisqu'il leur survit. Windscheid semble ne voir en lui au contraire que la somme de ces droits (2). On comprend dans ces conditions que M. Kuhlenbeck ait pu dire que les travaux

(1) « *Der Anspruch ist nichts, als das Recht in seiner Richtung auf die Unterwerfung menschlichen Willens* ». WINDSCHEID t. I. p. 477.

(2) *Id.* p. 156.

préparatoires ne prouvaient qu'une chose, à savoir que le législateur n'avait pas adopté absolument la théorie de Windscheid (1).

Sur un point très précis la conception de Windscheid diffère de celle du Code lui même ; pour la première l'*Anspruch* naît toujours en même temps que le droit (2) pour le second il en est différemment (3).

Si le législateur s'écarte donc de la théorie de Windscheid, c'est pour éloigner, plus que ne le fait le jurisconsulte, l'*Anspruch* du droit. En d'autres termes la véritable conception de l'*Anspruch* en Droit allemand nous est fournie par les travaux preparatoires plutôt que par la lettre même des textes. L'*Anspruch* n'est pas un droit. Le Code a eu tord de le définir le « droit d'exiger » « *das Recht zu verlangen* ». Cette formule ne tient aucun compte de son caractère essentiel : sa tendance, son mouvement latent contre l'obligé. L'*Anspruch* diffère du droit comme se distingue d'un corps l'un de ses aspects ou peut être même l'une de ses émanations.

§ IV. — *L'Anspruch et le Recht.*

Chaque faculté juridique peut d'autre part être envisagée à deux points de vue. On peut la considérer en elle-même pour en fixer les conditions de naissance et

(1) Kuhlenbeck. t. I, p. 553.
(2) Windscheid, t. I, p. 476 et 477.
(3) Voir plus loin : la section II de ce chapitre.

d'extinction, pour en déterminer l'étendue. Elle peut être envisagée de l'extérieur ; elle se manifeste alors sous forme de devoirs imposés soit à quelques personnes déterminées soit éventuellement à tout le monde.

Un physicien dirait que le droit est la faculté juridique considérée à l'état statique et que l'action est la même faculté envisagée à l'état dynamique.

Déjà chez Windscheid les deux expressions ne sont pas synonymes, les deux notions ne s'identifient pas. Mais le Code accentue encore la distinction. Pour le pandectiste l'action est plus absorbée dans le droit qu'elle ne l'est aux yeux du législateur ; ce dernier lui donne une personnalité plus grande. Il voit en elle une production du droit, Windscheid y voit un aspect du droit.

Considérons, par exemple, une batterie électrique. Elle semble inoffensive ; elle contient cependant en elle-même toute sa force. Qu'un contact se produise et l'étincelle, invisible jusque là mais présente à l'état latent, jaillit. De même le droit se révèle par l'action à tous ceux qui entrent en rapport avec lui. Windscheid et le Code sont d'accord sur ce point ; mais le premier considérerait l'étincelle comme une partie de la batterie, comme de la même essence qu'elle ; l'autre y verrait une émanation d'elle et d'une autre essence qu'elle.

Quelle que soit celle de ces opinions qu'ils préfèrent, les jurisconsultes allemands s'accordent, pour ne pas

identifier l'*Anspruch* avec le droit d'une part, l'action d'autre part.

Titre III. — Définition de l'Anspruch

§ I. — *Définitions diverses*

Des ouvrages qu'il m'a été donné de consulter, seul celui de M. Endemann, pour définir l'*Anspruch*, se borne à reproduire l'article 194, sans le faire suivre d'aucune rectification (1).

Tous les autres jurisconsultes donnent au contraire de l'*Anspruch* des définitions qui plus ou moins, dans la forme seulement ou dans le fond, diffèrent de celle du Code.

Pour M. Cosack : « L'*Anspruch* est le droit dans son rapport avec une personne déterminée qui occupe par rapport à lui la situation d'obligé » (2).

Selon M. Crome, il faut distinguer l'*Anspruch* en Droit civil et l'*Anspruch* en procédure ; le premier est : « L'aptitude juridique (faculté) à agir, c'est-à-dire la faculté (de Droit civil) d'exiger d'une autre personne

(1) Endemann, t. I, p. 32.

(2) « *Der Anspruch ist das Recht in seiner Beziehung auf eine bestimmte Person, die dem Rechte als Verpflichteter gegenübersteht.* Cosack, t. I, p. 252.

une certaine prestation (un acte ou une abstention) » (1).

Cette définition a besoin d'un commentaire, tant à raison de la forme dans laquelle elle est rédigée, qu'à cause des termes employés.

D'une façon générale, les écrivains allemands usent beaucoup des parenthèses. Il y enferment parfois un mot dont l'expression qui précède n'est qu'une périphrase ; ainsi « l'aptitude juridique (faculté). . » signifie que l'auteur entend par faculté, l'aptitude juridique... ; c'est la méthode employée par le Code, quand il veut définir un terme.

D'autres fois ils y inscrivent une explication complémentaire, destinée à préciser le sens d'un mot ; souvent nous ne pouvons rendre la chose en français que par toute une phrase. Voici, par exemple, le sens des simples mots : « la faculté (de Droit civil) ».

Quand une personne formule une réclamation, ses chances de succès peuvent être envisagées au point de vue du Droit civil, ou au point de vue de la procédure ; pour qu'elle triomphe, il faut d'abord que son droit soit né, ne soit pas éteint, qu'aucune exception ne le paralyse ; il faut aussi que son exercice ne soit pas soumis à certaines formalités qui auraient été omises ou à l'observation de certains délais qu'on aurait laissé

(1) « *Die rechtliche Zuständigkeit (Befugniss) zum Anspren, also die (materiellrechtliche) Befugniss von einem Anderen eine gewisse Leistung (ein Thun oder Unterlassen) zu verlangen.* Crome, t. I, p. 178.

passer, formalités et délais imposés par les lois de la procédure. Si l'on ne conçoit pas que la faculté d'exiger une prestation existe selon le Code de procédure sans exister d'après le Droit civil, il est parfaitement possible que le contraire se rencontre. Pourvu que le demandeur réalise les conditions d'ordre purement civil, il aura la faculté d'agir, au sens que M. Crome attache à ce mot. — En écrivant « une certaine prestation (un acte ou une abstention) », cet auteur a voulu préciser de même la signification du mot « prestation » ; il indique qu'il entend, par ce terme, aussi bien un acte positif qu'une abstention.

Le mot *Anspren* n'est qu'un infinitif pris comme substantif. C'est le verbe qui correspond au substantif *Anspruch*. Dire par conséquent qu'une action *(Anspruch)* est la faculté d'agir revient à définir par lui-même le mot dont on veut préciser le sens ; aussi était-il nécessaire de définir à son tour ce qu'était la « faculté d'agir » et c'est l'objet de la partie essentielle de la formule.

On peut toujours formuler une réclamation, même injustifiée et en l'absence de tout argument. C'est là une faculté dont il est impossible de priver qui que ce soit. Mais ce n'est pas dans cette acception que M. Crome entend ce mot ; il explique en note qu'un droit effectif, dont l'existence est réelle et qui ne consiste pas en une simple allégation doit être le fondement de cette faculté (1)

(1) CROME, t. I, p. 178.

Il faut enfin remarquer que les mots : « *einem Anderem* » = « un autre » ne sont pas explétifs et sont plus précis que nos expressions « autrui » ou même « un autre » ; cette dernière n'aurait d'ailleurs aucun sens en l'espèce : il est bien évident qu'on ne se réclame pas une prestation à soi-même et qu'on ne peut l'exiger que d'autrui.

Bref, on rendrait sensiblement la pensée de M. Crome par cette phrase : « L'*Anspruch* est la faculté d'exiger d'une personne déterminée, en vertu d'un droit, et abstraction faite des conditions de procédure, un acte ou une abstention ».

Pour M. Dernburg, l'*Anspruch* est « la faculté, selon le droit civil, d'obtenir par une demande en justice qu'un droit à une prestation sorte à effet ; c'est-à-dire le droit, abstraction faite des conditions de procédure, de réclamer en justice une prestation » (1).

M. Zitelmann, dans son ouvrage sur la partie générale du Code, rédigé sous forme de tableaux synoptiques, reproduit l'article 194, alinéa 1, et ajoute : « *Anspruch also* = *Anspruchsrecht* » = « Ce que le Code entend par *Anspruch* c'est le droit à l'*Anspruch* » (2).

(1) « *Die materiellrechtliche Befugniss, ein Recht auf eine Leistung durch Klage zu erzwingen, also das materielle Recht zur Klage auf eine Leistung* ». DERNBURG, t. I, p. 107.

(2) ZITELMANN, p. 23.

Quant à M. Kuhlenbeck, adversaire irréductible de la création de Windscheid, sa définition est une critique énergique de cette notion : « L'*Anspruch*, si du moins ce mot désigne quelque chose d'intelligible, est le droit bien déterminé d'intenter un procès, c'est-à-dire de formuler une demande précise » (1). Il n'y a pas, en effet, à traduire les deux mots *individuelle* et *subjective* ; ils constituent un pléonasme, ainsi d'ailleurs que le manifeste la présence d'une parenthèse ; et ils n'ont d'autre but que d'opposer ce droit déterminé, dont un certain individu est titulaire, au droit en général de former une demande en justice, tel qu'il appartient à tous les citoyens d'un Etat.

§ II. — *Définition que je propose*

Je me permettrai de hasarder, de l'*Anspruch*, les définitions suivantes. C'est, dans la conception de Windscheid : "la faculté, abstraction faite des empêchements qui pourraient naître de la procédure, d'exiger d'autrui un acte ou une abstention ". — C'est, d'après le Code : " la faculté, abstraction faite des empêchements qui pourraient naître de la procédure, d'exiger d'une personne, à raison des circonstances, un acte ou une abstention ".

(1) « *Anspruch ist also, wenn es überhaupt etwas Fassbares bezeichnen soll, das ganz concrete, individuelle (subjective) Recht auf Klaganstellung, bezw. auf einen bestimmten Klagantrag* ». KUHLENBECK, t. I, p. 554.

J'ai tenu à supprimer, dans les deux formules, le mot « droit », bien que ce soit le terme employé par Windscheid, avec un correctif il est vrai, et par le Code. J'en ai donné plus haut la raison longuement : l'*Anspruch* n'est pas identique au droit. Le mot « faculté » m'a paru répondre le mieux à ce qu'est l'*Anspruch* ; ce terme a, par son caractère vague, l'avantage en outre de conserver l'indétermination où se trouve le Droit allemand sur la nature intime de l'*Anspruch*.

Dans les deux définitions se retrouve la phrase « abstraction faite des empêchements qui pourraient naître de la procédure ». L'inobservation d'un délai de procédure, l'omission d'une formalité du même ordre, qui paralysent en fait l'action, sont sans influence sur son existence. C'est une notion de pur Droit civil.

Les termes « exiger » et « un acte ou une abstention » ne me paraissent pas nécessiter de commentaire. Ils sont parfaitement simples et les notions qui leur correspondent se retrouvent identiques dans la conception qu'a eu Windscheid de l'action et celle qu'en a eu le législateur de 1900. Ce n'est pas à dire, bien entendu, qu'ils n'aient fait l'objet d'aucune étude. M. Hölder par exemple s'est longuement demandé ce qu'il fallait entendre par « exiger » (*verlangen*) (1). Ce mot ne me paraissait pas présenter tant de difficulté, et l'intérêt, même théorique et abstrait, de cette discussion m'a complètement échappé.

(1) Hölder, p. 8 et s.

L'*Anspruch* ne naît du droit que quand on envisage celui-ci dans ses effets envers l'obligé ; les deux définitions proposées marquent ce point de vue, l'une, par « autrui », l'autre, par « une personne ». Ces deux expressions ne sont pas absolument synonymes ; la première est plus vague que la seconde ; cette différence est voulue. La définition de Windscheid renferme, à ce point de vue, une indétermination que l'on ne peut guère rendre en français : « *die Unterwerfung menschichen Willens* », c'est la soumission de la volonté humaine en général, non pas de toutes les volontés, non pas d'une volonté déterminée, mais d'une quelconque ; c'est la soumission de volonté humaine, au singulier, simple qualificatif que je remplacerais par un adjectif, s'il existait. Le Code, au contraire, précise davantage ; c'est la prestation d'une personne déterminée qu'il vise ; « *von einem Anderen* » dit-il, et non pas d'une personne encore indéterminée, *von Anderem*, comme il aurait mis s'il avait adopté la théorie de Windscheid. C'est pour renforcer cette idée que j'ai ajouté dans l'une des formules « à raison des circonstances ». Le Code n'admet pas l'action implicite, comme Windscheid ; il faut, selon lui, quelque chose de plus que la simple existence du droit, quelque chose qui précise l'objet du droit et la personne de l'obligé, pour que l'action existe à son tour ; c'est ce quelque chose, variable et sujet à controverse, que j'ai essayé de rendre par les mots : « à raison des circonstances ».

TITRE IV. — CONCLUSION

§ 1. — *L'Anspruch c'est l'action.*

De toute l'étude que je viens de faire, me paraît résulter que l'*Anspruch* n'est pas autre chose que l' "action" dans le sens où le Droit civil français entend ce terme. Je ne vois entre elles aucune différence sérieuse. On peut en effet, sans inconvénient, négliger les actions en reconnaissance (*Feststellungsklagen*) que notre Droit ignore pour ainsi dire. Les quelques divergences qui se rencontrent portent sur des points de détail, et tiennent à la règlementation qui varie forcément d'un pays à l'autre, non point à la notion de l'*Anspruch*, ou proviennent de conceptions propres à l'auteur qui les signale, et ayant leur source non dans le Code mais dans la puissance d'analyse et la subtilité merveilleuses, pour ne pas dire excessives, de l'esprit germanique.

Quelques jurisconsultes allemands inclinent vers cette opinion. Du vivant de Windscheid, sa création avait été très attaquée. Ces critiques se sont reproduites pendant la confection du Code (1). Aujourd'hui encore l'*Anspruch* ne manque pas d'adversaires. Les uns, trop respectueux du Code pour écrire leur pensée sur ce point, la réservent aux conversations dont aucune trace ne demeure que dans le souvenir des audi-

(1) PROCÈS-VERBAUX, t. I, p. 200. Voir aussi BRANDIS, p. 3.

teurs ; d'autres l'écrivent avec une franchise parfaite : M. Kuhlenbeck est du nombre.

Sa définition de l'*Anspruch* est d'une ironie violente : « L'*Anspruch*, si du moins ce mot désigne quelque chose d'intelligible... (1). » Ailleurs il plaisante Windscheid « d'avoir considéré le droit absolu comme une somme d'*Ansprüche* » ; il juge cette idée « d'une si folle scholastique, qu'il peut à peine concevoir qu'elle ait été émise » : « Parce que l'*actio* « jaillit » du droit, dit-il, il faut bien qu'elle y ait été contenue, comme l'étincelle dans un caillou. Mais il ne viendra jamais à la pensée d'un minéralogiste de définir un caillou la " somme " d'un nombre indéterminé " d'étincelles " qui peuvent jaillir contre chaque personne ou contre « quelques-unes » (2) ».

M. Hölder, dans son étude précitée, paraît aussi admettre l'identité de l'action (au sens civil du terme) et de l'*Anspruch*. Il dit en effet que le Code n'a substitué le mot *Anspruch* au mot *Klage* (action) que parce que ce dernier était employé en droit civil et en procédure et que le législateur a voulu séparer nettement les do-

(1) Voir plus haut, p. 82.

(2) « *Ein absolutes Recht... als eine « Summe » von " Ansprüchen " zu bezeichnen, dünkt mir ein so ungesunder scholastischer Gedanke zu sein, dass ich kaum verstehen kann, wie er zu stande kam... Denn weil die " actio " aus dem Rechte « entspringt », muss sie natürlich zuvor darinnen gesteckt haben, wie der Funken im Kieselsteine. Es wird aber wohl niemals einem Mineralogen einfallen, einen Kieselstein als " Summe " unbestimmt vieler " Funken " die gegen Jedermann oder « Niemanden nicht » entspringen können, zu definiren* » KUHLENBECK, t. I., p. 554.

maines respectifs de ces deux formes de l'activité juridique, ce dont d'ailleurs il le blâme plutôt (1).

§ II. — *Opinion contraire des jurisconsultes allemands.*

Mais ce sont là des exceptions. La plupart des auteurs allemands veulent voir dans l'*Anspruch* une notion propre à leur droit, une création du génie national. La ramener à une conception simple, admise par d'autres législations, leur paraît une profanation. Il faut qu'aucun peuple ne l'ait conçue, qu'aucune langue ne puisse l'exprimer de façon satisfaisante (2). C'est une notion intermédiaire entre le droit et l'action.

§ III. — *Critique de la conception allemande.*

La notion ainsi précisée par les rédacteurs du Code et par la majorité de leurs interprètes me paraît impossible à concevoir ; non seulement pour nous, français, à l'esprit foncièrement clair, façonné par le Droit romain presque brutal en sa limpidité, mais même pour des Allemands ; non seulement pour des personnes étrangères à la science du Droit, mais même pour de profonds jurisconsultes. Je crois qu'il n'existe rien et qu'il ne peut rien exister, à quoi s'applique, avec rigueur et dans son intégralité la formule de l'*Anspruch*.

(1) Holder, p. 1 et s.
(2) Voir plus haut, p. 61.

1

N'en est-ce pas déjà une preuve que de voir affirmer qu'aucune langue étrangère ne peut exprimer cette notion ? N'est-ce pas un peu d'orgueil que de se croire capable de concevoir ce dont aucun peuple ne pourra trouver l'expression.

N'envisageons que la langue française. Personne ne conteste sa précision et sa clarté; sous la plume d'un écrivain habile, elle rend les nuances de pensée les plus fines; elle possède la richesse que donnent des siècles d'usage, l'emploi dans le monde entier, l'adaptation répétée et parfaite à toutes les branches de l'activité humaine. Elle a été créée par un peuple qui a plus d'un lien de parenté avec les races germaniques, dont la conscience juridique a été, comme la leur, façonnée par le même Droit romain, dont la législation vient de s'appliquer un siècle dans une grande partie de l'Allemagne. Est-il possible que cette langue ne puisse pas rendre une conception allemande quelconque ?

Passe encore s'il s'agissait d'une institution pratique dont les détails de réalisation varient à l'infini, qu'aucune expression ne la traduise parfaitement : les rouages de la société ne s'inventent que lorsque les circonstances en font sentir le besoin. Mais l'*Anspruch* serait une notion simple, c'est-à-dire non complexe; abstraite et par conséquent dégagée de toute contingence pratique ; qui se rattacherait immédiatement à l'une des idées les plus anciennes et les plus étudiées, l'idée de droit.

Je crois donc ne rien exagérer en disant : si ce que le législateur allemand veut que soit l'*Anspruch* ne se peut exprimer en aucune langue, autre que la sienne, c'est que rien ne peut répondre à ce désir, et qu'il doit s'abuser lui-même sur le résultat que produisent en se combinant les diverses pensées qu'il juxtapose.

2

Mais examinons directement la notion que le législateur a cru concevoir. L'individu doué d'une culture générale mais sans adaptation spéciale distingue le droit et l'instance, comme il différencie une créance et le paiement auquel elle donne lieu. Mais il ne conçoit pas ce qu'est l'action. Dans notre Droit moderne, elle est déjà une abstraction ; peut-être à parler franchement n'est-elle rien du tout. Elle n'existe que par le droit, ne se manifeste que par l'instance, n'a pas d'existence propre. Elle est peut-être un simple mot, commode pour désigner un point de vue spécial auquel l'on se place.

Il en était autrement à Rome où certains droits n'étaient pas sanctionnés ; l'*actio* était alors quelque chose de concret ; nous avons pris le mot et laissé la chose. La meilleure preuve en est que toujours l'on peut remplacer le mot " action " soit par le mot " droit ", soit par le mot " instance ", en modifiant au besoin un peu la construction de la phrase. Il est probable que sans le Droit romain la langue juridique française n'aurait pas connu le mot " action ".

Admettons néanmoins l' " action " puisqu'elle a une existence historique. Mais comment intercaler encore quelque chose entre l'action et le droit ? Cela ne se peut point — et les Allemands n'y sont pas parvenus.

3

Avant le Code, le mot *Klage* (action) revenait très souvent dans leurs ouvrages juridiques. C'était tantôt avec un sens qui le rattachait au Droit civil : on disait *Klagenverjährung*, comme l'on écrit aujourd'hui *Anspruchsverjährung* (prescription extinctive). D'autre fois ce mot désignait une instance : *eine Klage erheben* signifie " commencer un procès " ; il relevait alors du Code de procédure.

Aujourd'hui le mot *Klage* se retrouve encore avec la seconde de ces acceptions, mais on ne le rencontre plus avec la première. Le mot *Anspruch* a pris partout sa place. La chose n'aurait pas eu lieu si l'*Anspruch* et la *Klage* (sens civil) avaient désigné deux notions distinctes. La substitution de l'un de ces mots à l'autre prouve qu'ils coïncident en fait et que les jurisconsultes allemands eux-mêmes n'ont pas pu concevoir la distinction qu'ils affirment exister entre l'*Anspruch* et l'action.

M. Hellwig est parvenu, il est vrai, à distinguer nettement l'*Anspruch* de l'action. Mais il n'est pas arrivé pour cela à l'individualiser : tandis que la géné-

ralité des auteurs l'assimile, en fait, à l'action ; il me semble l'avoir identifié avec le droit ; pour lui, l'*Anspruch* n'est pas autre chose que l'obligation envisagée au point de vue de l'ayant droit.

Son opinion est d'autant plus à considérer, qu'il a écrit un ouvrage entier sur les rapports de l'*Anspruch* et de l'action et que l'on estime qu'il a pénétré la pensée du législateur, qu'il a approuvé sa conception de l'*Anspruch* et qu'il y est resté fidèlement attaché (1).

M. Hellwig commente l'article 194 par ces mots : l'*Anspruch* est « *das Recht eine* " *Leistung* " *zu fordern* » = « le droit d'exiger une " prestation " ». Cette formule est celle par laquelle l'article 241, auquel l'auteur renvoie expressément, définit l'obligation (*Schuldverhältniss*). Il ajoute que le droit d'*Anspruch* (*Anspruchrecht*) et le droit de créance (*Forderungsrecht*) sont une seule et même chose, qu'ils s'identifient l'un avec l'autre. Enfin, selon lui, deux motifs ont empêché que le Code emploie le terme *Forderung* (créance) au lieu du mot *Anspruch* : l'influence de Windscheid, qui s'est servi de cette dernière expression ; et l'habitude de désigner par *Forderung* les droits personnels par opposition aux droits réels, au lieu des droits personnels dans le sens général de droit à une prestation (2).

On voit que l'idée d'action, c'est-à-dire de pour-

(1) Holder, p. 2.
(2) Hellwig, p. 5 et s.

suites possibles, de réalisation du droit, manque complètement dans la conception de M. Hellwig.

M. Eck, enfin, pour prendre un dernier exemple, en fait, tantôt distingue l'*Anspruch* et l'action et tantôt est obligé de reconnaître qu'ils se confondent.

Dans son cours, publié par M. Leonhard, on lit, en effet :

« En parlant de prescription des *Ansprüche*, le Code a seulement créé un nouveau nom pour la vieille prescription des actions, quoique l'*Anspruch* qui se prescrit ne soit pas une action, mais un droit à rattacher au Droit civil et non pas à la procédure » (1).

Ainsi donc la prescription des actions et la prescription des *Ansprüche* sont une seule et même chose ; mais les actions et les *Ansprüche* sont deux choses différentes. Il me semble voir, dans cette phrase, la preuve que M. Eck veut maintenir, par respect pour le Code, une distinction que le législateur lui-même n'a pu observer.

Pour la mieux affirmer, il est d'ailleurs amené aussitôt à l'exagérer et à identifier l'*Anspruch* avec le droit ; il déclare, en effet, que par la prescription « seule la possibilité de déduire en justice l'*Ans-*

(1) « *Mit der neuen Anspruchsverjährung ist jedoch nur ein neuer Name für die alte Klageverjährung geschaffen, wenn auch der verjährende Anspruch keine Klage, sondern ein materielles Relativrecht ist.* » Eck, t. I, p. 203.

pruch s'éteint, seule l'action se prescrit » (1), l'action serait donc la possibilité de déduire l'*Anspruch* en justice, l'*Anspruch* serait le droit lui-même.

§ IV. — *Conclusion*

En voulant observer des distinctions trop subtiles certainement, auxquelles même je crois rien de réel ne correspond, les jurisconsultes allemands n'ont pu édifier une conception stable de l'*Anspruch*. Les trois exemples cités (élimination du mot *Klage* au sens civil par le mot *Anspruch*, théorie de M. Hellwig, théorie de M. Eck), le prouvent et M. Dernburg le constate avec quelque déception : « Il n'y a pas le moindre accord, dit-il, sur ce que le Code entend par l'*Anspruch* pris dans son sens civil » (2).

Je n'ai donc pas été téméraire en critiquant l'introduction de ce terme dans la langue du Droit, en refusant d'admettre la notion qu'on voudrait lui faire représenter, et en le traduisant tout simplement par le vieux mot d'action, pris dans son sens civil et abstraction faite des actions en reconnaissance de droit (*Feststellungsklagen*).

Quand j'aurai à désigner un *Anspruch*, c'est tou-

(1) « *Also ist nur die Verfolgbarkeit des Anspruchs untergegangen, nur die Klage verjährt.* » *Id.* p. 205.

(2) « *Keineswegs besteht aber Einverständniss darüber, was das B. G. B. unter Anspruch im civilrechtlichen Sinne versteht.* » DERNBURG, t. I, p. 107.

jours par le mot " action " que je le ferai à l'avenir, réservant l'expression d' " instance " pour exprimer l'action envisagée au point de vue de la procédure, c'est-à-dire pour traduire le mot *Klage*, procès.

SECTION II.

Rapports de l'action avec le droit dont-elle est issue.

Toutes les actions ont la même nature, puisque le Code les comprend dans la même formule de l'article 194 ; qu'elles tirent leur origine d'un droit personnel ou d'un droit réel, leur objet est toujours un acte ou une abstention de la part de l'obligé.

Mais les rapports des actions avec les droits qui les engendrent varient suivant la nature de ces droits. On ne peut appliquer les mêmes règles ni quant au moment de leur naissance, ni quant aux liens qui les rattachent, suivant que les actions proviennent d'un droit réel (les allemands les appelent actions réelles : *dinglische Ansprüche*) ou d'un droit personnel (on les nomme : *persönliche Ansprüche*).

§ 1. — *Nombre d'actions auxquelles un droit peut donner naissance.*

L'action implique un titulaire du droit, un obligé, un objet qui est une prestation de l'obligé. Si donc un droit permet à son titulaire de réclamer plusieurs prestations, il pourra donner naissance à plusieurs actions puisqu'aux termes de l'article 194 l'action est le droit d'exiger " une " prestation. Ce droit engendrera pas ailleurs autant d'actions qu'il y a de personnes obligées ; puisque, selon le même texte, l'action est le droit d'exiger une prestation " d'une " personne déterminée (1).

Un droit absolu pourra donc être la source d'un nombre infini d'actions, puisqu'il s'impose à tout le monde. La chose n'a jamais fait doute. Un droit relatif, au contraire, n'engendrera le plus souvent qu'une seule action puisqu'il ne comporte qu'un seul obligé.

Cette remarque a conduit les auteurs allemands à rapprocher beaucoup l'action et le droit en matière personnelle, à les identifier presque, à déclarer qu'ici la distinction entre ces deux notions n'est guère que théorique tandis qu'elle se manifeste de façon tangible en matière réelle (2).

C'est aller je crois un peu trop loin. Au point de vue

(1) Hölder, p. 15 et s.

(2) Windscheid, t. I, p. 497 ; Planck, t. I, p. 48 ; Crome, t. I, p. 520 ; Klemck, p. 15.

qui nous intéresse en ce moment, les rapports de l'action au droit qui la produit me paraissent à peu près identiques, que ce droit soit absolu ou relatif.

La pluralité des obligés est une exception sans doute en matière personnelle ; mais elle se rencontre néanmoins assez souvent, et chaque fois le droit engendre plusieurs actions : qu'il y ait par exemple deux débiteurs, solidaires ou conjoints, du droit de créance naissent deux actions (1). Quand l'obligation se décompose en plusieurs prestations, à chacune d'elles correspond une action spéciale ; supposons une dette payable dans cinq ans avec versement annuel d'intérêts, il y a en tout six prestations (cinq paiements d'arrérages, un paiement de capital) donc six actions. Enfin les deux éléments peuvent se combiner ; pluralité d'obligés, pluralités de prestations ; le nombre des actions sera égal au produit du nombre des obligés par le nombre des prestations. En fondant ensemble les deux exemples donnés, on arrive à une hypothèse, très simple et d'un type bien fréquent, où un droit personnel engendre douze actions.

Le législateur a d'ailleurs prévu ce résultat, puisque les travaux préparatoires parlent de « l'action ou les actions nées d'un droit personnel » (2).

Malgré tout il est bien certain que si le nombre des obligés d'un droit personnel peut arriver à être assez

(1) Cosack, t. I, p. 253.

(2) « ... *In dem Anspruche oder in den Ansprüchen, welche es [das obligatorische Recht] erzeugt* ». Moties, t. I, p. 291.

considérable, il reste renfermé dans des limites fort étroites quand on le compare à la foule immense de ceux auxquels s'impose le respect d'un droit réel quelconque.

Mais par contre le nombre d'actions qu'un droit personnel — tout comme un droit réel d'ailleurs — peut engendrer à raison de son objet est infini ; il y a tant de manières de manquer à une obligation ! Un tailleur par exemple peut fournir un vêtement en retard, ou en étoffe de mauvaise qualité, ou cousu de façon défectueuse, ou à un prix plus élevé que celui qui était convenu. A chacun de ces manquements répondra une réparation différente : dommages intérêts, confection d'un nouveau vêtement, réparation des malfaçons, obligation de renoncer au solde du prix ; tout autant de prestations qui seront l'objet d'actions différentes, et dont le client peut être amené à réclamer plusieurs à la fois.

Ajoutez à cela que chacun des manquements signalés peut exister à des degrés divers, se manifester à plusieurs reprises et l'on devra bien reconnaître que droits personnels et droits réels peuvent être la source d'un nombre illimité d'actions.

Si l'on me permet d'employer le langage des mathématiques, je dirai : le nombre des actions auxquelles un droit absolu peut donner naissance est infini à un double titre, à raison des obligés, à raison des objets, c'est un infini du second degré ; le nombre des actions qu'un droit relatif est susceptible d'engendrer est limité

quant aux obligés, il est infini quant aux objets, c'est un infini du premier degré.

§ II. — *Quand naît l'action.*

Aucune disposition expresse du Code ne dit quand naît l'action. La difficulté est donc grande pour l'établir, à raison de la subtilité de cette notion et des controverses qui règnent à son sujet.

1

Windscheid en restaurant le mot d'*Anspruch* a édifié une théorie complète de la notion juridique qu'il y rattachait. Il a notamment fixé le moment où naît l'action ; la naissance du droit et celle de l'action sont toujours concomitantes, selon lui (1). Cette règle, si simple, s'applique en toutes circonstances : qu'il s'agisse de droits réels ou personnels, de droits purs et simples ou dont un terme diffère l'exécution.

Un droit ne se conçoit pas sans un obligé, au moins éventuel et indéterminé. Comme l'action est précisément, pour Windscheid, l'aspect que prend le droit à l'égard de l'obligé, il est naturel que les existences de ces deux concepts soient intimément liés.

Point n'est besoin, dans ces conditions, que le débiteur refuse le paiement pour que l'action naisse ; il est

(1) Windscheid, t. I, p. 476, 477.

tenu avant l'échéance comme après. Mais dans le premier cas, l'obligation ne sort pas encore à effet ; dans le second, elle atteint le débiteur ou peut l'atteindre, sous la forme d'un procès. S'il s'agit de droits absolus, opposables à toutes personnes, comme le droit de propriété par exemple, l'action ne prend corps, contre une personne déterminée, que le jour où celle-ci, par la violation du droit, s'est en quelque sorte individualisée. Mais auparavant le droit renfermait déjà en puissance cette action. L'action existe donc avant même qu'il soit possible de savoir contre qui elle sera dirigée.

2

On ne peut pas étendre au Code cette théorie. Le législateur allemand n'admet d'action que contre une personne parfaitement désignée, individualisée. Tant que cette détermination n'a pas eu lieu, l'action ne saurait exister. Le texte de l'article 194 est formel ; la prestation doit être exigée : « *von einem Anderen* » = « d'une autre personne déterminée ». Tout le monde est d'accord sur ce point, et je ne connais pas une seule opinion divergente (1).

Mais cela suffit. Le Code n'exige aucune autre condition, on ne doit pas suppléer à son silence et en créer arbitrairement.

Voici, par exemple, un droit personnel pur et simple :

(1) CROME, t. I, p. 509. — KLEMCK, p. 14.

Primus vend son cheval à Secundus; l'action de Secundus naît en même temps que son droit, puisque aussitôt le titulaire, la prestation et l'obligé sont parfaitement déterminés. Sur ce point, la théorie du Code et celle de Windscheid conduisent au même résultat.

Quand il s'agit de droit absolu, ces deux systèmes diffèrent profondément l'un de l'autre. Le jurisconsulte fait naître l'action en même temps que le droit; le législateur ne lui reconnaît d'existence que du jour où l'un des innombrables obligés s'est séparé de la masse des autres, en sorte que le propriétaire, par exemple, puisse dire : c'est contre telle personne que j'ai le droit d'agir. L'interdiction générale à toute personne de troubler le titulaire du droit n'est pas encore une action.

La violation du droit absolu détermine la personne de l'obligé, comme le demande le Code. Alors seulement l'action existe. Le droit allemand n'admet pas d'action implicite.

Mais il importe beaucoup de ne pas confondre avec un droit absolu, un droit relatif qui impliquerait, d'une personne déterminée, une abstention, sous prétexte qu'un droit absolu exige, en général, de tout le monde une abstention aussi. On aboutirait à de grossières erreurs. Supposons un négociant qui vend son fonds de commerce et s'interdit d'établir dans le quartier un établissement rival. Du jour du contrat l'acquéreur a contre lui une action pour le contraindre à respecter sa promesse. Sans doute, le vendeur ne l'a pas encore violée, l'action est donc sans utilité immédiate ; mais elle

est constituée puisque tous les éléments en sont réunis, bien coordonnés et déterminés : le demandeur, le défendeur, l'objet.

Ce même acquéreur a droit à ce que personne n'accomplisse à son encontre d'acte de concurrence déloyale. Mais ici l'action n'est pas née, aussi longtemps qu'un tel acte n'est pas commis : le sujet seul de l'action est connu auparavant, ni le défendeur, ni même son objet précis ne peuvent l'être.

L'action, dans le second cas, naît donc plus tard que dans la première hypothèse ; elle pourra même ne jamais exister.

Pour qu'une action naisse, il faut donc et il suffit : d'abord qu'existe le droit dont elle jaillira, ensuite que les trois éléments dont elle est composée (titulaire, obligé, objet) soient déterminés. Ces conditions sont en général réalisées dès qu'existe un droit personnel, elles impliquent, au contraire, la violation des droits réels.

Il n'est pas nécessaire à l'existence de l'action que l'obligé refuse d'accomplir la prestation qu'on lui demande. Primus met un objet en dépôt chez Secundus : il a le droit de l'en retirer aussitôt ; par conséquent, dès que le dépôt est effectué se rencontrent tous les éléments qu'impliquent une action : un droit, le droit pour le déposant de reprendre son bien ; un titulaire, le déposant ; un obligé, le dépositaire, qui doit res-

tituer; une prestation, la restitution de l'objet. L'action existe donc dès que le dépôt a eu lieu (1).

On ne saurait pas exiger non plus que le titulaire du droit puisse l'exercer. Peu importe qu'il s'en trouve empêché par un obstacle de fait ou de droit; peu importe même qu'il ignore l'existence de son droit ou de son action ; celle-ci n'en existe pas moins. Le Code dit, en effet, que l'obligé et sa prestation doivent être précis, déterminés ; il n'exige pas qu'il soient connus. La victime d'un vol a une action, même si elle ne sait pas qui est le voleur, si elle ne sait pas qu'on lui a dérobé quelque chose ; la personne du coupable, pour inconnue qu'elle soit, se trouve très déterminée, et la prestation est précise également, c'est la restitution de l'objet volé (2).

3

D'un droit soumis à une modalité suspensive, ne peut pas naître une action. Mais ce n'est pas que l'exécution en soit différée, c'est parce que le droit lui-même n'existe pas. Le Droit français reconnaît cet effet à la condition ; le Droit allemand l'attribue à la condition et au terme (3).

Il ne faudrait pas cependant se figurer qu'il ne se rencontre jamais de droits qui existent d'ores et déjà, et dont la prestation soit cependant différée. Mais il

(1) Cosack, t. I, p. 256.
(2) *Id.* p. 256.
(3) *Id.* p. 189 et 194.

faut alors que les parties aient bien entendu ne pas soumettre la naissance du droit à la survenance d'un terme ; il faut qu'elles aient voulu établir ferme, dès maintenant, l'existence de ce droit, arrêtant seulement d'accord commun un délai pour son exécution (1).

Dans de telles circonstances l'action existe avant l'échéance.

M. Crome semble ne pas admettre cette faculté pour les parties, de créer un droit qui existe dès maintenant mais dont l'exécution néanmoins soit différée ; il paraît considérer comme absolue la règle que les modalités suspensives reculent la naissance du droit et croire que ce principe ne peut subir aucune dérogation : « Exiger, dans le sens de l'art. 194, signifie — écrit-il — " exiger actuellement ". En matière de droits relatifs il ne peut être question d'action que si l'obligé doit accomplir " immédiatement " sa prestation (2). »

Mais sans doute cette phrase ne doit pas être prise à la lettre, elle est écrite *de eo quod plerumque fit*. L'auteur a employé des termes trop généraux et qui ont trahi sa pensée, il n'a pas dû vouloir refuser aux parties toute faculté de déroger au principe. Il n'a pas pris

(1) TRADUCTION, note sous l'art. 163, p. 198 et s.

(2) « *Das Verlangen im Sinn des § 194 Abs. 1 ist ein präsentes Verlangen. Bei relativen Rechten kann daher gleichmässig von einem Anspruche erst dann die Rede sein, wenn der Verpflichtete " sofort " (unmittelbar) zu leisten hat.* » CROME, t. I, p. 509.

en considération l'hypothèse de parties qui voudraient différer seulement l'exécution ; la phrase suivante paraît bien le prouver : « Si le droit relatif est soumis à une condition ou à un terme, l'action naît seulement avec la réalisation de la condition ou la survenance du terme (1) », c'est le droit lui-même qui est soumis à une condition ou un terme et non pas l'exécution.

S'il en était autrement, et si M. Crome avait voulu dire que la suspension de l'exécution retarde toujours la naissance de l'action, sans exception possible, je n'hésiterais pas à condamner son système. Il ne le soutient, en effet, d'aucun texte, d'aucun argument, et une foule de considérations le condamnent.

Le Code ne dit nulle part que cette exécution immédiate est une condition nécessaire de la naissance de l'action. Les Motifs du Premier Projet ne la mentionnent pas (2) non plus que les Procès Verbaux de la Seconde Commission (3). MM. Cosack, Kipp, Endemann, Dernburg, Brandis, Zitelmann, Kuhlembeck, Planck, Léonhard sur Eck, dans leurs ouvrages maintes fois cités, n'en parlent pas.

Quant à M. Hellwig, il se prononce nettement contre cette opinion ; toutes autres conditions remplies, l'action existe selon lui dès que la prestation est due

(1) « *Ist das relative Recht bedingt oder befristet, so entsteht der Anspruch erst mit dem Eintritt der Bedingung oder Zeitbestimmung.* » CROME, t. I, p. 509.
(2) MOTIFS, t. I, p. 291.
(3) PROCÈS-VERBAUX, t. I, p. 194 et s.

(*geschuldet*) et avant toute échéance (*Fälligkeit*) (1). Ce n'est même pour cet auteur que l'application d'une règle plus générale : « L'existence d'une exception, pas plus que le défaut d'échéance, n'est un obstacle à la naissance d'une action » (2).

M. Hellwig a, je crois, absolument raison. Exiger pour la naissance de l'action que la prestation due soit arrivée à l'échéance me paraît contraire non seulement aux textes mais encore à la nature même de l'action.

La vérité est celle-ci : en principe le droit soumis à un terme suspensif n'existe pas encore ; mais la volonté expresse des parties peut déroger à cette règle, en sorte que le droit existe immédiatement et que son exécution seule — non pas sa naissance — soit différée. Dans ce cas, l'action naît avant la survenance du terme.

§ III. — *Indépendance de l'action à l'égard du droit.*

Quand l'action est née, elle vit d'une existence propre, souvent très distincte de celle du droit dont elle est issue. Cette indépendance se manifeste surtout en matière réelle.

Considérons un droit de propriété. Il existe, mais par lui seul il est incapable d'engendrer aucune action. Des

(1) HELLWIG, § 1.

(2) « *Ebensowenig, wie durch den Mangel der Fälligkeit wird die Existenz eines Anspruchs dadurch ausgeschlossen, dass ihm eine Einrede entgegensteht.* » HELLWIG, p. 8.

siècles pourront s'écouler sans qu'il se manifeste sous cette forme. Ce n'est pas, néanmoins, un droit à l'état latent, puisque son titulaire accomplit une foule d'actes, qui lui seraient interdits sans cette qualité, et en tire des profits variés.

Voilà toute une phase de l'existence du droit où il se développe sans qu'aucune action l'accompagne.

Mais qu'une personne trouble le propriétaire dans sa jouissance. Aussitôt de ce choc naît l'action. A peine existe-t elle, qu'elle peut être traitée séparément d'avec le droit.

Dans l'article 931 le Code en fournit un exemple. Une personne est en possession d'une chose, le propriétaire lui en veut transmettre la pleine propriété ; il lui suffit de céder au possesseur l'action en restitution de la chose, suivant les règles de la cession de créance (articles 398 et s.). La transmission de cette action constitue alors un élément du transfert de propriété ; le législateur envisage ce droit comme composé de la possession et de l'action en restitution ; la cession successive de ces deux facultés juridiques équivaut à la cession de l'ensemble.

L'action en restitution peut être cédée par le propriétaire sans que celui-ci se dessaisisse de son droit. Ce sera pour lui un moyen de constituer un gage aux mains d'un créancier. Primus a donné son cheval en location à Secundus, il veut emprunter à Tertius une somme d'argent, mais celui-ci réclame une sûreté ; Primus constituera son cheval en gage à Tertius en cédant

à celui-ci son action en restitution contre Secundus (articles 870, et 1205 alinéa 2, combinés) (1).

Le Droit français connaît des opérations juridiques comparables : dans certaines circonstances en effet une personne cède à une autre ses actions contre un tiers. Le garanti notamment agit de la sorte envers son garant.

(1) Sur ces divers points, voir HELLWIG, p. 31 et 32.

CHAPITRE IX

Nature de la prescription extinctive : Jusqu'à quel point est-elle d'ordre public

En Droit français, la prescription est une institution d'ordre public, en ce sens qu'on ne peut pas à l'avance renoncer à s'en prévaloir, ni soumettre son accomplissement à des conditions plus dures que celles indiquées par la loi (article 2220, Code civil).

Mais à tous les autres points de vue, cette institution est dépourvue de caractère impératif : le débiteur peut renoncer à la prescription, une fois que celle-ci est acquise ; et sa renonciation ne constitue pas une donation ; bien plus, la prescription ne lui profite que s'il l'invoque expressément, et le juge ne peut suppléer à son silence (article 2220 et 2223, Code civil).

Dans les courtes prescriptions ce caractère d'ordre public est encore plus atténué : elles ne constituent que des présomptions de paiement, et le créancier peut déférer le serment au débiteur qui les invoque (article 2275, Code civil).

Enfin le nombre est considérable des personnes en faveur desquelles le cours de la prescription est suspendu.

Au point de vue qui nous occupe en ce moment, le Code civil allemand conçoit la prescription à peu près comme le fait le Droit français. Il applique cependant d'une façon un peu plus complète le caractère d'ordre public qu'il reconnaît à cette institution.

SECTION I.

La prescription ne peut être, ni écartée, ni rendue plus difficile.

TITRE I. — ON NE PEUT RENONCER A L'AVANCE A LA PRESCRIPTION MAIS ON Y PEUT RENONCER DÈS QU'ELLE EST ACQUISE

Le texte fondamental en cette matière est l'article 225, le dernier de ceux relatifs à la prescription : « La prescription ne peut être exclue ni rendue plus difficile par acte juridique. Il est permis de la rendre plus facile et notamment d'en abréger le délai. »

Cette disposition est conçue en des termes si généraux qu'elle semble interdire toute renonciation à la prescription, qu'elle soit acquise ou non. Cette interprétation littérale est écartée par tout le monde ; il

n'est pas douteux que le débiteur ait le droit de renoncer à la prescription accomplie (1). L'article 2220 du Code civil français est la meilleure traduction que l'on puisse donner, sinon des paroles, du moins de la pensée du législateur allemand.

Comment, en effet, concilier l'interprétation contraire avec la nécessité d'invoquer la prescription pour qu'elle sorte à l'effet, ainsi que nous le verrons plus tard? Comment admettre que le législateur allemand ait renoncé à une tradition constante sans le déclarer d'une façon catégorique (2). Les travaux préparatoires sont décisifs : si la Seconde Commission ne s'est pas occupée de cette question (3), les Motifs disent expressément que l'on a voulu, en ce qui touche le caractère obligatoire de la prescription, suivre le Droit commun et les législations modernes ; or, une note de l'édition officielle des Motifs mentionne l'article 2220 du Code civil français parmi les textes auxquels les rédacteurs du Code ont songé (4).

Aucune forme solennelle n'est exigée pour renoncer à la prescription acquise ; la renonciation peut être même tacite (5). Il n'est pas nécessaire que le débiteur connaisse l'existence d'une prescription à son profit

(1) PLANCK, sous l'article 225, note 1. — COSACK, t. I, p. 251. — CROME, t. I, p. 507, 519 et s. — REGELSBERGER, p. 337.
(2) WINDSCHEID, t, I, p. 475 et note 5. — KUHLENBECK, t. I, p. 564. — REGELSBERGER, p. 335.
(3) PROCÈS-VERBAUX, t. I, p. 238.
(4) MOTIFS, t. I, p. 345 et 346.
(5) REGELSBERGER, p. 337.

pour qu'il puisse faire implicitement abandon de cette faveur ; sans doute ce ne sera pas une renonciation dans toute la rigueur des termes (1), mais ce sera une reconnaissance de dette, par exemple, un acte en tous cas régulier, valable, et sur lequel le débiteur ne pourra pas revenir (2).

TITRE II. — ON NE PEUT PAS RENDRE PLUS DIFFICILE LA RÉALISATION DE LA PRESCRIPTION.

L'interdiction de rendre la prescription plus difficile est le développement naturel du principe qui s'oppose à son exclusion. Le Droit commun n'avait pas hésité à proclamer déjà cette règle (3) et le législateur de 1900 l'a suivi (article 225).

Mais dans les articles 477, 480, 490, 638 et 801, il semble admettre diverses exceptions à cette règle. Il importe d'étudier de très près ces dipositions.

§ I. — *Etude des articles 477, 480, 490 et 638.*

1

Les articles 477, 480, 490 et 638 visent les actions en résiliation de marché, en réduction de prix, ou en

(1) REGELSBERGER, p. 337 et s.
(2) Art. 222, alinéa 2.
(3) WINDSCHEID, t. I, p. 475. — KUHLENBECK, t. I, p. 564.

dommages intérêts pour vice de la prestation. Suivant les circonstances, l'un ou l'autre de ces textes s'applique et, dit le code, l'action se prescrit (*verjährt*) dans un délai qui varie de six semaines à cinq ans. Mais, ajoute-t-il, « il est loisible aux parties de convenir de délais de prescription plus considérables » (1).

Ces textes correspondent aux dispositions de notre Droit sur les vices rédhibitoires. Mais le législateur français, mieux inspiré que celui d'Allemagne, a écarté dans ces espèces le mot de prescription. Le Code civil dit simplement : « L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires et l'usage du lieu où la vente a été faite (article 1648) » ; et l'article 1er de la loi du 2 août 1884 est ainsi conçu : « L'action en garantie dans les ventes ou échanges d'animaux domestiques sera régie, à défaut de conventions contraires, par les dispositions suivantes, sans préjudice des dommages et intérêts qui pourront être dûs s'il y a dol. »

2

On ne conçoit pas une obligation de garantie sans un délai qui en limite la durée d'existence. Celui qui a livré une marchandise ou effectué un travail ne peut

(1) « *Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden* » art. 477 et 638 ; les art. 480 et 490 renvoient à l'art. 477.

plus être raisonnablement tenu comme responsable passé un certain temps. Les vices de sa prestation se seraient manifestés plus tôt sans doute ; et d'autre part tant de causes extérieures ont agi sur son œuvre ou sur l'objet remis, qu'on ne saurait plus lui imputer sérieusement les défauts qui apparaissent. Comme ce délai varie suivant les circonstances, il n'y a que les parties qui puissent le fixer ; c'est un élément du contrat au même titre que le prix, par exemple.

Au contraire, l'ordre public n'est pas intéressé dans cette question. La stabilité des patrimoines, ni en général la possibilité d'une preuve, n'exigent pour leur sauvegarde des délais aussi courts que ceux prévus par les articles 477 et autres.

A un autre point de vue, l'on peut dire que la prescription se rattache à l'exercice des droits ; tandis que les délais dont nous nous occupons se rapportent à la naissance de l'obligation. Il faut que le vice apparaisse dans ces délais pour qu'une action soit permise ; le temps écoulé entre la naissance de l'action et sa déduction en justice est sans importance. C'est seulement le laps de temps total entre la vente et l'ajournement qui présente un intérêt quelconque. Il y a là une nouvelle différence entre les délais de prescription et ceux prévus dans les articles 477 et autres.

Les articles 481 et suivants fournissent un argument péremptoire en faveur du système que je défends.

Ils s'occupent des ventes d'animaux domestiques et des résiliations dont elles peuvent être l'objet par suite de vices rédhibitoires. Il y est naturellement question de délais ; ceux-ci sont dénommés " délais de garantie " (*Gewährfristen* — article 482 alinéa 1); et il est bien certain que ces délais sont de même nature que ceux dont il est question dans les articles 477 et autres

En effet, il s'agit d'actions du même genre dans les uns et dans les autres : les vices rédhibitoires ne sont qu'une catégorie particulière de vices de la prestation. Tous ces articles sont dans la même section du Code et portent des numéros voisins. Enfin l'un de ceux qui me servent de terme de comparaison, l'article 486, édicte précisément pour les cas dont il s'occupe la même règle que les articles 477 et autres : « Le délai de garantie peut être conventionnellement allongé ou restreint.»

Il n'y a entre les deux groupes d'hypothèses qu'une seule différence : les articles 482 et 486 visent seulement les ventes d'animaux domestiques, tandis que les autres textes sont d'une application générale. C'est une différence sans intérêt au point de vue qui nous occupe. Elle perd encore de son importance quand on observe que l'article 481 soumet partiellement aux articles 477 et autres les espèces animales que régissent les articles 482 et suivants, et que, en outre, la distinction entre les deux catégories est bien arbitraire : une vente de mou-

tons est régie par les articles 481 et suivants, une vente de chèvres par les articles 477 et autres ! (1).

Or les articles 482 et 486 appellent *Gewährfristen* = " délais de garantie ", les laps de temps dont ils s'occupent. Et comme si ce n'était pas assez de cette expression, l'article 486 stipule bien que le délai fixé par le législateur n'est qu'une présomption ; si les parties préfèrent une autre durée « le délai conventionnel *(vereinbarte Frist)* » prend la place du « délai légal *(gesetzliche Frist)* ». Ce dernier terme est à noter, c'est un simple " délai légal " qui s'oppose au " délai conventionnel ", et non pas un " délai de prescription " (*Verjährungsfrist*) qui est le mot technique et propre pour désigner le laps de temps à l'achèvement duquel la prescription est acquise (2).

Il n'y a donc aucun doute, dans les articles 481 et suivants, il n'est pas question de prescription, mais seulement de délais de garantie, et il en doit être de même dans les articles 477 et autres qui leur correpondent de tous points.

Un dernier argument très fort va nous être fourni par l'examen d'une question annexe.

L'article 195 décide que « le délai de prescription est en principe de trente ans ». Toutes les exceptions signa-

(1) Art. 481 *a contrario* et ACHILLES, note sous cet article.
(2) Voir, notamment, les articles 195, 203, 205...

lées par le Code, consistent en des délais de moindre longueur. Dès lors trente années constituent le laps de temps maximum que puisse nécessiter une prescription extinctive — abstraction faite évidemment de toute suspension dans son cours.

Comme les articles dont nous nous occupons en ce moment autorisent une prolongation des délais très brefs qu'ils fixent pour la pseudo prescription de quelques droit spéciaux, mais sans indiquer de maximum, la question s'est immédiatement posée de savoir si les parties pouvaient, d'un commun accord, porter à plus de trente ans ces délais. Les deux solutions ont trouvé des partisans ; tandis que Planck autorise une durée supérieure à ce chiffre (1), Crome ne l'admet pas (2).

J'incline vers la première de ces opinions. Il n'y a aucun motif de fait pour empêcher la stipulation de plus de trente années de garantie ; ce serait une atteinte toute gratuite au principe de la liberté des conventions. On ne saurait objecter l'article 195 ; ce serait une pétition de principes, il s'agit précisément de savoir si ce texte s'applique en l'espèce. D'ailleurs, les articles 477 et analogues et 481 et suivants que j'en ai rapprochés, sont des textes spéciaux ; aucune restriction ne peut être portée à leur application intégrale à raison d'un texte général ; en particulier à raison de l'article 195, à supposer que dans les articles 477 et analogues il s'agisse de prescription. Le législateur paraît, au sur-

(1) PLANCK, sous l'art. 477 note 5 (t. I, p. 258) et sous l'art. 638 note 9 (t. II, p. 378).

(2) CROME, t. I, p. 507 note 16 ; t. II, p. 474, note 10.

plus favorable aux longues garanties, puisqu'il permet expressément d'accroître les délais qu'il fixe. Enfin l'article 486 autorise l'augmentation de délais dont la longueur était à ce moment-là inconnue, et même dont la fixation incombait (aux termes de l'article 482, alinéa 2) au Bundesrath seul, en sorte que législateur accorde expressément le droit d'accroître des délais peut-être supérieurs par eux-mêmes à trente ans.

Cette solution admise, les laps de temps dont parlent les articles 477, 480, 490 et 638, ne peuvent être envisagés comme des délais de prescription. De par les dispositions expresses qui constituent ces textes, ils échappent déjà au principe formulé par l'article 225 : qu'on ne peut, par convention, rendre plus difficile que ne l'a voulu la loi, l'accomplissement de la prescription ; nous savons, maintenant, qu'ils peuvent dépasser trente ans ; ils contreviennent donc aussi à l'article 195 qui fixe à ce chiffre le temps maximum nécessaire à la prescription. En sorte que ces prétendus délais de prescription violeraient deux règles essentielles de cette institution juridique. C'est inacceptable.

Au contraire tout s'explique facilement si l'on admet qu'il s'agit de délais de garantie : il n'est plus dérogé ni à l'article 195, ni à l'article 225 ; il n'y a plus de contradiction entre l'article 486 et l'article 476 ; la liberté des conventions est respectée et il n'y a plus de confusion entre des délais qui précèdent la naissance d'une action et ceux qui la suivent.

L'emploi des expressions « prescrire » (*verjähren*) et « délai de prescription » (*Verjährungsfrist*) s'explique soit par une erreur du législateur — nul n'est infaillible — soit par l'attribution au mot *Verjährung* (prescription) d'un sens très large, en sorte que ce terme embrasse toute extinction de droits par l'effet du temps. Cet usage serait contraire aux habitudes du code, mais il ne serait pas étranger au génie de la langue allemande : Savigny le combat très vivement (1), c'est reconnaître sa fréquence. Le Code lui-même en donne d'ailleurs un exemple dans l'article 852, où le mot *verjährt* = " prescrit " désigne à la fois l'effet d'un délai de prescription et d'un délai préfix (2).

3

Les auteurs ne s'arrêtent pas en général sur ces dérogations apparentes au caractère impératif de la prescription. Ils ne critiquent pas la terminologie du Code dans les articles 477, 480, 490, 638 ; mais, embarassés sans doute par ces prétendues exceptions à un principe très général et très absolu, ils n'en donnent aucune explication ; c'est ainsi que M. Kipp, Kuhlenbeck, Cosack, Crome, Dernburg, pour ne signaler que ceux-là, mentionnent ces dispositions législatives sans les justifier (3).

(1) Savigny, t. V, p. 266.
(2) Voir plus loin chapitre X, section II, § II.
(3) Kipp, t. II, p. 663 ; — Kuhlenbeck, t. I, p. 564 ; — Cosack, t. I, p. 251, note 5 ; — Crome, t. I, p. 507, note 16 ; — Dernburg, t. I, p. 512.

Seul, M. Planck s'étend quelque peu sur cette question (1). Sans doute il ne condamne pas le législateur : comment aurait-il pu le faire, il fut membre des commissions qui ont élaboré le Code. Mais il entrevoit et signale qu'il y a quelques relations entre ces délais dits de prescription et les délais de garanties que stipulent les parties. Par ailleurs il tente de justifier ces dérogations à l'article 225 : « On tient ainsi compte, écrit-il, du besoin qui se manifeste souvent d'un délai de garantie plus considérable que les délais de prescription de l'article 477 » (2). Mais c'est là une explication bien médiocre ; d'autres hypothèses auraient été aussi dignes de cette faveur, néanmoins l'opportunisme du législateur n'a pas cru devoir la leur faire.

Le commentaire que donne M. Planck de l'article 477 est une nouvelle démonstration que les délais dont je m'occupe en ce moment se rattachent à la notion de garantie et non pas à l'idée de prescription ; le rapprochement que la force des choses l'amène à faire entre les délais de prescription et les délais de garantie en est une première preuve ; une seconde en est fournie par l'impossibilité où il se trouve de justifier convenablement les dispositions en question en y voulant voir de véritables délais de prescription.

(1) PLANCK, note 5 sous l'article 477 (t. II, p. 258).

(2) « *Der Absatz 1... gestattet... eine vertragsmässige Verlängerung der Verjährungsfrist. Es wird damit dem Bedürfnisse Rechnung getragen, welches sich in der häufigen Vereinbarung längerer sog. Gavantiefristen kundgiebt.* » *Id.*

4

Il me paraît donc juste d'affirmer que les articles 477, 480, 490 et 638 ne constituent pas des exceptions au principe posé dans l'article 195 : on ne peut, par convention, soumettre l'accomplissement de la prescription à des conditions plus rigoureuses que celles fixées par la loi.

C'est d'ailleurs, il faut bien le reconnaître, une des questions les plus délicates que celle des rapports entre les termes extinctifs et les délais de prescription. Windscheid en avait déjà été frappé (1), cependant la question était plus simple sous l'empire du Droit commun qui ne permettait absolument aucune dérogation conventionnelle aux règles sur la prescription ; et M. Kipp, son commentateur, revient aussi sur cette question (2).

§ II. — *Etude de l'article 801.*

La seconde exception que le Code aurait apporté au principe qu'on ne peut soumettre l'accomplissement de la prescription à des conditions plus rigoureuses que celles fixées par le législateur, est contenue dans l'article 801. Ce texte dispose : « L'action en paiement d'un billet au porteur s'éteint trente ans après l'é-

(1) Windscheid, t. I, p. 475, note 5.
(2) Kipp, t. I, p. 476.

chéance, si pendant ce laps de temps le titre n'a pas été présenté au souscripteur pour le paiement. Si cette présentation a eu lieu l'action se prescrit par deux ans à compter de l'expiration du délai de présentation..... Pour les coupons d'intérêt, de rente, de dividendes, le délai de présentation est de quatre ans... Le souscripteur peut fixer autrement dans le titre la durée .. du délai de présentation ».

Ici encore, il ne s'agit pas d'une véritable dérogation à l'article 225.

En effet l'article 801 parle de deux délais distincts : l'un qu'il appelle « délai de présentation » et qui est de trente ans quand il s'agit d'un capital, de quatre ans quand il s'agit de prestations périodiques ; l'autre qui est de deux ans. Il n'y a pas toujours place pour ce dernier ; on ne le rencontre que si l'effet a été présenté au paiement ; comme il ne commence à courir qu'à l'expiration du délai de présentation, et non pas du jour de la présentation, il faut en définitive pour que ce délai de deux ans s'emplace, à la fois qu'il y avait présentation du billet et que le paiement ne soit pas effectué dans les trente années qui suivent l'échéance.

Ces deux délais ne sauraient être l'un et l'autre des délais de prescription. Jamais deux délais de prescriptions ne s'ajoutent de cette façon. Ils diffèrent en outre trop l'un de l'autre pour posséder la même nature ; le texte qui nous intéresse déclare le premier variable au gré des parties, tandis que le second reste fixe ; par l'effet de l'un, le droit du créancier s'éteint (*erlischt*),

par l'effet de l'autre, il se prescrit (*verjährt*). Le délai de trente (ou quatre) ans est donc un délai préfixe, le second est un véritable délai de prescription (1).

On comprend dès lors que le Code les ait soumis à des règles différentes. Tandis que le paiement, c'est-à-dire l'exécution de l'obligation, effectué en temps voulu rend sans objet le délai de deux ans en sorte qu'il ne commencera même pas à courir ; le délai de trente ans ne voit pas son rôle atteint par un commencement d'exécution, la présentation du billet au souscripteur n'empêche pas la prescription biennale de ne commencer qu'à son expiration. Inversement la volonté des parties, toute puissante sur le premier, est sans effet sur le second.

L'article 801, pas plus que les articles 477, 480, 490 638, ne constitue donc une dérogation à l'article 225.

§ III. — *Conclusion.*

Le principe contenu dans l'article 225 est donc absolu il ne comporte aucune dérogation. En Droit allemand comme en Droit français, les parties ne peuvent soumettre la prescription de leurs droits respectifs à des conditions plus dures que celles prévues par le Code.

(1) PLANCK, sous l'art. 801, note 1 (t. II, p. 559). — CROME t, I, p. 508, note 6.

SECTION II

Les parties peuvent faciliter l'accomplissement de la prescription.

1

L'article 225 se termine par ces mots « Il est permis de la (la prescription) rendre plus facile, et notamment d'en abréger le délai ». En autorisant ainsi les parties à faire dépendre la prescription de leurs droits de clauses moins sévères que celles prévues dans les lois, le Code introduit une nouveauté dans la législation allemande.

En effet le Droit commun ignorait cette règle ; les dispositions de la loi relative à la prescription, ne pouvaient être modifiés par l'accord des parties ni dans un sens, ni dans l'autre. Telle était du moins l'opinion dominante (1).

Selon plusieurs auteurs cependant, les intéressés avaient le droit de fixer un délai après lequel le créancier ne pouvait plus faire valoir son titre, et de soumettre ce délai aux règles de la prescription en ce qui concernait son point de départ, sa suspension, son interruption, ses effets (2). C'était en somme une pres-

(1) KIPP. t. I, p 475 note 5 — KUHLENBECK. t. I, p. 564.
(2) KIPP t. I, p. 475 note 5.

cription moins le nom, à cela près que le laps de temps était moindre.

Il n'y avait donc plus qu'un pas à faire pour édicter la disposition finale de l'article 225. Il suffisait que le législateur permit d'accomplir directement ce que l'on réalisait par une voie détournée.

C'est donc une innovation considérable en théorie mais à laquelle ne correspond aucune nouveauté pratique ; tout au plus, une plus grande simplicité permettra-t-elle d'user moins rarement de cette faveur.

Cette modification des anciens principes est conforme à l'esprit de la législation allemande sur la prescription. Le Code a vu dans cette institution surtout un moyen d'assurer la stabilité économique, de faire cesser au plus vite les situations douteuses, de rendre définitive aussitôt que possible les situations de fait. En permettant aux parties de faciliter l'accomplissement de la prescription, le Code tend vers une réalisation encore plus complète de ces désidérata ; et puisque ce résultat ne sera atteint que s'il est voulu des parties elles-mêmes, qui seules en pourraient souffrir, la disposition finale de l'article 225 est sage, équitable et ne pouvait être que bien accueillie. C'est ce qui a eu lieu et tout le monde approuve cette innovation du législateur de 1900 (1).

(1) Cosack, t. I, p. 251.

2

Il faut bien se garder de voir dans l'article étudié l'application d'un autre principe que celui qui vient d'être précisé. Il marque l'intention du législateur de faciliter la prescription, il n'indique pas du tout qu'il en veuille augmenter le domaine.

Ce sont en effet deux choses absolument distinctes. Tandis qu'un changement dans les conditions nécessaires à la prescription est une transformation d'ordre secondaire, soumettre à l'action du temps un droit que le législateur a voulu y soustraire est un acte d'importance capitale ; on heurte de front les dispositions de la loi, on s'attaque à la nature même d'une conception juridique.

Les règles qui déterminent les délais de prescription, dans une moindre mesure celles qui déterminent leurs points de départ, d'autres encore, procèdent d'un simple opportunisme ; les créances dont l'objet consiste en des prestations périodiques, par exemple, s'éteignent en quatre ans, d'après le Code allemand (article 197), aucune raison décisive n'imposait ce chiffre, à l'exclusion du nombre trois ou du nombre cinq.

Au contraire, c'est une raison très profonde, d'ordre très élevé, qui a fait soustraire à la prescription certaines actions nées des rapports de famille (article 194, alinéa 2). Ce serait porter atteinte à quelque chose qui touche soit à l'essence du droit, soit à l'ordre public,

soit à l'un et à l'autre, que d'étendre le champ d'application de la prescription.

Aussi s'accorde-t-on à refuser aux parties le pouvoir de soumettre à la prescription les droits que le législateur a déclaré imprescriptibles (1).

SECTION III

Prescription et bonne foi

A Rome, le défendeur, pour invoquer valablement la prescription extinctive, n'avait pas besoin de croire en toute sincérité qu'il ne devait pas ou ne devait plus la prestation réclamée.

Le Droit canonique, au contraire, exigeait la bonne foi du prescrivant dans quelques hypothèses. A sa suite diverses législations modernes avaient, dans une mesure plus ou moins étendue, soumis à cette condition l'accomplissement de la prescription extinctive (2). Tel était le Droit prussien ; selon lui, l'obligation pres-

(1) PLANCK, art. 225, note 3 (t. I, p. 275).

(2) WINDSCHEID, t. I, p. 496 ; — COSACK, t.I, p. 263 ; — CROME, t. I, p. 512 et p. 512 note 27.

crite n'était que présumée éteinte (1), et il autorisait la preuve contraire : « Cette présomption peut être écartée seulement par la preuve complète que l'adversaire se refuse de mauvaise foi à accomplir l'obligation qu'il sait parfaitement subsister » (2).

Dans le Code civil allemand, la prescription extinctive ne dépend pas de la bonne foi de celui à qui elle profite. Nul texte formel n'écarte cette condition. Mais le silence du législateur ne laisse place à aucun doute (3).

Si d'ailleurs il en était besoin, les travaux préparatoires consolideraient cette interprétation.

L'article 182 du Premier Projet, devenu l'article 222 du Code était ainsi conçu : « Après l'accomplissement de la prescription, s'oppose à l'action du demandeur une exception qui en exclut l'exercice d'une façon perpétuelle... » (4). Cette rédaction diffère du texte actuel ; mais le sens est le même. Elle est conçue en termes

(1) DROIT PRUSSIEN, art. 568 du 9e titre de la 1re partie *(I. Theil, 9. Titel, § 568)*.

(2) *Id.*, art. 569 : « *Diese Vermuthung kann nur durch den vollständigen Beweis, dass der Andere unredlicher Weise, und gegen besseres Wissen von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit, sich der Erfüllung derselben entziehen wolle, entkräftet werden* ».

(3) KIPP, t. I, p. 496 ; — COSACK, t. I, p. 263 ; — CROME, t. I, p. 512 et p. 521 note 8.

(4) « *Nach Vollendung der Verjährung steht dem Anspruche eine Einrede entgegen, duch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen wird...* ».

généraux, qui ne réservent au créancier dans aucune hypothèse le droit d'arguer de la mauvaise foi de son débiteur.

La Seconde Commission, assemblée pour retravailler le Premier Projet, s'occupa de l'article 182. L'un de ses membres proposa une dérogation au principe que l'on venait d'admettre ; son amendement disait : « La prescription de l'une des actions mentionnées à l'article 156, comme la prescription de l'action qui, fondée sur le droit de propriété ou sur un droit réel, tend a rétablir dans l'avenir la situation correspondant au droit de propriété, ne peut pas être invoquée par l'obligé, si l'on peut prouver qu'il avait conscience que cet action existait » (1).

L'article 156 est devenu l'article 196. L'amendement proposait donc que le défendeur ne puisse opposer la prescription à certaines actions, notamment aux créances des fournisseurs (lesquelles s'éteignent par deux ans) que s'il était de bonne foi et croyait sincèrement ne rien devoir. Ce projet de modification était dicté par la même pensée que l'article 2275 du Code civil français.

L'auteur de l'amendement pensait que l'idée fonda-

(1) « *Die Verjährung eines der im § 156 bezeichneten Ansprüche, ingleichen die Verjährung des Anspruchs, welcher auf dem Eigenthum oder auf dem Rechte an einer Sache beruht und auf die Herstellung des dem Eigenthum entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet ist, kann von dem Verpflichteten nicht eingewendet werden, wenn er erweislich des Fortbestehens des Anspruchs sich bewusst ist* ». PROCÈS-VERBAUX, t. I, p. 232, amendement 3. a).

mentale des courtes prescriptions était incompatible avec la mauvaise foi du débiteur (1). Il invoquait accessoirement l'exemple d'autres législations (2).

Tous ces arguments furent repoussés ; on jugea que cet amendement allait à l'encontre du but poursuivi par l'établissement d'une courte prescription (3). Au risque de léser injustement un créancier, on préféra maintenir cette institution dans toute sa rigueur (4), et permettre à un débiteur, même de mauvaise foi, de s'en prévaloir.

Je crois devoir signaler, en passant, bien que cette étude ne rentre pas dans ce chapitre, que le législateur allemand n'a pas exigé non plus, pour la prescription acquisitive des immeubles, la bonne foi du possesseur (article 900) (5).

Il en fait, au contraire, une condition absolue de l'acquisition des meubles par dix ans de possession (article 937). Mais du moins, une possession de trente années, même avec mauvaise foi, met à couvert contre l'action en restitution du propriétaire; celle-ci est frappée de prescription extinctive si ce laps de temps s'écoule sans qu'elle ait été exercée, le possesseur eût-il volé l'objet en litige (6).

(1) Procès-Verbaux, t. I, p. 233.
(2) Id. p. 234.
(3) Id. p. 234.
(4) Id. p. 235.
(5) Cosack. t. II, p. 43 et 44.
(6) Id., t. I, p. 263 et 264.

SECTION IV

Du serment décisoire.

L'étude de la prescription en Droit français réserve à celui qui s'y livre une véritable surprise : c'est l'article 2275.

Le Code présente cette institution comme un mode d'acquérir la propriété ou de se libérer d'une obligation; elle apparaît comme un fait juridique analogue à la vente ou au paiement. Sa force devrait être égale à celle de ces actes ; l'originalité de sa cause, supérieure aux décisions arbitraires d'un législateur, et les considérations d'ordre public que l'on devine être sa base, devraient lui faire attribuer des résultats absolus.

Puis, brusquement, sans que rien y prépare, on s'aperçoit qu'en certaines hypothèses il dépend du créancier que la prescription accomplie perde son efficacité. Il suffit qu'un fournisseur, un domestique, un médecin, dont on combat les demandes en invoquant la prescription, défère le serment au défendeur, pour que celui-ci ne soit plus à couvert contre ces prétentions. Pour être mis hors de cause, il lui faudra jurer qu'il a payé sa dette.

Comment pourrait-il se plaindre, dira-t-on, la loi s'en

remet à lui-même de la solution du litige ? Argument détestable.

Si le pseudo-débiteur est un individu sans aveu, il prêtera le serment requis, qu'il ait raison ou tort. Le créancier n'aura trouvé, dans cette procédure, qu'une fausse garantie, pire que l'absence de toute protection, par les frais inutiles qu'elle aura occasionnés, et par les espérances déçues qu'elle aura fait naître.

Si le défendeur est un parfait honnête homme, il hésitera, souvent, à prêter le serment requis. Il y a quelque chose de gênant à être juge dans sa propre cause ; il redoutera le reproche, même injustifié, d'avoir abusé de la confiance qu'un autre avait en lui. D'autre part, la certitude absolue que nécessite le serment est chose rare ; elle sera d'autant plus exceptionnelle en l'occurrence qu'il s'agit en général de créances minimes, dont le paiement ne laisse pas de trace décisive dans l'esprit du débiteur, et de dettes relativement anciennes (puisque la prescription est acquise) en sorte que les souvenirs s'y rattachant ont pu s'effacer.

Pour jurer sans hésitation que la dette a eté acquittée, il faudrait une preuve tangible de cet acte. Or, souvent, aucune note n'aura été prise de l'opération, ou elle aura été, avec le temps, soit égarée, soit détruite. Si, par hasard, le document décisif existe, le défendeur l'aura produit avant que le procès ne commence et celui ci se sera trouvé évité.

La réflexion prolongée ne saurait apporter aucue sécurité, tout au contraire. A mesure que l'on songe à un

fait passé, l'esprit est envahi tantôt par un doute croissant et tantôt par une certitude de plus en plus ferme. Mais ce résultat dépend beaucoup moins de la vigueur des souvenirs que de la disposition de l'esprit, de la délicatesse de conscience.

Bien plus, un débiteur scrupuleux satisfera à la demande de son créancier, avant toute citation en justice, dès qu'il ne sera pas moralement sûr d'avoir payé. Il ne refusera de déférer à cette réclamation que pour des motifs graves, mais parfois insuffisants pour asseoir un serment. En sorte qu'il encourra une condamnation et se verra reprocher, avec quelque apparence de raison, d'avoir voulu spolier un débiter et de n'avoir reculé que devant un parjure.

Voici enfin un dernier argument contre l'article 2275. Supposons qu'un fournisseur vienne réclamer le prix d'un objet de peu de valeur, dont il peut prouver la livraison moins de trente années auparavant. Très souvent l'acquéreur en refusera le paiement, convaincu qu'il n'a pu rester si longtemps d'acquitter cette dette ; mais ce n'est pas là une certitude, et à vingt ans de distance, ou plus, sa mémoire n'a gardé aucun souvenir précis de ce fait insignifiant, et ses comptes personnels ont sans doute disparu. Notre texte a pour résultat de donner au créancier d'autant plus de chance de triompher que son débiteur est d'une conscience plus délicate, et que lui-même, en retardant sa demande de paiement, a fait preuve de plus de négligence ou de plus de mauvaise foi.

Le législateur de 1900 n'a pas reproduit dans son œuvre l'article 2275. Le Code allemand ne contient pas de disposition qui écarte expressément le serment décisoire en matière de prescription, mais il ne le réserve pas non plus. Dans son silence le doute n'est pas possible, et l'on ne saurait, à sa faveur, introduire en cette matière une règle aussi contraire à la morale qu'à tous les principes de cette institution (1).

Les raisons qui ont décidé les rédacteurs du Code sont celles-là même que j'ai fait valoir plus haut et notamment les scrupules excessifs d'une conscience délicate (2).

Les effets des courtes prescriptions sont donc plus absolus dans le Code de 1900 que dans celui de 1804. Elles valent libération complète, tout comme la prescription trentenaire. Pour employer l'expression des jurisconsultes allemands, aucune « réplique » ne saurait leur être opposée sous forme de serment à prêter, où — comme je l'ai dit dans la section III — sous prétexte de mauvaise foi du défendeur (3).

(1) SAVIGNY, t. V, p. 269. — COSACK, t. I, p. 223. — CROME, t. I, p. 521, note 8.

(2) PROCÈS-VERBAUX, t. I, p. 234 et 235.

(3) COSACK, t. I, p. 263. — CROME, t. I, p. 521, note 8.

SECTION V

La Prescription doit être invoquée

Le législateur allemand voit dans la prescription une institution d'ordre public : non seulement à ses yeux elle est conforme à l'intérêt général, mais elle est imposée par la nature des choses. Elle devrait donc agir *ipso facto*, les juges devraient en tenir compte d'office.

Il n'en est rien. Comme en France, elle doit être invoquée par l'intéressé. Que celui-ci l'ignore, se montre négligent, fasse défaut, bref, que, pour un motif quelconque, il ne soit pas fait usage de cet argument contre la prétention du demandeur, le tribunal n'en peut tenir compte et il lui est interdit de suppléer au silence du débiteur. Le pseudo-créancier aura gain de cause. C'est absolument la règle édictée par l'article 2223 de notre Code. L'etude de ce principe se placera tout naturellement dans le chapitre sur les effets de la prescription extinctive (1).

La nature de la prescription aurait dû faire édicter

(1) Voir plus haut p. 33 et s., notamment p. 36; et plus loin chapitre XII, section II.

la règle inverse. Les jurisconsultes allemands défendent néanmoins leur législateur de toute contradiction avec lui-même; un examen profond et minutieux de cette institution justifierait, d'après eux, la solution que je critique. Il me faut renvoyer cette étude au chapitre sur les effets de la prescription. On verra alors combien est fondé le reproche d'inconséquence adressé ici au Code allemand (1).

(1) Voir chapitre XII, notamment les sections I, III et IV.

CHAPITRE X

Point de départ de la prescription

SECTION I. — Principe

§ I. *Système du Code*

Le point de départ de la prescription est fixé par l'article 198 : « La prescription commence avec la naissance de l'action. Quand l'action a pour objet une abstention, elle commence à se prescrire lorsqu'il est contrevenu à cette obligation. »

Le Code distingue donc deux hypothèses et il leur applique des règles différentes : s'agit-il d'une action, d'un droit, qui tend vers un acte positif de la part de l'obligé, le point de départ de la prescription est concomitant avec la naissance de l'action ; l'obligé est-il tenu de s'abstenir de certains actes, c'est seulement quand il les accomplit que la prescription commence à courir.

1

Dans la première hypothèse le législateur allemand a établi le point de départ de la prescription en fonction de la naissance de l'action, c'est-à-dire qu'il établit un certain rapport de temps entre le point de départ de la prescription et la naissance de l'action, et qu'un déplacement du moment de cette naissance entraîne un déplacement du point de départ. Comme ce n'est pas un repère évident, comme sa détermination exige divers raisonnements, il faut, pour avoir une idée nette de la solution, partir d'une autre base, d'un fait de l'homme par exemple.

Quelque soit son objet, acte positif ou abstention, l'action existe dès l'instant où se trouve déterminée la personne qui joue le rôle d'obligé ; c'est-à-dire lorsque le droit est relatif, dès qu'il est créé ; lorsqu'il est absolu, aussitôt qu'il a été l'objet d'une atteinte (1).

En général, la classification des prestations en actes positifs et abstentions, cadre avec la classification des droits en droits relatifs et droits absolus, c'est-à-dire que très généralement les droits relatifs ont pour objet des actes positifs de la part de l'obligé, tandis que les droits absolus tendent à obtenir des obligés leur abstention. Mais il n'en est pas toujours ainsi.

Eclairons tout cela par des exemples.

Le droit du déposant à obtenir la restitution de l'ob-

(1) Voir chapitre VIII et plus spécialement p. 84 et s.

jet confié, est un droit relatif. Puisque l'obligé (le dépositaire) est connu dès la naissance du droit, l'action contre le dépositaire existe aussitôt le dépôt effectué. Comme elle tend à un acte positif, la restitution de l'objet déposé, elle se prescrit, en vertu de l'article 198 première phrase, dès sa naissance, c'est-à-dire à compter du jour même du dépôt ; le déposant pourra se trouver dépouillé de toute action par l'effet du temps, sans avoir essuyé du dépositaire un seul refus.

Le propriétaire peut exiger que personne ne dérobe sa récolte. C'est un droit absolu, puisqu'il existe *erga omnes*. Il ne donne pas immédiatement naissance à une action ; celle ci n'existera que du jour où une personne aura contrevenu au respect dû à la propriété Mais, d'après l'article 190 in fine, la prescription a pour point de départ une violation du droit, c'est-à-dire le fait même qui donne ici naissance à l'action. Dans cette hypothèse encore la prescription commence donc à courir dès que l'action existe. La première phrase de l'article 198 aboutit au même résultat que la seconde. La fin du texte fait double emploi avec le début ; ou plutôt la solution qu'elle donne dans ce cas particulier, coïncide avec celle que donne l'application du premier principe.

Mais il y a certaines hypothèses où la disposition qui termine l'article 198 est nécessaire, où elle constitue une véritable exception à la règle exprimée en termes généraux, sans aucune distinction, que « la prescription commence avec la naissance de l'action ».

Il existe, en effet, des droits relatifs qui ont pour objet une abstention. L'action qui leur correspond est aussi ancienne que le droit lui-même, puisque la personne de l'obligé a toujours été déterminée. L'article 198 in fine sépare dans ces cas la naissance de l'action du point de départ de la prescription.

Un négociant achète à un industriel, moyennant un prix très élevé, toute sa production, mais sous la condition expresse qu'il la lui réservera exclusivement, grande ou petite soit-elle, « qu'il n'en distraira rien au profit de ses concurrents commerciaux ». L'action du négociant est à la fois relative et négative. Elle existe dès que le marché est conclu ; elle ne prescrit qu'à compter du jour où il est manqué aux engagements pris. Si l'article 198 ne contenait pas sa seconde phrase, la prescription commencerait aussitôt le marché conclu.

Ainsi donc, chaque disposition de l'article 198 a son domaine propre ; mais elles ont en outre un domaine commun. La première réglemente seule les droits relatifs positifs ; la seconde s'applique aux droits relatifs qui tendent à une abstention ; quand aux droits absolus qu'on les soumette à l'une ou l'autre, le résultat est le même.

Mais comme tous les droits absolus sont négatifs, à l'égard de toute personne autre que leur titulaire, nous pouvons traduire l'article 198 par ces mots :

Les actions positives se prescrivent à partir du jour où le droit existe ; la prescription des actions négatives court de la violation du droit correspondant.

Mais pour que la prescription d'un droit, relatif ou absolu, s'accomplisse, il n'est jamais nécessaire que son titulaire le puisse exercer effectivement ou en connaisse l'existence. Un inconnu cause un dommage à ma propriété ; son acte met aussitôt en mouvement la prescription, et je puis me trouver forclos à exercer un recours avant d'avoir découvert le coupable, avant de connaître même le préjudice dont je suis victime.

2

On ne peut qu'approuver la seconde partie de l'article 198. On ne saurait même concevoir qu'il en soit autrement et que les droits qui ont pour objet une abstention de la part de l'obligé puissent se prescrire avant d'avoir été violés ; s'agirait-il de droits absolus, l'action se prescrirait alors avant d'exister ; en matière personnelle on aboutirait à cette monstruosité qu'il suffirait de se conformer longtemps à une obligation pour acquérir la faculté de la violer impunément.

Mais est-il juste qu'une action, dont l'objet est un acte positif, commence à se prescrire dès sa naissance, et avant tout refus de s'y conformer. Cette règle mériterait sans conteste d'être condamnée si la prescription reposait sur une présomption de paiement où constituait un châtiment pour le créancier. Comment soutenir que le demandeur a tacitement adhéré à une prétention que le débiteur n'a même pas formulée ; ou comment transformer en une faute le retard à revendiquer qui n'a été qu'un acte de générosité du créancier ?

Si au contraire cette institution a pour but d'amener des solutions définitives le plus vite possible, si elle n'a d'autre objet que l'intérêt général qui veut la stabilité économique, on comprend la solution adoptée par le législateur. Et c'est là une nouvelle preuve que la prescription est d'ordre public, que l'intérêt privé ne joue à son égard presque aucun rôle.

3

La prescription des droits soumis à une condition ou à un terme suspensifs, ne commence pas à courir avant que se soit réalisée la modalité dont ils dépendent. La raison en est que auparavant le droit est réputé ne pas exister, et qu'aux termes de l'article 198 un droit ne commence jamais à se prescrire avant de naître (1).

A la vérité cette règle, sur laquelle tout le monde est d'accord, a reçu parfois d'autres justifications que celle-là. Mais l'explication que je viens de fournir me paraît suffisante quoique très simple, et la meilleure de toutes celles qui ont été données (2).

Il arrive qu'avant la réalisation de la modalité, il soit loisible au titulaire du droit éventuel de prendre des mesures conservatoires, d'exiger par exemple une sûreté ; cette faculté est l'objet d'une prescription spéciale, à laquelle on applique les règles ordinaires, et

(1) Cosack, t. I, p. 256 ; Windscheid, t. I, p. 479 ; voir aussi, plus haut, chapitre VIII.

(2) Voir l'énoncé des divers systèmes dans Kipp, t. I, p. 482 et 483.

qui commence donc à courir dès l'instant où la faculté existe, si la personne de l'obligé est déterminée (1).

Il ne faut pas assimiler à un terme le délai de paiement qu'un créancier, de son plein gré et sans obligation aucune, accorde à son débiteur. La prescription court malgré que l'échéance se trouve ainsi reportée dans l'avenir (2). En fait l'octroi de cette faveur sera presque toujours accompagné de la reconnaissance de son obligation par le débiteur ; la prescription sera alors interrompue par cet acte. — Si le créancier accordait pour le paiement un délai plus que trentenaire, il devrait au cours de cette période interrompre la prescription ; à moins qu'il n'eut octroyé cette faveur sous une forme contractuelle, de telle sorte qu'il se trouve obligé dorénavant (même s'il changeait d'avis) de respecter ce délai, car alors son droit est soumis à un terme suspensif, n'existe pas encore et ne se pourra donc prescrire qu'à la survenance du terme.

Il est parfois très délicat de savoir si l'octroi d'un délai de paiement constitue de la part du créancier une faveur ou crée une obligation pour lui ; si c'est une grâce faite après coup, ou une conséquence du contrat initial. On est amené à donner des solutions différentes pour des hypothèses très analogues les unes avec les autres.

(1) Cosack, t. I, p. 256.
(2) Crome, t. I, p. 510.

J'emprunte de l'argent et m'engage à le restituer à première réquisition. Le droit du prêteur, d'exiger que cette somme lui soit rendue, commence à se prescrire du jour du prêt. Si donc il diffère trop sa demande, son droit sera éteint avant tout refus de ma part d'y satisfaire.

Une société au contraire émet des actions. Un quart de leur valeur doit être versé au moment de la souscription ; le reste dès que la société le demandera. Le droit pour elle d'exiger ce solde est imprescriptible selon certains jurisconsultes ; ils considèrent l'exercice de ce droit comme soumis à une condition ; que la société ait le besoin de ces sommes Aussi longtemps que cette situation ne se présentera pas, la prescription ne commencera pas à courir.

En un mot, dans l'une et l'autre hypothèse le point de départ de la prescription est l'instant ou le créancier peut exercer son droit ; ce moment coïncide dans le premier cas avec l'exécution du prêt, dans le second, seulement avec l'heure où la société aura besoin de faire l'appel des fonds complémentaires, ce qui pourra ne se produire que bien longtemps après la souscription, ou même jamais.

Il y a en Droit allemand deux sortes de termes (1). L'un suspend la naissance même du droit, par suite

(1) Voir chapitre VIII, section II.

celle de l'action et le début de la prescription ; il est assimilé à la condition suspensive ; c'est celui que je viens d'étudier. L'autre, sans effet sur l'existence du droit, ne retarde que son exécution ; l'article 202 s'en occupe et il en parle ainsi : « *solange die Leistung gestundet ist* » = « tant que la prestation est soumise à un délai d'exécution ».

Le point de départ d'une prescription n'est pas modifié selon que se rencontre ou non un terme de cette seconde catégorie. Au point de vue qui nous intéresse il se distingue donc profondément de la condition suspensive.

Mais cette différence n'est que théorique. La prescription commence bien à courir, mais elle est aussitôt suspendue puisqu'il existe un délai pour l'exécution de la prestation (article 202 alinéa 1) ; elle ne reprend sa marche qu'à partir de la survenance du terme. Son accomplissement se parfera donc au même moment, quelle que soit la nature du terme en jeu.

La distinction théorique qui nous occupe n'aurait d'intérêt pratique que si le bénéficiaire de la prescription devait être, quand elle débute, dans une situation spéciale, inutile plus tard, telle que la bonne foi. Mais le Droit allemand, en notre matière, ne renferme point de pareilles exigences. La classification des délais suspensifs en ceux qui suspendent la naissance du droit et ceux qui retardent l'échéance de l'obligation est en somme sans intérêt pratique en ce qui concerne le point de départ de la prescription.

§ II. — *Parallèle entre le système du Code et celui de Windscheid.*

En étudiant la notion d' " action " (*Anspruch*), j'ai sans cesse comparé le système du Code et celui de Windscheid. Je crois intéressant de poursuivre ce parallèle, puisque l' " action " joue le rôle essentiel dans la détermination du point de départ de la prescription.

Le système de Windscheid est d'une merveilleuse simplicité ; on peut le résumer en quelques mots : Le droit et l'action naissent toujours en même temps ; mais la prescription ne commence à courir que lorsque le droit n'est pas satisfait. S'agit-il donc d'une prestation positive, la prescription court dès que le droit existe ; est-elle négative, le point de départ de la prescription coïncide avec la violation de l'abstention imposée ; le droit est-il soumis à une modalité suspensive, il n'est pas susceptible d'exécution et l'action ne se prescrit pas avant la survenance du terme ou la réalisation de la condition (1).

Ce sont les solutions auxquelles aboutit le Code ; mais le jurisconsulte et le législateur n'ont pas suivi pour y parvenir le même chemin.

Le système de Windscheid est un, puisqu'il ne ren-

(1) WINDSCHEID, t. I, p. 476-478.

ferme pas d'exception ; il est simple, car aucune notion auxiliaire n'intervient ; il est clair, il détermine, en effet, directement le point de départ de la prescription en fonction d'éléments faciles à connaître et à saisir. Il est tout entier contenu dans cette seule règle que la prescription commence à courir du jour où le droit n'est pas satisfait. C'est, en un mot, une méthode fort élégante pour résoudre le problème.

Le législateur allemand a pris une autre route, une route détournée. Il commence par mettre en jeu la notion d' " action ", élément parasite, puisqu'en dernière analyse on l'éliminera Sans doute, le Code parle de la « prescription de l'action » ; mais il ne s'agit pas ici de connaître l'objet de la prescription, il faut déterminer une date de grande importance pratique, et par suite n'user que de repères faciles à apercevoir.

Le Code s'écarte d'abord du système de Windscheid en ce qui concerne le moment de la naissance de l'action. J'ai traité la question et je n'y reviens pas (1).

Ensuite il établit entre la naissance de l'action et le point de départ de la prescription un rapport de temps variable. Il les fait coïncider, lorsque l'action a pour objet un acte positif ; il n'établit entre eux aucun lien, quand cet objet consiste dans une abstention.

Or, il se trouve que ces deux dérogations aux principes posés par Windscheid se compensent rigoureusement et que les solutions auxquelles aboutit prati-

(1) Voir chapitre VIII, section II.

quement et en dernière analyse le législateur sont celles de Windscheid.

Quelque avantage rachète-t il du moins la plus grande complexité du système du Code ? en aucune façon, et bien au contraire.

Tous les droits, en effet, participent de la même nature ; s'ils diffèrent sur certains points, leur essence reste la même. Il est donc juste que ce soit le même phénomène qui détermine chez tous la mise en marche de la prescription, que tous commencent à s'éteindre du jour où ils ne sont plus satisfaits. Question de mots, dira-t on ? Sans doute ; mais il ne suffit point qu'à la pratique une règle donne des résultats justes, il faut qu'elle soit l'expression convenable d'un principe exact.

Je ne puis admettre, en aucune façon, l'éloge adressé sur ce point par M. Crome au législateur de 1900 : « Dans la législation qui a précédé le Code civil, écrit il, lorsque c'était l'*actio* (1) et non l' " action " (2) qui se prescrivait, le point de départ de la prescription était tout ce qu'il y avait de plus controversé. Aujourd'hui il ne s'agit plus que de savoir ce qu'il faut entendre par " action " (3) » (4).

(1) C'est l' " *actio* " du Droit romain.

(2 et 3) C'est-à-dire l'*Anspruch*.

(4) *Im alteren Recht, als noch die actio verjährte, war der Beginn* (actio nata) *äusserst streitig. Heutzutage kommt es nur darauf an, was wir unter dem Anspruch zu verstehen haben* ». Crome, t. I, p. 509.

En effet, le problème est transformé. Il faut savoir ce qu'est l'action et en outre tantôt quel est le moment où elle naît, tantôt à quel instant il n'y est pas satisfait. Comme l'accord ne règne pas davantage entre les divers jurisconsultes allemands au sujet de l'" action " qu'au sujet du problème de l'« *actio nata* » (c'était le nom donné à la question du point de départ de la prescription), il n'y a, de ce chef, aucun progrès.

A une difficulté élucidée, au moins en partie, par des milliers d'années de travaux, solutionnée en tous cas par Windscheid d'une façon simple et claire, le législateur de 1900 a substitué deux questions dans l'étude desquelles tout est à faire.

SECTION II

Exceptions.

Le Code renferme d'assez nombreuses dérogations à la règle de l'article 198. Parfois la prescription commence à courir plus tôt qu'elle ne le devrait d'après ce texte ; plus souvent son point de départ est retardé.

§ I. — *Prescription à point de départ avancé.*

1

Lorsque la naissance d'une action ne dépend plus que de la volonté du titulaire du droit, la prescription commence à courir non pas du jour où l'action existe, mais du jour où ce titulaire peut rendre possible l'exercice de cette action. Supposons deux individus qui contractent en des termes tels que la créance de l'un soit réputée échue après seulement qu'il aura fait connaître à l'autre son désir d'être payé, supposons par ailleurs qu'il soit loisible au créancier de faire cette déclaration quand bon lui semble. La prescription de l'action en paiement ne courrait, d'après l'article 198, que du jour de cette déclaration ; l'article 199 décide que son point de départ s'emplace au premier moment où le créancier pouvait faire cette déclaration ; en l'espèce, à la signature du contrat. « Si l'ayant droit ne peut réclamer la prestation qu'après en avoir avisé l'obligé, la prescription commence au moment où la dénonciation était permise... » (article 199).

Presque toujours ces accords se présenteront sous la forme suivante : vous me rendrez cette somme, vous me paierez cet objet, le jour où je vous le demanderai ; c'est en réalité une dette échue, puisque elle est immédiatement exigible, et pour le paiement de laquelle le créancier accorde un délai de faveur, sans prendre néanmoins aucun engagement quant à sa durée.

La dénonciation véritable ne se comprend qu'avec un

délai entre elle et l'échéance : le débiteur promet de s'acquitter un mois après avertissement. La prescription court de l'expiration d'un délai égal au délai prévu et compté du jour où la dénonciation était possible ; ici par exemple, un mois après le contrat. «... Si l'obligé ne doit exécuter la prestation qu'à l'expiration d'un certain délai compté à partir de la dénonciation, le commencement de la prescription est reculé de la durée du délai » (article 199). La première phrase de l'article 199 ne se conçoit que comme un cas extrême, comme une limite vers laquelle tend l'hypothèse prévue au même texte *in fine* quand le délai d'exécution décroit sans cesse.

La même règle s'applique si la naissance de l'action, au lieu d'être subordonnée à une simple déclaration de volonté du créancier exige la modification d'un état de chose grâce à l'exercice d'une action en nullité (article 200). « Si la naissance d'une action dépend de l'usage que fait l'ayant droit d'un droit d'annulation qui lui appartient, la prescription commence avec le moment à partir duquel il est permis d'agir en annulation...» (article 200).

Voici une application de ce texte. Primus achète de Secundus une statuette qui lui est vendue comme étant en argent. Il s'aperçoit qu'elle est en cuivre argenté. Il peut demander la restitution du prix payé mais seulement après avoir fait annuler la vente. Eh bien, l'action en paiement de l'indu se prescrit du jour où l'action en nullité du marché est possible.

Mais le législateur de 1900 a soustrait à l'application

de cette dernière règle une partie du domaine du droit. Quant l'action en nullité tend à modifier un rapport de famille, qu'il s'agisse d'ailleurs d'un droit de famille prescriptible ou non, la prescription de l'action à naître est arrêtée jusqu'à l'exercice effectif de l'action en nullité : «... Toutefois il n'en est plus ainsi quand l'annulation se réfère à un rapport juridique se rattachant au droit de famille » (article 200 *in fine*). On n'a pas voulu que le désir de sauvegarder une action put amener à bouleverser, peut être sans utilité réelle, la situation des familles (1).

La dénonciation de l'article 199, l'action en nullité de l'article 200 sont réputées possibles dès qu'elles sont possibles en droit ; un obstacle de fait n'entre pas en ligne de compte (2).

Il va sans dire que ces deux textes doivent être interprétés de façon très stricte. Une vente à réméré a lieu ; les actions qui, de la résiliation, peuvent naître pour l'une des parties, ne commenceront à se prescrire que lorsqu'il aura été fait usage du réméré et non pas du jour où le réméré était possible (3).

Certains auteurs, tel M. Cosack (4), font entrer dans cette catégorie d'exceptions une autre hypothèse, celle

(1) Kipp, t. I, p. 482.
(2) Achilles, art. 199, note 1.
(3) Cosack, t. I, p. 257.
(4) Cosack, t. I, p. 257 et 258.

de l'article 852 ; « L'action en dommages intérêts à raison du préjudice causé par une action illicite se prescrit par trois ans à compter du moment où la personne lésée a connaissance du préjudice et de son auteur, et — abstraction faite de cette connaissance — par trente ans à compter du moment où a été commis l'acte illicite. »

Il s'agit ici pour nous de la seconde hypothèse. Les trente ans commençent à courir du jour du délit. Or le préjudice peut ne se manifester que plus tard, et l'action ne naîtra que du jour de cette manifestation ; puisque d'une part, avant elle, il ne pourrait y avoir qu'une action implicite, un de ses éléments, l'objet, ne s'étant pas encore précisé, et puisque d'autre part le Code n'admet pas les actions implicites (1). Donc le délai commence à courir avant la naissance de l'action.

Mais ce n'est pas un délai de prescription quoique le Code emploi le verbe *verjährt* " se prescrit " ; c'est un délai préfix. Le délai de trois ans lui est un délai de prescription et c'est lui qui explique la présence du verbe *verjährt*.

Il y a entre ces deux délais une différence énorme. Sur le plus bref d'entre eux, la conduite et la situation des parties a de l'influence, puisque c'est la connaissance du préjudice et de son auteur qui le fait courir ; or c'est là le propre des délais de prescription. L'autre, celui qui nous intéresse, en est absolument indépendant ; et c'est la caractéristique des délais préfix (2).

(1) Voir plus haut chapitre VIII, section II, §II.
(2) Voir plus loin chapitre XV.

2

La règle formulée dans les articles 199 et 200 n'est pas une innovation du Code allemand. Elle était connue dès longtemps sous sa forme latine : « *Toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas ejus est in potestate creditoris* » (1).

Le Droit commun avait fait de cette maxime une application moins étendue que celle admise par le Code. Il fallait, selon lui, pour qu'une action commençat à se prescrire avant d'exister, que sa naissance ne dépendit que d'une simple manifestation de volonté du créancier. Si elle nécessitait de sa part toute autre chose, le moindre des actes, la mise en marche d'une action par exemple, on appliquait la règle générale et la prescription ne courait que du jour où l'action existait réellement. En d'autres termes le Droit commun admettait la règle de l'article 199, il rejetait celle de l'article 200 (2).

3

En étudiant l' « action » *(Anspruch)* j'ai été amené à critiquer cette notion du Droit allemand moderne. Dans ce chapitre, où la naissance de l'action joue un rôle prépondérant, la section première m'a contraint de blamer l'usage que le législateur faisait de l'action pour déterminer le point de départ de la prescription et sa

(1) KIPP, t. I, p. 482.
(2) WINDSCHEID, t. I, p. 480. — KIPP, t. I, p. 482.

conception est apparue sur un point spécialement inférieure à celle de Windscheid puisque institution tout aussi superflue en fait, elle ne bénéficiait pas dans le Code de la simplicité que lui avait donnée Windscheid.

La section II du même chapitre me conduit à formuler un nouveau reproche.

Les exceptions déjà citées aux règles de l'article 198 consistent en une suite d'hypothèses dans lesquelles les actions commencent à se prescrire avant de naître.

C'est une formule absurde. Cependant elle est bien l'expression de la réalité, en même temps que la traduction de la locution allemande : « *Zunächst beginnt in einigen Fällen ein Anspruch früher zu verjähren, als er entstanden ist* (1). « Il y a tout d'abord quelques hypothèses dans lesquelles une action commence à se prescrire avant qu'elle soit née ».

Il est bien certain qu'une faculté juridique quelconque ne saurait s'éteindre avant de naître. La prescription est à l'égard des actions ou des droits comme une maladie à l'égard des hommes ; elle les épuise jusqu'à entraîner leur mort. Mais comment s'attaquer à ce qui n'existe pas encore ? De deux choses l'une : ou il ne s'agit pas de « prescription d'action *(Anspruchsverjährung)*, ou le terme de « naissance » *(Entstehung)* est impropre.

(1) Cosack, t. I, p. 257.

Réservons la première question, je m'efforcerai de la résoudre dans le chapitre XII.

Sur le second point, on peut, je crois, affirmer que le Droit allemand fait une confusion entre la naissance d'une faculté juridique et son exigibilité. Le terme suspensif, d'après lui, suspend l'existence du droit ; admettons cette conception pour exacte, quoi qu'il y ait beaucoup à redire sur elle ; en tous cas elle ne s'applique pas ici.

Les délais prévus à l'article 199 et même à l'article 200 constituent de pures faveurs. Leur octroi n'empêche pas que la dette fut échue dès le jour où la déclaration était possible (ou dès l'expiration du délai de préavis compté à partir de ce jour) ; qu'elle existat du moment où il était loisible d'exercer l'action en nullité de l'article 200, sauf à rejeter l'échéance à l'issue de cette action.

De toute façon la formule « la prescription commence à courir avant la naissance de l'action » est impropre. Si les principes posés par le Droit allemand sur la naissance de l'action imposent cette expression, c'est que ces principes sont faux ; ils sont condamnés par l'impossibilité de leur conséquences logiques.

§ II. — *Prescriptions à point de départ retardé.*

On pourrait tout d'abord ranger parmi elles la prescription des actions personnelles qui ont pour objet une abstention. Elle ne part que de la violation de l'enga-

gement pris. Comme cette règle comporte de très fréquentes applications ; comme elle pouvait être identifiée à certains points de vue, avec celle qui fixe le point de départ de la prescription en matière de droits absolus ; comme surtout elle est énoncée dans le texte fondamental, l'article 198 ; j'ai cru devoir l'envisager comme partie intégrante du principe et non comme une dérogation (1).

D'autres actions ne se prescrivent elles aussi que à compter d'un événement matériel, d'un fait de l'homme, postérieur à leur naissance. Telles sont les actions en résiliation de marché, en diminution de prix, en dommages intérêts pour vice de la chose livrée. Le délai de prescription court de l'instant où l'acquéreur a pris possession soit de l'objet, soit de l'immeuble, dont s'agit. « L'action en résiliation de marché ou diminution de prix, comme l'action en dommages-intérêts pour défaut d'une qualité garantie, se prescrit, lorsque le vendeur n'a pas dissimulé le vice par dol, dans les six mois de la livraison s'il s'agit de meubles, dans l'année de la transmission s'il s'agit d'immeubles... » (Article 477).

Ce texte se justifie de lui-même. Comment l'acquéreur pourait-il découvrir le vice d'une chose qu'il ne détient pas encore.

Il faudrait se garder néammoins de voir dans l'ar-

(1) Voir section I, § I du présent chapitre.

ticle 477 l'application d'une règle générale. Tout au contraire, il est de principe que lorsqu'une personne n'exerce pas une action, qui est à sa disposition, parce qu'elle ignore la loi, ou les faits qui engendrent cette action, ou parce qu'elle se trouve dans l'impossibilité de l'exercer, la prescription de cette action court néanmoins.

Une autre exception s'explique par la défaveur que mérite le débiteur : l'action en réparation du préjudice causé par un délit se prescrit par trois ans, mais ce délai ne se compte que du jour où la victime connait à la fois le dommage dont elle souffre et celui qui en est l'auteur : « L'action en dommages-intérêts à raison du préjudice causé par une action illicite se prescrit par trois ans, à compter du moment où la personne lésée a connaissance du préjudice et de son auteur... » (article 852).

Beaucoup plus originales que toutes celles susindiquées, est la dérogation au principe général formulée par l'article 201.

Le Code soumet à une prescription biennale les actions qui — comme celles des fournisseurs sur leurs clients — naissent des faits accomplis quotidiennement et qu'engendre la vie courante (article 196). Une prescription de quatre ans frappe les actions, qui ont pour objet des prestations périodiques, intérêts ou autres (article 191).

L'article 201 fixe le point de départ de ces prescriptions à l'expiration de l'année au cours de laquelle elles devraient commencer suivant les règles ordinaires. Quand ces créances ne sont exigibles qu'après un délai, c'est à la fin de l'année où se termine ce délai que la prescription commence à courir. « La prescription des actions désignées dans les articles 196 et 197 commence à l'expiration de l'année où s'emplacerait son point de départ selon les articles 198 à 200. Si la prestation ne peut être exigée qu'à l'expiration d'un délai qui s'achève après cette date, la prescription commence à l'expiration de l'année où se termine le délai » (article 201).

Deux raisons paraissent avoir décidé le législateur. C'est d'abord qu'il est presque impossible de connaître la date exacte de ces créances ; elles sont trop répétées et trop insignifiantes pour qu'il en soit toujours gardé une trace écrite ou que la mémoire en garde un souvenir fidèle.

D'autre part, ces dettes ne sont en général payées qu'à la fin de l'année, lors du relevé des comptes ; en en sorte qu'elles sont en fait soumises à un terme qui est précisément la fin de l'année » (1).

Quelquefois la prescription ne commence à courir qu'à l'expiration d'un délai fixé tantôt par la loi (article 801), tantôt par les parties (article 490).

(1) CROME, t. I, p. 509 et 510 ; SALEILLES, p. 185 et s.

En matière de vente de bestiaux, l'article 490 dispose :

« L'action en résiliation d'un marché, comme l'action en dommages-intérêts à raison d'un vice rédhibitoire dont le vendeur a garanti l'absence, se prescrit par six semaines à partir de l'expiration du délai de garantie ».

L'article 801se réfère à une hypothèse un peu plus complexe. Le propriétaire d'un billet payable au porteur a trente ans pour le présenter au souscripteur, afin d'en obtenir le paiement S'il accomplit cette formalité, son action se prescrit par deux ans à partir non pas de la présentation, mais de l'expiration du délai de trente ans, soit trente-deux ans après l'échéance du billet.

« L'action née d'un billet payable au porteur s'éteint par trente ans à compter de l'échéance, si le billet n'a pas été présenté au souscripteur pour le paiement avant l'expiration de ces trente années. Si cette présentation a eu lieu, l'action se prescrit par deux ans à partir de l'expiration du délai de présentation... ».

La présentation du billet ne constitue pas une interruption des délais, puisque le laps de temps écoulé entre elle et l'échéance ne perd pas toute efficacité et puisque le moment où elle intervient (pourvu que ce soit dans les trente ans qui suivent l'échéance) est sans influence sur la date définitive où la prescription sera accomplie.

C'est un acte matériel, un fait de l'homme qui empêche le délai préfix, constitué par le délai trentenaire, de produire son effet extinctif.

Il existe enfin toute une série de prescriptions dont le Code a fixé les points de départ par des dispositions expresses. Aucune idée générale ne semble avoir guidé le législateur. Pour chaque hypothèse, il a simplement adopté la solution qui lui paraissait opportune.

L'étude de cette réglementation ne présenterait donc aucun intérêt. De nombreux ouvrages donnent d'ailleurs la liste de ces dispositions législatives (1).

(1) Voir, notamment, CROME, t. I, p. 512; KIPP, sous Windscheid, t. I, p, 483.

CHAPITRE XI

Conditions de la prescription extinctive
Longueur des délais

§ I

L'accomplissement de la prescription extinctive est soumis à une seule condition : l'inaction du créancier pendant un certain temps. Il n'est pas nécessaire que le débiteur soit de bonne foi, ni même que le créancier ait connu l'existence de son droit.

Etudier les conditions de la prescription instinctive revient donc à rechercher la longueur des délais qu'elle exige.

Je vais, tout d'abord, indiquer par quel laps de temps se prescrivent les actions en droit allemand. La connaissance pratique de ces délais ne me semble présenter au point de vue scientifique aucun intérêt ; je n'insisterai donc pas sur cette section. Je m'arrêterai davantage à l'étude des idées qui paraissent avoir dirigé le législateur dans cette partie de son œuvre.

§ II

En principe, toute action est prescrite au bout de nte ans. « Le délai régulier de la prescription, dit en effet l'article 195, est de trente ans ». Toutes les fois que la loi ne fixera pas une autre durée pour la prescription d'une action déterminée, c'est par ce laps de temps qu'elle s'éteindra.

Mais les exceptions à ce principe sont nombreuses. Remarquons toutefois qu'aucun délai ne dépasse trente ans. Les dérogations à la règle auront toutes pour objet de faciliter l'accomplissement de la prescription.

L'article 196 donne une liste très longue d'actions qui se prescrivent par deux ans. La rédaction de ce texte est telle qu'il ne constitue pas, à proprement parler, une énumération limitative, chacun de ses termes désigne toute une catégorie d'actions. Il vise les créances qui naissent le plus souvent dans la vie courante : celles des fournisseurs contre leurs clients, des officiers ministériels, des serviteurs, des entreprises de transport, etc., etc.

Les actions nées d'un délit se prescrivent par trois ans (article 852).

Par quatre ans s'éteignent les actions qui ont pour objet une prestation périodique : intérêts, loyers... (article 197), et celles des gens de métiers et agriculteurs quand ils ont fait leurs livraisons à un commerçant qui en trafique (article 196, alinéa 2).

Enfin, on rencontre exceptionnellement d'autres délais

de prescription ; de quelques semaines ou de quelques mois en général : articles 477, 490, 558, 639.

§ III

On a cru reconnaître chez les divers peuples une tendance à augmenter les délais de la prescription, à mesure que la civilisation se développe. Est-ce vraiment là une règle générale ? Et le Code allemand en est-il une nouvelle application, ou y déroge t-il, au contraire ?

On peut, et l'on doit même, rechercher la solution du problème tant dans la prescription acquisitive que dans la prescription extinctive. Ces deux phénomènes sont en effet analogues, pour ne pas dire identiques ; ils sont, l'un et l'autre, fondés sur l'inaction du titulaire du droit, sur la persistance d'un état de fait contraire à ce droit ; tous deux transforment cette situation de fait en situation juridique ; et c'est ce qu'ont très bien vu les auteurs du Code civil français, quand il les ont rapprochés dans le titre XX du livre III, et plus particulièrelièrement dans l'article 2219.

1

A Rome, la propriété des meubles se prescrivait, à l'origine, par un an ; sous Justinien, elle se prescrit par trois ans. L'*usucapio* des immeubles s'acquérait par deux ans dans l'ancien Droit ; plus tard, un résultat analogue était atteint grâce à la *præscriptio longi temporis* qui exigeait une possession de dix à vingt ans,

moyennant juste titre et bonne foi ; sous Justinien enfin, une possession de trente ans suppléait à cette double condition (1).

Les premières actions soumises à une prescription extinctive, telles que les actions édiliciennes et la plupart des actions prétoriennes, s'éteignaient par un an. Postérieurement, le délai normal s'élève à trente années, tandis que le principe de la prescription des actions se généralise ; quelquefois la prescription n'est acquise qu'après quarante ou cinquante ans (2).

A Rome, les délais de prescription augmentent, par conséquent, à mesure que se développe la civilisation. En Allemagne, un phénomène analogue se produit. Avant l'introduction du Droit romain, les droits s'éteignent en principe quand le titulaire reste un an et un jour sans les exercer ; c'est la *Verschweigung* (3). Aujourd'hui, les délais de moins de deux ans constituent de très rares exceptions ; ils sont de dix ans pour l'acquisition des meubles (article 937), et de trente ans, en principe, pour celle des immeubles (article 900) ou pour l'extinction des actions (article 195).

Une comparaison des Codes français et allemand aboutit au même résultat. L'instruction est plus répandue aujourd'hui dans les pays germaniques qu'elle ne l'était chez nous il y a cent ans. Or, le législateur de 1900 a adopté souvent des délais plus longs que ceux

(1) GIRARD, p. 296 et s.
(2) *Id.*, p. 720 et s.
(3) Voir plus haut, p. 36.

du Droit français : l'acquisition des meubles par la prescription est quelquefois instantanée (article 932), mais parfois aussi elle exige dix ans (article 937) ; les actions de la vie courante, telles que les créances des fournisseurs, se prescrivent par deux ans (article 196), et non par une année.

L'opinion que les délais de prescription augmentent à mesure que la civilisation se développe, n'a donc rien de téméraire.

Cette évolution s'explique assez facilement : le perfectionnement des moyens de preuve et, en particulier, la diffusion de l'écriture en constituent une raison suffisante (1). La mémoire ne garde pas longtemps le souvenir des choses ; les témoins d'un acte ou d'un fait se dispersent bientôt. Aussi, quand les peuples n'ont à leur disposition que la preuve testimoniale, l'incertitude règne vite dans les rapports juridiques, et il est naturel que pour l'éviter on exige du propriétaire ou du créancier qu'ils ne laissent pas dormir leurs droits un laps de temps un peu prolongé. Mais avec des écrits, cet inconvénient disparaît ; les preuves subsistent, échappent presque à l'action du temps ; les délais peuvent être accrus sans que les parties en deviennent incapables d'établir leurs situations respectives et un respect plus grand des droits acquis en résulte.

(1) TARDE, p. 97.

2

Mais parallèlement à cette raison d'augmenter la durée du laps de temps nécessaire pour prescrire, agit une autre influence qui tend à réduire ces délais : c'est la vie de plus en plus intense, à mesure que la civilisation se développe, les communications facilitées qui permettent aux gens de mieux défendre leurs intérêts, le nombre toujours accru des événements qui se pressent dans un laps de temps déterminé.

Sous l'action de cette influence le caractère même de la prescription se modifie ; elle existe, à l'origine, surtout dans l'intérêt des parties ; plus tard, c'est l'intérêt général qui prend le dessus ; on sacrifiera, au besoin, des droits individuels pour assurer rapidement la stabilité économique, pour éviter que les tiers ne tablent sur des fortunes apparentes.

L'article 225 du Code allemand, qui permet aux parties de réduire d'un commun accord les délais de prescription, est une conséquence de ce nouvel état des choses. Mais ce serait une erreur de croire qu'il a surgi sans que rien l'ait préparé ; tout au contraire. La tendance à abréger les délais de prescription s'était déjà manifestée antérieurement.

En Droit français, par exemple, ce mouvement s'accuse depuis de nombreux siècles. L'acquisition des immeubles par la possession n'a jamais exigé, d'une façon

générale, des délais plus longs que ceux imposés par la législation romaine de Justinien : dix à vingt ans, ou trente ans. Au délai de trente ans, qui était de principe pour l'extinction des droits personnels, chaque époque apporte ses exceptions : l'article 72 de l'Ordonnance de 1510 soumet à la prescription de cinq ans les arrérages de rentes constituées à prix d'argent ; l'article 142 de l'Ordonnance de 1629 y soumet les loyers et fermages ; l'article 68 de l'Ordonnance de 1510 soumet à la prescription de six mois les créances des boulangers, drapiers et autres fournisseurs ; l'Ordonnance d'Abbeville crée la prescription biennale ; la Coutume de Paris, dans son article 128, établit la prescription instantanée pour les dépenses faites dans les cabarets, que le Code civil a étendue à l'acquisition de tous les meubles (article 2279) (1).

Récemment cette tendance vient de se manifester à nouveau. Trois députés, MM. Proust, Charonnat et Louis Lacombe, ont déposé un projet de loi ayant pour objet de réduire les délais de la prescription (2) ; ils abrogent l'article 2266 du Code civil et rédigent de la façon suivante les articles 2262, 2263 et 2265.

Article 2262 (nouvelle rédaction) « Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par vingt

(1) Voir : Répertoire de Merlin, *verbo* « Prescription », n° 13-25. — Répertoire de Dalloz, *verbo* « Prescription », section II.

(2) Voir l'exposé des motifs dans le Journal Officiel, Documents Parlementaires, Chambre des Députés 1904, p. 447 annexe 2129.

ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. »

Article 2263 (nouvelle rédaction) « Après dix-huit ans de la date du dernier titre le débiteur d'une rente peut être contraint à fournir à ses frais un titre nouvel à son créancier ou à ses ayants cause. »

Article 2265 (nouvelle rédaction) « Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans. »

Enfin, il suffit de jeter les yeux sur les dernières lois françaises (1), pour voir que notre législation tend à abréger sans cesse les délais de la prescription.

La jurisprudence française admet d'ailleurs la clause de réduction de la prescription, que les compagnies d'assurances insèrent dans leurs polices, et que les banques imposent en général à leurs clients.

En Allemagne, au cours du XIXe siècle, des dispositions législatives avaient aussi dessiné cette évolution; c'est ainsi que la loi prusienne du 31 mars 1838 avait substitué aux longues prescriptions du Droit Commun des délais plus courts (2).

3

Deux influences contraires agissent donc sur les législateurs. L'une les pousse à allonger les délais de

(1) Loi du 9 avril 1898, sur les accidents de travail par exemple.
(2) COSACK, t. I, p. 253.

prescription ; c'est le perfectionnement des modes de preuve, la diffusion de l'instruction ; elle paraît avoir eu, à Rome et jusqu'ici en Allemagne une action prépondérante. L'autre tend à faire réduire ces mêmes délais ; elle s'est surtout manifestée en France ; elle a sa source dans le développement économique, industriel et commercial.

Tout porte à croire que cette dernière tendance dominera l'autre de plus en plus. Tandis, en effet, que dans le passé, les modes de preuves se sont perfectionnés et ont vu s'accroître le nombre de ceux capables de les employer, bien plus rapidement que ne se développait l'intensité de la vie ; on ne conçoit pas dans l'avenir de nouveaux modes de preuves ou une diffusion beaucoup plus grande de ceux aujourd'hui connus, mais au contraire l'existence humaine sera sans doute toujours plus active et plus remplie. Les législateurs futurs abrégeront évidemment les délais de prescription comme cela s'est déjà fait en France bien souvent.

Le Code civil allemand reflète au contraire les deux tendances. Les délais qu'il établit sont relativement longs, eu égard à l'époque agitée dont il est l'œuvre ; bien plus, il déclare imprescriptibles les actions nées de droits réels inscrits au livre foncier (c'est l'équivalent de nos droits transcrits). Mais il autorise les intéressés à les réduire d'un commun accord (article 225) ; il étend la prescription instantanée aux immeubles acquis *a non domino*, avec juste titre et bonne foi (article 892).

CHAPITRE XII

Effets de la prescription extintive

SECTION I. — Ce qu'ils devraient être

1

D'après les jurisconsultes allemands, et je crois qu'ils ont raison, la prescription est imposée aux législateurs par la force même des choses : le temps exerce son action dans le domaine juridique comme sur tout ce qui existe (1). C'est donc l'accomplissement même de la prescription, en dehors de toute constatation judiciaire et sans que les intéressés l'invoquent, qui devrait influer sur l'existence des droits.

Pour téméraire que puisse paraître cette opinion, elle me semble s'imposer d'autant plus qu'elle n'entraîne aucun inconvénient. Au point de vue purement moral, en effet, le débiteur n'est pas plus libéré par la prescrip-

(1) Voir plus haut p. 26 et s., et chapitre III.

tion dans le système proposé que dans le système français. Et celui que sa délicatesse de conscience détourne d'invoquer la prescription, sera homme à payer sa dette, malgré qu'elle soit juridiquement éteinte ; il n'y a aucune différence en somme pour le débiteur entre ces deux situations.

Le système que je soutiens aurait même un avantage sur le système français : ce dernier met dans un état d'infériorité le défendeur qui ignore la loi ; ce qui ne se justifie en aucune façon ; et ce qui aboutit à favoriser les moins recommandables d'entre les débiteurs, ceux qui ont étudié les moyens de ne pas s'acquitter de leurs obligations.

L'opinion que je défends a d'ailleurs mérité certains suffrages. C'est à propos de la péremption d'instance. Cette institution est en somme identique à la prescription (1) et le Code français de procédure civile exige que le défendeur l'invoque expressément (article 399). En 1890 le Gouvernement a déposé sur le bureau de la Chambre des députés un projet de révision du Code de procédure. Le titre consacré à la péremption maintient dans son article 3, l'obligation d'invoquer la péremption. Mais la commission de la Chambre des députés, chargée d'examiner le projet du Gouvernement, a complètement renversé le principe de l'article 3 et propose le texte suivant : « La péremption a lieu de plein droit ;

(1) Répertoire du Sirey, *verbo*. Péremption d'instance n° 2, 13, 14.

une fois acquise par l'expiration du délai ci-dessus, elle ne peut pas être couverte (1) »

Le législateur songe donc à décréter que la prescription des instances s'opérera *ipso facto*. De là à disposer que d'une façon générale la prescription n'aura pas besoin d'être invoquée, il n'y a qu'un pas; et d'autant plus facile à faire, qu'il n'existe pas de motifs péremptoires pour distinguer, au point de vue de la prescription, les instances et les droits eux-mêmes; ou, si l'on préfère, pour séparer ce genre de manifestation des droits, qu'est une instance, de leurs autres manifestations.

2

Je crois en second lieu qu'un législateur serait bien inspiré en attribuant comme effet à la prescription l'anéantissement du droit lui-même. Pourquoi limiter l'influence du temps à une manifestation quelconque du droit, plutôt que de lui en laisser atteindre l'essence même ? Pourquoi ne lui attribuer que la force de paralyser et non pas de détruire.

Ce serait avant tout plus conforme à la réalité des choses : il est dans l'ordre de la nature que les droits comme toutes les autres entités soient soumises à l'influence du temps (2).

(1) Voir le rapport de cette commission dans le JOURNAL OFFICIEL Chambre des députés, annexes, documents parlementaires 189?, nº 1275, p. 447. RÉPERTOIRE DU SIREY, *verbo*. Péremption d'instance nº 10.

(2) Voir plus haut chapitre III.

Cela aurait le grand avantage de débarasser la science juridique d'éléments qui devraient lui être étrangers, comme les obligations naturelles (1); et d'écarter des rapports juridiques, qui doivent être aussi simples et aussi pratiques que possibles, des simulacres de droits, mal protégés, partiellement inefficaces, et de rendre par suite les situations plus nettes, plus précises, plus claires.

Ce régime n'aurait aucun inconvénient. Les législations de divers peuples s'en rapprochent plus ou moins; et il ne semble pas que soient plus mauvaises celles qui en sont plus près. Le Code allemand lui-même admet cet effet en matière de délais préfix (2), pourquoi ne l'admettrait-il pas pour la prescription extinctive; la réglementation de ces deux institutions peut bien différer, mais il faut reconnaître que c'est là leur seule divergence et que dans le fond elles sont parfaitement identiques.

3

En insistant sur la grande puissance du temps sur les droits, je n'ai pas voulu dire que le législateur ne devait jamais essayer de la combattre et que le voulut-il, il en était absolument incapable. Non; j'ai pensé affirmer l'existence d'une force; mais dans une certaine

(1) Voir plus loin, section V du présent chapitre.
(2) Voir plus loin chapitre XV.
(3) Voir plus haut chapitre III.

mesure et par des moyens appropriés on peut toujours lutter contre une force ; il suffit de ne pas vouloir l'impossible et d'employer des procédés judicieux.

On conçoit, par exemple, qu'un législateur convaincu que l'action du temps sur les droits est néfaste, ait voulu les arracher à son influence, qu'il ait déclaré leur éternité. La toute puissance sur les hommes met dans l'âme un peu de folie et le despote se figure aisément, tel Xerxès, que la nature est aussi docile que ses sujets. Nous croyons facilement d'autre part à la durée infinie de ce dont nous ne percevons pas les changements, et il nous paraît impossible qu'existe un jour ce dont le passé ne nous parle pas.

Ce sont là erreurs grossières dont la réalité se joue et dont souffrent cruellement, en d'amères déceptions, les hommes qui mettaient en elles leur confiance (1). Herculanum ne croyait pas au Vésuve, le XVIII^e^ siècle ne croyait pas à la Révolution Française, la Russie ne croyait pas au Japon.

C'est ainsi que la fière loi romaine avait affirmé l'éternité des actions qu'elle créait. Mais le temps imposait chaque jour à ses magistrats une exception nouvelle à ce principe, et au bout de dix siècles le Droit romain proclamait que toutes les actions se prescrivent.

Suivant les conditions sociales et économiques, le temps agit plus ou moins vite. Le législateur n'a guère d'autre rôle que de le constater. Les délais qu'il croit fixer arbitrairement, il les emprunte à la nature.

(1) Comparez WINDSCHEID, t. I, p. 469.

Trente ans, le délai fondamental des lois romaines, françaises, allemandes, c'est la durée moyenne d'une génération d'hommes. Les droits se prescrivent par trente ans, comme si l'exercice d'un droit, même une seule fois, avait établi entre son titulaire et lui un lien tel que le second ne put s'éteindre tant que vivrait le premier ; ou comme s'il était contraire à la justice naturelle que celui qui a joui d'un droit s'en trouve un jour privé.

Un an c'est le retour sur la terre des mêmes phénomènes. L'homme songe aux droits qu'il a exercés en de pareilles circonstances ; ou bien les mêmes nécessités : semailles, moissons, chasse ou guerre lui imposent chaque année les mêmes besoins et nécessitent pour lui l'exercice des mêmes droits.

Sans doute la loi est une force : force morale par l'éducation qui nous en a imposé le respect ; force brutale par les sanctions qui l'accompagnent. De moindre puissance que le temps, si elle n'en peut contrecarrer les effets, elle peut du moins dans une certaine limite les exagérer, les restreindre, en modifier la direction.

Un législateur pourrait donc chercher à protéger les droits contre l'effet du temps ; soit, par exemple, qu'il fixe une durée plus considérable aux délais de prescription ; soit encore qu'il déclare interruptifs de prescription certains actes auxquels les lois n'attribuent en général aucune importance, comme une réclamation par lettre.

S'il agissait avec prudence, ses lois pourraient subsister, sinon elles tomberaient d'elles-mêmes, comme résiste mieux à la puissance des eaux un barrage modeste qui dévie progressivement leur cours, qu'un mur géant traversant toute la vallée.

Mais les auteurs du Code civil allemand n'ont pas cru néfaste l'action du temps. Tout au contraire. Elle leur a paru un élément nécessaire de la vie contemporaine. Ils ont cru qu'il fallait débarasser au plus vite la société des droits inexercés, qui entravent le développement de la vie sociale, comme les branches mortes empêchent dans une forêt la croissance des jeunes pousses. Avec une logique parfaite, ils ont multiplié les courtes prescriptions; ils ont interdit aux parties de renoncer par avance à la prescription, de la soumettre à des clauses plus rigoureuses que celles prévues au au Code ; ils ont permis d'en faciliter l'accomplissement, notamment d'en raccourcir les délais d'accord commun.

Mais ils n'ont pas osé tirer toutes les conséquences de ce principe très juste, dont ils ont fait maintes applications. Ils n'ont pas reconnu à la prescription le pouvoir d'anéantir le droit lui même, de produire ses effets *ipso jure* en sorte que les magistrats en doivent tenir compte d'office. Sans doute il fallait permettre aux parties de renoncer à la prescription acquise; la liberté des conventions l'exigeait ; mais il fallait y voir une

donation, et ne pas présumer cette libéralité dans le silence du débiteur.

Le législateur a reculé devant ces résultats. Il n'a pas eu le courage de s'affranchir d'une tradition bimillénaire. Mais il n'a pas cru pouvoir justifier ces solutions par la seule crainte d'un changement dans les habitudes juridiques, ni même par un opportunisme plus ou moins vague. Il a préféré les étayer par des conceptions d'une subtilité rafinée, excessive, qui leur donnent une apparence de logique, mais qui ne reposent sur rien de réel et sont absolument factices. Si bien que renversant la base que tous les auteurs donnent à la prescription, savoir l'effet du temps et l'intérêt général, Planck en arrive à déclarer que la prescription a comme but essentiel la protection du débiteur (1) ; et que le Code admet sous le nom d'extinction des droits (*Versitzung*) une institution qui contredit absolument les principes qu'il donne à la prescription (2).

SECTION II

Effets de la Prescription.

Le développement complet d'une prescription se compose de trois périodes successives. D'abord la

(1) PLANCK, t. I, p. 243.

(2) Voir à la fin de cet ouvrage, le chapitre consacré à cette institution.

prescription est en train de s'accomplir ; elle a commencé à courir, mais le délai nécessaire n'est pas encore achevé. Puis elle est parfaite, mais le débiteur ne l'a pas encore invoquée. Enfin la partie qui en bénéficie s'en prévaut contre son adversaire.

A chacun de ces stades correspondent des effets différents.

Titre I. — Effets de la Prescription en cours d'accomplissement

Tant que la prescription n'est pas accomplie, elle ne produit aucun effet.

Il n'y a pas de texte qui édicte expressément cette règle. Néanmoins elle peut s'appuyer sur le premier alinéa de l'article 222 : « "Après l'achèvement" de la prescription (*Nach der Vollendung der Verjährung*) il est permis à l'obligé de refuser d'accomplir la prestation dont s'agit. » *A contrario* donc, cette faculté n'existe pas auparavant. Et quel effet d'ailleurs attribuer à la prescription en cours dans le silence du Code ?

La question ne se pose d'ailleurs même pas, en l'état d'une tradition constante sur ce point, et j'ai indiqué à plusieurs reprises combien le législateur allemand s'était conformé à elle dans la plupart des occasions.

Le Droit français est moins absolu. Dans quelques hypothèses il gradue les effets de l'inexercice d'un droit à proportion des délais pendant lesquels il n'en a pas été fait usage. La créance d'un fournisseur sur

son client, est prescrite d'une façon complète comme toutes les actions après trente ans d'inactivité de son titulaire (article 2262 du Code civil). Mais déjà au bout d'une année son efficacité n'est plus entière : il suffit au débiteur de jurer qu'il a payé sa dette, pour être libéré de toute obligation, malgré la preuve contraire (article 2272).

On peut envisager ces courtes prescriptions comme une étape vers la prescription trentenaire. Le Droit allemand ne connait rien de comparable ; il donne à toutes les prescriptions la même efficacité.

Titre II. — Effets de la prescription accomplie mais pas invoquée.

L'accomplissement de la prescription est par lui-même sans effets. Après comme avant le débiteur est obligé civilement ; qu'il vienne à faire défaut et les magistrats, même s'ils ont connaissance de la prescription acquise, devront le condamner (1). C'est de tout point la doctrine française le premier alinéa de l'article 222 est encore le seul fondement législatif de cette règle : » Après l'achèvement de la prescription il est " permis à l'obligé de refuser " (*ist der Verpflichtete berechti t zu verweigern*) d'accomplir la prestation dont s'agit ».

Le texte ne dit pas : la dette est éteinte, le débiteur ne doit rien ; il exige un acte de la part de l'obligé, un

(1) Voir plus haut, page 132.

refus pour qu'il soit mis hors de cause. Le défendeur tient entre ses mains son propre sort ; la loi s'en remet à lui ; qu'il décide en pleine liberté s'il fera ou non usage de cette faveur.

Cette formule « *berechtigt eine Leistung zu verweigern* » = « autorisé à refuser une prestation » n'est d'ailleurs pas une phrase quelconque ; c'est une expression solennelle : le Code l'emploie toujours pour désigner qu'il s'agit d'une exception (*Einrede*) et il ne l'emploie qu'à ce propos (1).

La prescription extinctive est donc une exception, en Droit allemand comme en Droit romain ; le texte ne laisse place à aucun doute ; aucune controverse ne s'est élevée à ce sujet. Tout ce que j'ai dit des exceptions dans le chapitre VII s'applique ici intégralement ; je n'y reviens pas. Il est d'ailleurs bien évident que la prescription est une exception péremptoire.

C'est parce que ce caractère d'exception plane sur toute la théorie de la prescription extinctive, que j'ai cru devoir l'exposer en tête de son étude.

De ce seul caractère attribué à la prescription, par un texte qui ne l'énonce qu'implicitement, mais que renforce une tradition constante, découle tout le système de la mise en œuvre de cette institution.

Le législateur n'a pas dit expressément que l'intéressé devait invoquer la prescription. Mais il a formulé

(1) Voir chapitre VII et notamment p. 36.

d'autres conséquences du même principe : que la prescription est une exception. L'article 222 dispose dans son second alinéa : « Ce qui a été livré pour satisfaire à une action prescrite, ne peut pas être répété, même si la prestation a eu lieu dans l'ignorance de la prescription. Il en est de même d'une reconnaissance contractuelle comme d'une constitution de sûreté par l'obligé ».

Si donc le débiteur accomplit la prestation requise, s'il reconnait son obligation, ou donne une garantie de sa dette, tous ces actes — nonobstant la prescription accomplie et malgré même qu'elle soit ignorée de l'intéressé — sont valables et définitifs par eux-mêmes, sans qu'ils constituent ni par conséquent impliquent une renonciation à la prescription acquise. Le débiteur ne peut ni exiger la restitution de ce qu'il a fourni, ni faire annuler sa reconnaissance de dette, ni reprendre la garantie octroyé.

Le paiement n'est même pas considéré comme une donation ; on y voit l'exécution pure et simple d'une obligation normale (1).

Enfin il est loisible au débiteur de renoncer à la prescription acquise. Cette renonciation peut être même tacite et inconsciente (2).

(1) WINDSCHEID, t. I, p. 500.
(2) Voir plus haut p. 97.

Titre III. — Effets de la prescription accomplie et invoquée.

La prescription produit son effet si le débiteur l'invoque une fois accomplie. Il faut pour cela que l'intéressé exprime nettement l'intention de s'en prévaloir ; il n'est pas question néanmoins, cela va sans dire, de formule solennelle.

§ I. — *Quand peut on invoquer la prescription.*

1

La prescription extinctive peut être invoquée en tout état de cause, et même en appel pour la première fois.

Le débiteur qui ne se hâte pas de l'invoquer doit prendre garde que rien dans sa conduite n'implique une renonciation à s'en prévaloir car la renonciation peut être tacite.

Dans le silence du Code, la question ne devrait même pas être posée et le silence des auteurs à ce sujet devrait lever les derniers doutes ; mais le Code allemand, en matière de prescription tout au moins, est la reproduction fidèle du Droit romain, il a accueilli les plus vieux principes de cette législation dans son état primitif ; en sorte que l'on peut se demander si le législateur de 1900, pour reproduire dans son œuvre le caractère intégral de *prescriptio* qu'avait notre institution à Rome, n'a pas voulu la voir invoquer aujour-

d'hui *in limine litis* comme elle s'insérait autrefois en tête de la formule.

Je crois que le législateur allemand n'est pas allé jusque là ; et qu'un ensemble de considérations générales d'une part, certains textes du Code allemand de procédure civile d'autre part, permettent d'affirmer que la prescription est valablement invoquée en tout état de cause.

Il serait d'une rigueur excessive, et que rien ne justifierait, d'imposer au défendeur l'obligation d'invoquer la prescription *in limine litis*. Il répugne à certaines personnes de se retrancher exclusivement derrière ce moyen de défense ; et le législateur allemand, d'une façon générale, tient le plus grand compte de ce scrupule de conscience (1).

Ce serait d'ailleurs introduire arbitrairement une source de nullité dans la mise en œuvre de la prescription ; et les nullités ne doivent pas plus se présumer en Droit allemand qu'en Droit français.

Si, d'autre part, la prescription peut en première instance être invoquée en tout état de cause, on ne voit pas de raison décisive pour interdire de s'en prévaloir en appel.

Les textes qui doivent entraîner l'adhésion des plus

(1) Voir, p. 127 et s., les motifs qui ont fait écarter le serment décisoire en matière de courtes prescriptions.

hésitants sont les articles 274, 278, 523, 528 et 529 du Code de procédure. Ils exigent une véritable étude, car ils ne sont pas absolument explicites.

2

Le second livre (*Zweites Buch*) du Code de procédure civile (*Civilprozessordnung*) s'occupe de la procédure en première instance. La section I (*Erster Abschnitt*) est consacrée aux tribunaux d'arrondissement, et le premier titre (*Erster Titel*) a pour objet la procédure antérieure au jugement. Après avoir traité de l'assignation (articles 253 et s.) et des conclusions (article 272), le législateur dispose que le défendeur doit faire valoir certains arguments *in limine litis* (article 274), mais qu'en principe les arguments des parties peuvent être proposés en tout état de cause (article 278).

Le premier alinéa de l'article 278 est en effet ainsi conçu : « Les moyens de la demande et de la défense (exceptions, demandes reconventionnelles, répliques, etc.) peuvent être mis en œuvre jusqu'à la clôture du débat oral sur lequel intervient le jugement » (1). Quant à l'article 274, il débute en ces termes : « Les exceptions qui tendent à empêcher le procès (2) doivent

(1) « *Angriffs- und Vertheidigungsmittel (Einreden, Widerklagen, Repliken, u. s. w.) können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden.* »

(2) Sur le sens exact de l'expression « *Prozesshindernde Einrede* » voir : *Traduction du Code de procédure civile*, p. 92.

être proposées conjointement et avant la discussion du fond de l'affaire par le défendeur. On ne doit considérer comme exceptions tendant à empêcher le procès que... (suit la liste limitative de ces exceptions) » (1).

De la comparaison de ces deux textes, de leur emplacement, résulte sans aucun doute la preuve que le défendeur peut mettre en œuvre, à un moment quelconque de la procédure de première instance, tous ses arguments autres qu'une des exceptions prévues à l'article 274.

Or, si la prescription extinctive est, en Droit allemand une exception (*Einrede*) (2), elle n'est pas comprise dans l'énumération limitative de l'article 274.

En première instance, la prescription peut donc être invoquée en tout état de cause.

Les articles 523, 528 et 529 du Code de procédure qui font partie tous trois de la section 1 du livre III, consacrée à la procédure d'appel (*Drittes Buch, Erster Abschnitt, Berufung*) prouvent que la prescription peut être invoquée à tout moment de la procédure d'appel.

« Les parties peuvent proposer les moyens de demande et de défense qui n'ont pas été mis en œuvre

(1) « *Prozesshindernde Einreden sind gleichzeitig und vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen. Als solche Einreden sind nur anzusehen...* »

(2) Sur l'*Einrede* voir plus haut chapitre IV. Que la prescription constitue une exception, voir plus loin p. 188.

en première instance, en particulier des faits et moyens de preuve nouveaux » (article 529, alinéa 1) (1).

Ce texte, par sa généralité, comprend la prescription. Il constituerait, à lui seul, une preuve suffisante que la prescription peut être invoquée en appel et en tout état de cette procédure. Mais les articles 528 et 523 le corroborent chacun sur l'un de ces points.

Suivant le premier : « Les exceptions dilatoires auxquelles la partie peut renoncer, ne peuvent être mis en œuvre que si la partie rend vraisemblable que, sans faute de sa part, elle s'est trouvée hors d'état de les faire valoir en première instance » (article 528, premier alinéa) (2).

Analysons ce texte. Il y a deux sortes d'exceptions dilatoires, les unes sont d'ordre public, les autres non. Elles doivent toutes être invoquées au début de la procédure de première instance. Si l'intéressé ne le fait pas il est présumé, s'il s'agit d'une exception qui n'est pas d'ordre public, y avoir renoncé et ne peut la reprendre en appel. Mais s'il s'agit d'une exception d'ordre public, il ne peut y avoir renoncé et il peut donc la reprendre en appel. Eh bien ! même si une exception dilatoire n'a pas été invoquée en première ins-

(1) « *Die Parteien können Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche in erster Instanz nich geltend gemacht sind, insbesondere neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen.* »

(2) « *Prozesshindernde Einreden, auf welche die Partei wirksam verzichten kann, dürfen nur geltend gemacht werden, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie ohne ihr Verschulden ausser Stande gewesen sei, dieselben in erster Instanz vorzubringen.* »

tance, *in limine litis*, comme elles doivent l'être en principe ; même si sa nature est telle que la partie puisse y renoncer ; cette forclusion tombe en appel si l'intéressé prouve qu'il n'y a eu de sa part aucune négligence.

A fortiori — et alors sans qu'il soit question de négligence — une exception dilatoire, omise en première instance, peut toujours être invoquée en appel si elle est d'ordre public.

Combien plus encore un argument tel que la prescription peut être mis en œuvre devant la Cour d'appel pour la première fois, alors qu'il ne constitue pas une exception dilatoire et n'a donc pas à être invoqué à un instant déterminé.

Quant au moment où les divers moyens de défense doivent être utilisés en appel, l'article 523 enjoint d'appliquer les règles édictées pour la procédure de première instance, sauf dérogation expresse ; et aucun texte dérogatoire ne mentionne la prescription. « Pour le surplus de la procédure (1) on applique par analogie les dispositions édictées, pour la procédure de première instance devant le tribunal d'arrondissement, à moins qu'il n'y soit dérogé par les textes de la présente section » (2)

(1) C'est à dire : pour ce qui suit l'acte d'appel et d'appel incident.

(2) « *Auf das weitere Verfahren finden die in erster Instanz für das Verfahren vor dem Landgerichten geltendem Vorschiften entsprechende Anwendung, sorweit nicht Abweichungen aus den Bestimmungen dieses Abschnitts sich ergeben.* »

Il n'y a pas de doute que cette règle très générale s'applique aussi à la mise en œuvre des arguments et en particulier de la prescription.

§ II. — *Effets de la prescription.*

L'effet de la prescription accomplie et invoquée consiste essentiellement dans la faculté pour le débiteur de refuser d'exécuter la prestation réclamée (article 222 alinéa 1) et accessoirement dans la prescription par contre coup des droits qui se trouvent dans un rapport étroit de dépendance et de subordination avec le droit prescrit (article 224). Article 222 : « Une fois la prescription accomplie, l'obligé est autorisé à refuser la prestation... » Article 224 : « Avec l'action principale se prescrit l'action qui a pour objet des prestations accessoires qui en dépendent même si la prescription spéciale à cette seconde action n'est pas encore accomplie. » Exprimé en des termes très différents l'effet principal de la prescription extinctive est donc le même en Droit allemand qu'en Droit français : c'est la libération du défenseur, qu'il soit ou non débiteur, à l'égard de celui qui se prétend créancier.

Par ailleurs c'est une question de fait et d'espèce que de savoir si un droit est tellement subordonné à un autre que la prescription de ce dernier réagisse sur lui (1). Les jurisconsultes allemands ne reconnaissent

(1) Crome, t. I, p. 509, note 13.

pas facilement la subordination comme suffisante pour produire cet effet.

2

Le législateur a réglementé dans certaines hypothèses les effets de la prescription d'une façon telle, qu'il est impossible d'y voir de simples applications des principes généraux de la matière. Voici deux textes d'une importance toute particulière et relatifs l'un aux sûretés réelles, l'autre à la compensation.

Considérons d'abord une créance garantie par une hypothèque ou un droit de gage. Il arrive qu'à raison de sa nature ou des circonstances, le droit principal se trouve prescrit avant que la sûreté que y est attachée ne le soit. Contrairement au Droit français, la prescription de la créance n'entraîne pas celle de sa sûreté (article 223 alinéa 1).

Mais la garantie qui seule subsiste ne conserve pas à la créance elle-même son efficacité. Par conséquent si la sûreté n'est attachée qu'à une partie de la créance, si la valeur du bien hypothéqué n'égale que la moitié de la dette, le créancier ne peut agir que dans cette limite. De même qu'en France le créancier hypothécaire a deux actions si le bien grevé passe aux mains d'un tiers ; de même en Allemagne ces deux actions se retrouvent, mais elles existent plus distinctes l'une de l'autre et en dehors même de toute aliénation du bien

grevé. « La prescription d'une action, pour laquelle existe une hypothèque ou un gage, n'empêche pas l'ayant-droit de poursuivre sur l'objet grevé la satisfaction de sa créance. » (article 223 alinéa 1).

La règle de l'article 223 alinéa 1 n'est pas d'une application absolue ; elle comporte une dérogation. Quand une action qui a pour objet les intérêts d'une somme ou des prestations qui se répètent à des intervalles réguliers ou non (1) est prescrite, la garantie qui peut lui être affectée ne lui survit pas ; la créance une fois prescrite, l'action hypothécaire s'éteint aussitôt et le créancier ne peut retirer du bien grevé les sommes qu'il n'est plus en droit d'exiger de son debiteur pris personnellement : « Ces dispositions ne s'appliquent pas à la prescription des actions en recouvrement d'intérêts ou d'autres prestations qui se répètent » (article 223 alinéa 3).

Je ne puis que blamer la disposition principale de l'article 223, qui admet la survivance de l'action hypothécaire ou de l'action du créancier gagiste au delà de l'action personnelle. Cette critique s'impose si l'on croit que l'influence destructrice du temps porte sur le droit lui-même et l'anéantit. Mais en admettant même la conception du Code allemand sur ce point, le reproche reste fondé. Cette survivance est en effet contraire à l'essence même des sûretés qui ne se conçoivent pas sans une obligation qu'elles garantissent, et à l'essence

(1) ACHILLES, art. 223, note 2 — PLANCK, sous l'art. 223, note 4, alinéa 3.

des droits accesoires qui est de les faire dépendre d'un droit principal. C'est une dérogation à l'article 224, aux termes duquel la prescription du droit principal entraîne celle des prestations secondaires ; et aux articles 1137 et 1211 qui accordent au propriétaire du bien grevé d'hypothèque ou de gage l'usage des exceptions qui appartiennent au débiteur personnel.

On a voulu légitimer l'article 223 par des considérations d'équité : Le créancier, a-t-on dit, auquel une sûreté a été accordée et qui fait en sorte qu'elle ne disparaisse pas, ne se figurera jamais que le droit principal, qu'elle a pour objet de garantir, pourra s'éteindre néanmoins (1).

La raison me paraît mauvaise. Elle pourrait en effet être invoquée contre toutes les formalités dont dépendent la création ou la conservation d'un droit. D'autre part l'octroi d'une sûreté interrompt la prescription du droit principal (article 208) ; en sorte que le seul fait précis et important, relatif à une sûreté — sa constitution — atteint déjà le but poursuivi par l'article 223.

Supposons maintenant que Primus est créancier de Secundus. Il ne fait pas valoir son droit. Mais avant qu'il ne soit prescrit, Secundus devient son créancier, en sorte qu'il suffirait d'une simple déclaration de l'une quelconque des parties à l'autre pour que la compen-

(1) MOTIFS, t. I, p. 344.

sation s'établisse (article 388). Cette déclaration n'a pas lieu. La créance de Primus achève de se prescrire. Secundus assigne en paiement de ce qui lui est dû Primus, qui lui oppose sa propre créance. Secundus en allègue la prescription. Voilà donc les magistrats en présence d'une prescription accomplie et invoquée : ils n'en devront tenir aucun compte, et prononcer la compensation.

« ... La prescription n'exclut pas la compensation, quand la créance prescrite ne l'était pas encore à l'époque où elle pouvait être compensée avec l'autre créance. » (Article 390).

Une créance prescrite et dont la prescription est invoquée peut donc être compensée avec une créance non prescrite, pourvu que la compensation eut été possible avant l'achèvement de cette prescription aujourd'hui parfaite.

Cette règle n'est peut être que l'application d'un principe plus général. Suivant M. Crome (1) il y a de nombreuses actions qui une fois prescrites ne permettent naturellement plus à leur titulaire d'exercer une instance, mais qui néanmoins peuvent être invoquées par lui sous forme d'exceptions, pour repousser une demande dont il est l'objet. Telles sont : les actions en résiliation d'une vente, en réduction du prix stipulé, ou en dommages intérêts, à raison d'un vice dans la prestation (article 478, 480, 490, 639) ; l'action en nul-

(1) CROME, t. I, p. 522.

lité d'une obligation pour défaut de cause (article 821) ou parce que le demandeur n'a acquis son titre que par un acte illicite (article 853).

Cette question fait d'ailleurs elle-même partie d'un problème plus général : on se demande en effet si d'une façon absolue les exceptions (*Einreden*) sont soumises à la prescription ou y échappent. Si elles y sont soumises, les dispositions législatives qui viennent d'être signalées constituent des dérogations à un principe général ; si elles y échappent au contraire, l'article 390 comme les articles 478 et autres ne sont que des applications de ce principe, données à titre d'exemple, ou pour écarter toute hésitation dans quelques hypothèses particulièrement délicates.

Un droit prescrit, et dont la prescription est invoquée par l'intéressé, n'est donc pas dépouillé de toute efficacité. Il n'est pas anéanti, il est seulement paralysé à certains points de vue.

C'est ce que M. Crome exprime par ces mots : « L'exécution forcée de la prestation n'est plus possible, mais la loi est favorable à toute autre exécution, en particulier à l'exécution spontanée de la prestation. (1) »

(1) « *Ist also auch zwangsweise Beitreibung der Leistung nicht mehr möglich, so wird doch jede andere, besonders die freiwillige Erfüllung begünstigt.* » CROME, t. I, p, 521.

3

Les auteurs allemands citent de la survivance du droits prescrit d'autres manifestations que celles que j'ai indiquées M. Cosack (1), M. Dernburg (2), par exemple, citent la faculté d'acquitter valablement et comme une obligation véritable une dette prescrite; ou la faculté de constituer une sûreté à un droit prescrit, même sans intention de renoncer au bénéfice de la prescription.

Mais il me semble que c'est là une confusion.

Il s'agit en effet dans toutes ces hypothèses de droits prescrits, mais dont la prescription n'est pas invoquée.

Concevrait-on un débiteur refusant d'acquitter une dette prescrite mais offrant une hypothèque à son créancier ?

Ou bien l'obligé allègue la prescription pour arrêter les poursuites que l'on va exercer contre lui, mais sans en réalité s'en prévaloir; et alors la constitution d'hypothèque est valable ; il fait montre de délicatesse et dit en somme au demandeur : « Je pourrais ne vous rien payer, puisque votre créance est prescrite. Mais je veux bien ne pas me prévaloir de cet argument. Je m'acquitterai, mais un peu plus tard seulement. Et pour vous tranquiliser je veux bien vous concéder une hypothèque. »

(1) Cosack, t. I, p, 262 et s.
(2) Dernburg, t. I, p. 534 et s.

Ou bien le débiteur se retranche derrière la prescription, déclare valablement qu'il est dégagé de toute obligation civile. Et alors la constitution d'hypothèque est nulle ; puisque on serait en présence d'un droit accessoire ne reposant sur aucun droit principal.

Je crois donc que j'ai cité, avec raison, ces marques de survivance des droits prescrits dans le titre II de cette section ; c'est parce que la prescription n'est pas invoquée, et non point parce que le droit prescrit est seulement paralysé, que ces phénomènes sont possibles.

4

En terminant cet exposé des effets pratiques de la prescription, il importe de signaler qu'un droit peut n'être prescrit que pour partie.

Supposons en effet un créancier qui réclame en justice une partie seulement de la somme qui lui est dûe. La prescription commencée est interrompue pour l'objet seulement de la demande ; le surplus de la dette achève de se prescrire (1).

Mais il ne me paraît pas qu'il faille rattacher cette extinction partielle du droit à une efficacité incomplète de la prescription. Les droits sont évidemment divisibles en autant de fractions qu'en comporte la prestation qu'ils ont pour objet.

A fortiori par conséquent, si d'un droit dérivent

(1) COSACK, t. I, p. 263.

plusieurs actions, l'une en remboursement du capital d'autres en paiement des intérêts par exemple, la prescription de chacune de ces actions est indépendante — sous réserve bien entendu de la règle que la prescription du droit principal entraîne la prescription des droits qui dépendent de lui (1).

Comme en Droit français toute une école lie intimément l'extinction de l'action en revendication et la perte du droit de propriété, je dois insister sur ce fait qu'il en est autrement en Droit allemand.

L'action en revendication se prescrit suivant les mêmes règles que toutes les autres actions ; sa prescription a les mêmes conséquences : à savoir que le propriétaire, privé de son bien, ne peut rentrer en sa possession.

Le droit de propriété reste intact au contraire. Il ne s'éteindrait que par l'acquisition qu'un tiers en ferait suivant des conditions toutes différentes de celles qui régissent la prescription extinctive.

Mais la prescription de l'action en revendication prive le propriétaire de la faculté de reprendre son bien. Son droit est donc à l'état latent. Il redeviendra efficace si le propriétaire rentre en possession ou si l'objet change de main. Dans les deux cas l'action qu'il pourra être amené à exercer pour se défendre ou

(1) Cosack, t. I. p. 263.

pour reprendre son bien est une action nouvelle, ce n'est pas celle qui a été prescrite ; et d'autre part une instance du tiers qui avait prescrit contre l'action en revendication sera repoussée par la qualité de propriétaire qui n'a jamais été perdue.

Sans doute, un tel concours de circonstances se présentera rarement ; mais la chose n'est pas impossible néanmoins. La distinction peut donc avoir un un réel intérêt pratique, et il convenait à ce titre de la signaler.

SECTION III

Explication par les jurisconsultes allemands des effets de la prescription extinctive d'après le Code civil allemand

J'ai essayé dans ce chapitre d'établir d'abord ce que devraient être les effets de la prescription et comment ils devraient se produire, en me dégageant de la tradition juridique, et en combinant d'une part la conception philosophique qu'on pourrait avoir de la prescription et que le Droit allemand parait bien en avoir, avec d'autre part les leçons de l'histoire et l'examen des faits tangibles.

Ensuite j'ai dit quelles étaient les conséquences effec-

tives de la prescription et par quelle procédure elles sortaient à effet. Leur simple énoncé a montré l'abime qui séparait la réglementation qui aurait dû être et celle qui est.

Cette critique s'adresse aussi bien à la législation française, qu'à la législation allemande ; et l'on a pu écrire sur la prescription française ces paroles qui s'appliqueraient à merveille au Code de 1900 : « La prescription a une physionomie assez complexe. C'est une institution fondée sur un motif d'intérêt général, social.... Cependant... la prescription n'est pas d'ordre public... C'est cette physionomie complexe, ces éléments presque contradictoires que l'on retrouve dans la nature de péremption » (1).

Les jurisconsultes allemands prétendent au contraire que le législateur a développé rationnellement sa conception de la prescription extinctive et que les règles formulées par le Code sont la suite logique de ces idées.

Comment d'un même point de départ est-il possible d'aboutir à des solutions aussi contradictoires que le sont celles que j'ai été amené à formuler et celles édictées par la loi ? Comment raisonnent les auteurs allemands ? Que valent leurs discussions ? Tel est l'objet de cette section.

(1) Répertoire du Sirey, *verbo* : « Péremption d'instance », n° 14.

TITRE I. — POURQUOI LA PRESCRIPTION INSTINCTIVE DOIT ÊTRE INVOQUÉE

§ I. — *Exposé*

1

Tandis que le Droit français voit dans la prescription un moyen de défense, puisque l'obligation est anéantie comme par un paiement, le Droit allemand l'envisage comme une exception *(Einrede)* (1). La rédaction de l'article 222 ne laisse place à aucun doute ; la formule caractéristique des exceptions s'y retrouve « ... *ist der Verpflichtete berechtigt, die Leistung zu verweigern* » = « .. l'obligé est autorisé à refuser la prestation » (2). Au surplus, tout le monde est d'accord sur ce point.

Puisque la prescription est une exception, il est de toute logique que les règles de mise en œuvre des exceptions lui soient applicables : qu'elle doive être invoquée (3).

Suivant M. Kuhlembeck, le Code en donnant à la prescription la nature d'une exception serait allé con-

(1) Sur les Exceptions *(Einreden)*, voir tout le chapitre VII.
(2) Voir plus haut p. 36.
(3) Voir plus haut p. 33 et s.

tre l'idée qui avait paru se dessiner au cours des travaux préparatoires (1).

Rien ne me parait justifier cette assertion, et c'est exactement l'inverse que je crois la vérité.

Si cet auteur trouvait une contradiction entre la nature que le Code attribue à la prescription et celle qu'auraient pu faire présager les remarques de Windscheid et autres sur l'effet du temps, je serais de son avis. Mais dès les premières discussions en vue de l'établissement du Code, la toute puissance de la tradition s'affirme et il ne semble pas que quelqu'un ait jamais proposé de voir dans cette institution autre chose qu'une exception.

Dans l'exposé des motifs qui accompagne le Premier Projet se manifeste déjà toute la théorie du Code : « La prescription, y est-il dit en substance, n'agit pas *ipso facto* ; elle doit être invoquée par le défendeur ; les juges ne sont pas autorisés à suppléer au silence de l'intéressé ; la renonciation unilatérale du débiteur à la prescription est valable ; l'intérêt public est sauvegardé de façon suffisante par ces disposition » (2).

Le texte arrêté à la suite de ces discussions, et qui est devenu l'article 222, aliéna 1, renferme expressé-

(1) « *Auch nach dem Bürgerlichen gesetzbuche erzeugt die Verjährung nur eine Einrede, obwo l diese Behauptung der Auffassung der Motive nicl t entspricht* = D'après le Code civil aussi, la prescription n'engendre qu'une exception, quoique cette assertion ne corresponde pas à la conception des travaux préparatoires ». KUHLENBECK, t. I, p. 564.

(2) MOTIFS sous l'article 182, t. I, p. 341.

ment le mot *Einrede* = " exception " : « Une fois la prescription accomplie, il existe contre l'action une exception qui en exclut l'exercice d'une façon perpétuelle (1) ».

La seconde Commission eut à examiner deux amendements qui supprimaient le mot " exception ". Le texte serait devenu : « Une fois la prescription accomplie, l'obligé peut refuser de satisfaire à la prétention du demandeur (2) », d'après l'un d'eux ; l'autre proposait la même rédaction en substituant au mot « peut » (*kann*) l'expression « est autorisé » (*ist befugt*) (3). C'était en somme la formule actuelle.

La Commission écarta ces deux rédactions, après qu'on eut remarqué = « que précisément en matière de prescription le terme " exception " est d'un usage constant aussi bien dans le droit en vigueur que dans la pratique du langage quotidien, et qu'il est plus clair que les périphrases proposées » (4).

(1) « *Nach Vollendung der Verjährung steht dem Anspruche eine Einrede entgegen, durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen wird* ». PREMIER PROJET, art. 182, alinéa 1.

(2) « *Nach der Vollendug der Verjährung kann der Verpflichtete die Befriedigung der Anspruchs verweigern* ». PROCÈS-VERBAUX, t. I, p. 232, amendement 1.

(3) *Id.* p. 232, amendement 2.

(4) « *Dass gerade bei der Verjährung der Ausdruck " Einrede " sowohl im geltenden Rechte als im Sprachgebrauche des Lebens durchaus gebräuchlich und dass er verständlicher sei, als die vorgeschlagenen Umschreibungen* ». *Id.* p. 233.

Le texte du Premier Projet fut maintenu, à un mot sans importance près (1).

C'est seulement à la suite d'une nouvelle délibération que cette même Commission fit disparaître le mot " exception ", pour aboutir au texte actuel (2). Mais dans la pensée de ses auteurs ce changement de rédaction ne correspondait pas à une nouvelle conception de la prescription. Les procès-verbaux des séances sont tout ce qu'il y a de plus explicite sur ce point. C'est une pure question de rédaction (3).

Ainsi donc, les divers rédacteurs du Code ont toujours considéré la prescription comme une exception. Le système traditionnel n'a jamais été combattu au cours des travaux préparatoires et le Code l'a accueilli sans hésitation aucune.

2

Mais pourquoi le législateur a-t-il considéré la prescription comme une exception, plutôt que comme un un moyen de défense ?

Voici, résumée, la justification que donne M. Dernburg de cette décision : « L'intérêt public exige qu'une législation reconnaisse la prescription extinctive. Il faut d'autre part ne porter atteinte que le moins possible aux droits acquis. Il suffit, dès lors, que la prescription

(1) Deuxième Projet, art. 187, alinéa 1.
(2) Troisième Projet, art. 217, alinéa 1.
(3) Procès-Verbaux, t. VI, p. 142.

empêche l'exécution forcée, et pour cela qu'elle constitue une exception (1) ».

Je suis convaincu que les auteurs du Code n'ont jamais tenu ce raisonnement.

D'abord, nous n'en trouvons pas trace, à ma connaissance, dans les travaux préparatoires.

Ensuite, l'argument ne me semble pas décisif. Il n'est ni évident, ni démontré, que les droits sont impérissables. S'il le sont, aucune atteinte ne leur doit être portée ; les principes sont également transgressés quelle que soit la gravité de la violation qu'on leur inflige. Même si le droit était anéanti par la prescription, un débiteur honnête exécuterait son obligation ; la seule chose qui importe c'est l'exécution forcée ; et le législateur l'a tellement vu que les effets, signalés plus haut, des droits prescrits se rattachent à l'exécution forcée (2).

(1) « *Aber der Rechtsidee ist es gemäss, das in bestehende Rechte nicht tiefer eingegriffen Wird, als der allgemeine Nutzen und der allgemeine Friede schlechthin fordern. Hierzu genügt, der zwangsweisen Geltendmachung des Rechtes nach dessen Verjährung entgegenzutreten... Demnach erfolgt die Geltendmachung nur durch " Einrede ", mittels deren sich der Verpflichtete auf die Verjährung gegenüber der Klage beruft.* » = « Mais il est conforme à l'idée de droit de ne pas porter, aux droits qui existent, une atteinte plus profonde que ne l'exige l'utilité et la paix générales. Il suffit, pour cela, de repousser l'exécution forcée d'un droit prescrit... C'est pourquoi la mise en œuvre de la prescription a lieu sous forme d' " exception ", au moyen de laquelle l'obligé se réclame de la prescription à l'encontre de la demande dont il est l'objet. » DERNBURG, I, p. 534.

(2) Voir plus haut, p. 182 et s.

La raison qui a dicté aux auteurs du Code la solution qu'ils ont choisie, c'est la tradition et la tradition seule.

L'absence d'autres motifs énoncés est déjà une présomption grave ; celle-ci se transforme en certitude quand on tient compte des tendances conservatrices du législateur.

Mais les travaux préparatoires sont très explicites sur ce point. On a voulu conserver non seulement les principes, mais les formes mêmes de langage usitées à ce propos ; les Procès-Verbaux relatent les délibérations dans ce sens de la Seconde Commission (1).

Le législateur de 1900 a donc, envers et malgré tout, décrété que la prescription était une exception, pour la seule raison qu'il en avait été toujours ainsi.

3

M. Kipp, comme tous les jurisconsultes allemands, voit dans la prescription une exception. Il ne fait pas difficulté non plus d'admettre qu'elle ne produit effet que si le défendeur l'invoque. Mais il ne lui paraît pas que cette seconde proposition soit une conséquence nécessaire de la première. Pour la justifier il faut selon lui faire aussi intervenir des raisons tirées de la nature intime de la prescription (2).

« Le Droit allemand, expose en substance cet auteur,

(1) Voir plus haut, p. 192 et s.
(2) KIPP, t. I, p. 501.

distingue les arguments de la défense en deux catégories quant à leur mise en œuvre. Le juge doit d'office tenir compte des uns; l'intéressé est obligé, au contraire, d'invoquer les autres. Le classement ne se fait pas d'après des motifs de procédure, mais selon la nature même des arguments. Le magistrat tiendra spontanément compte de ceux dont sans aucun doute le défendeur ferait usage. Si, au contraire, des motifs de convenance ou d'intérêt, par exemple, peuvent faire prévoir une hésitation de la part de l'intéressé à se servir de cet argument, le juge ne doit pas suppléer à son silence; dans cette catégorie rentrent la prescription, à raison d'une très grande loyauté possible du défendeur, et les exceptions qui impliquent pour lui l'exercice d'un de ses droits, telles que la compensation » (1).

Je n'approuve pas plus la critique faite par M. Kipp que le système du Code. J'ai blâmé la distinction établie entre les moyens de défense et les exceptions, car elle est une survivance des législations à formules solennelles. Mais si on accepte cette classification des arguments, comme le fait le Code et l'auteur lui-même qui nous occupe, il en faut bien admettre les conséquences; et notamment la principale, qui est : que l'intéressé doit invoquer les exceptions.

Quant à l'explication tentée, elle est à la fois bien subtile, et en contradiction avec la nature des deux

(1) *Id.* p. 177.

institutions en cause. Bien subtile, car comment savoir si le défenseur invoquerait tel argument avec ou sans hésitation. Celà dépend du tempérament personnel et des circonstances, nécessite un examen minutieux des faits de la cause et d'éléments de moralité qui échappent absolument au juge.

D'autre part la classification d'un argument dans la catégorie " exception " ou dans la catégorie " moyen de défense " devrait avoir lieu sur un examen superficiel, d'après ses caractères extérieurs, et non pas sur une étude approfondie de toute l'affaire, comme le nécessite le système de M. Kipp. Le problème qui se pose est une question de forme ; ce n'est point d'après le fond de l'affaire qu'il devrait se résoudre.

Enfin, tout cela admis, il est impossible de ranger la prescription dans la catégorie où la met M. Kipp. Le législateur par un acte d'autorité peut la déclarer une exception, mais un jurisconsulte ne peut pas aussi librement faire bon marché des caractères d'une institution.

Par sa nature, la prescription relève des forces extérieures à l'homme (1). Le législateur, malgré sa timidité en face de la tradition, a dû le reconnaître et souvent sacrifier l'intérêt privé à l'intérêt général, dans une certaine mesure même l'équité à l'ordre public. Le Code allemand a écarté le serment décisoire qui pouvait contribuer à faire hésiter le défendeur entre des scru-

(1) Voir plus haut, chapitre III et chapitre XII, section I.

pules excessifs et un bienfait que la loi lui impose presque (1). Et cependant c'est sur une délicatesse exagérée de conscience que M. Kipp voudrait voir fonder tout le système de la mise en œuvre de la prescription ! La chose est inadmissible.

§ II. — *Critique*

J'ai par avance fait la critique des règles édictées par le Code allemand pour la mise en œuvre de la prescription ; puisque j'ai exposé comme rationnels et logiques des principes tout différents (2).

Je ne m'étais fondé que sur des raisons philosophiques. D'autres arguments les renforcent maintenant. En pénétrant dans le domaine juridique nous constatons dans la doctrine du Code des contradictions ; à ce point qu'un de ses admirateurs, M. Kipp, en a été frappé et s'est efforcé — vainement m'a-t il paru — de le justifier.

Le législateur allemand a reconnu la réalité objective de la prescription ; il a cru aussi, et avec raison, que cette institution était conforme à l'intérêt général.

Parti de ces deux principes qui se renforcent mutuellement, il a reculé devant leur conséquence logique. Son système manque d'unité.

Cette solution choque encore d'avantage si l'on songe que le Droit allemand n'admet pas de réplique à l'ex-

(1) Voir plus haut, chapitre IX, section IV.
(2) Voir plus haut, chapitre III et section I du présent chapitre.

ception de la prescription, soit sous forme de serment déféré au défendeur, soit sous le prétexte de sa mauvaise foi. L'inconséquence est de ce chef encore plus manifeste ; elle n'existe pas seulement entre la conception théorique et les manifestations concrètes de cette institution, mais entre les diverses manifestations elles-mêmes.

La législation française n'est pas plus conséquente avec elle-même. Les points de rupture du système se placent seulement à un autre de ses échelons.

Elle attribue à la prescription comme principe : l'action du temps. Elle en reconnaît la force en voyant dans cette institution mieux q'une simple exception : c'est à ses yeux un véritable moyen de défense puisqu'elle éteint les droits.

Mais elle admet le serment décisoire et oblige le défendeur à invoquer la prescription. Les effets de cette institution ne se trouvent donc pas d'accord avec ses origines, ses causes, sa nature, telles que le législateur les a reconnues ; mais du moins sont-ils d'accord entre eux. Ils ne répondent pas aux prémices, mais ils sont tous deux la manifestation d'une même conception.

Le législateur de 1804 a été plus artiste que celui de 1900, s'il n'a pas été plus indépendant à l'égard de la tradition et meilleur économiste. Le génie propre des deux peuples se retrouve même ici.

TITRE II. — POURQUOI LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE N'ANÉANTIT PAS LE DROIT.

Avant la publication du Code civil, deux systèmes existaient en Allemagne sur l'effet de la prescription (1).

Selon les uns, le Droit lui-même (*Recht*) était atteint, ou tout au moins l'action (*Anspruch*) était complètement anéantie. Cette opinion était défendue par Büchel, Bekker, Vangerow, Windscheid ; le tribunal de l'empire (*Reichsgericht*, soit la Cour de cassation d'Allemagne) s'y était rallié ; c'était la théorie de la *stärkere Wirkung*, de " l'effet énergique ".

D'autres jurisconsultes, plus nombreux, voulaient qu'une véritable obligation subsistât, mais bien entendu une obligation naturelle, dépourvue donc de toute action ; capable néanmoins d'entraîner maintes conséquences. C'était la théorie de la *schwächere Wirkung*, de " l'effet restreint " à laquelle se rattachèrent Savigny, Hölder, Dernburg.

La promulgation du Code de 1900 a établi l'accord entre les jurisconsultes allemands, ou à peu près.

La prescription est sans influence sur le droit (*Recht*). Malgré la prescription accomplie et invoquée, le droit reste absolument ce qu'il était avant.

C'est sur l'action (*Anspruch*) que la prescription

(1) ENDEMANN, t. I, p. 395, note 3. — CROME, p. 521, note 7.

agit. C'est entre elle et l'action et non pas entre elle et le droit que le code établit une relation. Tout le démontre de façon certaine. L'expression même d'*Anspruchsverjährung* = " prescription des actions " a été préférée à toutes celles que l'on aurait pu croire synonymes mais qui ne renfermaient pas le mot d'*Anspruch* (1), les textes du code relatifs à la prescription renferment presque tous le mot *Anspruch* : 194, 196, 197, 198... Le législateur a fixé le point de départ de la prescription en raison de l'action. C'est par la définition de " l'action " que commence (article 194) la section du Code consacrée à la prescription. Toutes les délibérations tenues à ce sujet par les diverses commissions de rédaction confirment cette façon de voir. Aussi les divers auteurs paraissent admettre la chose comme indiscutable (2).

Mais l'action elle même n'est pas anéantie par la prescription, elle est seulement paralysée à certains points de vue, tandis qu'elle reste active à d'autres (3).

Il me paraît excessif de proclamer à la fois que le droit n'est pas atteint du tout par la prescription et que

(1) Voir plus haut, p. 52.

(2) Cosack, t. I, p. 252; Crome, t. I, p. 505 et 520; Dernburg, t. I, p. 510.

(3) « *Nicht das Recht, sondern der Anspruch des Berechtigten verjährt. Aber auch der Anspruch wird durch die Verjährung nicht zerstört, sondern nur abgeschwächt* » = « Ce n'est pas le droit, mais l'action du créancier qui se prescrit. Bien plus, la

l'action n'est pas détruite mais seulement paralysée. C'est restreindre plus que de raison les effets de cette institution. Cette solution extrême n'est pas nécessaire pour justifier les résultats pratiques auxquels aboutit le Code allemand.

Pour les expliquer, il fallait écarter l'hypothèse d'un anéantissement du droit, et décider soit que le droit était atteint dans une certaine mesure, soit — ce qui revenait au même — que l'action était totalement détruite. L'action est en effet une des manifestations du droit ; l'anéantir équivaut à priver le droit de son efficacité dans une direction déterminée.

Il suffit que le droit ne soit plus intégral pour comprendre que l'obligé puisse lui résister ; mais sa survivance partielle légitime les effets que le Code lui prête une fois la prescription accomplie.

En sens contraire, il est tout naturel que le débiteur résiste victorieusement à la demande, si l'action qui la sanctionne est anéantie ; cependant que le droit, demeuré intact, permet de concevoir comme valable une

prescription ne détruit pas l'action, elle se borne à l'affaiblir » (Cosack, t. I, p. 262). — « *Die Wirkung der vollendeten Verjährung besthet keineswegs in einer Vernichtung des Anspruchs... Die Verjährung giebt ihm [dem Anspruchsverpflichteten] ein Recht : ein Gegenrecht gegen den Anspruch* » = « L'effet de la prescription accomplie ne consiste pas du tout dans un anéantissement de l'action... La prescription donne à l'obligé un droit : un contre-droit contre l'action. » (Crome, t. I, p. 519 et 520). « *... die Verjährung den Anspruch nicht vollkommen beseitigt* » = « La prescription n'écarte pas complètement l'action. » Kipp, t. I, p. 243. — Dans le même sens, Planck, t. I, p. 243.

exécution spontanée de l'obligation afférente et la naissance de nouvelles actions qui, soit directement, soit sous forme d'exceptions, produirent les effets voulus.

Plusieurs jurisconsultes ont sans doute senti la subtilité excessive de leur théorie ; ils ont vu en réfléchissant s'effacer toute différence entre une atteinte au droit et une atteinte à l'action, quand ces atteintes sont trop faibles pour anéantir soit le droit, soit l'action Ils ont été alors conduits à déclarer qu'en matière d'obligation, il n'y avait pas grand intérêt pratique à distinguer le droit et l'action ; que les conséquences d'une prescription portant sur l'action sont à peu près identiques à celles qui résulteraient d'une prescription agissant sur le droit. Mais du moins, disent ils, la différence éclate à propos des droits réels (1).

Pas plus en matière de droits réels qu'en matière de droits personnels je ne vois d'intérêt soit pratique, soit même théorique à distinguer la prescription des droits et la prescription des actions, puisque la prescription n'a jamais pour effet de détruire complètement son objet. Elle revient toujours à donner au défendeur un moyen de résister dans une certaine mesure aux prétentions du titulaire du droit ; mais cette mesure est absolument arbitraire ; la tradition, l'opportunisme, ont guidé le législateur dans sa détermination ; jamais un grand principe ne lui a servi de guide. Et on ne saurait pas plus la présenter comme une conséquence né-

(1) Voir chapitre VIII, section I, titre II.

cessaire de la prescription des actions que de la prescription des droits, d'un anéantissement que d'une paralysie de l'action.

SECTION IV

Véritables motifs des effets pratiques attribués par le Code à la prescription.

1

Les raisons par lesquelles les auteurs allemands justifient les effets pratiques attribués par le Code à la prescription, ne satisfont pas l'esprit ; elles n'expliquent pas toujours les solutions adoptées, elle ne les imposent jamais

Une idée au contraire a dominé toute la rédaction des articles sur la prescription, c'est la tradition ; à maintes reprises elle a été exprimée formellement. C'est dans le respect des usages anciens, des règles romaines, très accesoirement dans des motifs d'équité, qu'il faut chercher la cause des dispositions du Code.

Quand le motif déterminant a été véritablement l'apportunisme et l'équité ; alors même, ces considérations pratiques n'ont pu produire leur effet que grâce à la conservation des principes du droit romain primitif. Car sans eux, le Code de 1900 eut admis peut-être l'extinction des droits par la prescription, et les effets qu'il

assure aux droits prescrits au nom de l'équité n'auraient pu se produire.

Mais l'on ne pouvait avouer des raisons aussi simples parfois aussi faibles, et les jurisconsultes allemands ont cherché à établir un système qui impose les résultats atteints. Ils n'y sont point parvenus, comme nous venons de le voir.

Il est facile au contraire de se rendre compte que la tradition et l'équité expliquent, si elles ne les justifient pas, toutes les solutions adoptées.

Un débiteur dont l'obligation est prescrite, peu importe d'ailleurs qu'il le sache ou l'ignore, acquitte sa dette, la reconnaît ou accorde à son créancier une garantie. En droit strict il ne devrait plus rien ; tous ses actes devraient donc être envisagés comme manquant de cause, comme l'exécution d'une obligation inexistante ; ils devraient par suite être nuls.

Mais en morale pure, ce débitenr ne fait que remplir son devoir : condamner le créancier à restituer ce qu'il a justement perçu, considérer la reconnaissance de dette comme non avenue, annuler la garantie octroyée serait une faveur imméritée pour l'une des parties, une injustice à l'encontre de l'autre.

L'équité conseille dès lors au législateur de rendre definitifs les actes accomplis. Quant aux diverses raisons qui justifient la prescription, elles ne sont pas de mise, puisque l'accord des deux parties ne laisse

place à aucun doute sur la réalité de l'obligation ou sur son montant (1).

Cependant la reconnaissance de sa dette par un débiteur n'est pas une preuve irréfragable de son obligation. Il est toujours en droit d'établir qu'il a payé par erreur, en l'absence de toute cause. Or, si l'obligation est prescrite, il n'y a plus de cause juridique à ces prestations, en supposant un effet absolu à cette institution.

Donc, même dans les hypothèses que nous envisageons, les solutions du Code impliquent en première ligne une puissance très limitée de la prescription. L'idée d'équité ne joue qu'un rôle secondaire. Leur cause véritable c'est la tradition.

Puisqu'il admettait cette renonciation indirecte, parfois involontaire, à la prescription acquise, le Code devait autoriser une renonciation véritable, soit expresse, soit tacite.

Mais il aurait dû l'envisager comme une donation, bien qu'en réalité ce débiteur consciencieux ne fasse que payer sa dette. Il n'est pas obligé civilement et c'est là tout ce que le droit devrait considérer.

N'arrive-t il pas que des libéralités apparentes ne soient que des restitutions déguisées ? et qui songe à leur refuser le caractère d'actes à titre gratuit ? La seule différence et entre ces hypothèses et la nôtre est

(1) CROME, t. I, p. 521-522.

que le Code dans notre espèce croit connaître la cause de l'acte, et qu'il l'ignore dans les autres.

Mais outre que cette connaissance n'est qu'une probabilité, la théorie de la cause tout entière me paraît un archaïsme, une erreur, qu'une prétendue sauvegarde de la morale est incapable de justifier. Il y a toujours une cause à un acte ; la nullité pour défaut de cause ne se conçoit pas, puisqu'en principe un acte n'a pas besoin d'énoncer sa cause. D'autre part, il est facile de déguiser la cause véritable d'une opération juridique.

A l'origine des peuples, le droit et la morale se confondaient. Les chefs légiféraient sur l'un et sur l'autre. Quand l'intérêt public était en cause et qu'en outre les circonstances se trouvaient connues des magistrats, l'acte répréhensible, délit ou réclamation injustifiée, tombait sous le coup des sanctions humaines. Dans les autres cas, la force des choses amenait le législateur à ne menacer le coupable que du châtiment divin. La théorie de la cause n'est qu'une transposition dans le domaine du droit de ce qui aurait dû rester objet de religion.

Le Code allemand a donc eu raison d'autoriser la renonciation expresse à la prescription acquise ; mais il a eu tort de ne voir dans cet acte qu'une opération à titre onéreux, l'exécution d'une obligation due. Il fallait se dégager de la tradition et l'envisager comme une libéralité.

Il est impossible de trouver une preuve plus manifeste du respect excessif du législateur allemand pour la tradition, que l'article 223. Je me suis occupé, à propos des effets que le Code attribue à la prescription (1), de cette disposition qui proclame la survivance de l'action hypothécaire et de l'action du créancier gagiste au-delà de l'action principale dont elles ne sont que les garanties.

J'ai dit combien me paraissaient faibles les raisons données à son appui ; il me parait certain que jamais le législateur allemand n'aurait conçu cette règle, sous la seule influence de ces motifs.

Ces raisons sont tellement faibles qu'elles ne supportent pas un instant la comparaison avec la foule d'arguments théoriques et pratiques qui auraient dû faire écarter l'article 223. On peut absolument les négliger et ne voir à ce texte aucune autre cause que l'admiration sans borne des dispostions même les plus étranges du Droit romain (2).

Nous avons vu que souvent une action prescrite, incapable parconséquent d'appuyer une demande, vaut encore comme moyen de défense. Elle s'est transformée en exception (3).

(1) Voir plus haut section III, titre III, § II, 2 du présent chapitre.

(2) TRADUCTION, p. 329 à 331.

(3) Voir plus haut section II, titre III, § II, 2 du présent chapitre.

Une simple notion de justice rend facilement compte de ces dispositions, du moment qu'on n'accorde à la prescription qu'un effet restreint.

Envisageons, par exemple, l'hypothèse de l'article 390. Un raisonnement comparable pourrait être tenu dans chacune des autres espèces.

Primus est créancier de Secundus. Au bout de quelque temps, il devient par ailleurs son débiteur. Dès lors, ils ne songe plus à lui réclamer le paiement de sa créance, car la compensation lui serait opposée; mais il néglige de faire à Secundus la déclaration qui opère la compensation aux termes de l'article 388. Il y a là, sans doute, une petite négligence; mais l'opération essentielle, la réclamation d'un paiement est impossible; vexatoire à l'encontre de Secundus, elle entraînerait des frais inutiles à la charge de Primus, et il est très équitable que ce dernier n'agisse pas en justice. Il est donc équitable aussi que si Secundus poursuit Primus en paiement de la seconde dette, après que la première est prescrite, le défendeur puisse faire repousser sa demande en lui opposant, à fin de recompensation, la première dette (1).

2

Il y a vingt cinq siècles, les chefs d'une peuplade italienne décidèrent que les droits qui seraient acquis conformément à leurs lois dureraient éternellement.

(1) CROME, t. I, p. 522.

Bien vite leurs successeurs s'aperçurent des inconvénients de cette règle; et quoique respectueux du passé, ils lui apportèrent, par des artifices de procédure et de langage, une à une, tant d'exceptions que la règle finit par se trouver retournée.

Mais les jurisconsultes de ce peuple s'avisèrent de concilier le principe et la réalité, contradictoires en apparence. Ils appliquèrent le principe aux droits et les règles pratiques aux manifestations de ces droits, aux actions.

Cette distinction des droits et des actions se concevait, car le droit n'engendrait pas nécessairement l'action. Celle ci était la conséquence d'une disposition législative expresse, et non directement du droit qu'en fait elle sanctionnait.

Le temps passa. De nouvelles législations s'établirent Leurs auteurs osèrent, non pas regarder uniquement la réalité sans se soucier des législations disparues, mais ils eurent le courage de ne pas voir cette réalité exclusivement au travers des règles surannées du Droit romain primitif. Sans doute, la prescription resta pour eux une exception, conception incompatible avec la méthode judiciaire moderne; tant il est vrai que la forme, si étrange soit-elle, survit aux circonstances qui l'ont imposée. Sans doute, encore ils furent timides dans les effets qu'ils attribuèrent à la prescription. Mais enfin, ils eurent conscience que les actions n'existaient pas; qu'elles étaient la manifestation du droit; qu'elles étaient pour lui, ce que la forme, la couleur, le

poids, etc , sont à l'essence de la matière ; ils comprirent que la prescription devait porter sur le droit lui-même autant que sur l'action, puisque c'est une seule et même chose.

« La prescription, dit l'article 2219 du Code civil français, est un moyen d'acquérir ou de se libérer... ». D'acquérir, et non pas seulement de repousser les réclamations d'anciens propriétaires ; de se libérer, et non pas seulement de résister à leur prétention. Le bénéficiaire de la prescription n'a pas seulement un argument de procédure ou presque, pour refuser ce qu'il devrait remettre. Mais il est vraiment propriétaire, comme par un achat, vraiment libéré de son obligation comme par un paiement.

Quelques années plus tôt, le législateur prussien avait écrit : « Par la prescription les droits acquis peuvent se perdre, aussi bien que de nouveaux droits peuvent s'acquérir » (1). Il affirmait, de façon encore plus nette que le législateur français, que l'objet de la prescription, c'était le droit lui-même.

Près d'un siècle s'écoule. Et une grande nation, jeune et puissante, instruite et confiante dans l'avenir, s'effraie de ce pas ridiculement petit que l'Europe a mis beaucoup plus de mille ans à faire. Elle revient en toute hâte, et sans discuter, au principe tiré d'une petite phrase échappée il y a si longtemps, peut-être sans

(1) « *Durch die Verjährung können sowohl Rechte die Jemand gehabht hat, verloren, als neue Rechte erworben werden.* » Droit prussien, 1re partie, titre IX, art. 501.

beaucoup de réflexion, à un législateur, alors de peu d'importance. Elle groupe dans son Code toutes les contradictions qu'une évolution de vingt siècles a pu accumuler : il n'y a plus de procédure formulaire, de termes sacramentels, et la prescription sera une *præscriptio* dont l'usage sera régi par des conditions de forme disparues ; tous les jurisconsultes seront d'accord pour affirmer inévitable et bienfaisante l'influence destructrice du temps sur toutes choses, même sur les facultés juridiques, et ces jurisconsultes proclameront, dans un Code qui est leur œuvre, un principe tout contraire, et s'efforceront d'y soumettre la pratique de la vie sociale.

SECTION V

Des obligations naturelles

Souvent on parle d' " obligation naturelle " pour expliquer comment certains effets juridiques se produisent malgré la prescription du droit qui les engendre.

Dans les développements qui précèdent je n'ai pas employé ce terme, ni recouru à cette notion. Le Code allemand les ignore, et ses interprètes ont eu la sagesse de ne pas les introduire dans le nouveau droit (1).

(1) CROME, t. I, p. 521, note 7. — WINDSCHEID, t. I, p. 497 et 498. — KIPP, t. I, p. 502.

La sagesse, car il était téméraire et regrettable de faire intervenir une conception étrangère à des textes législatifs d'une langue si rigoureuse, si étudiée. La sagesse encore, car il me paraît que la théorie de l'obligation naturelle, comme celle de la cause, est un archaïsme et la conséquence d'une confusion entre le droit et la morale.

A l'origine des peuples, la religion embrasse toutes les connaissances humaines et presque tous les actes de la vie. Beaucoup plus tard seulement les sciences, le droit, la philosophie, se dégagent d'elle et deviennent autonomes. Mais au commencement tout se confond : les obligations civiles s'identifient avec les devoirs de morale, l'état punit les sacrilèges.

Les préceptes sociaux distinguent à ces époques deux catégories de devoirs ; la collectivité assure l'exécution des uns, parce que leur détermination ou la preuve de leur violation est simple, et parce que la sûreté publique, l'intérêt général sont en cause ; pour les autres la religion seule en impose l'accomplissement et ce sont les dieux qui puniront celui qui s'y dérobe, soit que la collectivité s'en désintéresse, soit qu'ils échappent à ses modes d'investigation.

Plus tard les uns deviendront les obligations civiles, les autres des devoirs de conscience. La religion continuera à s'occuper de tous : la justice divine n'est pas exclue par les sanctions humaines. Mais le droit négligera les seconds.

Cependant, comme les révolutions n'existent pas; comme tout n'est que lente transformation; la science juridique conserve le souvenir de son origine et ne peut pas se résigner à délaisser complétement ce qui n'est plus en réalité de son domaine. Elle affirme l'existence de devoirs qu'elle ne sanctionne pas et elle s'ingénie à leur faire produire quelques effets que rien ne justifie: les sciences et les institutions, pas plus que les hommes, ne consentent à vieillir.

Ces restes d'un stade disparu de l'évolution s'expliquent et s'excusent chez une législation qui s'est développée spontanément, presque sans subir d'influences étrangères, comme la législation romaine. Ce traditionalisme excessif est tout naturel chez ce peuple qui avait au plus haut degrès le respect de son passé et le tempérament conservateur La confusion entre le droit et la morale n'était nulle part plus excusable que dans cette nation qui n'avait d'autre culte en somme que celui de sa propre puissance, de sa ville, de son empereur.

Mais il n'en saurait être de même pour une législation qui ne s'est pas formée suivant les lois naturelles, qui a été empruntée de toutes pièces à un peuple dont le développement juridique était déjà à son apogée, qui est celle d'un pays où le droit et la religion ont chacun leur domaine bien distinct. Or tel est le cas du Code allemand, à un moindre degré celui du Code français. Et voilà pourquoi les jurisconsultes allemands ont raison d'écarter de leurs études le terme et la notion d'" obligation naturelle " et pourquoi la science juridique française à tort de les accueillir.

J'incline à penser, tellement l'obligation naturelle me parait une conception antijuridique, que les auteurs qui la mentionnent en usent comme d'un terme commode, comme d'une figure de langage ; elle est pour eux, croirais-je volontiers, un auxiliaire, comme ces quantités inconnues ou imaginaires que les mathématiciens introduisent dans un problème à seule fin d'en faciliter la résolution, mais sans y attacher un sens propre et concret.

Quand des dispositions législatives dérogent par respect de l'équité et des usages, à une règle générale, qu'est-il besoin pour les justifier de recourir à la notion d'obligation naturelle ? Pourquoi ne pas invoquer directement les raisons véritables qui ont décidé le législateur ? au lieu de recourir à une explication détournée sans valeur par elle-même, qu'il faut justifier à son tour et qui emprunte précisément sa force à ces raisons véritables, dissimulées comme si elles étaient mauvaises.

J'approuve sans réserve le Droit allemand de ne pas justifier, au moyen des obligations naturelles, les effets qu'il attribue aux droits prescrits. Ce n'est pas à dire que je trouve préférable l'explication de l' " action paralysée " qu'impose le Code. Mais les deux erreurs, que l'on me pardonne ce terme un peu dur, auraient fort bien pu être superposées l'une à l'autre et je loue les jurisconsultes allemands d'avoir su s'affranchir de l'une d'elles au moins.

CHAPITRE XIII

Domaine de la prescription extinctive.

SECTION I

Toutes les actions se prescrivent.

§ I. — *Principe.*

1

Le Droit allemand, comme le Droit français et comme le fit le Droit romain à partir du V[e] siècle de notre ère, soumet en principe à la prescription extinctive toutes les actions.

L'article 194 est en effet conçu dans les termes les plus généraux : « Le droit d'exiger d'une personne un acte ou une abstention, c'est à dire l'action, est soumis à la prescription extinctive ». Cette formule large et absolue, presque vague par son ampleur, montre la grande portée de la règle. La peine qu'a prise le législateur de mentionner très expressément les quelques dérogations qu'il apporte à ce principe, en confirme la généralité.

Quelque soit donc l'objet de l'action, qu'elle tende à un acte de la part du défendeur, ou à une abstention, que son intérêt pratique réside dans le paiement d'une somme d'argent ou dans la transmission d'un droit réel, propriété, usufruit ou servitude, elle s'éteint par l'inaction prolongée de l'ayant-droit (1).

Cette affirmation n'est pas en contradiction avec le texte de l'article 194 et la conception germanique de l'action.

Suivant le Droit allemand, ainsi que je l'ai établi dans le chapitre VIII, toute action (*Anspruch*) a pour objet une prestation. Mais cette prestation à son tour a comme objet tantôt un acte, tantôt une abstention, ces derniers mots étant pris dans un sens très large. Primus revendique une maison contre Secundus ; le Droit allemand le considère comme demandant que Secundus délaisse la maison et lui en abandonne la jouissance ; Primus exige donc que Secundus quitte l'immeuble, ce qui est un acte, et l'en laisse jouir sans le troubler, ce qui est une abstention.

Le Droit français pousse moins loin son analyse et peut être avec raison. Il considère comme objet direct de l'action ce que désire en somme le demandeur, ce qui lui profitera : la maison, que le Droit allemand n'envisage que comme l'objet de la prestation, objet elle-même de l'action.

(1) BARRE, p. 33.

Voilà comment sont soumises, par le Code allemand, à la prescription les actions que nous dénommons en France réelles, bien qu'en Droit allemand toute action soit considérée comme ayant une prestation pour objet.

2

L'action en revendication (*Vindikation* ou *Herausgabeanspruch*) est en Droit allemand soumise à la prescription extinctive. Je crois devoir insister sur ce fait parce qu'en France une théorie très soutenue veut que l'action en revendication ne puisse disparaître que par suite de l'extinction du droit de propriété ; et aussi parce que cette action paraît renfermer comme essentiel et prépondérant un élément étranger à la nature des actions allemandes.

En dépit du texte si formel de l'article 2262 du Code civil français « Toutes les actions tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans », maint jurisconsulte pense que dans notre législation la simple inaction du propriétaire à l'égard du tiers qui contrevient à son droit, n'entraîne pas l'extinction de son action. Il ne m'appartient pas de discuter dans un ouvrage sur le Code civil allemand les raisons économiques ou juridiques qui appuient cette thèse ou la combattent. Je la crois seulement erronée et je signale que la doctrine allemande, se fondant sur un texte rédigée en des termes comparables, adopte la solution inverse.

Quand les auteurs traitent de la revendication mobilivre ils disent nettement que la prescription extinctive

s'applique à cette action (1). Ils paraissent professer l'opinion contraire quand ils parlent de la revendication immobilière ; mais ce n'est là qu'une apparence. Presque toujours les actions réelles immobilières se trouvent soustraites à la prescription extinctive (j'anticipe un peu sur la fin de ce chapitre, où je reprends la question), non pas à raison de leur nature, mais du fait de l'inscription sur des registres spéciaux des droits réels immobiliers qui les engendrent ; les auteurs envisagent cette hypothèse et ils donnent la solution correspondante (2).

Mais l'on peut d'autant moins douter de la prescriptibilité de l'action en revendication d'un immeuble, que le Code parle d'une façon générale de la prescription extinctive des actions réelles immobilières en divers passages, notamment à l'occasion de la prescription acquisitive des droits réels immobiliers : (articles 901, 1028).

La *rei vindicatio* de même que l'action en revendication française a comme objet principal de faire reconnaître le droit de propriété du demandeur. Or, c'est là quelque chose d'étranger aux actions (*Ansprüche*) allemandes ; elles tendent à obtenir une prestation ; ce but est celui des *Feststellungsklagen* (3).

Mais précisément en Droit allemand l'action en revendication a comme objet principal la remise du bien

(1) Cosack, t. II, p. 173.
(2) *Id.* p. 165.
(3) Voir plus haut, p. 67 et s.

litigieux, ce n'est qu'implicitement qu'elle résout la question de propriété. Le rôle essentiel, explicite, du juge est de condamner le défendeur à restituer la chose, non point de déclarer à qui elle appartient (1).

Rien ne le prouve mieux que l'un des noms qui la désignent : *Herausgabeanspruch* signifie mot à mot : action en restitution.

Et si le Code parle de cette action sans lui donner un nom spécial, le premier texte qu'il lui consacre est décisif néanmoins : « Le propriétaire peut exiger du possesseur la restitution de la chose. » (article 985).

§ II. — *Exceptions : actions imprescriptibles*

Le principe que toute action est soumise à la prescription extintive, si absolu soit-il, comporte quelques dérogations. L'une d'elles est mentionnée dans l'arti- 194 lui-même, les autres dans des textes dispersés à travers le Code.

1

« L'action née d'un rapport de famille échappe à la prescription, quand elle a pour objet de rétablir dans l'avenir un état qui corespond à ce rapport » (article 194 alinéa 2).

Eclairons de quelques exemples cette disposition un peu obscure.

Le droit pour chaque conjoint d'exiger de l'autre la

(1) KUHLENBECK, t. II, p, 553.

cohabitation (article 1353) constitue un rapport de famille. Qu'une separation de fait intervienne, chacun peut agir pour faire reprendre la vie commune. Cette action, qui bien évidemment n'aura d'effet que dans l'avenir, échappe à la prescription. Cinquante ans se seraient-ils écoulés depuis la séparation de fait, l'action est toujours recevable.

Il en est de même, lorsque l'objet de l'action est d'ordre pécuniaire. Toutes les personnes parentes en ligne directe se doivent les unes aux autres des aliments (articles 1601). Que le besoin s'en fasse sentir, pour l'une d'elle et à un moment quelconque, elle pourra assigner devant les tribunaux ses parents : ceux-ci ne pourront jamais invoquer de prescription. Mais cette action n'est imprescriptible qu'autant qu'il s'agit des prestations à venir ; la misère passée n'engendre pas un droit imprescriptible. Bien plus ; que l'assisté néglige une fois le jugement rendu, de réclamer certains termes échus de sa pension, l'action relative à chacun de ces arrérages est susceptible de prescription.

L'article 194 n'a pas visé seulement les rapports entre membres d'une même famille ; il parle d'une façon générale des actions nées d'un rapport de famille, quelque soit le défendeur ; ses termes généraux comprennent aussi bien celles de ces actions qui sont dirigées contre les tiers, que celles qui s'exercent entre parents. Une personne s'empare d'un enfant ; le père est en droit de le réclamer (article 1632) ; il néglige pendant très longtemps de le faire ; il peut néanmoins quand bon

lui semble exercer ce droit. Mais l'action en dommages intérêts de ce chef contre le tiers est soumise à la prescription parce qu'elle est relative à des faits passés; que le père donc laisse écouler trente années sans se faire indemniser, il ne peut plus agir.

Les motifs de l'article 194 sont trop évidents pour qu'il y faille insister. Le législateur n'a pas voulu que par crainte d'une prescription on en vint à intenter une instance dont la nécessité n'était pas immédiate et qui risquait de compromettre la bonne harmonie dans une famille.

Des raisons purement juridiques ont aussi été invoquées. On a dit : les rapports d'ordre familial ont comme contre partie des devoirs moraux, qui ne sauraient se prescrire, ou encore, ce qui revient surtout à changer la forme de l'argument : les droits dont il s'agit sont en eux-mêmes imprescriptibles ; droits absolus ils engendrent sans cesse de nouvelles actions ; que l'une soit éteinte, la suivante ne l'est pas ; l'ayant-droit peut donc toujours agir ; déclarer ces actions imprescriptibles revient à simplifier la situation.

Ces raisons scientifiques ne me paraissent pas décisives. Les droits en eux-mêmes échappent à la prescription, et tous les droits absolus produisent une nouvelle action chaque fois qu'une atteinte leur est portée ; cependant la prescription s'applique en principe. Considérons un propriétaire dépossédé depuis trente ans ; son droit n'est pas anéanti par le fait même et si la possession est un jour recouvrée, ce droit reprendra

toute sa valeur ; néanmoins son action en revendication contre le détenteur est prescrite.

Donc, ou bien la survivance des droits moraux diffère de la survivance des droits pécuniaires quoique rien ne l'indique dans le Code ; et ce serait là une nouvelle condamnation du système du Droit allemand sur l'effet de la prescription. Car si un droit réel pécuniaire ne produit, pas, une fois que sont réalisées les conditions de la prescription, les mêmes effets qu'un droit de famille dans ces conditions, c'est qu'il est atteint par la prescription dont l'influence ne se limite pas aux actions qu'il engendre. Ou bien ces prétendus arguments juridiques ne sont que de mauvais prétextes à l'appui d'une solution uniquement fondée sur l'équité et l'opportunisme (1).

2

Il existe une autre dérogation au principe que toutes les actions se prescrivent, dérogation dont l'importance est au moins égale à celle de l'exception que je viens d'étudier. Elle vise les actions réelles immobilières (2).

La publicité des droits réels est assurée en Allemagne par le régime des " livres fonciers " *(Grundbücher)*. Le principe fondamental de cette institution consiste en ce que pour être réputé titulaire d'un droit

(1) Pour tout ce qui concerne l'imprescriptibilité des actions nées d'un rapport de famille, voir PLANCK sous l'article 194 (t. I, p. 244 et s.).

(2) Voir TRADUCTION sous l'article 194 et plus spécialement p. 260 et s.

réel sur un immeuble il est nécessaire et suffisant d'être inscrit comme tel dans les livres fonciers.

En dehors de tout exercice du droit réel et par le fait même de son inscription, les actions qui le sanctionnent sont imprescriptibles. L'article 902 débute en effet en ces termes : « Les actions nées de droits inscrits aux livres fonciers ne se prescrivent pas. »

Est-ce une véritable dérogation à l'article 194 ? faut-il au contraire envisager l'existence d'une inscription comme un fait permanent de possession, c'est-à-dire d'exercice du droit, incompatible par lui-même avec toute idée de prescription ? La question peut être controversée ; et la seconde opinion ne s'impose avec tant d'évidence que l'on puisse blâmer le législateur d'avoir formulé expressément la règle.

De ce chef le principe que toutes les actions même réelles sont inprescriptibles, voit son application singulièrement restreinte ; dans les grandes lignes il faut dire que sont prescriptibles les actions personnelles et les actions réelles mobilières.

Si un droit réel immobilier est inscrit de façon incomplète ; si par exemple un droit de passage à pied et en voiture n'est inscrit que comme droit de passage à pied, sont seules imprescriptibles les actions issues du droit de passage à pied.

La règle que les actions nées de droits inscrits sont imprescriptibles n'est pas absolue, et le texte même qui l'énonce y apporte une dérogation. Quand l'action issue d'un tel droit a pour objet des prestations pério-

diques ou des dommages-intérêts elle retombe sous l'application du principe général et se prescrit par quatre ans dans le premier cas (article 197), en général par trente ans dans le second (article 195). « Les actions nées de droits inscrits aux livres fonciers ne se prescrivent pas Il n'en est pas de même pour les actions qui tendent au recouvrement de prestations qui se répètent ou au paiement de dommages intérêts » (article 902 alinéa 1).

Toutes les fois par conséquent qu'au cours de cet ouvrage je parle de prescription des actions réelles, il faut supposer qu'il s'agit soit de droits réels mobiliers, soit de droits réels immobiliers que leur titulaires a négligés de faire inscrire, ou qui sont inscrits d'une façon incomplète, s'agissant alors d'une action relative à la partie du droit omise, ou que la prestation en cause constitue des dommages intérêts, ou enfin qu'il s'agit de prestations périodiques.

Mais des erreurs peuvent se produire dans les livres fonciers. Les intéressés ont le droit d'en requérir la correction, qui, bien entendu, ne portera aucune atteinte aux droits acquis en vertu des inscriptions erronées. La procédure pour y pervenir comprend une instance contre celui que cette erreur avantage. Cette action est imprescriptible, aux termes des articles 894 et 898 combinés.

Le premier dispose en effet : « Si le contenu du livre

foncier. . ne concorde pas avec la véritable situation juridique, celui dont le droit n'est pas inscrit, est inscrit inexactement ou est restreint par l'inscription d'une charge ou d'une limitation qui n'existent pas, peut exiger pour la rectification du livre foncier le consentement de celui dont le droit sera lésé par la rectification. » Il va sans dire qu'une décision de justice peut suppléer au consentement spontané de ce dernier. Et l'article 898 déclare : « Les actions précisées dans les articles 894 à 896 sont imprescriptibles ».

On a expliqué cette règle en disant qu'il ne s'agissait pas d'une véritable action (*Anspruch*) ; que dès lors la prescription extinctive des actions (*Anspruchsverjährung*) ne pouvait s'appliquer. C'est possible. Mais tout comme à propos de l'article 902, le législateur a bien fait d'énoncer expressement sa pensée.

En attendant que la rectification soit opérée, l'intéressé peut faire mentionner sur le livre foncier qu'il proteste contre les inscriptions actuelles. Cette " protestation " (*Widerspruch*) suffit à empêcher la prescription des actions issues du droit dont il faut obtenir l'inscription : « Un droit à l'occasion duquel est inscrite une protestation contre l'exactitude du livre foncier équivaut à un droit inscrit » (article 902, alinéa 2) ; « équivaut » en ce qui a trait à la prescription des actions, puisque le début de cet article édicte l'imprescriptibilité des actions nées des droits inscrits.

3

En dehors des deux grandes dérogations que nous venons de voir au principe de l'article 194, il existe quelques actions qui échappe à l'effet du temps. Je signalerai seulement celles prévues aux articles 758 et 924.

Aux termes de l'article 758, le droit de sortir de l'indivision est imprescriptible. La même théorie existe en Droit français et sa justification est la même dans les deux législations.

L'article 924 énumère diverses actions nées des rapports de voisinage et qui échappent à la prescription : telle est celle par laquelle un propriétaire s'oppose à des fouilles sur le fonds voisin, qui compromettraient la solidité de son propre terrain (article 909).

Ces dérogations à l'article 194 ont une raison commune : sa longue tolérance ne doit pas se retourner contre un voisin complaisant et amener les propriétaires à être les uns envers les autres d'une inflexible rigueur.

SECTION II

Seules les actions se prescrivent.

---

§ I. — *Principe.*

Si toutes les actions sont en principe soumises à la prescription extinctive, elles sont par contre la seule institution juridique qui y soit soumise. Toutes les autre facultés, tous les arguments des plaideurs y échappent.

Que dit en effet l'article 194 : « Le droit d'exiger d'une personne un acte ou une abstention, c'est-à-dire l'action (*Anspruch*) est soumis à la prescription extinctive ». Il n'est question dans ce texte que des actions, au sens très strict de ce mot dans le Code. Nulle autre institution ne peut se voir opposer cette disposition législative. Or, il n'y a pas dans tout le Code un seul texte qui étende le champ d'application de la prescription, qui prévoie la prescriptibilité de quelque autre institution juridique : je fais abstraction des articles 901 et 1028, tout à fait spéciaux et que j'étudierai à la fin de cet ouvrage, qui étendent exceptionnellement les effets de la prescription plutôt que son domaine.

Le vocable *Anspruchsverjährung*, " prescription extinctive des actions ", s'il ne se retrouve pas dans le Code est officiel néanmoins, puisque les auteurs du

Code l'ont employé maintes fois au cours des travaux préparatoires après l'avoir choisi comme le plus adéquat à leur pensée (1). Ne prouve-t-il pas que les deux notions d'action et de prescription extinctive sont étroitement unies dans la conception du législateur ? que la prescription fait plutôt partie de la théorie de l'action, qu'elle n'est — comme en droit français — une institution indépendante susceptible de voir ses applications restreintes ou accrues par le législateur au gré des circonstances ?

Enfin, les deux termes d'action et de prescription extinctive voisinent sans cesse ; non seulement dans les articles 194 et suivants, mais dans bien d'autres textes encore et dans ceux-là même (les articles 901 et 1028) qui paraitraient vouloir étendre la portée de la prescription extinctive.

§ II. — *Applications.*

1

Considérons une rente. Il existe au profit de son titulaire, chaque fois qu'un arrérage est échu, une action pour en obtenir le paiement. Celle-ci se prescrit suivant les règles ordinaires. Mais le droit à la rente, considéré comme droit à toutes les prestations, peut-il se prescrire, de telle sorte que l'obligé soit libéré difinitivement pour l'avenir? Je ne parle pas du droit au paie-

(1) Voir plus haut p. 73.

ment d'un capital, productif d'intérêts. Ce droit là est certainement susceptible de s'éteindre. Mais le droit à des prestations périodiques qui forment à elles seules tout l'objet du droit est-il soumis à la prescription ?

Le Code ne se prononce pas. La tradition ne peut servir de guide, car sous l'empire du droit commun le plus entier désaccord régnait à ce sujet parmi les jurisconsultes (1).

Je crois néanmoins que l'étude de la nature intime de ce droit et la lecture des travaux préparatoires permettent de répondre très catégoriquement (2) qu'il n'y a pas de prescription possible du droit à un ensemble de prestations périodiques (3).

Le Code ne soumet pas à la prescription extinctive les droits, mais les actions. Il faudrait donc pour que le droit fut atteint par le cours du temps qu'une action lui corresponde, c'est-à-dire encore qu'il existe une prestation qui puisse éteindre ce droit en y satisfaisant et qui serait l'objet de cette action unique. Or, cela est inconcevable. Chacune des actions périodiques pourra se prescrire, mais il n'y a pas de prescription qui atteigne le droit et empêche de naître les actions partielles à venir.

Cette idée à été exprimée très nettement au sein de la Seconde commission. Le Premier Projet renfermait

(1) WINDSCHEID, t. I, p. 480 note 8.

(2) *Contra* : TRADUCTION, p. 258 et 259, 287 à 289.

(3) Dans le même sens, PLANCK, sous l'article 224 note 2 (t. I, p. 275) ; CROME, t. I, p. 508 note 8.

deux articles qui expliquaient l'existence de ce droit et sa prescription : l'article 160 fixait le point de départ de celle-ci et l'article 184 en précisait les effets à l'égard des actions partielles. La Seconde Commission a retranché ces deux textes. En ce qui concerne le deuxième on s'est borné à dire que sa suppression était la conséquence de celle du premier (1). Pour le premier on a délibéré que le droit ou plutôt l'action dont il s'occupait n'existait pas et qu'il n'y avait pas à règlementer une fiction qui ne pourrait être qu'une source de confusion (2). « L'hypothèse d'une action d'ensemble y fut-il dit expressément ne découle pas de la nature de la chose, elle repose bien plutôt sur une fiction artificielle. » (3).

2

J'ai déjà eu l'occasion de signaler (4) un genre d'actions qui diffèrent profondément, aux yeux du législateur allemand, des actions proprement dites : ce sont les *Feststellungsklagen*, " actions en reconnaissance de droit ". Ces facultés juridiques se distinguent des *Ansprüche* en ce qu'elles n'ont pas pour objet une prestation du défendeur, mais la déclaration par les magistrats que le demandeur est titulaire de tel ou tel droit.

(1) PROCÈS-VERBAUX, t. I, p. 236.
(2) *Id.* p. 212.
(3) « *Die Unterstellung eines Gesammtanspruchs fliesse nicht aus der Natur der Sache, beruhe vielmehr auf künstlicher Fiction.* » *Id.* p. 212.
(4) Voir plus haut, p. 67 et s.

Cette reconnaissance de son droit n'est évidemment pour l'intéressé qu'une première étape ; il a en vue un intérêt plus pratique et il se fondera sur le droit reconnu pour agir en revendication ou pour repousser les entreprises d'un adversaire. Le but de l'instance en reconnaissance est donc une action (*Anspruch*) et indirectement par suite une prestation.

On peut donc se demander si, à défaut de texte exprès, on ne doit pas soumettre à la prescription extinctive les actions en reconnaissance. Théoriquement ce sont des facultés juridiques de même nature que les actions ; pratiquement elles ont en définitive le même objet puisqu'elles sont la préparation nécessaire des actions.

M. Cosack a répondu par l'affirmative à cette question. L'intérêt que peut avoir une personne à faire reconnaître *in abstracto* son droit est trop faible pour que le législateur lui permette de poursuivre en justice celui qui a prescrit et dont elle ne pourra jamais obtenir quelque chose d'utile (1).

M. Crome adopte la même solution pour un motif différent : si la prescription acquise donne à l'obligé le pouvoir de repousser une action, qui implique en somme l'existence du droit, *a fortiori* doit elle lui permettre de repousser une instance qui se borne à faire déclarer l'existence du droit, sans en tirer aucune conséquence (2).

(1) Cosack, t. I, p. 262.
(2) Crome, t. I, p. 520.

Tous ces raisonnements sont fort judicieux et il serait à souhaiter que les rapports sociaux ne soient pas entremêlés de facultés juridiques sans utilité pour personne. Mais il faut je crois repousser cette solution qui est absolument contraire au texte de l'article 194, et qu'est bien loin d'imposer le désir du législateur allemand de réduire le plus possible les effets de la prescription.

Je condamne avec d'autant moins d'hésitation, quoique à regret, le système de MM. Cosack et Crome, que les travaux préparatoires ratifient la solution que je défends. Les Motifs par exemple, dans le passage où ils précisent la nature des facultés juridiques qu'ils soumettent à la prescription et qu'ils appellent actions, disent clairement, expressément, que les instances en reconnaissance de droit ne constituent pas des actions (1). Et plus loin on y lit en propres termes que les instances en reconnaissance sont imprescriptibles (2).

La majorité de la doctrine, décidée par les arguments de texte et par les travaux préparatoires, proclame sans hésitation que les instances en reconnaissance de droit ne sont pas des actions et échappent donc à la prescription extinctive (3).

(1) MOTIFS, t. I, p. 291.

(2) *Id.*, p. 295.

(3) KLEMCK, p. 15 ; — BRANDIS, p. 10 et les auteurs qu'il cite ; — KIPP, p. 474, et les auteurs qu'il cite ; — ENDEMANN, t. I, p. 388, note 7 ; — KUHLENBECK, t. I, p. 563 ; — DERNBURG, t. I, p. 510.

3

Les arguments qu'un défendeur peut opposer à une demande sont constitués soit par des faits de l'homme, soit par des facultés juridiques. Il ne saurait être, évidemment, question de prescription extinctive à l'encontre des premiers ; car, s'il est possible qu'un état cesse, qu'un droit s'affaiblisse, un fait, lui, a eu lieu ou n'a pas eu lieu, et le temps qui s'écoule ne peut rien changer à cela, encore qu'il agisse sur les conséquences de ce fait. Mais en est-il de même du second groupe d'arguments, des facultés juridiques ? en d'autres termes, les exceptions se prescrivent-elles ?

Le Code ne résout pas expressément ce problème ; ni la tradition, ni les travaux préparatoires ne donnent une réponse qui s'impose. Et cependant la question est capitale, car il est encore plus important d'être à même de se défendre que d'être capable d'attaquer.

A priori, on inclinerait à soustraire les exceptions aux effets de la prescription extinctive. Cette institution, en effet, a pour but de rendre définitives les situations acquises ; or, les exceptions ont en principe le même objet ; comme la prescription, elles empêchent un demandeur, arguant d'un droit, plus ou moins certain, de ressusciter une obligation qui sommeillait depuis longtemps. Puisque l'intérêt général impose cette stabilité, et que le législateur l'a voulu faciliter (par exem-

ple par la disposition finale de l'article 225), il serait illogique qu'il ait soumis à la prescription les exceptions qui tendent précisément vers ce but.

Mais, de par l'article 194, il n'a soumis à la prescription que les actions, c'est-à-dire les facultés juridiques qui ont pour objet une prestation de l'adversaire. Les exception (*Einreden*) sont-elles des actions (*Ansprüche*) ? Evidemment non, est-on poussé à répondre, et c'est bien en effet l'avis de la plupart des jurisconsultes, de tous, pourrai-je dire.

Cependant, la définition que donne le Code de l'action : « la faculté d'exiger d'une personne un acte ou une abstention », semble comprendre les exceptions. N'est-ce pas dans une large mesure le rôle des exceptions, de permettre à celui qui en bénéficie d'imposer à son adversaire de le laisser tranquille, de le contraindre à s'abstenir de le troubler ?

Mais est il juste qu'un argument, que l'on ne peut faire valoir que si l'on est attaqué, se prescrive? en sorte qu'il suffira au futur demandeur, pour triompher, de laisser écouler un laps de temps suffisant pour éteindre l'exception, en interrompant ou suspendant toutefois la prescription de sa propre action.

D'autre part, ne faudrait il pas exclure des actions les exceptions, en disant que les premières impliquent une possibilité de prendre les devants — sens que renferme le terme français d'" action " — comme pourrait le laisser entendre le verbe *verlangen* = " exiger ", " demander ", et l'étymologie du mot *Anspruch* qui

éveille l'idée d' " adresser la parole " (*spruch*, *sprechen*) " à " quelqu'un (*an*) ?

Ces considérations sont vagues, elles n'ont pas décidé les jurisconsultes allemands. Néanmoins, elles n'ont pas été sans influence sur eux et la solution à laquelle ont abouti le plus grand nombre a été partiellement inspiré par elles.

Avant la promulgation du Code, la question était des plus controversées de savoir si les exceptions étaient soumises à la prescription. On ne peut donc se fonder sur la tradition pour la résoudre. Cependant, l'opinion dominante paraît avoir été l'imprescriptibilité des exceptions, avec de nombreuses dérogations toutefois (1).

Les Motifs qui accompagnent le Premier Projet contiennent une phrase qui devrait lever tous les doutes. « Ce sont les actions, disent-ils, et non pas les exceptions, qui sont l'objet de la prescription extinctive » (2). Il s'en suit que les exceptions sont imprescriptibles.

Malheureusement, le passage qui suit immédiatement traduit une autre opinion : « Quand se fonde sur un droit prescriptible la circonstance qui — mise en œuvre sous forme d'exception — exclut l'exercice de l'action,

(1) WINDSCHEID, t. I, p. 500 ; DERNBURG, t. I, p. 536.
(2) « *Ansprüche, nicht Einreden sind Gegenstand der Verjährung.* » MOTIFS, t. I, p. 291.

la prescription du droit entraîne aussi la perte de l'exception... Les exceptions qui ne sont pas la conséquence d'un droit ne se prescrivent pas; une prescription spéciale des exceptions est étrangère au Projet » (1).

La législateur distingue donc les exceptions proprement dites et les exceptions qui ne sont que des actions employées en réponse à une demande. Du premier groupe fait partie, disent expressément les Motifs, l'exception par laquelle le défendeur repousse la demande de celui avec lequel il est lié par un contrat synallagmatique, tant que celui-ci n'a pas exécuté sa propre prestation (2).

Voici un exemple d'exception du second genre : si le vendeur d'une chose atteinte d'un vice rédhibitoire agit en paiement du prix, l'acquéreur pourra faire repousser sa demande, au moins partiellement, en objectant, sous forme d'exception, son droit de faire résilier le marché ou réduire le prix (3). Les exceptions proprement dites sont imprescriptibles, les exceptions du second groupe sont, au contraire, prescriptibles.

Pour ramener à ce système celui plus absolu que

(1) « *Gründet sich der die Geltendmachung eines Anspruches in Form der Einrede ausschliessende Umstand in einem der Verjährung unterworfenen Rechte, so hat die Verjährung des Rechtes auch den Verlust der Einrede zur Folge... Soweit Einreden eine selbständige Bedeutung zukommt, unterliegen sie der Verjährung nicht; eine besondere Einredeverjährung ist dem Entwurfe fremd.* » Id., p. 291 et 292.

(2) Id., p. 291.

(3) Id., *Ibidem*.

paraissait indiquer la phrase précédente des motifs : « Ce sont les actions et non pas les exceptions qui sont objet de prescription » ; il suffit de supposer que les motifs réservent le mot d'exception aux exceptions proprement dites.

Mais il est bien hasardeux de transposer cette théorie dans le droit actuel. En effets les auteurs des Motifs soumettaient à la prescription le droit lui-même, comme le passage cité le montre clairement (*einem der Verjährung unterfornenen Rechte* = un droit soumis à la prescription) ; dès lors il est naturel que toutes les manifestations du droit soient atteintes de ce chef. Mais le Code fait porter la prescription exclusivement sur l'action ; si donc l'exception est une manifestation immédiate du droit, elle est imprescriptible, si c'est une manifestation de l'action, elle est prescriptible ; comment choisir entre ces deux solutions ?

Le Code, à défaut de règle générale, déclare maintes fois en termes exprès que telle exception est prescriptible et que telle autre ne l'est pas.

M. Regelsberger notamment dans un article paru en 1900 dans les *Jherings Jahrbücher* (1) cite toute une série d'exceptions, dérivées d'actions, et qui échappent à la prescription ; et j'ai moi-même étudié l'exception

(1) Page 328 et suivantes.

de compensation qui survit à la prescription de la créance (1).

Mais ces dispositions bien loin d'aider à la solution du problème sont un obstacle de plus à établir un système général ; car on ne sait lesquelles constituent des dérogations au principe et lesquelles en constituent des applications.

Dans ces conditions la plupart des auteurs ont cru devoir adopter la règle énoncée dans les Motifs : les exceptions qui ne sont que la mise en œuvre d'un action, se prescrivent en principe ; les exceptions qui sont autonomes ne se prescrivent pas (2).

Mais ce système qu'aucun argument décisif n'impose et que l'on adopte au bénéfice du doute, est en outre d'une application fort délicate. Je ne prendrai qu'un exemple : Primus vend son cheval à Secundus 1000 francs ; Primus réclame le prix sans avoir livré le cheval ; l'exception dont dispose Secundus pour ne payer qu'après livraison du cheval (article 320) est une exception autonome d'après les Motifs (3) ; n'aurait on pas

(1) Article 390. — Voir plus haut chapitre XII, section II, Titre III, § 2.

(2) Cosack, t. I, p. 253 ; — Kipp, t. I, p. 502 et 503 ; — Crome, t. I, p. 505 et 506 ; — Endemann, t. I, p. 388, note 7. En faveur de la prescriptibilité de toutes les exceptions : Abegg, p. 75 ; — Dernburg, t. I, p. 536 et 537, et les auteurs qu'il cite.

(3) Motifs, t. I, p. 291. — L'article 364 du Premier Projet est devenu le début de l'article 320.

cru bien plutôt que c'était l'emploi, sous forme de défense, de l'action qui permettait à Secundus de réclamer le cheval en offrant l'argent ?

CHAPITRE XIV

Suspension et Interruption de la prescription extinctive.

Le Droit allemand connait la théorie de la suspension et de l'interruption de la prescription extinctive. Ces deux institutions y sont dans leurs grandes lignes les mêmes qu'en Droit français, et par leurs causes et par leurs effets. Leur étude ne présente donc aucun intérêt scientifique, encore que leur importance pratique soit naturellement considérable ; qu'importe en effet au point de vue de la science juridique que tel acte de procédure interrompe la prescription ou que tel fait matériel la suspende ; ce sont de simples questions d'espèces.

Je passerai donc très rapidement sur ce sujet, comme j'ai déjà cru devoir le faire à l'occasion des délais de prescription (1).

(1) Pour plus de détail voir TRADUCTION, p. 289 et s.

SECTION I

De la Suspension

Le Code traite de la suspension de la prescription extinctive dans les articles 202 à 207.

§ I. — *Ses causes*

Parmi les faits ou les situations qui l'occasionnent les uns agissent quel que soit le moment où ils interviennent, comme en Droit français ; les autres ne produisent effet que s'ils surviennent pendant les six derniers mois du délai de prescription ou si, survenus plus tôt, ils subsistent encore quand commence ce dernier semestre.

Les causes de suspension qui rentrent dans la première catégorie, se répartissent en deux groupes.

L'un d'eux comprend tous les arguments, exceptions ou moyens de défense, par lesquels le défendeur peut résister pendant un certain temps à la prétention du demandeur. « La prescription est suspendue tant que la prestation est soumise à un délai d'exécution ou que l'obligé est autorisé pour un autre motif à refuser provisoirement la prestation » (article 202, alinéa 1).

Toutes les fois par exemple que l'obligé pourra répliquer à une demande de l'ayant-droit : « Je vous dois la somme que vous me réclamez, mais ma dette n'est pas encore échue », ou bien : « Il est vrai que je possède

votre cheval, mais vous me l'avez remis en gage », l'action de l'ayant-droit, bien qu'inexercée, échappera à la prescription en vertu de l'article 202, alinéa 1, et elle y échappera aussi longtemps que l'obligé pourra faire cette réponse.

Il existe une dérogation à cette règle : quand il dépend du demandeur que l'exception dont pourrait se prévaloir l'obligé disparaisse, son action se prescrit malgré l'existence de l'exception. Au lieu de formuler le principe, le législateur a préféré en énumérer les applications dans l'alinéa 2 de l'article 202 : « Cette règle ne s'applique pas aux exceptions issues du droit de rétention, de l'inexécution du contrat, du défaut de constitution de sûreté, du bénéfice de discussion, de même qu'aux exceptions appartenant à la caution en vertu de l'article 770 ou à l'héritier en vertu des articles 2014 et 2015. »

Primus vend son cheval à Secundus, mais il ne se hâte pas de remettre la bête à l'acquéreur. Si dans ces conditions il agissait en paiement du prix, Secundus ferait repousser sa demande en alléguant qu'il n'a point encore exécuté sa propre prestation (article 320, alinéa 1). L'existence de cette exception dilatoire qui ne permet pas à Primus d'exercer utilement son action, devrait en suspendre la prescription aux termes de l'article 202, alinéa 1. Mais comme il ne tient qu'à Primus de détruire cette exception en livrant le cheval, l'article 202 *in fine* statue que la prescription courra néanmoins.

Les raisons d'être des deux dispositions de l'article 202 sont trop évidentes pour qu'il soit utile d'y insister. Elles sont du même ordre que celles qui ont fait édicter respectivement l'article 198 d'une part, les articles 199 et 200 d'autre part (1).

Certains rapports de parenté constituent les autres causes de suspension qui agissent quelque soit le moment où elles se produisent. Aux termes en effet de l'article 204 : « La prescription des actions est suspendue entre conjoints tant que dure le mariage. Il en est de même des actions entre parents et enfants pendant la minorité des enfants et des actions entre le tuteur et le pupille pendant la durée de la tutelle. »

Si le mariage est plus tard déclaré nul, la suspension est censée n'avoir pas eu lieu, et l'action se trouve subitement prescrite, puisque le mariage est annulé rétroactivement (article 1343). Cette règle ne comporte aucun inconvénient quoiqu'il puisse paraître au premier coup d'œil ; car pendant l'instance en nullité la suspension existe encore et il est alors facile d'interrompre la prescription par exemple en exerçant les actions.

Les parents dont il est question dans notre texte sont seulement le père et la mère. Mais il s'applique même si ce ne sont pas les parents qui exercent la puissance paternelle.

(1) Voir plus haut chapitre X, section II.

Les enfants naturels bénéficient de l'article 204 au même titre que les enfants légitimes (article 1705).

Il faut assimiler au tuteur le subrogé tuteur (article 1792) le curateur (1915) et le conseil donné à la mère tutrice (1694).

Les causes de suspension qui n'agissent qu'à condition de survenir ou de subsister encore pendant les six derniers mois de la prescription sont indiqués dans les articles 203, 206 et 207.

« La prescription est suspendue tant que l'arrêt du cours de la justice (survenu ou subsistant encore) pendant les six derniers mois du délai de prescription entrave l'ayant-droit dans la poursuite de ses droits. Il en est de même lorsque semblable empêchement se produit de toute autre manière par suite d'un cas de force majeure » (article 203).

Lorsque donc par suite d'un cas de force majeure, suspension du cours de la justice ou autre, le créancier ne peut pas agir, la prescription de son action est suspendue tant que dure cet empêchement, mais à la condition que cet empêchement survienne pendant les six derniers mois du délais de prescription, ou que survenu plus tôt il dure encore quand ce dernier semestre commence.

L'expression même de « force majeure = *höhere Gewalt* » dit à peu près de quels obstacles il s'agit. Mais dès que l'on veut préciser, appliquer la règle à des

espèces déterminées, des controverses s'élèvent (1) que je crois inutile de rapporter.

Les articles 206 et 207 disposent que sous les mêmes conditions de temps la prescription ne court pas à l'encontre du créancier incapable dépourvu de représentant, ni si l'action appartient à une succession vacante dépourvue de curateur ou est dirigée contre une telle succession.

« Quand un incapable ou une personne de capacité restreinte est dépourvue de représentant légal, la prescription qui court contre elle n'est pas accomplie avant l'expiration d'un délai de six mois compté du moment où cette personne a acquis sa pleine capacité ou du moment où cesse le défaut de représentant. Les dispositions ne s'appliquent pas quand une personne de capacité restreinte est apte à agir en justice. » (article 206).

« La prescription d'une action qui appartient à une succession ou qui existe contre une succession n'est pas accomplie avant l'expiration d'un délai de six mois comptés du moment où l'hérédite a été acceptée par l'héritier, ou du moment où la faillite est ouverte contre la succession, ou du moment où l'action peut être exercée par ou contre un représentant de la succession... » (article 207).

(1) PLANCK, t. I, p. 254 et 255.

2

La suspension de prescription produit selon le Droit allemand les mêmes effets qu'en Droit français : le laps de temps durant lequel a existé la cause de suspension ne compte pas dans le calcul du délai de prescription « Le laps de temps pendant lequel la prescription a été suspendue n'est pas compté dans le délai de prescription » (article 205).

Il y a cependant une exception à cette règle : quand la cause de suspension consiste dans l'incapacité d'un créancier dépourvu de représentant légal, ou dans ce fait que était vacante et sans curateur la succession créancière ou débitrice, dans ces deux cas, dis-je, la prescription n'est jamais parfaite que six mois après la disparation de la cause de suspension (article 206 et 207 précités).

Prenons un exemple. Dans le courant de l'année 1905 Primus achète une paire de chaussures qu'il néglige de payer. La prescription commence à courir au dernier instant de l'année 1905 (article 201) et comme elle est de deux ans (article 196) elle sera parfaite le 1er janvier 1908. Si Primus meurt à une date quelconque, mais si un héritier accepte la succession avant le 1er juillet 1907, il n'y a pas de suspension et la prescription sera acquise le 1er janvier 1908. Au contraire si l'héritier n'accepte que le 1er décembre 1907, la suspension de prescription se produit, puisque dans le dernier semestre la succession a été un instant vacante;

quelle qu'ait été la date du décès et la durée de la vacance la prescription sera accomplie le 1er juin 1908. Primus a pu mourir le 15 octobre ; la vacance n'a été que de six semaines ; l'accomplissement de la prescription est néanmoins reculé de cinq mois.

Si cependant il s'agit d'une prescription de moins de six mois, c'est un laps de temps égal à son délai qui doit être compté à partir de la disparition de la cause de suspension, « Si le délai de prescription est moindre que six moins, le laps de temps nécessaire à la prescription prend la place des six mois » (article 206, alinéa 1 *in fine* et article 207 *in fine*).

SECTION II

De l'Interruption.

Les règles de l'interruption de la prescription extinctive des actions sont données par les articles 208 à 217.

§ I. — *Les Causes.*

Les causes qui interrompent la prescription peuvent provenir de l'obligé ou de l'ayant-droit. Elles consistent toujours pour le premier en une reconnaissance de son obligation, pour le second dans une manifestation non

équivoque de sa volonté de poursuivre la réalisation de son droit.

« La prescription est interrompue quand l'obligé reconnaît envers l'ayant-droit l'existence de son action par le paiement d'un acompte, le paiement d'intérêts, la constitution d'une sûreté, ou d'une autre façon » (article 208). La reconnaissance de l'obligé peut donc être expresse ou tacite, elle n'a pas besoin d'être acceptée par le créancier ; mais elle doit être intervenue entre lui et le débiteur : l'aveu formulé à une tierce personne n'est pas interruptif de prescription.

De la part du créancier, l'interruption procède en principe d'une citation en justice, mais d'autres actes de procédure en peuvent tenir lieu : « La prescription est interrompue quand l'ayant-droit introduit une instance qui tend à ce qu'il soit satisfait à son action, à ce qu'elle soit reconnue, à ce que lui soit délivré une formule exécutoire ou à ce que soit rendu un jugement d'exécution. Il faut assimiller à l'introduction d'une instance : — 1° la mise en demeure de payer ; — 2° la production à une faillitte ; — 3° le fait d'invoquer la compensation en cours d'instance ; — 4° la dénonciation, à l'obligé éventuel, de l'instance de l'issue de laquelle dépend l'existence de son obligation ; — 5° l'accomplissement d'un acte d'exécution et, en tant que l'exécution forcée rentre dans les attributions des tribunaux ou de toute autre autorité, le dépôt de la requête afin d'exécution forcée. » (article 209).

Je n'ai pu évidemment traduire que d'une façon ap-

proximative la longue liste d'actes de procédure donnée par l'article 209. Les expressions employées suffiront néanmoins je pense à donner une idée de la nature des actes interruptifs de prescription (1).

Quand l'introduction de l'instance dépend de certaines mesures préparatoires, les démarches pour les obtenir interrompent la prescription : « Si l'admissibilité de l'instance dépend de la décision préalable d'une autorité ou si la détermination du tribunal compétent doit avoir lieu par une juridiction supérieure, la prescription est interrompue par la remise de la requête à cette autorité ou à cette juridiction, de la même manière qu'elle le serait par l'introduction de l'instance... » (article 210).

L'interruption que produit l'aveu de sa dette par l'obligé est définitive, quoiqu'il arrive elle est acquise à l'ayant-droit. Il en est autrement des causes d'interruption qui dépendent de l'ayant-droit : leur effet est soumis à une condition résolutoire ; il faut que ne se produisent pas certains événements ou que dans un laps de temps variable suivant les causes, des actes déterminés soient accomplis, sinon l'interruption est réputée n'avoir pas eu lieu. Le législateur a voulu éviter que ne se prolongent les situations litigieuses ; à peine de perdre son droit, qu'une mesure préparatoire sauvegarde

(1) Voir des détails sur chacun de ces actes dans TRADUCTION, d. 304 à 307.

provisoirement, le créancier doit faire régler complètement sa situation dans un certain délai.

L'introduction d'une instance doit aboutir au jugement définitif : si donc la demande est retirée, ou si un jugement avant dire droit la repousse sans que dans les six mois le procès soit intenté à nouveau, elle est reputée non avenue et son effet interruptif est rétroactivement annulé (article 212). — La remise de la requête à fin de mesures préparatoires à une instance doit être suivie, dans les trois mois de la réponse donnée à la requête, par l'introduction de l'instance (article 210).— La mise en demeure de payer est réputée non avenue lorsque les effets de la litispendance s'éteignent (article 213). — L'effet interruptif de la production à une faillite disparaît si la production est retirée (article 214). — Dans les six mois qui suivent la fin du procès, au cours duquel la compensation a été proposée ou qui a été dénoncé au débiteur éventuel, doit être introduite l'instance en paiement ou en reconnaissance de la dette (article 215). — La requête à fin d'exécution forcée est réputée non avenue si elle est repoussée ou si elle est retirée avant tout acte d'exécution, ou si les actes qui l'ont suivie sont annulés dans certaines conditions ; de même toute mesure d'exécution annulée dans ces conditions est réputée n'avoir pas eu lieu (article 216).

§ II. — *Effets de l'Interruption.*

Aux termes de l'article 217 « Si la prescription est interrompue, on ne tient pas compte du temps écoulé

jusqu'à l'interruption ; une nouvelle prescription ne peut commencer qu'à la cessation de l'interruption ».

La première disposition de ce texte se passe de tout commentaire. La seconde nécessite quelques développements.

Le Droit français considère l'interruption comme la conséquence d'un acte, comme un " fait " ; aussitôt l'acte interruptif accompli, une nouvelle prescription commence à courir. Le législateur allemand envisage l'interruption de la même manière quand elle procède de la reconnaissance de sa dette par l'obligé. Lorsque au contraire c'est un acte de procédure de la part de l'ayant-droit qui interrompt, le Droit allemand voit dans l'interruption la conséquence d'une " situation " produite par l'acte interruptif ; une nouvelle prescription ne débutera que lorsque cette situation aura cessé, donc un certain temps après la survenance de l'acte interruptif ; et le Code précise le point de départ de la nouvelle prescription dans les diverses hypothèses possibles.

Quand l'acte interruptif est une assignation, son effet n'est définitif que si un jugement au fond intervient (article 212) ; c'est du jour où cette décision a acquis l'autorité de la chose jugée que la nouvelle prescription peut commencer à courir (article 218 et article 215, alinéa 1). S'agit-il d'une mise en demeure de payer, elle doit à peine de nullité de l'interruption sortir à effet (ar-

ticle 213) : l'achèvement de la procédure correspondante sera le point de départ de la nouvelle prescription. — L'état d'interruption, occasionné par la production à une faillite cesse avec la clôture de la faillite (article 214 alinéa 1). — A-t-il pour cause une compensation réclamée en cours d'instance ou une dénonciation d'instance à un débiteur éventuel, il prend fin quand le procès est terminé par une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée ou de toute autre façon (article 215, alinéa 1). — Quand l'état d'interruption est produit par un acte d'exécution ou par une mesure qui le prépare, le législateur n'exige pas qu'ils soient suivis d'une procédure quelconque ou aboutissent à un résultat déterminé ; leur effet est donc définitif et complet par eux-mêmes ; dans le silence du Code, il en faut conclure que la nouvelle prescription commence aussitôt à courir, sauf à être interrompue à nouveau par chaque opération de la procédure d'exécution.

La nouvelle prescription ne commencera pas à courir nécessairement au moment que les considérations précédentes lui assignent comme point de départ ; il faut en outre que les conditions normales soient remplies, que par exemple il n'existe aucune cause de suspension.

Le délai de la nouvelle prescription sera celui de l'ancienne prescription ; c'est le seul auquel on puisse songer dans le silence du Code. Il en est autrement néanmoins quand l'interruption est résultée d'une ins-

tance : la nouvelle prescription exige toujours trente ans, quelque soit l'objet de la créance et fut-elle par elle-même soumise à une prescription plus courte, de deux ans par exemple (article 218, alinéa 1). Lorsqu'il s'agit de prestations qui se reproduisent à des échéances régulières, celles-là seules résisteront trente années à la prescription qui étaient échues avant le jugement ; les autres restent soumises à leur délai de quatre ans (article 218, alinéa 2).

CHAPITRE XV

Des délais préfix

---

§ 1

A côté de la prescription extinctive se rencontre en Droit français l'institution beaucoup moins importante des délais préfix. Sa théorie est loin d'être parfaitement édifiée ; si l'on paraît s'accorder pour distinguer la prescription extinctive des délais préfix, les critériums proposés manquent de précision et pour presque toutes les règles de la prescription on controverse sur le point de savoir si elles s'appliquent aux délais préfix.

Sous le nom assez vague de *gesetzliche Befristung* = " délais légaux " le Droit allemand connaît les délais préfix. Encore que tout y soit objet de discussion, ou peu s'en faut, certains traits généraux se détachent avec quelque netteté.

Je voudrais tout d'abord signaler par quelques exemples l'intérêt vraiment pratique qu'il y a à distinguer la prescription extinctive et les délais préfix ; renvoyant

à un peu plus tard leur justification. Précisément parce que ces deux institutions se ressemblent, n'étaient que théoriques, on pourrait se prendre à douter de la réalité de leur distinction.

Voici une première différence. La prescription doit être invoquée par le débiteur ; le juge n'en peut tenir compte d'office. Au contraire la déchéance qui résulte de l'expiration du délai préfix s'impose au magistrat, même si l'intéressé fait défaut ou néglige de s'en prévaloir (1). C'est la règle inverse qui paraît adoptée en France pour les délais préfix, lorsque du moins l'ordre public n'est pas intéressé (2).

Une seconde différence pratique est constituée par ce fait que les délais préfix ne sont pas susceptibles d'interruption (3). Ils y sont au contraire soumis par le Droit français (4).

Enfin la plupart des délais préfix échappent à toute suspension (5). Ici les législations allemande et française concordent sensiblement (6).

(1) CROME, t. I, p. 500.

(2) AUBRY ET RAU, § 771 (t. VIII, p. 428). — RÉPERTOIRE DU SIREY *verbo* " Déchéances " n° 108.

(3) COSACK, t. I, p. 264. — WEISS, p. 8.

(4) AUBRY ET RAU, § 771 (t. VIII, p. 428). — RÉPERTOIRE DU SIREY *verbo* " Déchéances " n° 87 et s.

(5) COSACK, t. I, p. 264.

(6) AUBRY ET RAU, § 771 (t. VIII, p. 427). — RÉPERTOIRE DU SIREY *verbo* " Déchéances " n° 94 et s.

§ II

M Weiss, dans un mémoire couronné par l'Université de Munich, a essayé de préciser la nature respective de la prescription extinctive et des délais préfix. Dans ce but il a défini ces deux institutions de la façon suivante :

« La prescription extinctive est la faculté, accordée par la loi à l'obligé, de refuser l'exécution d'une prestation imposée, lorsque pendant tout un laps de temps déterminé ne s'est produit aucun de ces actes de la survenance desquels le législateur fait dépendre la survivance, malgré le cours du temps, de l'obligation de prester (1). »

« On dit au contraire qu'un droit est soumis aux délais préfix quand le législateur lui a imposé un terme extinctif, indépendant de la conduite de son titulaire ; dès l'instant de sa naissance le Droit n'a qu'une durée fixée à l'avance. » (2).

On ne peut s'empêcher de rapprocher la définition,

(1) « *Verjährung ist das dem Verpflichteten vom gesetz gewährte Recht, die Vollziehung einer ihm obliegenden Leistung zu verweigern infolge des eine bestimmte Zeit hindurch andauerden Mangels jener Tatsachen von deren Eintritt der Geseszgeber das vom Zeitablauf unberührte Bestehen der Leistungspflicht abhängig macht.* » Weiss, p. 27.

(2) « *Die Temporalität eines Rechtes dagegen bedeutet, dass der Gesetzgeber demselben unbekümmert um das, was der Berechtigte tun wird, einen Endtermin setzt ; die Existenz des Rechtes ist von Anfang an nur auf eine von vornhincin bestimmte Frist berechnet.* » Weiss, p. 28.

que donne M. Weiss de la prescription, de celle contenue dans l'article 2219 du Code français ; on y retrouve la même ordonnance et la mise en lumière de deux éléments de la prescription : le temps et un autre. Cet autre élément est désigné d'une façon plus précise par M. Weiss que par le législateur de 1804 ; au lieu de parler de « conditions déterminées par la loi », il vise expressément l'interruption.

C'est, je crois, une faute. On ne définit pas une institution par les phénomènes qui l'empêchent de produire ses effets. Pourquoi d'ailleurs mentionner l'interruption et omettre la suspension ?

La définition de M. Weiss s'explique par son désir d'opposer la prescription extinctive et les délais préfix. Sa phrase « lorsque pendant un laps de temps déterminé ne s'est produit aucun de ces actes de la survenance desquels le législateur fait dépendre la survivance, malgré le cours du temps, de l'obligation de prester » correspond tout simplement à cette autre de la définition des délais préfix : « indépendant de la conduite de son titulaire. »

Aux yeux de M. Weiss en effet, et c'est ce qui ressort autant des premières pages de son étude (1), que de ces deux définitions qui les résument, la prescription extinctive est une conséquence de la conduite des parties, l'effet des délais préfix en est au contraire indépendant. La soumission à un délai préfix est un germe

(1) Voir notamment les pages 7, 8 et 9.

que le droit apporte en naissant, qui se développera spontanément ; c'est une manière d'être du droit qui nait limité dans sa durée ; tandis que l'extinction du droit par la prescription est le résultat d'évènements extrinsèques, de l'inaction du créancier par exemple, et frappe des droits éternels par leur nature, c'est-à-dire tous les droits en principe.

Cette conception de M. Weiss paraît être celle de la majorité des auteurs. M. Crome par exemple écrit : « Le droit soumis aux délais préfix est un droit limité dans le temps ; avec l'expiration du délai il s'éteint régulièrement de lui-même » (1) et plus loin, « La prescription institution autonome (2) frappe tous les droits, qui sont en eux-mêmes d'une durée indéfinie » (3). M. Abegg s'exprime lui aussi en des termes analogues (4).

Toutes les actions, en principe, et seules les actions sont soumises à la prescription extinctive. Il n'y a pas au contraire en matière de délais préfix de règle générale comme celle-là. Les seules facultés juridiques qui

(1) « *Das befristete Recht ist ein zeitlich beschränktes Recht ; mit Ablauf der Frist erlicht es regelmässig von selbst* ». CROME, t. I, p. 500.

(2) « Autonome », c'est-à-dire sans doute qui ne dépend pas du droit lui-même, qui est la conséquence de faits extrinsèques.

(3) « *Die Verjährung richtet sich als selbständiges Institut, gegen Rechte aller Art von an sich unbeschränkter Dauer.* » CROME, t. I, p. 500.

(4) ABEGG, p. 26.

s'éteignent sous l'effet des délais préfix sont celles pour qui le Code le déclare expressément.

On ne pourrait donc pas en donner un aperçu d'ensemble, mais seulement une énumération (5).

L'expiration du délai préfix a des effets bien différents de ceux que produit l'accomplissement de la prescription ; elle anéantit le droit. Ce n'est plus d'une exception qu'il s'agit, ni d'une paralysie de l'action ; mais d'une disparition complète du droit lui-même, d'un moyen de défense en rapport étroit avec le droit lui-même, en sorte que le juge ne peut pas statuer sans le prendre en considération : les intéressés n'ont pas besoin d'invoquer l'expiration du délai préfix, le magistrat doit en tenir compte d'office (1).

Puisque le droit est anéanti, il ne saurait être question pour les intéressés de renoncer aux effets produits par l'expiration du délai préfix. Par la volonté du législateur (2) le droit n'existe plus ; les parties n'ont pas le pouvoir de faire en sorte qu'il n'ait pas disparu. Le débiteur peut renoncer à la prescription acquise ; mais

(1) ROSENBERG, p. 44 et s.

(2) CROME, t. I, p. 500 ; — COSACK. t. I, p. 264 ; — ABEGG, p. 26 ; — KIPP, t. I, p. 476.

(3) « *Denn nicht die Zeit an sich könnte den Untergang des Rechtes bewirken ; massgebend ist der Wille des Geseizgebers* » = « *Car le temps ne pourrait par lui-même entrainer la disparatioh du droit ; ce qni est efficace, c'est la volonté du législateur.* » VEISS, p. 8.

l'obligé ne peut refuser la faveur que lui fait la loi, en éteignant le droit du créancier lorsque le délai préfix est accomplie (1). Mais cette différence est sans intérêt pratique ; une déclaration dans ce sens faite par le débiteur à son créancier vaudrait passation d'un contrat nouveau, qui produirait en fait les mêmes effets que le droit anéanti (2).

Il est de l'essence des délais préfix d'échapper à toute cause d'interruption. Quoique fassent l'ayant-droit et obligé, le droit ne saurait survivre au delà du délai. Si donc le créancier n'a pas agi dans ce laps de temps, il est forclos (3).

Il doit en être de même des causes de suspension. Puisque la soumission au délai préfix et la durée de celui-ci font partie de la nature même du droit en cause, et sont décidées avant la naissance du droit ; puisque la caractéristique de ces délais est qu'ils sont indépendants des parties ; ils ne doivent pas pouvoir être suspendus. Néanmoins cette règle n'est pas absolue ; et le cours de certains délais préfix est suspendu, par exemple lorsque dans leur six derniers mois survient un cas de force majeure qui empêche le créancier d'agir (4).

(1) CROME, t. I, p. 500.
(2) CROME, t. I, p. 500, note 9.
(3) COSACK, t. I, p. 264. — WEISS, p. 8.
(4) COSACK, t. I, p. 264.

§ III

J'ai essayé de mettre en lumière les traits essentiels de la théorie des délais préfix, telle qu'elle paraît être conçue par la majorité des jurisconsultes allemands.

Mais il faut se garder de croire que tous les points soient élucidés ou que l'accord règne sur la plupart des questions. Loin de là.

La terminologie elle même est incertaine et les acceptions dans lesquelles se prennent les mots sont des plus diverses.

L'expression générale la plus usitée pour désigner l'institution étudiée dans ce chapitre est celle de : *Gesetzliche Befristung*, mot à mot : " délais légaux ". C'est un vocable vague, qui devrait embrasser aussi la prescription acquisitive et la prescription extinctive ; et dont le sens précis est conventionnel.

Il existe deux autres mots dont le sens est certainement analogue ; ce sont ceux de *Ausschluss/rist* et *Präclusiv/rist*. Mais l'on n'est pas d'accord sur le point de savoir s'ils sont absolument synonymes l'un de l'autre ou non, et s'ils sont ou non synonymes de " délais légaux " : quelqu'uns y voient des subdivisions des délais légaux ; pour d'autres ils désignent une institution ou deux institutions dissemblables qui diffèrent également de la prescription extinctive et des délais légaux (1).

(1) Weiss, p. 17.

Si l'on admet, comme le font beaucoup d'auteurs, que en dehors de la prescription extinctive il existe plusieurs institutions différentes relatives à l'effet extinctif du temps sur les droits, on s'explique l'absence dans le Code de théorie générale de ces effets, les controverses entre jurisconsultes sur la plupart des points et les dispositions d'apparence contradictoire que l'on rencontre sur ce sujet soit dans les ouvrages de doctrine, soit dans les lois elles-mêmes.

DEUXIÈME PARTIE

Prescription Acquisitive

CHAPITRE XVI

De la Prescription acquisitive en général
Prescription avec juste titre et usucapion

1

Considérons une personne, en possession d'un bien, meuble ou immeuble, et se comportant comme un véritable propriétaire, sans avoir cependant cette qualité. Sa situation peut avoir deux causes différentes. Ou bien ce possesseur n'est qu'un usurpateur ; il s'est emparé de la chose, qu'il a trouvée ou volée ou qu'on lui a remise matériellement, sans contrat même simulé. Ou au contraire il a rempli les formalités nécessaires à l'acquisition régulière de ce bien ; une vente, un testament, une donation entre vifs, par exemple, l'a mis en

possession ; mais son auteur n'était pas lui-même propriétaire ; le possesseur a acquis avec " juste titre ", mais " *a non domino* ".

La prescription acquisitive en Droit français a pour but de remédier à cet état de chose ; elle transforme la situation de fait, en situation de droit ; elle fait du possesseur un véritable propriétaire. Tantôt donc elle suppléera au défaut de qualité du vendeur ou du donateur ; tantôt elle tiendra lieu pour le possesseur à la fois de juste titre, et d'auteur qualifié.

Les délais nécessaires et les conditions à remplir, qui dépendent de la nature de l'objet à acquérir, varient aussi selon celui de ces rôles que la prescription devra remplir.

La situation que je viens de décrire peut évidemment se rencontrer en Droit allemand. Le législateur de 1900 l'a envisagée, et il a cru devoir y apporter le même remède que le Droit français : la transformer en une situation de droit parfaitement régulière, et pour cela il anéantit le droit du véritable propriétaire, et fait du possesseur le vrai propriétaire.

Tout ce que je viens de dire du droit de propriété peut se répéter à l'occasion des autres droits réels ; et l'institution que je signale trouve aussi son application à propos de la plupart d'entre eux, en matière d'usufruit par exemple.

2

Mais pour atteindre ce résultat, le législateur a eu recours à deux institutions différentes : l'*Ersitzung* et

une autre qui n'a pas reçu de nom. Cette dernière supplée au défaut de qualité du vendeur, du donateur, du légataire, etc. ; pour l'invoquer, le possesseur doit avoir un juste titre ; elle favorise seulement celui qui a acquis *a non domino*. L'*Ersitzung* au contraire tient lieu et de juste titre et d'auteur qualifié.

On traduit en général le mot *Ersitzung* par " prescription acquisitive ". Je ne le ferai pas, et j'emploierai pour le rendre le terme d' " usucapion ", dont beaucoup d'auteurs allemands se servent et surtout se servaient.

Je conserverai au vocable " prescription acquisite " son sens français ; il désignera l'ensemble des deux institutions que j'étudie.

Et j'appellerai " prescription avec juste titre " l'institution qui remédie à l'incapacité de l'aliénateur.

Pas plus les travaux préparatoires du Code que ses interprètes ne disent comment le législateur de 1900 a été conduit à voir deux institutions différentes dans la seule prescription acquisitive. Il est cependant possible de s'en rendre compte.

Quand on ouvre les Motifs au titre consacré à l'acquisition de la propriété mobilière, la première phrase que rencontre le regard est : « L'acquisition de la propriété repose ou sur un acte juridique ou sur la loi » (1), et le passage qui suit développe cette

(1) « *Die Erwerbung des Eigenthumes beruht entweder auf Rechtsgeschäft oder auf Gesetz.* » MOTIFS, t. III, p. 332.

idée. Puis le titre se subdivise ; une première section est consacrée à la « Transmission par acte juridique » (1), dans laquelle il est traité notamment de l' « Acquisition de bonne foi » (2), c'est-à-dire de ce que j'ai appelé prescription avec juste titre ; une deuxième section est consacrée à l' « Usucapion » (3) ; d'autres section s'occupent de modes d'acquisition moins importants, tels que l'adjonction, le mélange, etc... (4). Le Code a reproduit ce classement en conservant aux sections leur ordre et leurs désignations (5).

Le législateur allemand, au lieu de s'occuper successivement des divers modes d'acquérir la propriété mobilière et d'étudier de façon complète chacun d'eux, a donc tout d'abord tracé un plan, établi une classification logique, et il a ensuite emplacé dans la catégorie convenable les divers modes d'acquérir. Il devait dès lors traiter la prescription avec juste titre à propos de la « Transmission par acte juridique » et c'est ce qu'il a fait ; il était obligé d'écarter de cette section l'usucapion qui n'impliquait pas de juste titre.

La prescription avec juste titre et l'usucapion se trouvaient séparées, devenues deux institutions dis-

(1) « I. *Uebertragung durch Rechtsgeschäft.* » *Id.*, p. 333.
(2) « *Erwerb in gutem Glauben.* » *Id.* p. 341.
(3) II. *Ersitzung.* » *Id.*, p. 350.
(4) *Id.*, p. 357 et s.
(5) Voir les mentions qui précèdent respectivement les articles 929, 937, 946, etc...

tinctes, au lieu d'une seule et même institution dont l'application exige des conditions différentes suivant les circonstances. Nulle part ne se manifeste avec plus d'éclat la différence de tempérament des races latines et germaniques : les premières se saisissent des moindres traits communs pour grouper les institutions ; les autres prennent prétexte des plus faibles dissemblances pour séparer de façon absolue les diverses applications d'une même institution.

A cette époque de la confection du Code, il n'était pas encore question de soumettre les immeubles à l'usucapion. Leur prescription avec juste titre s'expliquait suffisamment par le régime des livres fonciers, on ne s'occupa donc point du classement des modes d'acquérir la propriété immobilière par l'effet du temps.

Mais l'usucapion des immeubles ayant fini par être admise, tout naturellement on suivit en matière immobilière la même répartition des hypothèses et des règles qu'à propos des meubles.

Un autre raison, d'ordre historique celle-ci, a pu conduire le législateur allemand à voir dans la prescription acquisitive deux institutions différentes, suivant qu'elle remédiait au défaut de qualité de l'aliénateur et impliquait par suite un juste titre, ou qu'elle suppléait à tout titre.

Le Droit commun connaissait en effet deux modes d'acquérir la propriété, tant mobilière qu'immobilière ;

il appelait l'un *ordentliche Ersitzung* = " usucapion ordinaire " ou tout simplement *Ersitzung* = " usucapion ", l'autre *ausserordentliche Ersitzung* = " usucapion extraordinaire ". La première suivait les règles de l'*usucapio* telles que les avait fixées Justinien, c'est-à-dire qu'elle impliquait le juste titre et la bonne foi (1). La seconde, dont la création était aussi attribuée à cet empereur, exigeait aussi la bonne foi mais — suivant du moins l'opinion la plus répandue car la question était controversée — ne nécessitait pas un juste titre ; pour l'invoquer il suffisait de prouver une possession telle que l'action du propriétaire fut éteinte par prescription; si le propriétaire n'établissait pas alors la mauvaise foi du prescrivant, celui ci acquérait la propriété à ses dépens (2).

Il eut été assez naturel que les auteurs du Code fissent de l'*ordentliche Ersitzung* (usucapion ordinaire) la " prescription avec juste titre " et conservassent à cette institution son nom traditionnel ; qu'ils transformassent en ce que j'ai appelé plus spécialement " usucapion " l'*ausserordentliche Ersitzung* (usucapion extraordinaire) qui lui correspond.

Il n'en a rien été. Le législateur s'est fort bien rendu compte que ce qu'il appelait « *Eigenthumserwerb in gutem Glauben* » = « Acquisition de la propriété par la bonne foi » n'était pas autre chose que l'ancienne *ordentliche Ersitzung* (usucapion ordinaire) appelée

(1) WINDSCHEID, t. 1. p. 805 et s.
(2) *id.* p. 805, et 806, 829-830.

souvent *Ersitzung* (usucapion) tout court (1); il a néanmoins privé cette institution de son nom traditionnel et a employé ce vocable de *Ersitzung* pour désigner une institution qui ressemblait, sans lui être identique, à l'ancienne institution que l'on nommait *ausserordentliche Ersitzung* (usucapion extraordinaire) et jamais *Ersitzung* (usucapion) seulement.

De même que l'emploi et presque la création par le Code du mot *Anspruch* (action) a transformé le sens du mot *Klage* qui ne désigne plus que l'instance après avoir signifié " action " dans le sens civil et procédural (2); de même ici le dédoublement de la prescription acquisitive amène à donner au mot *Ersitzung* un sens nouveau, à lui faire désigner l' " usucapion " sans juste titre au lieu de la prescription acquisitive en général et plus spécialement la " prescription avec juste titre ".

Peut être en trouverait-on une raison dans ce fait que le Droit commun avait facilité l'*ordentliche Ersitzung* (usucapion ordinaire) en assimilant le titre putatif au juste titre, et lui avait ainsi fait faire un pas vers l'*ausserordentliche Ersitzung* (usucapion extraordinaire), soit vers l'*Ersitzung* (" usucapion ") du Code (3).

3

Quoi qu'il en soit, le législateur a tellement séparé la prescription acquisitive avec juste titre et la prescrip-

(1) Motifs, t. III, p. 350 et 351.
(2) Voir plus haut p. 90.
(3) Motifs, t. III, p. 351.

tion acquisitive sans juste titre (" usucapion "), que je les étudierai séparément.

Mais auparavant il me faut préciser le système des droits réels selon le Code allemand et le régime des livres fonciers, puisque les deux formes de la prescription acquisitive ont les droits réels pour objet, et que les inscriptions aux livres fonciers jouent un rôle essentiel dans l'acquisition des droits réels immobiliers par l'effet du temps.

Une étude approfondie des droits réels, des livres fonciers, de la possession, d'autres institutions encore, serait indispensable pour traiter de façon complète la prescription acquisitive. Je ne puis songer à donner à cet ouvrage une pareille étendue et il me faudra par conséquent restreindre à ses grandes lignes l'exposé de la prescription acquisitive. Parce qu'elle est plus complexe que la prescription extinctive et se rattache à un beaucoup plus grand nombre d'institutions diverses, je serai contraint — quelque paradoxale que paraisse la chose — de la traiter d'une façon plus brève.

CHAPITRE XVII

Des droits réels

1

Les jurisconsultes allemands appelaient autrefois les droits réels : *dingliche Rechte*, traduction littérale de l'expression française ; ils se servent encore souvent, aujourd'hui, de ce terme. Mais le Code emploie exclusivement la formule *Rechte an* ..... = " droit sur ..... ", suivi du mot qui désigne l'objet du droit, par exemple, *Recht an Grundstück* = " droit réel sur un immeuble ", *Recht an Sachen* = " droit réel sur des biens corporels ", *Recht an Recht* = " droit réel portant sur un autre droit ", etc.

Les deux expressions *dingliches Recht* et *Recht an* (*Sache*) n'ont pas absolument le même sens ; la première est un peu plus compréhensive que la seconde. Mais puisque cette dernière est l'expression officielle, c'est elle que je traduirai par " droit réel ".

Le Code énumère limitativement dans son livre III les droits réels que connaît le Droit allemand ; leurs noms servent de titres aux sections III à IX et à leurs subdivisions. Ce sont :

Le droit de propriété = *Eigenthumsrecht*, ou plus simplement *Eigenthum* ;

Le droit de superficie = *Erbbaurecht* ;

Les servitudes = *Dienstbarkeiten*, qui comprennent :

L'usufruit = *Niessbrauch* ;

Les servitudes personnelles restreintes = *beschränkte persönliche Dienstbarkeiten*, telles que le droit d'habitation ;

Les servitudes foncières = *Grunddienstbarkeiten* ;

Le droit de préemption = *Vorkaufsrecht* (c'est le droit pour une personne de faire sienne, avec toutes ses conditions, l'aliénation consentie par un propriétaire à un tiers) ;

Les charges réelles = *Reallasten* (c'est le droit pour une personne déterminée ou pour tout propriétaire d'un certain immeuble, d'exiger du propriétaire d'une autre terre des prestations : remise d'une partie des récoltes, exécution de certains travaux, ... (1);

L'hypothèque = *Hypothek* ;

(1) DERNBURG, t. III, p. 582.

La dette foncière = *Grundschuld* (c'est une dette dont est tenu un immeuble, comme serait tenu une personne, en dehors de toute idée de garantie);

La rente foncière = *Rentenschuld* (c'est une dette foncière consistant en des prestation périodiques);

Le droit de gage = *Pfandrecht*.

Il convient d'ajouter à cette liste quelques droits réels spéciaux à diverses législations locales tels que l'amphythéose et le droit à une mine ; mais ils ne sont pas régis par le Code civil et leur application est très restreinte (1); aussi ne m'en occuperai-je pas.

La possession (*Besitzrecht*), le droit du locataire et du fermier (*Recht des Mieters*, *Recht des Pächters*) ne font point partie des droits réels ; mais on les y faisait rentrer autrefois, quand la conception des droits réels répondait à la formule : *dingliches Recht* (2).

2

On conçoit comme objets passibles des droits réels les biens corporels, mobiliers ou immobiliers, les droits, les universalités.

Tous les droits réels prévus au Code (*Rechte an Sachen*) peuvent grever des biens corporels. Mais tan-

(1) Cosack, t. II, p. 3.
(2) *Id.* p. 3.

dis que certains d'entre eux pourront avoir comme objet un meuble ou un immeuble, d'autres ne s'appliquent qu'à des meubles, et le plus grand nombre qu'à des immeubles.

C'est ainsi que le droit de propriété et le droit d'usufruit peuvent porter indistinctement sur des meubles (articles 929 et 1032) ou des immeubles (articles 925 et 1031); que le droit de gage est propre aux meubles (article 1204); que les autres droits réels sont spéciaux aux immeubles. il suffit, pour le voir, de se référer à leur définition donné par le législateur lui-même (articles 1012, 1018, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191, 1199).

Il n'existe donc que trois droits réels mobiliers : la la propriété, l'usufruit et le gage; et pas moins de dix droits réels immobiliers.

Sous l'expression générale de " biens ", le Code français comprend les biens corporels et les biens incorporels. Sa classification fondamentale en meubles et immeubles embrasse les droits autant que les choses. Le législateur allemand procède différemment; il ne groupe pas sous un même vocable les choses et les droits; il oppose, au contraire, les *Sachen* (choses) et les *Rechte* (droits); et la classification en meubles (*Fahrnisse* ou *bewegliche Sachen*) et immeubles (*Grundstücke*), qui est loin d'avoir dans la législation allemande l'importance qu'elle a dans la législation française, n'englobe pas les droits (1).

(1) BARRE, p. 19.

Aussi, les *Rechte an Rechten*, les " droits réels ayant des droits comme objets " ne rentrent point parmi les droits réels mobiliers ou immobiliers dont je viens de m'occuper.

Je désignerai, pour la commodité de l'exposition, le droit qui est l'objet du droit réel par " droit inférieur " (*Unterrecht*) et l'autre droit, celui qui grève, par " droit supérieur " (*Oberrecht*).

Le droit supérieur peut être tout d'abord bien évidemment le droit de propriété ; mais alors il disparaît en quelque sorte et le droit inférieur est en relation immédiate avec le titulaire du droit supérieur : Primus a un droit de propriété sur un usufruit, c'est-à-dire qu'il est usufruitier ; je ne m'occuperai pas de cette hypothèse. Le droit supérieur peut être aussi un droit d'usufruit ; « l'objet de l'usufruit peut aussi être un droit » (article 1068, alinéa 1) ; ou un droit de gage. « L'objet du droit de gage peut aussi être un droit » (article 1273, alinéa 1). Le droit supérieur ne saurait consister en un autre droit réel ; en effet tous les droits réels, sauf les droits de propriété, d'usufruit et de gage, ne peuvent porter que sur des immeubles : leurs définitions commencent toutes en ces termes : « *Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden...* » = « Un fonds de terre peut être grevé de telle sorte que... »

Le droit inférieur peut être un droit quelconque, personnel ou réel, pourvu qu'il ne soit pas inaliénable.

Le Code dispose en effet dans les termes les plus généraux et sans restriction aucune : « *Gegenstand des*

Niessbrauchs kann auch ein Recht sein » = « L'objet de l'usufruit peut être aussi un droit » (article 1068, alinéa 1) et plus loin : « *Gegenstand des Pfandrechts kann auch ein Recht sein.* » = « L'objet du droit de gage peut être aussi un droit » (article 1273, alinéa 1).

Les articles 1069 *in fine* et 1274 *in fine* accentuent encore cette idée ; le premier de ces textes est ainsi conçu : « Sur un droit qui n'est pas transmissible, un usufruit ne peut pas être constitué » et le second : « Dans la limite ou un droit n'est pas transmissible, il ne peut pas être donné en gage » ; le législateur paraît dire, dans ces dispositions, que seuls d'entre tous les droits ceux qui sont inaliénables ne sauraient être l'objet d'un usufruit ou être remis en gage, qu'ils sont l'unique dérogation à la règle posée dans les articles 1068 et 1273.

Enfin l'article 1070 suppose apparemment que le droit grevé est une créance, tandis que l'article 873 implique qu'il peut consister en un droit réel. « Si un droit, en vertu duquel une prestation peut être exigée, est l'objet de l'usufruit... » (article 1070, alinéa 1) ; « ... pour grever un immeuble d'un droit (réel), comme pour transmettre ce droit réel ou le grever à son tour d'un droit réel... » (article 873, alinéa 1).

Un créancier peut donc constituer au profit d'un tiers un usufruit sur son droit de créance ; c'est dire que les intérêts dûs par le débiteur à ce créancier, seront versés à l'usufruitier. Un propriétaire a besoin d'argent pour améliorer sa terre, un prêteur s'offre, qui juge insuffi-

sant l'engagement personnel de l'emprunteur ; au lieu de constituer une hypothèque, les parties peuvent convenir de créer une dette foncière, opération plus simple; si le prêteur à son tour a besoin d'argent, il pourra remettre en gage à une banque son titre de créance foncière ; la banque aura en fait un droit réel sur l'immeuble grevé.

Cette construction juridique, de droits réels portant sur d'autres droits, n'est peut-être pas très heureuse ; et malgré qu'elle existe dans d'autres législations, notamment en France, beaucoup de bons esprits la condamnent, même en Allemagne (1).

Enfin les droits réels peuvent avoir pour objet une universalité ; par exemple un usufruit peut être constitué sur l'ensemble d'une hérédité (article 1089).

Il ne semble pas qu'il y ait lieu d'insister sur cette hypothèse. Le Droit allemand n'envisage pas en effet les universalités comme telles, mais plutôt comme une série de droits et d'objets qui conservent leur individualité. C'est ainsi que l'article 1085 dispose que l'usufruit d'un patrimoine s'établit par la constitution d'un usufruit sur chaque objet de ce patrimoine (2).

(1) Pour tout ce qui concerne les droits réels portant sur les droits, voir par exemple Cosack, t. II, p. 315 et s.

(2) Barre, p. 19 ; — Cosack, t. II, p. 326.

CHAPITRE XVIII

Les Livres Fonciers et le régime des droits réels immobiliers

§ I. — *Généralités*

1

Le Code civil allemand a voulu assurer la publicité des droits réels immobiliers. Dans ce but il n'a pas reproduit le système français de la transcription, mais il a établi le régime beaucoup plus énergique des Livres Fonciers (*Grundbücher*) qui existait déjà en Autriche et dans la plupart des états qui composent l'empire d'Allemagne.

Cette institution domine la législation des immeubles à tel point que les autres institutions qui s'occupent d'eux lui sont assujetties et que sa connaissance doit précéder l'étude de cette partie du Droit. En particulier un exposé de la prescription acquisitive en matière immobilière ne saurait être tenté sans être précédé au

moins de quelques indications générales sur le régime des livres fonciers.

La plupart des états confédérés, ai je dit, avaient déjà avant 1900 adopté le système des livres fonciers. Le Code civil a modifié et fondu toutes ces dispositions particulières. Mais il s'est borné à tracer les grandes lignes de la matière ; les détails d'organisation sont contenus dans l' " Ordonnance sur le Livre foncier " (*Grundbuchordnung*) du 24 mars 1897.

2

Les livres fonciers sont de grands registres in-folio, divisés par petits cahiers de quelques pages. Chacun de ces cahiers porte un nom ; c'est tantôt celui du propriétaire et tantôt celui de l'immeuble, suivant la région de l'Allemagne ; car dans certaines parties la grande propriété domine, et chaque immeuble a donc une individualité sérieuse ; dans d'autres un morcellement excessif attribue souvent à un propriétaire plusieurs parcelles, et rend impossible l'attribution d'un cahier à chaque immeuble.

Les cahiers relatifs à une même commune sont reliés ensemble et les pages sont divisées en une foule de colonnes consacrées notamment l'une aux mutations de propriétés, d'autres aux constitutions et transferts de droits réels, démembrements du droit de propriété : servitudes, hypothèques, etc. (1).

(1) Voir un modèle réduit et condensé dans COSACK, t. II, p. 827 et s.

Les cahiers relatifs à une même commune sont reliés ensemble et tous les volumes du canton sont déposés à la justice de paix. Là, dans une salle où théoriquement ne doit guère pénétrer que le fonctionnaire chargé de la tenue des livres, dans un coffre-fort véritable qui les met à l'abri du feu et de toutes autres atteintes, sont les livres.

Le fonctionnaire chargé de leur tenue est un magistrat nommé par le gouvernement et non point un simple commis. Son rôle n'est pas réduit à celui d'un scribe inscrivant sans examen tout ce que les intéressés lui indiquent, comme s'il ne s'agissait que d'enregistrer des déclarations ; il doit examiner la régularité des déclarations quant à la forme et même dans une certaine limite quant au fond, presque comme un juge.

Tout le monde absolument peut demander des extraits des livres fonciers ; c'était la condition nécessaire pour que cette merveilleuse organisation fut vraiment utile. Mais peut seul, en principe, exiger une modification à leur contenu, celui que lèsera cette modification (1).

(1) Pour tout ce qui concerne les livres fonciers et en particulier leur tenue matérielle, voir OBERNECK. Ce très bel ouvrage, réellement rédigé en vue de la tenue effective des livres fonciers, comprend deux volumes. Le premier renferme l'exposé de cette matière envisagée surtout au point de vue pratique. Le second se compose des modèles de toutes les inscriptions que peut avoir à faire le magistrat chargé des livres fonciers ; il y trouve non seulement la formule à employer, mais encore l'endroit précis où elle doit être mise, et la façon matérielle dont elle doit être écrite par exemple, s'il faut employer l'encre noire ou l'encre rouge.

§ II. — *Régime de la propriété immobilière*

1

Tous les droits réels immobiliers doivent être inscrits dans les livres fonciers. Les droits qui n'y sont point mentionnés sont comme inexistants ; tous ceux qui y sont portés sont réputés exister. Ces registres donnent l'état de la fortune immobilière en Allemagne.

L'article 873 est en effet ainsi conçu dans son alinéa 1 : « Pour transmettre la propriété d'un immeuble, pour grever un immeuble d'un droit, pour transmettre ou grever un tel droit, il faut l'accord de l'ayant-droit et de l'autre partie quant à la survenance de ce changement dans la situation juridique et quant à l'inscription de ce changement au livre foncier, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

De même la suppression d'un droit réel grevant un immeuble exige en principe à la fois une déclaration de son titulaire comme quoi il consent à la suppression de ce droit, et la radiation sur le livre foncier (article 875) ; si le titulaire est le propriétaire pris ès-qualité d'un immeuble, il faut le consentement de ceux qui ont un droit réel sur ce second immeuble (article 876). Ces règles s'appliquent aussi aux simples modifications à des droits réels immobiliers (article 877).

Donc — sauf dans les rares hypothèses où la loi en dispose autrement par termes exprès (et dont je ne m'occuperai pas dans ce chapitre en principe) — pour transmettre la propriété d'un immeuble, pour le grever

d'un droit réel, pour transmettre, modifier ou supprimer un droit réel immobilier ou le grever à son tour d'un droit réel, il faut que celui qui pâtira et celui qui profitera de l'opération juridique veuillent d'un commun accord à la fois et ce changement dans la situation juridique et l'inscription de ce changement au livre foncier ; s'agit-il d'une servitude réelle, il faut aussi le consentement de tous ceux qui ont un droit réel sur l'immeuble à la valeur duquel l'opération porte atteinte.

L'inscription de l'opération juridique sur le livre foncier est tellement indispensable que les droits réels immobiliers subsistent tels qu'ils sont, tant qu'elle n'est pas survenue ; ce n'est donc pas une simple mesure de publicité, comme la transcription en droit français, qui n'ait d'importance qu'à l'égard de certaines personnes ; elle est essentielle à l'égard de tout le monde et même entre les parties. Bien plus : l'accord des volontés n'a pas nécessairement pour conséquence l'inscription ; tant qu'il ne s'est pas traduit sous certaines formes, chacune des parties peut se desister ; si l'une d'elles use de cette faculté l'autre pourra sans doute la faire condamner à des dommages-intérêts, s'il y a lieu, mais elle ne pourra pas obtenir un jugement qui ordonne d'office l'inscription et permette ainsi le transfert de propriété.

L'article 873, alinéa 2, énonce cette règle et indique

en même temps dans quelles formes doit être intervenu l'accord de volonté ou de quels évènements il doit avoir été suivi, pour que les parties ne se puissent plus rétracter, pour qu'il aboutisse donc forcément à l'inscription et par suite au transfert de propriété : « Avant l'inscription les intéressés ne sont obligés par leur accord que s'il a été, en justice ou par notaire, dressé acte de leurs déclarations, où si elles ont été faites devant le préposé aux livres fonciers, ou si elles lui sont parvenues, ou si l'ayant droit a délivré à l'autre partie un consentement à l'inscription conforme aux dispositions de l'ordonnance sur le livre foncier. »

Les modifications aux droits réels immobiliers et en particulier le transfert du droit de propriété n'ont donc pas lieu, même entre les parties, par le seul fait des conventions. Leur accord doit pour le produire être suivi d'une inscription correspondante sur le livre foncier ; c'est alors seulement qu'a lieu un changement dans la situation juridique. Et ce n'est pas là une simple question de temps, de date pour ce changement : l'accord des volontés n'entraîne nécessairement l'inscription et par suite le changement que dans certaines conditions que nous venons de voir.

2

La modification des droits réels immobiliers exige l'accord des parties et une inscription correspondante au livre foncier. Le second élément est le plus impor-

tant, le seul essentiel, oserais-je dire : non seulement parce que c'est lui qui détermine la modification en question, non seulement parce que sans lui l'accord des parties est inefficace, — et cela envers tout le monde et d'une façon absolue ; mais encore parce que à l'égard de tous ceux qui sont de bonne foi, en fait et très généralement du moins, il est seul efficient et il l'est par lui-même, en dehors de tout accord de volonté ; sans parler de la prescription acquisitive qu'il détermine et dont les effets sont généraux et absolus.

Le Code édicte en effet tout d'abord une présomption très large : « Si au livre foncier un droit est inscrit au profit d'une personne, on présume que ce droit lui appartient. Si un droit inscrit au livre foncier y est radié, on présume que ce droit n'existe pas. » (article 891). Cette présomption est énoncée en termes trop généraux pour ne pas profiter à tout le monde sans exception aucune : en sont seules exceptées les personnes qui bénéficient d'une fiction encore plus favorable, ainsi que nous allons le voir.

Mais cette présomption admet la preuve contraire. L'intéressé aura toujours la faculté d'établir l'inexactitude des mentions portées au livre foncier. Mais il faudra qu'il prouve directement l'inexistence des faits qui ont entraîné l'inscription ou la radiation ; il ne lui suffirait pas d'établir que celui qui se prévaut de ces mentions a été d'une négligence grave en s'y fiant, vu les circonstances, ou que sa conduite impliquait sa mauvaise foi Cette preuve n'aura effet qu'entre les parties

en cause ; à l'égard d'un tiers elle serait sans valeur et il la faudrait recommencer (1).

Envers certaines personnes, qui sont précisément les plus intéressées à ce que la vérité soit conforme au contenu du livre foncier, la présomption de l'article 891 se transforme ; elle cesse d'admettre la preuve contraire et devient une fiction de la loi qu'il n'y a pas moyen de combattre : « En faveur de celui qui acquiert par acte juridique un droit sur un immeuble, ou un droit sur un droit réel immobilier, le contenu du livre foncier est réputé exact à moins que ne fût inscrite une protestation contre ce contenu ou que son inexactitude n'ait été connue de l'acquéreur... » (article 892).

On remarquera combien ce texte se rapproche de l'article 3 de la loi française du 23 mars 1855. C'est la même pensée qui les a dictés ; la principale différence est que la mauvaise foi de l'acquéreur est, selon le Droit allemand, un obstacle à ce qu'il se prévale des inscriptions du livre foncier ; il en est autrement d'après le Droit français, qui ne lui refuse la faveur de l'article 3, dans l'opinion dominante tout au moins, que s'il y a collusion frauduleuse entre lui et le vendeur.

Je crois pouvoir résumer les développements qui précèdent dans la règle suivante :

(1) En ce sens : PLANCK, notes sous l'article 891, t. III, p. 106 et 107 ; — COSACK, t. II, p. 42 et 43 ; — ENDEMANN, t. II, p. 237 et 238 ; — *Contra*, mais seulement en ce qui concerne les effets de la négligence à raison d'une contestation (*Widerspruch*) : DERNBURG, t. III, p. 150 et 151.

Tous les droits réels immobiliers, et par conséquent — à peine d'inefficacité absolue — toutes les opérations juridiques qui les concernent, doivent être inscrites au livre foncier. On présume donc l'existence des seuls droits réels immobiliers qui sont inscrits, et on présume qu'ils appartiennent à ceux qui en sont inscrits comme titulaires. Cette double présomption peut être combattue par la preuve contraire ; mais celle ci ne peut être administrée à l'encontre de certaines personnes, notamment à l'encontre de ceux qui ont acquis les droits en question de bonne foi ; elle oblige à démontrer directement l'inexistence des faits qui ont motivé les mentions actuelles, et elle ne produit effet qu'entre les personnes parties au procès durant lequel elle est administrée.

3

Une personne peut avoir des raisons sérieuses d'espérer la constitution d'un droit réel à son profit sur un immeuble : elle est en pourparler avec le propriétaire d'une maison pour lui prêter une somme d'argent et en obtenir une hypothèque, par exemple ; ou bien elle achète cette maison sous condition suspensive. Elle ne peut pas encore faire inscrire son hypothèque, bien évidemment, puisque rien de définitif n'a été fait, ni aux termes de l'article 925, alinéa 2, son droit de propriété parce qu'il est conditionnel. Et cependant elle serait bien aise qu'entre temps aucune création de droit réel ne vienne grever l'immeuble et diminuer sa valeur, ou rendre sans objet son contrat d'achat.

Elle pourra atteindre ce résultat en faisant inscrire au livre foncier un " avis " (*Vormerkung*). Si plus tard l'inscription de son droit réel est effectuée, elle sera censée avoir eu lieu à la date de l'inscription de l'avis.

La situation inverse peut se produire : avant de racheter une servitude qui grève son bien, un propriétaire peut vouloir s'assurer que le propriétaire du fonds dominant n'aliénera pas son immeuble entre temps, ce qui rendrait le rachat de la servitude illusoire, parce qu'inopposable au nouveau propriétaire. Le législateur met à sa disposition le même moyen pour se défendre.

« Pour sûreté de son action en établissement ou main-levée d'un droit sur un immeuble, ou sur un droit qui grève l'immeuble, ou en changement de la consistance ou du rang d'un droit réel immobilier, un avis peut être inscrit au livre foncier. L'inscription d'un avis est permise aussi pour garantir une action à venir ou conditionelle. L'acte de disposition de l'immeuble ou du droit, survenu après l'inscription de l'avis est inefficace en tant qu'il les anéantirait ou amoindrirait... Le rang du droit, à l'établissement duquel tend l'action, se détermine d'après l'inscription de l'avis. » (article 883).

L'inscription d'un avis n'a par elle-même aucun effet : le titulaire inscrit continue à disposer de son droit à son gré et ses actes seront définitifs si l'inscription régulière que réservait l'avis ne s'effectue pas ; l'efficacité de l'avis est donc soumise à une condition suspensive.

L'avis sera radié quand cessera le doute qui plane

sur l'exactitude du livre foncier, soit que la prétention de celui qui l'a fait inscrire ayant été accueillie aboutisse à l'inscription régulière, soit que elle ait été rejetée. La personne dont l'avis grève le droit peut contraindre celui qui l'a fait inscrire à poursuivre en justice la solution du problème soulevé (1).

4

. Les inscriptions du livre foncier son réputées exactes et l'on peut même dire qu'en principe elles entrainent par elles-mêmes le transfert, la création, la suppression ou la modification des droits réels immobiliers. Mais elles ne sont pas intangibles ; celui que lèse leur inexactitude peut en demander la rectification. « Si le contenu du livre foncier, ne concorde pas avec la véritable situation juridique quant à un droit sur l'immeuble, quant à un droit sur un droit réel immobilier ou quant à une restriction au droit de disposer de la nature de celle prévue à l'article 892 alinéa 1 (2) celui dont le droit n'est pas inscrit ou est inscrit de façon inexacte, ou est restreint par une charge ou une limitation qui n'existent pas en réalité, peut exiger, de la personne dont le droit sera atteint par la rectification,

(1) Pour tout ce qui concerne l'avis (*Vormerkung*) voir COSACK t. II, p. 52 et s. ; — PLANCK, notes sous les articles 883 et 899 ; — ACHILLES, notes avant et après l'article 883.

(2) C'est-à-dire : quant à une restriction à la faculté de disposer, d'un droit inscrit au livre foncier, établie en faveur d'une personne déterminée.

qu'elle accepte ladite rectification du livre foncier. » (Article 894).

Si cette personne refuse, il peut la poursuivre en justice et son action jouit même du singulier privilège d'être imprescriptible (article 898).

Mais à l'égard de tout le monde tant que cette correction n'est pas faite ; et même après qu'elle a été opérée, à l'égard de tous ceux qui avaient antérieurement à elle passé des accords relatifs à ces droits immobiliers, la situation exacte est censée avoir été conforme aux mentions inscrites au livre foncier lors de la passation des contrats (article 892).

5

Mais un laps de temps plus ou moins considérable s'écoule forcément entre le moment ou une personne s'aperçoit d'une erreur au livre foncier et l'instant où la rectification a lieu. Pour qu'elle puisse sauvegarder son droit contre les nouvelles atteintes, irréparables peut-être celle-ci en vertu de l'article 892, qui pourraient y être portées avant la rectification, le législateur l'autorise à faire inscrire au livre foncier une « protestation » (*Widerspruch*) contre son contenu :

« Dans les cas de l'article 894 (1) une mention peut être inscrite qui conteste l'exactitude du livre foncier » (article 899 alinéa 1).

(1) C'est-à-dire : lorsque le contenu du livre foncier ne concorde pas avec la véritable situation.

L'effet essentiel de la protestation résulte de l'article 892, première phrase : les modifications apportées à l'état des inscriptions du livre foncier ne peuvent pas nuire à celui qui antérieurement à elle avait fait inscrire une protestation, en ce qui concerne le droit auquel se réfère la protestation. Elle a d'autres effets aussi ; par exemple elle rend imprescriptible, au même titre qu'une inscription véritable, les actions qui naissent du droit qu'elle sauvegarde (article 902 alinéa 2).

Mais, pas plus qu'un avis, une protestation n'empêche celui qui est inscrit comme titulaire du droit d'en disposer à sa guise. Quand aux effets signalés, ils ne se produisent que si celui qui proteste établit le bien fondé de ses allégations et fait procéder à une inscription proprement dite de son droit.

La protestation sera alors radiée comme inutile. Elle le sera aussi, lorsque celui qui l'a fait faire n'a pu aboutir dans ses réclamations, elle sera alors radiée soit à à la requête de celui qui l'a fait inscrire, soit à la requête de la personne dont elle restreint les droits. Cette dernière peut d'ailleurs contraindre celui qui proteste à faire juger sa protestation.

La protestation a donc de nombreux traits communs avec l'avis ; mais cependant il ne les faut pas confondre. Ces deux institutions diffèrent sur des points dont l'étude m'entrainerait trop loin (1).

(1) Voir sur la protestation *(Widerspruch)* : PLANCK, notes sous l'article 899, (t. III, p. 121 - 123) ; — ACHILLES notes sous l'article 899 ; — COSACH, t. II, p. 52.

6

Je dois encore signaler, pour donner un aperçu bien superficiel mais qui n'omette rien de trop essentiel, que les livres fonciers fixent les rangs respectifs des droits réels immobiliers qui peuvent se trouver en opposition partielle ou totale les uns avec les autres. Comme en France, le rang s'établit par ordre d'ancienneté dans l'inscription. Chaque droit est primé par ceux qui ont été inscrits avant lui ; il prime ceux qui ne l'ont été qu'après, si cependant un droit a été précisément constitué par le titulaire d'un autre droit, déjà inscrit, dont il n'est qu'un démembrement, il prime à l'égard du constituant et de ses ayant cause le droit originaire.

Même si l'accord des parties ne survenait qu'en ratification d'une inscription, donc faite par erreur ou obtenue par fraude, c'est-à-dire était postérieure à l'inscription, c'est la date d'inscription qui fixerait le rang du droit. Ce qui prouve bien que c'est l'inscription par elle même qui transfère les droits réels immobiliers.

Deux titulaires de droits inscrits peuvent intervertir le rang respectif de leurs droits, mais de telle façon qu'aucun tiers inscrit ne soit lésé ; ou bien ceux qui seraient atteints doivent consentir à ce changement. Cette convention doit être inscrite au livre foncier (article 880)

« Le rang respectif de plusieurs droits dont un immeuble est grevé se détermine si les droits sont inscrits dans la même section du livre foncier, d'après leur rang

d'inscription (1). S'ils sont inscrits dans des sections différentes, le droit dont l'inscription porte la date la plus ancienne l'emporte, les droits dont les inscriptions portent la même date, ont le même rang. L'inscription fixe le rang, même si l'accord nécessaire — aux termes de l'article 873 — pour l'acquisition du droit, ne s'est produit qu'après l'inscription. Une convention qui modifie le rang respectif des droits doit être inscrite au livre foncier » (article 879).

Supposons un immeuble grevé de trois hypothèques, au profit respectivement de Primus créancier de 1000 francs, Secundus créancier de 3000 francs, Tertius créancier de 2000 francs. L'hypothèque de Primus prime celle de Secundus, qui prime celle de Tertius. Primus cède son rang à Tertius ; mais il ne peut léser Secundus ; la situation devient donc : Tertius créancier pour 1000 francs, Secundus créancier pour 3000 francs, Tertius créancier pour 1000 francs, Primus créancier pour 1000 francs.

Le propriétaire constitue un usufruit ; ce droit bien qu'inscrit après le sien lui est opposable ainsi qu'à ses ayants-cause. Primus constitue un usufruit sur sa maison au profit de Secundus, puis la vend à Tertius ; si Secundus a fait inscrire son droit avant que Tertius n'ait fait inscrire son acquisition, Tertius ne jouira, tant que Secundus vivra, que de la nue-propriété de l'immeuble ; Secundus a-t il été négligent, Tertius a

1) C'est-à-dire dans la même colonne, en d'autres termes: si les droits sont de la même catégorie.

acquis la pleine propriété et l'usufruit ne lui est pas opposable.

§ III. — *Construction juridique de la théorie des livres fonciers.*

1

La présomption de vérité qui s'attache aux livres fonciers est fondée sur des considérations d'utilité pratique et sur l'examen très sérieux dont, avant d'être inscrite, chaque mention est l'objet de la part du magistrat chargé des livres. Les jurisconsultes allemands ont voulu lui donner aussi une base scientifique, et voici la construction juridique à laquelle ils ont abouti.

Le fait de l'inscription est efficient par lui même. Une fois accompli, il a une existence propre, indépendante des faits et des circonstances qui ont pu l'occasionner. Toute opération juridique relative aux droits réels immobiliers doit être considéré comme composée de deux parties distinctes ; la première est constituée par l'acte ou les actes qui déterminent les contractants à créer ou à éteindre, à modifier ou à transférer les droits réels ; la seconde, est ce changement lui-même dans la situation immobilière des contractants. Chacun de ces deux ensembles juridiques est indépendant de l'autre. Ils sont la cause l'un de l'autre ; mais chacun est ici envisagé d'une façon abstraite. L'inexécution du premier devrait entraîner la nullité du second dont il

fut la cause : c'est ce que le Droit allemand n'admet pas à l'occasion des livres fonciers (1).

Prenons un exemple. Primus vend sa maison à Secundus ; Secundus la revend à Tertius sans avoir payé le prix d'acquisition. Si la première vente a été inscrite, Secundus sera considéré *erga omnes* comme devenu propriétaire de l'immeuble, et capable donc de l'aliéner à son tour. Primus ne pourra pas demander à prouver que cette inscription est inefficace, parce que le contrat qui la motivait (la cession de la maison) est nul pour inexécution de l'une des prestations.

Le Droit allemand, à l'encontre du Droit français, ne fait pas résulter le transfert des droits réels, même entre les parties, du fait de leur convention. Comme en Droit romain l'aliénation d'une maison par exemple se compose de deux actes : l'un consensuel, la vente, qui n'engendre que des obligations ; l'autre solennel, l'inscription, qui transfère la propriété, par lui même et indépendant de ses causes ou en l'absence de toute cause.

2

On désigne sous le nom de *Œffentlichkeitsprincip* = " principe de publicité " la règle qui permet à toute

(1) « *Die Rechtsgeschäfte des Sachenrechts sind demgemäss unabhängig von ihrer obligatorischen Grundlage gedacht und geordnet* » = « Les actes juridiques relatifs au droit des choses sont par conséquent envisagés et réglementés indépendamment de leur cause obligatoire » ACHILLES, p. 300 et 301.

personne d'avoir connaissance du contenu des livres fonciers, et par corollaire lui permet de s'y fier, grâce à l'*öffentliche Glaube* = à la " foi dûe par tout le monde " aux livres fonciers.

L'*Eintragungsprincip* = " principe d'inscription " est celui en vertu duquel tous les droits réels immobiliers doivent être inscrits, à peine d'être réputés inexistants.

Le *Konsensprincip* ou " principe du consentement " se manifeste sous deux aspects disent les jurisconsultes allemands ; l'un de forme *(formelle Seite)*, en vertu duquel peut seul requérir une inscription celui qui peut disposer du droit dont s'agit ; l'autre de fond (*materielle Seite)* explique l'efficacité d'une inscription, même quand l'acte juridique correspondant devrait être annulé à raison de ses rapports avec l'acte juridique correlatif qui lui sert de cause (1).

(1) Achilles, p. 299 et s.

CHAPITRE XIX

Domaine de la Prescription avec juste titre
Ses conditions d'applications

Le législateur allemand a traité, dans la partie générale de son œuvre, la prescription extinctive des actions. C'était reconnaître à cette institution un vaste domaine d'application et manifester son intention de lui soumettre en principe toutes les actions à quelque partie du droit qu'elles se rattachent.

Il a procédé de toute autre façon à l'égard de la prescription avec juste titre. Aucune allusion n'est faite à son existence dans la partie générale du Code, et il n'y a même nulle part dans le Code un texte général qui lui soit cousacré. Quant aux articles spéciaux qui parlent d'elles, tous sont relatifs aux droits réels ; nul d'entre eux n'implique son application aux droits personnels.

Ces considérations, renforcées d'une tradition constante, ne laissent aucun doute : les droits per-

sonnels ne peuvent pas être acquis par la prescription avec juste titre. Il est superflu de dire que cette institution ne s'applique pas aux droits de famille.

Aussi l'opinion, unanime et indiscutée, de tous les jurisconsultes est que, en Droit allemand, seuls les droits réels sont soumis à la prescription avec juste titre.

SECTION I

Prescription avec juste titre des droits réels mobiliers

---

§ I. — *Droit de propriété*

On peut acquérir par la prescription avec juste titre la propriété des meubles. Primus possède un cheval qui ne lui appartient pas ; Secundus acquiert de lui ce cheval ; moyennant certaines conditions, Secundus deviendra propriétaire de ce cheval et son droit sera opposable à tout le monde.

Aux termes, en effet, de l'article 929, ce transfert de la propriété mobilière exige en principe (il y a de nombreuses hypothèses où l'accord des volontés suffit) : 1° la tradition de la chose par le propriétaire à l'acquéreur ; 2° leur volonté commune de transférer la propriété. Mais, d'autre part, l'article 932 débute ainsi : « Une aliénation survenue conformément à l'ar-

ticle 929 fait de l'acquéreur une véritable propriétaire, même si la chose n'appartient pas à l'aliénateur. »

On ne saurait donc contester que la propriété d'un meuble peut s'acquérir *a non domino* (1).

Mais c'est à une double condition que le possesseur devient propriétaire.

1

Il faut d'abord que le possesseur soit de bonne foi au moment de la remise de l'objet (2) ; peu importe qu'ensuite il apprenne que son auteur n'était pas propriétaire. Il faut assimiler à la mauvaise foi, le cas où l'acquéreur n'ignorait la situation exacte de son auteur que par suite d'une négligence si grossière qu'elle constituerait une faute lourde.

Mais l'acquéreur n'a pas à prouver sa bonne foi. C'est à l'ancien propriétaire, qui conteste son droit, à établir sa mauvaise foi. Les auteurs allemands expriment quelque fois la chose en disant : la bonne foi n'est pas une condition de la prescription abrégée, c'est la mauvaise foi qui constitue un obstacle à l'acquisition.

L'article 932, dans son ensemble, dispose en effet : « Une aliénation survenue conformément à l'article 929 fait de l'acquéreur un véritable propriétaire, même si la chose n'appartenait pas à l'aliénateur, à moins que au moment où la propriété eut été acquise d'après ces

(1) Cosack, t. II, p. 119.
(2) Cosack, t. II, p. 120.

dispositions (1), il ne fut pas de bonne foi... L'acquéreur n'est pas de bonne foi lorsqu'il a su, ou n'a ignoré que par une négligence coupable, que la chose n'était pas la propriété de l'aliénateur. »

Dans le silence des textes, on ne peut exiger au contraire que l'aliénateur soit de bonne foi ; ce serait d'ailleurs contraire à une tradition constante (2).

2

La seconde conditon nécessaire à l'acquisition d'un meuble par la prescription avec juste titre relève non pas des parties, mais de l'objet en litige.

Il faut que l'objet n'ait été ni perdu ni volé, que d'une façon plus générale il ne soit pas sorti des mains de son propriétaire contre sa volonté : « L'acquisition de la propriété, sur le fondement des articles 932 à 934, ne peut avoir lieu — dit l'article 935 — si la chose a été perdue par son propriétaire, lui a été volée, ou est sortie de ses mains sans sa volonté. Il en est de même lorsque le propriétaire, possédant par l'intermédiaire d'une tierce personne, l'objet sort des mains de celle-ci sans qu'elle y consente. »

Le texte allemand ne renferme pas expressément le mot de " volonté " = *Willen*, mais l'idée exactement inverse, celle du défaut de volonté est implicitement contenue dans l'expression « *abhanden gekommen* »,

(1) Les dispositions de l'article 929.
(2) Cosack, t. II, p. 121.

que j'ai traduite par « sortie de ses mains sans sa volonté ». M. de la Grasserie l'a rendue par « disparu de ses mains », M. Meulenaere par « lui a été enlevée ». Je n'ai adopté aucune de ces traductions qui me paraissent imparfaites ; la première ne met pas en évidence que c'est en dehors de la volonté du propriétaire que l'objet doit s'être échappé de ses mains ; la seconde implique une idée de vol que ne contient pas le texte allemand : peu importe comment la chose n'est plus en la possession du propriétaire.

Le sens que j'attache à l'expression « *abhanden gekommen* » ne me paraît pas contestable ; elle exprime le fait d'une chose qui s'échappe spontanément des mains de son propriétaire, en dehors de toute volonté de sa part, mais d'une manière quelconque ; littéralement la chose est « venue hors des mains » (1).

Précisons par quelques exemple la règle posée par l'article 935. Primus prête son cheval à Secundus ; Primus en conserve la possession, mais la possession médiate ; le cheval s'échappe et Tertius s'en empare ; il le vend à son tour à Quartus ; Quartus n'en devient pas propriétaire, car la chose est sortie des mains du possesseur-mandataire Secundus sans la volonté de Secundus. Autre exemple : Secundus vole la montre de Primus ; jamais Secundus n'en deviendra propriétaire, mais au bout de trente ans, il sera à l'abri des poursuites de Primus dont l'action en revendication

(1) Cosack, t. II, p. 121.

est prescrite ; Secundus vend alors sa montre à Tertius ; malgré sa bonne foi, Tertius ne deviendra pas propriétaire ; bien plus : Primus pourra agir en revendication contre Tertius, car son action contre ce dernier est née seulement au jour de la vente passée entre Secundus et Tertius et ne se trouve donc pas prescrite.

La règle énoncée dans l'article 935 n'est pas absolue. Certains objets peuvent être acquis par la prescription abrégée, quelque soit leur provenance, eussent-ils même été volés. Ce sont : les pièces de monnaie ou billets de banque (*Geld*) les titres aux porteurs (*Inhaberpapiere*) et les choses acquises aux enchères publiques (*öffentliche Versteigerung*) Le dernier alinéa de ce texte dit en effet : « Ces dispositions ne s'appliquent pas à l'argent ou aux titres au porteur, ni aux choses qui ont été aliénées par la voie des enchères publiques.

3

Aucune durée de possession n'est exigée de l'acquéreur. Aussitôt faite la tradition de l'objet, il devient propriétaire ; l'acquisition est instantanée. C'est le principe de l'article 2279 du Code civil français.

L'institution dont je m'occupe en ce moment n'est donc pas à proprement parler une prescription puisque l'idée du temps n'y joue aucun rôle ; elle l'est encore moins en Droit allemand qu'en Droit français ; car elle apparait dans notre législation comme la limite vers laquelle tendent des délais de prescription de plus en plus court, tandis que les auteurs du Code de 1900 y

voient une institution propre, qui s'applique aux immeubles (nous allons le voir) comme aux meubles ; la question ne s'est pas même posée pour eux de savoir quel serait le délai efficient, mais uniquement de savoir si l'aliénation par un non propriétaire serait efficace (1).

J'ai néanmoins cru devoir traiter cette institution parce qu'elle poursuit le même but que la prescription : assurer la stabilité économique en transformant une situation de droit ; et parce qu'elle correspond à notre article 2279 dont on expose les dispositions à propos de la prescription.

Ce sont en effet sensiblement les mêmes hypothèses qui tombent sous le coup du texte allemand et du texte français. Le premier exige il est vrai un juste titre dont ne parle pas le second ; mais cette différence est à peu près sans intérêt pratique, puisque les deux articles impliquent la bonne foi ; or elles doivent être bien rares les hypothèses où une personne entre en possession d'un meuble sans juste titre et cependant avec bonne foi ; leur nombre se restreint encore l'on écarte — comme on doit le faire — toutes celles où il pourrait s'agir d'un objet perdu ou volé.

§ II. — *Autres droits réels mobiliers*

Les seuls droits réels mobiliers sont la propriété, l'usufruit et le gage. Nous venons de voir que le premier s'acquiert sans délai, même *a non domino*, par la

(1) Voir plus loin chapitre XXIII, § 1.

tradition jointe à l'intention commune aux deux parties de la constituer, pourvu que l'objet ne soit ni perdu, ni volé et que l'acquéreur soit de bonne foi. Il en est de même des deux autres.

L'article 1042 dispose en effet « Pour constituer un usufruit sur un meuble, il faut que le propriétaire remette la chose à l'acquéreur, et que les deux parties soient d'accord pour attribuer l'usufruit à l'acquéreur. Les dispositions des articles 929 phrase 2, et des articles 930 à 936 s'appliquet *mutatis mutandis*. »

Si donc le possesseur d'un meuble constitue, qu'il en ait ou non le droit, un usufruit sur ce meuble au profit d'un tiers, ce tiers deviendra immédiatement usufruitier à l'égard de tout le monde, pourvu qu'il ait été de bonne foi au moment de la constitution de l'usufruit et que la chose n'ait pas été perdue par celui qui pouvait disposer de l'usufruit ni ne lui ait été volée.

Même à l'égard du propriétaire véritable du meuble, cet acquéreur d'usufruit *a non domino* sera dans la situation d'un véritable usufruitier ; et il pourra toujours considérer comme propriétaire du meuble le constituant de l'usufruit. L'article 1058 le dit expressément : « Dans les rapports de l'usufruitier et du propriétaire, le constituant est reputé en faveur de l'usufruitier, le propriétaire de l'objet grevé d'usufruit ; à moins que l'usufruitier ne sache que le constituant n'est pas propriétaire. »

Des règles identiques existent en ce qui concernent le gage. Les articles 1205 et 1207 disposent en effet respectivement, le premier : « Pour constituer un droit de gage (sur un meuble) il faut que le propriétaire remette la chose au créancier et que les deux parties soient d'accord pour attribuer le droit de gage au créancier... » ; le second : « Si la chose n'appartient pas à celui qui constitue le gage, on applique *mutatis mutandis* à la constitution de gage les dispositions édictées par les articles 932, 934, 935 pour l'acquisition de la propriété. » L'article 934 est précisément celui qui prévoit l'acquisition *a non domino*.

L'article 1248 fait à son tour une application de cette règle : « Quand on procède à la vente du gage, celui qui l'a constitué est réputé, en faveur du créancier gagiste, propriétaire de l'objet grevé ; à moins que le créancier gagiste ne sache que le constitutant n'est pas propriétaire. »

SECTION II

Prescription avec juste titre des droits réels immobiliers

L'acquisition *a non domino* d'un droit réel mobilier est valable lorsque l'aliénateur possédait la chose, en sorte qu'il devait être — par tout le monde en général et par l'acheteur en particulier — présumé propriétaire,

et lors que d'autre part cet acquéreur était de bonne foi, c'est-à-dire ignorait que les apparences ne répondaient pas à la réalité.

Le Code applique le même principe en matière immobilière. Quand un individu est dans une situation telle qu'il doive, aux termes de la loi, être présumé titulaire d'ue droit réel immobilier, il dispose valablement de ce droit à l'égard de toute personne de bonne foi.

L'article 892 édicte expressément cette règle, lorsque le disposant est inscrit sur les livres fonciers comme titulaire des droits cédés ; il dispose en effet : « En faveur de celui qui acquiert par acte juridique un droit sur un immeuble, ou un droit réel immobilier, le contenu du livre foncier est réputé exact à moins que ne fut inscrite une protestation contre ce contenu ou que son inexactitude n'ait été connue de l'acquéreur... »

Cette présomption de propriété de celui qui est inscrit comme tel est en effet l'essence de régime des livres fonciers (1).

Si Primus est donc inscrit à tort comme propriétaire de telle maison, il la pourra vendre à Secundus qui en deviendra réellement propriétaire. Primus n'avait sans doute pas le " droit " (*Recht*), mais le " pouvoir légal " (*Rechtsmacht*) — suivant une expression chère aux jurisconsultes allemands — d'aliéner cet immeuble. Par suite d'une erreur quelconque je suis inscrit comme

(1) Voir aussi l'article 891 et plus haut chapitre XVIII, § II.

créancier hypothécaire sur tel fonds ; je ne dois pas (*ich darf nicht*) céder mon rang à un autre créancier hypothécaire, mais j'en ai la capacité (*ich kann*).

Cette règle s'applique à tous les droits réels immobiliers, aussi bien au droit de propriété (1) qu'aux servitudes ou autres démembrements du droit de propriété (2), l'article 892 le dit expressément.

Il n'y a guère en droit allemand de personnes reputées titulaires de droits réels immobiliers que celles portées comme telles au livre foncier ; ce n'est pas néanmoins une règle absolue et il peut arriver qu'une personne soit réputée titulaire d'un droit réel immobilier sans être inscrite. Mais ce ne sera qu'en des hypothèses excessivement rares, dont une seule mérite d'être mentionné ; celle prévue à l'article 2366.

Afin de permettre au successeur, héritier ou légataire, de contracter facilement en cette qualité, le Code allemand a généralisé une institution, qui existait déjà dans la plupart des législations locales, celle du " certificat d'héritier " = *Erbschein*. C'est une attestation délivrée par le tribunal qui connait de la succession, à l'héritier ou au légataire sur sa requête, et dans laquelle sont indiquées la nature et l'étendue de son droit (articles 2353 et suivants).

(1) Cosack, t. II, p. 108.
(2) *Id.* p. 193 et note 7 de la p. 193.

La personne munie de ce titre est réputée successeur du *de cujus* jusqu'à preuve du contraire ; elle est donc réputée capable de disposer de tous les droits de celui-ci bien qu'elle ne soit pas encore inscrite au livre foncier. Il est naturel que les actes de disposition faits par cette personne soient valables ,même si plus tard sa qualité de successeur était controuvée Aussi l'article 2366 dispose : « Si une personne acquiert par acte juridique de celui qui est désigné comme héritier dans un certificat d'héritier, un élément (1) de la succession, un droit réel sur un tel bien ou sa libération d'une obligation envers la succession, le contenu selon l'article 2365 (2) du certificat d'héritier est en sa faveur réputé exact ; à moins qu'elle ne sache que le tribunal de la succession a réclamé la restitution du certificat pour inexactitude. »

La prescription avec juste titre s'applique donc à tous les droits réels immobiliers sans exceptions.

Elle exige en premier lieu que le disposant soit aux

(1) « *Gegenstand* », mot à mot " objet " désigne en principe le droits autant que les biens corporels ; il correspond au terme français " bien " dans son sens large. BARRE, p. 19 ; — ACHILLES, note sous l'article 1075.

(2) L'article 2365 déclare que le droit de l'héritier muni du certificat doit être présumé avoir l'étendue qui est indiquée par le certificat ; la phrase « conformément à l'article 2365 » n'est donc pas une restriction, mais précise que le contenu du certificat fait foi tant en ce qui concerne l'étendue des droits mentionnés qu'en ce qui a trait à leur nature.

yeux du législateur réputé le titulaire du droit dont il a disposé ; c'est-à-dire qu'il soit en principe inscrit comme tel au livre foncier ; où qu'il se trouve dans quelqu'une des rares situations équivalentes, expressément prévues au Code, par exemple nanti d'un certificat qui le présente comme héritier de l'individu inscrit au livre foncier comme titulaire des droits dont il a disposé. Hors de ces conditions, l'acte de constitution, de modification, de transfert ou d'extinction serait inopérent ; celui qui y aurait joué le rôle d'aliénateur n'ayant même pas eu la " puissance légale " de disposer (1).

La prescription avec juste titre exige en second lieu que le bénéficiaire ait été de bonne foi lors de l'acquisition, c'est-à-dire qu'il n'ait pas su, ou qu'il ne doivent pas à une négligence grossière d'avoir ignoré, que la réalité ne correspondait pas aux apparences.

Mais elle ne nécessite aucune durée de possession : le silence du Code et les travaux préparatoires sont absolument décisifs ; l'acquisition est immédiate, tout comme si le disposant était véritablement propriétaire.

La prescription de dix à vingt ans du Droit français n'a pas été admise par le législateur allemand ; rien dans son Code ne correspond exactement à nos articles 2265 à 2269. Quand il y a juste titre et bonne foi c'est-à-dire dans l'hypothèse que règlementent ces textes, le Code allemand fait bénéficier l'acquéreur *a non domino* de la même faveur qu'il s'agisse de meubles ou d'immeu-

(1) Cosack, t. I, p. 108.

bles : il y a, si l'on veut employer cette expression, prescription instantanée dans les deux cas.

SECTION III

Prescription avec juste titre des Droits réels sur des droits.

Le Code allemand et les auteurs qu'il m'a été donné de consulter, ne me paraissent pas s'être occupé spécialement de la prescription avec juste titre des droits réels sur des droits, des *Rechte an Rechten*.

Mais de l'esprit général de ces deux institutions, la prescription avec juste titre et les droits réels sur des droits, me parait pouvoir être dégagée cette règle : il faut envisager uniquement le droit grevé, celui que l'on appelle droit inférieure (*Unterrecht*) ; peut il être acquis par prescription avec juste titre, alors le droit supérieur qui le grève pourra l'être aussi ; ne le peut il pas, le droit supérieur ne pourra l'être davantage.

En effet la theorie de la prescription avec juste titre est fondée essentiellement sur la pratique de la vie, et sa réglementation est toute d'apportunisme et d'équité. Or, en fait, à quoi se ramène l'usufruit d'une créance si ce n'est à une série de droits personnels grâce auxquels l'usufruitier peut exiger du débiteur les intérêts

qu'il devrait normalement payer à son créancier. Un droit de gage sur une dette foncière équivaut pour le créancier gagiste à un droit réel sur l'immeuble, qui lui permettait lors de sa vente de prélever sur le prix la somme qui lui est due. C'est donc seul le droit inférieur qui doit être pris en considération : le titulaire du droit supérieur est en somme tout simplement substitué pour partie au droit du titulaire du droit inférieur, et l'acquisition de son droit réel équivaut à l'acquisition d'une partie du droit inférieur.

Divers textes peuvent être invoqués à l'appui de cette solution, par exemple les articles 1069, 1072 et 1274 pour ne citer que ceux-là.

Le premier est ainsi conçu : « La constitution de l'usufruit sur un droit a lieu suivant les dispositions qui régissent le transfert du droit ..... ». Un usufruit sur une créance sera donc constitué selon les règles de la cession de créance ; un usufruit sur une rente foncière sera etabli comme la rente foncière elle-même. C'est reconnaître à la construction juridique constituée par un droit sur un droit le même caractère personnel ou réel, mobilier ou immobilier, qu'au droit grevé.

L'article 1274 dispose de même pour le gage portant sur un droit : « La constitution du droit de gage sur un droit a lieu suivant les dispositions qui régissent le tranfert du droit ..... ». La règle qui se déduit de l'article 1069 n'est donc pas spéciale à l'usufruit, elle est génerale. Enfin l'article 1072 :

« L'expiration de l'usufruit a lieu suivant les dispo-

sitions des articles 1063 et 1064, même si le droit grevé d'usufruit n'est pas un droit sur une chose mobilière. » Les articles 1063 et 1064 sont relatifs à l'extinction de l'usufruit grevant un meuble corporel. Le texte cité est capital. Le législateur y déclare, de façon on ne peut plus nette : « Ce sont les règles propres au droit inférieur qui régissent le droit supérieur ; l'article 1069 n'en est qu'une application ; c'est ce principe que l'on doit toujours appliquer ; cependant par une dérogation expresse, j'ordonne que l'extinction de l'usufruit sur un droit soit toujours traitée comme si le droit grevé était un droit mobilier. »

Ces textes sont absolument décisifs et les déductions que j'en tire comportent une application générale ; car l'usufruit et le gage sont les seuls droits qui puissent avoir pour objet d'autres droits (1).

Par conséquent, lorsque le droit inférieur sera un droit personnel, il ne pourra pas être question de l'acquérir par une prescription avec juste titre ; ce sera possible, au contraire, quand ce droit inférieur sera un droit réel. Et dans cette dernière hypothèse, on appliquera tantôt les règles et conditions de la prescription avec juste titre des droits réels mobiliers et tantôt celles pour les droits immobiliers, selon précisément que le bien grevé en dernière analyse est un meuble ou un immeuble.

(1) Voir plus haut, chap. XVII, 2.

CHAPITRE XX

Domaine de l'usucapion. — Ses conditions d'application.

Les textes relatifs à l'usucapion procèdent, quant à leurs emplacements et à leur portée, des mêmes principes que ceux qui concernent la prescription avec juste titre. Il n'est pas question de l'usucapion dans la partie générale du Code, et tous les textes qui lui sont consacrés ont trait a des droits réels. Aucun d'eux ne formule de règle vraiment générale, et, encore plus que pour la prescription avec juste titre, ce sont des dispositions spéciales qui la règlementent.

Il est donc certain qu'à cette seconde forme de la prescription acquisitive ni les droits personnels, ni les droits de famille ne sont soumis et qu'elle ne saurait avoir d'autre objet que les droits réels.

SECTION I

Usucapion des droits réels mobiliers.

Le Code civil allemand ne connaît, ainsi que je l'ai déjà dit, que trois droits réels mobiliers. Ce sont : le droit de propriété, le droit d'usufruit et le droit de gage. Les deux premiers, et les deux premiers seulement, peuvent être acquis par usucapion.

Le premier alinéa de l'article 937 est, en effet, ainsi conçu : « Celui qui possède une chose pendant dix ans en acquiert la propriété (usucapion) ». Il n'y a pas de doute que le mot " chose " (*Sache*) désigne ici un meuble : ce texte est dans le titre consacré à « l'acquisition et la perte de la propriété sur les biens meubles »; d'autre part, le Code emploie le mot *Grundstück* = " bien fonds " quand il veut opposer les immeubles aux meubles ; enfin, un autre texte, l'article 900, s'occupe de l'acquisition de la propriété immobilière par l'effet du temps.

L'article 1033 débute en ces termes : « L'usufruit d'un meuble peut être acquis par prescription. » Ici le le législateur a employé l'expression *bewegliche Sache* = " chose mobilière " ; il s'agit donc bien de l'usufruit des meubles.

Nul texte au contraire ne prévoit l'acquisition d'un droit de gage par usucapion. L'article 1205 fait de

l'accord des deux parties une condition essentielle de la constitution du gage sur les meubles corporels : « Pour la constitution du droit de gage il faut que le propriétaire de la chose la remette au créancier et que tous deux s'accordent à attribuer le droit de gage au créancier » ; et les textes qui prévoient des variantes, des simplifications, visent la tradition du bien donné en en gage (article 1205 *in fine*, article 1206), ne touchent pas à la nécessité de l'accord commun. Un droit de gage ne saurait donc s'acquérir par usucapion (1).

Pour acquérir un meuble sans juste titre, il faut remplir deux conditions : la première consiste à posséder pendant dix ans ce meuble et à se comporter durant tout ce laps de temps comme un propriétaire véritable; la seconde consiste à avoir été de bonne foi pendant les dix années. « Celui qui a possédé une chose pendant dix ans en acquiert la propriété (usucapion) » dit l'alinéa 1 de l'article 937.

Ce n'est pas une possession quelconque que ce texte exige par le mot *Eigenbesitz* qui signifie littéralement " possession pour son propre compte " et dont l'article 872 précise le sens ; il indique bien que le possesseur doit se comporter comme un véritable propriétaire.

Mais peu importe que le possesseur détienne lui-même la chose, ou la laisse aux mains d'un mandataire, tel qu'un locataire par exemple ; les auteurs allemands

(1) Cosack, t. I, p. 294 (§ 244, II, 4).

désignent la première hypothèse sous le nom de " possession immédiate " (*unmittelbarer Besitz*) et la seconde sous le nom de " possession médiate " (*mittelbarer Besitz*) (1) ; et sont équivalentes au point de vue de l'usucapion.

Il faut en second lieu que le possesseur soit de bonne foi pendant les dix années que doit durer sa possession ; le second alinéa de l'article 937 dit en effet : « L'usucapion n'a pas lieu si l'acquéreur n'était pas de bonne foi quand il a acquis la possession ou si plus tard il a appris qu'il n'est pas propriétaire. » Mais bien entendu ce n'est pas au possesseur de prouver sa bonne foi ; c'est à celui qui revendique l'objet de prouver la mauvaise foi du possesseur. La forme dans laquelle l'article 937 est rédigé à ce point de vue, le principe qui veut que la mauvaise foi ne se présume pas, la presque impossibilité de trouver à l'usucapion des cas pratiques d'application s'il en était autrement, concourent à démontrer cette règle.

Le Code allemand fait ainsi de la bonne foi du possesseur une condition *sine qua non* de l'acquisition des meubles par la prescription ; que le possesseur ait un juste titre (2) ou qu'il n'en ait pas, jamais il ne pourra devenir propriétaire s'il été de mauvaise foi. Mais il importe de ne pas oublier qu'après trente ans d'inaction de la part du propriétaire, son action contre le possesseur est prescrite, en sorte que ce dernier ne peut pas

(1) Cosack, t. I, p. 144 et 145.
(2) Voir plus haut chapitre XIX, section I, § 1, 1.

disposer de l'objet mais se trouve du moins à couvert de toute revendication.

L'article 937 permet l'usucapion des meubles volés ou perdus (1). Le texte qui prohibe l'acquisition de tels objets (article 935) est situé dans la section relative à l'acquisition par acte juridique, parmi les dispositions relatives à la prescription avec juste titre, et non pas dans la section consacrée à l'usucapion ; d'autre part aucun des articles qui traitent de cette institution ne fait allusion à l'article 935 ou à son hypothèse.

Cette faculté d'acquérir des objets perdus ou volés offre à l'usucapion des meubles une de ses principales occasions de s'appliquer ; puisque cette institution exige la bonne foi du possesseur, comme la prescription avec juste titre et qu'abstraction faite précisément du juste titre, elle est soumise à des conditions plus rigoureuses car elle exige la bonne foi pendant dix ans au lieu d'un instant, et ne fait acquérir la propriété qu'après ce laps de temps au lieu de l'attribuer instantanément.

L'usucapion d'un usufruit mobilier et soumise aux mêmes conditions que l'usucapion de la pleine propriété : « L'usufruit d'un meuble peut être acquis par usucapion. Les dispositions qui régissent l'acquisition de la

(1) PLANCK sous l'article 937, note 1 (tome III, p. 192 et 194); — KIPP, t. I, p. 830.

propriété par l'usucapion s'appliquent *mutatis mutandis* » (article 1033).

Il faut donc pour usucaper l'usufruit d'un meuble se comporter à son égard pendant dix ans comme un véritable usufruitier et croire pendant tout ce laps de temps qu'on est véritablement investi de cette qualité.

Les conditions auxquelles le législateur a cru devoir soumettre l'usucapion des droits réels mobiliers expliquent que le droit de gage n'entre pas dans le champ d'application de cette institution. Elle exige l'exercice prolongé du droit à acquérir ; or l'essence du droit de gage, c'est de permettre au créancier de se faire payer par préférence sur le prix de l'objet ; l'exercice de ce droit est constitué par un fait isolé non par un état ou une série de faits répétés ; bien mieux, ce droit s'épuise par le fait même qu'il est exercé une seule fois ; il ne pouvait être question de l'acquérir par un usage prolongé.

SECTION II

Usucapion des droits réels immobiliers.

Le Code ne nomme pas l' " usucapion " proprement dite (*Ersitzung*) à propos des immeubles. Elle s'applique à eux néanmoins et les articles 900 et 927 règlementent son application en des hypothèses distinctes.

Mais le législateur a affecté de ne pas la nommer dans ces textes et le principal d'entre eux, l'article 900, ne se trouve même pas dans le deuxième titre de la troisième section du livre III, (articles 925 à 928) consacré à l'acquisition et à la perte de la propriété immobilière.

Ce mot d'usucapion parait impliquer une acquisition indépendante des livres fonciers, et le désir de conserver à ce régime toute son autorisé, ne fut ce que morale est à n'en pas douter le motif qui a fait agir de cette façon les auteurs du Code.

§ I. — *Etude de l'article 900*

L'article 900 est ainsi libellé : « Celui qui est inscrit au livre foncier comme propriétaire d'un immeuble, sans que la propriété lui en ait été transmise, l'acquiert si l'inscription subsiste trente ans et si pendant ce temps il se comporte envers l'immeuble comme un véritable propriétaire,.. Ces dispositions s'appliquent *mutatis mutandis* quand dans le livre foncier est inscrit au profit d'une personne, qui n'en est pas titulaire, un autre droit permettant la possession de l'immeuble ou dont l'exercice est protégé d'après les dispositions relatives à la possession ».

Le législateur règlemente dans ce texte une institution qu'il ne nomme pas. J'ai déjà eu l'occasion de signaler, à propos de la prescription avec juste titre, un exemple de ce procédé singulier.

Les auteurs ne sont pas restés dans la même réserve, et ils ont employé — parce que les mentions du livre

foncier jouent un grand rôle dans ce mode d'acquisition — les noms de *Grundbuchersitzung* = " usucapion par le livre foncier " et celui de *Tabularersitzung* = " usucapion tabulaire " (faisant ainsi allusion aux tableaux que forment les grandes feuilles du livre foncier), expressions absolument synonymes entre elles (1).

Le mot *Ersitzung* se trouve ainsi réservé aux cas d'usucapion qui ne nécessitent pas d'inscription sur les livres fonciers, c'est-à-dire à peu près exclusivement aux acquisitions de droits réels mobiliers.

En dépit de la rédaction du Code et des expressions employées par les écrivains, il n'est pas douteux que l'institution de l'article 900 constitue une véritable usucapion : la preuve en sera facile à faire une fois cette institution connue, et j'emploierai donc ce vocable au cours de cette étude.

Les droits que vise l'article 900 sont outre le droit de propriété, expressément nommé, les droits réels immobiliers susceptibles d'être possédés, c'est-à-dire susceptibles d'être exercés d'une manière analogue au droit de propriété ; ce sont : l'usufruit, les servitudes personnelles restreintes (habitation,...) les servitudes foncières et le droit de superficie (2).

(1) Cosack. t. II, p. 43 ; — Endemann, t. II, p. 257 ; — Dernburg, t. III, p. 155 ; — Kuhlenbeck, t. II, p. 199 ; — Kipp, t. I, p. 834.

(2) Planck, sous l'article 900, note 4 ; — Cosack, t. II, p. 43, 180, 192, 199, 201.

Les autres droits réels immobiliers, à savoir le droit de préemption, les charges réelles, l'hypothèque, la dette foncière, la rente foncière, ne peuvent être acquis par usucapion (1).

On remarquera que échappent précisément à ce mode d'acquisition, en matière immobilière, tout comme en matière mobilière ceux d'entre les droits réels dont l'exercice se ramène à un maniement d'argent, qui donc se rattachent dans une certaine mesure aux droits de créance ; tandis que les droits réels qui ont pour objet la jouissance immédiate de l'immeuble par leur titulaire sont soumis à l'usucapion.

L'usucapion d'un droit réel immobilier exige deux éléments bien distincts : il faut que celui qui veut acquérir soit inscrit au livre foncier comme titulaire du droit en question, il faut d'autre part que cette même personne se comporte à l'égard de l'immeuble comme si elle était vraiment titulaire du droit dont s'agit. (article 900). Est réputé exercer une servitude tant foncière que personnelle restreinte celui qui l'exercer une fois par an (2).

Cette inscription et cette possession doivent être simultanées et durer trente ans.

Mais la bonne foi n'est pas exigée chez celui qui usu-

(1) Voir, pour le droit de gage, section I, *in fine*, du présent chapitre).

(2) Cosack, t. II, p. 44.

cape (1): le silence de l'article 900 est probant à cet égard, surtout quand on le rapproche de l'article 937 qui mentionne expressément la nécessité de la bonne foi pour l'usucapion des meubles.

L'article 900 poursuit le même but que l'article 937 ; rendre définitive une situation de fait en la transformant en une situation de droit : pas plus l'un que l'autre, ils n'exigent un juste titre ; ils diffèrent seulement à deux points de vue : le premier exige une inscription au livre foncier dont il ne saurait être question en matière mobilière, et inversement il n'impose pas une bonne foi que le second déclare indispensable. Ces deux textes remédient de la même façon à deux situations identiques : leurs différences n'ont leur source que dans les objets dissemblables dont ils s'occupent. C'est donc bien de la même institution qu'il s'agit dans tous deux ; l'usucapion n'est pas nécessairement soumises à des conditions identiques quelque soient les biens qu'elle doit faire acquérir.

Le législateur a été amené à reconnaître la chose : l'article 189 de la loi d'introduction du Code civil (*Einführungsgesetz*) dans son alinéa 2 appelle *Ersitzung* = " usucapion " l'institution de l'article 909 : « Si à l'époque où le livre foncier doit être considéré comme établi, le possesseur y est inscrit comme ayant-droit, les dispositions de l'article 169 de la loi d'introduction

(1) PLANCK, sous l'article 900, note 2, c) ; — DERNBURG, t. III, p. 155.

s'appliqueront *mutatis mutandis* à une usucapion, permise par l'article 900 du Code civil, qui ne serait pas encore accomplie ».

Aussi Planck n'hésite-t-il pas à écrire dans ses remarques générales sur l'usucapion : « L'usucapion n'est pas selon le Code, comme elle devait l'être d'après le Premier Projet, un mode d'acquérir spécial à la propriété des meubles ; on peut au contraire acquérir également par usucapion... la propriété des immeubles et d'autres droits sur eux et aussi... l'usufruit d'un meuble » (1).

§ II. — *Etude de l'article 927.*

Ce texte dont les applications seront toujours très rares, à raison de la multiplicité et de la rigueur des conditions qu'il exige, en même temps que parce qu'il vise seulement le droit de propriété à l'exclusion de tout autre droit réel, est néanmoins d'un intérêt capital parce qu'il constitue une dérogation à certains principes fondamentaux de la législation des droits réels immobiliers.

Il dispose en effet : « Quand un non-propriétaire possède depuis trente ans un immeuble et se comporte

(1) « *Die Ersitzung ist nach dem B. G. B. nicht, wie nach dem E. I, eine auf das Eigenthum an beweglichen Sachen beschränkte Erwerbsart ; vielmehr können... auch das Eigenthum und andere Rechte an Grundstücken und... auch der Niessbrauch an einer beweglichen Sache durch Ersitzung erworben werden.* » PLANCK, Remarque I, sur l'usucapion, t. III, p. 192.

envers lui comme s'il était propriétaire, le véritable propriétaire peut être dépouillé de son droit par la voie de la procédure de publication... Si le véritable propriétaire est inscrit au livre foncier, la procédure de publication n'est permise que s'il est mort ou disparu, et qu'en outre depuis trente ans n'ait pas été faite au livre foncier aucune inscription qui nécessite le consentement du propriétaire. Celui qui a obtenu le jugement de forclusion acquiert la propriété par son inscription au livre foncier comme propriétaire... ».

L'article 927 suppose qu'un non-propriétaire est depuis trente années en possession d'un immeuble et qu'il en jouit comme s'il était véritablement propriétaire ; peu importe par ailleurs qu'il soit ou non de bonne foi, qu'il ait ou n'ait pas un juste titre. Cette condition remplie, deux hypothèse peuvent se présenter.

Si personne n'est inscrit au livre foncier comme propriétaire de l'immeuble, le possesseur peut intenter immédiatement la procédure de publication. Si au contraire le livre foncier mentionne un propriétaire, que ce soit ou non le véritable propriétaire (1), cette procédure ne pourra être introduite que si le propriétaire est mort ou a disparu, et si en outre depuis trente ans aucune inscription n'a été faite au livre foncier qui nécessite son consentement, car en le donnant il aurait fait acte de propriétaire.

(1) PLANCK, sous l'article 927, note 3, premier alinéa.

Supposons que la procédure de publication puisse être intentée, soit que le livre foncier ne porte aucun nom, soit que les conditions supplémentaires soient remplies. Cette procédure, comparable à celle des articles 115 et suivants du Code français sur la déclaration d'absence, comporte deux éléments : d'abord un ensemble de mesures de publicité qui ont pour objet d'amener tous ceux qui ont des droits sur l'immeuble et le propriétaire en particulier, à se faire connaître ; ensuite un jugement, le jugement de forclusion.

Si personne ne fait valoir de droit sur l'immeuble, le jugement de forclusion autorise le possesseur à se faire porter sur le livre foncier comme propriétaire soit au lieu et place de celui précédemment inscrit ; soit comme premier propriétaire inscrit, si personne n'était porté au livre foncier en cette qualité.

Si au contraire quelqu'un se présente qui conteste la prétention du demandeur en tout ou en partie, c'est-à-dire qui se dise propriétaire de l'immeuble ou titulaire d'un droit réel sur le dit immeuble, le tribunal juge le procès ainsi soulevé à moins que le demandeur ne se désiste (1).

Mais la seule façon efficace de se présenter consiste à intervenir dans la procédure de publication, ou à faire inscrire au livre foncier une " protestation " (*Widerspruch*) (2). Le premier procédé est bien évidem-

(1) PLANCK, sous l'article 927, note 4.
(2) *Id.* note 6.

ment valable ; le second est expressément réservé par l'article 927, alinéa 3 : « Si avant que ne soit rendu le jugement de forclusion un tiers est inscrit comme propriétaire ou si est inscrite au livre foncier, à raison du droit de propriété d'un tiers, une mention qui conteste l'exactitude du livre foncier, le jugement est sans effet contre ce tiers ».

Mais une fois rendu le jugement de forclusion, contradictoire ou non, qui autorise le demandeur à se faire inscrire au livre foncier, celui-ci n'est pas encore propriétaire, il ne le sera qu'une fois, cette inscription faite. Cette dernière disposition est très importante : Si l'ensemble de l'article 927 permet en effet d'acquérir un immeuble, malgré les mentions du livre foncier et en tous cas en dehors de tout acte juridique, ce qui est une dérogation au régime des droits réels immobiliers ; le principe qui fait dépendre la validité des actes de disposition sur ces droits d'une inscription au livre foncier est respecté.

L'institution réglementée par l'article 927 me paraît devoir être envisagée comme une usucapion par les jurisconsultes les plus sévères : c'est en effet un mode d'acquérir la propriété sans juste titre, par le seul fait d'une possession prolongée ; et elle a pour but de rendre définitive une situation de fait en la transformant en une situation de droit. Elle renferme donc tous les caractères de l'usucapion et on ne trouve en elle aucun trait qui l'en doive faire distinguer.

L'article 927 établit d'ailleurs un rapprochement entre elle et l'usucapion proprement dite ; sa deuxième phrase énonce la règle que : « Le temps de possession est calculé de la même manière que le délai pour l'usucapion d'un meuble » Le fait d'avoir écrit : « l'usucapion d'un meuble », au lieu de « l'usucapion » tout court ne doit-il pas faire penser que le législateur concevait à ce moment-là l'usucapion comme une institution générale, susceptible de s'appliquer aux immeubles, et peut être même qu'il en envisageait comme une de ses formes spécialement l'institution qu'il organisait dans ce texte.

SECTION III

Usucapion des Droits réels sur des droits.

Je ne puis que répéter ici que ce que j'ai déjà dit à l'occasion de la prescription avec juste titre de ces droits. Pour les raisons indiquées plus haut (1) j'estime que l'usucapion du droit supérieur est possible quand est possible celle du droit inférieur envisagé isolément, et réciproquement ; et que les conditions de l'usucapion du droit supérieur sont les mêmes que celles de l'usucapion du droit inférieur.

(1) Voir plus haut, chap. XIX, section III.

CHAPITRE XXI

Suspension et interruption de la prescription acquisitive.

§ I. — *Prescription avec juste titre.*

Lorsque l'acquéreur *a non domino* d'un droit réel, mobilier ou immobilier, est dans les conditions requises pour la prescription avec juste titre, il devient immédiatement propriétaire ; aucun délai de possession n'est exigé. On ne conçoit pas, dès lors, la possibilité d'une interruption.

Il ne saurait être question non plus de suspension. Il faut que toutes les conditions nécessaires soient réunies au moment où le droit se transférerait si le disposant était capable ; si l'une d'elle fait défaut, l'acquisition est impossible ; sa survenance postérieure n'y remédie pas ; ou l'acquisition est instantanée, ou elle n'a pas lieu. Il n'y a donc pas de place pour la suspension.

Aussi, nul article dans le Code ne parle de suspen-

sion ou d'interruption à propos de la prescription avec juste titre.

La chose était d'autant plus à prévoir que le législateur n'a pas envisagé cette institution comme une prescription dont le délai se serait réduit à néant, mais qu'il l'a envisagée comme un mode d'acquisition par acte juridique, à peine différent des actes de disposition accomplis par le titulaire du droit.

§ II. — *Usucapion.*

En matière d'usucapion, au contraire, la suspension et l'interruption peuvent trouver place puisque on est en présence d'un délai décennal pour les meubles, trentenaire pour les immeubles.

1

« L'usucapion (d'un meuble) ne peut pas commencer — dispose l'article 939 — et si elle a commencé, elle ne peut pas être continuée, tant que la prescription extinctive de l'action du propriétaire est suspendue, ou que les dispositions des articles 206 et 207 s'opposent à son accomplissement. » Les articles 206 et 207 indiquent deux des causes de suspension, un peu spéciales seulement et auxquelles le législateur a crû devoir à ce titre faire allusion expressément.

L'article 1033, d'autre part, déclare applicable à l'usucapion d'un usufruit mobilier les dispositions qui régissent l'usucapion des meubles.

On peut donc formuler cette règle : l'usucapion d'un droit réel mobilier est suspendue toutes les fois qu'est suspendue l'action qui permettrait au titulaire de ce droit d'agir contre le possesseur.

Quant à l'effet de cette suspension, il est évidemment le même qu'en Droit français ou qu'en matière de prescription extinctive. Le texte de l'article 939 est parfaitement clair.

L'usucapion des droits réels mobiliers, tant du droit de propriété (articles 940 et suivants) que du droit d'usufruit (article 1033), est aussi sujette à interruption.

L'article 942 en précise l'effet : « Si l'usucapion est interrompue, le temps écoulé jusqu'à l'interruption ne compte pas ; une nouvelle usucapion ne peut commencer qu'à la fin de l'interruption. » L'interruption en matière d'usucapion est donc de la même nature et a les mêmes conséquences qu'à propos de prescription extinctive. Elle est le résultat non d'un fait, mais d'un état; tout le temps écoulé avant la survenance de cet état ne compte pas pour l'usucapion ; un nouveau délai utile ne commence à courir que le jour où cesse l'état, cause d'interruption.

Les causes d'interruption, ou mieux d'état interruptif, sont données par les articles 940 et 941.

« L'usucapion est interrompue par la perte de la possession. L'interruption est réputée non avenue quand

le possesseur a perdu la possession sans sa volonté et l'a recouvré dans le délai d'un an ou au moyen d'une instance introduite dans ce délai » (article 940). La possession dont il s'agit dans ce texte est l'*Eigenbesitz*, c'est-à-dire la " possession à titre de propriétaire " (1). Pendant les dix années nécessaires pour usucaper un meuble, le possesseur ne doit jamais perdre une seule fois la possession. S'il s'est dessaisi de l'objet volontairement, tout est à recommencer ; en a-t-il été privé malgré lui, il pourra éviter ce résultat déplorable, mais à condition soit qu'il recouvre dans l'année la possession de l'objet, soit qu'il la recouvre à une date quelconque mais en ayant introduit une action dans ce but, durant l'année qui a suivi la dépossession.

En second lieu : « L'usucapion est interrompue lorsque est exercée en justice l'action du propriétaire contre le possesseur ou, dans le cas d'une possession indirecte, contre le détenteur qui tire du possesseur son droit à la détention ; l'interruption, toutefois, n'a lieu qu'en faveur de celui qui l'opère. Les dispositions des articles 209 à 212, 216, 219, 220, relatives à la prescription extinctive, s'appliquent *mutatis mutandis* » (article 241). En d'autres termes : Tous les actes par lesquels le titulaire d'un droit réel mobilier interromprait la prescription de l'action dont il dispose contre le possesseur de son bien, tous ces actes, dis-je, interrompent aussi l'usucapion, qui court au profit de ce même possesseur. Les seules

(1) Voir plus haut, chap. XX, section I.

causes d'interruption de l'action que ne mentionne pas l'article 941 sont celles qui ne sauraient se produire quand la source de l'action est un droit réel, par exemple la sommation de payer (article 213), la production à une faillite (article 214), ou le fait d'invoquer une compensation (article 215).

On peut dire, par conséquent : tous les actes qui interrompent la prescription de l'action du titulaire d'un droit réel mobilier contre le possesseur de ce droit, interrompent aussi l'usucapion de ce droit qui court au profit de ce possesseur.

Nous retrouvons donc, en Droit allemand, l'interruption naturelle de notre article 2243 dans l'article 940, et l'interruption civile des articles 2244 et suivants du Code français dans l'article 941.

2

Les causes de suspension et d'interruption sont plus nombreuses dans l'usucapion immobilière que dans l'usucapion des meubles.

L'article 900 dispose en effet : « Le délai trentenaire est compté de la même façon que le délai pour l'usucapion d'un meuble » (alinéa 1); et l'article 927 : « Le temps de possession est calculé de la même manière que le délai pour l'usucapion d'un meuble » (alinéa 1). Donc tous les événements qui suspendraient ou interrompraient l'usucapion s'il était question d'un meuble, la suspendent ou l'interrompent quand il s'agit d'un immeuble : son cours est suspendu toutes les fois qu'est

suspendue la prescription de l'action du propriétaire contre le possesseur (article 939); elle est interrompue toutes les fois que le possesseur abandonne volontairement la possession, toutes les fois qui la perd involontairement et ne la recouvre pas ni ne la revendique dans l'année (article 940); elle est encore interrompue toutes les fois qu'est interrompus la prescription de l'action du propriétaire contre le possesseur (article 941) (1).

Mais l'usucapion peut être suspendue pour d'autres causes encore dans l'hypothèse de l'article 900, c'est-à-dire quand le possesseur qui l'invoque est inscrit à tort comme propriétaire sur le livre foncier. Le premier alinéa de ce texte se termine par ces mots : « Le cours du délai est suspendu, tant qu'est inscrite au livre foncier une protestation qui conteste l'exactitude de l'inscription. » Il suffit donc qu'une personne fasse inscrire au livre foncier qu'elle proteste contre l'inscription du possesseur comme propriétaire pour que l'usucapion ne coure plus en faveur de celui-ci ; sauf à lui à obliger le réclamant à vider sa protestation.

L'article 927 qui autorise, après trente années de possession, à intenter une procédure de publication pour se faire inscrire comme propriétaire de l'immeuble possédé, ne parle pas de cause particulière de suspension. Un texte aussi exceptionnel doit être appliqué de la façon la plus littérale et je conclus de son silence sur ce point que dans cette hypothèse l'usucapion n'est pas

(1) PLANCK, sous l'article 900, note 2 *b*).

susceptible d'autres causes de suspension, que celles prévues pour l'usucapion des meubles.

Il existe aussi des causes d'interruption propres à l'usucapion des immeubles. Aux termes de l'article 900 l'usucapion n'est possible que « si l'inscription a subsisté trente ans... » (alinéa 1), et aux termes de l'article 927, que « si... depuis trente ans n'a pas été faite au livre foncier une inscription qui nécessite le consentement du propriétaire » (alinéa 1). Il y aura donc interruption dans la première hypothèse, si le prescrivant cesse un instant d'être inscrit ; dans la seconde, si une inscription a été prise qui implique l'intervention du propriétaire.

Enfin il est bien certain que suspension et interruption produisent ici les mêmes effets et sont de même nature que pour l'usucapion des meubles, puisque l'article 900 et l'article 927 renvoient expressément pour le calcul des délais à l'usucapion des meubles.

CHAPITRE XXII

Effets de la prescription acquisitive

La prescription acquisitive a comme but de simplifier les situations économiques en faisant disparaître le *dominium sine re* que laisse subsister la prescription extinctive des actions, et d'assurer la stabilité économique en rendant définitive certaines situations précaires par leur nature. Elle atteint ce résultat en transformant les situations de fait en situations de droit.

C'est là une expression commode qui dépeint parfaitement et le but poursuivi par le législateur et le moyen qu'il emploie pour y parvenir. Elle est claire et son application est facile dans les cas simples ; par exemple : Primus se comporte dix ans comme s'il était propriétaire d'un cheval ; au bout de ce laps de temps il en est devenu véritablement propriétaire ; l'apparence ne se conforme pas à la réalité ; tout au contraire, par la volonté expresse du législateur c'est la réalité qui se conforme aux apparences.

Mais quand les hypothèses se compliquent ; quand il n'y a plus seulement en présence celui qui acquiert et celui qui se trouve dépouillé, que des tiers interviennent,

les résultats produits sont moins évidents et c'est sur eux que je voudrais insister un instant.

1

Le problème est facile à résoudre quand il s'agit de prescription avec juste titre. Il faut partir de cette idée que l'on n'est pas en présence d'une prescription, mais d'un contrat, d'un mode de constitution, de transfert, de modification, d'extinction des droits réels par acte juridique.

Les conditions requises sont : 1° que les deux parties aient eu l'intention d'accomplir l'acte de disposition dont s'agit ; 2° que le bénéficiaire de l'acte croie le disposant capable d'accomplir l'acte ; 3° en matière mobilière qu'il y ait eu tradition, en matière immobilière que le disposant ait été inscrit au livre foncier et que le bénéficiaire se fasse inscrire à son lieu et place. Ces conditions remplies, l'acte de disposition produit ses effets de la même façon, que le disposant soit ou ne soit pas titulaire du droit réel.

C'est donc le contenu de l'acte juridique qui précise les effets de la prescription avec juste titre, comme il précise les effets d'une disposition intervenue entre parties pleinement capables.

Cette règle résulte des textes que j'ai analysés à l'occasion de la prescription avec juste titre, et encore plus si possible de la conception générale de cette institution.

Primus fait tradition à Secundus d'une voiture ; ils

sont d'accord que la propriété en est transférée sous réserve du droit d'usufruit de Tertius ; Secundus croit Primus nu-propriétaire du véhicule. La convention sortira son plein effet, que Primus soit ou non en réalité nu propriétaire.

Inversement : cette voiture avait été donnée en gage à Quartus ; l'acte de transfert ne parle pas de cette constitution de gage et Secundus l'ignore ; Secundus acquiert la chose libre de tout droit de gage (1).

Primus est inscrit au livre foncier à tort ou à raison, peu importe, comme titulaire d'une hypothèque de 3000 francs sur la maison de Secundus. Il la cède à Tertius comme étant de 4.000 francs ; l'acte est valable si Tertius est de bonne foi ; mais l'inscription n'étant faite que pour 3000 francs, c'est cette somme seulement que garantit l'hypothèque qu'acquiert Tertius. Si d'autres droits sont inscrits qui priment celui de Primus, ils seront aussi préférables à celui de Tertius. Si par exemple l'hypothèque de Primus est seconde en rang, elle reste seconde en rang une fois transmise à Tertius.

Une fois la prescription accomplie, l'acquéreur est absolument à l'égard du bien dans la même situation que s'il l'avait reçu du véritable propriétaire. Il le transmettra par exemple valablement à des sous acquéreurs qui sauraient comment il l'a acquis et qui donc ne seraient pas véritablement de bonne foi (2).

(1) Cosack, t. II, p. 123.
(2) *Id.* t. II, p. 122.

2

L'usucapion implique une possession. Le prescrivant acquerra grâce à elle les droits qu'il a exercés dans l'état où il les a exercés ; d'une façon plus générale : il aura à l'égard des droits réels mobiliers et immobiliers, pour lesquels toutes les conditions requises pour l'usucapion ont été remplies, la situation correspondant à à ces conditions. Cette règle découle de toute l'étude de l'usucapion et en particulier des articles 892 et 945.

Inscrit au livre foncier comme propriétaire d'une terre, Primus au bout de trente années, durant lesquelles il s'est comporté comme un véritable propriétaire en a acquis la propriété. Mais si Secundus, son voisin, avait dans ses labours empiété sur les champs de Primus, Primus qui n'a pas possédé cette parcelle de la terre ne l'a pas acquise ; d'ailleurs non plus Secundus qui l'a possédée sans être inscrit comme son propriétaire. Quant au propriétaire originaire il ne la peut plus revendiquer contre Secundus : son action s'est éteinte puisqu'aucune inscription ne la défendait plus contre la prescription, et que depuis trente ans Secundus viole son droit. Si une hypothèque était inscrite au profit de Tertius sur ce fonds, Primus n'a acquis l'immeuble que grevé de cette hypothèque. Supposons enfin que Quartus ait avant l'expiration des trente années fait inscrire au livre foncier une protestation parce qu'il prétend avoir un droit de passage, la terre n'a été usucapée qu'en l'état de cette charge. Bref Primus a acquis la

pleine propriété de la terre, sauf celle de la parcelle labourée par Secundus qui continue d'appartenir au propriétaire originaire, lequel ne la peut d'ailleurs pas réclamer à Secundus ; sauf une hypothèque au profit de Tertius ; sauf un droit de passage au profit de Quartus (article 892).

Qu'inversement la terre ait été grevée d'une charge dont le prescrivant n'a pu connaitre l'existence ni par le livre foncier ni autrement, il acquiert l'immeuble libre de cette charge.

Il en est de même en matière mobilière, en vertu de l'article 945 : « L'acquisition de la propriété d'un bien meuble par usucapion éteint les droits réels constitués sur ce bien au profit des tiers avant l'acquisition de la possession, à moins que le possesseur n'ait pas été de bonne foi en ce qui concerne ces droits au moment où il a acquis la possession, où n'ait appris plus tard leur existence. Le délai d'usucapion doit être accompli également à l'égard du droit du tiers. On applique *mutudis mutandis* les articles 939 à 944 ». Ces derniers textes sont relatifs à la suspension et l'interruption de la prescription. La possession dont il s'agit est l'*Eigenbesitz*, celle d'un possesseur qui se comporte comme s'il était propriétaire. Le Code parle de « bonne foi en ce qui concerne ces droits », de délai accompli « à l'égard du droit du tiers » ; c'est donc à l'égard du droit dont sera libéré le bien que doivent être réalisées les conditions de l'usucapion.

Le propriétaire du bien peut lui aussi bénéficier de

ces dispositions, mais ce sera très rare, surtout en matière mobilière, car il doit remplir à l'égard du titulaire du droit toutes les conditions exigées d'un prescrivant quelconque à l'encontre du vrai propriétaire, en particulier la bonne foi quand il s'agira d'un meuble.

On appelle quelque fois cette institution *Ersitzung der Freiheit*, traduction littérale de l'expression latine *usucapio libertatis*, soit " acquisition par usucapion de la liberté du bien " (1).

3

Quand une action est prescrite, il ne subsiste plus aucun lien de droit entre les parties, ou à peu prés. La loi a voulu libérer le débiteur, et on ne saurait parler pour lui d'indemnité à allouer au créancier.

En matière de prescription acquisitive il en va tout autrement. L'intérêt des tiers exige que soit valable l'acquisition faite par le prescrivant du droit réel dont s'agit ; mais il ne demande pas que le bénéficiaire de la prescription soit par le fait même quitte envers l'ancien propriétaire. L'action de ce dernier, si elle existe, s'éteindra sans doute elle aussi par prescription à la suite d'une inaction prolongée ; mais existe-t-elle ? Celui que la prescription acquisitive a dépouillé d'un droit réel peut-il réclamer du bénéficiaire la réparation du préjudice qu'il subit ? Non, dit le Droit français. Le

(1) Sur l'extinction des droits réels mobiliers, voir KIPP, t. I, p. 834, 984-9e, 1129-4e.

Code civil allemand distingue ; l'ancien titulaire aura ce droit s'il s'agit d'acquisition avec juste titre fondée sur un acte à titre gracieux du disposant ; dans tous les autres cas c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de prescription avec juste titre fondée sur un acte à titre onéreux, et toujours lorsqu'il s'agit d'usucapion, l'ancien titulaire ne pourra rien demander.

L'article 816 dispose en effet « Si une personne sans en avoir le droit, fait sur un bien meuble ou immeuble (1) un acte de disposition opposable à celui qui aurait été en droit de l'accomplir, cette personne est tenue de lui restituer ce qu'elle a reçu à cette occasion. Si la disposition a eu lieu à titre gratuit, la même obligation incombe à la personne qui retire directement de l'acte de disposition un avantage juridique » (alinéa 1). Cette dernière phrase vise entre autres le bénéficiaire d'une prescription avec juste titre fondée sur un acte gratuit (2).

Si au contraire l'acte juridique qui sert de base à la prescription avec juste titre est synallagmatique, le prescrivant ne réalise aucun bénéfice ; l'ancien propriétaire ne lui peut rien réclamer et ne se doit retourner que contre l'aliénateur.

L'usucapion ne rentre pas dans les termes de l'article 816, puisqu'elle n'implique aucun acte de dispo-

(1) Sur le sens du mot *Gegenstand*, voir plus haut p. 317, n. 1.

(2) Cosack, t. I, p. 617 et t. II, p. 122 ; — Planck sous l'article 816, note 1 a) (t. II, p. 157 et 158) ; — Achilles, sous l'article 816, note 1 ; — Meulenaere, sous l'article 816 note 1.

sition survenu dans les conditions prévues par ce texte. Sans doute le prescrivant en se comportant comme un véritable propriétaire pourra être amené à accomplir des actes de disposition ; mais ce n'est pas indispensable, et en outre chacun de ces actes n'est pas le fondement immédiat de l'usucapion. Les conditions requises par cette institution ne rentrent pas non plus dans les autres textes relatifs à l' " enrichissement sans cause " = *ungerechtfertige Bereicherung* (articles 812 à 822). Aussi suis-je amené à conclure que l'usucapion ne donne point d'action en dommages intérêts à l'ancien titulaire du droit contre le prescrivant.

Le silence du Code à ce sujet quand il traite de l'usucapion est un argument de plus ; surtout quand on songe qu'une section entière est consacrée à l'usucapion des meubles et qu'il était bien naturel d'exposer à ce propos l'ensemble de cette institution.

Enfin le silence de tous les auteurs est probant, rapproché des solutions explicites qu'ils donnent quand il s'agit de la prescription avec juste titre (1).

4

La prescription extinctive constitue une exception ; par suite l'intéressé doit l'invoquer expressément.

C'est tout le contraire qui se passe en matière de prescription acquisitive. Celui qui bénéficie de cette insti-

(1) Voir, aux passages cités, tous les auteurs de la note précédente.

tution devient réellement titulaire du droit litigieux. Il n'a plus seulement une exception mais un droit véritable ; tous les textes le proclament expressément.

« L'acquéreur devient propriétaire même si la chose n'appartient pas à l'aliénateur », dit la première phrase de l'article 932 à propos de la prescription avec juste titre des meubles. « Le contenu du livre foncier est réputé exact » en faveur de celui qui peut à l'égard d'un droit réel immobilier invoquer cette institution, déclare l'article 892 dans son alinéa 1 ; le prescrivant est dans la même situation que s'il avait acquis du titulaire véritable, il en est donc titulaire lui-même.

Tout aussi affirmatifs sont les articles 937, 900 et 927 sur l'usucapion.

Le juge doit par conséquent tenir compte d'office de la prescription acquisitive et celui-là même qui en a profité n'est pas libre d'y renoncer : il ne peut que retransférer le bien à son ancien propriétaire en accomplissant les formalités normales requises pour cette opération.

CHAPITRE XXIII

Justification d'après le Droit allemand de la prescription acquisitive.

§ I. — *Justification de la prescription avec juste titre.*

Si un meuble est aliéné *non domino*, l'acquéreur en devient-il propriétaire ?

Lorsque la question se posa devant la commission chargée d'élaborer le Premier Projet du Code, elle se trouva en face de deux principes contradictoires, dont l'on prononçait la nullité de l'acquisition, et dont l'autre en déclarait la validité. Le premier, d'origine romaine, est bien connu : « *Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* » = « Personne ne peut transmettre plus de droit qu'il n'en a lui-même ». L'autre venait du vieux droit germain et s'énonçait « *Hand wahre Hand* » = « Que la main conserve à la main », ce qui se peut paraphraser « Celui qui a reçu (*Hand*) est responsable (*wahre*) envers celui de qui il a reçu (*Han*) », et ce qui signifie en définitive que hormis le cas de vol

ou de perte — dans lequel il n'y a pas de tradition de l'objet et où la " main " ne joue donc aucun rôle — le propriétaire ne peut réclamer son bien que à celui à qui il l'a remis et non au tiers détenteur.

Le premier de ces principes avait pour lui la logique, l'autorité du Droit romain, la force de la tradition représentée par le droit commun Le second était évidemment plus conforme aux nécessités de la pratique, la plupart des législateurs modernes l'avaient adopté dans une mesure plus où moins large : le Droit français, le Droit autrichien, le Droit suisse notamment.

La commission remarqua qu'en fait ces deux principes s'étaient pénétrés l'un l'autre et que le Droit romain par l'usucapion avait tempéré la rigueur de sa régle. D'autre part le Code de commerce de l'empire d'Allemagne avait déclaré efficace l'acquisition faite d'un objet, même dont il n'aurait pas été propriétaire, chez un marchand de choses analogues ; et il parut difficile à la commission d'adopter pour le Droit civil, si voisin du Droit commercial, une règle teute différente. Enfin il sembla que l'acquéreur était, dans les conditions exigées, plus digne d'intérêt que le propriétaire dépossédé ; car ce dernier se trouve en état de se défendre et est coupable de négligence, tandis que rien ne saurait être reproché a l'acheteur (1).

Aussi le principe germanique l'emporta sur la règle romaine et le Premier Projet renferma sous le nu-

(1) PLANCK, t. III, p. 20 - 22 ; — MOTIFS, t. III, p. 341 - 345.

méro 877 un texte qui, modifié dans sa forme seulement, est devenu l'article 932.

Au sein de la Seconde Commission le principe du futur article 932 ne fut même pas critiqué ; la discussion ne porta que sur les conditions auxquelles il fallait soumettre ce mode d'acquisition (1).

La prescription abrégée des immeubles était une conséquence inévitable du régime des livres fonciers (2).

Du moment que le législateur avait cru bon d'établir un système de publicité en faveur des droits réels immobiliers, et de décider que les inscriptions au livre foncier seraient réputées reproduire l'état exact de la propriété immobilière, il devait forcément déclarer valable l'acquisition faite de celui qui était inscrit comme titulaire d'un tel droit. On peut dire, sans exagération je crois, que toute cette organisation a comme but essentiel et comme principale raison d'être de rendre aussi rares que possible les acquisitions *a non domino* en cette matière, afin précisément de pouvoir déclarer valables, moyenant certaines conditions, celles qui surviendraient.

Quant à l'exemple du Doit romain et du Droit français, qui aurait pu en d'autres circonstances décider le législateur allemand à admettre la prescription avec juste titre des immeubles, il était en comparaison de

(1) Procés-Verbaux, t. III, p. 205-211 et notamment p. 207.
(2) Motifs III, p. 344.

l'autre raison de si peu de poids, que c'est à peine si l'on doit le mentionner.

§ II. — *Justification de l'usucapion.*

En faveur de l'usucapion tant des meubles que des immeubles on peut invoquer de tous points les motifs qui ont fait adopter la prescription extinctive des actions. Il suffit de parcourir la liste de ces raisons pour voir qu'elles s'appliquent en cette nouvelle matière les unes avec autant de force : tel est l'argument tiré de la négligence du titulaire du droit, — les autres avec plus de force encore : la stabilité économique n'impose-t-elle plus impérieusement la sécurité des transmissions mobilières ou immobilières que l'extinction des vieilles créances.

Les Pandectistes avaient déjà enseigné cette doctrine (1). Les interprètes du Code l'ont reprise (2) ; quelques uns vont même plus loin encore, et, ne donnant aucun motif pour justifier l'usucapion, s'en réfèrent implicitement à ce qu'ils ont dit au sujet de la prescription extinctive (3). Mais les jurisconsultes contemporains restreignent leurs explications à la prescription acquisitive des droits réels mobiliers, puisque en

(1) SAVIGNY, t. IV, p. 305 et s. rapprochées des p. 298 et 299 ; t. V, p. 267 et s. ; — WINDSCHEID, t. I, p. 805 et s.

(2) ENDEMANN, t. II, p. 322 ; — PLANCK, t. I, p. 243 ; — CROME, t. I, p. 503 et 504.

(3) COSACK, t. II, p. 243.

théorie le Code est censé n'avoir pas admis l'usucapion des immeubles.

Quant aux travaux préparatoires ils sont d'une brièveté déconcertante sur les raisons qui ont fait admettre l'usucapion des droits réels mobiliers. Les Motifs se bornent à déclarer que les rapports économiques exigent la validité des acquisitions de biens meubles dans certaines conditions, même en l'absence de tout titre (1). La seconde commission d'autre part n'eut pas à discuter le principe de l'acquisition des meubles par usucapion (2). Et l'article 937 se retrouve déjà identique par le fond et presque par la forme, dans les projets successifs du Code (3).

Le Droit romain et le Droit commun admettaient la prescription acquisitive des immeubles même en l'absence d'un juste titre. Le vieux Droit germanique la rejetait au contraire. La tradition ne pouvait donc servir de guide au législateur de 1900 dans la recherche de la solution qu'il convenait de donner au problème de l'usucapion des droits réels immobiliers.

Une autre raison que leur diversité empêchait encore les anciennes législations de guider les rédacteur du Code : elles ignoraient la publicité des droits

(1) Motifs, t. III, p. 351.
(2) Procès-Verbaux, t. III, p. 228-230.
(3) Premier Projet, article 881. — Deuxième Projet, article 851. — Troisième Projet, article 922.

réels immobiliers ou du moins ne l'avaient jamais conçue avec la largeur et l'intransigeance qui est le propre du système allemand.

L'Autriche au contraire possédait déjà un système analogue à celui des livres fonciers et elle en avait combiné les principes à ceux de l'usucapion romaine pour aboutir à la « *Tabularersitzung* » = " usucapion tabulaire " c'est à-dire par les feuilles (ou tableaux) qui constituent les livres fonciers. La plupart des législations locales en Allemagne, qui admettaient le régime des livres fonciers, repoussent au contraire l'usucapion des droits réels immobiliers (1).

La première commission écarta résolument tant la solution autrichienne que le régime romain, elle s'en tint à la solution nationale et décida : « Le projet repousse l'admission d'une disposition autorisant l'usucapion de la propriété immobilière. Son silence signifie que dans l'avenir les immeubles ne pourront pas être acquis par usucapion » (2).

La commission se fonda sur ce que l'usucapion était incompatible avec le régime des livres fonciers (3) et sur ce qu'en fait elle serait pour ainsi dire sans application (4) ; l'examen d'hypothèses particulières dans

(1) MOTIFS, t. III, p. 306-308.

(2) « *Der Entwurf lehnt die Aufnahme einer die Ersitzung des Grundeigenthumes zulassenden Bestimmung ab. Sein Schweigen hat die Bedeutung, dass Grundstücke in Zukunft nicht mehr ersessen werden können* » *Id.* p. 308.

(3) *Id.*, p. 308, 309.

(4) *Id.*, p. 309, 310, 312.

lesquelles notamment l'action en rectification du livre foncier serait prescrite, tandis qu'un tiers serait en possession, en sorte qu'un désaccord perpétuel entre la réalité et le livre foncier serait à craindre, ne la fit pas changer d'avis, car elle envisagea ces hypothèses comme très rares et la solution résultant de l'usucapion comme de nature à entraîner bien des inconvénients (1).

Ces raisons ne parurent pas décisives à la seconde commission. Quand fut terminé l'examen des textes que le premier projet consacrait à l'acquisition des immeubles, on proposa d'ajouter à ce titre un article qui introduirait dans le Code l'usucapion des immeubles par le livre foncier, la *Tabularersitzung*. Deux amendements furent proposés dans ce sens ; le promoteur du premier se désista en faveur du second qui fut accepté par la Commission (2).

Voici cet amendement : « Celui qui possède, comme s'il lui appartenait, l'immeuble d'autrui et qui est inscrit au livre foncier comme étant son propriétaire, en acquiert la propriété si la possession et l'inscription ont subsisté trente ans... » ; il se termine par quelques indications sur la façon de compter ces trente années (3).

La discussion qui aboutit à l'acceptation de cette

(1) *Id.*, p. 310-312.

(2) PROCÈS-VERBAUX, t. III, p. 192, 193.

(3) « *Wer ein fremdes Grundstück als ihm gehörig besitzt und als Eigenthümer desselben in das Grundbuch eingetragen ist, erwirbt das Eigenthum, wenn der Besitz und die Eintragung dreissig Jahre bestanden haben...* » *Id.*, p. 193.

disposition fut sans doute très brève et cet amendement ne dut rencontrer que peu d'opposition, car les procès-verbaux ne renferment que quelques lignes à son sujet. On reprocha seulement à l'innovation d'être sans utilité; mais on répondit qu'il fallait éviter tout *dominium sine re* si les circonstances tendaient à l'établir, et que d'autre part cet amendement aurait aussi l'avantage de sauvegarder la situtation du propriétaire s'il venait à perdre son titre (1).

Dans le cours de ses travaux la seconde commission fut amenée à appliquer le principe du futur article 900 à tous les droits réels immobiliers qui donnent à leur titulaire la possession totale ou partielle du bien sur lesquels ils portent (2). Ainsi élargi l'amendement devint l'article 815 du deuxième projet, 885 du troisième projet, 900 du Code. Mais dès le deuxième projet il avait acquis sa rédaction définitive.

(1) *Id.*, p. 193, 194.
(2) PROCÈS-VERBAUX, t. IV, p. 588 et 589.

CHAPITRE XXIV

Extinction des droits par le temps

§ I. — *Extinction simple* (*Versitzung*) *et extinction par les livres fonciers* (*Grunbuchversitzung*)

Sous la plume des auteurs qui étudient les droits réels immobiliers se rencontre parfois les deux expressions, étrangères à la loi du Code, de *Versitzung* et du *Grundbuchversitzung*. Tantôt elles désignent deux institutions différentes, et tantôt la première est employée comme simple abréviation de la seconde.

On est frappé, à première vue, de l'analogie de forme de ces expressions avec les termes *Ersitzung* (usucapion simple) et *Grundbuchersitzung* (usucapion par les livres fonciers). C'est bien la même idée de possession, d'occupation qui se trouve à la base de tous ces mots ; mais le préfixe *ver* exprime la notion de destruction, contrairement à la syllabe *er* qui indique celle d'acquisition.

Les auteurs désignent en effet par *Versitzung* et *Grundbuchversitzung* l'opération inverse de l'usuca-

pion, la perte des droits de celui contre qui opère la prescription acquisitive. C'est donc le même phénomène envisagé des deux points de vue opposés ; le déplacement des droits réels par le non-usage, d'une part, par la possession, d'autre part, constitue une acquisition pour leur nouveau titulaire, une perte pour leur ancien *dominus*. S'agit-il de droits réels qui échappent au régime des livres fonciers, on dira qu'il y a *Ersitzung*, " usucapion simple " pour le premier, *Versitzung*, " extinction simple " pour le second ; les droits en question sont-ils soumis à l'inscription aux livres fonciers, il se produit une *Grundbuchersitzung* = " usucapion par les livres fonciers " pour le premier, une *Grundbuchversitzung*, " extinction par les livres fonciers ", pour le second.

Il parait y avoir deux phénomènes distincts, d'égale importance, quand on envisage un transfert de propriété, ou la transmission de tout autre droit réel de l'ancien au nouveau titulaire, pourvu que ce dernier soit un tiers. Mais qu'il ne soit autre que le propriétaire du bien grevé, et alors le phénomène d'acquisition semble disparaître ; pour une partie, c'est la perte d'un droit, pour l'autre, un dégrèvement ; et on se trouve amené à envisager l' " extinction " comme un phénomène propre, indépendant de toute acquisition.

Les jurisconsultes allemands en viennent à étudier séparément l'usucapion et l'extinction. Ils s'occupent de l'une à l'occasion des modes de constitution des droits réels, et de l'autre quand ils recherchent comment ces-

sent ces mêmes droits. Toute idée de transfert disparait, et ils envisagent l'effet extinctif du temps sur les droits, absolument comme ils considèrent l'effet extinctif du temps sur les actions. La *Versitzung* (extinction) est pour les droits réels ce qu'est la *Verjährung* (prescription extinctive) pour les actions

Après avoir admis que le temps était sans influence sur les droits ; après avoir établi toute la théorie de l'*Anspruch* (action) pour rendre compatible avec ce principe l'institution de la prescription extinctive ; les jurisconsultes allemands sont obligés de reconnaître que le temps agit sur les droits eux-mêmes, et sur ceux qui paraissent les plus résistants, sur les droits réels.

§ II. — *Extinction par les livres fonciers*

Le mécanisme de cette institution montre encore mieux que sa simple existence la « faillite » de la theorie allemande sur la prescription extinctive. Son nom indique assez par ailleurs qu'elle a seulement pour objet les droits réels immobiliers.

1

La perte des droits soumis à l'extinction par les livres fonciers est la conséquence immédiate de la prescription extinctive de l'action qu'ils engendraient. Il est de la sorte contrevenu au principe fondamental de la prescription extinctive, énoncé dans l'article 222 alinéa 1, à savoir qu'elle ne porte que sur l'action.

Quand la seconde Commission, après avoir publié le second projet du code civil, reprit ses séances pour faire une revue d'ensemble de son œuvre et aboutir au troisième projet, elle a parfaitement vu quelle atteinte la nouvelle institution portait aux règles fondamentales de l'effet du temps sur les droits.

Elle discutait l'article 187, qui est devenu l'article 222 et dont l'alinéa 1 disait expressement, dans cette rédaction, que la prescription extinctive ne donnait qu'une exception au prescrivant. Quelqu'un proposa de supprimer l'article 816 (le futur article 901) qui instituait l' « extinction » et d'ajouter à l'article 187 une disposition ainsi conçue : « Un droit réel grevant le bien d'autrui s'éteint lorsque est accomplie la prescription extinctive de l'action qui appartient au titulaire du droit réel contre le propriétaire du bien grevé. » (1) La nouvelle formule était plus générale que celle de l'article 816 (futur article 901) car elle étendait aux droits réels mobiliers l'extinction que le second projet réservait aux droits réels immobiliers.

Cet amendement fut rejeté par la Commission, qui délibéra expressément : qu'il fallait s'en tenir au principe que la prescription extinctive engendrait une exception et n'anéantissait pas le droit ; que si l'article 816 (futur article 901) y apportait une dérogation afin que les Livres fonciers fussent plus clairs, il ne fallait pas

(1) « *Ein Recht an einer fremden Sache erlischt mit der Vollendung der Verjährung des dem Berechtigten dem Eigenthümer gegenüber zustehenden Anspruchs* » PROCÈS-VERBAUX t. VI p. 217.

l'étendre notamment aux droits mobiliers, puisque le motif qui avait dicté ce texte ne se retrouvait plus ici (1).

L'article 816 a donc été conservé, et il est devenu l'article 901, sans modification aucune sauf l'interversion sans importance de l'ordre de deux mots : « Quand un droit réel sur l'immeuble d'autrui est rayé à tort dans le livre foncier, il s'éteint lorsque est prescrite l'action du titulaire du droit contre le propriétaire de l'immeuble ..... ».

L'article 901 déroge, à un autre point de vue encore, aux principes de la prescription extinctive. Tandis que celle-ci ne porte régulièrement que sur l'action, nous venons de voir qu'ici elle atteint le droit lui-même ; mais en outre, tandis qu'en règle générale elle ne fait que paralyser, sans anéantir, ici elle anéantit vraiment.

Le droit « *erlischt* » = « s'éteint », dit l'article 901. C'est l'expression la plus énergique dont se sert le législateur dans cet ordre d'idées. On la retrouve, par exemple, dans l'article 864 à propos des délais préfix ; jamais, au contraire, elle ne désigne le résultat produit

(1) Procès Verbaux, t. VI, p. 227. On y lit notamment : « *Im § 816 sei im Interesse der Klarheit des Grundbuchs eine Ausnahme von der Regel gemacht worden* » = « L'article 816 apporte une dérogation à la règle (que la prescription n'engendre qu'une exception) afin que le livre foncier soit plus clair. »

par une simple exception. Pour désigner cet effet spécial de la prescription extinctive, Planck emploie le même mot « *erlischt* » (1) et M. Cosack est encore plus catégorique si possible : dès l'instant où la prescription est accomplie, dit-il, « il est bien établi à l'égard de toute personne sans exception que le droit dont s'agit a véritablement cessé d'appartenir à son ancien titulaire » (2).

2

L'extinction d'un droit immobilier nécessite deux conditions aux termes de l'article 901 : sa radiation du livre foncier, la prescription de l'action qu'il engendre. Mais le rôle de ces éléments n'est pas le même; autant de leur nature propre que de la forme dans laquelle le texte est rédigé, résulte que la radiation est seule une condition véritable, tandis que la prescription de l'action est l'agent actif de l'opération.

La formule du législateur est typique; mot à mot, il écrit : « "Si" un droit ..... est rayé ..... "alors" il s'éteint quand ..... » ; ce sont les termes caractéristiques d'une condition dans toutes les langues, surtout quand ils se renforcent l'un l'autre. L'emplacement même indique qu'avant tout cette condition doit être réalisée ; si elle ne l'est pas, rien ne peut se produire.

(1) PLANCK, sous 901, note 1 (t. III, p. 125).

(2) « ..... *so steht von nun ab gegenüber jedermann unfehlbar fest, dass ihm (dem Inhaber des Rechts) jenes Recht wirklich nich zukommt.* » COSAKC, t. II, p. 44.

Mais c'est entre la prescription de l'action et l'extinction du droit réel qu'existe le rapport de cause à effet ; c'est l'accomplissement de l'une qui entraîne l'autre : « le droit s'éteint quand l'action . ... est prescrite ».

Si le droit s'éteignait parce que radié, son extinction devrait être instantanée, comme l'acte de la radiation. Il faut, au contraire, un certain délai, et ce délai est précisement celui de la prescription extinctive. Bien mieux : que cette prescription soit suspendue ou interrompue, le retard qui en résulte pour elle a sa répercussion dans le moment auquel se produit l'extinction.

C'est donc bien la prescription de l'action qui entraîne l'extinction du droit réel (1). Et puisque la cause de cette prescription est le temps — et non pas un état de choses prolongé, — c'est le temps, en dernière analyse, qui par lui-même éteint les droits immobiliers.

En ce qui concerne le laps de temps nécessaire à l'extinction des droits, remarquons qu'il sera en principe de trente années (article 195) et qu'il courra seulement du jour où le droit sera radié sur le livre foncier, puisque les actions des droits inscrits ne se prescrivent pas (article 902). Il en est autrement quand il s'agit de prestations périodiques ; elles se prescrivent par quatre ans (article 197) et ce délai court malgré l'inscription du droit réel correspondant sur le livre foncier (article 902 *in fine*) ; en sorte que l'inscription joue ici très

(1) CROME, t. I, p. 523 ; — PLANCK, sous l'article 901, note 1 (t. III, p. 125).

nettement le rôle d'un obstacle opposé à l'extinction ; qu'il disparaisse, et aussitôt celle-ci produira son effet.

Cette conséquence anormale de la prescription de l'action ne modifie pas d'ailleurs sur les autres points les dispositions qui la régissent ; on applique les articles 194 et suivants (1). Rien ne permet en effet de croire qu'il faille déroger aux règles générales ; le silence du Code et des travaux préparatoires ne permettrait de savoir ni dans quelle mesure, ni dans quel sens il le faudrait faire.

Un droit peut n'être pas inscrit au livre foncier, et y être cependant signalé, par un " avis " *Vormerkung* (2). Un droit dans cette situation est il soumis à extinction ? La question est controversée. Je n'ai pas à la résoudre ; je me borne à indiquer que les deux opinions sont défendues par d'excellents jurisconsultes : M. Cosack par exemple enseigne que le droit signalé peut s'éteindre (3). Planck professe la doctrine contraire (4).

3

L'extinction par les livres fonciers, dont les principes heurtent ainsi de front sur plusieurs points les rè-

(1) Planck sous l'article 1028 note 2 (t. III, p. 321). S'il en est ainsi à propos de l'institution bien plus exceptionnelle de l'extinction simple *a fortiori* en doit il être de même ici.
(2) Voir plus haut, chapitre XVIII, § II, 3.
(3) Cosack, t. II, p. 54.
(4) Planck, sous l'article 901.

gles fondamentales de la prescription extinctive, n'est pas une de ces institutions secondaires, aux applications rares, et que l'on peut négliger dans une théorie générale parce que l'obstacle qu'elles apportent à sa belle ordonnance est négligeable eu égard au petit nombre de leurs applications pratiques. Ici au contraire il s'agit d'une institution dont le domaine d'application est très vaste.

L'article 901 ne vise pas dans ses termes le droit de propriété. Cela tient non pas à ce que le domaine de l'extinction est limité de ce côté, mais à la conception courante des choses : un droit réel, dans notre société, ne se trouve jamais sans titulaire, il y a toujours quelqu'un pour le recueillir et la loi ne le connaissant que lorsqu'il est objet de conflit, à ses yeux il ne peut être que transféré, jamais éteint complètement. Seulement, quand il ne s'agit que de démembrements du droit de propriété, on considère leur transmission de leur titulaire au propriétaire du fond comme un simple anéantissemént et on parle alors d'extinction ; au contraire lorsqu'il s'agit du droit de propriété tout entier, on envisage l'opération comme le fait l'acquéreur et l'on parle d'usucapion ; simple question donc de point de vue.

Mais en dehors du droit de propriété, une foule de droits immobiliers sont soumis à l'extinction ; il me suffira de signaler : l'usufruit, les servitudes foncières, le droit de superficie, les sûretés réelles : hypothèque

et dette foncière, qui tous sont compris dans les termes très larges de l'article 901 (1).

Ce texte s'applique d'ailleurs toutes les fois qu'un de ces droits, qui devrait être inscrit, ne l'est pas : qu'il ait été radié à la suite d'une méprise, ce qui est le cas le plus fréquent ; ou que né par l'effet de la loi, l'inscription ne soit nécessaire qu'à sa conservation et ait été omise (exemples : article 1075, article 1287) (2).

On peut critiquer l'importance que j'attribue à l'article 901, en faisant remarquer, ce qui est exact, que dans la grande majorité des cas il importe bien peu au titulaire d'un droit réel de savoir son droit anéanti (ce qui est la conséquence de l'article 901) ou d'en être privé sans pouvoir le réconquérir (ce qui serait le fait de la prescription de son action s'il n'existait pas de texte spécial).

Mais au point de vue d'une critique de la théorie allemande de la prescription — point de vue auquel je me suis placé — ces considérations font acquérir à l'article 901 une importance encore plus grande. Elles montrent que ce n'est pas l'équité, que ce n'est pas un opportunisme pratique, qui en dehors de tous principes généraux l'ont fait admettre : il est la conséquence né-

(1) Cosack, t. II, p. 187 ; 197 ; 201 ; 244 (rapprochez p, 202, 204 208).

(2) Cosack, t. II, p. 44 ; — Planck, sous l'article 901, note 1, (t. III, p. 125).

cessaire du régime des livres fonciers ; tout comme l'article 900, il a pour but de faire cesser un désaccord entre le contenu des livres et la réalité des choses.

Il existe donc une opposition formelle entre ces deux grandes institutions du Droit civil allemand : la prescription extinctive et les livres fonciers. Dans cette dernière tout était de convention ; le législateur n'a pas hésité cependant à en faire prévaloir les règles sur celles de la prescription extinctive. N'est-ce pas avouer que la règlementation qu'il a donnée à la prescription extinctive est elle aussi toute de convention, bien loin d'être fondée sur la nature intime des droits, du temps, et de leurs rapports.

Un doute cependant pourrait venir à l'esprit : est-ce bien la prescription extinctive de l'action, le cours du temps en d'autres termes, qui éteint le droit réel ? ne serait-ce pas la radiation de ce droit sur les livres fonciers ? Les membres de la seconde commission du Code n'ont-ils pas pu se méprendre sur le mécanisme de cette institution et d'autres avec eux (1) ? N'y aurait il pas dans la simultanéité de la prescription de l'action d'une part et de l'extinction du droit d'autre part une simple coïncidence dictée par des raisons de justice et de simplification ? Ne faudrait-il pas écarter des déductions qui paraissent rigoureuses plutôt que de porter un jugement aussi grave ?

(1) Planck, sous l'article 901, note 1 (t. III, p. 125) ; — Crome, t. I, p. 523.

Non. C'est bien le temps qui dans sa fuite emporte le droit réel. L'"extinction simple" en donne une preuve irrefutable.

§ III. -- *Extinction simple*

1

Cette institution n'est pas autre chose que l'extinction des droits par le non usage. A supposer que l'article 706 du Code civil français ne soit pas l'origine de l'article 1028 du Code allemand, les motifs qui ont inspiré les deux législateurs sont les mêmes à coup sûr. Mais à raison des principes qui dominent le régime des livres fonciers, cette institution est plus curieuse dans le Droit allemand que chez nous.

L'article 1028, avant-dernier du titre consacré aux servitudes foncières, est ainsi conçu : « Si est édifiée sur le fonds servant une construction qui fasse obstacle à une servitude foncière, l'action par laquelle son titulaire peut demander la suppression de l'obstacle est soumise à la prescription, même si la servitude est inscrite au livre foncier ; avec la prescription de l'action s'éteint la servitude, dans la mesure où elle est contredite par l'existence de la construction. Les dispositions de l'article 892 ne s'appliquent pas. »

Ce texte est en opposition directe avec les principes les plus certains et les plus absolus de la prescription extinctive et du système des livres fonciers, avec ceux qui sont les fondements de ces deux institutions.

La prescription porte sur l'action et non sur le droit (article 194) ; elle a pour effet de la paralyser par une exception et non pas de l'anéantir (article 222). A l'imitation de l'article 901, l'article 1028 dispose que la prescription dans son hypothèse atteint le droit lui-même et le détruit complètement.

Mais notre texte va beaucoup plus loin encore ; et ici il innove sur les dispositions qui régissent l'extinction par les livres fonciers. Malgré que la servitude soit inscrite au livre foncier, l'action qui garantit son exercice se prescrit ; cette dérogation à l'article 902 est si grave que le législateur l'a mentionnée expressément : « même si la servitude est inscrite sur le livre foncier. » D'autre part le régime des livres fonciers est basé essentiellement sur cette règle : qu'à l'égard de toutes personnes les droits inscrits sont réputés tous exister et exister seuls (articles 873, 891, 892) ; malgré qu'elle soit inscrite, l'article 1028 dispose que la servitude foncière s'éteint dans certaines conditions, et il dit expressément qu'il déroge à l'article 892.

2

Les auteurs du Code civil allemand ne voulaient pas admettre cette institution ; dans aucun texte des projets successifs on ne trouve l'origine de l'article 1028. C'est au dernier moment qu'il a été introduit, par la commission du Reichstag (1).

(1) ACHILLES, sous l'article 1028, note 1 ; — PLANCK, sous l'article 1028, note 1.

L'article 977 du premier projet ne prévoyait l'extinction des servitudes foncières que par acte juridique et exigeait pour cela entre autres choses leur radiation du livre foncier (1).

Des amendements furent proposés à la Seconde Commission, qui introduisaient dans le Code l'extinction des servitudes foncières par le non usage ; l'un deux par exemple était ainsi conçu ; « Une servitude foncière est éteinte après trente années de non usage » (1). A l'appui de cet amendement on faisait valoir notamment qu'une servitude dont le titulaire négligeait si longtemps l'exercice ne devait être pour lui d'aucune utilité ; et qu'il y avait un intérêt économique d'ordre général à libérer la terre d'une charge dont personne ne profitait.

La Commission repoussa cet amendement. On ne pouvait pas, selon elle, présumer l'inutilité d'une servitude du simple fait de son non exercice ; l'intérêt économique allégué lui parut douteux. D'autre part, ajoutait-on, ce serait une source de procès, chaque propriétaire devant tenter de faire la preuve de faits qui le libéreraient ; des propriétaires endettés pourraient,

(1) « *Zur Aufhebung der Grunddienstbarkeit durch Rechtsgeschäft ist... und die Löschung der letzeren im Grundbuch erforderlich* » = « Pour supprimer une servitude par acte juridique, il faut... et sa radiation du livre foncier » (article 977, alinéa 1).

(1) « *Wird eine Grunddienstbarkeit durch dreissig Jahre nicht ausgeubt, so ist sie erloschen* ». PROCÈS-VERBAUX, t. III, p. 322, amendement 1. Voir, à la suite, d'autres amendements qui procédaient de la même idée ; et aussi p. 290, à l'occasion de l'article 177.

par animosité à l'encontre de leurs créanciers, laisser volontairement éteindre les servitudes actives dont profitait leur fonds, afin d'en diminuer la valeur : enfin l'amendement était la négation même du principe fondamental du régime des livres fonciers (1).

Les motifs donnés par les promoteurs de l'amendement sont très sérieux ; ce sont eux sans doute qui avaient déterminé le législateur romain et le législateur français à reconnaître l'extinction des servitudes par le non usage ; et qui ont dû décider la Commission du *Reichstag*. La Seconde Commission se bornait en somme à nier leur bien fondé, sans appuyer son opinion d'aucune raison. Quant aux inconvénients qu'elle voyait à cet amendement, le dernier exprimé était très sérieux, sans lui la proposition faite eut été acceptée à n'en pas douter ; le reste de l'argumentation était négligeable et ne pouvait que l'accompager sans le renforcer.

D'autres amendements furent proposés, qui différaient de celui que je viens de signaler ; mais qui ont été combinés avec lui, par la commission du *Reischstag* pour aboutir à l'article 1028.

L'un disposait « article 977. La servitude foncière s'éteind 1°... 2° si — à la connaissance du propriétaire du fond dominant et sans qu'il se hate de protester — des constructions sont élevées sur le fonds servant, qui

(1) Procès-Verbaux, t. III, p. 322 et s.

rendent impossible l'exercice de la servitude, 3°. . » (1); et son auteur faisait valoir que presque toujours le constructeur agissait de bonne foi ; que plus tard le propriétaire du fonds dominant ne se plaindrait que par esprit de chicane, puisqu'il n'avait pas protesté immédiatement ce qui est une preuve du peu d'importance qu'avait pour lui la servitude ; enfin qu'à la pratique une disposition dans ce sens du droit prussien s'était trouvée pleine d'avantages (2).

Un autre amendement fut proposé dont l'auteur trouvait que la proposition précédente allait trop loin ; ainsi libellé : « Si le propriétaire du fonds servant élève sur un fonds une bâtisse qui fait obstacle à l'exercice de la servitude, sans qu'il s'en soit rendu compte et sans que son ignorance à ce sujet provienne d'une négligence coupable, le titulaire de la servitude doit supporter l'existence de cette bâtisse à moins qu'il n'ait protesté avant que ne soit produite cette atteinte à son droit ou immédiatement après... » (3). Mais il réservait

(1) « § 977. *Die Grunddienstbarkeit erlischt : 1°... 2° dadurch dass mit Kenntniss und ohne unverzüglichen Widerspruch des Eigenthümers des herrschenden Grundsstücks auf dem verpflichteten Grundstück Einrichtungen getroffen sind, welche die Ausübung der Grunddienstbarkeit unmöglich machen, 3°...* » Progès-Verbaux, t. III, p. 290.

(2) Progès-Verbaux, t. III, p. 325.

(3) « *Wird eine Grunddienstbarkeit dadurch beeinträchtigt dass der Eigenthümer des dienenden Grundstücks auf demselben eine Gebaüde errichtet hat, ohne dass er die Beeinträchtigung der Dienstbarkeit kannte oder seine Unkenntniss auf grober Fahrlässigkeit beruhte, so muss der Berechtigte das Gebäude*

expressément pour le titulaire de la servitude de droit à une indemnité. Et il ajoutait : « Il en est de même lorsque sur le fonds servant a subsisté une année entière, sans que le titulaire de la servitude ait intenté une action en suppression de l'obstacle, une bâtisse qui empêche l'exercice d'une servitude foncière » (1) sans qu'il fut ici question de bonne foi.

L'auteur de ces propositions faisait valoir en somme les mêmes raisons que le promoteur de l'autre amendement (2).

La commission repoussa ces amendements qui portaient de trop graves atteintes aux droits du titulaire d'une servitude, et ne lui laissaient vraiment pas des délais suffisants pour se défendre (3).

Malgré ces délibérations répétées, la commission instituée par le *Reichstag* pour examiner le projet le Code soumis à cette assemblée, y introduisit l'extinction des servitudes par le non usage. Cette commission était bien avertie qu'en ce faisant elle passait outre à de

duldem, es sei denn, dass er vor oder sofort nach dem Beginne der Beeinträchtigung Widerspruch erhoben hat... » PROCÈS-VERBAUX, t. III, p. 324.

(1) « *Das gleiche gilt, wenn auf dem dienenden Grundstück ein Gebäude, durch dessen Errichtung eine Grunddienstbarkeit beeinträchtigt ist, ein Jahr bestanden hat, ohne dass der Berechtigte Klage auf Beseitigung der Beeinträchtigung erhoben hat.* » PROCÈS-VERBAUX, t. III, p. 324.

(2) *Id.* p. 325.

(3) *Id.* p. 326.

nombreux principes essentiels de la nouvelle législation. Mais des considérations d'ordre pratique l'ont emporté chez elle : elle a estimé, que la preuve du défaut d'intérêt de la servitude pouvait résulter de certaines circonstances, que l'existence d'une charge inutile sur la propriété foncière était contraire à l'intérêt économique de la société (1).

3

J'ai cru intéressant vu l'importance de l'article 1028 d'insister sur sa genèse. Je ne crois pas devoir quitter ce sujet sans préciser les règles de l'institution qu'il établit. Tout d'abord il va sans dire que les servitudes foncières constituent les seuls droits soumis à l'extinction par le non usage. L'article 1028 ne parle que d'elles et il est certain que ce texte est trop exceptionnel, pour qu'on puisse l'interpréter d'une façon extensive.

La commission du Reischstag a pour former l'article 1028 combiné les divers amendements relatifs à l'extinction des servitudes foncières par le non usage. A l'un il a pris son long délai, trente ans en principe, qui sauvegarde les droits du titulaire de la servitude : à l'autre il a emprunté la nécessité d'une construction, obstacle évident et tangible qui assure encore mieux la protection du propriétaire du fonds dominant et dont la constatation facile évitera de trop fréquents procès.

(1) PLANCK, sous l'article 1028 note 1.

Il faut donc, pour que la servitude s'éteigne, l'édification d'une construction sur le fonds servant. La disparition d'une bâtisse nécessaire à l'exercice de la servitude ne serait pas suffisante ; cette solution se justifie par une raison de fait : le titulaire éprouvera plus de difficulté à la rétablir qu'à faire démolir un obstacle ; et par un argument de texte : le Code prévoit une édification (*errichten* = ériger) et un article aussi exceptionnel que celui-ci doit être interprété de la façon la plus stricte. Mais, dans son silence, peu importe qui a édifié la construction.

Il faut en outre que l'action qui aurait permis au titulaire de la servitude d'obtenir la suppression de l'obstacle soit prescrite. On applique les règles ordinaires de la prescription, puisque rien n'indique qu'on y doive déroger.

Enfin l'effet de la prescription de l'action est radical : la servitude s'anéantit *ipso facto* pour la portion à laquelle la construction fait obstacle « *Mit der Verjährung des Anspruchs erlischt die Dienstbarkeit* » = « avec la prescription de l'action la servitude s'éteint »(1).

C'est la servitude elle-même qui est atteinte et non point l'action qu'elle engendre ; le législateur oppose soigneusement *Dienstbarkeit* et *Anspruch*. La servitude disparait complètement, elle n'existe plus, elle n'est pas seulement paralysée : *erlischt* = « elle s'é-

(1) Sur les conditions de l'extinction, voir PLANCK, sous l'article 1028, note 1.

teint " ; si donc la construction qui fait obstacle à la servitude venait plus tard d'être démolie, la servitude ne renaitrait pas, elle est définitivement morte. Et cela se produit par le fait même de la prescription, sans qu'il soit nécessaire de l'invoquer ; les deux phénomènes sont simultanés : *mit der Verjährung* = " avec la prescription " (1).

Par conséquent une fois la prescription accomplie, le bénéficiaire du fonds servant peut demander la rectification du livre foncier, conformément à l'article 894, c'est-à-dire la radiation de cette servitude. Les termes généraux de ce texte rapprochés des expressions absolues de l'article 1028, le tout corroboré par la nécessité d'avoir un livre foncier reproduisant aussi fidèlement que possible la situation réelle imposent cette solution, à laquelle rien ne s'oppose (2).

4

On ne peut qu'approuver l'initiative prise par la commission du Reichstag : les motif qui l'ont décidée, présomption d'inutilité, libération de la propriété foncière, sont sérieux.

Sans doute l'article 1028 établit une solution contraire aux principes qui régissent l'institution des livres fonciers ; mais il serait facile au législateur de remédier à

(1) Sur ses effets, *id* note 3 ; -- Cosack, t. II, p. 197 ; Achilles, note sous l'article 894.

(2) Planck, sous l'article 1028, note 3.

cet inconvénient. Il lui suffirait de décider que l'extinction de la servitude serait la conséquence de sa radiation; la prescription de l'action aurait pour conséquence de permettre au propriétaire du fonds servant de faire opérer cette modification, même contre le gré du titulaire de la servitude; la servitude s'éteindrait ensuite seulement. Pratiquement il n'y aurait aucune différence avec la solution actuelle, et les principes seraient sauvegardés. N'est-ce pas d'ailleurs le principe contenu dans l'alinéa 2 de l'article 927 pour une institution analogue.

Il resterait que la prescription, contrairement aux articles 194 et 222, anéantirait le droit; mais j'ai déjà maintes fois blâmé le système du Code, je ne puis donc qu'approuver cette solution considérée en elle-même. Qu'elle ait été imposée au législateur par la pratique, c'est-à-dire par la force des chose, ainsi qu'il résulte du fait qu'elle a été introduite par le parlement contre la volonté des commissions de jurisconsultes (et c'est pour le bien établir que j'ai longuement insisté sur la genèse de l'article 1028) est une nouvelle preuve que les droits s'éteignent sous l'influence du temps et que le législateur allemand a été mal inspiré de préférer la théorie romaine de la prescription à celle du Droit français; qu'il eut même bien fait de reconnaître à cette institution une efficacité plus grande, en lui faisant anéantir et sans qu'il fut nécessaire de l'invoquer les droits, personnels ou réels, dont leurs titulaires auraient longtemps négligé l'exercice.

CHAPITRE XXV

Rapports de la prescription acquisitive et de la prescription extinctive

§ I. — *Conception française et conception allemande Eléments communs aux deux formes de la prescription*

Le Code civil allemand sépare de façon complète la prescription acquisitive et la prescription extinctive. Le Code français agit de la manière inverse. On est conduit ainsi à se demander quelles différences ou quels rapports existent entre ces deux institutions et qui des deux législateurs a été dans le vrai.

Par la définition qu'il donne de la prescription le Code français montre à quelle idée il a obéi : « La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi » (article 2219). La prescription acquisitive ou extinctive est une conséquence de l'action du temps sur les rapports juridiques ; dans les deux hypothèses

c'est la même cause qui agit; voilà pourquoi le législateur de 1804 les a réunies.

On peut ajouter d'autres raisons, qu'expriment les jurisconsultes français : la prescription a toujours pour but d'assurer la stabilité économique et elle y parvient toujours en transformant une situation de fait en une situation de droit; elle implique toujours l'inaction du titulaire du droit, créancier ou propriétaire.

Dans tous les cas où elle intervient, la prescription a donc, selon le Droit français, le cours du temps comme cause, la stabilité économique comme but, la transformation d'une situation de fait en situation de droit comme moyen d'action, l'inaction du titulaire du droit comme condition. Sans doute suivant qu'elle a pour effet l'acquisition d'un droit réel ou l'extinction d'un droit personnel la règlementation de la prescription varie. Mais c'est uniquement parce qu'elle s'applique à des objets différents. Ce que l'on est convenu d'appeler les deux prescriptions ont même cause, même but, même procédé d'action, sont soumises aux mêmes conditions ; ne sont séparées par aucune différence essentielle ; est-il possible qu'elles ne constituent pas une seule et même institution ? Aussi je me permets de condamner sans hésiter l'opinion qui combat en Droit français la théorie de l'unité de la prescription.

Le Code allemand sépare tout à fait la prescription extinctive et la prescription acquisitive. Cependant les

considérations qui ont entraîné le législateur français se retrouvent avec toutes leurs forces en Droit allemand. Comment expliquer alors la méthode suivie par le législateur de 1900?

Sur les motifs qui l'ont décidé, son œuvre garde le silence. Les travaux préparatoires aussi, à ma connaissance du moins, sont muets sur ce point : ils envisagent la chose comme évidente et se bornent par exemple à dire, sans en apporter de justification « Il faut en outre tenir séparées l'une de l'autre les institutions qui ont nom prescripion extinctive et usucapion, car elle reposent sur des principes différents » (1).

Quant aux interprètes du Code, ils approuvent le législateur, mais ils ne motivent pas leur jugement ; ils se bornent à affirmer (2) et renvoient, pour la démonstration à faire, à l'œuvre de Savigny qui leur paraît avoir établi la chose de façon indiscutable (3). Quelques-uns même, tel M. Cosack, se contentent d'étudier la prescription extinctive à propos de la " Partie générale " du Code, la prescription acquisitive à propos des

(1) « *Ferner ist es erforderlich, die Institute der Varjährung und der Ersitzung von Einander getrennt zu halten, da dieselben auf verschiedenen Grundgedanken beruhen.* » MOTIFS, t. III, p. 351 et 352.

(2) « *Aber die rechtliche Gestaltung ist in beiden Fällen verschieden* » = « La structure juridique des deux institutions est différente », ENDEMANN, t. I, p. 385, note I. -- « *Anspruchsverjährung und Ersitzung sind getrennt* » = « La prescription extinctive et la prescription acquisitive sont choses distinctes », CROME, t. I, p. 520.

(3) ENDEMANN, t. I, p. 385, note 1.

" Biens " sans énoncer la différence qui existe entre ces deux institutions, tellement elle leur est sans doute apparue évidente.

Remontons donc à Savigny et cherchons dans son œuvre les raisons décisives qui ont, en Allemagne, depuis un demi siécle, fait envisager les deux formes de la prescription comme deux institutions absolument distinctes.

§ II. — *Aucun motif pour séparer la prescription acquisitive de la prescription extinctive.*

1

Voici tout d'abord, en substance, comment Savigny expose de quelle façon s'est créée la théorie de l'unité de la prescription.

L'influence du temps sur les droits, dit-il, fut progressivement admise par le Droit romain. Deux institutions juridiques en résultèrent notamment : l'usucapion et la prescription des actions. Certains jurisconsultes modernes ont pris l'habitude de les envisager d'une façon abstraite et ils les ont transformées, la première en une théorie générale de l'acquisition des droits par leur exercice, la seconde en une théorie générale de la perte des droits par leur non-exercice.

Il n'y avait, dès lors, plus qu'un pas à faire pour envisager les deux institutions ainsi conçues, comme deux formes d'une seule et même institution. Car, dans l'usucapion, à l'acquisition de la propriété par une par-

tie, correspondait pour l'autre la perte de son droit. En sorte qu'aux yeux de l'ancien propriétaire l'usucapion était de la même nature que la prescription ; toutes deux avaient pour résultat l'extinction d'un droit ; l'usucapion se révélait seulement comme plus puissante, car à côté de sa force destructrice, elle était capable de créer un droit au profit de celui qui bénéficiait d'elle.

On parvint donc à formuler le principe que les droits se modifient par le fait même du temps, quand leur titulaire laisse écouler un certain délai sans user d'eux. Toutes ces modifications furent nommées *præscriptio* = *Verjährung* et on les désigna par *erlöschende Verjährung* = " prescription extinctive ", quand elles n'aboutissaient qu'à l'extinction d'un droit, par *erwerbende Verjährung* = " prescription acquisitive " quand au lieu de détruire le droit, elles le transféraient à une autre personne (1).

Et l'éminent jurisconsulte conclut en ces termes : « La réunion de ces deux notions est aussi étrangère au Droit romain que les expressions artificielles (*præscriptio extinctiva*, *præscriptio adquisitiva* ou *rei præscriptio*) dont on use pour les désigner. Quant au Droit canonique, il ne contient cette évolution qu'en germe et pas du tout dans cette forme achevée qui vient d'être décrite » (2).

(1) SAVIGNY, t. IV, p. 309 et s.

(2) « *Diese Zusammenstellung des Begriffe ist dem Römischen Recht eben so fremd, als die zu ihrer Bezeichnung angewendeten Kunstausdrücke, und auch das Canonische Recht enthält dieses*

Il est d'ailleurs facile à l'auteur de justifier son opinion; il lui suffit d'établir que jamais, à Rome, le mot *præscriptio* n'a eu le sens de " prescription ", mais bien celui d'" exception ". Il montre ensuite par quelle évolution de langage on est arrivé à lui donner sa signification actuelle (1).

Tout cela est très vrai, tout cela est à sa place dans l'œuvre de Savigny et y constitue une argumentation péremptoire, parce que ce jurisconsulte est un pandectiste ; il étudiait le Droit commun, c'est-à-dire le Droit romain, à peine modifié sur quelques points par des lois contemporaines, et son ouvrage est en effet intitulé : « *System des heutigen römischen Rechts* » = « Exposé systématique du Droit romain actuel ».

Mais si notre auteur démontre que le Droit romain n'a pas établi une théorie générale de l'effet du temps sur les droits, nulle part il ne dit qu'une pareille conception est antijuridique, encore moins le prouve-t-il.

J'ai cité à dessein, dans sa critique, sa phrase sur le Droit canonique. Elle indique bien qu'il fait œuvre d'historien, exposant les divers systèmes législatifs ; qu'il ne se place pas au point de vue général et abstrait. Son argumentation est donc sans intérêt pour l'étude du Droit civil allemand.

Alles nur in einem beschränkten Anfang, keineswegs in der hier dargestellten Ausbildung. » SAVIGNY, p. 310 et s.

(1) SAVIGNY, p. 313 et s. ; pour le Droit canon, voir p. 316 et s.

Enfin s'il s'élève avec tant de vigueur contre la théorie de l'unité de la prescription, ce n'est pas au nom de la philosophie, c'est parce que ce système aboutit à faire soumettre à la prescription des droits qui dans le silence du droit positif devraient y échapper, et à faire appliquer les mêmes règles aux deux sortes de prescription sans qu'aucun texte y invite (1). Or il existe aujourd'hui une législation positive autre que le Droit romain, et la seule conséquence regretté par Savigny ne saurait en aucune façon se produire.

L'argumentation de Savigny n'aurait pour le Code civil l'intérêt qu'on parait lui attacher, que si officiellement le législateur allemand n'avait voulu qu'adapter en le modifiant le moins possible, le Droit romain à l'empire d'Allemagne. Mais quelque soit le respect excessif, l'imitation étroite, dont il fait preuve envers la législation romaine, il a eu l'intention de faire une œuvre personnelle, à laquelle on ne saurait par suite appliquer une argumentation fondée sur les textes latins.

2

La séparation que le législateur de 1900 a établie entre la prescription acquisitive et prescription extinctive ne trouve donc d'arguments pour se justifier ni dans le Code, ni dans les travaux préparatoires, ni chez ses interprètes, ni dans l'œuvre de Savigny à laquelle ceux-ci renvoient.

(1) SAVIGNY, p. 311.

Quel peut être le mobile qui a décidé le législateur allemand et séduit ses commentateurs ?

Ce ne saurait être le désir d'exposer la question d'une manière plus simple au point de vue didactique. Un tel but justifie la disposition d'un manuel, mais par celle d'un code. A plus forte raison ne doit-on pas modifier les conceptions juridiques pour les faire cadrer avec un plan commode.

La prescription acquisitive concerne les droits réels ; la prescription extinctive, les droits personnels. Ce n'est pas encore là un motif sérieux pour les séparer. Il arrive souvent qu'une même institution s'applique à des objets très dissemblables. On peut aliéner à titre onéreux par exemple des biens incorporels comme des biens corporels, des universalités comme des choses individualisées ; cependant c'est toujours d'une vente qu'il s'agit. Et j'ai d'ailleurs signalé avec insistance les articles 901 et 1028 qui font porter l'action de la prescription extinctive sur les droits réels immobiliers (1).

Les effets des deux prescriptions ne se manifestent pas tout à fait de la même façon sans doute, mais ce ne sont pas les effets qui diffèrent ; ce sont seulement les aspects que prennent les situations sous l'influence toujours identique à elle-même de la prescription. Sur deux objets de couleurs différentes, qu'on projette le même rayon de lumière rouge ; les deux objets ne prendront pas la même teinte ; dira-t-on cependant que

(1) Voir plus haut chapitre XXIV.

la lumière rouge n'est pas identique à elle-même et qu'elle n'a pas toujours la même action?

Les combinaisons mêmes que produisent les effets des deux formes de la prescription avec les situations auxquelles elle s'applique sont bien analogues : on ne saurait établir une distinction entre le cas d'un débiteur qui voit se prescrire sa dette et celui d'un propriétaire qui voit s'éteindre la servitude que grevait son fonds. Les législateurs, comme la science juridique, n'ont pas à envisager les droits et les biens *in abstracto;* ils les considèrent dans leurs rapports avec les hommes ; or dans les deux hypothèses faites, c'est toujours de la libération d'un patrimoine qu'il s'agit. Faut-il même distinguer l'enrichissement qui résulte de la suppression d'une charge, personnelle ou réelle, de celui qui résulte d'une acquisition ? Je ne le crois pas, car rien ne se perd, rien ne se crée, ni matière ni énergie ; c'est-à-dire que les facultés juridiques, constituées par l'ensemble des rapports possibles entre les hommes et entre les hommes et les biens, ne font que se déplacer, se compenser mutuellement ou s'expliciter.

On appelle la prescription extinctive quand elle porte sur une créance, parce qu'on se place au point de vue de celui qu'elle lèse; on la nomme acquisitive quand son objet est un droit réel, en la voyant sous le même aspect que celui qui en profite. La terminologie toute relative, issue d'une méthode inconséquente, ne peut être la base d'une classification sérieuse.

Quant aux différences qui existent entre les condi-

tions requises pour la prescription requisitive et celles requises pour la prescription extinctive, elles sont insignifiantes ou dictées par la nature des biens en cause. Insignifiantes : la conduite de celui qui n'acquitte pas sa dette est identique à la conduite de celui qui conserve le meuble ou l'immeuble ne lui appartenant point. Dictée par la nature des biens en cause : comment parler d'inscription au livre foncier en matière de droits personnels ? Ne voyons-nous pas en outre cette condition impossible à concevoir pour la prescription acquisitive des meubles. Pour ce qui est de la bonne foi enfin, qui n'est jamais requise pour l'extinction d'une dette, tantôt elle est nécessaire et tantôt elle ne l'est pas pour l'acquisition d'un droit réel. Ne voyons-nous pas enfin la prescription extinctive des actions, que personne ne songe à subdiviser, soumise à des conditions de durée différentes suivant les droits dont il s'agit.

§ III. — *Manifestations de l'unité de la prescription.*

Insistons davantage sur ce point et peu à peu nous allons voir passer au second plan les divergences qui nous frappaient tout d'abord. Une foule de règles essentielles communes à la prescription acquisitive et à la prescription extinctive apparaîtront, et aussi un grand nombre d'hypothèses où les deux prescriptions réagissent l'une sur l'autre. Nous serons alors frappés que le législateur n'ait pas eu le courage de proclamer une identité qu'il reconnaissait implicitement.

La prescription des actions demande trente ans en principe (article 195) : c'est aussi trente ans que

demande l'usucapion des droits réels immobiliers (article 900), ou leur disparition grâce à l'extinction simple (article 1028), ou à l'extinction par le livre foncier (article 901).

La règlementation de la suspension et de l'interruption est commune aux deux formes de la prescription : mêmes effets, mêmes causes ; bien mieux, la suspension et l'interruption de la prescription acquisitive a sa cause dans la suspension et l'interruption de la prescription de l'action correspondante.

Enfin, c'est la prescription de l'action qui entraîde la disparition du droit dans les hypothèses prévues aux articles 901 et 1028; tandis qu'inversement l'inscription au livre foncier qui empêche le droit de s'éteindre, fait obstacle à ce que se prescrive l'action correspondante.

Il est impossible d'attribuer au hasard toutes ces coïncidences.

D'autre part, Savigny condamnait l'extension qu'on donnait au domaine de la prescription extinctive et à celui de la prescription acquisitive ; or, le Code a précisément soumis en principe à cette institution toutes les actions et tous les droits réels. Le point de départ des novateurs, la généralisation de chacune des prescriptions dans son domaine propre, étrangère peut-être au droit commun, est admis dans la nouvelle législation. Officiellement, la conséquence naturelle de cette idée, le rapprochement des deux prescriptions, n'est pas proclamée ; mais elle se manifeste néanmoins d'une façon qui n'est pas douteuse dans les dispositions communes

aux deux prescriptions et dans leur influence réciproque.

Les rédacteurs du Code ont voulu séparer la prescription acquisitive et la prescription extinctive : ils ne l'ont pas pu. Ils sont bien parvenus à leur donner des noms distincts, à les traiter en des passages éloignés les uns des autres. L'identité de l'institution les a contraints à des rapprochements continuels.

Savigny, après avoir critiqué la théorie qui proclamait l'unité de la prescription en droit romain avait, lui aussi, été amené à presque la proclamer : « Tant que l'on se borne à identifier en pratique la prescription acquisitive et la prescription extinctive des actions, dit-il, l'erreur est peu sensible, tellement ces deux institutions sont parentes soit au point de vue historique, soit au point de vue pratique » (1).

L'unité de la prescription s'était aussi imposée à Windscheid avec tant de force, qu'il commençait par ces mots son étude de la prescription : « Par la prescription, les droits peuvent être aussi bien fondés que supprimés. On entend, par là, que leur exercice ou leur non-exercice pendant un laps de temps assez considérable, les fonde ou les supprime. La situation de fait qui consiste à exercer ou à ne pas exercer le droit, se

(1) « *Sa lange diese praktische Identificirung auf die Usucapion im Verhältniss zur Klagverjährung beschränkt bleibt, ist der Irrthum weniger merklich, da diese ohnehin, historisch und praktisch, einander sa nahe verwandt sind.* » SAVIGNY, t. IV, p. 311.

transforme, par sa durée même, en une situation juridique qui ne peut plus être attaquée » (1) ; et qu'à propos de la prescription acquisitive il écrivait : « L'idée générale de la prescription extinctive s'applique aussi à propos de l'acquisition de la propriété » (2). C'était contredire de façon directe la phrase des Motifs citée plus haut : que la prescription acquisitive et la prescription extinctive reposent sur des motifs différents (3).

Depuis la publication du Code, la même idée s'est fait jour chez ses interprètes. M. Endemann écrit par exemple : « Il résulte de tout cela que la prescription extinctive coïncide, par son principe, avec l'usucapion » (4). Et on lit dans l'ouvrage de M. Crome : « Nous appelons prescription la transformation recon-

(1) « *Durch Verjährung können Rechte sowohl begründet als aufgehoben werden. Man versteht darunter, dass sie begründet oder aufgehoben werden dadurch, dass sie eine längere Zeit hindurch ausgeübt werden oder nicht ausgeübt werden. Der thatsächliche Zustand der Ausübung oder Nichtausübung verwandelt sich durch seine Fortdauer in einen zu Recht bestehenden, nicht mehr angreifbaren.* » WINDSCHEID, t. I, p. 468.

(2) « *Der allgemeine Gedanke der Verjährung findet seine Anwerdung auch bei dem Erwerbe des Eigenthums* ». — WINDCHEID, t. I, p. 805.

(3) Voir plus haut, p. 384.

(4) « *Es ergiebt sich aus alle dem das die Verjährung in ihrem Grundgedanken ubereinstimmt mit der Ersitzung* ». — ENDEMANN, t. I, p. 385, note 1. — On remarquera que cet auteur emploie le terme même de la phrase précitée des Motifs : *Grundgedank*, = principe, pensée fondamentale ; et il insiste sur ce terme qu'il écrit en italique.

nue par la loi d'un état de fait en un état de droit par le cours du temps. Cette transformation peut consister aussi bien dans la constitution que dans l'extinction d'un droit. C'est pourquoi nous distinguons la prescription acquisitive et la prescription extincitive » (1).

§ IV. — *Conclusion*

Que conclure de tout cela, sinon que le législateur allemand à propos de l'unité de la prescription comme à propos de l'effet du temps sur les droits a voulu quand même s'en tenir au Droit romain, négliger tous les progrès accomplis dans la science juridique par quinze siècles de travaux ; qu'il s'est heurté aux mêmes impossibilités ; et que les détails précis de la règlementation qu'il édicte contredisent les grands principes qu'il essaie de poser.

Souvent les jurisconsultes allemands ont édifié de ces systèmes étranges et sans fondement. L'un d'eux a apprécié durement ces conceptions établis en dehors de toute réalité. Parlant en effet de la doctrine de Puchta — d'après laquelle lorsque le législateur a aboli le Droit coutumier celui-ci n'en demeure pas moins comme Droit que le juge seulement n'applique point —

(1) « *Verjährung nennen wir die durch das Gesetz anerkannte Verwandlung eines thatsachlichen Zustands in einen rechtlichen durch Zeitablauf. In dieser Verwandlung kann sowohl die Begründung als die Beendigung eines Rechts liegen. Hiernach unterscheiden wir erwerbende und erloschende Verjährung* ». — CROME, t. I, p. 503. — Dans le même sens : BRANDIS, p. 1.

Jhering la traite d' « idée monstrueuse » et ajoute « on pourrait tout aussi bien dire : lorsque le feu est éteint par l'eau, c'est encore du feu, seulement il ne brûle plus (1). » Je serais de même tenté de dire : il n'y a rien de commun entre la prescription acquisitive et la prescription extinctive, si ce n'est leurs buts, leurs causes, leurs effets et leurs règlementations.

(1) « *Ganz so gut könnte man sagen : wenn das Feuer durch Wasser ausgelöscht ist, so bleibt es immer noch Feuer, es brennt nur nicht* » JHERING, *Zweck im Recht*, t. I, p. 320, en note.

CONCLUSION

CHAPITRE XXVI

Le Droit romain n'a jamais construit une théorie générale de l'effet du temps sur les droits ; il a fini cependant par désigner sous le même vocable de "*praescriptio*" la prescription acquisitive et la prescription extinctive (1).

Les jurisconsultes français du moyen-âge édifièrent la théorie d'ensemble (2) et notre Code civil l'a sanctionnée dans son article 2219 : « La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par l'effet du temps. » Vingt ans plus tôt, le Code prussien de 1794 disposait : « Par la prescription les droits acquis peuvent se perdre, aussi bien que de nouveaux droits peuvent s'acquérir » (3) et reconnaissait donc lui aussi l'unité de la prescription.

Le législateur de 1900 n'a pas cru devoir accepter

(1) Voir plus haut, p. 2 et s.
(2) » p. 8 et s.
(3) » p. 220.

cette théorie générale. Il a séparé autant qu'il l'a pu la prescription acquisitive et la prescription extinctive ; il est même allé dans cette voie plus loin que le Droit romain, puisqu'il emploie pour les désigner des expressions toutes différentes.

Entraîné par cet esprit d'analyse puissant des races germaniques, il a vu dans les délais préfix une institution si éloignée de la prescription extinctive qu'il ne semble pas avoir conçu un rapport quelconque entre ces deux notions ; il a pris pour lui la parole de Reuter : « Il n'y a aucune ressemblance entre les délais préfix et les délais de prescription ; il y a entre eux si peu de rapports, que ce n'est même pas la peine de signaler l'opposition qui existe entre ces deux institutions » (1).

En matière de prescription acquisitive le Code allemand sépare et dissocie encore plus. C'est la prescription acquisitive elle-même qu'il partage en usucapion et en prescription avec juste titre (2).

Son analyse est maintenant poussée si loin que la langue allemande malgré sa richesse, malgré son aptitude à créer des mots ou à adopter les termes étrangers, ne lui permet pas de nommer l'une de ces subdivisions, la prescriptions avec juste titre (3).

(1) « *Solche Fristen haben keine Ahnlichkeit mit Verjährungfristen, und ihretwegeu den Gegensatz zwischen Verjährung und Befristung der Rechte aufzustellen, lohnt sich nicht.* » REUTER, p. 39 (cité d'après WEISS, p. 9).

(2) Sur le sens un peu conventionnel de ces mots voir plus haut page

(3) Voir plus haut p. 274 et s.

Mais le législateur poursuit son œuvre de morcellement : l'usucapion à son tour renferme plusieurs institutions selon lui, l'une est l'*Ersistzung* proprement dite, l'usucapion des droits dispensés d'inscription au livre foncier (1) ; quand à l'autre il ne l'a pas nommée, et ce sont ses interprètes qui forgeront les mots de *Grundbuchersitzung* et de *Tabulaversitzung*, usucapion par le livre foncier (2).

Enfin, étudiant l'usucapion des droits soumis à l'inscription dans les livres fonciers, les jurisconsultes allemands scindent ce phénomène en deux : le phénomène d'acquisition, la *Grundbuchersitzung*, d'une part ; et, d'autre part, le phénomène inverse qui l'accompagne toujours, l'autre phrase du même fait, l'instinction de l'ancien droit réel auquel va se substituer celui du prescrivant : la *Versitzung* en général ; et ce dernier phénomène à son tour se subdivise encore, c'est la *Grundbuchversitzung*, l'extinction des droits par le livre foncier, quand les mentions du livre foncier jouent un rôle dans le phénomène, la *Versitzung* proprement dite, l'extinction simple quand elles n'y jouent aucun rôle.

Voilà donc qu'après avoir analysé le plus loin possible les diverses notions que le législateur français avait réunies sous le vocable de prescription, après avoir accumulé toutes les différences possibles entre

(1) Voir plus haut, p. 361 et s.
(2) » p. 361 et s.

elles, après être allé si loin dans cette voie que plus rien de commun ne paraissait subsister entre ces diverses notions — brusquement les deux termes extrême de cette étude, la prescription acquisitive et la prescription extinctive qui paraissaient les plus contradictoires de ces notions se rejoignent ; ce n'est pas seulement le temps en général qui par sa fuite produit l'une et l'autre, c'est le même phénomène très précis, très individualisé qui est leur cause. Elles sont tellement unies l'une et l'autre que les expressions qui les désigneront seront presque identiques, elles évoqueront les mêmes idées, ce sont les mêmes mots qui les composeront, une lettre changée dans un préfix, et c'est tout : *Ersitzung* et *Versitzung*, *Grundbuchersitzung* et *Grundbuchersitzung*. Et en même temps les droits réels mobiliers et immobiliers qui ne paraissaient pas devoir être soumis aux mêmes institutions se rapprochent : c'est aux droits réels immobiliers que s'applique la *Versitzung*, contre partie de l'*Ersitzung* réservée en apparence aux droits réels mobiliers.

A l'imitation du très vieux Droit romain, le Code de 1900 pose en principe l'imprescriptibilité des droits. Mais la force des choses qui a contraint la loi romaine à reconnaître la prescription extinctive des actions amène le législateur allemand à faire dans son œuvre une place à cette institution.

Pour accorder le grand principe posé en tête de l'œuvre et les solutions imposées par la pratique, les jurisconsultes édifient cette extraordinaire théorie de l'*Ans-*

pruch (action) et le législateur soumet sans cesse la prescription extinctive à des règles contradictoires à la nature de cette institution : elle doit être invoquée par l'intéressé, son effet n'est pas radical, alors qu'elle est une extitution d'ordre public au plus haut chef, imposée par la nature même des choses.

Or le point où aboutissent tous ces efforts c'est l'établissement d'une institution dont l'essence est l'extinction des droits : la *Versitzung*. Et de quels droits, des plus stables par leur nature et leur objet, de ceux en faveur desquels le Code allemand a institué tout une organisation destinée à mieux assurer leur éternité, j'ai nommé les droits réels immobiliers inscrits aux livres fonciers.

Il eut donc été préférable je crois de ne pas mépriser complètement l'œuvre de synthèse, accomplie inconsciemment par le législateur romain quand il nomme également *praescriptio* la prescription acquisitive et la prescription extinctive, poursuivie avec courage par les glossateurs et les jurisconsultes français du moyen âge, consacrée notamment par le Code prussien et le Code français ; il eut mieux valu ne pas s'en tenir, par un sentiment excessif de respect et de reconnaissance, a un principe énoncé, peut-être sans grande réflexion, il y a beaucoup de siècles par un paysan sans instruction du Latium ; il eut été plus sage de reconnaître que pour édifier une grande œuvre il ne suffit pas de réduire

en moëllons épars les monuments élevés par les siècles précédents, qu'il faut surtout grouper ces débris suivant leur nature, en des ensembles harmonieux et fermes, qu'en un mot il faut construire.

C'est ce que le législateur de 1804 a parfaitement compris, c'est ce que les auteurs du Code allemand paraissent avoir un peu perdu de vue ; et qu'il me soit permis d'abriter mon audacieuse critique sous l'autorité de Jhering, le plus grand jusisconsulte allemand du XIX^e^ siècle : « A mon avis, dit-il, les français et les italiens sont très nettement supérieurs aux allemands quant aux aptitudes juridiques pratiques » (1).

(1) « *Nach meinem Urtheil sind z. L. die Franzosen und Italiener an praktisch = juristischer Begabung uns Deutschen entschieden überlegen* » JHERING, *Scherz und Ernst*, t. I, p. 320.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

BIBLIOGRAPHIE I
Documents législatifs II
Auteurs VII
Jurisprudence XVI

CHAPITRE I. — INTRODUCTION

BUT DE L'OUVRAGE. — APERÇU HISTORIQUE SUR LA THÉORIE DES PRESCRIPTIONS

§ I. — Objet de l'ouvrage 1
§ II. — Sens successifs du mot prescription 1
1. — Prescription acquisitive 2
2. — Prescription extinctive 5
3. — Théorie d'ensemble 8
4. — Système du Code civil allemand 10
§ III. — But que j'ai poursuivi 12

CHAPITRE II

PLAN DE L'OUVRAGE

Nécessité de l'étude de certaines questions annexes 13
Plan 14

CHAPITRE III

FONDEMENT DE LA PRESCRIPTION. — DE L'EFFET DU TEMPS SUR LES DROITS

Position du problème 18
Ce n'est pas l'inaction de l'ayant-droit qui fonde la prescription 19
C'est le temps : son influence 20
De l'acquisition des droits au cas de prescription acquisitive 25

CHAPITRE IV

TERMINOLOGIE ET DISTINCTIONS. — PRESCRIPTION ACQUISITIVE. — PRESCRIPTION EXTINCTIVE

Distinctions..... 28
Absence de définition..... 30

PREMIÈRE PARTIE

LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE

CHAPITRE V

LES ORIGINES DU CODE ET LE CARACTÈRE DE SES DISPOSITIONS SUR LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE

Les sources du Code ; leurs influences respectives... 35
1. — Motifs historiques qui ont fait admettre la prescription dans le Code... 36
2. — Il a reproduit la législation romaine ; critique..... 38
3. — Explication historique de cette imitation..... 40
4. — Plus d'analyse que de synthèse..... 42

CHAPITRE VI

JUSTIFICATIONS DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE SUIVANT LE DROIT ALLEMAND

Raisons qui ont fait admettre la prescription en droit français 45
Raisons qui ont fait admettre la prescription en droit allemand 46
Rôle secondaire de l'idée de justice..... 47
Caractère objectif de la prescription : de l'effet du temps sur les droits d'après les Allemands. 49

CHAPITRE VII

DES EXCEPTIONS (EINREDEN)

§ I. — Classification des arguments de la défense et terminologie..... 52

§ II. — Différence essentielle entre les exceptions et les moyens de défense... 55

§ III. — Diverses catégories d'exceptions... 58

CHAPITRE VIII

DE L'ACTION (ANSPRUCH)

SECTION I. — Qu'est-ce que l'*Anspruch* ?... 60

TITRE I. — Introduction... 60

Généralités sur l'*Anspruch* et traductions diverses du mot *Anspruch*... 60

C'est le mot *Anspruch* lui-même qui sera employé dans cette section, et non l'une de ses traductions... 62

TITRE II. — Recherche de la notion d'*Anspruch*... 63

§ I. — Recherche dans le Code... 63

§ II. — Recherche dans les travaux préparatoires... 65

L'*Anspruch* selon le Premier Projet... 66

L'*Anspruch* selon les Motifs... 66

Comparaison de l'*Anspruch* du Code et du Premier Projet, avec l'*Anspruch* des Motifs... 70

L'*Anspruch* selon la seconde Commission... 73

§ III. — L'*Anspruch* selon Windscheid... 75

§ IV. — L'*Anspruch* et le *Recht*... 76

TITRE III. — Définition de l'*Anspruch*... 78

§ I. — Définitions diverses... 78

§ II. — Définition que je propose... 82

TITRE IV. — Conclusion... 85

§ I. — L'*Anspruch*, c'est l'action... 85

§ II. — Opinion contraire des jurisconsultes allemands... 87

§ III. — Critique de la conception allemande... 87

1. — Traduction impossible... 88

2. — Conception théorique injustifiable... 89

3. — Emploi pratique... 90

§ IV. — Conclusion... 93

SECTION II. — Rapports de l'action avec le droit dont elle est issue... 94

§ I. — Nombre d'actions auxquelles un droit peut donner naissance 95
§ II. — Quand naît l'action ?..... 98
1. — Système de Windscheid. 98
2. — Système du Code 99
3. — Du rôle des modalités suspensives 102
§ III. — Indépendance de l'action à l'égard du droit. 105

CHAPITRE IX

NATURE DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE. — JUSQU'A QUEL POINT EST-ELLE D'ORDRE PUBLIC ? 108

SECTION I. — La prescription ne peut être ni écartée, ni rendue plus difficile..... 109

TITRE I. — On ne peut renoncer à l'avance à la prescription, mais on y peut renoncer dès qu'elle est acquise.. 109

TITRE II. — On ne peut pas rendre plus difficile la réalisation de la prescription..... 111
§ I. — Etude des articles 477, 480, 490 et 638 du Code civil allemand.... 111
1. — Exposé de la question..... 111
2. — Démonstration..... 112
3. — Opinion de la doctrine sur ces articles... 118
4. — Conclusion..... 120
§ II. — Etude de l'article 801..... 120
§ III. — Conclusion..... 122

SECTION II. — Les parties peuvent faciliter l'accomplissement de la prescription..... 123
1. — Exposé de ce principe, son histoire 123
2. — On ne peut étendre le domaine de la prescription..... 125

SECTION III. — Prescription et bonne foi..... 126

SECTION IV. — Du serment décisoire..... 130

SECTION V. — La prescription doit être invoquée..... .. 134

CHAPITRE X

POINT DE DÉPART DE LA PRESCRIPTION

SECTION I. — Principe 136
§ I. — Système du Code 136
1. — Son énoncé 137
2. — Sa justification 140
3. — Point de départ de la prescription des droits soumis à une modalité suspensive. 141
§ II. — Parallèle avec le système de Windscheid... 145

SECTION II. — Exceptions 148
§ I. — Prescriptions à point de départ avancé 149
1. — Dans quelles hypothèses une action commence-t-elle à se prescrire avant de naître ? 149
2. — Historique de cette règle 153
3. — Critique des termes dans lesquels les jurisconsultes allemands formulent cette règle 153
§ II. — Prescription à point de départ retardé 155

CHAPITRE XI

CONDITIONS DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE. — LONGUEUR DES DÉLAIS

§ I. — Quelles sont les conditions d'accomplissement de la prescription ? 161
§ II. — Par quel laps de temps se prescrivent les actions ? .. 162
§ III. — Tendances générales que manifestent ces délais .. 163
1. — Tendance à accroître ces délais 163
2. — Tendance à les restreindre 166
3. — Conclusion 168

CHAPITRE XII

EFFETS DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE

SECTION I. — Ce qu'ils devraient être 170
1. — La prescription devrait agir par elle-même .. 170
2. — Elle devrait anéantir le droit 172
3. — Lutte du législateur contre l'action du temps 173

SECTION II. -- Effets de la prescription..... 177
TITRE I. -- Prescription en cours 178
TITRE II. -- Prescription accomplie mais non invoquée 179
TITRE III. -- Prescription accomplie et invoquée.. . 182
§ I. -- Quand peut-on invoquer la prescription ?.. 182
§ II. -- Effets de la prescription..... 188
1. -- Principe.. 188
2. -- Cas particuliers..... 189
3. -- Résultats faussement attribués à la survivance du droit prescrit..... 194
4. -- Prescription d'une partie seulement du droit 195
Prescription de l'action en revendication. 196
SECTION III. -- Explication donnée..... 197
TITRE I. -- Pourquoi la prescription doit être invoquée ?. 199
§ I. -- Exposé des systèmes.... 199
§ II. -- Critique..... 207
TITRE II. -- Pourquoi la prescription n'anéantit pas complètement le droit ?,.. 209
SECTION IV. -- Véritable explication. 213
1. -- Exposé et démonstration. 213
2. -- Critique... 218
SECTION V. -- Des obligations naturelles..... 221

CHAPITRE XIII

DOMAINE DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE

SECTION I. -- Toutes les actions se prescrivent 225
§ I. -- Principe.... 225
§ II. -- Exceptions. 229
SECTION II. -- Seules, les actions se prescriveut..... 237
§ I. -- Principe.... 237
§ II. -- Applications 238
1. -- Le Droit à une rente..... 238

2. -- Actions en reconnaissance de droit..... 240
3. -- Exceptions..... 243

CHAPITRE XIV

SUSPENSION ET INTERRUPTION DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE

250

CTION I. -- De la suspension. 251
§ I. -- Les causes.. 251
§ II. -- Les effets. 256

257

CTION II. -- De l'interruption..... 257
§ I. -- Les causes..... 260
§ II. -- Les effets..... ....

CHAPITRE XV

DES DÉLAIS PRÉFIX

264

I. -- Délais préfix et prescription extinctive..... 266
II. -- Nature, objet et effets des délais préfix..... 271
III. -- La théorie des délais préfix n'est pas achevée... .

DEUXIÈME PARTIE

PRESCRIPTION ACQUISITIVE

CHAPITRE XVI

DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE EN GÉNÉRAL : PRESCRIPTION AVEC JUSTE TITRE ET USUCAPION

273

But de la prescription acquisitive..... .....
La subdivision (par le Code allemand) en usucapion et prescription avec juste titre..... 274
Plan de cette Deuxième Partie..... 279

CHAPITRE XVII

DES DROITS RÉELS

281

Les droits réels du Code civil allemand..... 283
Sur quoi peuvent-ils porter?..... ....

CHAPITRE XVIII

LES LIVRES FONCIERS ET LE RÉGIME DES DROITS RÉELS IMMOBILIERS

§ I. -- Généralités..... 288
1. -- Origine et but des livres fonciers..... 288
2. -- Organisation matérielle de cette institution.... 289
§ II. -- Régime de la propriété immobilière..... 291
1. -- Toutes les opérations juridiques relatives aux droits réels immobiliers doivent être inscrites sur les livres fonciers..... 291
2. -- Les livres fonciers sont réputés la représentation exacte de la propriété immobilière... 293
3. -- Avis, *Vormerkung*..... 296
4. -- Rectification du livre foncier..... 298
5. -- Protestation, *Widerspruch*..... 299
6. -- Rang respectif des droits inscrits..... 301
§ III. — Construction juridique de la théorie des livres fonciers..... 303
1. -- Le transfert des droits réels immobiliers est un acte abstrait..... 303
2. -- Principes mis en œuvre dans le régime des livres fonciers..... 304

CHAPITRE XIX

DOMAINE DE LA PRESCRIPTION AVEC JUSTE TITRE. — SES CONDITIONS D'APPLICATION

Seuls les droits réels peuvent être acquis par la prescription avec juste titre..... 306

SECTION I. — Droits réels mobiliers..... 307
§ I. — Droit de propriété..... 307
Il est soumis à la prescription abrégée. Conditions d'acquisition..... 307
1. — Bonne foi..... 308
2. — Que la chose ne soit ni volée ni perdue.. 309
3. — Aucune condition de temps..... 311
§ II. — Autres droits réels mobiliers..... 312
Usufruit..... 313
Gages..... 314

SECTION II. — Droits réels immobiliers..... 314

SECTION III. -- Droits réels portant sur des droits..... 319

CHAPITRE XX

DOMAINE DE L'USUCAPION. -- SES CONDITIONS D'APPLICATION

Seuls les droits réels peuvent s'acquérir par usucapion.... 322

SECTION I. — Usucapion des droits réels mobiliers..... 323

SECTION II. — Usucapion des droits réels immobiliers.... 327
§ I. — Etude de l'article 900..... 328
§ II. — Etude de l'article 927..... 332

SECTION III. — Usucapion des droits réels portant sur des droits 336

CHAPITRE XXI

SUSPENSION ET INTERRUPTION DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE

§ I. — Prescription avec juste titre..... 337
§ II. — Usucapion..... 338
1. — Usucapion des droits réels mobiliers..... 338
2. -- Usucapion des droits réels immobiliers..... 341

CHAPITRE XXII

EFFETS DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE 344

1. -- Effets réels de la prescription avec juste titre... 345
2. -- Effets réels de l'usucapion.. 347
3. -- Le prescrivant doit-il indemniser celui qu'il dépouille?. 349
4. -- Le bénéfice de la prescription acquisitive est un droit et non pas une simple exception..... ... 351

CHAPITRE XXIII

JUSTIFICATION, D'APRÈS LE DROIT ALLEMAND, DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE

§ I. -- Justification de la prescription avec juste titre 353
§ II. -- Justification de l'usucapion..... 356

CHAPITRE XXIV

EXTINCTION DES DROITS PAR LE TEMPS

§ I. -- Extinction simple (*Versitzung*) et extinction par les livres fonciers (*Grundbuchversitzung*).... 361
§ II. -- Extinction par les livres fonciers..... 363
1. --- L'extinction du droit réel est la conséquence de la prescription de l'action qu'il engendre 363
2. --- Conditions de cette extinction..... 366
3. --- Importance de cette institution..... 368
§ III. --- Extinction simple..... 372
1. --- En quoi consiste-t-elle?..... 372
2. --- Génèse de l'artiele 1028 qui l'établit... 373
3. --- Règles qui régissent l'extinction simple..... 378
4. --- Importance de cette institution..... 380

CHAPITRE XXV

RAPPORTS DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE ET DE LA PRESCRIPTION EXTINCTIVE

§ I. --- Conception française et conception allemande. --- Eléments communs aux deux formes de la prescription..... 382
§ II. --- Aucun motif pour séparer la prescription acquise de la prescription extinctive 385
1. --- Dans la Théorie de Savigny..... 385
2. --- Dans la Règlementation du Code..... 388
§ III. --- Manifestations de l'unité de prescription..... 391
Dans le Code 391
Chez les auteurs..... 393
§ IV. --- Conclusion..... 395

VERIFICAT 1937

CONCLUSION

CHAPITRE XXVI. 397

FUNDATIUNEA UNIVERSITARA CAROLI
BIBLIOTECA CENTRALĂ UNIVERSITARĂ BUCUREȘTI

Aix-en-Provence, Typographie et Lithographie Paul Pourcel.

VERIFICAT