

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	4 (1885)
Artikel:	Rapport sur la question de l'application des dispositions générales du code fédéral des obligations aux institutions réservées au droit cantonal
Autor:	Roguin, Ernest
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896740

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 19.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Rapport

de Mr. ERNEST ROGUIN, professeur à LAUSANNE,
sur la question de l'application des dispositions générales
du code fédéral des obligations aux institutions
réservées au droit cantonal.

I.

Considérations historiques.

Nous nous arrêterons peu sur cette partie, que Mr. le rapporteur Schneider a traitée assez longuement. Comme lui, nous avons reconnu que l'on ne peut trouver dans aucune circonstance de l'élaboration législative la solution directe et définitive de notre question. Il est, au premier abord, surprenant que l'on ne se soit pas expliqué sur un point de cette importance. Des oubli analogues arrivent quelquefois au législateur. Dernièrement la France a supprimé l'exception de jeu dans les marchés à terme par une loi muette sur l'effet rétroactif qu'il convenait, ou non, d'attribuer à ses dispositions; et l'on voit actuellement deux des chambres de la cour de Paris trancher en sens contraire les procès considérables qui surgissent à cette occasion. Pourquoi les auteurs de la loi fédérale n'ont-ils pas dissipé tout doute en notre matière? Nous croyons qu'ils avaient cru avoir pris les précautions nécessaires pour opérer la démarcation entre les deux domaines, fédéral et cantonal, et nous en tirons naturellement une inférence dans les sens de nos conclusions. Il est, d'ailleurs, à remarquer qu'un auteur distingué, contraire à celles-ci, Mr. Haberstich, ne donne, sauf erreur, dans son *Handbuch des Schweizerischen Obligationenrechts*, pas une seule indication historique sur la matière: preuve que le terrain ne lui semblait pas très-solide. — Le rapport l'a abordé franchement et

ne dissimule pas les circonstances défavorables à ses conclusions. Il constate ainsi (page 484) que le projet de 1875 avait un article 284, dont la forme française était la suivante dans l'édition de 1876 : „*En ce qui concerne la vente et l'échange des immeubles, les législations cantonales seront libres de compléter ou de modifier les dispositions du présent titre, comme aussi de maintenir toutes autres dispositions dérogatoires ou complémentaires actuellement en vigueur.*“ Cet article fut effacé dans le projet de 1877; M. Schneider dit n'avoir pu découvrir pourquoi. Nous avons vu dans les notes d'un membre de la commission fédérale que la suppression a eu lieu dans l'idée de reprendre la question à la fin des délibérations. Cela même fut omis; nous ne savons pour quelle raison. MM. Schneider et Fick écrivent à cette occasion, sous l'article 231, que le retranchement de 1877 avait pour effet de faire revenir à l'unification voulue par Munzinger. L'opinion est fort contestable. L'on ne peut conclure de l'effacement d'une certaine disposition au rétablissement d'une plus ancienne, radiée et remplacée par l'autre. Mais, comme les savants auteurs de Zurich l'ajoutent, l'article 231 actuel exclut l'application, même subsidiaire, des prescriptions fédérales aux achats d'immeubles. Somme toute, après des oscillations, le législateur fédéral est revenu à ce que nous croyons être le meilleur parti, c'est-à-dire à la reconnaissance de la compétence intégrale des cantons sur ce point important. Et, si l'on a pris cette décision, c'est évidemment en considération de la teneur donnée à l'article 64 de la constitution fédérale. Voici, en effet, ce que dit le Conseil fédéral, dans son message aux chambres du 27 novembre 1879 (Feuille fédérale 1880, I, 115): „La rédaction même de l'article 64 souleva deux questions préalables qui n'étaient pas sans importance pour la révision du projet de 1864: 1^o et 2^o Le nouveau projet devait-il, en considération des mots de l'article 64 „toutes les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières, être encore plus exclusif que celui de 1871 à l'égard des contrats qui ont des immeubles pour objet?“ Et le Conseil fédéral constate que cette question

fut résolue affirmativement. Il ne faut, d'ailleurs, pas oublier que les personnes chargées de l'élaboration du projet définitif de 1879 ont sûrement tenu compte des sentiments manifestés par le peuple suisse lors de certaines votations, et qu'elles ont cherché sagement, en insistant sur la réserve des achats immobiliers, à prévenir un échec total de la loi. Cet historique nous paraît manifestement en notre faveur.

La disposition de l'article 305 du projet de 1875 attribuant aux cantons la faculté d'adopter des lois différentes en matière de *bail immobilier* a également été retranchée dans le projet de 1877 (Oberrichter Schneider, p. 485). Là dessus, les notes par nous consultées apprennent que l'article fut d'abord laissé en suspend, puis définitivement supprimé, mais sans motif indiqué. L'on a fort bien agi, selon nous, en abandonnant cet article 305. Il aurait été fâcheux de ne pas régler fédéralement le contrat de bail immobilier, qui, n'engendrant que des droits personnels, d'après la plupart des législations, ne fait pas partie de la constitution de la propriété immobilière. Pour ces raisons, nous estimons que l'unification du bail ne peut être considérée comme un argument contre notre thèse.

Le rapport examine le sort de plusieurs autres dispositions des projets successifs, spécialement de celles relatives aux *créances garanties*. La prescription de l'article 198 du code sur la cession de ces créances figure, presque identique, dans le projet de 1879 et, sous une forme équivalente, aux articles 172 de ceux de 1877 et déjà de 1875/1876: c'est la plus ancienne. Les autres prescriptions sur la même catégorie de biens sont d'origine beaucoup plus récente. Elles datent toutes du projet de 1879. Le premier, ce travail renferme un article 152, alinéa 3, ainsi conçu: „*La prescription des créances hypothécaires relève exclusivement du droit cantonal.*“ Le projet de 1877 avait un article 185 dont le deuxième alinéa était rédigé en français comme suit: „*Sont toutefois imprescriptibles les créances garanties par un droit de gage ou par un droit de rétention.*“ Cette clause fut biffée en 1879. On voit donc que l'on supprima une disposition de droit fédéral impérative pour abandonner complètement la matière à l'autonomie can-

tonale, ce qui fut consommé par l'adoption de l'article 146 du code. Nous ne nous arrêterons pas pour démontrer, contrairement à l'opinion de M. Haberstich (pag. 13, en note), que les lois cantonales exceptant, comme l'argovienne, de la prescription les créances hypothécaires subsistent grâce seulement à l'article 146 du code fédéral et auraient été abrogées tacitement en l'absence de cet article et de toute clause analogue à celle du projet de 1877. — De la même manière, le projet de 1879, le premier, contient l'article 345 suivant, devenu mot pour mot le 337 du code: „*Il n'est pas dérogé aux dispositions du droit cantonal sur les prêts hypothécaires et le maximum du taux de l'intérêt licite en cette matière.*“ — Enfin, dans le travail de 1879 réapparaît, également sans corrélatif antérieur, un article 422, qui, non modifié, porte dans le code le N°. 414: „*Il n'est pas dérogé par les dispositions du présent chapitre aux règles du droit cantonal concernant la délégation des créances hypothécaires.*“ — Nous ne croyons nullement indifférent, pour la justification de notre opinion, de montrer, sur une des plus importantes matières réservées, cette évolution dans le sens de la sauvegarde étendue du droit des cantons.

Avec le rapport (pag. 486) signalons aussi le fait que ce sont les chambres fédérales qui ont introduit dans le code l'article 890 ayant trait aux *vices redhibitoires*. Les dispositions des trois premiers projets, qui réglaient pour toute la Suisse cette matière, avaient été rayées dans celui de 1879 et renvoyées, disent MM. Schneider et Fick (pag. 608), à une loi spéciale. Encore ici, nous constatons une restriction, d'ailleurs seulement momentanée, apportée à la législation fédérale.

Il nous serait facile de poursuivre cet examen historique et d'indiquer, indépendamment de celles énumérées dans le rapport (pag. 483), plusieurs dispositions du projet Munzinger de 1871 conçues dans un esprit d'unification et effacées plus tard; mais, comme en 1871 la constitution fédérale actuelle n'était pas adoptée, l'argument tiré de ces suppressions aurait moins de valeur: nous le reconnaissions. Il n'en est pas de même de celui que nous procure le sort de l'article 314 du

projet de 1875, ainsi conçu: „*En tant que le prêt à usage a „pour objet des immeubles, les législations cantonales conservent „la faculté de compléter ou modifier les dispositions du présent „titre, comme aussi de maintenir toutes autres dispositions déro- „gatoires ou complémentaires actuellement en vigueur.*“ On n'accordait donc au droit fédéral applicable au prêt immobilier, institution peu différente de la vente sous condition de réméré, qu'une simple valeur de législation subsidiaire. Cet article fut supprimé purement et simplement dans le projet de 1877 et ne reparut plus dès lors. Quelle conséquence tirer de cette élimination? Il serait impossible, à notre avis, de soutenir un seul instant que l'on ait voulu laisser le prêt immobilier sous le droit fédéral commun, qui le permettrait incontestablement, car l'article 321 du code définit le prêt à usage „un contrat par lequel le prêteur s'oblige à livrer une chose à l'emprunteur....“ sans ajouter *mobilière*. Et puis, comment ne pas reconnaître aux cantons qui ont, d'après l'article 337, le droit de légiférer sur le simple prêt hypothécaire, celui de le faire sur le prêt d'un immeuble! La conséquence, conforme, d'ailleurs, à l'intention présumée de la commission, en est que chaque État confédéré a la faculté de permettre ou de prohiber cette dernière institution, le droit fédéral n'étant pas même supplétif à cet égard, sauf volonté législative cantonale. Voilà donc encore un point sur lequel l'élaboration de la loi a abouti à une large autonomie particulariste.

Il semblait oiseux de le rappeler: Le code n'a nullement eu pour but de réaliser l'unité complète du droit des obligations. Il est le produit d'une conciliation, d'une transaction consignée dans l'article 64 de la constitution fédérale, commentée législativement par les chambres, doublement approuvée par le peuple, et aux termes de laquelle la confédération légifère sur la plus grande partie, il est vrai, du droit des obligations, et les cantons sur quelques points réservés.

II.

Démonstration de la véritable théorie.

Toutes les relations soumises à la législation, considérées chacune isolément, peuvent se diviser selon leur nature propre en droits de famille, réels, d'obligation etc. A ce point de vue d'une rigoureuse analyse, le droit de famille comprendrait uniquement les rapports de puissance d'un parent ou d'un époux sur un autre, le droit réel les relations de maîtrise totale ou partielle d'une personne sur une chose, le droit d'obligation celles existant entre deux ou plusieurs personnes et dominant activement ou passivement l'activité de l'une au profit de l'autre. Mais, une législation organisée sous l'empire de ce principe de classification poussé à l'extrême serait incompréhensible, sauf pour les savants, et certainement malaisée à appliquer. D'autre part, les relations de droit peuvent être groupées moins selon leur nature intime que suivant l'unité relative des principales institutions qu'il s'agit de construire juridiquement, telles que le mariage, la tutelle, les successions, la propriété immobilière et mobilière, et les différents contrats. A ce second point de vue, sous chaque titre portant le nom d'une de ces institutions rentreront de nombreuses dispositions d'une nature conforme à cette dénomination et certaines autres de nature différente. Il y aura des obligations dans le droit de propriété et des relations de droit réel dans les différents contrats. Dans le chapitre des successions, où se trouvera organisée la transmission à cause de mort, tantôt universelle tantôt à titre particulier, des droits d'une personne, il se trouvera forcément des relations de toute espèce, et aucune de nature réellement spéciale à la matière. Enfin, dans la plupart des divisions d'une loi, il y aura des prescriptions spéciales en apparence, mais qui ne seront que des applications de principes généraux, et d'autres proprement particulières à tel objet. Ainsi, la vente immobilière sera régie par des règles dépendant de sa nature générale de contrat, de sa nature plus spéciale d'aliénation et de celle, encore plus spéciale, de vente portant sur une certaine espèce de

biens. L'on entend dire tout cela quand on parle de vente d'immeubles. — Le deuxième mode de distribution des droits que nous avons décrit, caractérisé par une sorte d'agglutination et combiné avec une systématisation des dispositions par emboîtement les unes dans les autres, est celui que produit l'histoire et que toutes les législations ont consacré. C'est le seul admissible actuellement dans un code et le seul intelligible pour les non-juristes. L'autre est de pure science.

Il faut donc, en étudiant les bornes de deux législations limitrophes comme la fédérale et la cantonale, se placer au point de vue qui a été nécessairement celui de leurs auteurs. La principale critique que nous adressons au rapport est de ne pas l'avoir compris, de s'être placé au point de vue d'une analyse purement scientifique, de ce que l'on a appelé l'embryologie juridique, et d'avoir méconnu le sens normal et quasi-populaire des expressions. Telle est la source de ce que nous croyons fermement être son erreur.

Les auteurs du code pouvaient choisir entre les deux théories que nous venons de distinguer. Ils ne pouvaient hésiter longtemps à adopter la nôtre. Leur seul tort est de ne pas l'avoir dit expressément. Mais, pouvaient-ils prévoir le travail de laboratoire chimique auquel on allait soumettre leur oeuvre!

Le raisonnement de M. Schneider est celui-ci: En parlant des ventes d'immeubles, l'article 231 du code n'a entendu viser que les dispositions des lois cantonales spéciales à ce genre de ventes (pag. 491). Même argumentation à l'égard des créances garanties (pag. 492 et 493). Limitons la discussion à ces deux importants sujets:

Ventes immobilières. A ce propos, Mr. le Rapporteur insiste d'abord sur le texte de l'article 231. Nous ne pouvons admettre la conséquence qu'il en tire (page 487). Quand, dans une loi, on dit *vente d'immeuble*, on veut parler de cette opération dans son ensemble, et non pas seulement d'une partie des règles qui la régissent. Il est interdit de faire une distinction que le législateur n'a point admise. Or, une affaire de vente d'immeuble soulève des questions de droit

réel et des questions d'*obligation*, les unes générales, les autres spéciales à ce genre de conventions. Tout cela est compris dans l'expression choisie par la loi. Ainsi, la promesse de vente immobilière y rentre à cause de son objet, et malgré son caractère, tantôt principal, tantôt secondaire, d'*obligation* se résolvant en dommages intérêts. Il faut donc conclure que les cantons sont autorisés à légiférer sur toutes les relations de droit préparant immédiatement l'aliénation, ou soulevées directement par celle-ci. Mais, ils ne peuvent le faire sur celles qui ne concernent qu'indirectement l'opération, ou qui rentrent naturellement sous une autre dénomination que celle de vente immobilière. Ainsi, ce qui a trait à la capacité des contractants sera réglé par la loi fédérale et la section y relative du code des obligations.

Pourquoi les législateurs fédéraux ont-ils dû vouloir adopter la solution que nous défendons? D'abord, parce qu'elle est seule conforme à la disposition de l'article 64 de la constitution, qui, *a contrario*, laisse dans l'autonomie cantonale les *transactions immobilières*, c'est-à-dire la *partie du droit des obligations* relative à la transmission des droits réels immobiliers. L'article 64, quand une affaire porte directement sur un objet corporel, distingue les deux compétences fédérale et cantonale en considérant plutôt la nature de cet objet que celle de la relation juridique qu'il s'agit de régler. — La thèse que nous soutenons est la seule conforme à la volonté du peuple suisse et de sa représentation. N'estimant pas que le moment fût venu d'unifier la législation de la propriété foncière, on est convenu de laisser en dehors du code tout ce qui en forme la constitution. On a subordonné en cette matière l'élément d'*obligation* à celui de droit réel, pour faire suivre au premier le sort du deuxième. Et, remarquons-le bien, il n'était même pas nécessaire de faire dans le code l'exception formelle de l'article 231. Elle découlait déjà de l'article 64 de la constitution. Pourquoi donc a-t-on inséré l'article 231? Très probablement pour éviter de voir quelques personnes tentées d'appliquer le code, en matière immobilière, à un contrat fort usité et réglé par lui, le contrat de vente. Mais,

nulle part on ne trouve dans la législation fédérale de disposition en excluant l'application en matière d'usufruit immobilier, de servitudes prédiales, d'adjudication d'immeubles en justice, de leur licitation etc. etc. Et cependant, il n'est pas douteux pour nous que toutes ces institutions ne soient en droit strict soustraîtes même à l'effet des dispositions toutes générales du code des obligations, et cela par la raison bien simple que, dans le silence de la loi, la constitution fédérale parle et que tout ce qu'elle n'a pas attribué à la compétence de la Confédération est demeuré cantonal, règle qui est encore, à tort ou à raison, le fondement du droit public suisse. Ainsi, à proprement parler, ce n'est pas l'article 231 qui enlève aux dispositions du code tout effet en matière de vente immobilière, mais bien la constitution, dont cet article n'est qu'un rappel dans un cas particulier, afin d'éviter tout doute.

On pourrait même soutenir que les dispositions du code sur la transmission de la propriété mobilière n'ont de valeur qu'en matière *conventionnelle*, seule mentionnée à l'article 199, le premier de la rubrique. Ainsi, les cantons *pourraient* (non pas *devraient*) légiférer différemment sur les transferts de propriété mobilière en matière de succession, donation etc. À l'appui de cette thèse, sur laquelle, du reste, nous n'insistons pas outre mesure, on pourrait citer les mots *transactions mobilières* de l'article 64 de la constitution.

Passons à un reproche que nos adversaires considèrent comme capital. Ils disent qu'il est impossible de concevoir en Suisse la coexistence de deux droits d'obligations. Ils devraient reconnaître que ce dualisme est un fait certain et impossible à faire cesser sans modifier la constitution. Pour être conséquents, ils seraient obligés de soutenir que les dispositions générales du code sont applicables à toutes les matières demeurées cantonales, comme le droit de famille, de succession, de régime matrimonial etc. — Sauf erreur, ils ne l'ont jamais fait, reculant peut-être devant cette conséquence. Il y a, au reste, dans le code un article 76 suivant : „*Les obligations qui ont leur source dans les rapports de famille ou*

de succession, ou qui se fondent sur les principes du droit public, sont régies quant à leur formation par le droit cantonal, ou par les dispositions spéciales du droit fédéral.“ M. Hafner dit à cet endroit: „Für die Wirkungen und den Untergang dieser Schuldverpflichtungen greifen dagegen die Bestimmungen dieses Gesetzes Platz, soweit dafür nicht besondere Grundsätze aufgestellt oder diesen Verpflichtungen, nach ihrer besondern Natur, eigenthümlich sind.“ On voit de quelles précautions l'auteur entoure sa thèse, que nous croyons juste, ainsi accompagnée de réserves. Mais ne la discutons pas. Ce qui est certain, c'est que M. Schneider n'établit nulle part la théorie que toutes les obligations demeurées cantonales sont régies par les premiers titres du code fédéral. L'article 76, dont il ne parle pas, le lui interdirait en tout cas pour ce qui a trait à la formation des dites obligations. — Nous sommes, en définitive, fondé à faire observer que, pour les adhérents eux-mêmes de la théorie du rapport, il y a toujours en Suisse deux droits d'obligations susceptibles de subsister côté à côté au gré des cantons et chacun régissant un certain nombre de relations juridiques. Toute la question revient donc à savoir auquel de ces droits appartient le règlement des questions générales connexes aux matières réservées.

La loi fédérale sur la capacité civile nous fournit aussi un argument. Les premiers projets de code, jusques et y compris celui de 1877, avaient relégué les dispositions sur cet objet dans le titre introductif de la loi. L'on y a renoncé, parce que l'on a compris la nécessité d'avoir des règles sur la capacité uniformes pour toutes les matières, même abandonnées à la législation des cantons. Mais, les auteurs du code n'ont pas eu ou ont abandonné l'idée d'une loi spéciale contenant les prescriptions générales du droit des obligations et qui aurait porté sur tout le domaine de la législation, fédérale et cantonale. Il faut donc reconnaître que cette partie de leur œuvre ne vaut que pour les institutions réglées fédéralement.

Comme effet pratique, l'application de l'opinion qui nous est opposée aurait celui de modifier assez profondément la

constitution de la propriété dans les cantons. Prenons comme exemples deux points fort importants sur lesquels nous aurions aimé à voir Mr. Schneider s'arrêter:

Certains cantons, surtout celui de Vaud, ont cru devoir adopter des règles dans le but de rendre claire et franche la propriété de la terre. L'article 1117 du code vaudois est ainsi conçu: „*La vente d'un immeuble ne peut être faite sous aucune condition suspensive ou résolutoire, non plus que sous la clause de réméré (rachat) sous peine de nullité.*“ Mr. Haberstich, dans son *Handbuch* (page 13) émet l'opinion que les dispositions du code fédéral sur les *conditions*, entre autres, s'appliquent aux achats immobiliers, en ajoutant, il est vrai, quand le droit cantonal n'a pas, en ces matières, de règles exceptionnelles relatives aux immeubles. Nous verrons plus loin à quel étrange résultat aboutit cette réserve, qu'aurait sans doute faite aussi Mr. Schneider. Nous ne retenons ici que l'opinion principale de ces jurisconsultes. Bien certainement, la question des *conditions* n'est pas de nature spéciale. Elle est traitée aux articles 171 à 177 dans le titre IV du code fédéral. En ne considérant donc que le caractère de ces prescriptions, nos adversaires devraient envisager comme tacitement abrogés par elles tous les articles contraires des codes cantonaux, entre autres celui du code vaudois. Or, le code fédéral, en n'interdisant pas les conditions, spécialement celle de réméré, dans les marchés immobiliers, arriverait, *s'il était applicable*, au résultat d'autoriser ces modalités d'une manière illimitée pour les négociations foncières. Qui ne voit, cependant, que l'économie de la propriété dans cet Etat en serait troublée? Nous prions nos auditeurs de remarquer qu'il ne s'agit pas ici d'une futilité juridique, mais bien d'un principe considéré comme important par les hommes qui s'occupent de science sociale. Voici entre autres une citation sur ce sujet du *Traité d'Economie politique* de Mr. Courcelles-Seneuil, édition de 1867, II, 69: „En général, il importe, pour que le principe de la propriété produise tous ses effets, que le droit du propriétaire sur la terre soit le plus possible net, certain et complet. Toutes

„les dispositions contractuelles ou législatives qui diminuent „ce droit d'une manière quelconque, ou le rendent soit pré- „caire, soit incertain, tendent à diminuer la puissance pro- „ductive, et partant la richesse de la société.“ L'auteur fait spécialement allusion au pacte de réméré, que le code des obligations a très-certainement entendu laisser admettre ou interdire en matière immobilière au gré des lois cantonales, ainsi que nous l'avons montré plus haut. Le législateur vaudois a donc eu le droit de conserver l'article 1117, comme il l'a fait dans sa loi de coordination.

Nous pourrions faire une observation analogue à propos de l'article 1116 du code vaudois, également maintenu cantinalement et ainsi rédigé: „*Toute promesse de vente d'immeubles est prescrite par six mois.*“ Il est certain à nos yeux que cet article n'a pas été touché par le code fédéral, malgré le premier alinéa de l'article 146. Nos adversaires nous le concéderont peut-être, en observant qu'il s'agit d'une de ces autres actions régies par le droit cantonal du troisième alinéa; mais c'est là précisément ce qu'il leur serait impossible de démontrer au point de vue analytique où ils se sont placés, tandis que pour nous la chose est claire, puisque il s'agit, si non d'une vente d'immeuble, du moins d'une convention de nature personnelle tenant étroitement à l'aliénation du droit réel, et susceptible d'y conduire même par contrainte (art. 1115 du code vaudois). MM. Schneider et Fick ne parlent pas de la promesse de vente sous l'article 146. Cette question a une importance sérieuse: Si l'article 1116 devait être considéré comme abrogé par le 146 du code fédéral et que la promesse de vente dans le canton pût être faite pour 10 ans, il s'ensuivrait probablement un trouble marqué, non seulement au point de vue du droit civil, mais aussi à celui du droit fiscal de mutation.

Le code vaudois, enfin, a l'article 1186 suivant, que le Grand conseil a cru devoir maintenir, avec raison selon nous: „*Si la vente d'un immeuble a été parfaite, le vendeur ne peut en demander la résolution par le motif que le prix n'en aurait pas été payé.*“ En d'autres termes, l'acte de vente

d'immeuble contient nécessairement quittance du prix. Cette disposition est manifestement contraire à celle de l'article 265 du code fédéral, qui contient une règle générale applicable à toute espèce de vente. Il semble que, pour être conséquent, Mr. Schneider devrait admettre l'abrogation de la disposition vaudoise, et, cependant, elle tient à la conception de la propriété dans cet Etat.

Rappelons, en outre, que plusieurs cantons ont adopté en matière de transmission de la propriété immobilière le système de droit strict et formaliste qui a été surtout perfectionné en Allemagne. Il peut arriver ainsi que l'on déclare l'immeuble propriété de la personne de bonne foi au nom de laquelle il aurait été transcrit dans le registre foncier, fût-ce même à la suite du délit d'un autre individu. Nous demandons si cette importance attachée à une formalité est compatible avec certaines des règles absolument générales du code des obligations, comme, par exemple, celles des articles 36 et suivants relatifs aux contrats conclus par représentants? De même qu'en matière de lettres de change l'article 811 du code a dû modifier les règles générales des articles 164 et 189 sur les exceptions que peut opposer le débiteur, force est bien d'admettre pour la propriété immobilière que la faculté d'en organiser le transfert emporte celle d'adopter des dispositions spéciales, dérogatoires au droit commun des obligations. C'est partout la nature de l'objet du droit qui prévaut sur celle de la relation juridique et qui oblige à traiter celle-ci d'une façon exceptionnelle.

L'on pourrait trouver d'autres exemples et, poussant l'analyse plus loin encore, démontrer qu'à peu près toutes les dispositions dont l'ensemble régit un contrat immobilier et qui ont la nature d'obligation ne sont que des applications spéciales ou des combinaisons de principes généraux, qui se trouvent admis ou repoussés par le code fédéral. Celui-ci légifère ainsi sur eux d'une façon quelconque. Il ne resterait finalement plus aucun résidu cantonal dans ce creuset de la chimie juridique, et les réserves de la loi fédérale deviendraient de vains mots. Mais, les institutions du droit ne sont pas

des corps bruts, dont ou puisse ainsi, sans modifications essentielles, désagréger les éléments. Ce sont des êtres organisés dont on ne peut faire l'analyse sans les détruire. Nous verrons plus loin ce que vaut la formule trouvée par nos adversaires pour éviter ce danger.

Créances garanties. Nous avons montré qu'en vertu des articles 337, 198, 414 et 146 du code fédéral toute l'institution des prêts hypothécaires, puis ce qui a trait à la *cession*, à la *délégation* et à la *prescription* des créances pourvues d'un gage foncier, que tout cela demeurait soumis à la législation cantonale. Mr. Schneider, sur les trois premières questions, déclare (pag. 492) que ce sont seulement les dispositions cantonales exclusivement afférentes aux créances garanties immobilièrement qui peuvent subsister à côté du code fédéral, et il se fonde en tout premier lieu sur le principe de l'unité du droit que cette loi se serait proposé de réaliser. C'est évidemment résoudre la question par la question, qui est précisément de savoir si le législateur, ou plutôt le constituant fédéral a voulu absolument consacrer l'uniformité sur ce point. Nous avons déjà dit qu'il était manifeste que cela n'était pas exact dans le sens voulu par le rapport. Quant au texte des articles 198 et 414, sur lesquels ce dernier s'appuie très-spécialement (pag. 492), est-il réellement de nature à lui fournir un argument irrésistible? L'édition allemande déclare, en termes différents mais équivalents, réservés à l'autonomie cantonale les *Bestimmungen* et les *Grundsätze* sur (*über*) la cession et la délégation des créances garanties. Le texte français parle des *dispositions relatives à la cession et concernant la délégation des créances hypothécaires*. Ces expressions, tant allemandes, que françaises peuvent si non doivent fort bien s'entendre de l'ensemble des prescriptions, même de nature générale, existant ou à venir sur la matière. D'autre part, le texte de l'article 337, sur lequel le rapport n'insiste pas, est encore plus décidément en notre faveur, soit dans l'édition allemande, soit dans celle française du code. Les termes de *für grundversicherte Darlehen* et de *dispositions de droit cantonal sur les prêts hypothécaires* sont aussi larges que possible. Ils désignent l'insti-

tution toute entière des prêts hypothécaires, et il serait artificiel de la disséquer pour en soumettre les parties à diverses lois.

Mr. Schneider semble un peu moins sûr de sa doctrine à propos de la *prescription* des créances garanties. Il la maintient, cependant, malgré les termes on ne peut plus nets sur ce point du code fédéral. Les voici: *La prescription des créances hypothécaires et d'autres qui sont régies par le droit cantonal n'est pas soumise aux dispositions de la présente loi.*“ Cet article 146 est le premier sur la matière. Il exclut nettement l'invocation de tous les suivants sur le terrain réservé. Toutefois, Mr. le Rapporteur conclut en déclarant, entre autres, les articles 150 et 154 applicables aux créances garanties, sauf le cas de dispositions dérogatoires dans les codes cantonaux! Ici réellement, il ne nous paraît pouvoir subsister aucun doute. La théorie adverse est en défaut d'une façon évidente. La loi fédérale dit: „Je ne suis pas applicable.“ On la déclare telle malgré cet ordre formel, et l'argument principal que l'on donne est tiré de la *volonté de législateur!*

Il y a encore un autre article que ni Mr. Schneider ni Mr. Haberstich ne citent à propos de la question, et qui en aurait cependant valu la peine: c'est le 105, dont le premier alinéa est relatif à la perte du titre et dont voici le deuxième: „*Il n'est pas préjugé par le présent article aux dispositions concernant l'annulation des lettres de change, des titres à ordre ou au porteur, ni dérogé aux dispositions des lois cantonales sur le mode d'extinction des créances hypothécaires.*“ Ce texte français, pour le dire en passant, n'est pas tout à fait conforme à celui en langue allemande; mais, sur le point qui nous préoccupe, ils sont tous deux positifs et montrent le prix attaché à laisser intact tout ce qui a trait à l'extinction des créances hypothécaires.

Nous aurions aimé à voir citer et discuter dans le rapport également un autre article, car il dissipe les derniers doutes, s'il pouvait encore en rester en matière de prescription. Nous parlons de l'article 130 du code fédéral. Il figure dans les *dispositions générales* du titre III de *l'Extinction des obligations*, dont la *prescription*, avec l'article 146, forme le Nr. V. Cet

article a la forme française que voici: „*Il n'est point préjugé, par les dispositions qui suivent à celles qui concernent spécialement les lettres de change et les titres à ordre ou au porteur, ni dérogé aux dispositions relatives aux créances hypothécaires.*“ Comment, après ces précautions réitérées du législateur, soutenir que les articles de la prescription s'appliquent aux créances réservées!! — Non, pourquoi ne pas en convenir? Le code a voulu que tout ce qui a trait à celles-ci restât soumis aux lois cantonales, et non pas seulement ce qui se rapporte à la constitution des hypothèques et à l'organisation des priviléges fonciers, mais aussi les règles de pur droit d'obligation qui régissent la cession, la délégation et l'extinction par un mode quelconque des créances en question. Les articles 414 et 146 sont purement énumératifs, nullement limitatifs. Ils ne souffrent aucun raisonnement *a contrario*, surtout pas à côté de la réserve générale de l'article 130. L'on ne peut donc profiter de ce que les auteurs du code n'ont pas cru nécessaire d'en exclure partout l'effet dans la matière réservée pour revenir sur leur volonté manifeste.

Nous avons montré que les textes législatifs sont avec nous, et nous pourrions encore ici faire valoir la considération que l'organisation hypothécaire des cantons où la cession d'une créance garantie doit être transcrise pour être valable pourrait être entamée si l'on admettait la thèse contraire à la nôtre. Ainsi, il serait peut-être difficile, dans le système de la transcription, de suivre à la lettre les articles 18 et suivants du code sur l'erreur, le dol et la crainte, ainsi que les 36 et suivants sur les contrats conclus par représentants.

Abandonnons maintenant cette discussion de détail, et prenons la question d'une manière générale, mais toujours en ayant spécialement en vue les deux points sur lesquels nous nous sommes arrêté:

Nous pouvons résumer notre opinion comme suit: Les réserves du code s'étendent même aux relations juridiques d'obligation d'une espèce générale qui, réunies à d'autres dispositions plus spéciales, constituent le droit applicable à chaque institution réservée, comme l'achat immobilier, la cons-

titution des créances hypothécaires, leur cession, leur prescription. Il y a donc lieu de faire, non pas comme le voudrait le rapport une délimitation dans le sens de la profondeur, mais une démarcation latérale dans celui de la surface. La détermination des terrains respectifs des deux législations sera ainsi beaucoup plus facile à établir. Il pourra cependant subsister quelques difficultés: nous n'en disconvenons pas. Ainsi, nous avons quelque peu hésité à propos de la portée à l'égard des points réservés de la section du code intitulée: *De la capacité requise pour contracter*, et comprenant les articles 29 à 35. Nous avons fini par reconnaître à cette série de prescriptions une application générale, ainsi même aux matières demeurées cantonales. Pourquoi? Parce que ces règles, conformes à la prescription formelle de l'article 64 de la constitution fédérale, reproduction ou conséquence de celles de la loi fédérale sur la capacité civile, et d'ailleurs fort mal placées dans le code, au début duquel elles devraient figurer, valent, d'après leur nature et la volonté du législateur, pour tous les contrats. — Il y aura toujours, d'après nous, un certain travail à faire pour séparer dans les cas douteux les deux compétences législatives; mais il sera moins difficile que dans l'opinion opposée, et les articles litigieux seront réduits à un fort petit nombre.

Nous ne nions, d'ailleurs, pas le principe que, lorsque le législateur fédéral disposait sur les offres, les causes viciant les conventions, sur les contrats conclus par représentants, sur l'effet, l'extinction et les modalités des obligations, il adoptait des règles valables pour tout ce qui rentrait naturellement sous l'empire de la loi des obligations. Ce que nous prétendons, c'est qu'en adoptant les clauses de réserve des articles 231, 337 etc., du code, l'auteur de la loi a lui-même établi des exceptions à ses propres principes généraux et cela à raison de l'affinité intime existant entre les dispositions générales et celles spéciales sur certaines institutions, ou, si l'on veut, à cause de l'unité de ces dernières, unité reconnue par les termes mêmes de la loi fédérale, et indiquée dans la constitution.

Nous avons déjà répondu à l'argument, souvent répété contre nous, et consistant à s'exclamer sur l'impossibilité de laisser coexister deux droits d'obligations. Nous pourrons aller plus loin et démontrer que, dans certains cas, il y aura, non seulement désaccord, mais *conflit* entre les législations fédérale et cantonale. Cela arrivera ainsi chaque fois que le droit a pour but de déterminer les effets l'une sur l'autre, ou le sort respectif de deux créances, l'une simple et régie par la législation fédérale, l'autre garantie immobilièrement et soumise aux lois cantonales. Prenons le cas de l'imputation des paiements, et supposons que le débiteur de ces deux dettes du même montant et dues au même créancier paie la somme sans dire laquelle il entend acquitter. En vertu de l'article 130, si l'on considère la créance hypothécaire, on appliquera le droit cantonal et suivant l'article 1256 du code français en vigueur à Genève, par exemple, on déclarera éteinte la créance garantie que le débiteur avait le plus d'intérêt à payer. D'après l'article 101 du code des obligations, et si l'on envisage la dette simple, elle sera présumée remboursée comme étant celle présentant le moins de garantie pour le créancier. L'on pourrait trouver d'autres cas de semblables antinomies, et faire remarquer que les mêmes créances pourraient être traitées différemment à toute sorte d'égards, selon qu'elles seront ou non pourvues d'hypothèque. Mais, qu'est-ce que tout cela prouverait? Rien, si non qu'il est absolument impossible d'accorder d'une façon complètement satisfaisante deux législations privées sur le même ordre de matières. C'est là un mal auquel il faut se résigner en Suisse actuellement. Les auteurs du code ont parfaitement vu ces inconvénients inévitables d'une situation transactionnelle, non seulement dans l'ordre d'idées qui nous occupe, mais aussi à d'autres points de vue. Par exemple, la commission du Conseil national constate l'abandon aux cantons de ce qui a trait à la preuve des conventions „quelque grave, dit-elle, que soit l'atteinte portée ainsi au principe que les contrats ne sont soumis à aucune forme particulière en regard des difficultés auxquelles se heurtera la preuve de ces con-

„trats, grâce à la bigarrure de nos législations cantonales“ (*Feuille fédérale*, 1881, I, pag. 195.).

Mais, laissons le côté purement juridique de la discussion et suivons à celle-ci au *point de vue de l'avantage pratique*:

Nous avons, bon gré mal gré, à fixer la limite de deux législations, qui sont nécessairement en contact sur un point ou sur un autre. Ne vaut-il pas beaucoup mieux le faire d'une façon aussi tranchée que possible, de manière à éviter des complications fréquemment inextricables? N'est-il pas préférable, par exemple, de laisser toute entière la vente d'un immeuble, ou la constitution d'une obligation hypothécaire sous une même loi, la loi cantonale, plutôt que *d'obliger* le juge à ouvrir deux codes pour décider de la question, celui d'un canton pour en apprécier le côté de droit réel, et le code fédéral pour liquider une imputation de dol ou d'erreur? Certes, il est en soi regrettable qu'il y ait en Suisse deux espèces de lois privées; il est fâcheux, par exemple, que la prescription du droit personnel attaché à une créance hypothécaire soit soumise à d'autres règles que celle d'une obligation dépourvue de gage immobilier. Mais, ces deux affaires ne se présenteront pas intimement unies devant le tribunal. Elles resteront distinctes; tandis que, dans l'opinion de nos adversaires, le juge serait absolument contraint à appliquer deux législations aux deux parties *d'une même affaire*. Or, il est beaucoup moins tolérable de soumettre un procès unique à deux droits différents que de les invoquer l'un après l'autre dans deux cas successifs, y eût-il même une certaine contradiction en ce faisant. Voit-on bien la complication qui découlerait de la thèse adverse, ne fût-ce qu'au point de vue du recours au Tribunal fédéral? Nos adversaires, qui ont le droit contre eux, se heurtent également aux besoins de la vie juridique.

III.

Critique spéciale des théories opposées.

Jusqu'ici, nous n'avons fait, en quelque sorte, que garder la défensive. Nous avons supposé chez nos contradicteurs un système logique, bien lié, celui consistant à dire que les dispositions du code *d'espèce générale* sont venues remplacer celles des lois cantonales offrant le même caractère, et cela *sans accorder aucune importance décisive, ni à la place des prescriptions dans les codes, ni aux manifestations ou à l'absence de manifestation de la législation cantonale*. La théorie adverse, ainsi esquissée, pouvait se défendre, mais à condition d'insister constamment sur la nature générale ou spéciale des règles de loi dont il s'agissait de déterminer le rôle, et en ne se préoccupant d'autres considérations que d'une façon secondaire. Malheureusement pour notre étude, qui va s'allonger, nous avons lutté contre un fantôme. La théorie raisonnée que nous avons supposée n'existe pas historiquement en Suisse, à notre connaissance. En revanche, nous en avons deux autres, moins extrêmes, moins conséquentes, et à cause de cela moins redoutables.

Prenons d'abord l'offensive contre la véritable thèse de Mr. Schneider, prise dans son ensemble. Le rapport ajoute constamment à l'affirmation de la portée étendue des dispositions du code fédéral, qu'elles soient d'ailleurs placées ou non dans les premiers livres du code, cette restriction considérable: *à moins qu'il n'y ait dans les législations cantonales des prescriptions modifiant exceptionnellement le droit commun à l'endroit de la matière réservée*. Comme cela ne peut être contesté, nous nous abstenons de citations et nous bornons à renvoyer aux pages 487, 490 et 491 du rapport et à ses thèses finales. S'il y avait la moindre hésitation ou contradiction sur ce point de fait nous l'établirions sans peine. En somme, aucun doute véritable. D'après Mr. le Rapporteur, *il faut*, mais *il suffit* qu'une loi cantonale contienne des dispositions de nature quelconque, mais visant spécialement les contrats immobiliers ou les créances garanties foncièrement pour que

ces clauses subsistent à côté du code fédéral. Cela étant, la théorie du rapport s'effondre complètement, ou, si l'on préfère, aboutit à un résultat diamétralement opposé à celui voulu par son auteur, et absolument bizarre en soi. Voici comment: Les cantons se divisent en trois groupes selon qu'ils ont légi-fér^é ou non à l'occasion de la promulgation du code fédéral, et qu'ils l'ont fait dans un sens unitaire ou particulariste. Quant à ceux qui n'ont pas rendu de loi, M. Schneider doit évidemment se placer au jour de l'entrée en vigueur du code et déclarer abrogées les parties des lois cantonales qui, d'après l'économie des recueils où elles se trouvent, sont applicables à tous les contrats, immobiliers et mobiliers, à toutes les cessions de créances, garanties ou non. En deux mots, il doit proclamer l'abrogation de tout le droit commun cantonal des obligations. Il ne saurait y avoir de réfutation à cet égard: Telle est bien la portée des thèses et du contenu du rapport: Mais elle est tout autre envers les Etats qui ont consacré à nouveau leurs anciennes dispositions cantonales dans le domaine réservé. *Nous demandons comment Mr. le Rapporteur pourra éviter de voir dans les prescriptions ainsi animées d'un nouveau souffle de vie cantonale des dispositions spéciales aux ventes immobilières, aux créances garanties, etc.?* Il lui est impossible d'échapper à cette conclusion. Dès qu'il y a une loi introduisant des règles spéciales à ces matières, l'on a réalisé tout ce qu'il a déclaré lui-même suffisant pour forcer à respecter le droit cantonal. En vain, tenterait-il de faire, après coup, une différence entre les règles législatives générales par leur nature et celles spéciales aux institutions réservées. Le rapport ne fait pas cette distinction, qu'il côtoie quelquefois sans l'aborder. Il ne dénie nulle part aux cantons le droit de dire quelles dispositions de leur loi ils entendent supprimer en les traitant de clauses générales ou de droit commun, quelles autres ils veulent conserver comme spéciales aux contrats soustraits à l'action du code fédéral. Il leur reconnaît bien plutôt implicitement et absolument cette faculté. Et Mr. Haberstich paraît avoir exactement la même conception. Ce qui est absolument certain c'est qu'aucun de nos deux collègues d'Argovie ne

tente même d'établir une distinction fondamentale, objective et tirée de la nature même des choses, entre les deux espèces de dispositions législatives, les unes abandonnées, les autres échappant absolument à l'autonomie cantonale. C'est, cependant, ce qu'ils auraient dû faire, pour rester sur un terrain solide. Ils s'en sont complètement abstenus. Nous retenons cette circonstance comme un argument puissant en faveur de nos conclusions. Et d'ailleurs, un essai de délimitation de leur part ne nous eût nullement embarrassé, car il aurait mis en relief l'impossibilité d'y réussir. La démarcation, qui se conçoit théoriquement aurait été extrêmement malaisée à tracer, par la raison qu'une règle générale appliquée à la place d'une autre à une matière particulière devient une règle spéciale à cette matière. Ainsi une disposition de l'ancienne législation vaudoise commune de la prescription, appliquée à celle des créances hypothécaires, devient une règle de droit exceptionnel pour cet objet. Oserait-on, pour éviter cette conséquence inévitable, interdire aux cantons de transformer en légiférant leur ancien droit commun en droit spécial, même quand, ce qui peut fort bien arriver, ce droit commun aurait été dans l'origine adopté précisément en vue de telle ou telle des institutions réservées? Irait-on jusqu'à priver les Etats d'un droit que le code fédéral leur donne dans tous les articles soumis à notre étude, d'un droit qu'aucun auteur à notre connaissance, pas même Mr. Schneider, n'a encore été jusqu'à contester, et que Mr. Hafner, comme nous le verrons tout à l'heure, a reconnu formellement? Nous ne le croyons pas. En tout cas, le rapport ne nous éclaire pas sur ce point capital, *et qui est le noeud de notre réfutation.*

Est-ce que peut-être l'on pourrait chercher une issue d'un autre côté? Nous nous sommes nous-même demandé s'il serait praticable d'échapper au moins à la contradiction entre le résultat des thèses du rapport pour les deux groupes d'Etats. Il semble bien curieux, au premier abord, que même dans une théorie erronnée, le simple fait d'une loi confirmatoire adoptée par les cantons puisse changer la situation du tout au tout et cela à l'égard d'un même ensemble de dispositions.

Serait-il permis de soutenir que les autres s'étant abstenus de légiférer conservent, d'après les thèses de M. Schneider lui-même, à cause de la forme qu'il leur a donnée, leur ancien droit général dans les matières réservées? Non, parce qu'il faut s'attacher au fond plutôt qu'à la forme de cette théorie. En définitive, ou bien Mr. le Rapporteur revient par un chemin détourné à nos opinions pour les deux groupes de cantons, ou bien il est contraint d'aboutir à un résultat contradictoire et absolument inadmissible, c'est-à-dire au remplacement par le code fédéral du droit général des obligations pour les cantons qui n'ont pas légiféré, et au maintien *de ce même droit* pour ceux qui l'auraient consacré à nouveau.

Ainsi, chose étrange! les thèses du rapport sont des boîtes à surprise, et, quand on les presse un peu, il en jaillit brusquement le diable cantonaliste, que l'on avait voulu chasser complètement. Elles aboutissent au résultat que les cantons, en prenant simplement la peine de légiférer, peuvent annihiler la volonté prêtée au code fédéral et conserver toutes leurs lois pour régir les enclos réservés. Le caprice et la bigarrure régneraient ainsi dans la législation suisse, ce qui serait mille fois pire que ce qui existerait selon nous. Nous n'avons pas besoin de faire observer que nos conclusions sont beaucoup moins cantonalistes. Les Etats peuvent, à notre avis, disposer comme ils l'entendent sur les points réservés, *mais à la condition de rester dans les limites tracées par le sens des différents articles du code que nous avons soumis à examen.* Une loi qui empièterait sur le terrain fédéral serait considérée comme inconstitutionnelle par le tribunal fédéral. C'est le cas probablement de certaines des lois cantonales déjà rendues. A l'absence réelle de toute délimitation qui résulterait, en dernière analyse, des thèses du rapport, nous substituons une démarcation fondée à la fois sur l'histoire de la loi, sur la théorie, sur la nature des choses, et sur les besoins de la pratique.

Nous devons maintenant nous attaquer à une opinion intermédiaire, qui paraît à premier examen fort sage, et qui est celle de Mr. le Juge fédéral Hafner (*Das schweiz. Obl-*

gationenrecht, Einleitung, XVI). D'après ce jurisconsulte distingué, les cinq premiers titres du code fédéral, d'une nature générale, seraient, sauf les exceptions formelles y contenues, applicables même aux achats immobiliers: le reste du droit sur cette matière demeurerait cantonal. Mr. Hafner ne présente pas là, d'ailleurs, cette théorie comme valable pour les institutions réservées en général. Il faut, croyons-nous, pour saisir sa véritable pensée, voir ce qu'il dit sous chacun des articles les concernant. A propos de la prescription des créances garanties, il réfute (pag. XVI) l'opinion de Mr. Haberstich, en citant le texte, suivant lui absolument péremptoire, de l'article 146, troisième alinéa. Mr. Hafner est donc de notre avis sur ce point. Il l'indique nettement dans son commentaire de l'article 146, en disant des créances définies au troisième alinéa: „Hinsichtlich dieser Ansprüche bleiben also „*die allgemeinen und besonderen kantonalen Vorschriften über „Verjährung in Kraft.“*“ Mr. le Juge fédéral n'a rien de topique sous les articles 198 et 414 relatifs à la cession et à la délégation des mêmes créances, ni sous l'article 523, traitant du contrat d'entretien viager. A propos de l'article 890 sur les vices rédhibitoires, le savant auteur dit que, si la législation cantonale n'a aucune disposition en la matière, il faut appliquer les articles 243 et suivants du code fédéral. Nous nous rattachons à cette opinion, en faisant remarquer que le cas réellement difficile est celui où les lois cantonales ont des prescriptions dont il s'agit de déterminer le cercle d'action. Enfin, sous l'article 337 visant les prêts hypothécaires, Mr. Hafner émet cette opinion, que nous retenons précieusement parce qu'elle est absolument conforme à celle que nous avons présentée comme découlant irrésistiblement des thèses de Mr. Schneider: „Die kantonalen Bestimmungen, welche „für das grundversicherte Darlehen *besondere Vorschriften ent halten*, bleiben also, soweit sie von den Art. 330—336 dieses „Gesetzes abweichen, in Kraft. *Indessen steht den Kantonen, welche solche Spezialbestimmungen für das grundversicherte Darlehen bisher nicht besassen, sondern letztere den allgemeinen Regeln unterwarf*en, auch das Recht zu, diese allgemeinen Regeln fort-

, „bestehen zu lassen. Nur muss diess natürlich in Gesetzesform geschehen.“ (C'est nous qui soulignons ici.) L'auteur ajoute que, dans le manque de dispositions cantonales, celles du titre X du code déploient leur effet sur le prêt immobilier. Ainsi, en cette matière importante, il partage entièrement l'opinion de Mr. Schneider, et donne prise, par conséquent, à toutes les critiques adressées à ce dernier. Mais ce n'est pas tout. De deux choses l'une: Ou bien Mr. le Juge fédéral fait du principe, dangereux pour lui, posé sous l'article 337, une règle générale pour les institutions réservées, et alors sa thèse se confondrait sur tous les points avec celle de Mr. Schneider. Ou bien, il ne maintiendrait son opinion sur l'étendue de la compétence cantonale qu'à propos des prêts hypothécaires, et dans ce cas la solution serait en contradiction avec son opinion en matière de vente immobilière. L'on ne voit, en effet, aucun motif pour abandonner davantage aux cantons dans le domaine de l'article 337, qui dit seulement: „*Il n'est pas dérogé aux dispositions du droit cantonal sur les prêts hypothécaires,*“ et beaucoup moins sur le terrain de l'article 231, qui a cette disposition impérative: „*Les ventes d'immeubles sont régies par le droit cantonal.*“ Il s'impose même un raisonnement *a fortiori* à raison de la nature comparative des deux institutions. Les cantons peuvent incontestablement légiférer dans les ventes d'immeubles sur tous les points où ils peuvent le faire en matière de prêts hypothécaires. — Nous estimons donc que la thèse de Mr. Hafner posée à la page XVII de son Introduction, le seul endroit dont parle le rapport, est singulièrement chancelante au regard de sa note sous l'article 337. Il est ramené inexorablement à l'opinion déjà réfutée, qui abandonne aux cantons pied et poing liés le droit des obligations, et cela avec la sincère volonté de le sauvegarder mieux que ceux qui partagent nos vues!

Nous ne nous en tiendrons pas à la mise en relief de cette contradiction dans les résultats, et de cette autre absence d'accord entre l'opinion émise par l'auteur en ce qui touche les achats immobiliers et celle figurant sous l'article 337. Supposons que Mr. Hafner ait évité de glisser sur la

pente cantonaliste et qu'il se soit borné à affirmer la théorie de la page XVI. Nous allons la combattre en elle-même, telle que le jurisconsulte zurichois la généralise à la page XXIII.

Au premier abord, cette opinion moyenne paraît judicieuse et conforme à la volonté des législateurs fédéraux. A ceux-ci, est-on tenté de dire, appartenait le droit de déterminer les dispositions qu'ils considéraient comme d'une application générale, et celles auxquelles ils n'entendaient réservé qu'une portée spéciale. Ils l'ont fait en adoptant dans les premiers titres du code des prescriptions générales par la nature même des institutions traitées, et dans les derniers des dispositions spéciales toujours à raison de leur objet. On ajoute que les seules exceptions à admettre en faveur de l'autonomie cantonale dans la partie du code envisagée comme générale sont celles qui y sont expressément édictées. Nous pourrions renouveler contre cette doctrine la plus grande partie des objections déjà formulées, en relevant particulièrement celle tirée de l'article 64 de la constitution. Ensuite, nous objectons que le code n'est nullement divisé en deux parties, l'une générale, l'autre spéciale, mais bien en un certain nombre de titres sans autre classification. La thèse combattue, qui repose sur une distribution de matières, n'a donc pas de solide point d'appui, pas même à ce point de vue. Nous nous demandons même pourquoi le commentateur du code place tantôt le titre V dans la partie générale de cette loi et pas le VI (voir page XVI) et tantôt les y réunit tous deux formellement, au point de vue justement de la question discutée (voir pages XII et XXIII). Puis, nous pouvons démontrer que la ligne de séparation proposée conduit à des anomalies. Restons, par exemple, sur le terrain des achats immobiliers choisi par Mr. Hafner lui-même. La question des *conditions* est traitée dans le titre IV du code intitulé *Des modalités des obligations*. L'article 231 sur les achats immobiliers est placé dans celui de la *Vente et de l'Echange*. Il en résulte qu'aux yeux de Mr. Hafner l'article 1117 du code vaudois, par exemple, serait forcément abrogé par le code, malgré l'importance, déjà signalée, de cette disposition dans l'organisation de la propriété immobilière,

et cela parce que pour l'auteur la restriction de l'article 231 n'élimine des achats d'immeubles que les dispositions générales du titre VII. Ce résultat n'est-il pas absolument inadmissible? Serait-il possible, cependant, de s'y dérober? Pourrait-on répondre que l'article 1117 subsisterait à cause de sa place dans le titre vaudois de la Vente? Nous contesterions absolument le bien-fondé de cette réponse. La théorie de Mr. Hafner ne tient absolument aucun compte de la distribution des matières dans les codes cantonaux, mais seulement dans l'œuvre fédérale. Il n'a pas davantage égard à la nature des prescriptions en elles-mêmes et s'est lui-même condamné à s'en tenir au critère de l'ordonnance du code des obligations. Aurait-il raison de prétendre que les articles 171 et suivants sur les *Obligations conditionnelles* n'ont pas en eux-mêmes, dans sa théorie, de portée en matière immobilière? Ce serait encore mal répondre selon nous. Les prescriptions citées règlent les conditions en les supposant sans restriction permises, sauf disposition contraire du code. Or, celui-ci repose incontestablement sur le principe qu'il est loisible d'adopter les stipulations que la loi ne défend pas. Donc, si le titre IV vaut pour les achats d'immeubles, il autorise les conditions prohibées par le code vaudois. Mr. Hafner serait moins que tout autre autorisé à contester cette conclusion, lui qui, à la page XXI de son Introduction, établit fort bien que le code fédéral abroge même les dispositions cantonales avec lesquelles il est d'accord, même celles qu'il ne contredirait pas formellement, et qu'en quelque sorte il règne seul sur le terrain compris dans ses propres limites. Il y a là-dessus un passage absolument net à la page XXII. La conséquence de l'opinion du savant auteur en matière de conditions dans les contrats immobiliers est donc solidement établie. Et ce n'est là qu'un exemple entre plusieurs. — Ce n'est pas tout: La théorie combattue est inconséquente, comme le dit le rapport (page 491). L'on ne voit pas pourquoi les dispositions générales des articles 241, 244, 265 du titre de la Vente ne seraient pas aussi applicables aux aliénations immobilières que d'autres du commencement du code sur l'erreur et le dol, avec lesquelles les pre-

nières sont en relation naturelle. Il y a entre les règles sur les contrats spéciaux et celles plus générales de la première partie du code une étroite dépendance dans beaucoup de cas, et l'on pourrait être conduit à des complications inextricables en voulant appliquer les unes et pas les autres à la même affaire.

En résumé, nous rejetons la théorie de Mr. Hafner pour toutes les raisons déjà avancées à l'appui de la nôtre, et par un groupe de considérations qui peuvent se condenser en celle-ci, c'est qu'il accorde une importance démesurée à la situation dans le code des obligations des dispositions en litige. Il fait une tentative toute formaliste dans son principe pour vider la question. Or, ce que la situation réclame impérieusement est une délimitation objective, ne tenant compte que des règles légales elles-mêmes, et seulement de leur place dans le code en la mesure où cela précise leur signification. La théorie critiquée n'a donc que l'avantage d'indiquer assez nettement au juge où il doit prendre les motifs législatifs de sa sentence, mais cela au prix des graves inconvénients signalés.

Au surplus, si l'on voulait adopter un critère pris uniquement dans l'ordonnance des lois, il faudrait renverser la proposition du commentateur, et envisager comme remplacées par celles d'une partie quelconque du code fédéral les dispositions placées dans les parties générales des lois cantonales: celles qui figureraient dans leurs chapitres spéciaux sur la vente, la cession des créances, etc., seraient considérées comme respectées par le code, sauf dérogations formelles de celui-ci, bien entendu. Ce système ne serait nullement parfait, mais il serait plus solide et mieux d'accord avec la large conception qu'a Mr. Hafner de l'autonomie cantonale. Nous croyons qu'à ce point de vue de forme, qui n'est pas le nôtre, il y a autant et même plus de motifs d'après le droit constitutionnel fédéral pour s'attacher à l'ordonnance des législations cantonales qu'à celle du recueil fédéral, et, encore ici, nous signalons l'important passage du savant magistrat sous l'article 337. — D'après la théorie que nous imaginons d'ailleurs unique-

ment pour mieux combattre celle qui nous est opposée, l'article 1117 du code vaudois serait considéré comme demeuré en vigueur, aussi bien que d'autres dispositions, dont l'exigence de la théorie et de la pratique réclament le maintien sous l'autonomie cantonale. Mr. Schneider sans démêler suffisamment la théorie de Mr. Hafner d'avec celle que nous avons forgée pour un instant, cite à la page 492 un fait de nature à montrer combien le critère tout extérieur qu'elles offrent toutes deux est peu sûr: c'est la circonstance que les lois cantonales placent les dispositions sur la garantie en matière d'aliénation tantôt dans le droit de vente, tantôt dans leurs parties générales. Enfin, il nous paraît évident qu'en adoptant l'idée de Mr. Hafner comme règle générale de délimitation on n'a réellement pas résolu les principales difficultés. Il a bien soin, en effet, de réserver les exceptions formelles que les premiers titres du code pourraient statuer à son principe. C'est le cas très-spécialement des articles 146 et 198, et nous sommes peu renseignés sur la chose importante, qui est l'étendue de ces dérogations; ou plutôt, car nous nous trompons, nous le sommes sur l'article 146, mais d'une manière que nous estimons peu d'accord avec la thèse générale du commentateur du code.

Nous avons suffisamment indiqué les raisons qui nous font répudier les idées de MM. Hafner et Schneider. Notre opinion est que, pour opérer la démarcation, il faut se pénétrer du sens des mots et de l'union qu'il y a entre les choses, écarter toute distinction arbitraire entre dispositions générales et dispositions spéciales, entre clauses de l'une ou de l'autre partie de la loi. L'on arrive ainsi à poser en principe que les cantons ont le droit de légiférer comme ils l'entendent *sur les matières réservées*, même contrairement aux règles du code, quitte à respecter la section intitulée *de la capacité requise pour contracter* (art. 29—35). D'autre part, les Etats n'ont pas le droit de faire échec au code fédéral *en dehors des matières réservées*. Pour savoir s'ils commettent ou non un empiètement, il faut faire rentrer dans les institutions exceptées ce qui en fait naturellement partie et laisser le

reste en dehors. *Ainsi, dans toute la Suisse le même rapport de droit sera uniformément placé sous l'empire du code, ou sous celui des lois cantonales, malgré toute volonté contraire de celles-ci. Cela n'aurait pas lieu dans les théories combattues, puisque, suivant elles, le fait de l'existence ou de l'absence d'une législation cantonale paralyse ou non l'application du code.*

IV.

Considérations finales.

Nous n'avons pas l'intention d'entrer, à la suite de Mr. Schneider, dans des détails sur les législations cantonales. En effet, il faut, en cette matière, ou bien être complet au prix de longs développements, ou bien se borner aux principes généraux. Le rapport a un caractère intermédiaire ; mais les renseignements qu'il donne paraissent en général exacts. L'on trouverait toutefois quelques erreurs ; ainsi, il parle, à la page 506, d'une loi valaisanne qui aurait été rendue à l'occasion de l'entrée en vigueur du code des obligations. Or, cette loi n'existe pas. La commission nommée en Valais a été *unanime* à proposer de n'en point porter et de se contenter d'un travail n'ayant pas force législative et se bornant à indiquer les modifications intervenues aux yeux de cette réunion de jurisconsultes (page 13 du travail intitulé *Modifications faites au code civil du Valais par les lois fédérales et cantonales, etc.*).

Disons, ensuite, d'une façon générale que Mr. Schneider nous paraît beaucoup trop prompt à compter à son actif les lois récentes qui ont adopté, sur telle ou telle partie du terrain réservé, les dispositions du code fédéral. Il est superflu d'insister pour faire comprendre que des cantons ont souvent pu trouver bon de renoncer bénévolement à cette partie de leur compétence législative, tout en y croyant en principe. En d'autres termes, un Etat a eu et a encore la faculté d'adopter par une loi le code fédéral pour régir des matières demeurées cantonales sans cette mesure légis-

tative. De même que Mr. le professeur Schneider de Zurich, qui a la même théorie générale que nous, nous estimons que certains cantons auraient dû se prononcer dans ce sens en une plus forte mesure qu'ils ne l'ont fait, et que même ils auraient tous dû s'entendre, dans une conférence, pour arrêter une ligne de conduite aussi uniforme que possible. Nous ne devions pas traiter longuement ces questions d'opportunité; il nous fallait rester sur le terrain du droit positif. A ce deuxième point de vue, nous maintenons nos conclusions rigoureusement.

Que va-t-il maintenant se passer? Nous sommes en présence: 1^o de cantons qui ont admis le code sur des points à propos desquels ils n'y étaient point obligés; 2^o de cantons qui ont plus ou moins largement maintenu leurs anciennes règles législatives; 3^o de cantons qui n'ont pas cru devoir légiférer. — Peut-être ces derniers s'y décideront-ils? Mr. Haberstich dit (page 15 de son *Handbuch*) qu'il ne faut pas songer à une mesure législative fédérale de coordination. Nous ne croyons pas que cela fût aussi impraticable qu'il le dit; mais nous pensons aussi qu'il serait peu opportun de réchauffer actuellement la question de la compétence fédérale et cantonale en matière de droit privé. Le Tribunal fédéral ne faillira sans doute pas à son devoir d'apporter une solution quelconque, et nous souhaitons que cela soit dans notre sens. La question de démarcation proprement dite ne se posera que pour les cantons du second et du troisième groupe, et, selon nous, ils seraient traités de la même façon, c'est-à-dire que leurs lois seraient respectées ou déclarées sans valeur, qu'ils aient maintenu expressément ou non leur ancienne législation, suivant la nature des relations juridiques en jeu, et cela d'une manière uniforme dans toute la Suisse. Il en serait autrement, avons-nous surabondamment remarqué, si l'on adoptait la thèse de nos adversaires. D'après elle, il suffirait qu'un Etat ait légiféré d'une manière quelconque, par l'adoption de dispositions générales ou spéciales dans le domaine réservé, pour que le droit ainsi maintenu ou adopté à nouveau soit inattaquable. Nous supplions les juristes de

la Suisse de vouloir bien se pénétrer de cette vérité et de ses conséquences. Si notre manière de voir trouvait faveur, le champ de l'autonomie cantonale serait reconnu assez vaste, il est vrai; mais du moins, et c'est là l'essentiel, le même ordre de questions serait partout considéré comme du ressort de la Confédération, ou des cantons. L'unité de principe, la seule possible en cette matière, serait ainsi réalisée.

Au point de vue pratique, le résultat ne serait pas mauvais. Il vaut mieux reconnaître franchement la compétence, d'ailleurs très-rationnelle, des cantons sur le plus grand nombre de points, plutôt que de risquer de voir les vieux codes que l'on voulait détrôner complètement continuer à faire sentir dans les jurisprudences cantonales leur influence mystérieuse et non avouée, comme, au temps de l'Empire romain, c'était le cas dans les campagnes des divinités du paganisme renversées par le nouveau Dieu.

Avant de terminer, nous devons dire quelques mots d'une question relative aux cantons de la première catégorie, c'est-à-dire intéressant ceux qui ont cru devoir adapter spontanément par acte législatif des dispositions générales ou spéciales du code fédéral aux institutions réservées. Est-ce que cette partie de la législation doit être envisagée comme fédérale ou cantonale? Le rapport ne dit rien sur cette question, que Mr. Hafner résoud brièvement dans la *Zeitschrift für Schweiz. Recht*, neue Folge, 1884, III, pag. 177—178, mais seulement à propos du code des obligations déclaré droit *supplétif* pour les matières réservées dans quelques cantons. L'auteur, partant de l'idée que c'est la volonté des Etats et non celle de la Confédération qui a donné force de loi subsidiaire au code dans un domaine où, sans cela, il n'en aurait aucune, conclut brièvement en disant qu'il est alors devenu loi cantonale. Cette solution nous paraît fort contestable. C'est pour le coup que nous aurions beau jeu à développer la théorie de l'unité de la législation fédérale! Il est impossible de faire abstraction, dans cette question de droit public, de l'état fédératif de la Suisse. Le cas n'est pas le même que celui d'un pays indépendant qui adopte le code d'un autre. Dans

un Etat fédératif, l'on vit de prêts réciproques. De même que la Confédération emprunte souvent les fonctionnaires des cantons en tant que fonctionnaires cantonaux, de même les Etats peuvent adopter la loi fédérale des obligations en lui laissant ce caractère, en une matière surtout où c'est la Confédération qui a le pouvoir législatif principal et le plus étendu. En matière de droit d'obligations, et quoique il y ait eu une sorte de transaction, c'est toujours la compétence fédérale qui est la règle. L'on doit autoriser les cantons à retomber sous cette règle en ne faisant pas usage des exceptions en leur faveur. Et, remarquons-le bien, la question pour le code fédéral accueilli à titre *subsidiare* n'est pas la même que celle du code adopté comme *règle unique* sur les points réservés. L'on serait tenté de soutenir qu'après avoir légiféré cantonalement d'une façon principale un Etat ne peut adopter sur le même objet une loi subsidiaire qui ne serait pas également cantonale. Ce dernier caractère de la loi principale déteint en quelque sorte sur la supplétive. Mais n'est-il pas permis de dire qu'il en est autrement, en tout cas, de la loi fédérale instituée pour faire seule le droit, et cela justement sur un terrain dévolu en tout premier lieu à la législation fédérale? N'y a-t-il pas en sa faveur quelque chose d'analogue au droit d'accroissement en matière de succession quand un héritier fait défaut? La conclusion dans le sens du caractère fédéral nous semble s'imposer encore davantage si l'on pense à l'indécision qui règne encore sur la démarcation des deux compétences législatives. Pourquoi un canton ne pourrait-il pas trancher le doute en faveur du code fédéral comme tel? La Confédération aurait certainement autorisé la chose avec empressement, si la question lui avait été posée. Quant au canton, il aura presque constamment eu cette même pensée. Si donc les deux parties sont d'accord, il est difficile de découvrir une bonne raison pour brider leur volonté. En tout cas, il est évident que c'est en premier lieu celle du canton qui détermine l'adoption du code fédéral. Cela n'est pas douteux. La question est de savoir si l'Etat peut le faire la loi restant fédérale, et cette question n'est nullement sub-

ordonnée à la première. Nous concluons donc contre Mr. Hafner, en tout cas pour le cas du code déclaré règle unique sur le terrain réservé. La conséquence en sera que le recours contre l'interprétation de ce droit sera en violation d'une loi fédérale, et qu'il pourra être soumis au Tribunal fédéral, en vertu de l'article de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale. Selon l'opinion combattue, sauf circonstances extraordinaires, et quelle que fût la valeur du litige, il n'y aurait aucune possibilité de se pourvoir auprès de la haute instance fédérale. On pourrait voir alors, selon les cantons et les matières, la même difficulté sur l'interprétation *du même* article de loi tantôt donner lieu à un recours au Tribunal fédéral, tantôt ne pas l'autoriser. C'est bien alors qu'il y aurait un curieux dualisme !

S'il faut, avant de poser la plume, dire toute notre pensée, nous avons été étonné de voir dans les travaux de MM. Hafner (p. XXII) Haberstich (*passim*) et Schneider (p. 527) l'expression plus ou moins accentuée de l'idée que l'absence de nette démarcation entre les législations fédérale et cantonale rendrait inévitable une unification plus complète du droit. Mr. Hafner dit même que cette nécessité est *ce qu'il y a de bon* dans les complications qu'il constate. Nous ne sommes absolument pas de cet avis, et, à vrai dire, la question ne nous paraît nullement aussi passionnante, ni même très-importante. Elle peut et doit même intéresser les juristes de profession; mais il ne faut pas s'imaginer que le peuple suisse s'émouvrira en voyant les dispositions du code sur le dol, l'erreur etc., appliquées ou non aux contrats réservés. La question des conditions en matière d'achats immobiliers a plus d'importance, mais les procès là-dessus sont rares. Les tribunaux s'efforceront, d'ailleurs, de se mettre dans leurs décisions en règle avec les deux lois, et il y aura peu de contestations à propos desquelles on verra nettement une contradiction de quelque importance entre les dispositions des deux sources. La question de près paraît énorme; elle devient capitale aux yeux du théoricien; mais la solution ou les solutions qu'elle recevra influeront peu sur la vie ordinaire des citoyens et n'éveilleront pas en

Suisse la centième partie du brûlant intérêt qu'excitera la promulgation des lois sur les poursuites, les droits des Suisses établis etc. Il serait absolument malencontreux, à notre avis, de prendre la question qui nous a servi de thème pour plate-forme d'un mouvement nouveau dans le sens de l'unification du droit, et ceux qui désirent, comme nous, que le progrès législatif fédéral ne s'arrête pas feront mieux d'accélérer de toutes leurs forces la confection des lois de droit privé que la Confédération a le pouvoir de se donner dès aujourd'hui, comme celles auxquelles nous venons de faire allusion et d'autres prévues dans le code des obligations lui-même, par exemple celles sur les vices rédhibitoires du bétail etc. etc. C'est dans cette conviction que nous terminons ce travail.

Nous résumons comme suit nos thèses:

1. Pour les cantons qui n'ont pas légiféré, la totalité de leur droit d'obligations, même de nature générale, est demeurée en vigueur sur les matières réservées, dans la mesure où celles-ci sont définies par le code fédéral, mais pas au-delà. Ainsi la section intitulée *de la capacité requise pour contracter* vaut aussi pour les matières réservées.
 2. Pour les cantons qui ont législativement maintenu leur ancienne législation celle-ci est en vigueur exactement dans la mesure précédente à l'égard des matières réservées.
 3. Pour les cantons qui ont déclaré applicable tout ou partie des dispositions du code fédéral sur le terrain réservé, ces dispositions sont en vigueur à titre de législation fédérale.
-