Document généré le 17 juil. 2025 09:00

Les Cahiers de droit

Les origines du consensualisme en matière de transfert de propriété et des mitigations apportées au principe par le droit civil québécois

Henri Brun

Volume 9, numéro 2, 1967–1968

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1004384ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1004384ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Brun, H. (1967). Les origines du consensualisme en matière de transfert de propriété et des mitigations apportées au principe par le droit civil québécois. *Les Cahiers de droit*, *9*(2), 273–285. https://doi.org/10.7202/1004384ar

Tous droits réservés © Université Laval, 1967

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

Les origines du consensualisme en matière de transfert de propriété et des mitigations apportées au principe par le droit civil québécois

HENRI BRUN *

Notre intitulé tend à délimiter le plus exactement possible le champ de la genèse sommaire que nous nous proposons de faire.

Parler consensualisme, en matière de transfert de propriété, nous reporte à cette section de la théorie des obligations qui précise les effets du contrat d'aliénation. Plus exactement, c'est l'effet du seul contrat de vente qui nous intéresse. Fidèle à l'esprit des canonistes qui ont assuré la promotion du consensualisme, le droit moderne réserve en effet l'application du principe consensualiste aux seuls contrats synallagmatiques. La base du consensualisme ne pourrait résider que dans le lien de causalité qui existerait entre les obligations réciproques d'un même contrat. De sorte que si l'exécution devenait impossible pour une partie, l'autre se verrait automatiquement libérée. A l'inverse, le principe consensualiste perdrait son sens dans l'ordre des contrats unilatéraux, où le seul contractant qui assume des obligations ne se trouve plus protégé par une qualité réciproque de créancier. C'est pourquoi la loi impose à la donation des formalités qui mettent en jeu sa validité, et c'est pour le même motif qu'elle considère le prêt comme un contrat réel, parfait seulement par la remise de ce qui en constitue l'objet.

Or parmi les contrats synallagmatiques, seul le contrat de vente a pour but de réaliser le transfert de la propriété. Et ce but, il est atteint par le seul accord de volonté des acheteur et vendeur, même si sont parfois exigées des formalités de publicité qui ne mettent en jeu que l'opposabilité aux tiers.

* Docteur en droit (Paris), professeur à la faculté de Droit de l'université Laval.

Nous tenterons donc de voir comment s'est finalement imposé le consensualisme en matière de vente, à partir de la négation explicite de l'idée, et en passant par les situations médianes qu'a imposées la pratique ou suggérées la doctrine. Nous porterons ensuite notre attention au retour en arrière qu'opéra le droit québécois, au moment où les efforts de la doctrine française aboutissaient à la consécration du code de 1804 [1]. Tellement qu'en 1866, au moment de la promulgation du Code civil québécois, les codificateurs durent présenter comme étant du droit nouveau l'article 1025 du titre des obligations qui consacrait le principe général du consensualisme [2]. D'ailleurs cette rupture s'exprime encore aujourd'hui dans la distinction retenue par le code québécois entre la vente et la promesse de vente [3], la seconde n'équivalant à la première que si elle s'accompagne de la tradition et de la possession actuelle [4]. Ce n'est qu'historiquement qu'une telle différence entre les codes français et québécois peut s'expliquer [5].

I – Les origines du consensualisme

Nous rappellerons d'abord brièvement l'état du droit romain en matière de transfert de propriété. Ce point de départ se justifie à titre de composante du droit français qui commença à s'élaborer à la suite des invasions barbares; il s'impose surtout en raison de l'influence qu'il exercera vers le XIV[e] siècle sur la transformation des modes de transfert de la propriété en France.

A quelqu'époque que nous nous situions, les auteurs semblent d'accord pour affirmer qu'à Rome, le seul accord de volonté, la seule convention survenue entre deux personnes sont insuffisants à opérer le transfert de la propriété, même à l'égard de ces deux contractants [6]. Pour que la propriété passe d'un individu à un autre, il sera toujours nécessaire, au-delà de l'entente, d'avoir recours à des procédés spéciaux qui ont précisément pour vertu d'opérer ce transfert. Ces opérations juridiques consisteront tantôt en l'accomplissement d'une série de formalités (ainsi en

---

1 *Code civil français*, art. 1138, 1582 et 1583.

2 Art. 1025.

3 Art. 1476.

4 Art. 1478.

5 *Code civil français*, art. 1589.

6 OURLIAC et DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, Thémis, Paris 1961, tome II, p. 261 *seq.*; Gabriel LEPOINTE, *Droit romain et ancien droit français*, Dalloz, Paris 1958, p. 16 *seq.*

est-il pour la *mancipatio* et l'*in jure cessio*), tantôt en l'accomplissement d'un acte de nature matérielle (c'est le cas de la *traditio*).

Outre cette constatation majeure, il nous importe quand même de souligner l'évolution qui s'est opérée au cours des siècles de l'histoire du droit romain, malgré la distinction constamment retenue entre le contrat générateur d'obligations et l'acte juridique qui a pour effet de transférer la propriété.

L'ancien droit romain, dont les prescriptions nous sont principalement livrées par la loi des XII tables, impose toute leur rigueur primitive aux modes rituels de transfert de la propriété. La *mancipatio*, en tant qu'opération du *jus civile*, se trouve à réserver aux seuls citoyens romains sa vertu propre qui est de produire le transfert de la propriété quiritaire des *res mancipi*. Nous nous contenterons de souligner, sans en exposer les détails, le formalisme de ce rite dit *per aes et libram*. Par la voie de l'*in jure cessio*, le transfert de propriété doit se faire en présence d'un magistrat, à l'occasion de ce que les auteurs sont convenus de considérer comme un procès fictif [7]. La *traditio*, enfin, n'exige, comme condition formelle de validité, que la remise matérielle de la chose. Il faut cependant noter qu'il s'agit, dans ce dernier cas, d'un mode de transfert finalement concédé aux plébéiens et pérégrins pour leur permettre de transférer la propriété de choses peu importantes, en l'occurrence des *res nec mancipi* [8].

Par la rigidité du formalisme, ainsi que par les limitations du droit commun, l'ancien droit romain exclut donc radicalement le consensualisme. Et ce qui frappe davantage, c'est qu'en plus d'exclure le transfert de propriété par simple accord de volonté, il semble ne pas reconnaître encore que le droit de propriété lui-même puisse être transféré. Car, à cette époque, l'*accipiens* ne devient pas l'ayant-cause de l'aliénateur, lorsque s'accomplissent les rites dont nous venons de parler. Le droit, qui prend alors naissance en faveur d'un acheteur, est nouveau et sans lien avec celui qu'avait le vendeur [9]. C'est dire que même si la chose a changé de main, il n'y a pas eu en fait de transfert de propriété : c'est un droit de propriété nouveau qui est né.

Il semble en revanche que dans le droit classique, l'usage de l'abstraction et de la fiction se soit suffisamment développé pour que les procédés techniques auxquels nous avons fait allusion soient considérés comme

---

[7] François Dumont, *Cours de droit romain et d'ancien droit français*, Paris 1961 — 2, p. 479.

[8] *Ibidem*, p. 481.

[9] Lepointe, *op. cit.*, p. 16.

translatifs de propriété [10]. La *mancipatio*, en tout cas, fait naître au profit de l'acquéreur un droit de garantie contre l'éviction qu'il peut opposer à l'aliénateur par l'*actio auctoritas* [11]. Ce qui laisse voir que l'acquéreur continue la propriété dont jouissait l'aliénateur.

Ce qui, à l'époque, exprime davantage le progrès de l'idée d'autonomie de la volonté, ce sont les nouvelles méthodes utilisées pour opérer la tradition. Car si la tradition constitue en elle-même un mode de transfert de propriété (*traditio*), elle demeure un élément essentiel des modes formalistes. Or, dans le droit classique, sous l'influence de l'importance grandisante de l'élément intentionnel (*animus*) de la possession, l'on finit par admettre que cette tradition soit feinte ou symbolique et non plus essentiellement réelle [12]. Ainsi en est-il de la tradition *longa manu* qui consiste à indiquer les limites du fonds vendu, à partir d'un lieu élevé. De même pour la remise des clefs, qui symbolise suffisamment la tradition d'une maison. A mesure, donc, que l'idée de possession cesse d'être synonyme d'appréhension réelle ou de maîtrise physique, la tradition l'adopte comme objet. Ce n'est plus tellement la chose elle-même qu'il faut transférer, mais la possession de cette chose. La distinction, en tout cas, devient dès lors importante, du fait que l'on reconnaît que l'élément essentiel de cette possession est d'ordre intentionnel. La possibilité est ainsi offerte de procéder à la tradition autrement que par transfert réel. Pourvu qu'il y ait intention réciproque de posséder et de cesser de posséder, la remise d'un symbole ou même la simulation d'une telle remise suffit à opérer tradition.

Par la suppression de la distinction entre les *res mancipi* et les *nec mancipi*, le droit du Bas-Empire consacre le dépérissement de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio*. La tradition, qui, théoriquement, demeure nécessaire au parfait transfert de propriété, continue à se dématérialiser. Dans l'ordre des traditions symboliques, la seule remise de l'écrit constatant l'accord, suffit à l'accomplir [13]. Mais c'est en fait la pratique des traditions feintes qui promet le plus. Ne reposant pas sur une remise matérielle comme la tradition symbolique, la simulation peut en arriver à se résoudre en une opération quasi intellectuelle, à savoir la rédaction d'une clause. C'est la situation à laquelle atteint la *traditio brevi manu* et la clause de *constitut* possessoire [14], où l'élément matériel de la possession (*corpus*) demeure parfaitement statique. La tradition

---

10 OURLIAC et DE MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 261.

11 LEPOINTE, *op. cit.*, p. 18.

12 *Ibidem*, p. 93; DUMONT, *op. cit.*, p. 494.

13 LEPOINTE, *op. cit.*, p. 86, 7 et 93; OURLIAC et DE MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 269.

14 *Ibidem*, p. 94.

n'affecte alors que l'*animus* de la possession, étant donné que, dans la *brevi manu*, la maîtrise physique de la chose appartenait déjà à l'acquéreur et que, dans le *constitut* possessoire, cette maîtrise reste aux mains de l'aliénateur malgré le transfert de propriété. A ce niveau, les conséquences logiques de la dématérialisation de la notion de possession sont véritablement atteintes.

Au cours de son histoire, le droit romain a donc constamment grugé, au profit de l'élément intentionnel, l'importance accordée au formalisme puis à la tradition. Reconnaître qu'une simple clause, ajoutée au contrat, équivaut à une tradition feinte, pourrait même nous laisser croire que le droit romain est parvenu au consensualisme en matière de transfert de propriété. Car cette clause se trouve effectivement intégrée au contrat d'aliénation. C'est en elle-même, et non en vertu de ce qui y est exprimé, qu'elle opère transfert de propriété. Il semble, malgré tout, que le droit romain ait maintenu une distinction toute théorique, abstraite et purement mentale, entre le transfert de propriété et le contrat de vente, ce dernier ne faisant toujours naître qu'un droit personnel [15]. La confusion subsistait entre la formation du contrat et son exécution.

En accord avec ses origines germaniques, le droit de la période franque retint le même principe général que le droit romain : le transfert de propriété ne peut s'accomplir *solo consensu*, la tradition doit nécessairement le parfaire [16]. Il faut cependant noter qu'il s'agit plus exactement ici du transfert de la saisine. Les notions de possession et de propriété ne sont pas encore distinguées et la notion mouvante et incertaine de saisine [17] en tient lieu.

Or la saisine étant le seul lien juridique pouvant relier un individu à une chose, la tradition devra nécesairement consister en une remise matérielle, qu'elle soit réelle ou symbolique. Procédant par analogie, le droit de la période franque pourra concevoir l'utilisation de symboles, mais jamais il ne pourra atteindre aux traditions « intellectuelles » du Bas-Empire romain, lesquelles impliquaient la dématérialisation d'un droit de possession se développant parallèlement au droit de propriété.

Olivier-Martin nous dit n'avoir pu retracer d'exemples de tradition réelle (*sala*) [18]. Ce qui laisse croire qu'assez tôt la remise d'objets symboliques remplaça celle de la chose elle-même. Et ces symboles y

---

15 DUMONT, *op. cit.*, p. 482.

16 Jean BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris 1937, p. 307.

17 Frs OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la Coutume de la Prévoté et Vicomté de Paris*, Paris, 1922, II, p. 17, 19.

18 *Ibidem*, p. 6.

gagnèrent constamment en abstraction [19]. En tant que partie de la chose, ils représentèrent d'abord la chose elle-même. Ainsi pour la motte de terre ou le morceau de bois. Des objets comme le gant, la baguette ou la flèche (*festuca*), figurèrent la puissance que l'aliénateur avait exercée sur la chose dont il consentait à se départir. L'anneau d'or que l'aliénateur retirait ostensiblement de son doigt pour le remetre à l'acquéreur, symbolisa le désaisinement et l'ensaisinement. Enfin, en arriva-t-on à considérer que la seule remise de l'acte tenait lieu de tradition (*traditio per cartam*) et, par conséquent, complétait parfait transfert de saisine.

A partir du milieu du XII[e] siècle, en raison du contexte féodal, l'investiture seigneuriale s'impose graduellement comme complément à la perfection du contrat d'aliénation. La tradition symbolique conserve ses traits [20], mais l'intervention du seigneur devient nécessaire pour opérer le transfert de la saisine. Il s'agit là d'un élément de droit public, extérieur aux notions que nous avons étudiées [21], mais qui dans l'ordre du consensualisme nous reporte en arrière en imposant une formalité nouvelle au transfert de propriété.

L'investiture seigneuriale se déroule en deux temps. L'aliénateur se dessaisit d'abord entre les mains du seigneur, lequel ensaisine ensuite l'acquéreur [22]. C'est donc dire qu'en plus de l'élément matériel requis pour le transfert de la saisine, il faut désormais réaliser le concours de trois volontés (au XII[e] siècle) ou tout au moins avoir recours à l'intervention d'une tierce personne (à partir du XIII[e] siècle) [23].

En raison de la foi et hommage qui doivent être prêtés par le vassal, l'investiture seigneuriale s'impose pour les fiefs. Quant aux censives, l'explication est moins facile à donner, mais il demeure que sa nécessité ne fait pas de doute. Les « Olims », le « Grand Coutumier » de d'Ableiges, les « Coutumes notoires », cités par Olivier-Martin, nous montrent que même au XIV[e] siècle, l'investiture seigneuriale était encore exigée pour les censives [24]. D'ailleurs, certains motifs pratiques se trouvaient à jouer en faveur d'une investiture seigneuriale la plus étendue possible. D'une part, l'intérêt du seigneur, qui percevait un droit à cette occasion et, d'autre part, la sécurité du public, qui s'assurait ainsi d'une publicité adéquate. Pour les fiefs, l'investiture seigneuriale se déroule en présence de tous les témoins requis pour la foi et hommage,

---

19 BRISSAUD, *op. cit.*, p. 308 à 315.
20 OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, p. 20.
21 *Ibidem*, p. 19.
22 *Ibidem*, p. 12, 13.
23 *Ibidem*, p. 18.
24 *Ibidem*, p. 12.

alors que pour les censives, elle s'effectue devant les officiers du seigneur au cours d'audiences quasi-judiciaires, et se complète d'une inscription dans les registres [25]. Ce sont vraisemblablement là les motifs pour lesquels l'investiture seigneuriale s'étendit au-delà du principe, en ce sens que même dans les cas où le domaine d'aucun seigneur supérieur n'est mis en jeu, l'on préfère recourir à l'investiture d'une autorité supérieure [26]. Une dernière utilité de l'investiture seigneuriale contribuera indirectement à sa perte. L'investiture seigneuriale permet en effet, en raison de la publicité qui l'accompagne, de déterminer d'une façon sûre la date de l'ensaisinement, date qui marque le point de départ du délai libératoire d'an et jour. Parce que la distinction n'est pas encore faite entre la possession et la propriété, ce délai ne peut pas être acquisitif. Mais précisément, à partir du moment où les concepts romains de possession et propriété influeront suffisamment pour altérer la notion de saisine et permettre l'établissement d'une prescription acquisitive basée sur la simple possession, l'investiture seigneuriale apparaîtra comme inutilement lourde [27].

Au XIV^e^ siècle, comme nous l'avons vu, les textes sont toujours formels quant à la nécesité de l'investiture seigneuriale. Pourtant, d'Ableiges nous rapporte une décision du Parlement de Paris de 1372, où il est affirmé que l'investiture seigneuriale est nécessaire pour opérer le transfert de saisine par contrat de vente, mais où il est aussi précisé que l'acheteur aurait également acquis la saisine, s'il avait appréhendé la chose durant an et jour [28]. L'on considère donc que le délai d'an et jour couvre le défaut d'investiture. Ce qui manifeste déjà l'influence du droit romain. Influence que favoriseront les praticiens désireux de promouvoir la patrimonialité des biens seigneuriaux [29].

Dès le XIII^e^ siècle, en effet, les notaires avaient pris l'habitude d'inclure dans leurs contrats de donation une clause de dessaisine-saisine, afin d'exclure tout doute sur le dessaisinement du donnateur. A partir du XIV^e^ siècle, cette pratique s'étendit aux contrats de vente. Et l'on en vint à prétendre que cette clause de style opérait tradition fictive et produisait les mêmes effets que l'investiture seigneuriale [30]. Ce qui revient à dire qu'on avait tendance à considérer l'investiture seigneuriale

---

25 *Ibidem*, p. 11, 12.

26 *Ibidem*, p. 14.

27 *Ibidem*, p. 21 *seq.*

28 D'ABLEIGES, *Le grand coutumier de France*, p. 277, rapporté par OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, p. 25, 6.

29 OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, p. 19.

30 *Ibidem*, p. 32, 3.

comme facultative pour les censives, alors que subsistait pour les fiefs le délicat problème de dissocier l'investiture seigneuriale de la prestation de foi et hommage. Double but qui sera officiellement atteint au début du XVI[e] siècle, ainsi que l'affirme la Coutume de Paris :

> « Ne prend saisine qui ne veut ».

Article que commente Du Moulin en ajoutant :

> « C'est-à-dire son acquisition ne laisse d'être bonne quant à la propriété et possession, combien qu'il ne soit ensaisiné du Seigneur direct »[31].

Il appert donc que l'influence romaine a sérieusement transformé la notion de saisine et que, d'autre part, « le seigneur n'est plus l'indispensable ministre du transfert de droit » [32]. La simple possession de fait transfert la propriété.

Pour aboutir au consensualisme, il reste à voir à quel moment la clause dessaisine-saisine sera considérée comme équivalente à une tradition feinte et, partant, comme suffisante pour accomplir le transfert de propriété. Il semblerait, comme nous l'avons déjà souligné, qu'elle doive en elle-même opérer le transfert, et que, par conséquent, le seul fait de l'admettre, doive équivaloir à confesser consensualisme, puisqu'elle est contenue dans le contrat d'aliénation. Plusieurs auteurs continuèrent cependant à préconiser encore longtemps la nécessité d'une tradition pour rendre la clause effective. Pour des scrupules purement théoriques, l'on hésite à franchir le pas où était parvenu le droit romain, à considérer une clause de constitut possessoire, comme suffisante en tant que partie inhérente du contrat de vente.

II – Le consensualisme et l'origine des déviations du droit québécois

Le commentaire fourni par Du Moulin sous l'art. 56 de l'ancienne coutume de Paris, se contente de nous préciser le caractère facultatif de l'investiture seigneuriale. Il nous dit en somme que le transfert de la saisine-possession peut s'effectuer sans l'intervention du seigneur et suffire à fonder le transfert de propriété. Quant à la nature de ce transfert de possession, quant à la vertu d'une éventuelle clause de dessaisine-saisine, il n'en est point fait mention. Les notes qu'il ajoute sous l'art. 82 de

---

31 Charles Du Moulin, *Les coutumes générales et particulières de France et des Gaules*, Paris, 1615, tome I, p. 4 sous l'art. 56 de l'ancienne coutume de Paris.

32 Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 40.

la nouvelle Coutume, article qui reproduit en son essence l'art. 56 de l'ancienne, précisent cependant que subsiste en son esprit l'absolue nécessité d'une tradition :

> « Saisine est, quand un nouvel acquéreur est ensaisiné et mis en possession de l'héritage censuel, par le seigneur foncier ou censier »[33].

Si le contexte de l'époque le permettait, cette interprétation pourrait presque laisser croire à la contradiction. En tout cas, la nécessité d'une tradition s'y trouve nettement affirmée, tradition qui ne semble pas inclure la clause de dessaisine-saisine [34].

Dès le début du XVII^e siècle, cependant, l'opinion inverse fait jour par l'entremise de Loisel. Au moins trois articles de ses « Institutes coutumières » impliquent que, d'une part, il conçoit que la clause dessaisine-saisine équivaut à une tradition feinte et que, d'autre part, il admet le consensualisme pur et simple :

> « Dessaisine et saisine faite en présence de notaire et de témoins vaut et équipolle à tradition et délivrance de possession » [35].
> « On lie les boeufs par les cornes, et les hommes par les paroles; et autant vaut une simple promesse ou convenance, que les stipulations du droit romain » [36].
> « L'on n'a pas plutôt vendu la chose, qu'on n'y a plus rien » [37].

Et les notes, ajoutées au début du XVIII^e siècle par M. E. de Laurière sous ce dernier article, ne laissent subsister aucun doute sur sa signification :

> « Ainsi parmi nous, dès que vente est parfaite, le domaine de la chose vendue semble être transférée sans tradition (...) et si la même chose est vendue à deux différentes personnes, le premier acquéreur sera préféré au second (...) parce que la tradition faite au second ne pourra ôter le domaine déjà acquis au premier » [38].

D'ailleurs, le seul fait de trouver affirmées chez un même auteur à la fois l'équivalence de la clause à la tradition feinte et l'admission pure et simple du consensualisme, laisse voir que le maintien de la distinction entre le contrat et le transfert de propriété devient pur jeu de l'esprit lorsque l'on admet la tradition feinte par clause. C'est le point de vue auquel parviendra Bourjon dans la seconde moitié du XVIII^e siècle. En ignorant la clause dessaisine-saisine, il admet implicitement que celle-ci fait partie intégrante du contrat d'aliénation et que, par conséquent, ce dernier seul opère parfait transfert de propriété :

---

33 Du Moulin, *op. cit.*, tome I, p. 29.

34 Lepointe, *op. cit.*, p. 271; Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 43.

35 Antoine Loisel, *Institutes coutumières*, 3^e édition, Paris 1846, n° 746.

36 *Ibidem*, n° 357.

37 *Ibidem*, n° 407.

38 *Ibidem*, n° 407.

> « Il faut le concours de trois choses pour former vente et la rendre parfaite; c'est ce concours qui fait sa base : le consentement réciproque des deux parties; la certitude de la chose qui fait l'objet de la vente; enfin, le prix unanimement convenu, forment une vente parfaite dans la thèse générale... » [39]
> « La simple promesse de vendre (...) soit authentiquement, soit sous signature privée, est aussi bonne que la vente elle-même, et vaut réellement vente... » [40].

Et Bourjon de tirer les conséquences logiques de ses opinions en ce qui a trait à la prise en charge des risques de la chose durant le délai possible entre le transfert de propriété et la tradition matérielle [41].

A travers l'évolution constante et cohérente que nous avons décrite, le point de vue de Pothier, exprimé à la même époque que celui de Bourjon, marque une dissention importante quoique isolée. Lorsqu'il parle de principes généraux, Pothier affirme sa foi au consensualisme : le contrat de vente

> « est du nombre de ceux qu'on appelle consensuels; car il se forme par le seul consentement des contractants » [42].

A première vue, cette affirmation ne semble pas permettre l'équivoque. Mais les précisions ensuite fournies par Pothier, nous révèlent que le consensualisme qu'il prétend professer en matière de vente en constitue une parfaite dénégation. Au contrat de vente, qui a pour finalité essentielle de transférer la propriété, il n'abandonne aucune puissance juridique autre que celle, commune à tout contrat, de faire naître des droits personnels. Comme toujours en pareil cas, nous retrouvons une confusion entre la formation et l'exécution du contrat de vente. Ce qui apparaît plus clairement du fait que Pothier en vient à battre en brèche les principes qu'il a précédemment posés lorsqu'il entreprend de discuter de l'exécution du contrat de vente [43]. Traitant alors de la tradition et des différents moyens de la réaliser, Pothier finit par affirmer que :

> « L'effet de la tradition est de faire passer en la personne de l'acheteur la propriété de la chose vendue, pourvu que l'acheteur en ait payé le prix, ou que le vendeur ait suivi sa foi. Le contrat de vente ne peut produire par lui-même cet effet; les contrats ne peuvent que former des engagements personnels entre les contractants; ce n'est que la tradition qui le fait en conséquence du contrat, qui peut transférer la propriété de la chose qui a fait l'objet du contrat... » [44].

---

39 Frs Bourjon, *Le droit coutumier de la France et la coutume de Paris réduits en principe*, Paris, 1770, tome I, p. 459.

40 *Ibidem*, p. 471.

41 *Ibidem*, p. 474.

42 Pothier, *Traité du contrat de vente*, Paris, 1772, vol. I, p. 4, n° 1.

43 *Ibidem*, Vol. I, p. 326 *seq.*, n° 313 *seq.*

44 *Ibidem*, p. 332, n° 318.

Puis il demeure logique, lorsqu'ensuite il assimile la promesse de vente à un contrat dont l'objet consiste à faire et dont l'inexécution ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts. Il considère cependant que, la chose à faire n'étant pas « corporelle et extérieure », la promesse de vente puisse exceptionnellement permettre l'obtention, à titre de succédané, d'un jugement translatif de propriété [45].

Le Code de 1804, en recevant sans restrictions le consensualisme et ses conséquences, marque en fait un point d'arrivée [46]. C'est l'évolution que nous avons constatée à travers Du Moulin, Loisel, de Laurière et Bourjon qui parvient à terme. Et, de ce fait, le caractère incident de la dissidence de Pothier se trouve mis en lumière. Mais, si marginal qu'apparaisse le point de vue de Pothier, celui-ci demeurait pour nous capital pour tenter d'expliquer la nature des solutions auxquelles parvint le droit civil québécois.

Malgré la conquête, l'autorité du droit civil français fut finalement conservée au Canada grâce aux prescriptions sans équivoque de l'Acte de Québec [47]. En 1791, la division de la colonie en provinces du Haut et du Bas-Canada n'eut pour effet de renverser le *statu quo* qu'à l'égard du Haut-Canada à majorité anglophone. Au Bas-Canada, continua de s'appliquer le droit civil français, tel qu'il était apparu à la veille de la conquête, tenant compte de l'évolution marquée par la doctrine et la jurisprudence canadienne.

En matière de consensualisme, le droit bas-canadien se montre d'abord fidèle à ses origines. La jurisprudence de la première partie du XIX[e] siècle conçoit alors que le seul accord de volonté contenu au contrat de vente suffit à opérer le transfert de propriété de l'objet du contrat [48]. Elle endosse ainsi le résultat législatif atteint par le droit français. Or en 1859, nous voyons le plus important des commentateurs du droit civil québécois d'avant la codification, Maximilien Bibaud, s'en prendre aux juges d'origine britannique qui ont tendance à opposer au transfert de propriété au moins un commencement d'exécution du contrat de vente [49]. C'est que Bibaud assiste effectivement à un renversement profond de la jurisprudence : celle-ci renoue progressivement avec

---

45 *Ibidem*, tome II, p. 5, n° 479.

46 *Code Napoléon*, art. 1138, 1582, 1583, 1589.

47 1774, 14 Geo. III, chap. 83, art. 8.

48 *McDouall* v. *Fraser*, (1816), I *R.J.R.Q.* 162.
Hunt v. *Perrault*, (1821), II *R.J.R.Q.* 230.
Bowen v. *Ayer*, (1836), II *R.J.R.Q.* 164.

49 Maximilien BIBAUD, *Commentaires sur les lois du Bas-Canada*, Québec, 1859, p. 154.

un réalisme antique [50]. De plus en plus l'on a tendance à exiger une certaine tradition pour admettre que le contrat de vente atteigne sa fin, qui est de transférer la propriété. Et l'osmose du droit anglais, à laquelle fait implicitement allusion Bibaud, s'avère l'explication la plus plausible de ce renversement, d'autant plus qu'à l'époque, la grande majorité des juges du Bas-Canada sont d'origine anglaise. Une référence au droit anglais de l'époque montrera jusqu'à quel point cette influence fut réelle. Blackstone, dans ses « Commentaries on the Laws of England », semble d'abord, à la façon de Pothier, admettre le consensualisme. Mais c'est pour s'empresser ensuite de préciser qu'un début d'exécution est essentiel au transfert de propriété :

> « If a man agrees with another for goods at a certain price, he may not carry them away before he paid for them; for it is no sale without payment, unless the contrary be expressly agreed. And therefore, if the vendor says, the price of a beast is four pounds, and the vendee says he will give four pounds, the bargain is struck; and they neither of them are at liberty to be off, provided immediate possession be tendered by the other side. But if neither the money be paid, nor the goods delivered, nor tender made, it is no contract, and the owner may dispose of the goods as he pleases. But if any part of the price is paid down, if it be put a penny (arrha) ... the property of the goods is absolutely bound by it » [51].

Nous pouvons sentir, derrière cette assertion, toute l'importance accordée par le droit anglais à la notion de « consideration » [52]. L'esprit mercantile anglais commande suffisamment de réalisme pour que ne soit pas admissible le transfert de la propriété d'un objet sans contrepartie matérielle, ne s'agirait-il que d'un penny ... Une exécution ou, tout au moins, un commencement d'exécution sera requis pour la perfection du contrat de vente.

Le Code civil de 1866 ne put faire abstraction de cette rupture. En ce qui a trait aux principes généraux, il renoua avec les traditions dont il était tributaire au même titre que le droit français [53]. Mais il ne put se permettre de tirer toutes les conséquences logiques de ce retour aux sources. Réticences qui se manifestèrent surtout en matière de promesse de vente [54].

---

50 *Kerr* v. *Livingston*, (1851), III *R.J.R.Q.* 10.
Russell v. *Levey*, (1852), III *R.J.R.Q.* 170.
Stuart v. *Bowman*, (1853), III *R.J.R.Q.* 268.
Perreault v. *Arcand*, (1854), IV *L.C.R.* 449.
Pinsonneault v. *Dubé*, (1859), III *L.C.J.* 176.
Gosselin v. *Grand Trunk Ry.*, (1859), IX *L.C.R.* 229.

51 William BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, Londres 1811, tome II, p. 447.

52 *Idem*, p. 443.

53 Art. 1025 et 1472.

54 Art. 1476 et 1478.

Il ne s'agit pas tellement ici de savoir si la promesse de vente constitue, *dans le temps*, un acte équivalent à la vente elle-même. Il est des auteurs antérieurs au Code civil français de 1804 qui, tout en professant consensualisme, admettaient que dans le cas de la promesse de vente le transfert de propriété n'était pas *immédiat* [55]. Ce qui ne signifie pas pour autant que la promesse de vente synallagmatique n'était à leurs yeux que génératrice d'obligation de faire et susceptible de ne fonder qu'un recouvrement de dommages-intérêts [56]. Pour eux, le transfert de propriété était alors seulement différé, l'effet du *seul* accord de volonté demeurant suspendu jusqu'à l'écoulement d'un délai ou l'avènement d'une condition [57]. Cette distinction logique entre vente et promesse de vente ne peut toutefois pas servir d'explication historique au fait qu'en droit québécois un début d'exécution (la tradition de l'objet ou la possession actuelle par le promettant-acheteur) permet de faire de la promesse de vente un acte opérant transfert immédiat de propriété. Sous cet éclairage, la distinction du code québécois n'apparaît pas tellement conforme à celle des anciens auteurs français. De toute façon, c'est davantage l'art. 1478 que l'art. 1476 que nous prétendons ici expliquer historiquement. L'interprétation contemporaine du second est d'ailleurs toujours sujet à controverse [58].

Or, il nous apparaît clairement qu'en la matière, le droit québécois ne participe pas pleinement aux résultats arrachés par des siècles d'efforts d'intellectualisation en face d'une vision matérielle des rapports de droit. La confusion y subsiste partiellement entre le contrat et son exécution. Et s'il en est ainsi, c'est d'abord, il nous semble, en raison de l'influence du droit anglais, exercée au milieu du XIX[e] siècle par l'entremise des juges anglais. C'est aussi, très certainement, en raison du poids de l'opinion de Pothier, qui fut, de beaucoup, l'auteur français qui a le plus marqué nos codificateurs.

---

55 MARCADÉ, VI, 166 : cite Boiceau, Danty, Ferrière.
TROPLONG, *De la vente*, n[os] 129, 131.

56 GUYOT, *Répertoire de jurisprudence*, Paris, 1785, vol. 17, p. 484.

57 Il semble clair que pour les anciens auteurs français, « promesse de vente vaut vente » signifiait qu'il s'agissait de *contrats de même nature*, et non pas de contrats produisant *dans le temps* des effets analogues. Ce qui *pourrait* expliquer, historiquement, l'article 1476 de notre Code civil.

58 Jean PINEAU, « A la recherche d'une solution au problème de la promesse de vente », 67 *R.N.* 387.