



L'aboutissement de la législation civile colombienne : un processus d'indépendance politique et juridique ancré à une tradition juridique. l'exemple du système de transfert de la propriété.

Par Susana Ahumada

Sous la direction de M. David Deroussin, Professeur à l'Université Lyon III

INTRODUCTION

« Être romaniste à cette époque en l'Amérique Latine est une véritable prouesse ; je vois une attitude d'authenticité et de rencontre avec la tradition culturelle de nos pays, mais aussi un sentiment de rejet à l'égard de ceux qui pensent aux fanfares de la postmodernité. Est-ce que le droit romain est mort ? Est-ce que le droit romain n'a pas plusieurs vies et de nombreuses résurrections ? »¹.

L'Hispanie a été la première colonie romaine et son haut niveau culturel est très bien connu surtout à une époque où savoir lire et écrire était une telle rareté que l'un des rois mérovingiens reste dans nos mémoires pour avoir écrit le vers d'un poème. Certes, l'Espagne reçoit bientôt le droit romain à partir duquel les hommes des lois ont été instruits, et plus tard il a été répandu aux colonies américaines afin de régir toutes les relations entre les Espagnoles et les aborigènes. C'est à partir du droit romain que les hommes qui dirigeront le processus d'indépendance au XIX^e siècle se sont formés, et c'est à partir d'un modèle d'inspiration aussi romaniste –le Code Napoléon- que les continuateurs de ce processus trouveront la source juridique pour affirmer l'autonomie des peuples ainsi que la rupture définitive avec la métropole².

C'est pour cela que parler de l'histoire du droit de l'Amérique latine et plus précisément de l'histoire du droit civil colombien, c'est aussi parler du droit castillan et plus généralement encore, du droit romain et canonique sous la forme qu'ils ont connue à partir du XIII^e siècle en tant que « droits savants »³. En effet, à l'instar des autres royaumes

¹ Fernando HINTESTROSA, Derecho romano, tradición romanística y América latina, Revista de Derecho privado, n° 25, julio – diciembre, Universidad Externado de Colombia, 2013

² *Idem*

³ «Le développement des droits savants commence par la découverte, à la fin du XI siècle, des compilations byzantines. L'irruption des textes jusque-là à peu près inconnus, en mettant à la disposition des Occidentaux la totalité du droit romain accessible, provoque la renaissance du « droit civil » -expression qui désigne désormais l'ensemble de la compilation justinienne. Bologne en est le centre. Quant au droit canonique, stimulé par le réveil du droit civil et par le rapide déploiement institutionnel de l'église, il connaît dès le milieu du XIII^e siècle un essor sans précédent.» Jean Marie CARBASSE, Que sais-je ? Histoire du droit, Presses Universitaires de France, 2^e édition corrigée, 4^e tirage, juin 2013, p.61

et provinces appartenant aux Indes⁴, la Nouvelle-Grenade, aujourd'hui la Colombie, est restée soumise au cours de trois siècles (1492 -1808) aux lois espagnoles de la couronne de Castille.

En empruntant les réflexions faites par M. Junqueira d'Acevedo à propos de l'installation des Portugais sur les terres brésiliennes, « l'arrivée des caravelles espagnoles dans le territoire que sera l'Amérique latine ont eu la curieuse conséquence que les lois espagnoles ont également débarqué sur les plages américaines et ont ensuite étendu leur vigueur »⁵. « Microcosme de l'histoire en Espagne »⁶, tous les cadres de la vie urbaine espagnole sont transplantés sur le sol américain⁷. En matière administrative⁸, par exemple, le roi crée toute une série d'organes dont le développement a été similaire à celui des institutions métropolitaines, tel que le *cabildo*⁹, institution municipale d'origine médiévale.

En outre, en ce qui concerne les rapports entre l'Église et l'État, le pape cède aux autorités espagnoles ce que l'on appelle le « patronage royal », c'est-à-dire le droit de nommer les prêtres et les évêques¹⁰. L'Espagne transporte aussi aux Indes son système d'impôts lourd fondé sur les *donativos* et les *alcabalas*¹¹. En somme, le Nouveau Monde

⁴ Le mot *Indias* désigne les possessions américaines de la monarchie espagnole remontant à la fameuse erreur de Christophe Colomb qui assimilait sa découverte du Nouveau Monde à l'Inde major. Cf Marianne MAHN-LOT, *Que sais-je ? La conquête de l'Amérique espagnole*, Presses Universitaires de France, 4^e édition corrigée : novembre 1993, p.5

⁵ Antonio JUNQUEIRA de AZEVEDO, « L'influence du droit français sur le droit brésilien », in *Le Droit Brésilien hier, aujourd'hui et demain*, sous la direction d'Arnoldo WALD et Camille JAUFFRET-SPINOSI. Société de Législation comparée, 2005, p.458

⁶ Pierre CHAUNU, *Histoire de l'Amérique latine*, Presses Universitaires de France, 2^e édition « Quadrige », 2014 mars, p.2

⁷ J.P. MINAUDIER, *Histoire de la Colombie –De la conquête à nos jours-*, Collection Horizons Amériques dirigée par Denis Rolland, L'Harmattan, 1997, p. 29

⁸ Au Nouveau Monde sont créés des vice-royautés et des gouvernements. Mais la principale instance gouvernementale a été l'audience, dont les attributions étaient très vastes : administratives et judiciaires. MAHN-LOT, *op.cit.*, p.68

⁹ Le *cabildo*, organe de l'administration locale qui représentait la communauté espagnole, s'occupait surtout des problèmes très concrets : l'approvisionnement de la ville, l'entretien des chemins, la construction de ponts, la répartition des impôts et des emprunts forcés (...), *Ibid.*, p. 68

¹⁰ *Ibid.*, p. 29

¹¹ Les Indes payaient les droits pesant sur son commerce, elles donnaient au roi les *donativos*, dons qui n'avaient plus rien de gratuit ; le tribut qui pesait sur tout Amérindien mâle en état de travailler, les différentes *alcabalas*. Mais le gros tribut que payaient les Indes, c'était lui concernant les mines. P.CHAUNU, *op. cit.*, p. 28

est considéré comme une extension de la couronne de Castille et les amérindiens sont assimilés juridiquement aux habitants des îles Canaries.

Or, évoquer l'ancien droit de Castille nous fait remonter principalement à deux périodes. La première qui se déroule entre le III^e et le XI^e siècle -produit des invasions romaines, wisigothiques et musulmanes- durant laquelle le droit est organisé en une mosaïque de codes particuliers (fueros locaux), de coutumes territoriales et de droits locaux avec des éléments du droit ibérique, du droit germanique et du droit romain vulgaire¹². La seconde, à la fin du XI^e siècle commençant avec la renaissance du droit romain et l'essor du droit canonique. Ce « droit commun » influence la plupart des droits nationaux de l'Europe continental¹³, particulièrement, le mouvement de compilation mené par les autorités royales de Castille à partir du XII^e siècle afin d'unifier la pluralité des droits locaux. C'est dans cette version du droit romain glosé et interpolé du XII^e siècle que le droit castillan arrive aux terres américaines au XV^e siècle.

Quelles sont les caractéristiques de ce droit transplanté par la métropole aux nouveaux territoires conquis ? Où trouve-t-il ses origines ? Est-ce que son application aux Indes occidentales a été pacifique ? Est-ce que les lois castillanes ont réussi à régler toutes les affaires du Nouveau Monde ?¹⁴ Ces questionnements nous invitent, à partir de l'analyse des sources du droit castillan –amérindien, à connaître l'histoire de ce droit hérité de la métropole ainsi que la tradition sur laquelle il repose et à laquelle, bien souvent, il continue à s'alimenter¹⁵: on tentera de le faire dans la première partie du travail de recherche.¹⁶

¹² Beatriz BERNAL, «El derecho castellano dentro del sistema jurídico indiano», in <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/10/cnt/cnt5.pdf>, p. 92 s

¹³ J.M. CARBASSE, *op.cit.*, p. 62

¹⁴À ce respect, la doctrine comparatiste est divisée. D'une partie, il y a des auteurs qui nient l'autonomie des droits de l'Amérique latine et rangent ces droits dans la famille du droit continental ; à leur côté, il y a des auteurs, surtout latino-américains, qui revendiquent une place spéciale pour les droits de l'Amérique. Il existe aussi une position, soutenue par le professeur René David, qui classe les droits latino-américains au sein du système du droit continental, dans une catégorie à part, en raison des certains traits particuliers qui le distinguaient des autres droits du système, in Arnaldo WALD, « L'influence du Code civil en Amérique latine », in Université Panthéon-Assas. 1804 – 2004 *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Édition Dalloz, Paris, 2004, p. 856

¹⁵ R. DAVID, *Cours de droit civil comparé : 1949, 1950*, chap. III, « Le droit brésilien jusqu'en 1950 », in *Le Droit brésilien hier, aujourd'hui et demain, op. cit.*, p 48

¹⁶ Cf infra Partie 1, Titre I, chapitre I

De plus, dans le but de compléter ce panorama des sources existant à l'époque coloniale, il faudrait aussi faire référence au droit proprement amérindien¹⁷. Bien que le droit castillan ait prétendu se hisser comme le seul droit régissant les relations existantes dans le Nouveau Monde, les nouvelles situations économiques, sociales et culturelles naissantes imposent une autre réalité. En effet, à côté de ce droit d'origine ibérique propre au monde européen, fidèle à la tradition romano-germanique, s'installe un autre droit régissant certains aspects auparavant inconnus, issus des expéditions et des conquêtes sur les terres américaines et par la création d'un système propre du gouvernement¹⁸, lequel pourtant restera ancré aux mêmes supports juridiques¹⁹.

« De 1808 à 1823, l'édifice colonial bâti par l'Espagne, au cours de trois siècles d'histoire, s'effondre ».²⁰ Le processus d'indépendance des colonies américaines a mis fin aux liens politiques qui unissaient les Indes à la couronne espagnole en implantant, à son tour, une organisation politique fondée sur des bases tout à fait différentes à celles posées par le droit castillan compte tenu de la nécessité de consolider des gouvernements autonomes. C'est ainsi que les États posent les principes d'un nouveau droit public, celui de l'État libéral, qui s'organise sous la forme d'une République et qui adopte sa propre Constitution. D'ailleurs, l'indépendance a entraîné aussi le morcellement des peuples

¹⁷ L'existence de ce droit n'est pourtant pacifique : « il y a des auteurs qui nient l'autonomie des droits de l'Amérique latine et rangent ces droits, sans réserve, dans la famille du droit continental. À leur côté il y a des auteurs, surtout latino-américains, qui s'opposent à cette position et qui ont revendiqué une place spéciale pour les droits de l'Amérique latine, parmi les différents systèmes du droit. Il existe aussi une position plus nuancée, soutenue pour le professeur René David, qui classe les droits latino-américains au sein du système du droit continental, dans une catégorie à part, en raison de certains traits particuliers qui les distinguaient des autres droits du système », in WALD, Arnaldo, « L'influence du Code civil en Amérique latine », Université Panthéon-Assas. 1804 – 2004 Le Code civil, un passé, présent, un avenir, Édition Dalloz, Paris 2004, p. 856

¹⁸ « En ce sens s'exprime le professeur R. David, en affirmant que les juristes latino-américains ont fait de nouveaux apports à la science du droit récoltés pareux dans des traditions indigènes. Il mentionne comme exemple, l'organisation foncière mexicaine, avec l'institution des ejidos qui perpétue certaines formes d'appropriation collective, traditionnelles chez les indiens du Mexique. On peut trouver des institutions similaires au Pérou, la Bolivie, la Colombie ou le Venezuela, où des centres importants de population indienne ont subsisté et où des institutions indiennes traditionnelles ont pu être maintenues en place à leur usage. Ils ont su conserver l'apport colonial romaniste, mais ils ont su le dépasser en usant de manière systématique de la méthode comparative, pour se donner des systèmes de droit originaux », Bernardino BRAVO LIRA, *El derecho indiano después de la independencia en América Española : legislación y doctrina jurídica*, Revista Historia, Universidad de Chile, V. 19, 1984, p. 5 -52

¹⁹ Cf infra Partie 1, Titre I, chapitre II

²⁰ P.CHAUNU, *op.cit.*, p.57

américains qui avaient été soumis à une « unité factice²¹ » durant la domination espagnole, en donnant naissance à de petits états souverains, organisés selon une forme politique, sociale et juridique propre qui obéissent pourtant à un modèle commun²².

En revanche, les transformations du droit privé ont été plus lentes et moins radicales. Contrairement au phénomène français où la révolution fait disparaître toutes les anciennes normes afin d'obtenir l'harmonisation du droit privé,²³ le processus d'indépendance des colonies américaines commence déjà avec une certaine unité juridique dérivée de l'ancienne soumission coloniale. En fait, une bonne partie des dispositions du droit castillan-amérindien demeurent en vigueur après le déclenchement de l'indépendance, notamment celles contenues dans les *Siete Partidas*, le *Fuero Real* et les lois de Toro de 1505.

Or, « le thème d'une direction de la vie sociale et économique par la métropole est au cœur des conceptions politiques coloniales de l'époque, et c'est précisément ce qui explique le sens libéral donné, au moment de l'indépendance, par les pays de l'Amérique latine, à l'idée de codification, comme réaction au droit colonial qui leur était antérieurement imposé »²⁴. En effet, au lendemain de l'indépendance, l'adoption des idées et de concepts du Code civil français est conçue comme un progrès au regard des systèmes économiques coloniaux, ainsi qu'une garantie de liberté politique et économique des États contre l'intervention des autorités coloniales²⁵. C'est à cette influence sur le plan des idées que l'on doit les premières réflexions civilistes latino-américaines à l'époque du processus d'indépendance et cela explique pourquoi les juristes latino-américains trouveront dans le Code civil français les bases pour la création de leurs propres États.

Certainement, lorsqu'on parle pour la première fois de la création des nouveaux corps législatifs pour les Républiques du Chili et de la Colombie, les idées visant essentiellement à l'importation des codes venus d'ailleurs. Ainsi, lors de la convention

²¹ Idem

²² GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica, op.cit.*, p.119

²³ COMBETTE, *op.cit.*, p. 48

²⁴ A. WALD, « L'influence du Code civil en Amérique Latine », *op. cit.*, p. 859

²⁵ Idem

préparatoire du Congrès constituant, le juriste Bernardo O'Higgins déclare « Adoptons-nous les cinq codes célèbres, dignes de la sagesse de ces derniers temps qui mettent en lumière la barbarie des codes anciens. Laissons derrière nous les institutions fondées sur l'Ancien Monde colonial ; bannissons définitivement l'ignorance et surmontons tous les obstacles »²⁶.

En essence, le Code civil de Bello était le Code civil français de 1804, surtout en ce qui concerne le droit des obligations et des contrats²⁷. Pourtant, tout n'est pas aussi simple. À l'exception de la Bolivie (1830), d'Haïti (1846) et de Saint-Domingue (1884), qui vont reprendre presque sans modification le Code Napoléon²⁸, les codificateurs latino-américains du XIX^e siècle vont instituer des codes relativement originaux²⁹, comme c'est le cas du Code civil chilien d'Andrés Bello, adopté quelques années plus tard par la Colombie³⁰. Les développements qui suivent dans ce mémoire nous pousseront, en effet, à cette conclusion.

Ainsi, de l'analyse de certains éléments émanant des avant-projets aussi que des articles du Code civil colombien nous verrons que, dans plusieurs aspects, la volonté des rédacteurs a été précisément de s'éloigner des textes napoléoniens et d'adopter à sa place de nouvelles solutions, qu'elles sont inspirées par des réflexions menées par des auteurs français autour du Code civil 1804 – qui mettaient en évidence les inconvénients ou les contradictions existants entre quelques textes du Code Napoléon- ou qu'elles sont poussées par la force de la tradition juridique représentée par l'ancien droit de Castille.

²⁶ Patrick GLENN, Conclusions Générales : « La codification à la française, une petite histoire d'une grande tradition, Le Code Napoléon un ancêtre vénéré ? » *Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Éditions Emile Bruylant, S.A., 2004, p. 158

²⁷ Fernando HINESTROSA, Edgar CORTÉS, Felipe NAVIA, « Culture et droit civil. Rapport colombien », in www.henricapitant.org/sites/default/files/Colombie_Hinestrosa_Cortes_et_Navia_.pdf

²⁸ Alejandro Guzmán Brito, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Editorial Aranzadi, mayo 2004, p. 188 s

²⁹ Sylvain SOLEIL soutient justement la conclusion contraire. D'après lui, la grande majorité des États naissants au XIX^e siècle dans l'Amérique Latine ont copié, parfois mot à mot, le Code de 1804, in « Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? », Revue électronique forum historique iuris, <http://www.forhistiur.de/zitat/0503soleil.htm>, p. 1

³⁰ Pour le cas colombien, c'est à partir de 1857 que les différents états (on était alors sous un régime fédéral) ont adopté, les uns après les autres, le Code civil chilien, avec quelques modifications de détail. Puis, en 1873 il a été adopté pour l'union fédérale.

Certes, outre le Code français, le Code civil chilien élaboré par le juriste Andrés Bello a été inspiré par le Code civil des Deux-Siciles, le Code civil prussien, la jurisprudence de la Cour de cassation civile française, l'autorité des auteurs reconnus, tels que Domat, Pothier, Savigny et les premiers exégètes, Troplong, Duranton, Demolombe, Toullier et Delvincourt, mais aussi le droit romain en vigueur depuis l'ère coloniale.

À propos de ce dernier point, Bello, lors du discours présidentiel de présentation du Code civil chilien du 1er juin 1836, déclare sa volonté de conserver l'ancien droit colonial hérité de la métropole, en affirmant que « la réforme à la législation civile et criminelle est une autre partie qui va de pair avec l'effort de conserver les règles fondamentales qui ont été transmises jusqu'à nous de génération en génération et dont la justice et la sagesse intrinsèque sont incontestables. Je vous propose d'éventuelles modifications, lesquelles modelées sur des expériences européennes nous permettent de mettre la législation en conformité avec elle-même et avec notre forme de gouvernement »³¹.

Pour nous convaincre de toutes ces interactions, il nous suffit d'étudier la question du transfert de la propriété. C'est justement dans ce domaine que les auteurs latino-américains revendiquent plus fermement une parenté avec l'ancien droit colonial, de sorte que les systèmes français et colombien sont présentés comme des modèles totalement opposés.

En gros, le système consensuel français signifie que, dans un contrat translatif de propriété, celle-ci passe automatiquement par le seul consentement des parties, sans autre formalité, sauf la volonté contraire des parties et à condition que le bien soit individualisé. Le modèle opposé, c'est-à-dire, celui du titre et du mode, considère que le contrat crée uniquement des obligations entre les parties, dont celle de transférer la propriété par la délivrance pour les meubles et la publicité de l'acte de vente pour les immeubles³². L'étude de ces règles quant à leurs origines, à leur évolution et à leurs conséquences offre un certain

³¹ Alejandro GUZMÁN BRITO, Andrés *Bello codificador, Historia de la fijación del derecho civil en Chile*, Tomo I, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago d Chile, octobre 1982, p. 274

³² Jean-Paul GAKWERERE, « Que reste-t-il du transfert consensuel de la propriété des biens meubles en droit canadien ? Considérations sur la codification d'un principe dans un système bijuridique », *Les Cahiers de droit*, v. 46, n° 3, 2005, p. 671 -716, www.erudit.org

intérêt théorique. En explorant ces trois éléments dans le corps du mémoire, nous découvrons non seulement la portée des règles dans les deux systèmes mentionnés, mais aussi les rapports entre ces derniers.

Notre objet d'études s'intéressera donc à la recherche des sources employées par Bello dans l'adoption du système du transfert de la propriété inséré dans le Code civil ainsi qu'à l'étude des articles du Code civil colombien régissant cette question, afin d'établir les possibles similitudes ou différences existant avec le modèle consensualiste français. De plus, il est aussi relevant d'analyser les différents éléments du droit castillan indien concernant la question de l'acquisition de la propriété, ce qui nous permettra de vérifier la prétendue continuité invoquée par la doctrine.

Mais le plus important c'est probablement d'examiner, au-delà des possibles divergences théoriques, quels sont les effets pratiques entraînant l'adoption de l'un ou de l'autre modèle du transfert de propriété, car c'est précisément dans ce domaine qu'on trouve plus de ressemblances que de différences. Ainsi, à travers trois exemples qui selon la doctrine montrent une claire opposition entre le système consensuel d'acquisition de la propriété et celui fondé sur le titre et le mode –à savoir, la vente de la chose d'autrui, la théorie des risques et la publicité envers les tiers-³³, on pourra avertir qu'en réalité, il s'agit plutôt d'une divergence théorique que réelle.

Certainement, les deux modèles présentent une évolution parallèle aussi bien dans leurs traces historiques que dans leur application pratique. La sécurité du contrat de vente ainsi que la dynamique des transactions commerciales ont entraîné le rapprochement progressif des solutions adoptées dans les deux ordres juridiques. De plus, si initialement les systèmes semblent tant différer sur le fond, les solutions sont paradoxalement assez proches : la raison en est que le principe de bonne foi visant à protéger l'intérêt commun des contractants joue une véritable fonction correctrice des solutions en droit³⁴.

³³ Cf infra Partie II, Titre II, chapitre II

³⁴ Sophie MICHEL, « Le rejet du transfert de propriété *solo consensu* en droit espagnol – Une spécificité ibérique ou un retour à la solution napoléonienne ? Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Master Bilingue Droit français/Droits étrangers

Or, cette étude nécessite de recourir à une bibliographie conséquente et à des sources plurielles. Ainsi, il convient de s'intéresser aux ouvrages sur lesquels le travail de recherche s'appuie pour connaître le passé de cette histoire du droit civil colombien.

L'histoire de la codification en Amérique latine est relativement peu féconde, notamment celle colombienne. Dans ce domaine, il est notable le travail entrepris par l'historien chilien Alejandro GUZMÁN BRITO, membre de l'Académie chilienne d'histoire et professeur du droit romain à l'Université de Valparaiso du Chili. Il est probablement l'auteur qui s'est intéressé le plus à la réflexion de l'histoire de la codification latino-américaine et aussi à la vie et l'œuvre du Vénézuélien Andrés Bello, rédacteur du Code civil chilien. Parmi ses œuvres, il faut souligner : *Andrés Bello codificateur* (1982), *L'histoire de la codification civile en Ibéro- Amérique* (2000), *La vie et l'œuvre d'Andrés Bello* (2008) et *les études de la dogmatique et de la systématique à propos du Code civil chilien-colombien* (2009), en dehors des multiples articles de revues et colloques concernant également cette question. En fait, au-delà de ses travaux, la plupart des auteurs latino-américains, même européens, se limitent à reproduire les réflexions faites par lui, de sorte que son œuvre constitue un élément de référence essentiel dans la matière.

En ce qui concerne le droit amérindien, le panorama est également sombre. En l'Amérique Latine, les études de l'histoire du droit n'ont pas le même intérêt que ceux concernant l'histoire en général ou l'histoire universelle du droit. Parmi les facteurs dont on pense qu'ils contribuent à cette situation, on peut citer le fait qu'une fois conquise l'indépendance, les nouvelles générations ont voulu rompre avec le passé des colonies et construire un droit fondé sur des bases complètement différentes³⁵. Il n'existait donc aucun intérêt par le droit des ancêtres. Mais également le fait que le droit aborigène, sa culture, ses institutions, ses coutumes ont été supprimés à l'arrivée des conquérants, a contribué à son abandon.

³⁵ Alfonso GARCÍA GALLO, « Problemas metodológicos de la Historia del Derecho indiano », Revista del Instituto de Historia del Derecho de Ricardo Levene, Número 18, Primera reunión son de historiadores del Derecho Indiano, bajo la dirección de Ricardo Zorraquín Becú, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1967, p. 167 - 321

Cependant, il faut souligner le travail entrepris, depuis la première moitié du XX^e siècle, par l'Institut d'histoire du droit indien avec siège à Buenos Aires. On peut mentionner les ouvrages de Ricardo LEVENE (*Introduction à l'histoire du droit indien, Introduction à l'histoire du droit « patrio », Les Indes n'étaient pas des colonies*), Alfonso GARCÍA GALLO (*Genèse et développement du droit indien, Études d'histoire du droit indien, Les origines espagnoles des institutions américaines, Méthodologie de l'histoire du droit indien*), et Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ (*Les bases fondamentales du droit indien, Le droit indien, Études d'histoire du droit*).

Enfin, en ce qui concerne la deuxième partie du travail, les sources sont beaucoup plus riches. Une très bonne partie des codes et des documents appartenant à l'époque du droit castillan sont numérisés sur la page de la Bibliothèque Nationale d'Espagne, tels que le *Fuero Real*, le *Fuero Juzgo*, les *Siete Partidas*, parmi d'autres. Quant aux avant-projets du Code chilien, on compte aussi, sur des documents numérisés, le Projet de 1853, le Projet inédit et le Projet final du code, ce qui permet son accès facile.

Grâce à tous les éléments mentionnés, le travail de recherche pourra nous éclairer sur la problématique suivante :

L'influence du Code civil Napoléon sur le processus de codification des naissants états latino-américains, particulièrement sur les Codes civils chilien et colombien, a-t-elle entraîné une rupture totale avec l'ancien droit castillan-amérindien ?

Pour donner réponse à ces questions, on s'intéressera en premier lieu à l'histoire du droit civil colombien (partie 1) avant d'étudier l'acquisition de la propriété dans le Code civil colombien en tant qu'exemple d'interaction entre continuité et changement.

Première partie

L'origine historique du droit civil colombien

« Ce serait une erreur de croire que l'originalité des droits d'Amérique Latine est assez récente. Les droits des anciennes colonies espagnoles étaient des droits fortement organisés d'un point de vue institutionnel. La formation de chaque pays, ses traditions et son niveau de développement économique conditionnent l'interprétation des textes législatifs, la même loi ne pouvant pas être appliquée de la même façon dans des régions et des contextes très différents. Les créations et adaptations des droits de l'Amérique latine en font, donc, en grande partie, des droits dotés d'une certaine originalité en comparaison avec la législation des pays de l'Europe occidentale »³⁶.

À différence de la France, qui au cours de l'Ancien Régime se trouvait morcelée en plus de 360 coutumes différentes, les colonies espagnoles restent soumises pendant trois siècles à un ensemble des lois et des coutumes plus ou moins homogènes qui découlent du processus de compilation du droit amené par la couronne de Castille dès le XIIIe siècle. En effet, à exception d'une partie des États-Unis d'aujourd'hui, du Canada, le Brésil et quelques îles des Caraïbes, le droit de Castille parvient à s'imposer et à s'étendre sur le vaste territoire du continent américain en formant une sorte d'unité juridique qui empêche aux colonies américaines de jouir d'un droit propre distinct de celui de la métropole.

C'est pour cette raison qu'une analyse historique du droit privé colombien serait incomplète si l'on ne faisait pas référence au droit castillan-indien, émergent de l'application du droit espagnol, mais aussi de son adaptation à de nouvelles exigences naissantes dans le Nouveau Monde. Avant d'aborder l'étude du mouvement de la fixation et de la codification du droit civil colombien, il est nécessaire de faire un examen de ce

³⁶ Arnaldo WALD, « L'influence du Code Civil en Amérique Latine », Le Code Civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, Édition Dalloz, 2004, p. 856

droit que la Colombie a hérité en sa qualité de règne qui intègre la monarchie espagnole du XV^e siècle (Titre I).

Certes, ce droit castillan-indien joue un rôle prépondérant au moment des périodes d'indépendance et de codification américaine au XIX^e siècle. Même si ces deux évènements se caractérisent par un effort de rupture avec les droits imposés par la métropole pendant des siècles, la tradition historique et juridique des peuples finira par l'emporter. De plus, les inspirations cherchées ailleurs par les juristes latino-américains, notamment dans le Code Napoléon et dans la doctrine développée autour de celui-ci, trouvent elles aussi un fondement historique : celui du droit romain en tant qu'expression du droit naturel. Ces inspirations plurielles font que l'adoption des nouveaux codes en l'Amérique latine -symbole d'émancipation et de la suprématie des États- entraînera aussi, implicitement ou explicitement « la revendication d'une parenté avec le droit romain »³⁷.
(Titre II)

³⁷ COMBETTE, *op.cit.*, p. 53

Titre 1. Le droit Colombien durant la période coloniale

Au lendemain de la conquête, les Indes ont été incorporées à la Couronne de Castille et par conséquent le droit de la métropole a été étendu à ces nouveaux territoires. De la même façon que le reste des vice-royautés, des provinces et des états-majors appartenant au règne des Indes, la Nouvelle-Grenade, pendant la période coloniale, a été soumise aux lois espagnoles, particulièrement aux *Siete Partidas* du roi Alfonse X, à la *Nueva Recopilación* de Castille et à la *Novísima Recopilación*. C'est à partir de cet ensemble des sources traditionnelles que le droit colombien s'est lentement forgé, d'où l'importance de connaître leurs origines aussi que leurs principales caractéristiques afin d'avoir un regard clair et plus précis de la tradition juridique latino-américaine (Chapitre I).

Or, en tous les cas dans lesquels l'incorporation du droit castillan aux Indes n'a pas été suffisante afin de résoudre les nouvelles situations existantes dans ces territoires, le roi et le Conseil des Indes ont été contraints de créer un nouveau droit : le droit amérindien³⁸. Ce droit provincial, qui est apparu dans un contexte social et économique tout à fait différent que celui appartenant au monde médiéval se fondera pourtant sur de mêmes bases historiques et cherchera à se servir, le plus possible, des mêmes instruments juridiques déjà existants (Chapitre II).

³⁸ GARCÍA GALLO, *Metodología de la Historia del Derecho indiano*, Santiago de Chile, 1971

Chapitre 1 : Le droit du royaume de Castille en tant que droit appliqué aux Indes Occidentales

Le royaume de Castille est un ancien royaume du Moyen Âge qui trouve ses origines au nord de la péninsule ibérique dans l'actuelle Espagne, d'abord organisé sous la forme d'un Comté (850 -1037) puis placé sous la souveraineté des rois d'Asturies et de Léon en 1037, date à laquelle Ferdinand Ier fonde le royaume de Castille et de Léon.

Avec la conquête de la Nouvelle-Castille, les bases sont posées sous les Rois Catholiques et sous Charles V. En vertu de la bulle du pape Alexandre VI (1493), les Indes sont toujours considérées comme la propriété personnelle de la Couronne de Castille³⁹. « Les Indes étaient castillanes avant d'être espagnoles ; elles étaient la chose du roi, qui créa pour les administrer toute une série d'organismes propres, dont le développement a été parallèle à celui des institutions métropolitaines »⁴⁰.

Cela vaut également pour l'ordre juridique, dans la mesure où le droit qui était en vigueur dans l'Espagne médiévale est transplanté entièrement sur les territoires d'outre-mer : « étant donné que les règnes de Castille et des Indes n'appartiennent qu'à une seule couronne, les lois et l'ordre du gouvernement doivent être les mêmes, pour les uns comme pour les autres »⁴¹. D'où la nécessité d'approfondir l'étude du droit castillan et de ses principales sources (*Section 1*) ainsi que son incorporation au système colonial des Indes pour mieux connaître le droit civil latino-américain, voire colombien (*Section 2*).

³⁹ L'acquisition des nouvelles terres a eu lieu à titre personnel. C'est sont les princes et non les couronnes ceux qui se bénéficieront, dans un premier temps, de la nouvelle conquête. Juan MANZANO MANZANO, « La adquisición de las Indias por los reyes católicos y su incorporación a los reinos castellanos. En torno a una polémica », p. 15 s, in *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, No 18, Primera reunión de historiadores del Derecho Indiano, Universidad de Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1967.

⁴⁰ P. CHAUNU, *op.cit.*, p.22

⁴¹ José M. MARTÍNEZ URQUIJO, «El derecho prehispánico y el derecho indiano como modelos del derecho castellano», Universidad de Buenos Aires, p. 101, Instituto Nacional de estudios jurídicos, III Congreso del Instituto Internacional de historia del Derecho Indiano, Madrid, 17 al 23 de enero de 1972, Actas y Estados, Madrid, 1973

Section 1 : La pluralité des sources en droit castillan

Le droit castillan, produit d'une réception précoce en Espagne du droit romain, mais aussi de l'existence d'une pluralité des coutumes et des droits locaux est recueilli par les autorités royales dès le XIII^e siècle, en donnant comme résultat une multiplicité des compilations partout le royaume (§1). Ce phénomène de dispersion législative⁴² a entraîné de nombreux inconvénients dans l'application des règles qui chercheront à être résolues avec l'expédition de l'ordonnance d'Alcala (1348) établissant un ordre de priorité des lois (§2).

§1 : Les différentes sources

Dans la première moitié du XIII^e siècle, Ferdinand III de Castille élaborait le *Fuero Juzgo* pour l'appliquer à certaines zones du sud de la péninsule ibérique (A). Dans la seconde moitié du même siècle Alfonso X publie, entre autres, le *Fuero Real*, les lois nouvelles et les lois de style. Mais c'est probablement les *Siete Partidas*, le corpus législatif le plus répandu et l'une des tentatives les plus abouties d'embrasser l'ensemble des événements et activités de la vie des hommes au Moyen Âge⁴³ (B).

A) Les fueros locaux

L'invasion de la péninsule ibérique par les Arabes en 711 rompt l'unité juridique du peuple wisigothique constitué d'un mélange de droit romain, de droit germanique et du christianisme. Les groupes isolés d'autochtones ayant échappé à la domination, oublient rapidement les textes législatifs romanisés et on assiste à un grand essor des coutumes germaniques. Afin de faciliter le repeuplement des territoires enlevés ou s'attacher ceux

⁴² B. BERNAL, *op.cit.*, p. 94

⁴³ À propos de l'importance des *Siete Partidas*, B. BERNAL, *op.cit.*, p. 94

déjà conquis, les seigneurs accordent des privilèges –des fueros- qui constituent la base du droit applicable dans chaque localité⁴⁴.

i. Les fueros municipaux

Ainsi, à côté d'un droit commun se développe un droit foral dont la portée est essentiellement territoriale⁴⁵. L'idée était de régler la vie locale des provinces à travers la fixation d'un ensemble des normes, des droits et de privilèges octroyés directement par le roi. Les fueros s'érigent ainsi en chartes garantissant les privilèges et les libertés d'une ville ou d'une province pour faciliter son développement économique et son indépendance face au pouvoir de la noblesse. Le premier fuero dont on a connaissance est celui octroyé par Silo des Asturies dans l'année 780 à son fils Adalgaster, fondateur du monastère d'Obone⁴⁶. À partir de ce moment-là et jusqu'au XI^e siècle, les fueros augmentent grâce à la formation du comté de Castille.

De ce travail dispersé, il n'y a toujours pas de synthèse, encore moins de codification unique. On a un ensemble des règles provinciales avec des efforts de tel ou tel pays pour les réunir : c'est le cas de règles de Castille.

ii. Le fuero Juzgo

Le Fuero Juzgo « est la version romaine du code de droit romain vulgaire qui s'est formé au long des siècles et des règnes wisigothiques (*Le Liber Iudiciorum*). Le *Liber Iudiciorum* avait été promulgué dès 654 par Receswinth et sous sa forme romaine il est resté en vigueur en Espagne jusqu'à l'approbation du Code civil à la fin du XIX^e siècle : il s'agit donc du corps légal qui a joué de la plus grande longévité de la péninsule»⁴⁷. Il est

⁴⁴ F.ORTUN, «L'unification du Droit Civil Espagnol, Revue internationale de droit comparé », V. 18 n° 2, 1996, in http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1966_num_18_2_14567, p.413-421

⁴⁵ *Ibid.*, p. 414

⁴⁶ José Manuel RODRÍGUEZ, "De los fueros a la Constitución de 1812", IV Encuentros en el lugar, Carrascosa de la Sierra, mayo 2008, in <http://www.nodulo.org/ec/2008/n074p12.htm>

⁴⁷ CASTILLO LUCHH Mónica, «Le Fuero Juzgo dans l'histoire de la langue espagnole» in https://www.academia.edu/10283419/Le_fuero_juzgo_dans_l_histoire_de_la_langue_espagnole, p.3

actuellement appliqué comme for supplétoire des Pays basques, de la Navarre et d'Aragon⁴⁸.

À l'instar du Corpus Iuris Civilis, le *Liber* comprend douze livres compilant les lois nécessaires pour que les juges puissent résoudre les différents problèmes posés par les habitants de la péninsule. Ce corps législatif atteint une valeur considérable après son incorporation dans la Constitution espagnole de 1812 dans le titre préliminaire concernant l'élection du roi et de la forme du gouvernement. Le contenu du *Liber*, résultat d'un amalgame des éléments législatifs germaniques et romains, peut être qualifié de droit romain vulgaire⁴⁹.

B) Les lois du royaume

La réception au XIII^e siècle du droit romain et du droit germanique provoque une transformation profonde. L'un des aspects majeurs de cette renaissance est la diffusion rapide de l'écrit. Ainsi, l'idée de donner une forme écrite aux coutumes de droit privé s'est répandue partout en Europe, de sorte que les villes et villages se mettent à rédiger leurs coutumes : d'un côté, afin de mettre en ordre la situation de dispersion législative ; de l'autre, comme conséquence d'une politique de centralisation de l'État⁵⁰.

Cette rédaction du droit et des coutumes s'accompagne d'une modernisation du droit local : « si l'on reprend de vieux usages, on en profite pour en modifier d'autres, voire pour ajouter des dispositions nouvelles parfois inspirées du droit romain. Ces rédactions forment de longs textes, comportant plusieurs dizaines d'articles et concernant toute sorte de sujets : il y a bien sûr du droit privé et du droit pénal, mais aussi des franchises collectives et personnelles, du droit municipal, des dispositions de police, des règlements économiques, etc. »⁵¹.

⁴⁸ *Ibid*, p.3

⁴⁹ CASTILLO LUCHH Mónica, «Las lenguas del fuero juzgo: avatares históricos e historiográficos de la versiones romances de la Ley visigótica», Revue interdisciplinaire d'études hispaniques médiévales et modernes, 13 juin 2012, in <https://e-spania.revues.org/20994>

⁵⁰ F.ORTUN, *op. cit.*, p. 414

⁵¹ J.M. CARBASSE, *op.cit.*, p. 60

Par conséquent, à côté des fueros municipaux et des *cartae populationes*, les rois promulguent des dispositions applicables à tout le royaume. Cette législation substituera les coutumes locales à la fin du Moyen Âge⁵². De plus, les malheurs de la guerre permettent à Philippe V dans la première moitié du XVIII^e siècle d'affaiblir considérablement le droit foral car celui-ci fait « disparaître l'autonomie législative de ces régions qui ne conservent qu'une partie de leurs droits privés à titre exceptionnel et qui n'ont pas de choix de rénovation autre que la coutume »⁵³.

Ainsi, progressivement, les droits locaux s'éteignent pour faire place à un droit plus général applicable à toutes les provinces du royaume.⁵⁴ C'est dans ce processus de compilation normative qu'on voit apparaître le Fuero Real et les *Siete Partidas*, les deux compilés sous le règne d'Alfonse X.

i. *Le Fuero Real (1249 -1255)*

Dans cet effort d'unification du droit ainsi que de mitigation des droits locaux, Alfonse X « Le Savant ou Le Sage » – roi de Castille de 1252 à 1284- publie en 1254 le Fuero Real qui sera appliqué dans tous les territoires de Castille allant même jusqu'aux Indes Espagnoles. En effet, le roi estime qu'il fallait établir sur une base solide et légale les droits de tous, principalement ceux de la Couronne, trop vaguement déterminés dans Le Fuero Juzgo, et il s'occupa donc de faire substituer à ce code coutumier le Fuero Real et les *Siete Partidas*⁵⁵.

Le Fuero Real est composé de quatre livres, le premier régissant la politique et la religion ; le deuxième concernant les procédures judiciaires ; le troisième et le quatrième traitant respectivement du droit civil et du droit pénal. Ce texte législatif contient des dispositions provenant du *Liber Iudiciorum* dans sa version traduite du Fuero Juzgo , du

⁵² F.ORTUN, *op. cit.*, p. 415

⁵³ *Ibid.*, p. 413 s

⁵⁴ *Ibid.*, p.414

⁵⁵ Le C^{te} Víctor DU HAMEL, *Histoire d'Espagne*, Imprinta Bibliothèque Impériale, Tours, édition A^d Mame et C^{ie} imprimeus Libraires, 1855, p.74, in <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5800721h.r=siete+partidas.langEN>

droit commun étant donné la formation romano-canonique de son auteur, ainsi que de règles issues de certaines institutions castillanes traditionnelles. Le prologue du fuero explique clairement les raisons de sa création : « l'inexistence des fueros dans la plupart des règnes, ce qui a donné lieu à la résolution des litiges à travers "*fazañas e por albedríos departidos entre los omes, cuando no lo eran a través de usos desaguizados e sin derecho*"⁵⁶ »⁵⁷.

ii. *Les Siete Partidas d'Alfonse X Le Savant (1256 -1265)*

Dépositaire d'une triple culture : chrétienne, hébraïque et musulmane⁵⁸, Alfonse X entreprend de 1256 à 1264 à la création une vaste encyclopédie en sept livres fondée pour une bonne part sur le droit romain. Cette œuvre législative est considérée comme la plus importante de l'occident médiéval⁵⁹ tant par la taille que par le nombre de matières traitées. Dans un premier temps, l'idée d'Alfonse a été de remplacer le vieux Fuero Juzgo d'origine wisigothe or une bonne part du droit coutumier a été maintenue⁶⁰. Son influence est considérable : les Rois Catholiques et Charles V font de lui un texte de référence pour la construction de l'État moderne en Espagne, et au XIX^e siècle leur importance est capitale quant à la constitution des nations indépendantes d'Amérique latine⁶¹.

Le plan des *Siete Partidas* est conçu avec méthode et clarté⁶². À propos de la systématisation qu'elles adoptent, il faut préciser que leurs rédacteurs l'ont divisé en sept

⁵⁶ Le jugement de libre arbitre a été un système employé en Castille, Valence, Catalogne et Aragon dans lequel les juges devaient rendre une sentence basée uniquement sur les usages et les coutumes des peuples, c'est-à-dire sans faire appel à aucun texte légal. Les jugements ainsi rendus étaient appelés « *fazañas o ejemplos* » et en Aragon « *iudita* » lesquels dépendaient très largement d'un grand marge d'interprétation judiciaire.

⁵⁷ Fuero Real de España, Tesoros bibliográficos del Consorcio Madreño, édition Juan de Junta, in <http://www.singularis.es/?p=1313>

⁵⁸ PECES BARBA Grégorio, *Dispositivo de los derechos humanos*, edición debate Madrid, 1987, Traducción: Mesdames SERE et OLMOS, in explrehumanrigh.coe.int/wp.content/uploads/2010/11/Espagne-edh.pdf

⁵⁹ Sous la direction de Georges MARTIN, Alfonse le savant, Deuxième partie. Traduction critique de la Segunda Partida in <https://e-spaniglivres.revues.org>

⁶⁰ Jean François GERKENS, *Droit privé comparé*, Collection de la faculté de droit de l'Université de Liège, édition Iarcier, in [https : books, google.fr](https://books.google.fr)

⁶¹ *Idem*

⁶² La première *partida* parle de « toutes les choses relatives à la foi catholique, qui fait que l'homme connaît Dieu par sa croyance », elle est la plus longue et enregistre presque partout les dispositions le plus exagérés

parties par imitation du Digeste de Justinien et à raison des vertus attribuées au nombre septénaire⁶³. De plus, à l'exception de la deuxième *partida* et une petite partie de la première, les titres de cette codification ont une correspondance presque exacte avec le Code et aussi avec le digeste *du Corpus juris Civilis*.

Il est aussi important de souligner la forte influence des sources romaines sur le contenu des *Siete Partidas*. Parmi elles, il faut mentionner la compilation justinienne telle qu'elle a été recueillie par *le Corpus juris civilis médiéval*, la *Grande Glose* ou glose ordinaire du bolonais Accurse⁶⁴ et les œuvres de l'école de glossateurs de Bologne, notamment celles d'Azón réunies sous le titre de *Summa Azonis*. Outre le droit romain, le premier livre consacré aux affaires de l'Eglise est rempli de droit canonique –avec une influence notable du Décret de Gratien et les Décrétales de Grégoire X- et dans certaines matières liées au droit de la famille et au droit de succession, il y a aussi une référence non négligeable du droit espagnol médiéval⁶⁵.

Cependant, certains auteurs considèrent que les *Siete Partidas* ont rompu brutalement avec les traditions séculaires, avec les instincts de race et avec le génie de son peuple⁶⁶. Pedro Gómez de la Serna, dans son introduction historique au Code des *Siete*

des décrétales, sans mettre dans le travaux d'insertion le moindre esprit critique; le deuxième *partida* porte sur le droit public « des empereurs, des rois et des autres seigneurs de la terre qui doivent la maintenir dans la justice et la vérité » ; la troisième *partida* traite de la justice ; elle dit comment « on doit la rendre régulièrement en chaque lieu par paroles de jugement » ; la quatrième *partida* s'occupe des fiançailles et des mariages ; la cinquième *partida* parle « des prêts, des ventes, des achats, des échanges et de toutes les affaires et conventions que les hommes peuvent faire entre eux » ; la sixième *partida* traite du droit successoral, des tutelles, du statut juridique de l'orphelin; et la dernière s'occupe des « accusations et des mauvaises actions que font les hommes et des peines qu'ils méritent ».

⁶³ Académie des sciences, inscription et belles-lettres (Toulouse), Mémoires de l'Académie des sciences, inscription et belles-lettres de Toulouse, Bibliothèque nationale de France, département Collections numérisées, 2008 -246180, *in gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb344401790/date*.

⁶⁴ « Aux gloses apportées par Irnerius et les quatre docteurs, les générations suivantes ont ajouté les leurs, de plus en plus nombreuses et détaillées. S'accumulant en strates successives autour du texte de Justinien, les gloses marginales ont fini par former une sorte d'encadrement plus épais que le texte lui-même. Il parut indispensable d'y mettre de l'ordre : ce fut l'œuvre d'Accurse. Il reprit toutes les gloses antérieures et s'efforça de les organiser : c'est le résultat de cette mise en œuvre qui constitue la *Grande Glose*, ou glose ordinaire. » J.M. CARBASSE, *op.cit.*, p. 65

⁶⁵ Antonio PÉREZ MARTÍN, «Fuentes Romanas en las Partidas », *Glossae, Revista de Historia del Derecho Europeo* 4, Instituto de Derecho Común, Universidad de Murcia, 1992, p. 215 -246

⁶⁶ Voir Ernest NYS, *op.cit.*, p.78

Partidas, met en exergue les différences considérables qui existent entre les *partidas* et certains fueros médiévaux.

Un exemple marquant à cet égard est celui des successions : une loi du Fuero Juzgo permettait aux enfants nés hors mariage, en absence des enfants légitimes, d'hériter la totalité des biens de leur père. Les *Siete Partidas*, cependant, ont réduit ce droit des enfants illégitimes à une sixième partie des biens du défunt⁶⁷. De même, le droit des fueros accordait une situation privilégiée au conjoint survivant. La veuve avait les droits successoraux d'un enfant –elle était considérée comme usufruitière des biens de son mari à côté de ses enfants-, bien que celle-ci recevait la dot accordée au moment du mariage. Lors de la réception des *partidas* sa situation s'endurcit. La veuve pauvre aura droit à une quatrième partie de la succession de son époux prédécédé concurremment avec n'importe quels autres héritiers⁶⁸.

Comme on le verra plus tard, les *Siete Partidas* ont joué un rôle important dans l'Amérique latine aussi bien pendant l'époque coloniale que durant la période d'indépendance, particulièrement dans le processus de codification du XIX^e siècle. Ainsi, dans les Amériques Espagnoles, les *Siete Partidas* ont été le corps légal le plus appliqué en droit privé pour de nombreuses raisons, parmi lesquelles on peut mentionner la réception progressive du droit romain qui est enseigné –à côté du droit canonique- dans les nouvelles facultés du droit du Nouveau Monde ainsi que l'inexistence des droits locaux ou des fueros contre lesquels l'autorité royale devait s'opposer.

§2 : Une mise en ordre des législations applicables

Malgré l'importance du processus d'intégration normative mené par les rois Fernando II et Alfonse X à travers la publication des différentes compilations –le Fuero Juzgo, le Fuero Real, les *Siete Partidas*, etc.-, l'objectif d'unification du droit de Castille n'a pas eu le résultat escompté. Cette unification ne s'obtient qu'avec la promulgation de

⁶⁷ Pedro Gómez de la Serna, *Los códigos españoles concordados y anotados*, Tomo segundo, Código de las Siete Partidas, Introducción histórica, p. XXVI, Segunda edición, Antonio de San Martín Editor, Madrid, 1872.

⁶⁸ Idem

l'ordonnance d'Alcalá (A), laquelle sera plus tard reproduite dans la *Nueva recopilación* et la *Novísima recopilación* (B).

A) L'ordonnance d'Alcalá de 1348 et les lois de Toro de 1502

L'ordonnance d'Alcalá n'est pas à proprement parler un code, mais un ensemble des lois promulguées par l'assemblée de Cortés⁶⁹ convoqué par le roi Alfonse X de Castille le 28 février 1348. Elle constitue le corps principal des lois de Castille jusqu'aux lois de Toro de 1505. L'ordonnance d'Alcalá recueille une grande partie du contenu normatif des lois du roi Alfonse X, mais elle établit aussi une hiérarchie parmi les différentes lois du royaume conformément à l'ordre suivant : 1^o *L'ordonnance d'Alcalá* ; 2^o *Les fueros municipaux* ; 3^o *Le Fuero Real et Le Fuero Juzgo* et ; 4^o *Les Siete Partidas*.

Cette ordonnance cherche à établir la suprématie du droit royal sur le reste des droits locaux en établissant, par exemple, une disposition d'après laquelle toutes les affaires civiles et criminelles doivent être jugées selon les lois contenues dans la propre ordonnance. Cela signifie que la vigueur des fueros municipaux a été non seulement considérablement réduite, car son application a été soumise à une autorisation préalable du roi, mais aussi parce que ceux-ci n'étaient pas pris en compte dans l'hypothèse où ces dernières contredisent les lois de Dieu, de la raison ou du propre ordre juridique. Or, même si les *Siete Partidas* ont été placées au dernier échelon des lois castillanes, dans la pratique elles sont couramment appliquées tant en Europe qu'en Amérique Espagnole⁷⁰.

En 1505 apparaissent les lois de Toro. Ces lois, même si elles ne forment pas non plus un code, marquent la volonté de combler des lacunes subsistant dans le droit privé⁷¹. Leur origine réside dans la démarche consistant à ajouter continuellement des nouvelles compilations sans déroger, cependant, à celles déjà existantes. Ainsi, les lois de Toro

⁶⁹ Les lois de Cortés, très fréquents au XIII^e siècle, sont des lois approuvées par le roi et par l'assemblée de Cortés, cette dernière intégrée par des hommes appartenant à tous les ordres de la société. Ces lois avaient une portée générale d'où son efficacité pour affermir le processus d'intégration normative. Beatriz BERNAL, *op.cit.*, p.95

⁷⁰ BERNAL, *op.cit.*, p.96 s

⁷¹ J.F. GERKENS, *op.cit.* p. 181

recueillent dans un seul corps l'ordonnance d'Alcalá, les *Siete Partidas* et le Fuero Juzgo en clarifiant les contradictions existantes entre celles-ci. La plupart des matières traitées concernent le droit civil, le droit des obligations, le droit de succession et le droit pénal. L'une des nouveautés comprises dans cette compilation est la réglementation de l'institution du majorat⁷² qui restera en vigueur jusqu'à la première moitié du XIX^e siècle.

B) La *Nueva Recopilación* de 1567 et la *Novisima Recopilación de leyes de España* (Nouvelle compilation des lois d'Espagne) de 1806

Dans une nouvelle tentative de recueillir dans un même corps normatif toute la législation applicable dans le royaume de Castille, le roi Philippe II publie le 14 mars 1567 la *Nueva Recopilación*. Celle-ci est principalement composée de l'ordonnance d'Alcalá de 1348 et des lois de Toro de 1505 et son application était restreinte aux territoires de Castille étant donné que les territoires de Navarre et Aragon disposaient de leur propre législation.

Cette compilation était organisée sous la forme de « collection systématique » regroupant les textes par matières avec l'indication de la date et de l'auteur de l'œuvre compilé. Malgré les efforts des compilateurs, l'œuvre a été qualifiée d'imprécise, incomplète et parfois d'anachronique⁷³.

C'est précisément en réponse à de nombreuses critiques faites sur la *Nueva Recopilación*, mais aussi en l'absence d'un corpus légal complet et à jour, que Charles IV d'Espagne demande à Juan de Reguera Valdelomar de préparer une nouvelle compilation

⁷² Le majorat est une institution qui apparaît vers la fin du Moyen-Âge dans le milieu de la haute noblesse avec une finalité sociale bien précise : éviter la dispersion des patrimoines et les querelles au sein des fratries nobles. Il se présente sous la forme d'un fidéicommiss perpétuel, héréditaire, indivisible fait par un testateur pour soutenir un titre de noblesse et entretenir la splendeur d'une maison. Il repose sur les principes d'intangibilité, non-confusion et de parenté biologique. B. CLAVERO, *Mayorazgo, Propiedad feudal en Castilla 1369 -1836*, Madrid, 1989, in http://meticebeta.univ-montp3.fr/lexique/index.php?option=com_content&task=view&id=588&Itemid=31

⁷³ M. Isabel SEONANE, "La Nueva Recopilación de 1567", in <http://asuntosjuridicosminoridad.blogspot.fr/2010/11/la-nueva-recopilacion-de-1567.html>

de droit castillan connue sous le nom de *Novísima Recopilación* des lois d'Espagne, publiée le 15 juillet 1805⁷⁴.

L'ouvrage regroupe 4044 lois en 340 titres formant douze livres. Elle contient des lois, des arrêts, des pragmatiques⁷⁵, de même qu'un index détaillé des sujets et des dispositions. Elle inclut aussi des dispositions sur le droit public, le droit administratif, le droit civil, le droit pénal et les procédures judiciaires. D'après Francisco Martínez Marina, il s'agit d'une « vaste masse élevée de décombres et de ruines, édifice monstrueux, composé de parties hétéroclites et désordonnées, gerbage de lois désuètes et modernes »⁷⁶. Malgré les critiques, la *Novísima Recopilación* devient un texte fondamental dans l'étude du droit dans les universités –à côté du droit commun- et elle demeure aussi le texte législatif de référence jusqu'à la promulgation du Code civil espagnol en 1889.

Cet ensemble de recueils du droit espagnol relève exclusivement du droit castillan, mais à partir du XVI^e siècle ils constitueront aussi, du moins la plupart d'entre eux, la base du droit appliqué dans les Indes espagnoles une fois incorporées à la Couronne de Castille.

Section 2 : L'incorporation des Indes à la Couronne de Castille

Depuis toujours, la Couronne de Castille a estimé que la meilleure façon d'administrer les colonies d'outre-mer serait celle de transplanter son propre droit dans les nouveaux territoires conquis. Les capitulations de Sante Fe, datant du 17 avril 1492, signées quelques mois avant l'achèvement de la conquête de l'Amérique, donnent au Nouveau Monde une organisation administrative et judiciaire telle qu'elle était structurée en Castille, à savoir : un amiral, un vice-roi, un gouverneur et des officiaux royaux.⁷⁷ (§1)

⁷⁴ On a beaucoup discuté sur la mise en vigueur de la *Novísima Recopilación* dans les territoires des Indes étant donné que sa publication coïncide avec le début des guerres d'indépendance américaine. Voir Beatriz BERNAL, *op.cit.*, p. 101

⁷⁵ Les pragmatiques sont des lois adoptées par le roi pendant l'Ancien Régime Espagnol concernant les affaires du royaume

⁷⁶ Francisco MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, biblioteca virtual universal, 2003 in <http://www.biblioteca.org.ar/libros/70842.pdf>

⁷⁷ GARCÍA GALLO, « Problemas metodológicos de la Historia del Derecho indiano », *op. cit.*, p.23

De même, si un problème nouveau arrivait aux Indes la solution était cherchée dans la législation castillane. La création des nouvelles règles pour l'Amérique espagnole apparaît lorsque l'ordre juridique présentait des vides légaux et uniquement quand ceux-ci ne pouvaient pas être comblés par des principes tirés de ce même droit. En plus, jusqu'au XVIII^e siècle, toute loi dictée pour le royaume de Castille valait également pour les Indes⁷⁸.

Ainsi, le droit castillan et le droit commun forment le droit des Amériques Espagnoles jusqu'aux mouvements d'indépendance du XIX^e siècle, voire jusqu'à la période de formation des États modernes latino-américains (§2).

§1 : L'unité politique et juridique des Indes espagnoles

La conquête espagnole avait imposé au sud du continent américain « une unité factice, en retenant sous sa domination des peuples différents, des civilisations diverses, logées au sein de cellules géographiques, séparées par d'immenses espaces. Elle avait réussi à donner les linéaments d'une même culture par l'intermédiaire du castillan à un ensemble de peuples très divers »⁷⁹. Jusqu'au processus d'indépendance, les territoires de l'Amérique du Nord –l'actuelle Californie, Texas et Mexique-, de l'Amérique centrale et de l'Amérique du Sud –à l'exception du Brésil et d'autres petites régions- forment une unité politique en raison de son incorporation au royaume de Castille. Son morcellement en plusieurs vice-royaumes et gouvernements n'affecte en rien cette unité dans la mesure où il s'agit d'une division ayant des effets administratifs, judiciaires et militaires.

Ainsi, lorsque les conquêtes se développent et d'immenses nouveaux territoires s'ajoutent à la Couronne de Castille, les gouvernants espagnols ne conçoivent pas l'idée de créer des royaumes indépendants, mais de former au fur et à mesure un seul corps politique, celui des Indes Espagnoles. Même avant de connaître l'ampleur territoriale de ce qui s'ajoutait à la métropole, la décision des gouvernants a été de faire une incorporation *in*

⁷⁸ *Ibid.*, p.24

⁷⁹ P. CHAUNU, *op.cit.*, p.57

toto, de sorte que « l'unité l'emporte finalement sur la diversité⁸⁰ ». Cette unité politique a entraîné aussi une unité juridique fondée principalement sur le droit castillan-indien, ce qui explique probablement pourquoi les territoires américains durant l'époque coloniale ne jouissaient pas d'un droit propre distinct de celui de la métropole.

§2 : Le droit castillan et le droit commun comme des droits des Indes

En réalité, le droit de Castille était un droit complexe. Au moment de la découverte de l'Amérique, sa composition était fixée par l'ordonnance d'Alcalá puis par les lois de Toro et la *Nueva Recopilación* dont on a déjà parlé. En 1530, à travers une Real cédula, Carlos V dispose expressément que le droit de Castille soit appliqué aux Indes conformément à l'ordre de priorité établi dans les lois de Toro, à savoir : les lois royales, les fueros municipaux et les *Siete Partidas*.

D'après la doctrine du droit commun d'origine médiévale, le droit de Castille était un *ius proprium* d'application principale qui trouvait ses *iura communa* dans le droit canonique et dans le droit romain représentés dans le *Corpus iuris Canonici* et le *Corpus iuris Civilis*, tous les deux conçus comme des droits subsidiaires⁸¹. Concernant le droit canonique, il est appliqué soit comme un droit direct pour la solution des affaires spirituelles ou appartenant au for du clergé, soit comme un droit supplétoire lorsque ni le droit amérindien ni le droit du royaume établissent une réponse juridique au problème existant⁸². En ce qui concerne le droit romain, les juristes acceptent son application même si les lois de Toro ne l'incluaient pas parmi les sources du droit castillan-indien.

Effectivement, beaucoup de juristes espagnols refusaient la vigueur du droit romain même à titre subsidiaire, notamment celle du *Corpus Iuris Civile*, en tant que loi supérieure de l'Empire romain germanique. L'accepter, selon eux, supposait d'admettre la suprématie de cet Empire malgré l'indépendance du Royaume de Castille. Le 4 décembre 1713 et le 20 mai 1741, le gouvernement espagnol a déclaré que les lois romaines ne sont pas des lois

⁸⁰ *Ibid.*, p.1 à

⁸¹ GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica, op. cit.*, p. 101

⁸² GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador, op.cit.*, p. 50-51

d'Espagne, mais de « doctrine de sages ». Par ce biais elles peuvent être appliquées uniquement à défaut de lois nationales ; à condition cependant qu'elles ne soient pas en opposition avec les dispositions royales⁸³.

Dans la pratique, pourtant, le droit romain est largement accepté, soit pour clarifier le sens des lois royales soit pour les appliquer à titre subsidiaire dans des hypothèses de lacunes juridiques. Les juristes modernes ont fini par accepter l'applicabilité du *Corpus iuris civilis* comme un élément de ratio (pro ratione) et non comme un élément de lex (pro auctoritate), c'est-à-dire en tant que doctrine de sages non contraignante⁸⁴.

Ainsi donc, l'application du droit castillan dans les Indes a entraîné la vigueur du complexe système des sources déjà cité, ce qui n'a pas empêché pourtant la création d'un droit propre en Indes en tenant compte de leurs particularités.

⁸³ GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica, op. cit.*, p. 101

⁸⁴ *Idem*

Chapitre 2 : Un acte de réalisme dans l'application du droit castillan aux colonies américaines : la naissance d'un droit spécial pour les Indes

Vers la fin du XV^e siècle, le pouvoir métropolitain se voit confronté à de nouvelles situations dans les Indes ne pouvant pas être résolues par le seul moyen du droit castillan. C'est pour cette raison que la Couronne commence à chercher des solutions qui vont au-delà du cadre juridique, dans un premier temps, en se tenant à l'expérience européenne, puis en cherchant des solutions plus justes et plus conformes à la réalité du Nouveau Monde. Ainsi, le roi crée les fonctions de cosmographe et de chroniqueur chargés de faire connaître aux autorités royales la réalité amérindienne dans tous ses aspects significatifs. En outre, la solution donnée à l'affaire des *encomiendas*⁸⁵ a été précédée par un échange d'informations entre la couronne et des espagnols vivant en Amérique.⁸⁶

Il s'agit, en fait, d'un véritable acte de réalisme⁸⁷ inspiré par la constatation des circonstances différentes de celles péninsulaires qui rendaient difficile l'application d'une législation étrangère sans au moins reconnaître une certaine divergence. À partir de ce moment-là, un nouveau tournant s'opère dans la tradition juridique ibéro-américaine : la création d'une législation propre pour les Indes Occidentales (*Section 1*) portant essentiellement sur l'organisation et le fonctionnement de l'État et sur tout ce qui concerne la police dans le sens actuel d'administration publique. Cette prédominance du public sur le privé oblige les Indes de rester, en ce qui concerne le droit civil, sur les commandements du droit castillan, notamment sur les dispositions des *Siete Partidas* et de la *Nueva Recopilación* (*Section 2*).

⁸⁵ Pour une définition des *encomiendas* v. note 69 *infra*

⁸⁶ GARCÍA-GALLO, *op.cit.*, p. 32

⁸⁷ GUZMÁN BRITO, *op.cit.*, p.102

Section 1 : Une nouvelle législation pour les Indes occidentales

Peu après la découverte de l'Amérique, le gouvernement espagnol est tenu de produire des règles spéciales pour ses nouveaux territoires en tenant compte des spécificités. Le résultat a été l'application moins rigoureuse du droit castillan qui cède lorsqu'une loi spéciale amérindienne s'impose (§1). Par ailleurs, on assiste à la formation d'un « droit proprement amérindien » pour combler les lacunes existantes dans le régime castillan. Pour certains, il y avait autant de situations non régies par l'ordre juridique métropolitain que le nouveau droit devient le plus important en Amérique⁸⁸ alors que d'autres le considèrent comme un simple droit supplétif régissant des situations exceptionnelles⁸⁹. Quoi qu'il en soit, la doctrine tend à reconnaître l'existence d'un droit particulier créé pour les Indes dont la production est pourtant principalement d'origine royale (§2).

§1 : Un droit castillan plus souple

Même si au début de la conquête de l'Amérique, les Espagnols ont essayé de résoudre les problèmes américains sur la base de réponses dominantes en Europe, c'est à partir de 1499 qu'on commence à chercher d'autres voies permettant aux normes de s'adapter aux nouvelles circonstances. Les lois de Burgos de 1512, par exemple, sont issues des rapports envoyés par des Espagnols qui connaissaient l'Amérique⁹⁰.

Il s'agit donc d'un droit plus souple qui tient compte des particularités, ce qui s'est encore accentué par la décision de Philippe II de ne pas appliquer automatiquement les nouvelles lois de Castille sans vérifier au préalable sa viabilité dans les Nouvelles-Indes

⁸⁸ C'est la doctrine soutenue par Juan MANZANO MANZANO, "Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del derecho indiano", *in* Revista del Instituto de Historia del Derecho del D. Ricardo Leve, Número 18, Buenos Aires, imprenta de la Universidad, 1967

⁸⁹ Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, "Las aspiraciones del derecho indiano y los resultados conseguidos", *in* <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/819/35.pdf>

⁹⁰ Les lois de Burgos sont les premières ordonnances que la monarchie castillane mise en œuvre aux Amériques pour organiser la conquête. Son but principal est de protéger les Amérindiens des conquistadors. Elles ne sont que vaguement appliquées aux Nouvelles Indes, la distance empêchant tout contrôle.

(A). D'ailleurs, les coutumes des indigènes s'intègrent dans l'ordre juridique amérindien à condition de ne pas contredire la religion catholique, les bonnes mœurs ou la loi en vigueur. Ce droit indigène est assimilé aux fueros municipaux, car il est placé au même niveau que ces derniers dans la hiérarchie des normes castillanes (B).

A) La décision de Philippe II (1614)

Jusqu'au début du XVII^e siècle, toute loi promulguée pour le royaume de Castille valait également pour les Indes, en vertu de ladite unité juridique entre celles-ci et la métropole. Pourtant, à partir de 1614 cette unité a souffert des limitations : une décision de Philippe II établit que seules les lois qui ont suivi une procédure spéciale, appelée le « *pase* » pouvaient être appliquées sur le sol américain. Cette procédure, en règle générale, exigeait l'approbation expresse du Conseil des Indes par le moyen d'une Real cédula. Le problème, toutefois, c'est qu'on ne sait pas quelles dispositions appliquées en Amérique ont obtenu l'approbation de la part du Conseil des Indes, de sorte qu'on ne connaît pas très bien l'efficacité de ladite ordonnance⁹¹.

B) La reconnaissance d'un droit coutumier indigène

Lors de la conquête, les indigènes « effrayés par des armes inconnues et infiniment plus puissantes que les leurs choisirent la fuite, parfois le suicide collectif, ou ils se soumirent. »⁹² Les causes du déclin de la population indigène sont connues : le choc microbien d'abord ; les mauvais traitements ; le travail forcé ; le confinement des indigènes sur les terres moins fertiles, mais aussi des suicides collectifs et des refus de procréer. Au XVI^e siècle le rythme de la catastrophe s'atténue lorsque la Couronne a réussi à imposer une législation qui protège en quelque sorte les indigènes⁹³ qui pourtant ne formaient plus qu'une minorité sans grande importance par rapport au nombre de métis, des blancs et des noirs présents sur le sol américain.

⁹¹ GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador, op.cit.*, p. 47.

⁹² J.P. MINAUDIER, *op.cit.*, p. 25

⁹³ *Ibid.*, p. 37

À son retour en Espagne en 1541, Charles V décide de reprendre les choses entre les mains. Il a essayé donc de limiter les droits des Espagnols en Amérique en imposant une réglementation plus précise de leurs rapports avec les indigènes. Ainsi, le roi promulgue en 1542 de nouvelles lois selon lesquelles toutes les *encomiendas*⁹⁴ accordées jusque-là à des fonctionnaires royaux ou à des clercs se trouvaient annulées. Il était interdit aussi de transférer leur *encomienda* par succession ou d'en distribuer de nouvelles⁹⁵.

Cet effort de revendication envers les communautés aborigènes s'est aussi traduit par une affirmation de leurs droits dans le cadre juridique. Bien que dans les territoires américains aucune forme d'organisation étatique n'ait existé avant l'arrivée des Espagnols, chaque groupe indigène avait ses propres lois et ses propres coutumes régissant la vie en communauté. Juan Polo de Ondegardo, considéré comme le grand créateur du droit amérindien-créole, suggérait de rétablir l'ordre partiellement aboli durant la conquête puisqu'aucune loi ne peut être meilleure pour régler les affaires des indigènes que celle découlant d'eux-mêmes⁹⁶.

C'est ainsi que les lois des communautés aborigènes ont été acceptées par le législateur espagnol et elles intègrent l'ordre juridique castillan-amérindien comme s'il s'agissait des *fueros* municipaux, notamment comme de vieux *fueros* castillans. Cette assimilation aux *fueros* explique, par exemple, la ressemblance existant entre les lois de Toro de 1505 et la compilation des Indes, en ce qui concerne le respect des droits spéciaux :

<p><i>Les lois de Toro 1550 :</i></p> <p>« Nous ordonnons que les desdits <i>fueros</i> soient respectés sauf dans les cas que nous croyons devant être modifiés ou dans le cas où ils soient contraires à Dieu, à la raison et aux lois contenues dans ce livre »</p>	<p><i>Recopilación des Indes 1680 :</i></p> <p>« Les lois et les coutumes qu'avaient jadis les Amérindiens pour son bon gouvernement seront observées et maintenues pour autant qu'elles soient chrétiennes et ne contredisent pas notre sainte religion et les lois contenues dans ce livre »</p>
--	--

⁹⁴ L'encomienda était un système appliqué par les Espagnols dans tout l'empire colonial espagnol lors de la conquête du Nouveau Monde à des fins économiques et d'évangélisation. Les colons se répartissent les communautés indigènes qui leur étaient confiées; ils devaient assurer leur évangélisation. Les Amérindiens, en échange, devaient à leur *encomendero* un tribut, payé en nature ou en services. *Ibid.*, p. 27.

⁹⁵ *Ibid.*, p.31

⁹⁶ Laura GONZALEZ PUJANA, "El indigenismo de Polo de Ondegardo", in file:///C:/Users/usuario/Downloads/9431-37341-1-PB.pdf, p. 112 s.

--	--

Cependant, il faut tenir en compte que la validité des droits coutumiers indigènes dépendait de leur conformité avec la foi catholique et la législation royale espagnole. Rappelons qu'une situation similaire s'est produite en Espagne où l'importance des fueros avait été très largement réduite au profit des droits nationaux imposés par la Couronne. Alors, même si formellement le droit des indigènes a été reconnu à l'intérieur du système castillan, dans la pratique, son application est très restreinte, car il est conditionné par la morale, par la religion et par le droit de l'empire colonial espagnol. Pour illustrer cette affirmation, la Réal cédula du 26 octobre 1541, interdit aux caciques du Pérou de pratiquer l'esclavage et ordonne se soumettre sur ce point aux dispositions des lois castillanes⁹⁷.

§2 : Un droit propre pour les Indes occidentales

La nécessité de créer un droit propre –différent de celui de la métropole- pour les nouvelles terres conquises, est une idée qui s'est toujours imposée. Certes, les célèbres « Capitulations de Santa Fé » que Colomb a signé avec les Rois Catholiques afin d'accorder un monopole sur toutes les contrées découvertes ainsi que les bulles du pape espagnol Alexandre VI confirmant les droits de l'Espagne sur toutes les terres passant par un point à 100 lieues à l'ouest du Cap-Vert sont considérées comme les premières lois créées pour les Indes occidentales⁹⁸.

Quelque temps après la découverte, on assiste à une prolifération des normes régissant des affaires spécifiques des Indes de Castille, telles que le traitement des indigènes, l'organisation administrative, le monopole ibérique et ses servitudes économiques, entre autres. On appelle cet ensemble des normes particulières produites pour le Nouveau Monde : *le droit proprement amérindien*, dont la vigueur s'étend au-delà de l'indépendance des colonies sud-américaines (A). Néanmoins, étant donné que le droit amérindien était un droit essentiellement casuistique, le nombre des dispositions depuis le

⁹⁷ Juan MANZANO MANZANO, "Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del derecho indiano", *op.cit.*, p. 70

⁹⁸ P.CHAUNU, *op. cit.*, p.22

XVI^e siècle a considérablement augmenté en obligeant la Couronne – à l’instar de ce qui s’était passé en droit castillan- à compiler tout ces matériaux juridiques dans un corps de lois plus ou moins cohérent. Après plusieurs tentatives de compilation, il est publié, sous le règne de Carlos III, la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680 (B).

A) Le droit des Indes proprement dit

Le droit amérindien est un droit créé pour répondre aux diverses situations qui se présentent dans le Nouveau Monde et pour lesquelles le droit castillan n’offrait pas de solution. Il a été conçu donc pour combler les lacunes juridiques présentant le droit métropolitain, raison pour laquelle il va s’enrichir au fil du temps en composant un corps des lois plus ou moins homogène. Par exemple, on établit de nouveaux principes pour le droit administratif indigène, des règles favorables à l’humanisation de la contrainte par corps, le principe de gratuité de la justice pour les indigènes, de lois concernant le monopole espagnol sur le commerce et la navigation ainsi que de nouvelles règles portant sur les familles fondées à partir du processus de métissage. De plus, en 1524, est créé le Conseil des Indes –l’équivalent, pour les Indes, du Conseil de Castille- chargé de préparer les lois et les ordonnances concernant le Nouveau Monde en donnant la forme légale aux ordres émanant de la Couronne.

En ce qui concerne son origine, on peut dire que le droit indigène est un droit créé essentiellement par la métropole. Il émane principalement des deux sources : d’un côté, il découle directement de la Couronne, soit du monarque lui-même soit des autorités centrales se trouvant en Espagne –notamment le Conseil des Indes- ; de l’autre, il est produit par les autorités locales qui siègent dans les Indes (vice-rois, gouverneurs, audiences, conseil municipal) devant être ratifié par le monarque. On parle de législation amérindienne royale, dans le premier cas, et de droit amérindien créole « *criollo* », dans le deuxième.

D’ailleurs, on peut dire que le droit amérindien est un droit typiquement évangélicisateur qui cherche –au moins en théorie- à protéger l’indigène, notamment à travers des bulles pontificales organisant les affaires religieuses sur les territoires

américains. C'est le cas des bulles du pape Alexandre VI octroyant le domaine des nouvelles terres découvertes aux Rois Catholiques avec le devoir de procurer la conversion des aborigènes à la foi catholique, ainsi que les bulles de 1504 et 1508 qui accordent à la Couronne la gestion des dîmes et du droit de patronage⁹⁹.

En effet, à part de l'installation des Tribunaux de l'Inquisition¹⁰⁰ pour empêcher la diffusion du sectarisme en Amérique, l'œuvre capitale de l'Église a été avant tout la conversion des amérindiens au christianisme.¹⁰¹ Les ordres religieux franciscains, dominicains, augustins jouent un rôle important dans le travail de conversion des indigènes en prétendant en même temps détruire tous les vestiges païens¹⁰². Charles V, influencé par le prêtre Bartolomé de Las Casas, édicte en 1545 « les nouvelles Lois » visant à protéger les indigènes en interdisant aux colons de les réduire en esclavage.

Mais le droit amérindien est aussi un droit éminemment provincial. En fait, la législation royale va essayer de s'adapter peu à peu aux particularités de chaque territoire, ce qui explique pourquoi durant la première moitié du XV^e siècle sa portée géographique est limitée ainsi que ses dispositions soient contenues uniquement dans les « livres registres » tenus par chaque province. En plus, ce droit se crée à mesure que les nouveaux faits se présentent, d'où son caractère casuistique. Le droit général et commun est plutôt une caractéristique du droit castillan, au moins jusqu'aux efforts de codification menés dès le XVI^e siècle¹⁰³.

C'est précisément parce que ce droit est provincial que les autorités royales cherchent à rassembler, dans un seul corps, toutes les dispositions jusqu'alors dispersées.

⁹⁹ « *Le Couronne jouissait en effet, en vertu de la bulle d'Alexandre VI d'un droit de patronage qui mit toute l'administration de l'Église des Indes entre les mains du roi. Il nommait aux charges ecclésiastiques, par l'intermédiaire du Conseil des Indes, il levait, au nom du clergé, les dîmes qui lui étaient dues, en vertu d'une bulle de 1501.* » P. CHAUNU, *op.cit.*, p.29

¹⁰⁰ Trois Tribunaux de l'Inquisition se sont installés en Amérique: à Lima en 1570, à Mexico en 1572 et à Cartagena des Indes en 1610.

¹⁰¹ P. CHAUNU, *op. cit.*, p.29

¹⁰² « *D'une façon générale, les religieux furent conscients du danger d'une contamination de la doctrine chrétienne par les croyances païennes, qui pouvaient offrir des ressemblances superficielles (ainsi chez les Aztèques existait un rite de confession-pénitence* » Marianne MAHN-LOT, *op.cit.*, p.81

¹⁰³ GARCÍA GALLO, *op.cit.*, p. 35

C'est le projet initial de Juan de Ovando dont l'initiative –même s'il sera plus tard abandonné- donnera l'occasion aux magistrats et fonctionnaires royaux de connaître la législation existante dans d'autres régions et des provinces américaines. La législation amérindienne va être fixée dans la *Recopilación de Leyes de Indias* (Compilation des lois des Indes) de 1680.

B) La *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680

L'un des traits caractéristiques du droit amérindien est le fait d'avoir été compilé et systématisé. Au fil du temps, la Couronne augmente le nombre des dispositions concernant les affaires du Nouveau Monde. Parmi les causes de cette prolifération on peut mentionner : la pratique qu'il existait de résoudre les situations cas par cas, ce qui de l'avis des juristes rendait les jugements plus justes ; la création des règles distinctes pour chaque province régissant des situations similaires ; la répétition des mêmes résolutions royales pour chaque autorité administrative ou judiciaire et aussi la création des nouvelles lois contredisant les lois déjà existantes, sans rien dire à propos de son abrogation¹⁰⁴.

Il est nécessaire donc, un recueil du droit amérindien, autant par l'hétérogénéité des normes existantes que par la dispersion de tout ce matériau juridique, en donnant comme résultat une sorte de compilation amérindienne à l'instar des compilations espagnoles du XV^e siècle.

La première des tentatives est apparue en 1510 lorsque *la Casa de la Contratación*¹⁰⁵ est obligée à rassembler toutes les dispositions des Indes afin de « les tenir en mains ». En 1562 López de Velasco est nommé chroniqueur des Amériques dont la fonction était de résumer les dispositions amérindiennes. Le résultat a été la « *copulata de*

¹⁰⁴ Antonio DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, No 47, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición 1994, México D.F, in <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1942/10.pdf>, p. 172

¹⁰⁵ La *Casa de la Contratación* créé en 1503, formée d'un trésorier, d'un contrôleur et d'un secrétaire supervisait les relations maritimes et commerciales entre les Indes et la Métropole et jouait aussi le rôle de Cour de justice souveraine dans le domaine du commerce des Indes.

leyes y provisiones de Indias » conformée par 9170 dispositions rassemblées systématiquement comprenant le droit amérindien produit entre 1492 et 1569.

Dans les années suivantes, Antonio de Leon Pinedo travaille à la rédaction d'une œuvre de compilation qui sera reprise presque dans son intégralité par le conseiller Gil de Castejon et le rapporteur Fernando Paniagua en donnant lieu à la *Recopilación de Indias* de 1680 publiée sous le règne de Carlos II¹⁰⁶.

La *Recopilación de Indias*¹⁰⁷ est divisée en neuf livres, composés à la fois de 218 titres et annulant toute la législation existante avant sa publication, à exception de la législation spéciale créée pour les Audiencias¹⁰⁸. Cette compilation ayant une portée générale permet l'extension dans les Indes d'un droit auparavant provincial. Malgré les efforts, les lois édictées postérieurement n'arriveront pas à être rassemblées dans un nouveau corps législatif. C'est la raison pour laquelle la *Recopilación de Indias* restera comme le seul « code » officiel du droit amérindien, ce qui n'empêchera pas la rédaction des œuvres privées à des fins de publicité.

Section 2 : Le droit privé castillan-amérindien

Les lois amérindiennes ont pour caractéristique commune la faible priorité accordée au droit civil¹⁰⁹. Il en va de même pour le droit canonique sauf en ce qui concerne la réglementation du mariage et de certains aspects relatifs à la famille. En effet, les lois contenues dans les codes mentionnés portent fondamentalement sur le droit public (§1), notamment sur le droit administratif, le droit du fisc, le droit du travail, le droit pénal et la procédure. En outre, les réglés du droit privé sont des spécificités d'inspiration publiciste à des institutions privées déjà créées dans les anciennes compilations. De sorte que le droit

¹⁰⁶ DOUGNAC RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 178 s

¹⁰⁷ On l'appelle compilation puisqu'il s'agit d'une collection d'éléments législatifs distincts provenant des auteurs différents et parfois des résumés des lois précédentes.

¹⁰⁸ Les livres portent sur les affaires ecclésiastiques (1), les lois et le Conseil des Indes (2), le domaine sur les Indes (3), les découvertes et le commerce (4), les vice-rois, les gouverneurs et le droit de procédure (5), les indigènes, les tributs et les encomiendas (6), le droit pénal (7), le droit du fisc (8) la *Casa de la contratación*, le commerce et la navigation (9).

¹⁰⁹ ZORRAQUÍN BECÚ, *op.cit.*, p. 1775

privé castillan-indien de l'époque coloniale va être essentiellement celui compris dans les *Siete Partidas* du roi Alfonse X (§2).

§1 : Le droit amérindien : un droit essentiellement public

La plupart des dispositions du droit amérindien sont des dispositions qui concernent le droit public, c'est-à-dire des normes qui régissent, entre d'autres, l'organisation et le fonctionnement de l'État. On trouve ainsi des normes relatives au contrôle du théâtre, au régime des eaux, aux jeux interdits, au contrôle des étrangers, au marché des viandes¹¹⁰ pour n'en citer que quelques-unes.

D'après Rodrigo de Aguilar y Acuña « *dans les Indes presque tout est public et de gouvernement, c'est-à-dire de droit public, puisque le système imposé pour le Nouveau Monde visait à tout contrôler* »¹¹¹. Ismael Sánchez Bella, pour sa part, classe en sept catégories le droit amérindien en vigueur sous le règne de Felipe II (1556 -1598) : la religion, la justice, le gouvernement, le trésor public, l'aspect social, l'aspect militaire, la découverte, les populations et la pacification¹¹².

L'étude sur les catalogues des livres registres-cédulaires du Río de la Plata ont permis de constater que la grande majorité des normes contenues dans le droit amérindien sont des normes qu'on peut qualifier aujourd'hui de police administrative¹¹³. En effet, certaines cédulas prévoient des règles relatives au bon gouvernement, à la religion et à la

¹¹⁰ À propos de ce sujet, Carlos M. STORNI, "Acerca de la regulación jurídica del abasto de carne a las ciudades: Siglo XVIII", in *Revista de Historia del Derecho*, 1990, p. 439-464

¹¹¹ En revanche, Antonio de Leon Pinedo divisait le droit amérindien en public, privé et quasi-public. Le droit public concernait les trois premières livres de la *Recopilación de Indias*, le droit privé les cinq livres suivants et le livre dernier portant sur le droit quasi-public. "Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias", in *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, No 8, Buenos Aires 1957, fol. 16

¹¹² Ismael SÁNCHEZ BELLA, "El derecho indiano bajo Felipe II (1556 -1598)", p. 95-134, XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Buenos Aires, 4 al 9 de septiembre, 1995. Actas y estudios (Buenos Aires, 1997)

¹¹³ Heikki PIHLAJAMAKI, "Lo europeo en el derecho ius politiae y el derecho indiano", in *Derecho y Administración pública en las indias hispánicas*, Volumen II, Coordinación Feliciano Barrios, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1998, p. 1363 s. <https://books.google.fr/books?id=RSLB2LVrhDIC&pg=PA1363&lpg=PA1363&dq=heikki+pihlajam%C3%A4ki+lo+europeo+en+derecho&source=bl&ots=dH2mTYrLaQ&sig=TgCuEGQn5TMdYwxaW51c2ASRDmc&hl=en&sa=X&ved=0CCQQ6AEwAGoVChMIy9mPm7nsxgIVTL4UCh0WqQCY#v=onepage&q&f=false>

protection des indigènes. Un autre grand nombre des normes portent sur le trésor public, les affaires militaires, l'exploitation des mines, la défense et le contrôle des comptoirs, la nécessité d'imposer la langue espagnole chez les indigènes, entre d'autres.

C'est probablement le processus de compilation du droit castillan mené par les autorités royales dès le XVI^e siècle ainsi que son incorporation automatique aux Indes lors de la conquête du Nouveau Monde sont des raisons justifiant la grande absence des dispositions touchant au droit privé dans les compilations amérindiennes. Or, les exigences de la découverte et de la mise en place d'un système administratif et d'impôts pour les Indes de Castille expliquent aussi pourquoi la législation royale créée pour les Amériques poursuit son développement principal dans d'autres domaines distincts que celui du droit civil.

En réalité, rares sont les dispositions de droit amérindien qui s'occupent de l'institution de la famille et dans ce cas-là, celles-ci portent essentiellement sur des points spécifiques sur lesquels la couronne voulait prendre leurs distances par rapport à ce qui était ordonné pour la péninsule. C'est le cas par exemple du statut de « l'homme marié absent », c'est-à-dire l'homme qui se trouvait seul sans sa famille sur les terres américaines ou celui habitant en Amérique qui voulait partir seul en Espagne. La couronne s'est toujours efforcée de promouvoir l'unité du domicile conjugal en contraignant aux hommes mariés à rester auprès de leur famille et en cas de voyage à amener leurs femmes avec eux¹¹⁴. On trouve aussi une ordonnance royale touchant le droit privé en ce qui concerne l'âge légal pour se marier sans que soit nécessaire le consentement des parents, laquelle a été réduite à 25 ans pour les hommes et à 23, 22, 21, même 20 ans dans les cas des femmes¹¹⁵.

§2 : Les *Siete Partidas* et la *Nueva recopilación* : les principales sources du droit privé dans les Indes occidentales

¹¹⁴ V. KLUGER, "El derecho privado indiano. Un derecho de raíces europeas. Algunos ejemplos de su invocación en los pleitos de familia Rioplatenses (1776 -1812)", in Seminario d'Aggiornamiento Professionale, a cura di GUIDO ALPA, Giuffrè editore, 2005, p. 397 s

¹¹⁵ Ibid., p. 417

Étant donné l'absence presque absolue des dispositions du droit privé dans le droit proprement amérindien, il n'est pas surprenant que la législation castillane –notamment les *Siete Partidas*- soit le corps applicable aux actes et à la vie des particuliers non seulement parce qu'elle intègre le système de sources du droit en vigueur, mais aussi parce qu'elle est imprégnée du droit romain justinien et du droit canonique, largement étudiés dans les universités du Nouveau Monde.

Certes, c'est probablement les *Siete Partidas* d'Alfonse le savant qui constituent le corps législatif le plus important en ce qui concerne le droit privé amérindien de la période coloniale. En effet, cette compilation –inspirée très largement par le droit romain justinien dans sa version interprétée par les glossateurs et par les commentateurs italiens- acquiert un tel prestige qu'elle est fréquemment invoquée dans les Tribunaux du Nouveau Monde, encore plus que dans la péninsule¹¹⁶.

Ainsi, les *Siete Partidas* conquièrent assez vite une grande autorité. « Les Tribunaux royaux les adoptent comme le droit commun du pays ; les universités leur donnent une consécration scientifique ; les légistes les étudient à l'exclusion du droit national ; elles finirent par remplacer ce droit dans l'éducation juridique et par prendre rang à la suite du corps du droit canonique et des recueils de droit romain »¹¹⁷. Cette importance est telle que des institutions du droit féodal espagnol sont laissées de côté pour installer à leur place des figures juridiques du droit savant, ainsi que certaines conceptions coutumières qui sont absorbées et assimilées à des conceptions romaines, même en modifiant leur nature¹¹⁸.

Or, bien que le droit romain ait été la source principale du droit civil amérindien durant la période coloniale, on trouve aussi, dans le droit amérindien, des institutions et des réglementations insérées par des traditions distinctes à celle romaine. En matière des personnes, par exemple, le droit civil amérindien reconnaissait une pluralité des sujets : des hommes libres et des esclaves ; des Espagnols, des étrangers ; des indigènes et des non

¹¹⁶ José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, "En torno al derecho indiano vulgar", Universidad Complutense, p. 17., in file:///C:/Users/usuario/Downloads/21533-21552-1-PB.PDF

¹¹⁷ Ernest NYS, *op.cit.*, p. 80

¹¹⁸ Pedro Gómez de la Serna, *Ob.cit.*, p. XXV

indigènes ; des métis, des mulâtres et des zambos, etc. D'ailleurs, en matière de droit de succession, il existait des institutions telles que *la manda pía forzosa* étant un tribut levé par la Couronne espagnole sous la forme d'héritage forcé afin de secourir les victimes de la guerre d'indépendance ; les héritages forcés en faveur de l'âme du testateur ou celle de l'exclusion des femmes de la succession au profit des barons. Finalement on peut citer, en matière de droit d'obligations, les *retractos gentilicios*, le plafonnement du taux d'intérêt, l'interdiction de l'antichrèse, la concession de *quitas y esperas* au débiteurs par bénéfice réel, parmi d'autres. Comme on le verra par la suite, cette législation aura aussi une influence importante dans le mouvement de codification du XIX^e siècle.

Titre 2. L'adoption d'un Code civil pour la République de Colombie

Le processus d'indépendance des colonies espagnoles a été une victoire de nature politique plutôt que juridique. Les nouveaux états continuent d'être régis par le « vieux » droit métropolitain, notamment en ce qui concerne le droit privé et le droit administratif. Pourtant cette dépendance juridique est souvent comprise chez les dirigeants politiques comme un élément de défaite empêchant l'achèvement totale des mouvements d'émancipation, surtout si l'on tient compte du fait que l'émergente législation « *patria* » ne parvient pas à briser les anciens liens espagnols.

La principale critique à l'encontre de la législation castillane-amérindienne ne visait à la qualifier de « féodale, monarchique et despotique », ce qui n'était pas compatible avec les nouveaux principes posés par la Constitution, notamment avec celui de liberté. Le vice-président du Chili, lors du Congrès national de 1831 se plaint du fait qu'une fois que « la monarchie a été abolie et remplacée par une République, on conserve les lois de Castille et que ce soit précisément cette législation qui règle notre administration politique et civile, quoiqu'elle concentre tout le pouvoir entre les mains d'un monarque siégeant à trois mille lieues de notre sol¹¹⁹ ».

Ainsi, le contexte d'indépendance en Amérique latine favorise la mise en œuvre du processus de codification à l'instar des pays européens, dans le but de permettre une rénovation des structures coloniales et l'introduction de nouvelles techniques déterminantes pour l'économie.¹²⁰ (Chapitre I) Dans un premier moment, ces solutions vont être cherchées dans les droits des autres pays, notamment dans le Code civil napoléonien dont l'influence dominait alors le monde. Mais bientôt, les États comprendront la nécessité de ne s'écarter pas de leurs traditions et de donner leurs contributions au développement de leur pays.

¹¹⁹ Alejandro GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador, Historia de la fijación del derecho civil en Chile*, Tomo II, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago d Chile, octobre 1982, doc. N° 177 p.44

¹²⁰ WALD, *op.cit.*, p. 859

Une entreprise de codification date de la deuxième moitié du XX^e siècle. « Ils ne sont plus des traductions littérales du Code civil français, mais se rapprochent de la réalité locale. ¹²¹» Le code chilien de 1855, dont le projet a été élaboré par le juriste Andrés Bello, concilie les modèles français et espagnol, ce dernier ayant une plus grande influence en matière de droit de famille et des successions. La Colombie a suivi le modèle du code chilien, en principe, à travers le processus de codification entamé par les différents États qui conformement le pays jusqu'à 1887, puis avec l'adoption du Code Bello dans toute la République. (Chapitre II)

¹²¹ Ibid., p. 868

Chapitre 1 : L'essor du mouvement de codification au XIX^e siècle

La codification se présente comme le moyen d'affermissement du processus d'indépendance mais aussi comme la seule manière de se détacher d'un droit maintenu par la force des circonstances devant être remplacé par une législation plus conforme aux nouvelles réalités. Tout cela conduisait nécessairement à l'idée de créer des corps juridiques qui soient capables d'abolir l'universalité imposée par l'ancien système castillan-indien (*Section 1*).

Dans une première phase, on constate que ces idées de codification se sont traduites par l'adoption presque totale du Code Napoléon 1804, comme manifestation d'une rupture avec la période coloniale : ce sont les cas d'Haïti et de Saint-Domingue. Dans un deuxième temps, cependant, une nouvelle génération des Codes apparaît : les codificateurs latino-américains de la deuxième moitié du XIX^e siècle cherchent à instituer des codes relativement originaux, en s'inspirant des modèles européens, mais aussi de la tradition héritée du droit castillan-indien, tels que le Code chilien de 1855 et le Code argentin de 1869 (*Section 2*). L'aspiration des juristes latino-américains représente donc un ensemble d'éléments visant à se libérer des systèmes économiques coloniaux¹²² –en s'inspirant des expériences acquises ailleurs- mais aussi de la volonté de se rapprocher de sa tradition juridique de sorte que la législation soit plus cohérente avec les réalités locales.

Section 1 : Le processus de codification : une rupture avec le droit castillan –amérindien ?

En 1810, les créoles ont saisi l'occasion pour lancer le mouvement d'indépendance. Dans un premier temps, ils ne cherchaient qu'à se démarquer de la politique impériale des français, en soutenant les droits légitimes du roi espagnol mais en demandant de participer au gouvernement de la colonie. Cependant, le rétablissement des monarchies et des anciennes colonies après la chute de Napoléon, éclata la guerre d'indépendance des

¹²² *Ibid.*, p. 859

colonies américaines (1819 -1824) en brisant tous les liens politiques et économiques avec la métropole¹²³.

Une fois conquise l'indépendance, on aurait pu s'attendre aussi à la dérogation pure et simple de la législation espagnole en vigueur. Il n'en a pas pourtant été ainsi. Pour des raisons d'ordre pratique, on a continué à appliquer les différents corps juridiques composant le droit castillan-amérindien, notamment les Siete Partidas en ce qui concerne le droit privé. L'abolition définitive, pourtant difficile à préciser, n'attendra que l'accomplissement des travaux préparatoires du Codes civils latino-américains au cours du XX^e siècle.

Or, il faut constater que nonobstant la permanence en Amérique du droit hérité de la couronne espagnole -au-delà du cadre colonial-, l'avènement du processus de codification latino-américain au XVIII^e siècle a entraîné l'apparition de fortes critiques contre celui-ci. Les colonies, confrontées à un nombre d'abus important de la part des conquérants espagnols, considéreront un temps la codification comme le moyen de lutter contre l'arbitraire, mais aussi de faire table rase du passé (§1).

D'ailleurs, l'idée de s'émanciper de la métropole en refusant l'ancien droit de Castille se renforce aussi bien par des raisons externes que par des raisons internes qui poussèrent rapidement les premières idées de codification (§2). Certes, tout ceci ne faisant que correspondre, alors, à l'idéal indépendantiste : « on veut réformer la société en profondeur. Cette modification ne peut alors se faire qu'au travers d'une véritable mutation du droit privé. »¹²⁴

§1 : La codification en tant que table rase du passé

Il est très fréquent dans l'histoire juridique que la suggestion ou l'exigence des nouveaux corps législatifs s'accompagne d'un mouvement de critique du droit en vigueur.

¹²³ Fernando HINESTROSA, Édgar CORTÉS, Felipe NAVIA, « Culture et droit civil. Rapport colombien », in www.henricapitant.org/sites/default/files/Colombie_Hinestrosa_Cortes_et_Navia_.pdf

¹²⁴ COMBETTE, *op.cit.*, p.47

Cela explique pourquoi, chez les États latino-américains naissants, l'idée de préserver le droit imposé par la métropole est conçue, dans un premier temps, comme la négation même du processus d'indépendance. Le raisonnement est simple : en conservant celui-ci, tout le succès de libération aurait été inutile puisqu'auraient survécu des traces de la colonisation par la voie des lois.

Certes, le thème d'une organisation civile extrêmement contraignante, fondée sur la base de l'enrichissement des métropoles au détriment des colonies, est au centre des conceptions politico-coloniales de l'époque et « c'est précisément ce qui explique le sens libéral donné, au moment de l'indépendance par les pays de l'Amérique latine, à l'idée de codification, ainsi qu'à celle de Constitution, comme réaction au droit colonial qui leur était antérieurement imposé¹²⁵ ».

Ainsi, Simon Bolívar, dans son discours au Congrès d'Angostura affirmait que « nos lois sont funestes, reliques indésirables de tout le despotisme ancien et moderne ; il faudrait démolir ce monstrueux bâtiment afin de bâtir un temple de justice, et sous les auspices de sa sainte inspiration, nous donner un code des lois »¹²⁶. La codification est donc garantie de la liberté et mécanisme d'émancipation du gouvernement « despotique et féodal » de la métropole.¹²⁷

Or, malgré les critiques portées sur le droit castillan-indien, il est intéressant de constater que l'ensemble des normes de droit privé a été moins contesté. D'après Alejandro Guzmán Brito, « il était évident pour tous les hommes d'État que le droit privé amérindien en tant que corps législatif rassemblant les traditions juridiques européennes les plus prestigieuses, devrait continuer à être le droit régissant les rapports entre particuliers. » Juan Egaña, par exemple, en évoquant les *Siete Partidas* affirme qu'il s'agit de « la collection la plus pure et la plus profonde existant dans le droit impérial romain à propos des contrats. »¹²⁸

¹²⁵ A. WALD, *op.cit.*, p.859

¹²⁶ *Ibid.*, p. 126

¹²⁷ BRITO GUZMÁN, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica, op.cit.*, p.125

¹²⁸ GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador, op.cit.*, p.120

Mais bientôt, cet idéal de bouleversement disparaît et « fait place à une nouvelle manière de concevoir les changements qui doivent avoir lieu en droit privé. Il s'agit, désormais, de faire appel aux sources juridiques antérieures : bâtir du neuf avec des matériaux qui ont fait leurs preuves ¹²⁹ ». Ainsi apparaissent, parmi les territoires américains désormais indépendants, les premières manifestations de la nécessité de se tourner vers le passé, notamment vers les lois et les anciens corps juridiques dans le but de construire à partir d'eux leurs propres États.

La première Constitution de la Colombie de 1821, par exemple, maintient en vigueur toute la législation existante jusqu'alors, en conservant, dans son article 188 « la vigueur et la force des lois que nous ont régi jusqu'aujourd'hui en tout ce qui ne s'oppose pas à cette Constitution, aux décrets et aux lois expédiées par le Parlement ». Outre la Constitution, la loi de procédure civile du 13 mai 1835 établit l'ordre de priorité des sources en plaçant au sommet les lois expédiées par le parlement colombien, suivies par « *les pragmatiques, les cédulas, les décrets et les ordonnances du Gouvernement espagnol sanctionnées jusqu'au 18 mars 1808, la Nueva Recopilación de Indias, La Nueva Recopilación de Castilla et les Siete Partidas* ». En d'autres termes, « l'indépendance marque la fin de l'époque amérindienne, mais non du droit amérindien. ¹³⁰ ».

Or, il faut noter que certaines dispositions du droit naissant ont entraîné une modification radicale des anciennes institutions espagnoles telles que l'interdiction d'établir des titres nobiliaires, des majorats et tout autre acte de lien qui immobilisait des biens fonciers ou des rentes, ¹³¹ mais en tout cas les changements sont rares et minimes. Contrairement au phénomène français où "la législation révolutionnaire a construit les structures d'une société nouvelle, qualifié volontiers de "bourgeoisie" » ¹³², le remplacement

¹²⁹ COMBETTE, *op. cit.*, p. 50

¹³⁰ Bernardino BRAVO LIRA, "El derecho indiano después de la independencia en la América Española: legislación y doctrina jurídica", Publicación del Instituto de Historia, V. 19, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1984, p. 5, *in* <http://revistahistoria.uc.cl/wp-content/uploads/2011/10/bravo-bernardino-19.pdf>

¹³¹ Artículo 179. Se prohíbe la fundación de mayorazgos y toda clase de vinculaciones. Artículo 181. Quedan extinguidos todos los títulos de honor concedidos por el Gobierno Español y el Congreso no podrá conceder otro alguno de nobleza, honores o distinciones hereditarias (...), Constitución de la República de Colombia 1821, Título 8, Disposiciones generales.

¹³² Jean BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire Romain au XIX^e siècle*, Éditions Montchrestien, Première édition, 1998, p. 435

de l'ordre socio-économique dans les Indes, et plus particulièrement l'abolition des privilèges et des particularismes, n'ont été que symboliques, étant donné que « les structures sociales sont restées telles que les avait livrées le passé colonial et que la révolution politique avait été avant tout le fait de l'aristocratie créole¹³³ ».

C'est dans ce contexte qu'aura lieu le processus de codification en Amérique latine, c'est-à-dire, en revendiquant le droit qu'au cours des siècles "avait lentement produit l'âme du peuple »¹³⁴, de sorte que le droit castillan-indien et droit romain, les deux principales sources de droit privé avant 1887, ne pouvaient que se retrouver dans les nouvelles codifications. « La codification n'emporte pas la rupture et l'ancien droit contribue au processus de transition, qui peut être plus ou moins long, selon les circonstances et selon les qualités de la nouvelle législation »¹³⁵.

§2 : Les facteurs déterminants de la formation des idées de codification

Le besoin de codifier se retrouve-t-il dans tous les ordres juridiques ? « À l'examen, il s'avère que tous les ordres ont, à des degrés certes très divers, éprouvé le besoin de se doter des codes. Comme l'a fait remarquer B. Oppetit, l'adhésion à l'idée de codification a répondu schématiquement à trois types de considérations : des considérations politiques, sociales ou techniques »¹³⁶.

Dans sa dimension politique, la codification se montre alors comme une expression du pouvoir¹³⁷. Fruit du processus d'émancipation des peuples latino-américains, elle constitue le moyen d'exprimer leur puissance et de réaffirmer leur autonomie par rapport à la métropole, d'où le fait que ces idées de codification soient apparues, de manière générale, une fois achevé le processus d'indépendance. En Amérique latine, « le contexte

¹³³ «Comme par le passé, entre l'aristocratie foncière héritière de la conquête et la masse illettrée des métis et des Amérindiens, l'hiatus d'une classe moyenne persiste », P.CHAUNU, *op.cit.*, p.94

¹³⁴ COMBETTE, *op.cit.*, p.49

¹³⁵ GLENN, *op.cit.*, p.533

¹³⁶ Jean François RIFFARD, « L'idée de codification appréhendée par le droit comparé : un bref aperçu », *Passé et présent du droit*, n° 6, sous la direction de David Deroussin, Florent Garnier, Éditions Le Manuscrit, 2009, p. 137

¹³⁷ Idem

intellectuel offre le spectacle de juristes, relayant les revendications bourgeoises et celles de la société civile dans le contexte d'États autoritaires opposés aux droits posés par la société civile. Ce sont les cas de Dalmacio Vélez Sarsfield, en Argentine, Teixeira de Freitas et Clovis Beviláqua, au Brésil, Andrés Bello, au Chili. »¹³⁸

La volonté de codifier répond aussi à des impératifs d'ordre social. Comme on l'a vu précédemment, au lendemain de l'indépendance, les anciennes colonies cherchent à poser les nouvelles bases sur lesquelles construire leurs propres États. L'acte de création de la Fédération des provinces unies de la Nouvelle-Grenade, par exemple, envisage l'adoption de codes civils et criminels pour la future Nation colombienne.

Enfin, et c'est peut être là la dimension la plus communément admise, la codification répond à des impératifs d'ordre technique. Souvent la codification s'impose dans le but de « remédier à la dispersion et à l'émiettement des sources du droit. Elle répondrait ainsi à une exigence d'unité et de sécurité juridique¹³⁹ ». À cet égard, le phénomène latino-américain diffère de l'entreprise de codification française, dans la mesure où l'un des enjeux majeurs est justement de mettre en place une législation uniforme à la France étant donné la diversité juridique existante. Au contraire, comme on l'a déjà vu, l'Amérique Latine jouit d'une certaine unité juridique transmise dès l'époque de la conquête, si bien que les finalités de la codification visent plutôt la réduction de l'impact des coutumes existantes et l'obtention d'une certaine complétude en plaçant la loi au sommet du système juridique¹⁴⁰.

Or, la plupart des revendications formulées par les juristes et théoriciens européens lors du mouvement de codification du XVIII^e siècle ont été transférées presque dans leur intégralité au système latino-américain. Certes, à l'instar des accusations portées contre le *Corpus Iuris Civilis*, les juristes remettent en question la pluralité des codes, leur volume, ainsi que le nombre de lois qui ont été adoptées suite au travail de compilation.

¹³⁸ A. WALD, *L'influence du Code Civil en Amérique Latine*, op.cit., p. 860

¹³⁹ J. F. RIFFARD, op.cit., p. 138

¹⁴⁰ GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, op.cit., p.167

Les juristes réclament l'unification juridique, non pas dans le sens de rassembler la variété des coutumes dérivées de la féodalité –comme c'est le cas en France- mais dans l'esprit d'une organisation de la multiplicité des lois existantes. Sur ce point, l'un des reproches adressés aux codes hispaniques tient au fait que les textes sont un ensemble d'éléments incohérents, et non pas des corps législatifs systématiquement organisés. La législation est qualifiée d'obscur, et se voit reproché l'utilisation d'un langage peu compréhensible, avec des règles désuètes, remplies de lacunes et de contradictions. Juan Egaña, juriste chilien, affirme que « (...) ni l'homme connaît ses droits ni le juge peut les garantir, parce que lorsque en vertu des lois castillanes et amérindiennes une personne demande justice, il y aura toujours un contradicteur habile et instigateur qui lui oppose un real ordonnance les ayant déjà abrogées »¹⁴¹

Enfin, les juristes rêvent de codes clairs, courts et précis « dont le nombre rend le procès éternel et dont le conflit rend les jugements arbitraires. Il n'est pas étonnant que la codification soit aujourd'hui perçue comme une nécessité par la plupart des pays. Même si cette codification pourra prendre suivant le cas des formes très diverses »¹⁴².

Section 2 : La codification comme adaptation du Code civil Napoléon : la deuxième vague du Code civil du Chili

Au moment de l'élaboration du Code civil chilien, l'influence du Code Napoléon domine le monde. La codification napoléonienne est perçue comme un corps contenant de grandes qualités et qui a « réussi à codifier des matières traditionnelles, épurer et rénover sur certains points le droit romain, intégrer certains principes philosophiques, considérer les nouvelles conditions économiques et sociales de l'époque, et exposer des préceptes de façon claire et nette »¹⁴³.

Ainsi, en dehors du continent européen, l'influence du code à la française s'est largement répandue au XIX^e siècle. Une grande partie des codes latino-américains se sont

¹⁴¹ GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador, op.cit.*, p.146

¹⁴² J.F.RIFFARD, *op.cit.*, p. 138

¹⁴³ *Ibid.*, p.864

formés, à plus ou moins grande échelle, selon ce modèle français dont « les institutions ne rompaient pas brutalement avec les traditions nationales¹⁴⁴ ». En Argentine, par exemple, quelques articles ont été tirés directement du Code Napoléon (145)¹⁴⁵.

D'après Guzmán Brito¹⁴⁶, on peut classer en trois catégories les divers types de codes régissant l'Amérique latine, en fonction du degré d'influence du Code français dans leur réalisation. Ainsi, dans un premier groupe se placent les codes qui ont « adopté » le Code civil, c'est-à-dire, ceux qui ont repris presque sans modifications l'ensemble des dispositions du Code Napoléon, tels que le Code d'Haïti (1846) et de Saint-Domingue (1884).

Une deuxième vague comprend les codes qui ont « adapté » le *Code civil* : ce sont les cas du Pérou, du Guatemala, du Chili et par conséquent celui de la Colombie, qui chercheront à instituer des codes relativement originaux, en s'inspirant des modèles européens sans pour autant dénigrer la force de leur histoire juridique (§1).

Enfin, le troisième groupe est composé du Code de l'Argentine (1869), de celui du Paraguay (1876), et de celui du Brésil (1916) : en raison de la date à laquelle ils sont créés, ces derniers ont reçu l'influence des autres codes différents du Code Napoléon, notamment le Code chilien (1855), le Code civil espagnol (1889) et le Code allemand de 1900 (§2).

§1 : Les principales sources juridiques employées par Andres Bello dans la rédaction du Code civil chilien

Grosso modo, on peut dire que le Code civil chilien élaboré par Andrés Bello a été inspiré par deux types des sources : celles de la doctrine et des Codes étrangers, particulièrement les Codes français, prussien et autrichien ; et celles du droit amérindien

¹⁴⁴ *Idem*

¹⁴⁵ K. KARST et K. ROSENN, "Law and Development in Latin America, Berkeley, University of California", Press, 1975, p.45 in GLENN, *op.cit.*, p.538

¹⁴⁶ GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica, op.cit.*, p.188 s

dans sa version du droit romain castillan en vigueur depuis l'ère coloniale, et dont l'influence est considérable¹⁴⁷. En vertu de son prestige, il est adopté en Équateur (1860), au Salvador, au Nicaragua (1904) et en Colombie (1887). Il s'agit d'un code très proche du droit traditionnel colonial qui a « réussi à épurer et à rénover sur certains points les solutions du droit romain, en intégrant certains principes du droit français »¹⁴⁸.

Ayant précisé cela, on peut à présent étudier quelles ont été les principales sources employées par Bello dans l'élaboration du Code civil chilien : les codes européens (A), la doctrine française après l'adoption du Code de 1804 (B), l'historicisme allemand de Friedrich Carl von Savigny (C) et le droit castillan amérindien (D).

A) Les Codes européens

Aux alentours de 1834, Andrés Bello envisage la réforme de la législation nationale dans le sens de se tenir aux « résultats intéressants obtenus lors de l'expérience européenne » qui avait réussi à « simplifier la loi, à corriger ses imperfections et à l'adapter aux besoins de l'époque »¹⁴⁹

Parmi la variété des codes étrangers, le Code Napoléon est sans doute l'œuvre la plus déterminante en matière de droit privé latino-américain. Pourtant, dans le cas chilien, il ne s'agit pas de recopier les articles du Code français, mais d'adapter leurs innovations aux terres américaines sans perdre de vue le droit hérité de la période coloniale. D'après Bello « l'utilisation du code Napoléon ne peut pas consister en une simple traduction ou en une réadaptation littéraire, mais dans l'usage libre du contenu avec les adaptations qui s'avèrent nécessaires du point de vue des institutions et des concepts juridiques appartenant au droit national »¹⁵⁰.

¹⁴⁷ A.WALD, *op.cit.*, p. 861

¹⁴⁸ *Idem*

¹⁴⁹ AMUNÁTEGUI REYES, *op. cit.*, p. 421

¹⁵⁰ *Idem*

En réajustant au cas latino-américain les réflexions faites par Céline Combette à propos de l'influence du droit romain sur le Code civil de 1804, on peut dire que « si l'apport du Code Napoléon sur le Code civil d'Andres Bello est considérable, sur certains aspects, il a su se détacher de ce droit¹⁵¹ » en l'adaptant aux besoins et réalités locales. Pour ne citer que quelques exemples, le Code civil chilien traite de l'occupation en tant que mode d'acquisition du domaine de propriété, de la propriété fiduciaire, des actions possessoires et de la revendication -éléments qui ne font pas partie du Code Napoléon-, ce qui nous démontre « au premier coup d'œil » que l'écart est trop important pour qu'on puisse parler d'une réception générale¹⁵².

Ces affirmations valent tant pour le Code français que pour le reste des Codes dont Bello se sert, dénommés par lui des « matériaux » de travail. Selon les notes de Bello, les autres codes utilisés sont : le *Codex Maximilianeus Barbaricus Civilis* (1756), l'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (Code prussien 1794), le Code autrichien (1811), le Code civil de la Luisiana (1825), le Code civil Hollandes (1838), le projet du Code civil espagnol de García Goyena (1852) et le Code civil du Pérou (1852).

Or, Bello a trouvé un moyen efficace de se servir des codes étrangers, permettant leur lecture simultanée : l'œuvre de *Concordances entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon* d'Antoine de Saint Joseph, publiée en l'an 1840 et traduite en espagnol par F. Verlange et J. Muñiz (*Concordancia entre el código civil francés y los códigos civiles extranjeros, Madrid, 1843*)¹⁵³

B) La doctrine française après l'adoption du Code de 1804

Au-delà des codes, la portée de la pensée qui est prépondérante chez Bello est celle de la doctrine, notamment d'auteurs français, tels que les romanistes, comme Cujas, ainsi

¹⁵¹ COMBETTE, *op.cit.*, p. 67

¹⁵² Alejandro GUZMÁN BRITO, *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código Civil Chileno* – Colombiano, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, 2009, p. 55

¹⁵³ *Ibid.*, p.423

que les juristes de l’Ancien Régime, comme Pothier, et les exégètes Delvincourt, Proudhon, Toullier, Merlin, Duranton, Demolombe, Troplong, Aubry et Rau.¹⁵⁴

Dans un article concernant le commerce des livres, l’auteur se félicite du fait que les œuvres les plus célèbres de la littérature française circulent à l’intérieur du Chili, en signalant que « la production des jurisconsultes français qui ont illustré le monde avec leur philosophie et leur moderne législation fournissent d’un recours important au travail de rédaction du Code civil chilien ».¹⁵⁵

Dans bon nombre de cas, Bello se limite à retranscrire les explications de Delvincourt dans son *Cours de code civil* (qui l’emportait même sur le Code Napoléon). *Les Codes français expliqués* de Joseph-André Rogron sont aussi utilisés par lui afin d’améliorer les dispositions du Code de 1804. Mais c’est Pothier, sans doute, l’auteur qui a le plus d’incidences sur les travaux de codification chilienne, spécialement à propos du livre des obligations et des contrats, ainsi que celui des successions : Bello cite tous ses travaux concernant le droit civil, même les *Pandectae in novum ordinem digestae*.

À travers l’exemple qui suit, on peut illustrer l’influence de la doctrine française sur le code chilien, même au-delà du texte du Code Napoléon. Il s’agit de l’article 1112 du Code civil français ; du commentaire fait par Delvincourt sur celui-ci ; et de l’article 1456 du Code chilien. La confrontation de ces trois textes montre que, même si les concepts apparaissent originellement dans le Code français, ils sont repris par Bello dans la version que Delvincourt en a fait :

¹⁵⁴ A.WALD, *op. cit.*, p. 859

¹⁵⁵ GUZMÁN BRITO, *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código Civil Chileno*, p. 55 s

Article 1112 <i>Code Napoléon</i>	Commentaire Delvincourt	Article 1456 Code chilien
<p>« Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.</p> <p>On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes. »¹⁵⁶</p>	<p><i>De la violence</i> « Toute espèce de violence ne vicie pas le consentement, moins dans le for intérieur, mais seulement celle qui est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, eu égard à son âge, son sexe et sa condition.</p> <p>On regarde comme une violence de ce genre, celle qui peut inspirer au contractant la crainte de se voir exposé, lui, son conjoint, ses ascendants ou ses descendants, à un mal considérable et présent, dans leurs personnes ou dans leurs fortunes (...) »¹⁵⁷</p>	<p>« La force ne vicie pas le consentement, mais seulement celle qui est capable de faire une forte impression sur une personne raisonnable compte tenu de son âge, son sexe et sa condition.</p> <p>On regarde comme une violence de ce genre, tout acte qui peut inspirer à une personne la juste crainte de se voir exposé, lui, son conjoint, ses ascendants ou ses descendants, à un mal grave et irréparable. »</p>

En outre, à l'instar de l'œuvre de Pothier, le code civil chilien débute le livre relatif aux biens par la classification des biens corporels et incorporels¹⁵⁸ puis ce n'est seulement que dans l'article suivant qu'il considère celle des biens meubles/immeubles¹⁵⁹ : il ne faut pas négliger le fait que Bello s'est probablement inspiré des réflexions faites par Pothier en la matière, en particulier si l'on tient compte des similitudes des deux classifications, et du fait que Bello ait ignoré la *summa divisio* en droit romain qui était celle de *res humani iuris* et *res corpora iuris*, pour à sa place adopter celle des *res corporales* et *incorporales*¹⁶⁰ qui restait une distinction secondaire¹⁶¹.

¹⁵⁶ Code civil des français, édition originale et seule officielle, de l'imprimerie de la République, Paris, 1804 in <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f2.image.r=impression>

¹⁵⁷ M DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, Tome Second, Chez P. Gueffier, Imprimeur-Libraire, 1813, p. 8, 9, in <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k54409717/f5.image.r=impression>

¹⁵⁸ Artículo 653.- “Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. *Corporales* son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. *Incorporales* las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.”, Código Civil Colombiano, Talleres Gráficos Óptimos, Buenos Aires, 1954

¹⁵⁹ Artículo 654.- “Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles”, Código Civil Colombiano, *op.cit.* p. 230

¹⁶⁰ Frédéric ZENATI-CASTAING, « La proposition de refonte du livre II du code civil », Revue trimestrielle de droit civil, Avril/ Juin 2009, n° 2, Édition Dalloz, in http://dalozknd-pvgspla5.dalloz-revues.fr.ezscd.univ-lyon3.fr/fr/pvPage2.asp?skin=dlz_kndv2&pa=1&puc=004957&nu=200902, p. 211- 244

¹⁶¹ En ce qui concerne les notes de Bello, le Projet Inédit mentionne comme référence le premier tome du *Cours de Code civil* par M. Delvincourt.

C) L' historicisme allemand de Friedrich Carl von Savigny

La doctrine mentionne aussi l'École historique allemande parmi les sources qui ont exercé une influence sur la codification chilienne. À ce propos, on dit que Bello était proche des œuvres de Savigny et en général des postures adoptées par l'École historique, dont l'une des thèses fondamentales consiste à dire que l'origine du droit doit être recherchée dans l'évolution historique d'un peuple déterminé, dont l'esprit se manifeste originairement sous la forme de coutumes et de traditions¹⁶².

D'après la doctrine chilienne, on retrouve une influence de cette école dans le Code civil lui-même, lequel constitue l'avatar législatif (sous la forme de code moderne) des anciennes solutions « du droit privé traditionnel de l'Amérique Hispanique »¹⁶³. De cette liaison avec le passé témoigne le fait que l'application du Code en Chili et dans d'autres pays du continent « n'ait pas suscité des difficultés puisque leurs préceptes étaient conformes à l'esprit de ces peuples »¹⁶⁴.

Concernant l'adoption des nouvelles techniques, l'influence de Savigny s'avère très forte, par exemple, sur l'acceptation de l'existence des personnes juridiques, mais aussi sur l'application des normes dans le temps. On dit en effet qu'Andrés Bello a trouvé dans le juriste allemand une abondante justification à ce sujet¹⁶⁵.

D) Le droit castillan amérindien

Selon Guzmán Brito, dès le premier instant que Bello a entamé les travaux nécessaires afin de doter d'un Code civil la République du Chili, il était convaincu que celui-ci devait se fonder sur l'ancien droit romain-castillan hérité de la monarchie. Lors du discours présidentiel du 1er juin 1836, Bello affirme que « la réforme à la législation civile

¹⁶² DE AVILA MARTEL Alamiro, "La filosofía jurídica de Andrés Bello", in *Congreso internacional Andrés Bello y el derecho*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 52.

¹⁶³ DE AVILA MARTEL Alamiro, "Bello y la historia del derecho", in *Revista chilena de historia del derecho*, n° 4, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1965, p. 8.

¹⁶⁴ *Idem.*

¹⁶⁵ ROJAS Gonzalo, "El principio de asociación en bello", in *Congreso internacional Andrés Bello y el derecho*, op. cit., p. 259.

et criminelle est une autre partie qui va de pair avec l'effort de conserver les règles fondamentales qui ont été transmises jusqu'à nous de génération en génération et dont la justice et la sagesse intrinsèque sont incontestables. Je vous propose d'éventuelles modifications, lesquelles modelées sur des expériences européennes nous permettent de mettre la législation en conformité avec elle-même et avec notre forme de gouvernement »¹⁶⁶.

Les études doctrinales portant sur certaines institutions du droit privé telles que la société conjugale, l'hypothèque et la priorité des créances, le quart en matière de succession s'accorde à signaler que c'est le droit castillan-indien qui l'emporte le plus sur le reste des sources employées¹⁶⁷.

Or, la source de l'ancien droit colonial qui prévaut dans l'élaboration du Code civil chilien est sans doute le Code de *Siete Partidas* d'Alfonse X. En fait, en 1839, Andrés Bello, afin d'expliquer l'absence de réelles innovations dans le Code, affirme que « notre législation civile, surtout celle des *Siete Partidas* résume le mieux la jurisprudence romaine dont la durée est témoin de son excellence ». En réalité, Bello découvre les *Siete Partidas* à l'occasion des investigations linguistiques de l'œuvre *Cantar del Mío Cid*. Il a lu aussi quelques traités sur les Institutions de Justinien, telles que les *Commentarius de Vinnius* et les *Elementa de Heineccius* qui jouissaient d'un bon prestige en Europe.

Un exemple clair de l'utilisation directe des *Siete Partidas* par Andrés Bello est celui de la *laesio enormis*, telle qu'elle a été réglée dans les articles 1888 à 1896 du Code civil chilien. La notion de lésion établie dans l'article 1890 du Code civil chilien remonte au droit romain : celle-ci peut bénéficier aussi bien à l'acheteur qu'au vendeur. Selon les réflexions faites par Bello quelques années plus tard dans son œuvre intitulée « *sur le mode de calculer la lésion énorme dans les contrats commutatifs* », la lésion concernant l'acheteur était inexistante dans le droit romain et elle n'a été développée qu'avec la

¹⁶⁶ GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador, op.cit.* p. 274

¹⁶⁷ Alejandro GUZMÁN BRITO, *Estudios de historia dogmática, op.cit.*, p. 219 s

doctrine romane-médiévale du XII^e siècle puis reprise dans les *Siete Partidas* (*Partida v, titre 5o, Ley 567 ; Partida IV, titre 11, Ley 16*)¹⁶⁸.

Le *Fuero Real*, les Lois de Toro et la *Novísima Recopilación* ont eu aussi une certaine influence chez Bello, quoique dans une moindre mesure. En revanche, la portée de la *Recopilación des Indes* a été réduite à des aspects très précis, probablement en raison de sa nature publique.

Or, dans une très grande partie des cas, la possibilité de revendiquer la parenté d'un article ou d'une institution du Code civil chilien reste problématique. Ceci car, comme on l'a déjà vu, les références aux sources ne sont pas toujours présentes chez Bello, mais aussi –et c'est peut-être le point le plus important– parce que la tradition juridique découlant du droit castillan-indien est semblable à celle du Code Napoléon.

Dans cette optique, il faut souligner que le droit romain sur lequel les auteurs du Code de 1804 vont travailler, ainsi que celui contenu dans les corps législatifs hérités de la couronne de Castille est, déjà, le même : ce n'est pas le droit romain pur tel qu'appliqué à Rome, mais un droit romain modifié, retravaillé,¹⁶⁹ faisant partie de ce *ius commune* qui va jouer un rôle considérable sur tous les Codes civils des États de l'Europe et plus tard sur ceux de l'Amérique latine ; de sorte que les distinctions entre les deux codes peuvent être mieux identifiées lorsqu'il s'agit d'une institution tirée du droit amérindien ou lorsque Bello s'éloigne dans le cas concret d'une solution à la « romaine ».

¹⁶⁸ Ley 56, Título 5 de la Partida 5^a: “Del ome que por medio o por fuerza compre o vende alguna cosa por menos del justo precio”. Por miedo o por fuerça comprando, o vendiendo algun ome alguna cosa, non deue valer; ante decimos, que deue ser desfecha la compra, si fuer prouado, que la fuerça, o el miedo fue tal, que lo ono de fazer maguer le pasasse. E como quier que la vendida fuesse fecha por jura, o por peño, o por fi adura, o por pena, que fuesse y puesta, no deue valer. Ca despues de vendida, o la compra, que es el principal, non vale, non deuen valer la otras cosas que fuesen puestas por razón della. Otrosi decimos, que se puede desfazer la vendida que fue fecha por menos de la meytad del derecho precio, que pudiera valer en la razón que la fi zieron. E si el vendedor esto pudiere prouar, puede demandar al comprador, quel cumpla, sobre aquello que auia dado por ella, tanto quanto la cosa entonce podria valer según derecho. E si esto non quisiese fazer el comprador, deue desamparar la cosa al vendedor, e recibir del el precio que auia dado por ella. E por menos del derecho precio podria ser fecha la vendida, quando de la cosa que vale diez marauedis fue fecha por menos de cinco marauedis. Otrosi dezimos, que si el comprador pudiere prouar, que dio por la cosa mas de la mitad del derecho precio, que pudiera valer en aquella sazón que la compro, que puede demandar se desfaga la compra, o que baxe el precio, tanto quanto es aquella que demas dio. (...)”.

¹⁶⁹ COMBETTE, *op. cit.*, p. 69

§2 : Le Code civil de la République du Chili 1855

Vers 1852, Andrés Bello offre au gouvernement un projet complet de Code civil. Ce projet publié en 1853 contient un titre préliminaire et quatre livres (*i. Des personnes ; ii. Des biens et de son domaine, sa possession, son usage et sa jouissance ; iii. De la succession à cause de mort et des donations entre vifs ; iv. Des contrats et des obligations*) avec un total de 2707 articles. Il a été soumis aux deux examens de fond de la part de la commission de révision créée à cet effet, en donnant comme résultat le *Projet inédit* et le *Projet de 1855*, ce dernier connu sous le nom de projet définitif. (Y compris les modifications visant à inclure des changements concernant la rédaction des articles ainsi que les solutions juridiques).

Le 14 décembre 1855, le projet définitif devient loi nationale après accord de la commission. Lors du discours au Congrès en 1859, le Président du Chili se félicite du fait que « la pratique confirme tous les jours les avantages de s'être donné un code propre ». Le Code se compose de 2525 articles, et se divise en quatre livres (*i. Des personnes ; ii. Des biens et de son domaine, sa possession, son usage et sa jouissance ; iii. De la succession à cause de mort et des donations entre vifs ; iv. Des contrats et des obligations*), dont 2419 sont encore en vigueur.

Chapitre 2 : La codification civile de la République de Colombie

Après la *reconquista espagnole* puis l'indépendance définitive en 1819, la Nouvelle Grenade – alors intégrée par les départements de Venezuela, Quito et Cundinamarca - reçoit un nouveau nom, la Colombie, choisi par le *Libertador* Simon Bolivar en référence à Christophe Colomb. Le 17 décembre 1819, lors du Congrès d'Angostura, une « Loi fondamentale de la République de Colombie » a été promulguée, dont l'article 188 ordonne l'application de toutes les normes jusqu'alors en vigueur, à condition qu'elles ne contredisent pas les décrets et les lois promulguées par le Congrès. En 1830, la Grande Colombie a été scindée en trois pays : la Colombie (dont faisait alors partie le Panama), l'Équateur et le Venezuela.

Le passage d'un système colonial à un autre composé par des états indépendants semble favoriser l'implantation de nouveaux textes, dont des codes. Dans l'ensemble, les efforts de codification se révèlent très disparates. Dans un premier temps, il y a d'abord les idées visant à adopter presque intégralement le Code Napoléon, comme c'est le cas du décret 1829 de Simon Bolívar ordonnant la désignation d'un conseil destiné à réviser ce Code en y introduisant les modifications nécessaires (*Section 1*) ; dans un second temps, ces idées sont abandonnées au profit d'une législation plus en accord avec les anciennes traditions, mais aussi avec les nouvelles exigences imposées par le processus d'indépendance.

C'est ainsi que le gouvernement de Colombie s'intéresse aux travaux entrepris par le juriste Andrés Bello au Chili, qui élabore un code inspiré par les Codes européens, mais dont l'influence majeure a été celle du droit romain castillan en vigueur depuis l'ère coloniale¹⁷⁰. En vertu de son prestige, le Code Bello a été adopté dans la plupart des États membres, puis par les États-Unis de Colombie et enfin par la République unitaire de Colombie en 1887 (*Section 2*).

¹⁷⁰ A.WALD, *op. cit.*, p. 861

Composé de 2683 articles, le Code civil colombien de 1887 reste encore en vigueur en s'érigeant en modèle de législation par rapport aux autres codes dans la mesure où les principes de justice, bonne foi, équité, équilibre, suprématie de l'intérêt public et solidarité, lui permettent de s'adapter aux nouvelles circonstances avec indépendance, force et idéalisme¹⁷¹.

Section I : Les tentatives infructueuses visant l'adoption d'un Code civil colombien

Un mouvement de codification débute en Colombie dès la première moitié du XIX^e siècle lorsque son vice-président confie à une commission l'adoption d'un Code civil et d'un Code criminel (§1). En 1853 le juriste Justo Arosemena présente des projets de code civil, pénal, criminel et de procédure, lesquels pourtant ne parviennent pas à s'ériger en lois de la République, à exception de l'État de Magdalena qui les adopte en 1857 (§2).

Ainsi, les quelques tentatives de codification mises en œuvre n'arriveront à atteindre leur objectif qu'à la fin du XIX^e siècle, une fois que le Code civil ait été adopté par l'état de Cundinamarca qui servira de modèle de législation au reste des Etats.

§1 : Les décrets de 1821 et 1829

À travers le décret du 5 janvier 1821, Francisco de Paula Santander, vice-président de la Grande Colombie -chargé du gouvernement alors que la force armée s'engage dans la lutte pour l'indépendance- confie à une commission de juristes l'élaboration d'un projet de Code civil et d'un Code criminel qui faciliteraient l'administration de la justice sur le territoire colombien « sans les obstacles et les problèmes présentant l'actuelle législation espagnole »¹⁷². La commission est chargée de « rédiger un projet de législation propre et analogue à la République, tenant compte des codes le plus célèbres d'Europe ainsi que des

¹⁷¹ Fernando HINESTROSA, « El Código Civil de Bello en Colombia », Revista de derecho privado, n° 9, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 27

¹⁷² *Idem*

bases fondamentales de l'organisation du gouvernement du pays ». Il semble que cette commission n'ait jamais été créée, malgré les bonnes volontés.

En 1829, Bolivar, qui à ce moment détient tout le pouvoir concentré entre ses mains, ordonne à une commission l'examen du Code Napoléon, afin qu'il puisse être présenté, avec les réformes nécessaires, au Congrès Constituant dont la réunion était prévue pour l'année suivante. Il n'y a plus de traces des résultats de la réunion de cette commission.

Ces antécédents nationaux vont de pair avec l'initiative adoptée par le juriste Bernardo O'Higgins en vue de traduire et de mettre en place le *Code civil français* dans la République du Chili, en tant que moyen d'affermissement de la souveraineté nationale et de symbole de rupture avec « l'abominable régime espagnol¹⁷³ ».

Une loi du 4 mai 1843 ordonne au gouvernement colombien la publication d'une compilation des lois et des décrets publiés par le Congrès pendant la période 1821 -1844. Ce travail est publié en 1845¹⁷⁴ par le juriste Lino de Pombo sous le nom de « *Recopilación Granadina*.¹⁷⁵ ». En 1854, divers projets de code ont été présentés devant le Congrès, avec parmi eux le Code civil, dont aucun n'est approuvé.

§2 : Les projets du Code civil de Justo Arosemena (1853) et le Code civil de l'État de Magdalena (1857)

En 1853, le juriste panaméen Justo Arosemena propose au Congrès des projets de Code civil, pénal, d'organisation judiciaire et de procédure civile et criminelle. On ne sait pas si ces projets ont été discutés, mais ce qui est clair, c'est que ceux-ci ne sont jamais devenus des codes nationaux.

¹⁷³ Fernando HINESTROSA, « El Código Civil de Bello en Colombia », *op.cit.*, p. 7

¹⁷⁴ F. VÉLEZ, *Datos para la historia del derecho nacional*, Medellín, Imprenta del Departamento, 1892, p. 8

¹⁷⁵ Fernando MAYORGA, « Codificación de la legislación en Colombia », *Procesos de unificación del sistema jurídico*, Revista Credencial Historia, Edición 148, Bogotá, Abril 2002 in <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril2002/codificacion.htm>

Depuis l'adoption de la Constitution de la République de la Nouvelle Grenade de 1853 et pendant la Confédération grenadine (1858 – 1863) et les États-Unis de Colombie (1863 – 1886), de nouveaux états seront créés progressivement : Panamá, Antioquia, Cauca, Cundinamarca, Boyacá, Bolívar, Magdalena, Tolima, dotés de compétences législatives pour s'ériger leur propre Constitution et leurs propres codes. Parallèlement à cela, chaque Etat entreprend d'autres réformes visant la séparation de l'État et de la religion ; le désamortissement des biens détenus par les « mains mortes »¹⁷⁶ ; l'universalisation et la laïcité de l'éducation.

À travers une loi de 1857, l'assemblée constituante de l'État de Magdalena adopte les Codes civil, pénal, d'organisation judiciaire et de procédure qui avaient été présentés par Justo Arosemena quelques années auparavant.¹⁷⁷

Section 2 : L'adoption du Code civil d'Andrés Bello

Vers l'année 1856, le scientifique et politicien colombien Manuel Ancízar qui avait joué un rôle actif dans les relations entre le Chili et la Colombie s'est adressé à Andrés Bello en ces termes « (...) mon pays a conclu la dernière étape qui lui permette d'établir l'indépendance des municipalités, de sorte que désormais chacune d'elles vont gérer leurs propres intérêts. Parmi les nouvelles attributions, les provinces doivent leur donner une législation civile et pénale. Or, divers états membres m'ont manifesté l'intérêt de mettre en place à l'intérieur de leurs territoires le Code civil que vous avez créé pour la République du Chili. Je suis sûre que pour votre infinie bonté on pourra tirer profit de vos connaissances et de votre savoir, ce qui peut être un premier pas vers l'union de notre

¹⁷⁶ Le désamortissement (*desamortización* en [espagnol](#)) a été un long processus entamé en [Espagne](#) à la fin du XVIII^e siècle (1798) par [Manuel Godoy](#) et qui ne s'est terminé qu'au XX^e siècle (le 16 décembre 1924). Il consiste à mettre aux [enchères](#) publiques des terres et des biens improductifs détenus par les « [mainmortes](#) », dans l'immense majorité des cas l'[Église catholique](#) ou les [ordres religieux](#), qui les avaient accumulés par de biais de nombreux legs ou donations, ainsi que des propriétés foncières appartenant à la [noblesse](#).

¹⁷⁷ Fernando MAYORGA GARCÍA, Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia, Academia Nacional de la Historia de Colombia, p. 298 s, in [file:///C:/Users/usuario/Downloads/24835-80837-1-PB.pdf](#)

continent »¹⁷⁸. La demande a été acceptée par le Ministère des Affaires étrangères du Chili qui envoie quatre exemplaires du Code civil à Ancizar.

§1 : Durant la période des États-Unis de la Colombie

Après la Constitution de Rionegro en 1863, issue de la Confédération grenadine, la Colombie devient un État fédéral constitué de neuf états souverains fédérés : c'est la période des États-Unis de Colombie. La Constitution de l'Union se limitait à régler les relations existant parmi les divers États membres, à organiser l'administration commune et à établir certains principes généraux afin qu'ils soient repris dans les législations propres à chaque gouvernement. Le reste des affaires relevait des États eux-mêmes¹⁷⁹.

C'est ainsi que les États de Santander (12 octobre 1858), Cundinamarca (8 janvier 1859), Cauca (8 octobre 1859), Panama (23 octobre 1860), Tolima (novembre 1862), Bolívar (février 1862), Boyacá (novembre 1863), Antioquia (septembre 1864) et Magdalena (octobre 1866) vont progressivement adopter le Code civil chilien comme étant leur propre code¹⁸⁰.

Enfin, à travers la loi 84 du 26 mai 1873, les États-Unis de Colombie ont reproduit aussi le Code civil du Chili, avec quelques modifications, suivant l'exemple des autres nations hispano-américaines. Ainsi, le Code Bello arrive sur le territoire colombien.

¹⁷⁸ E. HARKER PUYANA "El código de don Andrés Bello en Colombia", Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, n° 201, 1973, p. 29

¹⁷⁹ « Les neuf États fédérés voient leur pouvoir largement augmentés. Ils peuvent en effet s'organiser comme ils le souhaitent et mener leur propre politique sociale ou économique sans avoir à en référer au gouvernement central. Leur domaine de compétences s'étend jusqu'à la levée d'armées ou la perception d'impôts. Les seuls domaines réservés à l'État fédéral étant la politique étrangère, la frappe de la monnaie, les services de douane et la fixation des poids et mesures.», Alfred HETNNER, Los Estados Unidos de Colombia, Viajes por los Andes Colombianos, Biblioteca virtual, Biblioteca Luis Ángel Arango, in <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/historia/viaand/viaand42.htm>

¹⁸⁰ Fernando HINESTROSA, « El Código Civil de Bello en Colombia », *op.cit.*, p. 9

§2 : Un Code civil pour tout le territoire de la Colombie 1886

Après plusieurs années de guerres civiles, le Président Rafael Nuñez (avec l'appui du parti conservateur) fait adopter en 1886 une nouvelle Constitution, plus centraliste, aboutissant à la création de la République de Colombie. Celle-ci entraîne un changement radical en supprimant presque tous les pouvoirs des États fédérés au profit du pouvoir central. Les États souverains deviennent 26 départements dont les dirigeants sont nommés par le président de la République. Parallèlement, alors que la Colombie se constitue en une République unitaire, le Code civil de l'Union est adopté partout en Colombie, en adoptant une version très proche de celle de Bello.

Au milieu du mois d'avril 1887 – une fois en vigueur la Constitution 1886- il a été publié une loi sur « l'adoption des codes et l'unification de la législation nationale » qui met en place dans toute la République le Code civil adopté en 1873 avec quelques modifications. L'abondante législation complémentaire, mais aussi la nécessité de corriger quelques imperfections du Code, ont mené le gouvernement à demander une révision dudit corps législatif. Malgré les nombreux projets présentés à ce propos, le Code civil du 1887 reste en vigueur jusqu'à nos jours, en dépassant même la durée de la Constitution de 1886, cette dernière étant modifiée en 1991¹⁸¹.

¹⁸¹ Fernando MAYORGA, « Codificación de la legislación en Colombia », *op. cit.*

Seconde Partie

L'acquisition de la propriété dans le Code civil colombien : Un exemple d'interaction entre continuité et changement

Lorsque s'efface l'empire d'Occident, le petit royaume des Wisigoths, qui englobe toute la péninsule ibérique¹⁸², est soumis principalement aux deux grands types de lois : celles des Romains et celle des Barbares. S'agissant d'abord des Romains, on se rappelle que l'empereur Théodose II a promulgué en 438 le grand recueil de constitutions qui porte son nom. De plus, en 506, le roi wisigoth Alaric II promulgue une loi romaine pour ses sujets romains « le *Bréviaire d'Alaric* ». Quant aux lois barbares, elles sont le résultat d'anciennes coutumes ethniques des Germains, avec des éléments d'une romanisation plus ou moins poussée¹⁸³. Ce sont les Germains du sud de la Gaule, Wisigoths et Burgondes qui ont les premiers rédigé leur droit. La première version de la loi de Wisigoths est promulguée en 476 par le roi Euric ; on l'appelle le Code d'Euric¹⁸⁴.

Cette combinaison des traditions juridiques pénètre dans les différentes entités de la péninsule ibérique nées de la Reconquista, dont le royaume de Castille et de León. Dans cette optique, tradition germanique, droit romain et coutume ne pouvaient que se retrouver dans les compilations castillanes du XIII siècle et par-là, dans le droit privé des Indes Espagnoles et dans les Codes civils contemporains. Concernant le droit des obligations, c'est le droit romain qui s'occupe presque exclusivement de ce sujet, même dans les territoires juridiquement dominés par la coutume¹⁸⁵.

¹⁸² J.M CARBASSE, *op. cit.*, p. 38 s

¹⁸³ *Ibid*, p. 42

¹⁸⁴ *Ibid*, p. 43

¹⁸⁵ COMBETTE, *op. cit.*, p.51, 52

Pour nous convaincre de cette continuité entre droit romain et droit castillan-amérindien, il nous suffit d'étudier la question du transfert de propriété. À Rome, le contrat n'a qu'un effet obligatoire non translatif de la propriété. Il constitue « un titre d'acquisition, la cause de l'acquisition, mais le transfert aura lieu par un acte ultérieur, le *modus acquirendi*, de caractère plus ou moins réel ou formel»¹⁸⁶. Le Bréviaire d'Alaric (506), le *corpus iuris civilis* de Justinien (529) et le Code d'Éuric ne doteront pas non plus le contrat d'un effet translatif, malgré la simplification de la tradition à des formes symboliques ou fictives plus souples durant le Bas empire et le Moyen Âge¹⁸⁷.

De plus, avec la renaissance du droit romain au XII^e siècle, la tradition en tant que mode d'acquisition, loin de disparaître, va se renforcer. Le principe de séparation des rapports personnels et du rapport réel va être retrouvé dans la Constitution de Dioclétien (C., 2, 3, 20)¹⁸⁸ ainsi qu'au XV^e siècle chez Balde qui rappelle encore que la propriété ne peut être transférée par le seul consentement¹⁸⁹. Cette exigence de la tradition en tant qu'élément nécessaire au transfert de propriété va se maintenir aussi dans la plupart des pays latino-américains, grâce à la législation espagnole elle-même. (Titre I)

Une fois conquise l'indépendance par les pays latino-américains, on aurait pu s'attendre à la dérogation pure et simple de la législation espagnole en vigueur. Nonobstant, par des raisons d'ordre pratique, on a continué à appliquer le droit de la métropole, dont le remplacement par des nouveaux corps législatifs n'a pas entraîné son abolition complète, mais une « création » à partir des anciens éléments. Comme on le verra plus tard, à propos de la question du moment de l'acquisition de la propriété, Bello a décidé de conserver les enseignements romains et espagnols, de telle sorte que le Code civil chilien, donc colombien, s'inscrit dans le modèle du transfert fondé sur le *titulus* et le *modus*. (Titre II)

¹⁸⁶ Jean- Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Éditions Dalloz, 2^e édition, 2010, p. 580

¹⁸⁷ *Ibid*, *op. cit.*, p. 597

¹⁸⁸ Le Code de Justinien reproduit la Constitution de Dioclétien selon laquelle « la propriété ... est transférée par usucapion, ou tradition, non par le pacte nu » (C.J. 2, 3, 20) in Jean Gaudemet, *Droit privé romain*, Édition Montchrestien, 2^e édition, 2000, p. 238

¹⁸⁹ *Ibid*. P. 601

Titre 1 : L'évolution vers un système causal du transfert de la propriété

La pratique hispanique exprimée à partir du XIII^e siècle, par exemple, dans le Fuero Real, donne la préférence à la tradition réelle, même en s'agissant des biens immeubles¹⁹⁰, à travers un acte spécial de remise de fond avec la présence du vendeur, de l'acheteur et d'un garant. (Chapitre I).

À leur tour, les *Siete Partidas* maintiennent aussi le principe de la séparation du contrat et du transfert de propriété, lequel sera confirmé par la doctrine espagnole. On peut citer notamment le jésuite Luis de Molina¹⁹¹ ou encore les commentaires ajoutés au texte Alphonsine, comme la glose de Grégoire Lopez à la *partida* 3.28.46, selon laquelle « *acquiritur dominium traditione ex titulo habili* ». Ainsi, « aussi loin qu'on aille dans le temps, on demeure attaché au principe que le contrat ne suffit pas à transférer la propriété. Quels que soient les artifices employés, il faut quelque chose de plus que lui : mais il n'y a pas d'accord sur cette chose »¹⁹² (Chapitre II).

¹⁹⁰ Ramón FERNÁNDEZ ESPINAR, "La compraventa en el derecho medieval español", Volumen 25, Anuario de Historia del derecho español, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Serie 1, Ministerio de Justicia, 1995, p. 453 s

¹⁹¹ "Pour transférer le domaine il ne suffit pas un titre qui soit apte pour la transmission, tel qu'une vente ou une donation, mais il est nécessaire aussi que la chose soit transférée par une sorte de tradition ».

¹⁹² J.P.LÉVY, *op. cit.*, p. 602

Chapitre 1 : La question du transfert de la propriété durant le droit médiéval –espagnol

Historiquement, le droit médiéval castillan tend à unifier le contrat de vente à celui d'échange¹⁹³. Mais à partir du XIII^e siècle, les fueros essaieront de délimiter les éléments composant chacun de ces contrats, de sorte que la vente devienne un contrat autonome avec une régulation et des caractéristiques propres (*Section 1*).

Dans la pratique, la vente se réalise le plus souvent au comptant, ce qui a conduit la doctrine à admettre son effet réel, étant donné la simultanéité dans laquelle se produisent les actes de conclusion du contrat et du transfert de propriété. Pourtant, il est exagéré d'en déduire que la vente a été conçue dans cette période-là comme un acte translatif, encore moins en considération des dispositions contenues dans les fueros locaux, qui exigeaient l'accomplissement d'une formalité spécifique afin de provoquer un tel déplacement, celle de la tradition réelle. En outre, les fueros ne font pas référence à la vente de la chose d'autrui, à exception du Fuero Real qui la condamne sous la peine d'inefficacité (*Section 2*).

Section 1 : La vente – venditio – venditia.

Au cours de la période allant de la chute de la monarchie wisigothique à la publication du Code des *Siete Partidas*, la vente est connue sous des appellations diverses, telles que *venditio* (Observations du règne d'Aragon), *vendida* (Fuero Real, Fuero de Alcalá), *venta* (Fuero de Jaca) et *vendimiento* (Fuero de Tervel)¹⁹⁴. Quant à sa nature juridique, la doctrine n'est pas unanime : pour certains auteurs, dont Ramon Fernández Espinar¹⁹⁵, il s'agit d'un contrat réel, qui se forme lorsque la chose est remise à

¹⁹³ Juan Manuel URUBURU COLSA, "La vida jurídica en Madrid a fines de la edad media", Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1997 in eprints.ucm.es/2207/, p. 23

¹⁹⁴ Ramón FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, p. 81

¹⁹⁵ *Ibid*, p. 84.

l'acheteur¹⁹⁶; d'autres se tournent vers un caractère consensuel du contrat, exigeant uniquement le consentement de personnes capables sur la chose et le prix¹⁹⁷.

En réalité, la thèse du consensualisme du contrat de vente semble plus admissible. Certes, dans les fueros espagnols, la vente revêtait deux formes principales, selon qu'elle a été conclue à travers une lettre ou selon qu'elle n'entraînait aucune formalité. Dans la pratique, le contrat avec lettre est réservé aux immeubles et très rarement à certains meubles, mais en tout cas, celui-ci ne visait d'autres fins que le renforcement d'une vente passée au préalable¹⁹⁸. En outre, une grande partie des registres notariaux de l'époque médiévale font constater la prise de possession matérielle d'un bien immeuble de la part de l'acheteur, acquis au préalable à travers un acte formel, ce qui permet d'en déduire que la remise de la chose était un acte juridique indépendant et distinct de celui de la conclusion du contrat¹⁹⁹.

Finalement, la doctrine a suggéré, à l'instar des interprétations faites autour de la loi des XII Tables²⁰⁰, que le transfert de propriété repose sur un élément réel ; cet élément consiste dans le versement du prix²⁰¹. Toutefois, il n'existe pas d'éléments qui permettent d'appuyer une telle affirmation, surtout si l'on tient compte du fait que la liaison entre le versement du prix et le transfert de propriété découle uniquement de la pratique régulière, au cours des premiers siècles, de la vente au comptant, laquelle en raison de sa nature supposait l'immédiateté ou concomitance de ces deux actes.

¹⁹⁶ D'après Fernández Espinar la nature réelle du contrat de vente découle en particulier du *Fuero Viejo de Castilla* (IV, I, 6) selon lequel « une fois la vente a été célébrée et la chose a été remise à l'acheteur, le vendeur ne peut pas la défaire... ». Pourtant, de l'interprétation du texte on peut déduire que cet article ne concerne pas le moment de la formation du contrat de vente mais des conditions temporels pour l'efficacité du droit de rétractation, prérogative que à notre avis suppose en tout cas l'existence du contrat dont on se rétracte

¹⁹⁷ « Ce jour-là, Alfonso Marintes, fils de Pedro Martínez, voisin de Madrid, a donné la possession à Diego González de la maison que celui-ci a acheté, témoins Juan de Montoro et Gonzalo Suárez ». PÉREZ BUSTAMANTE Rogelio, *Los Registros Notariales de Madrid, 1441 – 1445*, Madrid, 1995, Ass. 722, in URUBURU COLSA, *op. cit.*, p. 21 s

¹⁹⁸ FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, p. 471

¹⁹⁹ URUBURU COLSA, *op. cit.*, p. 22

²⁰⁰ À ce propos voir LÉVY, *op. cit.*, p. 596

²⁰¹ FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, p. 322

On verra donc dans une première partie les éléments nécessaires à la formation du contrat de vente dans le droit médiéval espagnol (§1), puis les obligations qu'elle produit à l'égard de chaque partie (§2).

§1 : Formation

Le Fuero Real donne une définition du contrat de vente, d'après laquelle « *do quier que se da cosa cualquier por dinero es vendida* »²⁰². Plus qu'une définition, le fuero visait à éclairer les confusions existantes entre ce contrat et celui d'échange.

Or, malgré une définition précise du contrat et de l'ensemble des dispositions, on peut en déduire que la vente, à l'instar de celle-ci sous l'égide romaine, est un « contrat consensuel pour lequel une personne (venditor) s'engage à assurer la jouissance paisible et utile d'une chose à une autre (emptor) qui s'engage à en payer le prix. Il n'exige que le consentement des personnes capables sur la chose vendue (A) et le prix (B) »²⁰³, en observant certaines règles de publicité (C).

A) L'objet

La vente suppose un objet²⁰⁴. Particulièrement, le contrat de vente dans le droit médiéval espagnol portait sur des biens immatériels, dont les droits- et sur les choses futures, tel que le produit de la récolte. Les prohibitions concernaient principalement la vente des biens appartenant à l'église, au conseil, aussi que la vente des charges publiques, sous peine de « *douple* », c'est-à-dire, de l'obligation de l'acheteur de payer au vendeur le double de la valeur ainsi que le renvoi de la chose.

Le Fuero Real a interdit aussi la vente de l'homme libre, sauf lorsque celui-ci y consent afin de partager avec le vendeur le produit obtenu du contrat. Finalement, à Burgos,

²⁰² « Lorsque les parties se donnent respectivement une chose contre une somme d'argent, il y aura de la vente »

²⁰³ David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Ed. ECONOMICA, 2^e édition, 2012, p. 221, 222

²⁰⁴ Idem

il était possible aux héritiers de faire un pacte sur succession future, malgré son interdiction dans la tradition romaine, par exemple, dans le Bréviaire d'Alaric²⁰⁵.

B) Le consentement sur le prix

Rares sont les dispositions dans les fueros espagnols qui régulent le consentement sur le prix dans le contrat de vente, et, lorsqu'elles existent, elles portent essentiellement sur la question du versement de l'argent, ainsi que sur des sommes versées à titre d'arrhes.

Or, le Fuero Viejo de Castilla (IV, I, 3) exige que le prix soit convenu en argent, en admettant la possibilité de donner une chose en échange d'une autre, pour autant qu'elle soit « estimée » en argent. Cette disposition reflète la confusion qui a existé au cours des siècles entre les contrats de *venditio* et *permutatio*. À l'instar des Sabinien, « n'importe quelle chose peut être acceptée à titre de prix, ce qui revient à assimiler la vente à l'échange, à faire de ce dernier un contrat consensuel et à donner aux échangistes la protection découlant de l'action *empti* »²⁰⁶.

Le Fuero Real a essayé d'éclairer cette confusion en signalant que lorsque les parties se donnent respectivement une chose en échange d'une somme d'argent, il y aura vente. La distinction pourtant n'est pas radicale puisque le fuero, à l'instar de Bartole, considère que l'échange est un terme générique dont la vente n'est qu'une espèce²⁰⁷.

En outre, la pratique médiévale exigeait le versement du prix en présence de témoins et dans une bonne partie des cas, l'accord des parties sur le prix de la vente était scellé par une poignée de main²⁰⁸. Finalement, le prix doit être certain, réel et juste²⁰⁹, sous peine de la rescision du contrat par lésion, dans le dernier des cas.

²⁰⁵ FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, p. 425

²⁰⁶ DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.* p. 222

²⁰⁷ FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, p. 320 s

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 444 s

²⁰⁹ Fuero Real, III, 10, 5 "Como ninguna vendida puede ser desfecha sino por menos de la mitad del justo precio" in URUBURU COLSA, *op. cit.*, p. 50

C) De la publicité de la vente

La vente médiévale espagnole comporte certaines exigences de solennité, notamment dans le cas des immeubles. Ainsi, les fueros ont rendu obligatoire la publication des « prégonés » qui annoncent la vente afin de permettre à celles et à ceux qui connaîtraient un empêchement à la vente de se manifester, surtout aux parents proches du vendeur en tant que titulaires du droit de préemption (*derecho de tanteo*)²¹⁰.

Dans certains textes, la vente doit être conclue durant la journée, dans un lieu ouvert au public (l'entrée de l'église, la place publique ou le conseil) et de préférence le dimanche après la messe majeure²¹¹ : « Aucun fond doit être vendu pendant la nuit, ni à huis clos durant la journée. La vente ainsi conclue ne peut être opposée aux parents proches du vendeur (...) »²¹².

Enfin, on tend aussi à établir un écrit pour constater la vente, bien qu'en principe celui-ci ne soit pas indispensable (la lettre dont on a parlé auparavant).

§2 : Les obligations des parties

Tout comme le droit romain, les obligations concernent la livraison de la chose, la garantie en cas d'éviction, dans le cas du vendeur (A); et celle de paiement du prix, dans le cas de l'acheteur (B).

A) Obligations du vendeur

²¹⁰ Le droit de préemption est un droit légal ou contractuel accordé à des personnes privées ou publiques d'acquérir un bien par priorité à toute autre personne et ce lorsque le propriétaire manifeste sa volonté de le vendre, *in vosdroits.service-public.fr*

²¹¹ FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, p. 449 s

²¹² Fuero Viejo de Castilla IV, 1, 2.

L'obligation de livrer²¹³ la chose consiste à faire jouir l'acheteur de sa possession. Cette obligation exige l'accomplissement d'un acte distinct à celui de la vente, soit à travers un acte solennel comme celui de « apeamiento » pour les immeubles -contenu dans le Fuero de « Novenera »-, soit par une simple remise matérielle au vendeur dont l'acte était consigné dans un registre notarial. Dans le premier cas, la remise de la chose se fait devant deux ou quatre témoins, et l'acte consiste à parcourir tout le fond avec l'acheteur, les témoins et le garant de l'acheteur²¹⁴. Il s'agit donc, selon les mots de Fernández Espinar, d'une tradition réelle concernant des biens immeubles. Enfin, l'acheteur peut contraindre le vendeur à lui remettre la chose lorsque ça lui est possible ou, à défaut, il peut demander le remboursement du prix.

Quant à l'obligation de garantie en cas d'éviction, les fueros admettent qu'elle découle directement du contrat de vente. Ainsi, la loi VIII, titre X, du chapitre III du Fuero Real dispose que « le vendeur est obligé de défendre la chose lorsque l'acheteur a subi un trouble dans sa possession ». En outre, les *Siete Partidas* octroient à l'acheteur deux possibilités lorsqu'il a été troublé dans sa possession : soit d'appeler en garantie au vendeur, soit de demander le prix de la chose ou le double de celui-ci, dans le cas où il existait une stipulation *au double*²¹⁵. Dans le cas des ventes de la zone centrale d'Espagne, l'éviction est connue sous le nom de *redra* « *e de vos rediar e amparar de quien quier que vos los venga demandando* »²¹⁶.

Enfin, en ce qui concerne l'obligation de garantie des vices cachés, malgré un traitement détaillé chez les fueros, il semble que le régime du droit romain est resté inaltéré pendant l'époque médiévale. Les auteurs médiévaux trouvent une alternance entre l'action de vente (*actio empti*) permettant à l'acheteur de réclamer l'annulation de la vente avec

²¹³ « À lire ces textes, on se croirait à l'époque romaine, lorsque le vendeur ne s'obligeait pas à transférer la propriété. Néanmoins, bien que l'obligation de transférer la propriété ne soit pas écrite dans les textes, elle y est sous-entendue (...) », in Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, Tome XII, Neuvième édition, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1923, p. 462, in www.galica.bnr.fr

²¹⁴ FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, p. 437 s

²¹⁵ Quinta partida. Título 5, Leyes 32- 37

²¹⁶ RIAZA Román y GARCÍA GALLO Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español*, Librería General de Victoriano Suárez Madrid, 1934, p. 679 -670

restitution du prix pour le préjudice subi, et l'*actio quanti minoris* lui permettant la réduction du prix²¹⁷.

Dans les *Siete Partidas*, la garantie des vices cachés jouait de la manière suivante : le régime n'était pas unitaire puisqu'il s'agissait d'une régulation casuistique et que les actions n'étaient pas qualifiées de forme générale, mais en fonction de leur effet particulier. Cette situation a permis à la doctrine de construire les règles générales de cette garantie qui, à l'instar du droit romain classique, permettent à l'acheteur de choisir aussi bien l'action rédhibitoire que l'action de réduction du prix, en marge de la bonne ou de la mauvaise foi du vendeur. Enfin, les *Siete Partidas* n'établissent un délai pour l'exercice des actions que dans le cas des animaux : six mois pour l'action rédhibitoire, un an pour l'action *quanti minoris*²¹⁸.

B) Obligations de l'acheteur

L'obligation principale de l'acheteur est celle de payer le prix. Dans la pratique, lorsqu'il s'agit des biens immeubles, le paiement devait se faire préalablement à l'octroi de la lettre et à la remise de la chose. Pour les meubles, au contraire, il existait plus de flexibilité, de sorte que le prix pouvait être payé même au-delà du moment de délivrance de la chose²¹⁹.

Section 2 : Le transfert de la propriété dans les Fueros municipaux

Dans le droit médiéval espagnol, l'accord de volontés était impropre en lui-même à opérer la transmission de la propriété, celle-ci ne se produisant que par le respect d'un formalisme spécifique²²⁰ : la tradition. En effet, la doctrine s'est accordée sur ce point-là : il

²¹⁷ DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit. p. 228

²¹⁸ Jorge OVIEDO ALBÁN, "La protección del comprador ante los vicios ocultos de la cosa entregada: del derecho romano a los instrumentos contemporáneos sobre contratos", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 43, décembre 2014, in www.scielo.cl

²¹⁹ URUBURU COLSA, op. cit., p. 56

²²⁰ M. DROSS, *Droit Civil Les choses*, Lextenso éditions, p. 47

n'y a aucun doute que la tradition a existé durant cette période, comme le prévoient la plupart des fueros²²¹ (§1).

Malgré tout, « la solution romaine, cantonnant la vente à un effet strictement personnel, n'a pas toujours été parfaitement comprise »²²² : le Fuero Real, par exemple, condamnait la vente de la chose d'autrui, ce qui probablement s'explique par la confusion existante entre les actes de vente et de transfert (§2). De plus, certains auteurs ont reconnu la présence de formes de tradition symbolique dans les territoires de Léon, Castille et Aragon. Ainsi, l'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur lorsqu'il a remis, par exemple, une poignée de terre ou une branche d'un arbre²²³.

Ces formes de tradition spiritualisées n'arrivent pas pourtant à remplacer l'acte même de remise réelle de la chose et, en tout cas, elles perdent leur force une fois en vigueur les *Siete Partidas*, qui revendiquent le rôle de la tradition matérielle en tant que mode principal de transmission de propriété.

§1 : La tradition comme mécanisme de transmission des biens

La tradition en tant que mode de transfert de la propriété, qui consiste dans la remise de l'objet à l'acquéreur, est maintenue par les juristes médiévaux du V^e au XIII^e siècle²²⁴. Certes, selon le droit médiéval espagnol, le vendeur est tenu d'accomplir un acte distinct du contrat de vente, tel que le montre certains fueros municipaux, notamment le Fuero Viejo de Castilla -qui parle de l'acte de *apeamiento* pour les immeubles²²⁵-, les Fueros de la Novenera²²⁶ et le Fuero Real.

²²¹ Luis CABRAL DE MONCADA, A "traditio" e a transferencia da propiedade e imobiliaria no Dereito portugués, Séculos XII –XV, in FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, p. 464

²²² DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.* p. 232

²²³ In FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, p. 417

²²⁴ FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, p. 463

²²⁵ Fuero Viejo de Castilla, IV, I, 3

²²⁶ Fueros de la Novenera 226 "Todo ombre qye pieca compre o uina, deve el vendesor yr delant et el comprador hi ailluego et el ferme de caga por apear la herdat, esto que prueuen con dos ombres (...)" in FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, p. 469

D'après le Fuero Real « une fois que la vente est conclue, le vendeur est contraint de donner à l'acheteur la chose qu'il lui a vendue. Mais s'il arrive que le vendeur ne puisse pas se procurer la chose, il est obligé de ne rembourser que le prix qu'il a reçu de la part de l'acheteur »²²⁷.

A la lecture du texte, on peut comprendre que le vendeur n'est contraint qu'à se procurer le bien si cela lui est possible : l'obligation de livrer l'objet ne sera effective que si le vendeur est propriétaire de la chose, mais, en tout cas, elle ne saurait transférer plus de droits que le vendeur en a lui-même sur la chose. Également, on pourrait penser qu'à cette époque-là, la vente de chose d'autrui serait admissible. En effet, celui qui vend un objet qui n'est pas le sien est tenu d'obtenir la chose lorsque cela lui est possible, à défaut, il devra rembourser le prix. Cependant, comme on le verra par la suite, cette vente était condamnée par le Fuero Real.

Or, on ne sait pas très bien si le droit médiéval espagnol a connu des situations dans lesquelles la tradition a été simplifiée à des formes symboliques ou fictives, à l'instar du droit romain. D'après certains auteurs, durant la période du V^e au XV^e siècle, l'Espagne se contente souvent des traditions « spiritualisées », ce qui renforce l'idée d'une reconnaissance de l'efficacité réelle du contrat de vente. Pour appuyer sa thèse, les auteurs font référence à une loi du Fuero Real (Livre V, titre IV, loi III) qui, d'après eux, permet de remplacer l'acte de tradition réelle par la remise simple d'un document (escripto)²²⁸.

Pourtant, une lecture dudit article ne permet pas à notre avis d'arriver à cette conclusion : le texte se limite à reconnaître la validité des ventes faites par le moyen d'un écrit, puis signale que, même en l'absence d'un tel document, la vente sera valable si le prix

²²⁷ III, 10, 15. *“Como es tenuto el vendedor de dar la cosa que vendió al comprador: El vendedor, después que la vendita fuera cumplida, derechamente, sea tenido de dar la cosa que vendiere aquel que la compró, si la pudiere haber: casi por ventura no la pudiere haber, no es derecho que sea constreñido de darle más de la valia o tomarle el precio que rescibió del comprador, qual más quisiera aquella que la compró”, Fuero Real, Opúsculos legales del Rey Don Alfonso el Sabio, Real Academia de la Historia, Imprenta Real, Madrid, 1836, p. 87, in fama2.us.es/fde/opusculosLegalesT2.pdf*

²²⁸ “La vendición que es fecha por escrito, sea firme, e maguer no sea fecho escrito después que el precio es dado ante testimonias la vendición sea firme. E la bendición que es fecha por fuerza o por miedo, non vala », in Fuero Juzgo en latin y castellano cotejado con los más antiguos preciosos códices, Real Academia Española, Madrid, Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., 1815

a été déjà payé par l'acheteur. L'article ainsi interprété vise donc à régler le moment dans lequel le contrat conclu par document est parfait entre les parties, à savoir, avec la remise de la lettre ou le paiement du prix, d'où on ne peut en déduire des effets immédiats sur le transfert de la propriété.

En revanche, d'autres auteurs affirment que le droit médiéval espagnol n'a pas connu des formes de tradition spiritualisées, et que ce qui figurait dans la plupart des fueros sont des actes de tradition matérielle (*traditio corporalis*) et non pas symboliques²²⁹ : c'est encore la remise corporelle qui acte le transfert du domaine²³⁰. Malgré les divergences, la tendance de la doctrine est celle de placer les fueros au cours d'une période intermédiaire entre la transmission du bien par le moyen d'une formalité spécifique, et le modèle purement consensuel de l'acquisition de la propriété par le contrat de vente²³¹.

§2 : La vente de la chose d'autrui

Le Fuero Real proscrit la vente de la chose d'autrui²³². La loi 9, du titre 10 signale que « personne ne peut vendre maison, terre ni aucune chose d'autrui sans son consentement »²³³. En outre, la loi VI du titre V établie que celui qui vend une chose qui ne lui appartient pas sera condamné à rendre à l'acheteur de bonne foi le prix perçu, à indemniser l'acheteur des dommages subis, ainsi que lui fournir les améliorations qu'il aurait pu apporter à la chose, et de rendre *le duplum pretium* de la chose à son propriétaire. Il en est de même pour celui qui achète l'objet sachant que le vendeur n'est pas son

²²⁹ FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, p. 467

²³⁰ A.M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*. Paris, P.U.F., 1989, p. 173 in www.persee.fr

²³¹ *Ibid.*, p. 466 s

²³² Antonio ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, "Evolución del principio romano de la validez de la venta de cosa ajena en el derecho medieval español", II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Primera edición, 1998, p. 129

²³³ III, 10, 9 "Como ninguno puede vender lo ageno sin mandado de su dueño. Establesceemos, que ningún home no venda siervo, ni sierva de otro, ni casa, ni tierra, ni otra cosa sin mandado e sin voluntad de su señor: e si alguno si ficiere, no vale, e haya la pena que manda la ley también el vendedor como el comprador, si lo compró a sabiendas, y el señor del siervo, hayan con todo lo que gani, después que probare que es suyo, si no le fuere probado que lo mandó vender e si hijos fizo en este comedio, sean del señor cuyo es el siervo"., Fuero Real, *op. cit.*

propriétaire : il sera condamné à rendre la chose au véritable propriétaire, et devra ainsi lui donner une fois son prix²³⁴.

Quant au reste des fueros, il n'existe pas une disposition dans le même sens que celle contenue dans le Fuero Real, ce qui a permis à la doctrine d'affirmer que ladite prohibition n'était pas respectée dans le droit coutumier wisigothique. Enfin, la lettre d'Agramont admet la vente de la chose d'autrui lorsque le vendeur non-propriétaire vend les biens d'une personne décédée sans laisser d'héritiers, afin de destiner le produit de la vente des biens aux œuvres de charité pour le salut de l'âme du défunt²³⁵.

²³⁴ Ley VI, Libro III, Titulo X "Si algún ome vendiere cosa agena e el comprador non sopiere que es agena, non aya pena, e el vendedor tornel el precio e peche la pena que fuer puesta en la vendita e quanto meioró en la cosa comprada, e sanel todo el daño quel viviere por razón daquela vendida, e torne aquella cosa agena que vendiera a su dueño con otro tanto de lo suyo. Mas qui a sabiendas comprare la cosa agena, tornela a su dueño con otro tanto de lo suyo. Et esto mismo que es dicho en las ventas de suso, mandamos en las cosas agenas que fueren dadas o camiadadas". Fuero Real, *op. cit.* p. 87

²³⁵ FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, p. 424

Chapitre 2 : L'acquisition de la propriété pendant la période coloniale

Contrairement à ce qui se passe durant la période du V^e au XII^e siècle, où la doctrine ne se met pas d'accord sur les effets produisant le contrat de vente en ce qui concerne la transmission de la propriété des biens, le XII^e siècle est considéré comme le moment d'affermissement de la *traditio* en tant que mode nécessaire pour l'acquisition du domaine²³⁶.

Ainsi, des corps légaux comme celui des Coutumes de Tolosa établit qu'« aucun homme ne peut acquérir la seigneurie (la propriété) d'une chose “*si just titol non ha*” »²³⁷. De même, les *Siete Partidas* adoptent un système du transfert de propriété fondée sur les éléments de juste cause (titre) et de tradition (mode)²³⁸ (*Section 1*).

De plus, l'école des glossateurs ainsi que le texte des *Siete Partidas* ont eu une forte influence chez la doctrine de l'époque qui, en termes généraux, refuse l'idée d'un effet translatif du contrat de vente. Une glose du juriste Gregorio López à propos de la *partida* 3.28.46 affirme « *acquiritur dominium traditione ex titulo habili* »²³⁹.

Cette forme de transfert de propriété, bien entendu, va pénétrer les Indes occidentales depuis leur conquête par les Espagnols, puis les mouvements d'indépendance et de codification latino-américaine : malgré les divergences doctrinales de l'époque, les codes latins vont adopter un système de transfert fondé sur les notions de titre et de mode dans le but d'être plus cohérent et fidèle à leurs traditions juridiques (*Section 2*).

²³⁶ María del Pilar PÉREZ ÁLVAREZ, *La compraventa y la trasmisión de la propiedad. Un estudio histórico comparativo ante la unificación del derecho privado europeo*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, n° 14, 2006, p. 201 – 248 *in* dialnet.uniroja.es/servlet/articulo?codigo=2346029

²³⁷ «*Sans qu'il y ait un juste titre* »

²³⁸ *Ibid.* p. 228

²³⁹ *Idem*

Section 1 : Les Siete Partidas d'Alphonse Le Sage

Les *Siete Partidas* d'Alfonse X sont présentées par la doctrine comme le paradigme du modèle causaliste du transfert de propriété. Certes, ce code a obtenu une portée considérable en matière de transmission de propriété, aussi bien dans le droit médiéval espagnol que dans le droit des Indes occidentales, de sorte qu'à partir de sa publication, l'échange des consentements n'est plus translatif : il lui faut le soutien de la remise matérielle ou d'une formalité solennelle, telle que la tradition (§1).

Relativement à la vente de la chose d'autrui, les *Siete Partidas* vont reprendre les enseignements du droit romain d'après lesquels celle-ci est valide. En effet, la vente n'a qu'un effet purement obligationnel, si bien que celui qui vend une chose qui ne lui appartient pas n'est tenu qu'à se procurer la chose et à défaut, d'indemniser à l'acheteur (§2).

§1 : La tradition à l'effet du transfert

Il n'est pas particulièrement surprenant que les *partidas* recueillent sans aucune modification la solution romaine à propos de la séparation du contrat de vente et du transfert de la propriété (bien entendu- sous l'interprétation que lui a donnée l'école des glossateurs depuis le XI^e siècle). Ainsi, la tradition en tant que mode dérivé de transfert de propriété est insérée dans le code Alphonsine sous le nom d'*apoderamiento*, c'est-à-dire, la manière dans laquelle on devient propriétaire d'une chose.

En effet, dans la *partida* III, titre 28, loi 46 on trouve que : « *Apoderan unos omes a otros en sus cosas vendiendo gelas, o dando gelas en dote, o en otra manera, o cambiando las, o por alguna otra derecha razón. E porende dezimos que por tal apoderamiento como este que faga un ome a otro de su cosa, o que lo faga otro alguno por su mandado, que pasa el señorío dela cosa a aquel a quien apoderasse della* »²⁴⁰.

²⁴⁰ Códigos españoles, concordados y anotados, Madrid, Editorial Imprenta de la publicidad, Tomo III, 1848, p. 352

Deux idées découlent clairement du texte : la première, c'est la nécessité d'une *iustae causae traditionis* (*derecha razón*) tendant au transfert de la propriété, telle que la vente, la donation et l'échange ; la deuxième, c'est le fait que la vente ne se suffit pas à elle-même pour la transmission de la propriété : il faut en outre que le contrat soit suivi d'une *traditio*. De cette manière, la tradition s'impose comme la formalité propre à provoquer le déplacement de la propriété des choses, et la vente n'a qu'un effet purement obligationnel : « la vente est une affaire largement utilisée par les hommes qui se forme par le seul consentement des parties sur un objet et un prix certain » (*de la vente. Partida V, titre 5, loi 1*).

Dans sa version plus authentique, les *Siete Partidas* régissent une forme de tradition réelle dénommée « *apoderamiento corporal* » qui consiste à remettre matériellement la chose par le vendeur à l'acquéreur de mains en mains (Partida III, titre 19, loi 47).

Or, à l'instar du droit romain, le code Alphonsine a connu, à côté de la tradition réelle ou corporelle, certes toujours pratiquée, divers procédés qui n'ont été classés que beaucoup plus tard, au Moyen Âge, comme des cas de traditions feintes²⁴¹. Elles sont au nombre de cinq : la tradition de « longue main »²⁴², la tradition de « brève main »²⁴³, la tradition *clavium*²⁴⁴, la tradition *chartae* ou *litterae*²⁴⁵ et le constitut possessoire²⁴⁶.

Tel qu'on pouvait s'y attendre, le droit amérindien n'a pas connu des formes de transmission de la propriété distinctes de celles comprises à l'intérieur du corps des *Siete Partidas*²⁴⁷, étant donné son incorporation immédiate au royaume de Castille après la conquête. Cela est confirmé, par exemple, par les Institutes du droit Real de Castille de José María Alvarez qui énonce la tradition parmi les modes d'acquisition de la propriété. Cet

²⁴¹ J.P.LÉVY, *op. cit.*, p. 594

²⁴² *Partida III, titre 30, loi 5*

²⁴³ *Partida III, titre 28, loi 47*

²⁴⁴ *Partida III, titre 30, loi 7*

²⁴⁵ *Partida III, titre 30, loi 8*

²⁴⁶ *Partida III, titre 28, loi 47*

²⁴⁷ Alejandro GUZMÁN BRITO, "La tradición como modo de adquirir el dominio en el derecho romano, en el común y en el isnaturalismo y su destino en los derechos patrios de la América Española", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 n° 1, p. 329 -344, 2015

auteur, bien que très influencé par la doctrine iusnaturaliste (dont Heineccius) admet la nécessité d'un acte de tradition afin de transférer le domaine des choses, en signalant qu'il s'agit des subtilités du droit civil, donc du droit romain, dont le droit naturel ne tient pas en compte²⁴⁸.

De toute façon, au-delà de l'assimilation faite par la doctrine du droit civil amérindien à celui castillan en ce qui concerne la question du transfert de propriété, il n'existe pas encore d'études approfondies qui permettent d'assurer l'équivalence absolue entre les deux systèmes. En effet, ladite assimilation se réalise sous la base de la comparaison des textes juridiques, mais on ne peut pas négliger le fait qu'il existe encore d'énormes pans du droit amérindien qui restent sans analyse. D'où la nécessité d'une étude plus poussée dans ce domaine, puisqu'il est tout à fait possible que certaines formes symboliques de tradition aient été développées dans l'expérience américaine, en permettant ainsi de se dispenser des actes formels de tradition.

§2 : La vente de la chose d'autrui

La loi 19 du titre V, livre V des *Siete Partidas*, accepte la possibilité de la vente de la chose d'autrui, étant donné que « la vente, simple contrat, donne naissance à un droit personnel : la vente comme convention est distincte de la tradition et cette tradition est nécessaire au transfert de la propriété »²⁴⁹. Le contrat ainsi conclu n'est pas nul, parce que la vente n'est pas par elle-même translatrice de propriété : le vendeur est simplement obligé de se procurer la chose pour la livrer à l'acheteur en faisant tout son possible²⁵⁰. S'il n'arrive pas à le faire, il versera des dommages et intérêts à l'acheteur.

À côté des dispositions acceptant la vente de la chose d'autrui, le texte Alphonsine contient aussi les conséquences découlant du fait que le propriétaire demande en justice la chose vendue, selon que l'acheteur est de bonne ou de mauvaise foi : dans le premier cas, le vendeur devra rembourser à l'acheteur le prix qu'il a payé pour la chose et il devra aussi

²⁴⁸ *Ibid*, p. 334

²⁴⁹ DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit. p. 233

²⁵⁰ *Ibid*, p. 222 s

indemniser l'acheteur de tout dommage causé en raison de la vente ; dans le deuxième cas, c'est l'acheteur qui devra retourner la chose à son propriétaire, et le vendeur n'est pas contraint de lui rembourser le prix payé, sauf si au moment de la conclusion du contrat les parties ont convenu une clause spécifique²⁵¹.

En outre, la loi 50 du titre V, livre 5 des *partidas* traite des ventes successives d'un même bien à différents acheteurs : puisque l'échange de consentements ne transfère pas la propriété, c'est celui qui est mis en possession de la chose le premier qui l'emporte²⁵².

La vente de la chose d'autrui, considérée comme déraisonnable (Portalis) et ridicule (Tronchet-Fenet), a été radicalement exclue par l'article 1599 du Code Napoléon²⁵³. En revanche, elle est admise dans la plupart des Codes civils latino-américains qui ont adapté le *Code civil*.

Section 2 : L'influence de la pensée des théologiens et des juristes dans l'adoption d'un système du titre et du mode dans le droit espagnol

Le transfert de la propriété dans le Code civil espagnol de 1889 repose sur un système de transfert causal et différé de la propriété. Certes, l'article 609 dudit Code applique le principe selon lequel le transfert de la propriété repose sur la tradition « la propriété et les autres droits sur les biens s'acquièrent et se transmettent par la loi, par donation, par succession testamentaire ou *ab intestat* et par l'effet de certains contrats, moyennant tradition »²⁵⁴.

D'après la doctrine, l'adoption d'une théorie causaliste du transfert de propriété dans l'ordre juridique espagnol est essentiellement due à l'influence de la pensée de

²⁵¹ Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, Manuscrito, in www.bne.es/es/Micrositios/Exposiciones/BNE300/Obras

²⁵² Alejandro GUZMÁN BRITO, "La tradición como modo de adquirir el dominio en el derecho romano, en el común y en el isnaturalismo y su destino en los derechos patrios de la América Española", *op. cit.*, p. 334

²⁵³ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, Histoire du droit privé, 1/ Les obligations, Presses Universitaires de France, 2^e édition, 1957, p. 249

²⁵⁴ Code civil espagnol 1889, in www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=9338

glossateurs pendant le X^e et le XIII^e siècle, ainsi qu'aux des dispositions contenues dans les *Siete Partidas*. Ce processus commence particulièrement avec la réflexion des œuvres de glossateurs tels que le Bolognais Accurse, l'italien Bartole et son élève Balde qui construisent toute une doctrine qui sera, en quelque sorte, le *ius commun* en matière de contrat de vente²⁵⁵ (§1).

De plus, citons un autre facteur qui aurait pu influencer l'adoption d'un régime de transfert causal et différé de la propriété : c'est l'ensemble des réflexions que mèneront des théologiens espagnols à la suite de travaux intellectuels et pédagogiques entamés par Francisco de Vitoria, lesquels seront regroupés au XX^e siècle sous le nom de l'école de Salamanque (§2). Enfin, des considérations d'ordre historique, économique, juridique, même politique vont conduire aussi à maintenir un système du transfert de la propriété par le mode de la tradition, malgré l'opinion dissidente qui est apparue au cours du XVI^e siècle.

§1. L'école des glossateurs

À l'époque justinienne renaît la distinction entre le contrat de vente et l'acte translatif de propriété. Le contrat de vente doit de nouveau être suivi d'une tradition, laquelle est présentée comme le mode universel de transfert de la propriété²⁵⁶.

Avec la renaissance du droit romain, on maintient la règle romaine du transfert de la propriété par la tradition consécutive d'un contrat. Ce principe va être cherché, principalement, dans deux textes de référence qui nous donnent une synthèse de la pensée justinienne. Il s'agit, en premier, d'un fragment d'Ulpien d'où il ressort que « le vendeur n'est obligé que d'accomplir la tradition du bien. Si ce dernier était la propriété du vendeur, la tradition rend l'acquéreur à la fois possesseur et propriétaire de celui-ci. Par contre, s'il apparaît que le vendeur n'avait que la possession du bien, la tradition ne le rend que

²⁵⁵ COMBETTE, *op. cit.*, p. 85

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 83, 84

possesseur »²⁵⁷. Le second est une constitution de Diocletien qui déclare que la propriété est transférée, non par de simples pactes, mais par des traditions et des usucapions²⁵⁸.

C'est à partir de ces sources que le droit savant médiéval va construire une doctrine qui va dominer toute la pensée juridique à partir des glossateurs, d'après laquelle l'acquisition de la propriété est soumise à deux événements : « une *causa proxima*, qui correspond au *modus*, c'est-à-dire l'acte d'extériorisation qui réalise l'acquisition, la *traditio*; c'est la remise de la chose par celui qui s'est porté acquéreur, et une *causa remota*, qui elle fait référence au *titulus* : l'acte juridique par lequel l'acquisition se fait, dans notre cas, le contrat de vente »²⁵⁹.

En fait, d'après Castan Tobeñas, c'est la doctrine du Moyen âge et une partie de la doctrine moderne qui théorisent la pratique juridique romaine. D'une part, en adoptant une interprétation causale de la propriété, ensuite, en généralisant la doctrine romaine de la tradition à la plupart des droits réels, et enfin, en appliquant les termes *titre et mode, causa proxime et causa remota*, tirées de la terminologie scolastique courante à cette époque²⁶⁰.

Or, quelle est l'application de cette doctrine du *ius commune*²⁶¹ ?

Un certain nombre d'auteurs espagnols défendent la théorie selon laquelle le transfert de propriété exige un contrat suivi d'une tradition. Ainsi, Domingo de Soto, théologien dominicain, philosophe et juriste espagnol, distingue clairement le contrat qui est dénommé *titre* de la transmission de la propriété appelée *mode*²⁶². En outre, le jésuite Luis de Molina affirme que : « pour acquérir le domaine des choses et par conséquent, un droit réel, il ne suffit pas d'avoir un titre apte pour la transmission, telle qu'une vente ou une donation, mais il faut aussi que la chose soit transmise par le moyen de la

²⁵⁷ *Ibid*, p. 84

²⁵⁸ J.P.LÉVY, *op. cit.*, p. 601

²⁵⁹ COMBETTE, *op. cit.*, p. 85

²⁶⁰ CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil Español, Común y Foral*, volumen I, Tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1964, p. 188

²⁶¹ *Ibid*, p. 88

²⁶² PÉREZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 228

tradition »²⁶³. Enfin, Pedro de Oñate défend l'idée d'une tradition dans le but de transmettre efficacement la propriété²⁶⁴. Ils s'appuient donc sur ce *ius commun* qu'on a décrit précédemment.

Pourtant, « des voix dissidentes se font entendre au XVI^e siècle »²⁶⁵, en particulier, la pensée du droit naturel et du droit canonique sur le contrat de vente pour qui l'acte de vente transfère en lui-même la propriété. Même au XX^e siècle, la doctrine n'est pas unanime sur ce point-là : le projet du Code civil espagnol de García Goyena, par exemple, dans son article 548, établissait que « la propriété s'acquiert par héritage, par contrat et par prescription, entendons ici par contrat, celui qui peut transmettre la propriété, comme la vente ; et non ceux qui sont des simples titres, tels que le louage et le commodat »²⁶⁶.

Quant à la pratique mise en place dans le droit médiéval espagnol, la propriété était transférée à travers une remise réelle de la chose, tel qu'en témoignent, par exemple, les documents qui faisaient état d'un acte de prise de possession d'un bien immeuble conclu généralement après la conclusion du contrat principal de vente²⁶⁷. Cependant, certains auteurs, dont Cabral de Moncada, affirment que les territoires de Castille fortement influencés par le droit romain auraient connu des formes de tradition *ficta* ou des actes d'investiture symboliques²⁶⁸.

§2 : L'école de Salamanque du XVI^e siècle

L'école de Salamanque « est le nom donné au XX^e siècle à un groupe de théologiens et de juristes espagnols du XVI^e siècle, liés à l'ancienne Université de Salamanque. Elle désigne de manière générale l'ensemble des réflexions que mènent des

²⁶³ DE MOLINA, *Los seis libros de la justicia y el derecho*, tr. Fraga. Tratado II, disp.. 2, no 3, *De iusticia et iurem* Cuenca- Madrid, 1593 - 1609

²⁶⁴ *Idem*

²⁶⁵ DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.* p. 312

²⁶⁶ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, Zaragoza, 1974, p. 295

²⁶⁷ URUBURU COLSA, *op. cit.*, p. 22

²⁶⁸ FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, p. 467

théologiens espagnols à la suite des travaux intellectuels et pédagogiques entamés par le dominicain Francisco de Vitoria »²⁶⁹.

Bien que l'on considère que l'école moderne du droit naturel ait pris à son compte la conception de la scolastique espagnole selon laquelle l'échange des consentements est en lui-même suffisant pour transférer la propriété, la doctrine a toutefois mis en lumière l'existence, chez les scolastiques, d'une solution plutôt favorable à celle romaine selon laquelle il faut, en plus d'un contrat, un acte spécial de transfert.

En effet, comme on l'a déjà vu, des auteurs tels que le dominicain Domingo de Soto et le jésuite Luis de Molina, appartenant à l'école des salmanticenses et à celle des conimbricenses, respectivement, ont refusé l'idée d'un transfert purement consensuel dans le but de prévenir les fraudes éventuelles au tiers²⁷⁰.

Grosso modo, l'école revendique la faculté dont jouissent les personnes de s'approprier des choses par le moyen d'un contrat, en tant qu'expression suprême de la volonté des hommes, ce qui nous fait penser qu'il pourrait s'agir d'une conception exaltant le consentement des parties à des fins de transmission de la propriété, à l'instar de l'école du droit naturel moderne. Pourtant, la tendance scolastique est de considérer qu'il est nécessaire de maintenir certains mécanismes hérités des Romains, comme la tradition, afin de favoriser une correcte transmission de propriété, de permettre la connaissance aux tiers de la prise effective de la possession, et d'éviter d'éventuels litiges en raison d'une méconnaissance de l'état réel des biens²⁷¹.

D'après David Esborraz, même si l'individu se place au centre de l'univers et par conséquent la propriété et le contrat ne sont que des instruments d'extériorisation de la volonté des hommes (F de Vitoria), il est important aussi de tenir compte de la relevance

²⁶⁹ Rafael TERMES, "La tradición hispana de libertad", *in* artículos, pensamiento, www.liberalismo.org/articulo/330/13/tradicion/hispana/libertad/

²⁷⁰ Diego Fernando MONJE MAYORGA, *El solo consensu y la teoría del título y el modo: un estudio sobre su parentesco y afinidad práctica para superar sus diferencias teóricas*, Tesis doctorado en derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, p. 88

²⁷¹ *Ibid*, p. 89

des normes imposant des limites à la volonté afin d'atteindre le bien commun ; la tradition est donc une condition pour toute transmission de la propriété dont l'accomplissement revêt une importance considérable pour la sécurité des échanges commerciaux²⁷².

²⁷² David Fabio ESBORRAZ, "El efecto obligacional: otra diferencia específica de la noción de contrato del sistema jurídico Latinoamericano", Grupo para la armonización del Derecho privado latinoamericano, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 317

Titre 2 : Le système du transfert de la propriété après l'indépendance des colonies américaines

L'adoption des Codes pour les nouveaux États latino-américains n'a pas entraîné, comme on l'a déjà vu, une rupture totale avec leur histoire et leurs traditions juridiques, particulièrement avec le droit hérité de la couronne espagnole. Or, c'est justement dans le domaine du droit des obligations que cette volonté de tirer le plus possible parti des solutions déjà connues semble plus marquée²⁷³. Les anciennes Indes espagnoles chercheront donc à revendiquer une parenté avec l'ancienne tradition juridique espagnole.

C'est précisément l'exigence romaine de la « tradition » en tant que mode constitutif de la propriété que l'on veut transmettre aux nouveaux états naissants, et tel a été le cas pour la majorité d'entre eux grâce à la législation espagnole elle-même. Il y a eu cependant des exceptions.

En effet, le mécanisme opérant le transfert de propriété que l'on peut trouver dans les pays hispano-américains n'est pas homogène. D'une part, dans tous les états qui ont adopté le Code Napoléon, tels que Haïti (1825) et la République dominicaine (1845), c'est le principe du transfert *solo consensu* qui a prévalu, ce qui est logique. D'ailleurs, certains pays qui ont décidé d'élaborer leur propre code ont cependant adopté le principe du consentement translatif du droit français²⁷⁴ : c'est le cas de la Bolivie (1830), le Costa Rica (1841 et 1888), le Venezuela –celui-ci en mettant en place un Code civil très similaire au Code italien de 1865- et le Mexique (1870).

Dans le cadre d'une comparaison avec le système français où l'accord des parties est en lui-même suffisant à provoquer la transmission des biens (Chapitre I), le reste des

²⁷³ COMBETTE, *op. cit.*, p. 53

²⁷⁴ Sophie MICHEL, « Le principe espagnol de la "tradición real" ou l'obligation de remise de la chose vendue, 2008 », blogs Université Paris Ouest Nanterre La Défense, in <http://m2bde.u-paris10.fr/content/le-principe-espagnol-de-la-%C2%AB-tradici%C3%B3n-real-%C2%BB-ou-l%E2%80%99obligation-de-remise-de-la-chose-vendue-p?destination=node%2F1367>

pays latino-américains restent fidèles à la spécificité romaine puis ibérique quant à l'obligation de remise de la chose à des fins de transmission de propriété. C'est le cas du Code civil du Pérou où la tradition est dénommée « *enajenación* » ; du Code civil chilien qui, à son tour, a été adopté intégralement par l'Équateur (1858), de la Colombie (1858 et 1887), du Salvador (1859) du Honduras (1880) ; et des Codes civils de l'Uruguay (1868), du Paraguay (1868 et 1876), de l'Argentine (1869), de Cuba et Porto Rico (Chapitre II).

Chapitre 1 : L'accord des parties est-il en lui-même suffisant à provoquer la transmission des biens ? Les débats autour du Code civil

La question de savoir « à partir de quand l'acheteur dans le contrat de vente devient-il propriétaire ?²⁷⁵ » est une question qui se pose chez la doctrine depuis le XII^e siècle. Même au XVIII^e siècle, en Europe « la doctrine ne parle pas d'une voix unanime »²⁷⁶ malgré la grande influence de l'école du droit naturel.

En effet, un certain nombre d'auteurs défendent la théorie selon laquelle le transfert de propriété des biens donne lieu à une tradition : c'est la position que semble défendre Dumoulin et Pothier²⁷⁷. Pour d'autres, tel que Denisart ou encore Argou, « l'accent est déjà mis sur le consentement des parties. La propriété semble ainsi découler des seuls échanges de volontés »²⁷⁸.

Ces différentes réflexions portant sur la question du transfert de la propriété vont également s'étendre, au cours du XIX^e siècle, à des pays latino-américains qui ne disposaient pas à ce moment des codes propres à leurs États (*Section 1*). La mise en place d'un des deux systèmes dépendra, en gros, de plusieurs facteurs : elle est le résultat de l'adoption presque littérale du Code Napoléon ; ou elle est le fruit d'une réflexion menée sur les diverses positions doctrinales existantes à propos de la question du transfert ou enfin, elle résultera de la décision des pays de rester ou non fidèles aux traditions juridiques qui semblaient avoir été laissées de côté par les nouvelles interprétations formulées autour du *Code civil*. Ces deux dernières raisons, d'après la doctrine latino-américaine, ont apparemment conduit Bello à établir un système du transfert fondé sur l'acte de la tradition, tel qu'il est consacré dans les divers travaux préparatoires du Code civil chilien puis dans le Code chilien de 1855 (*Section 2*).

²⁷⁵ Voir DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit. p. 234

²⁷⁶ Idem

²⁷⁷ COMBETTE, op. cit., p. 89

²⁷⁸ Idem

Section 1 : Les vicissitudes doctrinales du début du XIX^e siècle

Selon la doctrine, l'idée que la vente est à la fois un contrat et un acte translatif de propriété n'a pas été le résultat de la volonté des rédacteurs du *Code civil* ni des articles qui y sont contenus, mais de « l'enseignement de la doctrine classique »²⁷⁹ au lendemain de la codification de 1804 (§1).

Pourtant, cette nouvelle conception du transfert de propriété qui découle notamment de la pensée du droit naturel, est perçue chez Bello comme une rupture fondamentale avec la tradition, mais aussi comme une théorie qui n'avait pas encore été mise en œuvre²⁸⁰, donc incertaine. Par conséquent, d'après Bello, il est plus prudent de rester fidèle aux principes posés par le droit civil castillan-amérindien, particulièrement aux *Siete Partidas* : à ce propos, l'auteur s'appuie sur une partie de la doctrine française qui s'oppose à l'effet translatif de la vente et reste beaucoup plus proche de l'enseignement romain. Cet ensemble de diverses sources juridiques et doctrinales explique probablement pourquoi le Code civil chilien, malgré la forte influence du Code civil Napoléon, refuse le principe du transfert *solo consensu*²⁸¹ (§2).

§1 : L'existence d'un principe de transfert *solo consensu* dans le Code civil français : « L'aboutissement d'une interprétation doctrinale »

« Depuis deux cents ans, l'ensemble de la doctrine française –ou presque- enseigne la règle selon laquelle, dans les actes translatifs, le droit de propriété se transmet dès l'échange des consentements, par le seul effet de la volonté, au moment même de la conclusion du contrat »²⁸². Cependant, « la rédaction obscure des textes²⁸³ » a conduit à se demander si les codificateurs ont effectivement consacré le principe *solo consensu* ou si, au contraire, il n'est que le résultat d'une initiative doctrinale (A).

²⁷⁹ Voir DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit. p. 242

²⁸⁰ MONJE MAYORGA, op. cit., p. 97

²⁸¹ Idem

²⁸² Gauthier BLANLUET, « Le moment du transfert de la propriété », p. 409 – 425, in 1804 – 2004 Le Code Civil un passé, un présent, un avenir, Édition Dalloz, Université Panthéon Assas (Paris II), p- 410

²⁸³ M. DROSS, op. cit., p. 50

Quoi qu'il en soit, l'idée que le principe du transfert immédiat *solo consensu* a peu de portée est largement répandue chez la doctrine, soit parce que son champ d'application est limité, soit parce que son contenu est réduit²⁸⁴, de sorte qu'il semble être devenu l'exception plutôt que le principe général (B).

A) La vente comme un contrat translatif de la propriété.
L'enseignement de la doctrine classique en France

Il est communément admis qu'avec le Code Napoléon, le contrat suffit à opérer le transfert de la propriété des choses sans qu'il y ait besoin d'une formalité quelconque²⁸⁵. Autrement dit, on considère qu'en France à partir de 1804, dès l'échange des consentements, le créancier devient propriétaire.

Or, plusieurs facteurs ont favorisé l'affermissement de l'idée selon laquelle le seul échange des consentements entraînait transfert de propriété. D'une part, depuis le XIII^e siècle des formes de tradition symbolique tendent à remplacer les actes de tradition réels à des effets du transfert de la propriété, sans que ne soit pour autant admis le transfert par simple consentement²⁸⁶. De plus, la renaissance du droit romain favorise ce mouvement en assimilant l'écrit à une tradition réelle, constatant la conclusion d'un contrat ou en généralisant les traditions feintes, entre autres, le *constitut possessoire*²⁸⁷. Dès le XVI^e siècle, encore, Grotius et son école du droit naturel admettent que la volonté des parties suffit à opérer le transfert²⁸⁸.

Mais c'est surtout « au lendemain de l'adoption du Code Napoléon qu'un débat s'est instauré, en doctrine, sur le point de savoir si le code avait rompu avec le droit romain de la vente, selon lequel, la simple volonté des parties ne pouvait transférer la

²⁸⁴ G. BLANLUET, *op. cit.*, p. 416

²⁸⁵ M. DROSS, *op. cit.*, p. 49

²⁸⁶ Jean BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire Romain au XIX^e siècle*, Éditions Montchrestien, première édition, 1998, p. 267

²⁸⁷ *Idem*

²⁸⁸ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *op. cit.* p. 284

propriété »²⁸⁹. La grande majorité des auteurs, comme Troplong et Demolombe, ont estimé que le *Code civil* avait donné une nature toute particulière aux obligations, en attribuant l'effet de transférer la propriété de la chose vendue au seul consentement²⁹⁰. Or, « cette question n'a guère été l'objet d'un véritable débat, les auteurs tenant pour une évidence la volonté des rédacteurs du Code de consacrer le principe de transfert par la seule puissance de la volonté des contractants »²⁹¹.

Néanmoins, au cours du XX^e siècle, notamment à l'occasion du bicentenaire du Code Napoléon, le principe *solo consensus* qui est resté irréfutable pendant des décennies, a été remis en question par une grande partie de la doctrine française²⁹² : l'idée c'est que « la tradition aurait été maintenue comme condition du transfert de la propriété, mais qu'à la fois la nature et l'objet de cette tradition auraient été modifiés en 1804 »²⁹³.

Ainsi, malgré le sens jusqu'alors donné aux articles 1582 et 1583 du Code civil -qui semblent contenir le principe *solo consensu*- ce ne sont que les commentateurs qui ultérieurement au code feront ressortir cette interprétation des articles²⁹⁴, au prix de leur dénaturation²⁹⁵. En outre, la rédaction des textes est qualifiée d'obscur et de peu claire puisque l'article 1582 parle d'une livraison qui pourrait laisser sous-entendre le maintien d'une certaine tradition, « et l'article 1583, qui, si lui indique que la propriété est acquise dès l'échange des consentements, ne fait ici référence qu'à l'acheteur »²⁹⁶, de sorte que, une lecture stricte du texte indiquerait que la propriété est transférée dès l'échange des volontés, mais uniquement en ce qui concerne les parties et non les éventuels tiers qui demanderaient la chose en revendication²⁹⁷.

²⁸⁹ Jean – Pascal CHAZAL, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », p. 477 – 492, in *Revue trimestrielle du droit civil*, Revues Dalloz, Édition Dalloz, n° 16, 2000

²⁹⁰ *Ibid*, p. 478

²⁹¹ *Idem*

²⁹² Voir à ce propos Gauthier BLANLUET, « Le moment du transfert de la propriété » *op. cit.*, M. DROSS *William Droit Civil Les choses op. cit.*, Céline COMBETTE « L'influence du Droit romain sur le Code civil de 1804, Analyse de la filiation entre le droit des obligations du Droit romain et le droit des obligations du Code Civil de 1804 », *op. cit.*, parmi d'autres

²⁹³ M. DROSS, *op. cit.*, p. 50

²⁹⁴ COMBETTE, *op. cit.* p. 93

²⁹⁵ J.P CHAZAL, *op. cit.*, p. 479

²⁹⁶ COMBETTE, *op. cit.*, p. 93, 94

²⁹⁷ *Idem*

La tradition qui réalise l'échange des consentements ne confère donc à l'acquéreur que le droit de forcer la remise matérielle de la chose. C'est uniquement cette remise qui lui confèrera la propriété absolue²⁹⁸. « La propriété est donc d'abord transférée relativement, par le seul échange des consentements assimilé à une tradition civile, puis absolument, par la délivrance de la chose qui est une tradition réelle »²⁹⁹. Or, d'après Blanluet, « le créancier n'a pas besoin de devenir propriétaire pour faire valoir ses droits à la délivrance de la chose. Cette obligation de délivrance existe indépendamment du transfert de la propriété³⁰⁰ », ce qui peut remettre en question les effets pratiques d'une sorte de tradition de type civile.

Compte tenu de ce qui précède, il est intéressant de noter que la doctrine latino-américaine tend à établir des contradictions irréconciliables entre le système de transfert immédiat *solo consensu* et le système de tradition « hérité » du droit romain. Certes, la doctrine tend à revendiquer l'originalité des rédacteurs des Codes latino-américains, entre autres exemples, par la mise en place d'un modèle du transfert différent de celui adopté en France.

Pourtant, il s'avère nécessaire de réaliser une étude au cas par cas qui permet de mettre en évidence les liens qui existent entre les textes originaux du Code Napoléon et ceux des Codes latino-américains puisqu'il est probable que, à l'instar de la tradition française, l'adoption du système de transfert immédiat soit le résultat des interprétations ultérieures faites par la doctrine plutôt que par une décision manifeste du législateur³⁰¹. On essaiera ultérieurement de faire cette analyse par rapport à l'expérience colombienne.

²⁹⁸ M. DROSS, *op. cit.*, p. 51

²⁹⁹ *Idem*

³⁰⁰ Gauthier BLANLUET, *op. cit.*, p. 419, 420

³⁰¹ L'exemple du Costa Rica est probant en l'occurrence : les articles 938, 1138 et 1583 du code costaricien correspondent exactement aux mêmes articles du Code civil français d'après lesquels la vente est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur, à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix. À l'instar des interprétations faites par une partie de la doctrine française à la version qui aurait adopté le *Code civil*, la doctrine costaricienne distingue les rapports *inter partes* -où la question du transfert est soumise au principe *solo consensu*- des rapports avec le tiers -où la tradition reste nécessaire pour rendre opposable l'acquisition de la maîtrise de la chose, soit par sa remise matérielle, dans le cas des meubles, soit par l'inscription du titre dans le registre publique de propriété, dans le cas d'immeubles, in Alejandro GUZMÁN BRITO, "La tradición como modo de adquirir el dominio en el derecho

B) Portée et restrictions d'un transfert *solo consensu*. Les exceptions sur le plan pratique

Au-delà des discussions qui portent sur l'existence ou non d'un principe du transfert immédiat de la propriété *-solo consensu-* découlant des textes du *Code civil*, c'est un fait que la pratique, la jurisprudence, et même le législateur, élaborent des procédés de contournement dudit principe³⁰². En effet, la nature de la chose transmise peut s'y opposer, de même que la volonté des parties qui peuvent convenir de retarder le transfert à une date postérieure au contrat³⁰³, de sorte qu'il s'agit « d'un hiatus entre la pratique et le principe du transfert immédiat de la propriété que semble imposer le Code civil »³⁰⁴.

À propos de la portée du principe *solo consensu*, il faut distinguer les restrictions d'ordre général et celles relatives aux tiers :

Concernant les restrictions d'ordre général, ni à l'égard des tiers, ni dans les rapports entre les parties, « le transfert immédiat ne s'opère lorsque les parties n'ont pas pu ou n'ont pas voulu le réaliser »³⁰⁵. En premier lieu, il s'agit des obstacles tirés de la nature de la chose, telle que les choses futures sur lesquelles le transfert se produira sitôt que la chose existera ; ou bien les choses où c'est l'individualisation de l'objet qui permettra au transfert de s'accomplir. En outre, il est aussi fréquent que les parties retardent le transfert de la propriété de la chose jusqu'au paiement de son prix³⁰⁶. En matière d'immeubles, par exemple, la pratique a développé un ensemble des contrats préparatoires à la vente qui retardent le transfert de la propriété jusqu'au moment du paiement du prix, tel qu'une promesse synallagmatique de vente ou un pacte de préférence³⁰⁷.

romano, en el común y en el isnaturalismo y su destino en los derechos patrios de la América Española", *op. cit.*, p. 341

³⁰² Véronique WESTER-OUISSSE, « Le transfert de propriété *solo consensu* : principe ou exception ? », p. 299 - 314, *in* Revue trimestrielle du droit civil, Sirey, Revues Dalloz, Édition Dalloz, 2013, p. 300

³⁰³ M. DROSS, *op. cit.*, p. 53

³⁰⁴ J.P. CHAZAL, *op. cit.*, p. 477

³⁰⁵ François TERRÉ, Philippe SIMLER, *Droit civil Les biens*, Édition Dalloz, 9^e édition, 2014 p. 321

³⁰⁶ M. DROSS, *op. cit.*, p. 54

³⁰⁷ WESTER-OUISSSE, *op. cit.*, p. 300

À propos des restrictions relatives aux tiers, il faut considérer deux situations : celle des immeubles et celle des meubles. S'il s'agit des immeubles, ce n'est pas le contrat qui compte, mais bien la publicité : le premier acquéreur qui aura publié est préféré à celui qui aura publié après lui. S'il est question des meubles, c'est la possession qui est l'élément essentiel³⁰⁸ « *en fait des meubles, possession vaut titre* (§2279) »³⁰⁹. Il faut tenir compte aussi de l'existence des meubles dont la transmission est soumise à une certaine publicité, comme c'est le cas des navires, des bateaux de navigations et des avions. « Un transfert de propriété portant sur l'un de ces biens n'est opposable à tiers qu'à la condition d'avoir été publié sur le registre tenu à ce propos »³¹⁰.

§2 : Une prise de position dans la pensée d'Andrés Bello à propos de la question du transfert de propriété

Comme on le sait, Andrés Bello s'est inspiré largement du *Code civil* de 1804, notamment en ce qui concerne le livre des obligations. En effet, dans ce domaine « nous ne devrions avoir affaire qu'à une partie presque intégralement dominée³¹¹ » par le droit français. Et pourtant ce n'est pas aussi simple.

En effet, Andrés Bello s'est affranchi sur certains points du corps napoléonien tel qu'on le constate dans le cas du transfert de propriété. Comme on le verra plus loin à propos des avant-projets du Code chilien, l'auteur a su se démarquer des solutions proposées par la doctrine à propos de l'existence du principe *solo consensu*, de sorte qu'il restera attaché au droit civil castillan en faisant pourtant appel à une partie de la doctrine française qui refuse un transfert purement consensuel, tel que Pothier.

³⁰⁸ « D'après Demolombe (I, n° 469), le fait que le second acquéreur, en matière mobilière, prime le premier s'il a été mis en possession et s'il est de bonne foi n'empêche pas d'affirmer le principe du transfert purement consensuel des meubles. On y voit seulement l'application du principe « *en fait des meubles, possession vaut titre* », in DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit. p. 244

³⁰⁹ J.P. LÉVY, op. cit., p. 577 s

³¹⁰ F. TERRÉ, P. SIMLER, op. cit., p. 322 s

³¹¹ COMBETTE, op. cit., p. 49

Bien que l'on n'ait pas des traces exactes des sources employées par Bello dans la rédaction des articles concernant le transfert de propriété, on trouve pourtant, dans les projets du Code civil chilien, mais aussi dans les notes explicatives desdits projets, des références directes aux Institutes de Justinien, au traité du domaine de propriété de R.J Pothier (A) et aux *Siete Partidas* (B) ainsi que des manifestations refusant l'adoption des théories étrangères à notre histoire juridique. Cette information, associée au fait que la majeure partie des articles du Code civil chilien régissant cette question ne correspondent pas exactement à ceux du Code français, permet de constater une prise de distance de la part de Bello par rapport à la solution de la plus grande partie de la doctrine française à l'époque.

A) La doctrine de Pothier

Il ne fait aucun doute que la doctrine française a largement influencé la rédaction du Code civil chilien dont les notes de Bello peuvent nous donner plus de certitude³¹². Quant à Pothier « sa seule influence sur le Code civil chilien exige une étude spéciale³¹³ », surtout en ce qui concerne le régime des obligations, de la possession, de la filiation, et des droits et des obligations des conjoints³¹⁴.

En ce qui nous concerne, Pothier défend la théorie selon laquelle le transfert de propriété des biens donne lieu à une tradition : « Le contrat de vente s'exécute de la part de l'acheteur, par le paiement qu'il fait au vendeur de la somme convenue. Il s'exécute de la part du vendeur, par la tradition ou délivrance de la chose vendue »³¹⁵.

³¹² Les notes font référence, par exemple, à l'œuvre de J.A Rogron³¹² ; à Delvincourt ; à Troplong en ce qui concerne le contrat de mandat ; à Duverger, Duranton et Touiller à propos des sociétés, de même qu'au discours préliminaire sur le projet de Code civil de Portalis

³¹³ Ramón Domínguez Águila, « La influencia de la doctrina francesa en el derecho chileno », in Colección de derecho privado, n° 2, De la codificación a la descodificación, Code civil (1804 -2004) Código Bello (1855 - 2005), p. 62

³¹⁴ Idem

³¹⁵ De même « Le contrat de vente est un contrat par lequel l'un des contractants qui est vendeur s'oblige envers l'autre de lui faire avoir librement, à titre de propriétaire, une chose pour le prix d'une certaine somme d'argent que l'autre contractant, qui est l'acheteur, s'oblige réciproquement de lui payer (...) J'ai dit de lui faire avoir à titre de propriétaire. Ces termes (...) renferment l'obligation de livrer la chose à l'acheteur », *Œuvre de Pothier, Traité du contrat de vente et des retraits*, publ. Par Siffrein, Paris, 1821, in COMBETTE, *op. cit.*, p. 88

Or, par rapport à cette question, les notes de Bello font plusieurs références au Traité du droit du domaine de propriété de R.J. Pothier, notamment dans les articles 807, 811, 815, 816, 818, 823³¹⁶, 824, 825³¹⁷ de l'avant-projet de 1853 du Code civil chilien, la plupart d'entre eux relevant de la tradition en tant que mode d'acquisition de la propriété. Particulièrement, l'article 815 du Projet 1853, qui cite dans une note de bas de page le §228 de l'œuvre de Pothier, signale que « pour que la tradition soit valable il est nécessaire d'avoir un titre translatif du domaine, tel que la vente, l'échange, la donation, etc. ». À son tour, le §228 du Traité du domaine indique que « la tradition, quoique faite ou consentie par la propriétaire de la chose, qui est capable d'aliéner, n'en transfère la propriété, qu'autant qu'elle est faite en vertu de quelque titre vrai ou putatif »³¹⁸.

Donnons un autre exemple avec l'article 821 du Projet 1853 du Code chilien qui a été supprimé ultérieurement dans le Projet Inédit. Même si Bello ne fait pas ici référence à l'œuvre de Pothier mais aux Institutes de Justinien, la correspondance entre les deux textes est évidente : autant l'article 821 de l'avant-projet que le §239 du livre de Pothier établissent que la tradition que le vendeur fait de la chose vendue à l'acheteur, n'en transfère la propriété à l'acheteur qu'après qu'il en ait payé le prix, ou qu'il ait satisfait le vendeur pour le paiement, à moins qu'il ne parût que le vendeur ait bien voulu suivre la foi de l'acheteur »³¹⁹.

B) Les *Siete Partidas*

On a déjà remarqué l'importance des *Siete Partidas* dans la rédaction du Code civil chilien ainsi que sa conception concrète qui fait dépendre le transfert de propriété de l'acte de tradition. Il suffit de dire ici que les avant-projets du Code font référence au titre 28 de la troisième *partida* portant sur la manière selon laquelle l'homme acquiert la propriété des choses, particulièrement à la loi 46 qui établit, comme on l'a vu auparavant, qu'une *iustae causae traditionis (derecha razón)* tendant au transfert de la propriété est nécessaire, telle

³¹⁶ De la tradition réelle

³¹⁷ De la *traditio longue manus*

³¹⁸ R.J. POTHIER, Traité du droit de domaine de propriété, Tome premier, École Sainte Genevieve, Paris, M.DCC.LXXII, p. 223, *in* books.google.fr

³¹⁹ *Ibid*, p. 234

que la vente, la donation et l'échange. De plus, le texte signale que la vente ne se suffit pas à elle-même pour transmettre la propriété : il faut entre autres que le contrat soit suivi d'une *traditio*.

Par ailleurs, Bello se montre réticent à accepter des théories qui « quoique pittoresques ne sont pas certifiées dans la pratique » ainsi qu'à adopter « des usages qui peuvent être préjudiciables pour nos nations, malgré son succès dans d'autres pays »³²⁰. Enfin, dans le message qui sert de préambule au Code civil chilien, Bello défend sa position par les termes suivants : « la transmission du domaine et la constitution de tout droit réel -à exception des servitudes — exigent-elles une tradition consistante à l'inscription du contrat dans le registre conservatoire. Bien que le contrat produise des obligations et des droits pour les parties dès l'échange des consentements, celui-ci ne peut transférer aucun droit réel, ni être opposable aux tiers avant que la tradition soit accomplie »³²¹.

Section 2 : Les travaux préparatoires

« Le contrat produit-il, par le seul échange des consentements, le transport du droit de propriété de l'une des parties à l'autre ? »³²² Le Projet 1853 et le Projet inédit donnent à cette question une réponse négative de sorte que la tradition est exigée à des effets du transfert de propriété (§1). Cette idée restera comme définitive dans le Code civil chilien 1885 qui organisera aussi la publicité des aliénations et constitutions de droits réels des immeubles (§2).

§1. Le projet de 1853 et le Projet inédit d'Andrés Bello

À l'instar du §239 du Traité de propriété de Pothier, l'article 821 du Projet 1853 prévoit que la propriété de la chose vendue n'est transférée à l'acheteur que lorsque le prix est payé: « *en plus de ce qui précède, la tradition que le vendeur fait de la chose vendue à*

³²⁰ Obras completas de Don Andrés Bello, Edición hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública, Impreso por Pedro G. Ramírez, Santiago de Chile, 1888, Opúsculos, p. 190 y 191

³²¹ Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Tomo VII, De los Bienes II, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 323

³²² David DEROUSSIN, *Histoire du droit privé (XVI^e –XXI^e siècle)*, Ellipses Édition Marketing S.A., 2010, p. 353

l'acheteur, n'en transfère la propriété à l'acheteur qu'après qu'il en ait payé le prix, ou qu'il ait satisfait le vendeur pour le paiement, à moins que l'acheteur ne garantisse le paiement au vendeur ou qu'il s'agisse d'une vente à terme »³²³.

D'après G. Boyer, cette règle découlant d'une disposition de la loi des XII Tables constitue « un reflet de l'ancienne vente au comptant où la simultanéité des deux prestations était la condition nécessaire pour la validité de l'opération et en particulier pour l'acquisition de la chose par l'acheteur »³²⁴. « Tombée en désuétude à l'époque classique³²⁵ », cette règle reparaît au bas Empire avec Justinien qui reprend à son compte l'ancien texte en faisant une distinction importante : si le vendeur a fait confiance à l'acheteur, en lui octroyant par exemple un crédit, le transfert de la chose -quoique non payée- fait perdre son action en revendication au vendeur. Il y renonce aussi si le vendeur exige de l'acheteur la constitution de sûretés qui ne se cumuleront pas avec la protection légale³²⁶. Ces exceptions-là sont rassemblées chez Bello en ajoutant aussi le cas de la vente à terme, lesquelles entraînent le renoncement tacite à la protection tirée du caractère synallagmatique du contrat³²⁷.

Il faudrait préciser ici une chose : le fait que l'article 821 accorde un rôle prépondérant au paiement du prix pour la transmission de la propriété ne signifie pas que la remise de la chose ne soit plus nécessaire. Preuve en est que les textes qui précèdent l'article 821 s'occupent précisément de la question de la tradition en tant que mode d'acquisition de la propriété ainsi que le fait que l'article 821 commence par clarifier qu'au-delà des autres exigences, le paiement du prix est aussi nécessaire. D'après la doctrine, il semble qu'il s'agisse d'une trace de la période byzantine postérieure à Justinien, où la

³²³ Artículo 821 "En la venta, además de lo dicho no se transfiere el dominio mientras no se pague el precio a menos que se asegure su pago a satisfacción del vendedor o se venda a plazo", in Obras completas de Don Andrés Bello, *op. cit.*, Proyecto 1853

³²⁴ G. BOYER, *La résolution des contrats*, Toulouse, 1924, p. 57 s, in P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 273

³²⁵ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 273

³²⁶ *Ibid*, p. 274

³²⁷ *Ibid*, p. 276

pratique reste toujours sensible à l'importance du paiement du prix : « la vente n'est parfaite que s'il y a eu exécution des deux obligations »³²⁸ .

En ce qui concerne les ventes successives, les articles 821 et 2009 sont clairs sur ce point : si le prix n'a pas été payé au vendeur, les ventes faites par l'acheteur ne transfèrent pas le domaine –en marge de la validité du contrat de vente- puisque le vendeur ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même sur la chose. Cela dit, ceci nous permet de comprendre quelle est l'importance de l'exécution des obligations chez Bello.

Or, avec la publication du Projet Inédit, qui sert de version finale du Code civil 1855, la situation a partiellement changé : les articles concernant la tradition en tant que mode nécessaire au transfert de propriété restent inchangés dans le texte final, en revanche, les articles 816 et 2002 sont entièrement supprimés. La question du transfert de propriété est régie dorénavant par les articles 588 (des modes d'acquisition du domaine), 670 (de la tradition en tant que mode d'acquisition de la propriété), 675 (du titre et du mode), 680 (ancien art 821 du Projet 1853) ; et les articles 1462, 1469 et 1473 en ce qui concerne en particulier le contrat de vente. Dans les lignes suivantes, on verra plus en détail le contenu de ces textes, lorsque l'on examine le Code civil colombien.

L'un des aspects qui a été modifié dans cette version, c'est précisément l'article 680 du Projet Inédit qui renverse la règle du Projet 1853 : « la propriété est transférée lorsque le vendeur effectue la remise de la chose à l'acheteur, bien que le prix n'ait pas été payé, à moins que les parties aient conclu une clause de réserve de propriété »³²⁹. Dans ces conditions, la tradition reste nécessaire pour l'acquisition de la propriété de la chose.

Enfin, dans les deux avant-projets du Code ainsi que dans sa version finale, la vente de la chose d'autrui est valable, ce qui signifie que le vendeur promet uniquement de se procurer la chose pour la livrer à l'acheteur. S'il échoue, il versera des dommages-intérêts à

³²⁸ *Ibid*, p. 274

³²⁹ Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas, Código civil y Leyes complementarias, Tomo III, Edición Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Tercera Edición, 1996, p. 112

ce dernier. La séparation des rapports personnels et du rapport réel demeure en vigueur dans la législation chilienne.

§2 : L'adoption d'un système publicitaire pour les immeubles : le folio personnel

Avant la promulgation du Code civil de Bello, il n'y avait pas sur le territoire chilien un système général de publicité des actes portant constitution ou mutation de droits réels immobiliers principaux. Pour autant, la tradition des immeubles devait être accomplie par des formes distinctes à celle de l'inscription, telles que la remise réelle de la chose à l'acheteur ou des formes de tradition symboliques.

En revanche, pour les droits réels accessoires, la publicité des inscriptions hypothécaires et du recensement était organisée bien avant le XIX^e siècle, aussi bien pour le Chili que pour la plupart des territoires latino-américains³³⁰.

Or, dans le but de réduire la grande insécurité publique entraînant cette absence de publicité des actes constitutifs ou translatifs des droits réels principaux, Andrés Bello conçoit un système qui permet la transmission des biens immeubles à travers un registre spécial similaire à celui des hypothèques, comprenant la totalité des actes concernant cette catégorie des biens. D'après Monje Mayorga³³¹, Bello s'est inspiré particulièrement de l'œuvre de Domat (*Les lois civiles dans leur ordre naturel* 1689, Tome I, Partie 1, Livre 1, Titre 2, Section 2, § 5 y ss) et de l'ordonnance immobilière du 20 décembre 1873 du roi Frédéric II de Prusse, à travers laquelle s'ordonne la création d'un livre juridique et cadastral.

L'idée initiale de Bello a été de garantir, à travers ce registre, la simple possession des biens immeubles et non le droit de propriété puisqu'une telle mesure aurait obligé à tout usufruitaire ou commodataire à justifier l'authenticité de leurs titres, ce qui aurait été

³³⁰ MONJE MAYORGA, *op. cit.*, p. 117

³³¹ Idem

compliqué. En revanche, Bello imaginait qu'en imposant une telle procédure à des fins de tradition des immeubles et des successions héréditaires, la révélation publique du statut de la totalité des immeubles serait achevée après plusieurs décennies d'années³³².

Dans un premier temps, le Code impose la transcription obligatoire de tous les actes constitutifs ou translatifs des droits réels immobiliers dans un registre personnel, c'est-à-dire dans un registre portant sur les personnes impliquées et non pas sur les biens. Ce système de « folio personnel » a été adopté aussi par le droit colombien à travers la loi 84 de 1873, qui crée le bureau d'enregistrement public à des fins de publicité foncière³³³.

Néanmoins, presque un siècle après, la Colombie a entrepris un processus de réorganisation de la publicité foncière de manière à la rendre plus efficace : le décret 1250 de 1970 sur le « registre des instruments publics » prévoit un système de « folio réel » organisé selon les biens impliqués dans la transaction et non pas les personnes, en vue de favoriser leur emplacement physique. En outre, il est créé en 1990 un système de registre moderne fondé sur le fichier immobilier « folio magnétique » permettant de connaître l'ensemble des droits réels tant principaux qu'accessoires grevant un immeuble, que ce soit par l'identité d'une personne (folio personnel) ou par l'emplacement géographique du bien (folio réel)³³⁴.

Enfin, il faudrait préciser que contrairement au système français -où la transcription des ventes ne serait donc qu'une formalité publicitaire à l'égard des tiers-³³⁵, dans le cas colombien elle joue un rôle constitutif, précisément, étant donné que le transfert de propriété ne s'opère pas par le simple accord des volontés, mais seulement par la publication de l'acte³³⁶. La publicité foncière donc crée le droit de propriété et le certificat vaut comme preuve absolue : « la législation civile colombienne exige que la transmission d'un bien immeuble ou d'un bien meuble soumise à une certaine publicité, soit faite par le moyen d'un document public (*escritura pública*) puis par l'inscription de celui-ci dans le

³³² *Ibid.*, p. 119

³³³ *Ibid.*, p. 120

³³⁴ *Idem*

³³⁵ F. TERRÉ, P. SIMLER, *op. cit.*, p. 324

³³⁶ À l'instar du droit allemand, voir M. DROSS, *op. cit.*, p. 60

registre public des biens³³⁷. Ainsi le nouveau propriétaire est protégé contre les contestations sur l'acquisition de la propriété, car la publicité opère aussi une purge des vices du bien.

Le défaut de publication de ces actes est efficacement sanctionné : l'acheteur qui néglige de publier l'acte constitutif ou translatif du droit réel immobilier ne sera tenu comme titulaire d'aucun droit réel immobilier, de sorte que si le vendeur cède le même droit à un tiers, ce dernier lui sera préféré s'il le publie le premier. Ensuite, la loi 223 de 1995 prévoit un délai de 90 jours pour l'inscription du document public contenant l'acte portant sur un droit réel immobilier à l'issue duquel il sera nécessaire de constituer un nouveau document public.

³³⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 634 de 2012, *in* www.corteconstitucional.gov.co

Chapitre 2 : Le Système d'acquisition de la propriété dans le Code civil colombien

L'exigence de la tradition en tant qu'élément indispensable à la transmission d'un droit réel tire ses origines du droit romain et s'est maintenue dans la majorité des pays hispano-américains grâce à la législation espagnole elle-même³³⁸. Elle a été conservée dans la législation colombienne, malgré les enseignements de la doctrine française (1851) en faveur de l'adoption du système consensualiste. Ainsi, « alors que le code napoléonien a largement influencé le droit latino-américain, ce dernier présente sur ce point une spécificité »³³⁹ (*Section I*).

Dans le cadre d'une comparaison avec le système français, la question de la transmission de la propriété se pose souvent en des termes totalement opposés. Pourtant, cette rupture n'a pas été perçue comme telle par les rédacteurs du Code civil Napoléon : comme on l'a déjà vu, curieusement le Code civil ne pose pas nettement le principe du transfert immédiat de la propriété *solo consensu* mais il n'a fait que « présumer systématiquement l'existence, dès la fin de l'Ancien Régime, d'une clause de style affirmant que la formalité propre à opérer le déplacement de propriété avait été accomplie par les parties »³⁴⁰.

Quoi qu'il en soit, d'après G. Blanluet « on aurait tort, cependant, de se laisser abuser par une opposition tranchée entre le système consacrant le principe du transfert de propriété *solo consensu* et tous les autres systèmes de droits, anciens ou modernes qui le rejettent³⁴¹ ».

³³⁸ Sophie MICHEL, « Le principe espagnol de la "tradition real" ou l'obligation de remise de la chose vendue », Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Master Bilingue Droit français/Droits étrangers, *in* [m2bde.u-paris10.fr/content/le-principe-espagnol-de-la-« tradition-real -» ou l'obligation-de-remise-de-la-chose-vendue-p ?destination=node%2F1367](http://m2bde.u-paris10.fr/content/le-principe-espagnol-de-la-«-tradition-real-»-ou-l'obligation-de-remise-de-la-chose-vendue-p?destination=node%2F1367)

³³⁹ *Idem*

³⁴⁰ M. DROSS, *op. cit.*, p. 49

³⁴¹ G. BLANLUET, *op. cit.*, p. 410

Comme on le verra, cette distinction a un caractère plutôt conceptuel que réelle, d'autant plus que la pratique contractuelle tend à rapprocher les deux modelés dans le but de garantir les droits des parties, mais aussi les intérêts des tiers (*Section 2*).

Section 1 : Du régime de la propriété dans le Code civil

Le Code civil colombien proclame le principe de la tradition réel par la remise effective de la chose. C'est ainsi que l'article 1857 dispose que « la vente sera parfaite entre l'acheteur et le vendeur, et sera obligatoire pour les deux lorsqu'on sera convenu de la chose objet du contrat et de son prix, encore que ni l'un ni l'autre n'ait été livré ». En outre, l'article 750 subordonne la transmission de la propriété à la remise de la chose vendue, de sorte que la vente n'a qu'un effet purement obligationnel (§1).

L'une des conséquences de la distinction du contrat générateur d'obligations et du mode d'acquérir se trouve précisément formulé dans l'article 1871 du Code civil colombien qui admet la vente de la chose d'autrui en suivant la tradition romaine et espagnole sur ce point-là. Ainsi, le vendeur n'est pas tenu de transmettre la propriété de la chose, mais uniquement de se la procurer, de sorte que les éventuels vices du transfert n'affectent pas la vente qui reste valable (§2).

§1 : La vente : un contrat purement obligationnel ?

Sachant que le Code civil colombien a été fondamentalement inspiré de son homologue chilien, il est naturel de constater qu'on exige une tradition en tant que mode d'acquisition de la propriété (A). Sur ce point, la doctrine et la jurisprudence colombiennes ont toujours coïncidé à propos de l'exigence dans le contrat de vente de la tradition(B).

A) La tradition en tant que mode d'acquisition de la propriété

Le fait d'avoir suivi de près le Code civil chilien au moment de la préparation d'un Code civil pour la Colombie a conduit à l'affermissement du système du *titre et mode* comme moyen d'acquisition des droits réels.

À ce propos, le Code civil de la Colombie établit de manière taxative que les modes d'acquisition du domaine sont : l'occupation, l'accession, la succession *mortis causa* et la prescription (art. 673). On ne voit pas figurer le contrat parmi les causes immédiates de ladite acquisition. Concernant la tradition, l'article 740 réaffirme que c'est un « mode d'acquérir le domaine des choses », qui consiste en « la remise faite par le propriétaire à autrui, avec de son côté la faculté et l'intention de transmettre le domaine, et de l'autre côté la capacité et l'intention de l'acquérir ».

Mais pour que la tradition soit valable, d'après l'article 744, il y a nécessité d'un titre ayant la vocation de transmettre le domaine, tel que la vente, la permutation, la donation, etc. Cela montre l'insuffisance du mode pour transmettre la propriété, à moins qu'il ne vienne s'ajouter au titre juridique, c'est-à-dire un contrat définissant les droits et les obligations des parties. De la même façon, le seul contrat s'avère insuffisant pour provoquer par lui-même la circulation des richesses.

On peut donc apercevoir la différence qui sépare les ordres juridiques français et colombien. En effet, bien que dans les deux ordres juridiques la vente soit réputée parfaite entre les parties dès que l'on a convenu de la chose et du prix, le *Code civil* ajoute que « la propriété est acquise de droit par l'acheteur, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé » (art. 1583). Le Code civil colombien, en revanche, conditionne l'acquisition de la chose à la tradition, acte juridique qui constitue, à côté de l'obligation de garantie en cas d'éviction, l'une des obligations principales du vendeur (art. 1880). En somme, malgré le caractère consensuel de la vente dans les deux systèmes, en droit colombien l'acheteur n'acquerra pas de droit réel sur la chose tant qu'elle ne lui aura pas été remise.

B) La doctrine et la jurisprudence colombienne à propos de l'exigence de la tradition afin de provoquer la transmission du bien

A ce propos, la doctrine colombienne apprend la distinction entre titre et mode, dont émerge le caractère purement obligationnel du contrat de vente. Ainsi, d'après Jose J. Gomez, le titre est l'une des sources mises en œuvre par l'homme pour créer droits personnels. À son tour, le mode est la forme juridique à travers laquelle s'exécute ou se réalise le titre ; c'est le moyen de constituer ou transférer les droits réels³⁴².

La portée du système d'acquisition dans l'ordre juridique colombien révèle sa complexité dans l'article 750 du Code civil. Selon cet article, c'est seulement une fois que la remise a eu lieu que « se produit la transmission du domaine, quoique le prix n'ait pas été payé, à moins que le vendeur ne se soit réservé le domaine jusqu'au paiement, ou jusqu'à l'accomplissement d'une condition ». De cette norme s'en suit l'insuffisance du consentement des parties à vouloir s'engager à travers un contrat de vente pour que la propriété soit transmise *per ministerium legis*³⁴³.

La nature purement obligationnelle du contrat de vente est aussi évidente aux yeux de la Cour de cassation. D'après cette corporation, « depuis le droit romain, la vente ne transmet pas la propriété, car elle est simplement l'une des causes ou titres de la tradition. Cette dernière comporte la remise matérielle d'une chose avec l'intention de transférer la propriété à une autre personne qui exprime à son tour la volonté de la recevoir. En somme, la tradition est la remise de la possession avec ses deux éléments, le *corpus* et l'*animus*. La vente, en conséquence, produit seulement des obligations personnelles ; l'acheteur n'acquiert pas de droits sur la chose, excepté le droit à la remise de celle-ci. La propriété de la chose demeure dans le patrimoine du vendeur jusqu'à l'accomplissement de son

³⁴² Jose J. GÓMEZ, Bienes, Universidad externado de Colombia, 1983, p. 23.

³⁴³ *Idem*

obligation de la mettre matériellement à disposition de l'acheteur, *conditio sine qua non* pour que la mutation du droit de propriété se réalise »³⁴⁴.

§2 : La vente de la chose d'autrui. L'article 1871 du Code civil colombien

D'après l'article 1871 du Code civil colombien, « La vente de la chose d'autrui est valable, sans préjudice des droits du propriétaire, tant que ceux-ci ne s'éteignent pas avec le temps ». La Cour constitutionnelle colombienne a corroboré la validité de ce type d'opérations, en réaffirmant aussi le caractère purement obligationnel du contrat de vente.

En effet, pour la Cour constitutionnelle, dans les systèmes conférant à la volonté des parties l'effet de transférer et d'acquérir le droit sur la chose, la titularité du vendeur est présupposée de la validité du contrat, en vertu du principe *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Par contre, dans les systèmes où le vendeur s'oblige seulement à transférer « *tradere* » ou à assurer la possession pacifique de la chose –*dare*–, ladite titularité devient indifférent au contrat, car l'acheteur prend à sa charge le risque que la transmission et la remise de la chose puisse se produire ou non. Ici, en effet, le vendeur s'oblige à assurer l'une ou l'autre et, en cas d'échec, il sera contraint d'indemniser son cocontractant par l'inexécution de ses obligations, d'où émerge limpide la nature purement obligationnelle du contrat de vente³⁴⁵.

Mais si la titularité du domaine n'est pas condition de validité du contrat de vente, elle s'avère cependant nécessaire pour l'accomplissement de l'acte juridique de la tradition. En effet, d'après la jurisprudence de la Cour suprême, « La tradition vue du côté du vendeur exige en lui la propriété de la chose, la faculté de transférer le domaine et l'intention d'aliéner. Au défaut de l'une de ces conditions, il n'y a pas de tradition et par conséquent il n'y a pas d'aliénation non plus »³⁴⁶.

³⁴⁴ Corte suprema de justicia, sentencia de 30 de marzo de 1932.

³⁴⁵ Corte constitucional sentencia C-147/2001

³⁴⁶ Corte Suprema de justicia, sentencia de 28 de julio de 1937

Section 2 : L'acquisition de la propriété par le seul consentement ou la nécessité d'une tradition pour effectuer le transfert : deux systèmes totalement opposés ?

Lorsque l'on parle des systèmes du transfert de propriété, on se réfère en général à des réalités très distinctes dont la mise en œuvre a été le résultat des évolutions juridiques différentes ou des décisions doctrinales influentes à l'époque. Comme indiqué plus haut, la doctrine latino-américaine revendique le fait que Bello ait écarté, en ce qui concerne l'acquisition de la propriété, la solution française en adoptant à sa place un modèle tenant compte de l'expérience juridique castillane-amérindienne. De même, dans le cas français, le transfert de propriété *solo consensu* est considéré comme l'une des traditions juridiques les plus représentatives³⁴⁷ du Code Napoléon, en tant que symbole du pouvoir de la volonté individuelle, non seulement dans les rapports entre les hommes, mais également dans les relations qu'ils entretiennent avec les choses³⁴⁸.

« Il n'existe cependant pas entre les deux systèmes une différence aussi grande qu'il n'y paraît »³⁴⁹. En effet, sur le plan pratique, il y a entre ces deux thèses moins d'opposition que ce que ce l'on serait tentés de croire, soit parce qu'il s'agit d'une opposition purement conceptuelle, soit parce que les différents ordres juridiques ont dû atténuer leur modèle du transfert en organisant, par exemple, la publicité des actes portant transfert et constitution des droits réels dans l'intérêt des parties et des tiers (§1).

En outre, si l'on analyse l'origine des systèmes du transfert français et colombien et leurs précédents historiques, on voit qu'ils découlent d'une même tradition juridique, pour autant que l'opposition entre les deux principes résulte plutôt d'une adaptation progressive aux besoins pratiques –dans le cas français - que d'une véritable contradiction de fond (§2).

³⁴⁷ WESTER-OUISSE, *op. cit.*, p. 299

³⁴⁸ G. BLANLUET, *op. cit.*, p. 410

³⁴⁹ F. TERRÉ, P. SIMLER, *op. cit.*, p. 318

§1 : Une tendance de rapprochement entre les deux systèmes : les effets pratiques

« La règle du transfert de la propriété par le seul effet du consentement présente d'indéniables inconvénients pratiques »³⁵⁰. D'abord, comme on l'a déjà vu, de la lecture des textes, en particulier les articles 1138 et 1583 du *Code civil*, la doctrine ne déduit pas nettement le principe du transfert immédiat de la propriété par le seul consentement. Ensuite, à supposer que le principe soit consacré par les textes, son application se trouve entravée par toutes sortes d'exceptions, notamment en raison du rôle joué par la bonne foi et l'interférence de la publicité foncière en cas de ventes des immeubles et des certains meubles, au point que la doctrine se demande aujourd'hui si la réalité du transfert *solo consensu* est passée du statut de principe à celui d'exception³⁵¹.

En outre, une analyse des implications pratiques qu'entraînent tant le principe *solo consensu* que celui du transfert de propriété par tradition permet de constater que derrière « l'habillage théorique »³⁵² le rapprochement des systèmes est pourtant révélé. Plusieurs raisons le mettent en exergue. On va à présent étudier trois d'entre elles : la théorie des risques (A), la vente de la chose d'autrui (B) et la publicité des actes envers les tiers (C).

A) La théorie des risques

La question de la charge des risques relève du droit des contrats. Il s'agit de savoir si, lorsque l'un des contractants est dans l'impossibilité d'exécuter son obligation suite à un événement de force majeure, l'autre reste ou non tenu d'accomplir la sienne³⁵³.

En droit français, dans le contrat de vente, la chose est mise aux risques de l'*acheteur* « dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été

³⁵⁰ J.P CHAZAL, *op. cit.*, p. 477

³⁵¹ V. WESTER-OUISSE, *op. cit.*, p. 299

³⁵² Charline DELANGLE, Maxence WATERLOT et Guillaume WICKER, « Le contrat en France et en Allemagne : pour dépasser les divergences », *angles Droit*, 8 mars 2013, ISSN : 2261 – 2718, <http://anglesdroit.hypotheses.org/834>

³⁵³ M. DROSS, *op. cit.*, p. 55

faite »³⁵⁴. L'acheteur supporte donc le risque de perte par cas fortuit, et par conséquent il demeure tenu de payer le prix si la chose est perdue³⁵⁵. Cette solution du transfert des risques qui vient du droit romain est justifiée –selon une partie de la doctrine³⁵⁶- par la règle du transfert immédiat de propriété : si la chose périt par l'acheteur, c'est parce qu'il en est propriétaire -*res perit domino*-, puisque la propriété lui est transmise dès l'échange des consentements³⁵⁷.

De même, le Code civil colombien, influencé par la tradition romaniste des *Siete Partidas*, fait subir les pertes fortuites de la chose à l'acheteur dès que la vente est parfaite –*res peri creditori ou periculum emptoris*- (articles 1607 et 1876 CC), quoique la chose n'aurait pas encore été livrée, à exception que la vente soit soumise à une condition suspensive, cas dans lequel la perte revient au vendeur. Pour le reste des contrats, le principe applicable est celui de *res perit dominus*, tels que les contrats de mandat, de commodat ou de louage.

Or, pour certains auteurs³⁵⁸, cette solution est due à une adoption littérale des articles du Code Napoléon en modifiant pourtant « son esprit »³⁵⁹. Néanmoins, ces réflexions ne prennent pas en compte le fait que la décision de Bello d'adopter le système classique de vente romaine ainsi que la règle *periculum emptoris* a été le résultat d'une décision réflexive découlant de la prise en compte des principes tels que la bonne foi et l'équité³⁶⁰, mais aussi des arguments posés par le droit romain justinien. En effet, si les risques appartiennent à l'acheteur dès que la vente est parfaite, ce n'est pas en vertu de la

³⁵⁴ Article 1138 du Code civil français

³⁵⁵ G. BLANLUET, *op. cit.*, p. 423

³⁵⁶ Planiol et Ripert con concurso de Esmein, T.6, n° 414

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 424

³⁵⁸ Arturo VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, T. IV, De los contratos, Editorial Temis, Bogotá, 1998, p. 83

³⁵⁹ En effet, selon une partie de la doctrine, Bello a adopté la solution française -en ce qui concerne l'attribution des risques à l'acheteur- sans tenir compte que, contrairement au Code Napoléon, le droit chilien n'adopte pas un système de transfert de propriété purement consensuel-, ce qui la rend donc inéquitable. La résolution de cette apparente contradiction, fondée pourtant sur l'idée d'une théorie des risques dépendante exclusivement du système du transfert de propriété, a conduit aux rédacteurs du Code de commerce colombien en 1952 à renverser le principe posé par le Code civil, en adoptant ainsi à sa place la maxime *res peri debitori ou periculum venditoris* (article 929).

³⁶⁰ Martha Lucía NEME-VILLAREAL, « Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa », Editorial Universidad Externado de Colombia, Revista Derecho Privado, 2008, v. 5, p. 39

règle *res perit domino*, puisque le vendeur demeure maître de la chose avant la tradition³⁶¹. Il en est ainsi « parce qu'en profitant d'une éventuelle plus-value de la chose entre la conclusion du contrat et la tradition de la chose, il est juste que l'acheteur subisse aussi les risques liés à une moins-value »³⁶².

En somme, une analyse des dispositions précédentes nous permet d'arriver aux conclusions suivantes : d'une part, une solution concernant la question des risques ne devrait pas être nécessairement rattachée à celle du transfert de propriété³⁶³; de l'autre, malgré les apparentes contradictions entre les principes *res perit domino* et *res perit creditori*, la comparaison des systèmes juridiques français et colombien montre que les conséquences pratiques d'une telle distinction sont inexistantes.

Quant au premier point, il suffit pour s'en convaincre de mentionner deux exemples : bien que le droit argentin ait suivi la règle romaine du système du titre et du mode pour l'acquisition de la propriété, en matière de risques, les pertes fortuites sont subies par le vendeur –contrairement au droit romain– étant donné que celui-ci demeure propriétaire de la chose jusqu'à ce qu'elle soit livrée à l'acheteur³⁶⁴. En outre, le droit colombien, qui refuse un système purement consensuel du transfert de propriété, prévoit deux solutions distinctes en matière des risques, selon qu'il s'agisse d'un contrat de nature civile ou d'un contrat commercial³⁶⁵.

Ces déplacements successifs de la charge des risques montrent, d'après Dross, le caractère artificiel de leur rattachement à la propriété. « Ai vrai, la question des risques est depuis toujours empreinte d'équité : on cherche simplement à faire peser le coup de sort sur

³⁶¹ DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit. p. 236

³⁶² M. DROSS, op. cit., p. 56

³⁶³ « Dans la pratique, notamment internationale, les parties lient souvent le transfert des risques, non au transfert de propriété, mais à la maîtrise physique de la chose », in F. TERRÉ, P. SIMLER, op. cit., p. 587

³⁶⁴ À ce propos, le rédacteur du Code civil argentin, Dalmacio Velez signale « la chose doit périr aux risques du propriétaire. Étant donné que nos lois ne prévoient pas un titre qui soit translatif du domaine, il ne serait pas logique que la perte de la chose soit subie par l'acheteur, qui ne devient propriétaire qu'avec la remise de la chose », in MONJE MAYORGA, op. cit., p. 209

³⁶⁵ Voir note de bas de page n° 171

celui des cocontractants qui apparaît avoir la cause la plus juste »³⁶⁶. La régulation des intérêts entre les parties, la nature du rapport commercial, la cause du contrat, parmi d'autres aspects, montrent qu'en réalité la qualité de propriétaire d'une chose n'est pas censée être le critère permettant une solution équitable des diverses situations découlant du contrat³⁶⁷, de sorte qu'il faudrait faire appel à d'autres critères pour résoudre la question, tels les risques propres de la position contractuelle, les intérêts des parties dans la conclusion du contrat, les dangers liés à la chose, les dommages causés, etc.³⁶⁸.

En ce qui concerne le deuxième point, il faut noter que malgré les apparentes divergences entre les principes *res perit domino* du droit français³⁶⁹ et *res petit creditori* du droit colombien, en réalité, dans les deux cas c'est l'acheteur qui subit la perte fortuite de la chose vendue dès la conclusion de la vente, qu'il s'agisse du propriétaire de la chose vendue –dans le cas du système consensualiste- ou qu'il s'agisse du simple acheteur –dans le système du transfert de propriété par le mode tradition-, dans le but d'obtenir un certain équilibre entre les parties contractantes. En somme, les divergences dans la théorie des risques entre les systèmes français et colombien s'avèrent, dans la pratique, superflues.

B) De la vente de la chose d'autrui

Selon l'article 1559 du Code civil français, la vente de la chose d'autrui est nulle. En revanche, l'article 1871 du corps civil colombien accorde une validité générale à la vente conclue en ces termes. Cette opposition des textes peut s'expliquer, en principe, par l'apparente contradiction découlant des modèles divers du transfert de propriété, selon que la vente soit ou non par elle-même translatrice de propriété.

Ainsi, selon la doctrine, l'un des motifs qui a poussé les codificateurs français à imposer la nullité de la vente de la chose d'autrui « tient au changement accompli dans la

³⁶⁶ M. DROSS, *op. cit.*, p. 56

³⁶⁷ NEME-VILLAREAL, *op. cit.*, p. 41

³⁶⁸ *Idem*

³⁶⁹ M. DROSS, *op. cit.*, p. 56

conception de la vente, dans sa nature et son but »³⁷⁰, laquelle, depuis le Code Napoléon, rend l'acheteur propriétaire dès l'échange des consentements, ce qui ne peut se produire que si le vendeur est propriétaire de la chose vendue. D'après Planiol, « de la lecture des travaux préparatoires résulte que les auteurs du Code ont entendu annuler uniquement la vente de la chose d'autrui faite *sciemment* par le vendeur, néanmoins, la doctrine est unanime à admettre que la vente est nulle, malgré que le vendeur soit de bonne foi »³⁷¹.

Or, « ce principe de nullité a vu son application se réduire au fil du temps au point même que l'on puisse s'interroger sur sa survie »³⁷². En effet, la jurisprudence et la majorité des auteurs semblent préconiser une nullité relative³⁷³ en faisant d'elle une mesure de protection au bénéfice de l'acheteur, ce qui permet à la vente de produire tous ses effets tant qu'elle n'est pas annulée³⁷⁴. De plus, pour certains, cette nullité relative explique aussi la survie - dans un système de transfert *solo consensu*- de l'obligation de garantie à la charge du vendeur en cas d'éviction ; ainsi que la possibilité de l'acheteur de se servir de la vente – ainsi conclue- comme juste titre pour l'usucapion (art. 2265) ou pour l'acquisition des fruits, ce qui serait « à peu près impossible à justifier si la nullité est absolue »³⁷⁵.

En ce qui concerne le droit colombien, la jurisprudence du Tribunal constitutionnel s'est prononcée en faveur de la constitutionnalité des normes, déclarant la validité de la vente de la chose d'autrui, et affirmant qu'« étant donné que le domaine et les autres droits réels ne sont pas acquis par le seul effet du contrat, la vente de la chose d'autrui est valable dans notre droit, précisément parce que la vente par elle-même ne transfère pas la propriété, mais qu'elle sert à l'acheteur de juste titre d'acquisition »³⁷⁶. De plus, à l'instar du droit français, la vente de la chose d'autrui peut servir à l'acheteur de juste titre pour l'usucapion

³⁷⁰ M. PLANIOL, *op.cit.*, p. 477

³⁷¹ *Ibid.*, p. 478

³⁷² Julien FAURE, « La vente de la chose d'autrui », Montpellier, Faculté de Droit et Sciences politiques, sous la direction de Didier Ferrier, *in* www.theses.fr/585849

³⁷³ « On a voulu réserver l'action à l'acheteur: lui seul pourrait se plaindre de l'éviction, si elle s'était produite. Une autre conséquence du système de la nullité relative est que l'action en nullité dure dix ans seulement », *in* M. PLANIOL, *op.cit.*, p. 480

³⁷⁴ M. PLANIOL, *op.cit.*, p. 479

³⁷⁵ *Idem*

³⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 174 de 2001, *in* corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-174.01.htm

(art, 762, 764 et 765 CC) et l'acheteur peut cumuler sa possession à celle de son prédécesseur à des effets de prescription (art. 778).

Face à ce panorama, on voit encore les deux modèles juridiques se rapprocher, au moins en ces trois aspects : en principe, la vente de la chose d'autrui n'est pas annulée – dans le droit français- ou résiliée –dans le droit colombien- de sorte qu'elle produit tous ses effets juridiques et oblige les parties à exécuter leurs obligations ; elle est aussi juste titre pour l'usucapion ; et enfin, le droit moderne a progressivement favorisé l'idée d'actualiser la conception de ces ventes dans le but de ne pas affecter la sécurité des transactions et de ne pas constituer un frein au développement des ventes commerciales³⁷⁷.

C) La publicité des actes envers les tiers

« De même que l'ancien droit a progressivement dématérialisé la tradition réelle, le droit moderne a tendance à « rematérialiser » la tradition civile »³⁷⁸. Ainsi, il est très courant qu'au contrat de vente s'ajoutent quelques formalités destinées à le rendre extérieurement visible, lesquelles varient suivant la nature des biens³⁷⁹. Ces formalités sont présentes aussi bien dans le droit français que dans le droit colombien :

- Sur le terrain des immeubles et de certains biens meubles, la vente est organisée de manière à ce qu'un échange de consentements ne suffise pas à transférer la propriété : en France, quoique la vente d'immeubles demeure un contrat consensuel, les actes portant constitution ou mutation des droits immobiliers doivent être obligatoirement inscrits sur un registre spécifique, pour que le transfert de propriété soit opposable aux tiers -la publicité foncière-. En Colombie, comme on l'a déjà vu, la vente d'immeubles n'est pas un contrat consensuel, mais solennel et exigeant l'établissement d'un acte authentique requis à peine

³⁷⁷ J. FAURE, *op. cit*, résumé

³⁷⁸ G. BLANLUET, *op. cit.*, p. 411

³⁷⁹ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 3, Les biens, Presses Universitaires de France, 19^e édition, Janvier, 2000, p. 189

d'invalidité, puis l'inscription de celui-ci dans le registre public des biens³⁸⁰ à des fins de transmission de la propriété.

La pratique a développé aussi un ensemble de contrats préparatoires à la vente qui diffèrent du transfert de propriété, dans le but d'assurer au vendeur l'obtention du prix, tels que la promesse de vente ou le pacte de préférence³⁸¹.

- En matière mobilière, il existe aussi des exceptions à la règle générale de l'effet translatif immédiat dès l'échange des consentements. Ainsi, la transmission de choses de genre, des choses futures, des aéronefs, des navires, des biens incorporels, ne suit pas la règle ordinaire, soit en raison de la nature des biens, soit en raison d'une formalité requise par la loi. Ces formalités sont présentes autant dans le cas français que dans le cas colombien.

- En ce qui concerne les ventes successives d'un même bien à différents acheteurs, le Code civil Napoléon et le Code civil colombien prévoient les mêmes solutions : ainsi, de deux acquéreurs successifs d'un même meuble, est préféré non celui qui a acquis le premier, mais celui qui le premier est entré en possession³⁸²; en matière immobilière, le bien appartiendra à celui des deux acquéreurs qui aura, le premier, inscrit la vente, ou qui serait le premier, entré en possession de l'immeuble.

Face à cette situation, on peut dire que toutes les limitations et exceptions au principe du transfert immédiat de la propriété se traduisent en fin de compte par une assimilation de la vente du droit français et celle du droit colombien : dans les deux cas il s'agit d'un contrat consensuel, mais exigeant dans de nombreux cas, soit une manifestation extérieure du consentement des parties - tels que les contrats solennels, les contrats réels, les contrats conclus *intuitu personae*-, soit la matérialisation du consentement des parties

³⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 634 de 2012, in www.corteconstitucional.gov.co

³⁸¹ WESTER-OUISSE, *op. cit.*, p. 300

³⁸² F. TERRÉ, P. SIMLER, *op. cit.*, p. 326

par un fait, un acte, une tradition matérielle ou juridique à des fins de transmission de la propriété³⁸³.

§2 : Les deux systèmes du transfert : une divergence théorique construite pourtant sur une même tradition historique

Depuis 1804, en France, la propriété se transporte de l'aliénateur à l'acquéreur par le seul échange des consentements, indépendamment de toute exécution des obligations par les parties du contrat translatif. Cependant tout n'est pas aussi simple. La rédaction des textes est si confuse que la doctrine a remis en question la volonté des rédacteurs d'adopter un tel principe. Si à première vue la distinction entre le modèle *solo consensus* et celui retardant le transfert de propriété au moment de l'accomplissement d'une certaine formalité paraît claire, elle ne l'est pas tant que cela.

D'une partie, à l'instar de l'article 1880 du Code civil colombien, les codificateurs français ont maintenu, dans l'article 1126, l'obligation de donner, ce qui ne semble pas cohérent dans un système du transfert immédiat de la propriété. De plus, l'article 2102, 4^o (aujourd'hui art. 2332, 4^o) prévoit que le vendeur au comptant de marchandises peut, faute d'être payé immédiatement, les revendiquer sous huit jours si l'acquéreur les a toujours entre ses mains et qu'elles se trouvent dans l'état qui le leur au jour de la rédaction, faculté appartenant, en principe, à celui considéré propriétaire d'un droit sur la chose³⁸⁴.

Mentionnons encore l'article 1473 du Code français qui traite de ventes successives d'un même bien à l'acheteur : la propriété de la chose mobilière est transmise à l'acquéreur qui aura été mis en possession de la chose, et le bien immobilier appartiendra à celui des deux acquéreurs qui aura, le premier, inscrit la vente ou qui sera, le premier, entré en possession de l'immeuble. La même solution est contenue dans l'article 1873 du Code civil colombien où le transfert est différé précisément à la date de l'accomplissement des formalités publicitaires ou de la mise en possession de la chose.

³⁸³ G. BLANLUET, *op. cit.*, p. 418

³⁸⁴ M. DROSS William, « Le transfert de propriété en droit français », *Revue de contrats*, 1 octobre 2013, n^o 4, p. 1694, *in* www.lextenso.frezscd.univ-lyon3.fr

Ainsi, malgré les articles concernant de manière spécifique la question du transfert de propriété, aussi bien dans le Code Napoléon que dans le Code civil colombien, le reste du modèle est largement fondé sur les mêmes bases romaines, au point que certains articles semblent être en conflit avec la règle prétendue générale. De plus, l'absence de référence de la tradition parmi les modes d'acquisition de la propriété dans le Code Napoléon s'explique par la doctrine comme le produit « d'un lien étroit entre la propriété et le contrat, considéré comme la source première de l'obligation »³⁸⁵.

Finalement, le fait que l'échange des consentements opère « une sorte de tradition civile » qui octroie au vendeur le droit de demander la livraison du bien à l'acheteur ne découle pas du fait que le créancier soit propriétaire, mais une prérogative des parties dérivée seulement du fait personnel du contrat. Les convergences sont donc indéniables.

³⁸⁵ DEROUSSIN, *Histoire du droit privé, op. cit.*, p. 354

CONCLUSION

On a essayé de montrer au cours de ce travail l'évolution du droit civil colombien, depuis l'arrivée des Espagnols sur les territoires américains jusqu'au processus de codification entamé au XIX^e siècle. L'imposition du droit civil castillan durant toute l'époque coloniale a entraîné une disparition progressive des coutumes aborigènes au profit du droit imposé par la métropole. C'est pourquoi une recherche des traces du droit privé latino-américain remonte elle-même aux sources des droits européens formées sous la tradition romanistique dont l'Amérique latine est héritière.

De plus, les exigences imposées par les nouvelles situations qui se présentent dans les Indes espagnoles -non réglées auparavant - ont emporté l'émergence d'un droit propre appartenant au peuple amérindien, en dépit même du droit imposé par la métropole. Son développement, pourtant, ne permet pas de consolider une tradition juridique différente de celle découlant du continent européen, non seulement car son fondement est cherché précisément au sein des solutions déjà connues, mais aussi parce qu'il s'agit d'un droit créé directement par le roi et par les organismes royaux, de sorte qu'elles répondaient aux intérêts métropolitains plutôt qu'aux besoins réels des colonies.

En outre, la renaissance du droit romain ainsi que la création des universités latino-américaines suivant le modèle d'enseignement européen –fondé essentiellement sur l'enseignement des droits savants- ont contribué au prestige du droit romain sur les terres américaines, si bien que la formation des juristes a eu pour support ce droit romain réinterprété et modifié du XI^e et XIII^e siècle, en laissant de côté les marques de l'ancien droit local.

L'indépendance des colonies espagnoles au XIX^e siècle a elle-même déclenché un processus de codification chez les naissants états latino-américains qui chercheront, dans l'expérience française, les conceptions fondamentales de l'État à l'égard de la propriété privée, la liberté contractuelle, la liberté du commerce et l'industrie. Cela est révélateur du

rôle joué par le droit civil français dans chacun des peuples latino-américains³⁸⁶. Même si les nouveaux états tentent de s'émanciper complètement du droit de la métropole en tant qu'injuste et despotique, le fait que le droit français trouve ses origines dans cette même tradition romaine, mais aussi le fait que les codificateurs aient opté pour faire appel aux sources juridiques antérieures qui ont fait leurs preuves, permettent d'affirmer une autre réalité, au point de dire que le Code civil est le résultat de « faire passer ce droit qu'au cours des siècles avait lentement produit l'âme des peuples »³⁸⁷.

L'influence du Code civil français sur les Codes civils latino-américains n'est pourtant absolue. À exception de la Bolivie, d'Haïti et de Saint-Domingue, les codificateurs latino-américains cherchent à instituer des codes relativement originaux, en s'inspirant des modèles européens, mais aussi des travaux des auteurs latino-américains. Ainsi, « le Code civil élaboré par Andrés Bello a été inspiré par les Codes français, prussien et autrichien, mais l'influence majeure a été celle du droit romain castillan en vigueur depuis l'ère coloniale. En vertu de son prestige, il a été adopté en Équateur (1860), au Salvador, au Nicaragua (1904) et en Colombie (1887). Il est proche du droit traditionnel colonial et a réussi à épurer et à rénover sur certains points les solutions du droit romain, en intégrant certains principes modernes du droit français ».

Un bon exemple en est la question du transfert de propriété adopté par le Code civil de Bello avec laquelle on a tenté de prouver -de l'analyse des textes appartenant au droit castillan colonial, des avant-projets ainsi que des articles du Code civil colombien- que la volonté du codificateur a été celle de s'éloigner, dans ce point précis, des solutions proposées par la doctrine française et l'école du droit naturel au XIX^e siècle pour maintenir en place le modèle d'acquisition de la propriété découlant du droit romain, transmis de génération en génération grâce à la législation castillane.

Ainsi, on peut dire que le rôle qui joue le droit amérindien à l'intérieur des codes latino-américains, notamment ceux appartenant au modèle d'Andrés Bello-, n'est pas du

³⁸⁶ WALD, « L'influence du Code civil en Amérique Latine », *op. cit.*, p. 860

³⁸⁷ COMBETTE, *op. cit.*, p. 48

tout négligeable, même dans le domaine du droit des obligations dont la volonté de tirer le plus possible partie des solutions françaises semble davantage marquée³⁸⁸, ce qui nous invite à approfondir dans l'étude des différentes institutions du droit civil dans le but de mieux connaître son histoire, son origine et par conséquent, d'adopter des solutions les plus appropriées à notre réalité.

Finalement, dans ce travail, on a essayé de montrer que la prétendue contradiction entre le système *solo consensu* et le système retardant le transfert de propriété au moment de l'accomplissement d'une formalité spécifique n'est pas absolue : outre de l'affinité historique existante entre les deux modèles, la proximité du point de vue pratique permet de nuancer leurs différences ou, au moins, de les placer au niveau plutôt théorique.

Même si la question de transfert de la propriété est présentée, pendant le XIXe et le XX siècles, comme l'une des divergences insurmontables entre le Code Napoléon et le Code civil français, il est possible d'affirmer que, parallèlement à ce processus, les exigences du commerce ainsi que la fonction économique des contrats ont imposé une autre réalité, de sorte qu'il a fallu adopter certaines mesures correctives afin d'assouplir la règle du transfert immédiat. En fait, une bonne partie des pays latino-américains qui ont adopté le système *solo consensu* ont fini par considérer le contrat comme source d'obligations, en plaçant l'acte de registre au titre relatif aux manières dont on acquiert la propriété. De plus, il n'existe pas une législation européenne qui ne conçoit pas un régime publicitaire des immeubles, ce qui en principe retarde le transfert de propriété à un moment distinct de la conclusion du contrat .

De même, en ce qui concerne le droit international privé, depuis les travaux de La Haye, UNIDROIT et la Convention de Vienne de 1980 en matière de vente internationale des marchandises, la question centrale du transfert de propriété ainsi que celle de la charge des risques ont été placées au moment de remise de la chose plutôt que celui de la conclusion du contrat.

³⁸⁸ COMBETTE, *op. cit.*, p. 53 ; HINESTROSA, « Culture et droit civil. Rapport colombien », *op. cit.*

Quant à la pratique, les exceptions que le législateur apporte au principe *solo consensu* sont si nombreuses et importantes qu'elles interrogent son bien-fondé. La quasi-totalité des ventes immobilières et une large partie des ventes de marchandises obéissent au principe de transfert différé au paiement du prix, si bien que l'importance de dérogations légales et conventionnelles à un principe mal assis de transfert *solo consensus* amène naturellement à interroger sa pérennité.

Enfin, certaines questions qui ont été habituellement attachées au système du transfert de propriété, telle que la vente de la chose d'autrui ou la théorie des risques, trouvent des solutions diverses de celles fondées sur la propriété, de sorte qu'il semble s'agir d'une décision de politique législative ou d'équité plutôt qu'une conséquence découlant d'un système d'acquisition donné.

En effet, en ce qui concerne le principe *solo consensus*, une partie de la doctrine française défend l'idée d'un renversement dudit principe, au profit notamment des intérêts des tiers et des créanciers chirographaires³⁸⁹. De toute façon, d'après W.DROSS, « si l'abandon du transfert *solo consensus* ne semble pas introduire d'effets pervers, il ne provoquerait guère d'améliorations notables, si bien qu'on peut légitimement s'interroger sur la nécessité qu'il y aurait à changer la règle au regard du risque d'une double aliénation consécutive dont les effets sont finalement assez bien régis par notre système. Il semble donc que, s'il fallait retarder le transfert de propriété, il faudrait le soumettre au paiement du prix par l'acquéreur »³⁹⁰.

En ce qui concerne le droit colombien, il faudrait aussi faire une réflexion sur la matière permettant la proximité des solutions invoquées tant par le droit civil que par le droit commercial. Certes, il s'agit des solutions fondées sur des schémas du transfert tout à

³⁸⁹ Ainsi, bien que, au plan théorique, la publicité foncière ne soit pas considérée comme constitutive des droits immobiliers, mais seulement confortative, la doctrine estime convenable de retarder le transfert de propriété au jour de l'accomplissement de la formalité publicitaire ou au jour de la mise en possession pour les meubles corporels, ce qui permettra au système de gagner en simplicité puisque la double figure de la propriété inopposable et de la non-propriété opposable disparaîtrait.

³⁹⁰ M. DROSS, « Le transfert de propriété en droit français », *op. cit.*

fait différents, mais tendant à se rapprocher au niveau pratique. La tendance est donc à son rapprochement progressif.

BIBLIOGRAPHIE

1. OUVRAGES

Ouvrages en français

- Jean BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire Romain au XIX^e siècle*, Éditions Montchrestien, première édition, 1998
- Jean Marie CARBASSE, *Que sais-je ? Histoire du droit*, Presses Universitaires de France, 2^e édition corrigée, 4^e tirage, juin 2013
- Jean CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 3, Les biens, Presses Universitaires de France, 19^e édition refondue
- Pierre CHAUNU, *Histoire de l'Amérique Latine*, Presses Universitaires de France, 2^e édition « Quadrige » mars 2014
- Gérard CORNU, *Les biens*, Éditions Montchrestien, 13^e édition
- David DEROUSSIN, *Histoire du droit privé (XVI^e –XXI^e siècle)*, Ellipses Édition Marketing S.A., 2010
- David DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Ed. ECONOMICA, 2^e édition, 2012
- William DROSS, *Droit Civil Les choses*, Lextenso éditions
- Jean GAUDEMET, *Droit privé romain*, Édition Montchrestien, 2^e édition, 2000
- Jean François GERKENS, *Droit privé comparé*, Collection de la faculté de droit de l'Université de Liège, édition larcier, in [https : books. google.fr](https://books.google.fr)
- Iván JAKSIC-ANDRADE, *Andrés Bello : la pasión por el orden, editorial Universitaria S.A.*, Santiago de Chile, Primera edición, octubre de 2001
- Jean- Philippe LÉVY, André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Éditions Dalloz, 2^e édition, 2010
- Marianne MAHN-LOT, *Que sais-je ? La conquête de l'Amérique Espagnole*, Presses Universitaires de France, 4^e édition corrigée, novembre 1993
- J.P. MINAUDIER, *Histoire de la Colombie –De la conquête à nos jours-*, Collection Horizons Amériques dirigée par Denis Rolland, L'Harmattan, 1997

- P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, 1/ Les obligations, Presses Universitaires de France, 2^e édition, 1957
- M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*. Paris, P.U.F., 1989
- Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, Tome XII, Neuvième édition, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1923
- R.J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, Tome premier, École Sainte Genevieve, Paris, M.DCC.LXXII
- François TERRÉ, Philippe SIMLER, *Droit civil Les biens*, Édition Dalloz, 9^e édition, 2014
- Sous la direction d'Arnoldo WALD et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Le Droit Brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Société de Législation comparée, 2005

Ouvrages en espagnol

- AMUNÁTEGUI REYES Miguel Luis, *Don Andrés Bello y el Código Civil*, Santiago de Chile, Edición Cervantes, 1855
- CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil Español, Común y Foral*, volumen I, Tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1964, p. 188
- Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Tomo VII, De los Bienes II, Editorial Jurídica de Chile, 1992
- Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil y comparado*, Tomo XI, De las obligaciones, II, Chile: Imprenta Nacimiento, 1937
- David Fabio ESBORRAZ, *El efecto obligacional: otra diferencia específica de la noción de contrato del sistema jurídico Latinoamericano*, Grupo para la armonización del Derecho privado latinoamericano, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2011
- Alfonso GARCÍA GALLO y Román RIAZA, *Manual de Historia del Derecho Español*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1934
- GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, Zaragoza, 1974
- Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, *Los códigos españoles concordados y anotados*, Tomo segundo, Código de las Siete Partidas, Introducción histórica, p. XXVI, Segunda edición, Antonio de San Martín Editor, Madrid, 1872

- Alejandro GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Editorial Aranzadi, mayo 2004
- Alejandro GUZMÁN BRITO, Andrés Bello codificador, *Historia de la fijación del derecho civil en Chile*, Tomo I, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago d Chile, octubre 1982
- Iván JAKSIC - ANDRADE, *Andrés Bello: La pasión por el orden*, Editorial Universitaria, Primera Edición, Santiago de Chile, 2001
- DE MOLINA, *Los seis libros de la justicia y el derecho*, tr. Fraga. Tratado II, disp.. 2, no 3, *De iusticia et iurem* Cuenca- Madrid, 1593 – 1609
- Arturo VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, T. IV, De los contratos, Editorial Temis, Bogotá, 1998

2. ARTICLES

Articles en français

- Gauthier BLANLUET, « Le moment du transfert de la propriété », p. 409 – 425, *in* 1804 – 2004 Le Code Civil un passé, un présent, un avenir, Édition Dalloz, Université Panthéon Assas (Paris II), p- 410
- Céline COMBETTE, « L’influence du Droit romain sur le Code civil de 1804, Analyse de la filiation entre le droit des obligations du Droit romain et le droit des obligations du Code Civil de 1804 », *in* *Passé et présent du droit*, n° 5, sous la coordination de David Deroussin et Florent Garnier, éditions Le Manuscrit, 2004, Centre Lyonnais d’histoire du droit
- Charline DELANGLE, Maxence WATERLOT et Guillaume WICKER, « Le contrat en France et en Allemagne : pour dépasser les divergences », *angles Droit*, 8 mars 2013, ISSN : 2261 – 2718, <http://anglesdroit.hypotheses.org/834>
- Julien FAURE, « La vente de la chose d’autrui », Montpellier, Faculté de Droit et Sciences politiques, sous la direction de Didier Ferrier, *in* www.theses.fr/585849
- Patrick GLENN, Conclusions Générales : « La codification à la française, une petite histoire d’une grande tradition, Le Code Napoléon un ancêtre vénéré ? » *Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Éditions Emile Bruylant, S.A., 2004
- Sophie MICHEL, « Le principe espagnol de la “tradition real” ou l’obligation de remise de la chose vendue », Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Master Bilingue Droit français/Droits étrangers, *in* m2bde.u-

paris10.fr/content/le-principe-espagnol-de-la-« tradition-real -> ou l'obligation-de-remise-de-la-chose-vendue-p ?destination=node%2F1367

- Sophie MICHEL, « Le rejet du transfert de propriété solo consensu en droit espagnol – Une spécificité ibérique ou un retour à la solution napoléonienne ? Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Master Bilingue Droit français/Droits étrangers
- Jean François RIFFARD, « L'idée de codification appréhendée par le droit comparé : un bref aperçu », *Passé et présent du droit*, n° 6, sous la direction de David Deroussin, Florent Garnier, Éditions Le Manuscrit, 2009
- Barthélemy TERRAT, « Du Régime de la Propriété dans le Code civil », in *Le Code civil 1804 – 1904*, Livre du centenaire, Édition Dalloz, 2004, p. 329 -353
- Arnaldo WALD, « L'influence du Code civil en Amérique Latine », in Université Pantehón-Assas. 1804 – 2004 *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Édition Dalloz, Paris, 2004

Articles en espagnol

- Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, « La influencia de la doctrina francesa en el derecho chileno », in Colección de derecho privado, n° 2, De la codificación a la descodificación, Code civil (1804 -2004) Código Bello (1855 -2005), p. 62
- V. KLUGER, « El derecho privado indiano. Un derecho de raíces europeas. Algunos ejemplos de su invocación en los pleitos de familia rioplatenses (1776 – 1812) », Consiglio Nazionale Forenze, Seminario de Aggiornamento professionale, Giuffré Editores, 2005
- Martha Lucía NEME-VILLAREAL, « Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa », Editorial Universidad Externado de Colombia, Revista Derecho Privado, 2008
- José M. MARTÍNEZ URQUIJO, « El derecho prehispánico y el derecho indiano como modelos del derecho castellano », Universidad de Buenos Aires, p. 101, Instituto Nacional de estudios jurídicos, III Congreso del Instituto Internacional de historia del Derecho Indiano, Madrid, 17 al 23 de enero de 1972, Actas y Estados, Madrid, 1973
- Antonio ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, “Evolución del principio romano de la validez de la venta de cosa ajena en el derecho medieval español”, II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Primera edición, 1998

- José Manuel RODRÍGUEZ, De los fueros a la Constitución de 1812, IV Encuentros en el lugar, Carrascosa de la Sierra, mars 2008, in <http://www.nodulo.org/ec/2008/n074p12.htm>
- Ricardo ZORRAQUIN BECÚ, Las aspiraciones del derecho indiano y los resultados conseguidos, in <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/819/35.pdf>

3. REVUES

Revues en français

- Jean – Pascal CHAZAL, « Le transfert de propriété par l’effet des obligations dans le Code civil », p. 477 – 492, in Revue trimestrielle du droit civil, Revues Dalloz, Édition Dalloz, n° 16, 2000
- William DROSS, « Le transfert de propriété en droit français », Revue de contrats, 1 octobre 2013, n° 4, p. 1694, in www.lextenso.frezscd.univ-lyon3.fr
- Alejandro GUZMÁN-BRITO, « A quelle tradition appartient le système juridique du Chili ? », Recueil Dalloz, 2008, p. 3136
- F.ORTUN, L’unification du Droit Civil Espagnol, Revue internationale de droit comparé, V. 18 n° 2, 1996, http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1966_num_18_2_14567
- Sylvain SOLEIL, « Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? », Revue électronique forum historique iuris, <http://www.forhistiur.de/zitat/0503soleil.htm>
- Véronique WESTER-OUISSE, « Le transfert de propriété *solo consensu* : principe ou exception ? », p. 299 - 314, in Revue trimestrielle du droit civil, Sirey, Revues Dalloz, Édition Dalloz, 2013
- Frédéric ZENATI-CASTAING, « La proposition de refonte du livre II du code civil », Revue trimestrielle de droit civil, Avril/ Juin 2009, n° 2, Édition Dalloz
- Revue trimestrielle du droit civil, Revues Dalloz, Édition Dalloz, n° 16, 2000
- Revue trimestrielle du droit civil, Sirey, Revues Dalloz, Édition Dalloz, 2013

Revues en espagnol

- Bernardino BRAVO LIRA, El derecho indiano después de la independencia en América Española : legislación y doctrina jurídica, Revista Historia, Universidad de Chile, V. 19, 1984, p. 5 -52
- CASTILLO LUCHH Mónica, Las lenguas del fuero juzgo: avatares históricos e historiográficos de la versiones romances de la Ley visigótica, Revue interdisciplinaire d'études hispaniques médiévales et modernes, 13 juin 2012, in <https://espania.revues.org/20994>
- Alfonso GARCÍA GALLO, Problemas metodológicos de la Historia del Derecho indiano, Revista del Instituto de Historia del Derecho de Ricardo Levene, Número 18, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1967
- Alejandro GUZMÁN BRITO, “La tradición como modo de adquirir el dominio en el derecho romano, en el común y en el isnaturalismo y su destino en los derechos patrios de la América Española”, Revista Chilena de Derecho, vol. 42 nº 1, p. 329 -344, 2015
- Alejandro GUZMÁN BRITO, “El derecho de las Indias occidentales y su pervivencia en los derechos patrios de América”, Actas del Decimosexto Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Revista de Estudios Histórico - Jurídicos, vol. 33, Valparaíso, Chile, 2011, p. 690 -700
- Fernando HINESTROSA, « El Código Civil de Bello en Colombia », Revista de derecho privado, nº 9, Universidad Externado de Colombia, 2005
- Fernando HINESTROSA, Derecho romano, tradición romanística y América latina, Revista de Derecho privado, nº 25, julio – diciembre, Universidad Externado de Colombia, 2013
- Juan MANZANO MANZANO, Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del derecho indiano, *in* Revista del Instituto de Historia del Derecho del D. Ricardo Leve, Número 18, Buenos Aires, imprenta de la Universidad, 1967
- Juan MANZANO MANZANO, « La adquisición de las Indias por los reyes católicos y su incorporación a los reinos castellanos. En torno a una polémica», p. 15 s, *in* Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, No 18, Primera reunión de historiadores del Derecho Indiano, Universidad de Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1967
- Fernando MAYORGA, « Codificación de la legislación en Colombia », Procesos de unificación del sistema jurídico, Revista Credencial Historia, Edición 148, Bogotá, Abril 2002

- Jorge OVIEDO ALBÁN, “La protección del comprador ante los vicios ocultos de la cosa entregada: del derecho romano a los instrumentos contemporáneos sobre contratos”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n° 43, diciembre 2014, *in* www.scielo.cl
- María del Pilar PÉREZ ÁLVAREZ, *La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico comparativo ante la unificación del derecho privado europeo*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, n° 14, 2006, p. 201 – 248 *in* dialnet.uniroja.es/servlet/articulo?codigo=2346029
- Antonio PÉREZ MARTÍN, Fuentes Romanas en las Partidas, Glossae, Revista de Historia del Derecho Europeo 4, Instituto de Derecho Común, Universidad de Murcia, 1992, p. 215 -246
- Revista Chilena de Derecho, vol. 42 n° 1, 2015
- Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n° 43, diciembre 2014
- Revista del Instituto de Historia del Derecho de Ricardo Levene, Número 18, Facultad de derecho y ciencias sociales de la Universidad de Buenos Aires, Primera reunión de historiadores del Derecho Indiano, bajo la dirección de Ricardo Zorraquín Becú, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1967
- Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, n° 14, 2006

4. INSTRUMENTS DE TRAVAIL

- Code civil des français, Édition originale et seule officielle, Imprimerie de la République, Paris, 1804, *in* gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517
- Código civil colombiano, Talleres gráficos Optimus, Buenos Aires, 1954
- Códigos españoles, concordados y anotados, Madrid, Editorial Imprenta de la publicidad, Tomo III, 1848
- Fuero Juzgo en latin y castellano cotejado con los más antiguos preciosos códigos, Real Academia Española, Madrid, Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., 1815
- Fuero Real, Opúsculos legales del Rey Don Alfonso el Sabio, Real Academia de la Historia, Imprenta Real, Madrid, 1836, *in* fama2.us.es/fde/opusculosLegalesT2.pdf
- Fuero Real de España, Tesoros bibliográficos del Consorcio Madreño, édition Juan de Junta, *in* <http://www.singularis.es/?p=1313>

- Fuero Viejo de Castilla
- Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, Manuscrito, *in* www.bne.es/es/Micrositios/Exposiciones/BNE300/Obras
- Obras completas de Don Andrés Bello, Edición hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública, Impreso por Pedro G. Ramírez, Santiago de Chile, 1888, Opúsculos, p. 190 y 191
- PÉREZ BUSTAMANTE Rogelio, Los Registros Notariales de Madrid, 1441 – 1445, Madrid, 1995, Ass. 722
- Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas, Código civil y Leyes complementarias, Tomo III, Edición Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Tercera Edición, 1996

5. LIENS INTERNET

- Beatriz BERNAL, El derecho castellano dentro del sistema jurídico indiano, *in* <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/10/cnt/cnt5.pdf>
- Alejandro GUZMÁN BRITO, “El derecho del Reino de Chile hasta 1810”, *in* www.scielo.cl
- CASTILLO LUCHH Mónica, Le Fuero Juzgo dans l’histoire de la langue espagnole, p. 3, https://www.academia.edu/10283419/Le_fuero_juzgo_dans_l_histoire_de_la_langue_espagnole
- www.corteconstitucional.gov.co
- <https://e-spania.revues.org/20994>
- <http://www.forhistiur.de/zitat/0503soleil.htm>
- Fernando HINESTROSA, Édgar CORTÉS, Felipe NAVIA, « Culture et droit civil. Rapport colombien », *in* www.henricapitant.org/sites/default/files/Colombie_Hinestrosa_Cortes_et_Navia_.pdf
- www.larousse.fr/encyclopedie/divers/fuero/53905
- Sous la direction de Georges MARTIN, Alphonse le Sage, Deuxième partie. Traduction critique de la Segunda Partida *in* <https://e-spaniglivres.revues.org>

- Francisco MARTÍNEZ MARINA, Juicio crítico de la Novísima Recopilación, biblioteca virtual universal, 2003 in <http://www.biblioteca.org.ar/libros/70842.pdf>
- <http://www.nodulo.org/ec/2008/n074p12.htm>
- PECES BARBA Grégorio, Dispositivo de los derechos humanos, edición debate Madrid, 1987, Traducción: Mesdames SERE et OLMOS, in explrehumanrigh.coe.int/wp.content/uploads/2010/11/Espagne-edh.pdf
- http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1966_num_18_2_14567
- M. Isabel SEONANE, La Nueva Recopilación de 1567, in <http://asuntosjuridicosminoridad.blogspot.fr/2010/11/la-nueva-recopilacion-de-1567.html>
- Rafael TERMES, “La tradición hispana de libertad”, in artículos, pensamiento, www.liberalismo.org/articulo/330/13/tradicion/hispana/libertad/

6. THÈSES

- Diego Fernando MONJE MAYORGA, El solo consenso y la teoría del título y el modo: un estudio sobre su parentesco y afinidad práctica para superar sus diferencias teóricas, Tesis doctorado en derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012
- Juan Manuel URUBURU COLSA, La vida jurídica en Madrid a fines de la edad media, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1997 in eprints.ucm.es/2207