

ÉTUDE ANTHROPOLOGIQUE DE LA TRADITION DANS LES CONTRATS RÉELS

Par

Elodie GAVIN-MILLAN

Allocataire de recherches- Moniteur à l'Université d'Aix-Marseille III

Tradition provient du latin, *traditio*, de *traditus*, du verbe *tradere* qui signifie : transmettre, céder, renoncer à, abandonner, livrer. Le mot tradition a plusieurs acceptions.

Dans un sens courant, connu de tous, il désigne : "une doctrine, croyances, pratiques ou ensemble de celles-ci, munies d'une autorité actuelle et d'une légitimité basée sur leur transmission réelle ou prétendue du passé" (1). Cela implique donc que trois éléments soient réunis : un passé, une autorité dans le présent et une continuité de la transmission entre le passé et le présent.

Dans un sens technique, connu des juristes, propre au droit civil, la tradition désigne : "la remise matérielle dont le transfert de propriété est indépendant (C. civ., a. 1138), mais dont dépend la perfection des contrats réels" (2). C'est cette définition qui retiendra notre attention.

Sous cet aspect technique, la tradition peut encore recouvrir différents sens. Déclinée dans un sens habituel, la tradition est donc l'élément brut matériel d'un contrat réel ; selon une autre perspective, la tradition peut nous faire découvrir des trésors enfouis dans les profondeurs de ses abîmes. Sous la tradition matérielle se cachent d'autres traditions : la tradition de soi et la tradition symbolique.

La tradition de soi, découverte dans les sociétés primitives, est parvenue jusqu'à notre société contemporaine. La force spirituelle, enfermée dans la chose, brille, dans toutes ces sociétés, toujours d'un même éclat.

La tradition symbolique, héritée des sociétés archaïques, atteint, dans notre société, son point de perfection.

Le voyage proposé de la Vallée de Maradi avec ces rites oblatifs aux traditions juridiques de notre France n'est qu'un itinéraire livresque.

N'étant pas anthropologue, cette démarche est restée confinée dans une salle de travail, les ouvrages de références ont été les seuls instruments de recherche et de voyage.

(1) Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 1988.

(2) Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, P.U.F.

I - LA TRADITION DE SOI

La tradition de soi, expression énigmatique, mais qui prend tout son sens à la lumière de l'oeuvre de Marcel Mauss (3). Nous connaissons l'expression tradition, héritée du latin *traditio*, c'est l'acte de remise de la chose. La tradition est un élément essentiel des contrats réels, contrats qui se forment par la remise d'une chose, par la tradition d'une chose, objet du contrat. Jusqu'à présent, cet élément essentiel nous apparaissait comme un élément matériel, c'est l'acte même, le geste même de remettre la chose. Toutefois, au-delà de cette tradition matérielle, nous pouvons déceler, sous le geste de remise de la chose, une tradition spirituelle, une tradition d'une partie de la personne, de la personnalité de celui qui abandonne la chose entre les mains d'un autre. C'est dire qu'au moment même de l'acte de remise de la chose, il y a deux traditions en puissance : la première, connue, est celle de l'acte brut de remise de la chose, la seconde, moins connue, car moins voyante, plus imaginaire, mais toute aussi présente, est l'acte de remise de l'essence de la personne, de la spiritualité de la personne.

En droit Maori, Mauss nous enseigne que toutes les choses données sont animées par un esprit, par l'esprit du donateur. "Les *taonga* (choses précieuses) sont, au moins dans la théorie du droit et de la religion maori, fortement attachés à la personne, au clan, au sol ; ils sont le véhicule de son *mana*, de sa force magique, religieuse et spirituelle" (4). "Les *taonga* et toutes propriétés rigoureusement dites personnelles ont un *hau*, un pouvoir spirituel" (5). Donc lorsqu'une personne remet une chose à un donataire, elle accomplit l'acte de tradition matérielle, auquel se superpose l'acte de tradition de soi, la remise du *hau*. A travers son oeuvre, Mauss explique le système du potlach : tout s'échange, les biens, les richesses, mais également les festins, les rites, les femmes, les enfants, les danses. Ce système de don-échange est rythmé par trois phases : donner, accepter, rendre. Si, justement, il y a une boucle du don, si la chose donnée revient à son propriétaire originaire, c'est parce que les choses données sont animées par le *hau*, par l'esprit du donateur. "Vous me donnez un *taonga*, je le donne à un tiers ; celui-ci m'en rend un autre, parce qu'il est poussé par le *hau* de mon cadeau et moi, je suis obligé de vous donner cette chose, parce qu'il faut que je vous rende ce qui est en réalité le produit de votre *taonga*" (6). Voilà apparaître l'une des idées maîtresses en droit Maori : "ce qui, dans le cadeau reçu, échangé, oblige, c'est que la chose reçue n'est pas inerte. Même abandonnée par le donateur, elle est encore quelque chose de lui. Par elle, elle a prise sur le bénéficiaire (...), le *hau* poursuit tout détenteur. Il poursuit non seulement le premier donataire, même éventuellement un tiers, mais tout individu auquel le *hau* est simplement transmis. Au fond, c'est le *hau* qui veut revenir au lieu de sa naissance, au sanctuaire de la forêt et du clan et au propriétaire" (7). Mauss nous indique ici l'idée fondamentale qui préside à la circulation des richesses en droit Maori : la chose donnée est tellement animée par l'esprit du donateur qu'elle réintègrera son foyer d'origine. Pour notre part, nous retiendrons de cette étude, qu'il ne faut pas voir uniquement dans le don, la remise d'une chose matérielle, mais également la remise du *hau*, la remise de l'essence de la personne donatrice. Il y a donc, dans une même tradition, deux traditions qui se confondent, la tradition de la chose et la tradition de soi. Le donateur remet la chose et tout en remettant cette

(3) Sociologie et Anthropologie, Essai sur le don, P.U.F, 1950.

(4) Op. cit., p. 157.

(5) Op. cit., p.159.

(6) Op. cit., p. 159.

(7) Op. cit., p. 159 et s..

chose, il remet un peu de son être, il se remet. "Il est net qu'en droit Maori, le lien de droit, lien par les choses est un lien d'âmes, car la chose elle-même a une âme, est de l'âme. D'où il suit que présenter quelque chose à quelqu'un, c'est présenter quelque chose de soi" (8).

Dans le système du potlach, qu'est-ce qui pousse le primitif à rendre le don qu'il a reçu ? C'est que la chose, objet du don, n'est pas inerte ; elle est animée par le pouvoir spirituel du donateur. Le primitif rend la chose donnée, parce qu'il sent en elle une force, un esprit, le *hau* du donateur. "On comprend clairement et logiquement, dans ce système d'idées, qu'il faille rendre à autrui ce qui est en réalité parcelle de sa nature et substance, car accepter quelque chose de quelqu'un, c'est accepter quelque chose de son essence spirituelle, de son âme ; la conservation de cette chose serait dangereuse et mortelle et cela, non pas simplement parce qu'elle serait illicite, mais aussi parce que cette chose qui vient de la personne, non seulement moralement, mais physiquement et spirituellement, cette essence, cette nourriture, ces biens meubles ou immeubles, ces femmes ou ces descendants, ces rites ou communions, donnent prise magique sur vous. Enfin, cette chose donnée n'est pas inerte. Animée, souvent individualisée, elle tend à rentrer dans son foyer d'origine..." (9).

En Mélanésie, l'objet essentiel de ces dons-échanges sont les *vaygu'a*, sorte de monnaie. "Les *vaygu'a* ne sont pas des choses indifférentes, de simples pièces de monnaie. Chacun a une âme, une personnalité, une histoire et même un roman" (10). "Le contrat lui-même se ressent de cette nature des *vaygu'a*. Non seulement, les bracelets et les colliers, mais même tous les biens, ornements, armes, tout ce qui appartient au partenaire est tellement animé, de sentiment tout au moins, sinon d'âme personnelle, qu'ils prennent part eux-mêmes au contrat" (11). Dans le potlach mélanésien, le *kula*, le premier don d'un *vaygu'a* est intitulé "vaga", que Malinowski traduit par "opening gift", il ouvre la transaction, il engage le gratifié à un don de retour, le "yotile", que Malinowski traduit encore par "clinchng opening", le don qui verrouille la transaction. C'est parce que les choses données ne sont jamais vraiment détachées de la personne du donateur qu'il y a un retour du don. Les *vaygu'a* sont, au même titre que les *taonga*, attachés à la personne du donateur. Le gratifié sent en elle une telle force, une telle potentialité qu'il s'obligera à rendre le don.

Dans le droit hindou classique, "nulle part la liaison entre la chose donnée et le donateur, entre la propriété et le propriétaire n'est plus étroite que dans les règles concernant le don de vache". "Pendant trois jours et trois nuits, le propriétaire de la vache l'imite et observe le voeu de la vache. Il se nourrit exclusivement des sucs de la vache : eau, bouse, urine, pendant une nuit sur trois. Pendant une nuit sur trois, il couche avec les vaches, sur le sol comme elles et sans se gratter, sans tracasser la vermine, s'identifiant ainsi en une âme unique à elles. Quand il est entré dans l'étable, les appelant de noms sacrés, il ajoute : "la vache est ma mère, le taureau est mon père...". Il répétera la première formule pendant l'acte de donation". Il ajoutera : "celles que vous êtes, celles-là, je le suis devenu, en ce jour de votre essence, vous donnant, je me donne" ; exactement : "donateur de vous, je suis donateur de moi" (12). Pouvons-nous trouver plus belle illustration de la tradition de soi dans le don

(8) Op. cit., p. 160 et s..

(9) Op. cit., p. 161.

(10) Op. cit., p. 180.

(11) Op. cit., p. 181.

(12) Op. cit., p. 247.

de vache d'origine hindoue. En remettant sa vache au donataire, le donateur remet un peu de lui-même, de sa nature, de sa substance.

Dans les sociétés du nord-ouest américain, le *mana* ne symbolise pas seulement la force magique de chaque être, mais aussi son honneur, sa richesse, son autorité. Pourquoi existe-t-il une obligation de donner, qui est l'essence même du potlach ? C'est pour conserver son autorité, son rang, son *mana*. A la lumière de ces sociétés, notre propos est quelque peu dérivé. Alors que jusqu'à présent, le système entier du potlach retenait notre attention et nous permettait de découvrir grâce à sa décomposition : donner, accepter, rendre, la tradition de soi ; désormais, seule la première phase du potlach, nous intéresse, c'est dans la première obligation, l'obligation de donner, que nous décelons la tradition de soi. Une personne ne peut conserver son autorité sur son clan, sa tribu, sa famille, ne peut maintenir son rang parmi les chefs, que s'il prouve son *mana*, que "s'il prouve qu'il est hanté et favorisé des esprits et de la fortune, qu'il est possédé par elle et qu'il la possède et il ne peut prouver cette fortune, qu'en la dépensant, en la distribuant, en humiliant les autres" (13). Sous cette illustration du potlach nord-ouest américain, nous retrouvons l'idée d'une tradition de soi ; en donnant, le donateur met en jeu son honneur, il remet une chose pour prouver son existence, pour prouver sa supériorité. Il remet donc une parcelle de sa personne, de sa force.

Dans les sociétés sahéniennes (14), est pratiquée l'obligation du don qui permet au donateur de conserver son autorité, de prouver son *mana*. Dans la vallée de Maradi, une hiérarchie des donateurs est établie. Divers personnages occupent la position de donateur imminent : le "Saki" (le prince) par rapport à ses sujets, le chef de clan ou d'enclos par rapport à ses dépendants, l'aîné par rapport au cadet, l'époux par rapport à l'épouse. Tous ces personnages ont l'obligation d'offrir des dons à leur partenaire de rang inférieur. C'est la capacité d'offrir, la générosité du supérieur qui consolide son autorité, son *mana*, sous-jacente à la tradition matérielle qui fonde le don, existe en puissance, la tradition de soi. En remettant une chose, le donateur se remet un peu lui-même pour faire briller son *mana*. Tous se regroupent autour d'un personnage généreux, ce qui contribue à accroître son prestige. C'est ainsi que se créent ou s'agrandissent les villages, les enclos domestiques, les principautés. Celui qui veut acquérir ou conserver son *mana*, sa position d'autorité, doit donner, offrir. Le patriarche entouré d'épouses, d'enfants, de femmes est admiré, sublimé. La polygamie n'est pas seulement un moyen d'accès aux services réguliers de plusieurs femmes, c'est surtout l'acquisition d'un rang supérieur, le triomphe sur des rivaux bien moins lotis, la voie vers la constitution d'un vaste enclos, peuplé d'enfants et de dépendants, la manifestation d'une fortune exceptionnelle. Ce triomphe repose donc sur l'obligation de donner qui est la base même du potlach. Le "Saki", le patriarche, le polygame donnent pour conserver son rang, son autorité, son *mana*. Le don offert n'est qu'une manifestation de cette autorité, un symbole d'un statut social supérieur. Le don est promu au rôle de bonne fortune.

Cela étant, pour les autres donateurs de rang inférieur, l'objet remis peut être le symbole du sacrifice d'une richesse. Prélevé sur un avoir économisé de manière laborieuse, l'homme qui donne, se prive et offre sa privation. Toute la valeur du don est désormais dans ce sacrifice. Il ne s'agit plus de prouver sa force, mais de montrer sa générosité, en renonçant, s'il le faut, à satisfaire ses propres besoins personnels. Le donateur ne remet pas seulement une chose basement matérielle, il remet un peu de lui-même en offrant, au détriment de ses besoins propres.

(13) Op. cit., p. 206.

(14) Guy Nicolas, Don rituel et échange marchand, Institut d'Ethnologie, 1987.

Lorsque nous étudions le système contractuel des sociétés négro-africaines, de Norbert Roulard (15), nous pouvons encore découvrir des traces de tradition matérielle et spirituelle. Dans ces sociétés, les contrats les plus nombreux sont les contrats réels qui se forment par la remise d'une chose, objet du contrat. Ces choses sont distinguées suivant la valeur que le groupe, auquel elles appartiennent, leur accorde.

Les "biens parentalisés", ceux totalement identifiés au groupe familial (terres, autels, instruments de culte) ne peuvent jamais faire l'objet d'un accord contractuel entraînant leur cession définitive. Ils sont trop personnels, trop empreints de personnalité familiale pour pouvoir être cédés.

Dans les sociétés du nord-ouest américain de Mauss, cette même distinction entre les différents biens existe. Les "Kwakiutl" et les "Tismshian" opèrent une séparation entre les objets de consommation et de vulgaire partage et les choses précieuses appartenant à la famille, "les talismans, les cuivres blasonnés, les couvertures de peau ou des tissus armoriés". Cette dernière classe d'objet ne peut jamais faire l'objet d'un contrat entraînant leur cession définitive. Le seul contrat admis est le prêt. Le prêt étant un contrat qui se forme *re*, il est clair que la tradition matérielle s'accompagnera d'une tradition de soi, la chose remise étant animée par le *hau* familial. Dans la vallée de Maradi, les biens parentalisés ne peuvent être donnés qu'à l'intérieur du cercle familial. Quelques mois après son mariage, l'épouse sahénienne reçoit des siens, du mobilier destiné à son habitation, "kayan daki", et les ustensiles habituels d'une femme. Ce don est constitué d'un lit, un mortier, un pilon, une meule, des cuvettes, tasses et assiettes émaillées, des pots et marmites, des couverts, des tapis, du mil et de l'argent. Ces biens sont tellement animés de sentiment familial, qu'ils constituent un avoir inaliénable, qui appartient à l'épouse en propre et qu'elle emportera avec elle, en cas de séparation.

Les "biens communautarisés" (champ de case chez des pasteurs, bétail chez des agriculteurs) peuvent faire l'objet d'un accord contractuel. "Les contrats les concernant sont réels, oraux et formalistes". Pour que le contrat soit valable, "pour que les biens soient affectés à un autre groupe, il faut que les liens qui les unissaient à leur groupe d'origine soient coupés de façon indubitable, d'où le recours au formalisme, consistant dans l'emploi de formules sacramentelles ou de procédures cérémonielles de remise de la chose" (16). Dans ce cas, le formalisme est utilisé pour tenter de détacher la chose de son propriétaire, de son clan. C'est donc dire implicitement, que lors de la remise de la chose, encore animée par le *hau* du clan, avant que le formalisme n'intervienne pour rompre les liens qui l'unissait au groupe originaire, deux traditions se juxtaposaient, la tradition matérielle et la tradition spirituelle du groupe.

Les "avoirs individualisés" (bijoux, parures, outils) circulent peu parce qu'ils sont liés à la personnalité du propriétaire. Les contrats concernant ces biens sont "réels, oraux et non formalistes" (17). Dans cette catégorie de biens, il apparaît nettement que la tradition de la chose s'accompagnera d'une tradition de soi. La chose étant empreinte de la personnalité de son propriétaire ; remettant la chose, ce dernier, remettra un peu de lui-même. La chose n'appartient plus comme précédemment au groupe, mais à un individu, peu importe, cette chose est toujours animée par le *hau* de son propriétaire.

(15) Anthropologie juridique, P.U.F., 1988.

(16) Op. cit., p. 275.

(17) Le formalisme n'est plus utilisé pour cette catégorie de biens car le contrôle de l'affectation par le groupe n'est plus exigé.

Les "avoirs matérialisés" (monnaie, para-monnaies telles que des mesures de sel ou de miel, des rouleaux de cotonnade...) sont des objets d'échange ; n'étant ni rattachés au clan, ni à une personne particulière, ils circulent librement et facilement. Les contrats concernant ces objets de consommation sont réels, ces derniers sont remis au contractant sans que la tradition matérielle s'accompagne d'une tradition spirituelle.

Mauss a recherché dans les droits antiques cette idée d'une force enfermée dans la *res*, qui fait qu'elle n'est jamais vraiment détachée de son propriétaire. Il considère que la *familia* romaine ne comprend pas seulement les personnes mais également les *res*. Une distinction était opérée entre les *res Mancipi* et les *res nec Mancipi*, pour les premières qui constituaient des choses de valeur, il ne pouvait y avoir d'aliénation que suivant les formules de la *mancipatio*, de la prise (*capere*) en mains (*manu*). De plus, la chose est toujours marquée à l'emblème de la famille, elle porte son sceau familial. "On comprend, dès lors, que de ces choses *mancipi*, la tradition solennelle, *mancipatio*, crée un lien de droit. Car entre les mains de l'*accipiens*, elle reste encore une partie, un moment de la famille du premier propriétaire, elle lui reste liée, elle lie l'actuel possesseur jusqu'à ce que celui-ci soit dégagé par l'exécution du contrat, c'est-à-dire par la tradition compensatoire de la chose, du prix, ou du service qui liera à son tour le premier contractant" (18). Force donc est de constater que la chose, en droit antique, n'est pas inerte, même remise au contractant, elle reste liée à son premier propriétaire. Le contractant sera donc obligé de s'exécuter parce que la chose est animée par le *hau* de son propriétaire originaire. Nous décelons donc en droit antique, le signe d'une tradition de soi qui se superpose à la tradition matérielle solennelle.

Au-delà du droit antique, Mauss a suivi l'idée du *hau* de la *res* dans le système des contrats réels du droit romain. Le prêt, le dépôt, le gage, le commodat, le don et l'échange sont autant de contrats qui se forment *re*, la *traditio* est l'un des moments, l'un des éléments essentiels de ces contrats. Des liens juridiques et spirituels sont créés par la tradition. Selon Mauss "le contractant est d'abord *reus* (coupable, responsable) ; c'est avant tout l'homme qui a reçu la *res* d'autrui et devient à ce titre son *reus*, c'est-à-dire l'individu qui lui est lié à la chose elle-même, c'est-à-dire par son esprit" (19). Le seul fait de détenir la chose met le contractant dans un état d'infériorité morale, spirituelle vis-à-vis du propriétaire originaire, c'est dire que la chose est toujours liée à ce dernier, qu'elle est toujours animée par sa spiritualité, par son *hau*. Pour que le contractant soit dans cet état de quasi-détresse, de quasi-culpabilité, c'est qu'il sent bien dans la chose l'essence, le *hau* du propriétaire. En bref, sur la tradition matérielle, se greffe bien une tradition de soi qui est ressentie par le contractant et qui le place en état de quasi-culpabilité jusqu'à ce qu'il se soit exécuté.

Nous pouvons compléter les recherches qui ont été menées sur les primitifs et les romains en consultant les mécanismes de notre droit contemporain.

Le domaine privilégié du prêt à usage "pur", c'est-à-dire vraiment gratuit, se situe dans le milieu familial et amical. Ce contrat réel se forme par la remise d'une chose, il se forme par un geste, mais, attention, un bon geste. L'opération est amicale, c'est un service d'ami. Le prêteur est celui qui fait le bon geste car il remet la chose à l'emprunteur, dans son intérêt exclusif. Le prêteur est motivé par l'amitié, la solidarité familiale. Nous comprenons, dès lors, que l'emprunteur soit soumis à une responsabilité assez sévère, il devra sacrifier sa chose pour sauver celle qui lui a été prêtée. Aux termes de l'article 1882 du Code civil, "l'emprunteur sera tenu de la

(18) Mauss, op. cit., p. 233.

(19) Op. cit., p. 235.

perte de la chose survenue par cas fortuit, s'il lui avait été possible de la sauver en employant la sienne propre ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne". Ces dispositions sont inspirées par le souci de reconnaissance à l'égard du bienveillant commodant. En épargnant de préférence son propre bien, au détriment de la chose prêtée, le commodataire trahit la confiance, l'amitié du prêteur, il abuserait de sa complaisance. L'emprunteur est responsable de la perte de la chose, car il est tenu envers le prêteur d'un devoir de reconnaissance qui l'oblige d'abord à se préoccuper des intérêts de celui-ci. Nous retrouvons là, un contractant en état de quasi-culpabilité, d'infériorité spirituelle. S'il doit se sacrifier, c'est parce que la chose, qui lui a été remise, était animée par le *hau* du prêteur, elle était animée de sentiments, de bons sentiments. Donc, si nous revenons au point de départ du contrat, sous-jacente à la tradition matérielle qui forme le contrat de prêt, il y a la tradition amicale, la tradition de soi.

Notre droit contemporain a admis que la bague de fiançailles peut être l'objet d'un prêt à usage et donc restituable, dès lors qu'il s'agit d'un bijou de famille de grande valeur. En effet, la jurisprudence considère que la bague n'a été remise à la fiancée qu'à titre de prêt à usage et donc doit être rendue à la famille d'origine après rupture des fiançailles, quelle qu'en soit la cause (20), la bénéficiaire est tenue par un devoir moral de restitution. Il est net que la bague porte le sceau de la famille, qu'elle doit donc repartir, après rupture, dans le sanctuaire d'origine ; c'est dire que cette *res* précieuse est animée par le *hau* familial. Ici encore, il est possible de déceler une tradition de soi, lors du geste de remise de la bague.

Dans le cadre du dépôt, la prestation caractéristique se situe du côté du dépositaire qui doit conserver la chose, l'essentiel est dans le service amical rendu. Le dépôt est un contrat de confiance, le déposant, en remettant la chose entre les mains du dépositaire, remet de sa confiance. Il y a donc, dans le cadre de ce contrat, une tradition matérielle et une tradition de soi. La chose déposée est tellement animée de sentiment, de confiance du déposant, que le dépositaire doit obligatoirement restituer la chose, au risque d'engager sa responsabilité. Cette obligation de restitution est une obligation de résultat, qui ne souffre d'aucun aléa. Le dépositaire est donc placé en état de quasi-culpabilité, d'inégalité spirituelle tant qu'il n'a pas restitué la chose.

Quant au don manuel, n'offre-t-il pas, la plus belle preuve d'une tradition de soi ? Dans l'une des plus lumineuses formules de la Cour de cassation, il est affirmé que "le don manuel n'a d'existence que par la tradition que fait le donateur de la chose donnée, dans des conditions telles, qu'elle assure la dépossession de celui-ci et l'irrévocabilité de la donation" (21). En remettant, de la main à la main, la chose, le donateur est motivé par un souci de bienfaisance, il désire avant tout aider son prochain. Sous ce bon geste, en abandonnant une chose, au profit d'un autre, en se dépouillant, le donateur remet un peu de lui-même. Tradition matérielle et tradition de soi vont de pair dans le don manuel.

La tradition signifie, dans son sens technique courant, transmettre, remettre une chose ; cela étant, cette chose remise n'étant jamais vraiment détachée de la personne qui la remet, la transmission matérielle s'accompagne toujours d'une transmission de soi. Cette juxtaposition des deux traditions, découverte dans les sociétés primitives, se maintient dans notre société, à un point tel que l'emploi du terme "*hau*", pour toutes les sociétés confondues, ne constitue pas un anachronisme. Cela dévoile, au sein même de notre droit positif, une survivance des mécanismes primitifs.

(20) Civ. Ière, 20.06.61, D 1961, 641, note Savatier.

(21) Civ. Ière, 11.07.60, D 1960, 702, note Voirin.

Découvrons, désormais, que la transmission matérielle peut être symbolique.

II - LA TRADITION SYMBOLIQUE

Imaginons pendant un court instant, le moment même de la tradition : nous assisterons à un face-à-face entre deux hommes, l'un tendra sa main, qui tiendra une chose, l'autre s'en emparera. Voilà décrit l'ultime moment de la tradition matérielle "traditionnelle". Cela étant, d'autres modes de tradition sont pratiqués, au point d'assister à une véritable *dématérialisation* de la tradition. Ce n'est plus la chose, objet du contrat, qui est remise, mais une chose symbolique. Ce n'est plus une remise de la main à la main, mais une remise symbolique, virtuelle. Bref, la tradition est le plus souvent symbolique.

Dans les sociétés primitives d'Afrique Noire, "l'accès à la répartition des terres est concrétisé par la remise d'une motte de terre, éventuellement mélangée au sang d'un animal sacrifié" (22). Nous découvrons là, une tradition symbolique, pratiquée chez les primitifs, qui consiste en la remise d'une chose symbolique, qui, néanmoins, permet de former le contrat.

Dans la vallée de Maradi, le contrat de mariage est parfait par la remise d'une prestation symbolique, appelée "sadaki". Le représentant du père de l'époux remet à celui de l'épouse une prestation matrimoniale, qui consiste en une somme d'argent, qui scellera l'union. Il est dit que "le mariage, c'est le sadaki". Ce don entraîne le transfert de la femme du domicile de son chef d'enclos, à celui du "mai gida" de l'époux. Dans le droit de l'époque franque, nous retrouvons cette même prestation symbolique qui permet de parfaire le contrat de fiançailles (23). Un anneau *arrharum nomine* et une pièce d'or, un *solidus* ou un denier étaient remis pour sceller le contrat de fiançailles. Ces remises d'une chose symbolique chez les primitifs et les franques sont parvenues jusqu'à nous. De nos jours, ces pratiques ont perdu leur valeur juridique, mais restent comme symbole dans la bénédiction nuptiale donnée par l'église. Nous voyons encore figurer, dans les mariages religieux, l'anneau et la pièce de mariage.

Il y a donc dans ces exemples, remise d'une chose, mais d'une chose symbolique, qui rend la tradition symbolique.

Dans d'autres cas, il n'y a plus de remise de la main à la main, de contact pratiquement physique entre les deux partenaires au contrat ; néanmoins, la tradition est accomplie et le contrat est formé.

En Mélanésie, la chose donnée est amenée à son de conque et est jetée au pied du gratifié. La conque et le héraut proclament à tous que le transfert de propriété est assuré, que le contrat est parfait.

Cette quête de la tradition symbolique peut se poursuivre dans le droit romain et l'ancien droit.

A Rome, la volonté des parties est impuissante à elle seule à assurer le transfert de propriété. Ce dernier ne peut être réalisé que par la remise d'une chose, remise accompagnée de solennité, *mancipatio*, pour les choses précieuses, simple *traditio* pour les autres choses. Dès l'époque classique, les modes solennels furent abandonnés, la *traditio* seule assurait le transfert de propriété. Ce transfert de propriété exigeait, outre, un accord de volonté, une tradition ; tant que la tradition n'était pas réalisée, le contractant avait obligation à l'égard de l'autre, de faire la tradition : il était débiteur de la tradition. Les romains étant des hommes pressés de réaliser leur transaction, leurs juristes tentèrent d'adapter la tradition aux exigences

(22) Rouland, op. cit., p. 274.

(23) Esmein, Etudes sur les contrats dans le très ancien droit, p. 15.

de rapidité des opérations commerciales. Cette tradition était gênante et constituait une entrave à une circulation accélérée des richesses, tant et si bien, qu'ils assouplirent... assouplirent cette condition du transfert au point de la dématérialiser. Les romains, tout en maintenant en théorie le principe de la tradition, sont parvenus à éliminer en pratique l'élément matériel de la tradition, la remise effective de la chose.

Les romains ont, d'abord, assimilé à la remise de la chose, la remise d'un objet qui la symbolise. Les exemples fourmillent : tradition symbolique, lors de la remise des clés du cellier tenant lieu de vin vendu ; ou encore, tradition symbolique, lorsque, au lieu d'obliger l'acquéreur d'un fonds de terre à en prendre réellement possession ou à en faire le "tour du propriétaire", il suffit à l'aliénateur d'indiquer d'un lieu élevé à l'acquéreur, l'étendue du fonds : la propriété est transférée *quodam modo manu longa*, d'où le nom de *traditio de longue main*.

Les romains ont, ensuite, créé deux procédés dans lesquels aucun élément matériel ne subsiste.

Pour le premier procédé, il est considéré fictivement que la tradition résulte d'un changement de titre en vertu duquel celui qui détenait la chose devient possesseur de celle-ci. Cette tradition sans déplacement effectif de la possession se fait en vertu de l'intention des parties. C'est ce que nos vieux auteurs appelaient *traditio de brève main* qui est parvenue jusqu'à nous, sous l'expression *traditio par interversion de titre*.

Cette tradition symbolique fut admise en matière de *mutuum* ; une personne, par exemple, détient des deniers, qui lui ont été confiés en dépôt, puis le déposant lui prête cet argent, la personne, qui le détenait en qualité de dépositaire, en devient propriétaire par une tradition virtuelle.

Cette tradition symbolique fut encore admise dans le cadre de la vente ; une personne, par exemple, détient un bien en qualité de locataire ; dès la vente, il cesse alors de posséder pour autrui, il possède pour lui, son titre est interverti, il en devient propriétaire par une tradition virtuelle.

Pour le deuxième procédé, sachant qu'il est possible de posséder *corpore alieno* et de prendre possession pour autrui, il fut admis que, si l'aliénateur conserve la chose, à titre par exemple de locataire ou d'usufruitier, la tradition s'est opérée virtuellement car l'acquéreur a pris possession par l'aliénateur qui possède pour lui. C'est le *constitut possessore*.

Dans l'ancien droit, cette *dématérialisation* de la tradition se poursuit. Les notaires vont même jusqu'à indiquer mensongèrement dans leurs actes que la tradition a eu lieu. La tradition était donc assurée par une simple indication dans les minutes du notaire, ce qui fit dire à Brissaud que "la tradition sur papier a le même effet que la tradition réelle" (24). La *dématérialisation* de la tradition dans le droit romain et dans l'ancien droit répond à la même exigence : accélérer les transactions.

Cette tradition symbolique pratiquée chez les primitifs et les romains est parvenue jusqu'à nous. Les procédés de tradition se sont encore modernisés. La tradition symbolique ne se manifeste plus par la remise d'une chose symbolique, mais par l'absence de face-à-face, par l'absence de contact quasiment physique entre les deux contractants. L'ère contemporaine assiste à une véritable *dématérialisation* de la tradition touchant la plupart des contrats réels.

Dans le cadre du prêt de consommation, le *mutuum*, la tradition nécessaire à la formation de ce contrat peut être feinte, il n'est pas nécessaire d'opérer un déplacement effectif de la chose. La tradition peut se réaliser sous forme d'écriture comptable ou bancaire, ce qui fait d'elle, une tradition symbolique. La tradition peut encore se réaliser par interversion de titre, tel est le cas, lorsque le déposant et le

(24) Brissaud, Histoire du droit privé, p. 335.

dépositaire conviennent que la chose déposée pourra être employée par le dépositaire à titre de prêt. Cette tradition symbolique est un héritage de la *tradition de brève main* utilisée par les romains.

Dans le cadre du dépôt, l'article 1919 alinéa premier du Code civil dispose que "le contrat n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée". Cette tradition fictive peut s'opérer par interversion de titre. Ainsi en est-il, lorsque à l'expiration d'un contrat de location (prêt ou gage), les parties conviennent que le locateur (emprunteur ou gagiste) conserve à titre de dépositaire l'objet qu'il détenait déjà.

Le point culminant de la tradition symbolique se situe en matière de don manuel. Contrat réel dont la formation est subordonnée à l'accomplissement d'un acte matériel de tradition, le don manuel "n'a d'existence que par la tradition que fait le donateur de la chose donnée, dans des conditions telles qu'elle assure la dépossession de celui-ci et l'irrévocabilité de la donation" (25). Cette tradition réelle qui constitue un dépouillement actuel et irrévocable est un équivalent de l'acte notarié exigé pour les donations par l'article 931 du Code civil. Dans le cadre du don manuel, ce n'est pas l'acte notarié rédigé en minute (établi pour les donations), mais la tradition qui assure le dépouillement du donateur. Cette tradition réelle apparaît donc comme l'élément essentiel des dons manuels. Toutefois, au fil des années, face à l'accroissement et à la valorisation du patrimoine mobilier, face au développement des nouveaux instruments de paiement, la tradition réelle s'est peu à peu effacée au point de laisser la place à d'autres modes de tradition. La tradition s'est *dématérialisée*, il n'y a plus de face-à-face, de remise de la chose de la main à la main, la tradition s'opère virtuellement. La tradition réelle d'abord exigée peut se réaliser désormais par un simple jeu d'écriture, quand il s'agit du don manuel d'une somme d'argent.

Au milieu du siècle dernier, la Cour de cassation admit que le don manuel pouvait être formé par la remise de titre de créance au débiteur. La chambre des requêtes (26) voyait dans cette remise d'une feuille de papier, une donation de deniers, c'était donc admettre une tradition virtuelle, une tradition symbolique. Toujours dans cette même perspective, la Cour de cassation (27) admit que la remise de bon de caisse constituait une donation. Ici encore, la jurisprudence voyait dans cette opération une donation de deniers, fut-ce à admettre une dématérialisation de la tradition, une tradition symbolique.

Remise de titres de créance, remise de bons de caisse peuvent tenir lieu de tradition ; mais le point le plus saillant est de savoir si un virement peut tenir lieu de tradition. Nous pouvons imaginer ce qui sépare techniquement ces deux catégories d'opération. Pour la première, il y a dépouillement, remise et donc tradition, non de monnaie sonnante et trébuchante, mais d'un papier, d'un objet matériel qui en est le symbole. Alors que dans la seconde, tout est accompli par un simple jeu d'écriture dont le but est justement d'éviter tout mouvement de fonds, toute tradition. Pouvons-nous qualifier de tradition ce qui est, en fait, la négation ? Sans grande hésitation, la Cour de cassation (28) a admis "qu'il importe peu que matériellement le transfert des fonds se soit opéré par un virement de compte". Une étape supplémentaire est donc franchie sur le chemin de la tradition symbolique, mais attention, une étape qui a son importance ; il n'est plus besoin d'aucun support matériel pour couvrir la tradition, cette dernière est désormais effectuée virtuellement

(25) Civ. Ière, 11.07.60, D 1960, 702, note Voirin.

(26) Req., 17.05.1855, D.P. 55. I. 247.

(27) Civ. Ière, 04.01.60, Bull. civ. 1960, I, n° 2.

(28) Civ. Ière, 07.07.59, Bull. civ. 1959, I, n° 342.

par un simple ordre donné au banquier. Cela étant, bien que la tradition soit virtuelle, elle n'en remplit pas moins son rôle. La tradition réelle permet le dépouillement actuel et irrévocable du donateur au profit du donataire ; la tradition symbolique tend au même but. La tradition symbolique, le virement assure avec la même force le dépouillement actuel et irrévocable du donateur. Le donneur d'ordre se trouve dépossédé aussi complètement et parfaitement lorsque son compte est débité, que s'il avait remis des deniers au donataire de la main à la main, la tradition symbolique a rendu le dépouillement irrévocable. "Le virement opérant dessaisissement du donateur et tradition du bénéficiaire permet d'accomplir un don manuel" (29).

Ne s'arrêtant pas là sur la voie de la *dématérialisation* de la tradition, la Cour de cassation a encore admis des modes plus évolués : le dépôt de valeur appartenant au donateur dans le coffre du donataire (30), ou toutes les formules qui traduisent des actes de mises à disposition et soulignent que la tradition matérielle peut fort bien s'opérer par personnes interposées, au point de n'être plus qu'une tradition symbolique. Nous sommes sur les traces d'une tradition virtuelle lorsque nous envisageons la tradition par l'intermédiaire d'un tiers. C'est le cas, lorsqu'un créancier donne l'ordre à son débiteur de s'acquitter entre les mains d'une personne qu'il désire gratifier ou lorsque un tiers qui détient les sommes pour le compte du donateur, reçoit de celui-ci, l'ordre de les verser au gratifié. Il n'y a plus deux contractants face-à-face, il n'y a plus remise d'une somme d'argent de la main à la main, il y a désormais jeu d'écriture et intervention d'un tiers. Notaire (31), agent de change (32), mandataire (33) sont autant de personnes qui peuvent recevoir et exécuter l'ordre de virement qui assurera le dépouillement actuel et irrévocable du donateur. Même symbolique, la tradition accomplit toujours son rôle.

Une tradition virtuelle peut encore être décelée dans la tradition par interversion de titre. Imaginons qu'une remise matérielle ait été faite à un détenteur précaire qui continue à posséder pour le compte du propriétaire. La donation peut ultérieurement s'accomplir et se parfaire, sans nouvelle remise matérielle. Il faut qu'un accord de volonté intervienne et donne naissance à une interversion de titres. Le détenteur est laissé en possession et à titre de propriétaire personnel de l'objet qu'il détenait pour le compte d'autrui, pour le compte du nouveau donateur. Il se produit alors une donation. Il y a donc eu une tradition fictive ; tout se passe comme si le donateur reprenait son bien et le remettait à nouveau, entre les mains du donataire. Par un souci de simplification, de rapidité, tout ce cheminement est effacé au profit d'une tradition symbolique, il suffit que l'accord des volontés change la cause de la possession et le dépouillement actuel et irrévocable est assuré.

La synthèse de toutes ces solutions devait conduire à admettre la possibilité d'un don manuel par remise de chèque bancaire, fut-ce au prix d'une totale *dématérialisation* de la tradition (34). Attention, il y a bien remise du chèque de la main à la main, mais ce qui fait l'objet du don manuel, ce n'est pas le chèque lui-même, c'est la provision. La remise du chèque par le donateur au donataire confère à ce dernier la propriété de la provision à hauteur du montant indiqué sur le titre. C'est dire a contrario, que le don manuel ne sera ni valable, ni réalisé, si la provision fait défaut lors de la remise du chèque. La Cour de cassation est intransigeante sur ce point (35) : "le don manuel d'une somme d'argent fait au moyen de la remise d'un

(29) Civ. Ière, 12.07.66, D 1966, p. 614, note Mazeaud.

(30) Civ. Ière, 11.04.67, Bull. civ. 1967, I, n° 120.

(31) Civ. Ière, 08.03.78, J.C.P. 78, ed G, IV, 149.

(32) Civ. Ière, 04.11.81, J.C.P. 82, ed G, IV, 31.

(33) CA Agen, 22.03.73, D 1974, p 326, note Martin.

(34) Civ. Ière, 24.05.76, J.C.P. 78, ed G, II, 18806, note Gavalda.

(35) Civ. Ière, 20.11.85, Bull. civ. 1985, I, n° 314.

chèque suppose, pour qu'il y ait dépouillement actuel et irrévocable de la part du donateur, l'existence d'une provision dont le bénéficiaire acquiert la propriété". Dans le don manuel d'un chèque bancaire, la tradition réelle qui s'opère par la remise du titre est sans valeur, seule la tradition virtuelle de la provision assure la dépossession du donateur. En bref, sous une tradition réelle se cache une tradition symbolique qui est seule capable de réaliser le don.

Cette tradition symbolique, rencontrée dans les sociétés primitives, dans la société romaine et dans notre société contemporaine, peut se caractériser par trois attitudes : un face-à-face et la remise d'une chose symbolique, un face-à-face et l'absence de remise de la main à la main et enfin, l'absence totale de face-à-face. Ces trois attitudes correspondent à des modes de plus en plus évolués de tradition symbolique. Les deux premières attitudes sont pratiquées uniquement dans les sociétés primitives, et dans notre vieille société ; alors que la dernière attitude n'est pratiquée que dans notre société contemporaine. Une unité règne au sein de toutes ces sociétés : la tradition symbolique. Cela étant, remarquons que, plus nous approchons de l'ère actuelle, plus les modes de tradition sont développés. Nous dirons que, dans les sociétés primitives, le mode de tradition virtuelle est encore au stade primitif, alors que, dans nos sociétés développées, ce mode de tradition atteint un stade maximum de développement. L'évolution presque chronologique de la tradition symbolique n'a pourtant pas altéré son rôle ; à travers les temps, les sociétés, elle poursuit toujours le même but : accélérer et parfaire la transaction.