

Faculté de droit de Paris. Droit
romain : de la Propriété au
point de vue du droit civil et
du droit prétorien. Droit [...]

Goussard, Anatole. Auteur du texte. Faculté de droit de Paris. Droit romain : de la Propriété au point de vue du droit civil et du droit prétorien. Droit français : de la Règle que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, et de ses modifications. Thèse pour le doctorat... par Anatole Goussard,.... 1868.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'œuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

- La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
- La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

[CLIQUER ICI POUR ACCÉDER AUX TARIFS ET À LA LICENCE](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

- des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
- des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisationcommerciale@bnf.fr.

INVENTAIRE

F 35.797

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

PAR

ANATOLE GOUSSARD

(Né à Gallardon (Eure-et-Loir).)

Président : M. BUFNOIR, Professeur.

Suffragants : { MM. COLMET-DAAGE,
VUATRIN, } Professeurs.
DUVERGER,
GIDE, Agrégé.

PARIS

IMPRIMERIE L. POUPART-DAVYL

30, RUE DU BAC, 20

—
1868

A MON PÈRE, A MA MÈRE

35797.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA PROPRIÉTÉ AU POINT DE VUE DU DROIT CIVIL
ET DU DROIT PRÉTORIEN

DROIT FRANÇAIS

DE LA RÈGLE QUE LA PROPRIÉTÉ DU SOL EMPORTE LA PROPRIÉTÉ
DU DESSUS ET DU DESSOUS, ET DE SES MODIFICATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Vendredi 21 Août 1868, à onze heures,

PAR

ANATOLE GOUSSARD

Né à Gallardon (Eure-et-Loir).

Président : M. BUFNOIR, Professeur.

Suffragants : { MM. COLMET-DAAGÉ,
VUATRIN, } Professeurs.
DUVERGER,
GIDE, Agrégé.

PARIS

IMPRIMERIE L. POUPART-DAVYL

30, RUE DU BAC, 30

1868

DROIT ROMAIN

De la Propriété au point de vue du Droit civil et du
Droit prétorien.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES

La propriété est le droit le plus étendu que l'on puisse avoir sur une chose, c'est *plena in re potestas* (Inst. Just., II, IV, *De usufructu*, § 4); le propriétaire peut retirer de sa chose tous les avantages qu'elle est susceptible de lui procurer, en percevoir les produits quelconques, et même en faire un usage définitif en l'aliénant ou en la consommant.

L'effet d'un pouvoir si complet est naturellement que le droit et l'objet du droit viennent à se confondre, et dès lors je puis dire avec raison que la chose elle-même m'appartient : *Hæc res mea est*.

Mais le droit de propriété peut être restreint de diverses manières par la présence d'un droit rival; la propriété n'est plus alors absolue et exclusive.

Ou bien plusieurs personnes auront part à tous les avantages de la propriété, et comme leur position est identiquement la même, leur droit conserve le nom de propriété, il y a plusieurs *copropriétaires* de la même chose (*socii*); mais alors aucun des ayants-droit ne peut se dire propriétaire de la chose, ni même d'aucune molécule de la chose, parce qu'il y rencontre un droit rival égal au sien; il peut seulement se dire propriétaire de sa part indivise dans la chose.

Ou bien la propriété peut être démembrée; les divers attributs dont elle se compose se trouveront alors distribués entre plusieurs personnes, de manière que chacune d'elles exerce séparément l'attribut dont elle est investie, les autres en demeurant privées; on dit alors que la chose est grevée d'une *servitude*. C'est qu'une chose est considérée comme libre lorsque le propriétaire a seul droit à toute l'utilité qu'elle est susceptible de procurer. La chose est esclave lorsque le droit du propriétaire est restreint, soit parce qu'un tiers peut prendre une partie de l'utilité que fournit la chose, soit parce qu'un tiers peut empêcher le propriétaire d'user de sa chose d'une certaine manière (1).

La servitude pouvait être personnelle ou réelle, *servitutes personarum, jus hominis; servitutes prædiorum, jus prædii* (2).

Elle est dite personnelle lorsqu'elle est établie sur

(1) L. 8, § 1. *De Servit.* D. (8.1). — L. 34. *De Servit. præd. urb.* D. (8.2). — L. 32. h. l. — L. 6. *Commun. præd.* D. (8.4).

(2) L. 1. *De Servitut.* D. (8.1). — I. J. *De Servit.* pr. II. 3.

une chose au profit d'une personne à la mort de laquelle elle doit s'éteindre; l'usufruit et l'usage sont les servitudes de ce genre les plus étendues; elles peuvent porter sur un meuble ou sur un immeuble.

La servitude est nommée réelle lorsqu'elle est établie au profit d'un fonds sur un autre fonds pour l'agrément ou l'utilité du premier. Le fonds qui doit la servitude est appelé fonds servant, *praedium serviens*; celui auquel elle est due, fonds dominant, *praedium cui servitus debetur*. En vertu de cette servitude, le propriétaire du fonds servant est tenu de souffrir un acte qu'il pourrait empêcher, ou de s'abstenir d'un acte qu'il aurait droit de faire : *Servitutum natura non ea est ut faciat quis, sed ut aliquis patiatur aut non faciat* (1).

Lorsque la propriété est ainsi démembrée, le droit des divers intéressés n'étant pas le même, il était indispensable d'analyser le droit de propriété, afin de déterminer ce qui restait au propriétaire du fonds grevé de servitudes et ce qui avait été conféré à d'autres personnes. Aussi est-ce à l'occasion des servitudes, et particulièrement de l'usufruit, que les juriconsultes romains avaient déterminé les divers droits élémentaires qui, par leur réunion, forment le droit complexe de propriété. Ces droits sont au nombre de trois, exprimés par ces trois mots : *Uti, frui, abuti*. *Uti*, c'est se servir de la chose pour un usage qui puisse se renouveler; *frui*, c'est en percevoir les produits; *abuti*, c'est le droit de faire de la chose un

(1) Pomponius. L. 15, § 1. *De Servit.* D. (8.1).

usage définitif, soit en l'aliénant, soit en la consommant, par opposition à *uti*, qui ne s'entend que d'un usage renouvelable.

Le *jus utendi* et le *jus fruendi* peuvent être détachés de la propriété au profit de deux personnes déterminées, l'*usus* au profit d'un *usuarius* (1), et le *fructus* au profit d'un *fructuarius* (2), ou bien l'*usus* et le *fructus* réunis peuvent constituer un droit unique, l'usufruit, au profit d'un bénéficiaire nommé *usufructuarius* (3). La propriété qui est ainsi dépouillée de ses principaux avantages est appelée *nuda proprietas* (L. 2 pr., *Quib. mod. us. amitt.* D. [7.4]). Actuellement le nu-propiétaire ne conserve que le droit de disposer, le *jus abutendi*, il ne peut l'exercer de manière à nuire à l'usufruitier en détruisant la chose; il peut seulement faire un usage définitif par rapport à lui en aliénant son droit; il acquiert également les produits qui, n'étant pas réputés fruits, n'appartiennent pas à l'usufruitier. Son droit, quelque nu qu'il soit, est cependant la propriété, parce qu'il renferme le droit de disposer, le *jus abutendi*, et qu'il peut se reconstituer comme auparavant, lorsque l'usufruit aura fini par un des modes qui lui sont propres.

Les limitations du droit de propriété que nous avons signalées se sont arrêtées là dans le droit civil de Rome, mais le droit prétorien reconnaissait, en outre, deux autres droits réels *sui generis* très-

(1) L. 1, § 1. *De usu et habit.* D. (7.8).

(2) L. 14, § 5. h. t. D. (7.8).

(3) L. 16. h. t. D. (7.8).

analogues à la propriété : la *superficies* et le *jus in agro vectigali*.

D'après le droit civil, le sol ne se distingue pas de la superficie, et le propriétaire du sol est propriétaire de tous les bâtiments qui sont à la surface. Alors même qu'il concède à quelqu'un le droit d'avoir une maison sur son terrain, le concessionnaire n'a d'autre droit qu'une action personnelle contre le propriétaire, dérivant du contrat qu'il a passé (1). Mais le préteur reconnaît au concessionnaire un droit réel, nommé *superficies*, qu'il garantit par une action réelle utile et des interdits utiles. Ce droit était transmissible et aliénable comme la propriété.

Le *jus in agro vectigali* était un autre démembrement très-étendu du droit de propriété, qui portait sur les *agri vectigales*. On appelait ainsi les biens ruraux que les cités et les municipes avaient coutume de louer à long terme moyennant une redevance annuelle nommée *vectigal*. Ce n'était, dans le principe, qu'un contrat ordinaire de louage, et le fermier n'avait contre les municipes qu'une action personnelle *ex conducto* en cas de trouble apporté à sa jouissance; mais on s'aperçut combien ces recours pour des immeubles souvent situés au loin étaient longs et dispendieux. Le préteur reconnut au fermier un droit réel sur le fonds, semblable par sa nature et ses avantages au droit de propriété, et lui accorda, pour le garantir, des interdits et une action réelle utile. Une institution analogue, le *jus emphyteuticum*,

(1) L. 1, § 1. *De superficibus*. D. (43.17).

usité d'abord pour les *fundi patrimoniales* de l'empereur, fut ensuite étendue aux biens des églises et des particuliers, et reçut dans le Bas-Empire une organisation très-complexe et très-minutieuse.

Nous laisserons de côté ce qui concerne la copropriété et les droits réels autres que la propriété reconnus par le droit civil ou prétorien ; nous nous proposons seulement d'étudier l'histoire de la propriété dans son développement successif chez les Romains. Nous verrons d'abord ce qu'était la propriété dans le droit civil, législation stricte et rigoureuse dont les principes absolus résistent la société romaine telle quelle était dans sa première expression. Dans une deuxième partie, nous étudierons la propriété au point de vue du droit prétorien, et les améliorations réalisées sous l'influence de l'édit : le *dominium apud peregrinos*, l'*in bonis habere*, la *possession des fonds provinciaux*. Dans un appendice, nous constaterons quel est l'état de la propriété dans le droit de Justinien.

A chacune de ces trois époques du droit, nous aurons à rechercher quelles sont les personnes capables d'avoir la propriété, quelles choses en sont susceptibles et par quels modes on peut l'acquérir ; nous verrons ainsi comment la propriété fut d'abord exclusivement civile, c'est-à-dire propre au Romain ; comment, avec les progrès du droit prétorien, il y eut à la fois une propriété du droit civil et une propriété du droit des gens protégée par une action civile ou prétorienne ; comment enfin sous Justinien la propriété revint à son unité primitive, non plus seule-

ment au profit des citoyens romains, mais au profit de tous les hommes, apparaissant ainsi sous son véritable caractère de droit essentiellement naturel et universel.

CHAPITRE II

DE LA PROPRIÉTÉ D'APRÈS LA LOI DES DOUZE TABLES ET LE DROIT CIVIL

Il n'y eut d'abord à Rome qu'une seule espèce de propriété, la propriété du droit civil, le *dominium ex jure Quiritium* (1).

Elle ne pouvait appartenir qu'à un citoyen romain, et plus tard à ceux qui participaient au droit civil romain en ce qui concernait la propriété, par la concession du *jus commercii*; elle ne pouvait porter que sur des choses susceptibles de propriété romaine; enfin elle ne pouvait être acquise que par des modes limités auxquels ceux qui avaient le *jus commercii* pouvaient seuls prendre part.

(1) G. II. 40. Les mots *jus Quiritium* sont synonymes de ceux-ci : *jus civitatis*. Voy. Ulp. Reg. III, § 1 et 2. — G. Inst. III, 72 et 73. — Inst. Just. I. 2, § 2. — L. 1, § 2. D. de R. V. (6.1).

I. *Personnes pouvant avoir le DOMINIUM EX JURE QUIRITIUM.*

Le *jus civilis* comprenait quatre attributs essentiels : deux droits politiques, le *jus suffragii* et le *jus honorum* ; deux droits privés, le *jus commercii* et le *jus connubii*. Le *jus commercii* ou *commercium* (1) était le droit de devenir propriétaire *ex jure Quiritium* ; d'abord restreint aux citoyens romains, le *commercium* fut ensuite accordé aux Latins, et les pérégrins purent l'obtenir en vertu d'une concession spéciale.

A l'époque de Gaius, les personnes qui pouvaient être propriétaires *ex jure Quiritium* étaient :

1° Les *cives romani*. — L'Italie entière, après la guerre sociale, reçut le droit de cité par les lois *Julia* et *Plautia* (2) ;

2° Les *Latini coloniarii*. — C'étaient des citoyens pauvres ou des vétérans qui émigraient dans les colonies que Rome formait pour consolider ses conquêtes ; ils cessaient d'avoir les droits politiques, mais ils conservaient les droits civils. Leur nom de Latins venait de ce que leur capacité se rapprochait de celle des anciens habitants du Latium (*Latini veteres*) ;

3° Les *Latini Juniani*. — On appelait ainsi des affranchis créés par la loi *Junia Norbana* (date incertaine, 772 ou plutôt 671 de la fondation de Rome),

(1) Ulp. Reg. XIX, 4.

(2) Cic. *pro Balbo*, 8. Cf. M. Demangeat. *Cours de droit romain*. I. 158, note 2.

lorsqu'une des trois conditions nécessaires pour que l'affranchissement fût parfait venait à manquer. Leur nom de Latins exprimait l'état de leur capacité civile, et celui de Juniens venait de la loi qui avait créé cette classe d'affranchis, *lex Junia Latinorum genus introduxit* (1).

4° Les *peregrini* qui avaient obtenu le *commercium*. — Cette expression avait plusieurs sens; elle désignait dans un premier sens les étrangers proprement dits, autrefois appelés *hostes*; dans un second sens, elle s'appliquait aux sujets de Rome qui n'avaient pas le droit de cité; dans notre matière, c'est surtout ce dernier sens que les jurisconsultes romains ont eu en vue. Le pérégrin pouvait obtenir une concession spéciale du *commercium*; elle était purement individuelle et viagère, et avait lieu, sans doute, en récompense de services rendus (2).

II. Choses susceptibles de DOMINIUM EX JURE QUIRITUM.

Les choses qui étaient dans le commerce, dans un sens général, étaient seules susceptibles de *dominium ex jure Quiritium*.

Les meubles, n'ayant pas de consistance par eux-mêmes, suivent la condition de la personne; tous les meubles pouvaient donc appartenir *ex jure Quiritium* à une personne pourvue du *jus commercii*.

(1) Dosithée. § 12.

(2) Festus. V° *Status dies*. — Cic. *De Officiis*, note 12.

Les immeubles, au contraire, ont une assiette fixe, et on comprend dès lors qu'ils aient, suivant leur situation, une capacité distincte de celle de leur propriétaire. Le *dominium ex jure Quiritium* paraît avoir été restreint pour les immeubles, d'abord à l'*ager romanus*, puis avoir été successivement étendu au territoire des colonies, au Latium et enfin à l'Italie (1). Au commencement de l'empire, les biens fonds se divisaient en deux grandes catégories : d'une part, les fonds italiques susceptibles de propriété romaine; de l'autre, tous les immeubles situés en dehors de l'Italie, les fonds provinciaux, sur lesquels un particulier ne pouvait avoir en principe la propriété quiritaire. Il en était autrement lorsque le sol provincial prenait la condition du fonds italique par la concession du *jus italicum*. Cette distinction est seule mentionnée par les jurisconsultes classiques, et elle subsiste jusqu'à Justinien.

Une division générale des choses chez les Romains était la division en *res mancipi* et *nec mancipi*; c'était là une distinction antique qui remontait au moins à la loi des Douze Tables (2), et aussi importante que la division en meubles et immeubles dans les législations modernes; les *res mancipi* étaient seules susceptibles de mancipation.

Étaient *res mancipi* :

1° Les immeubles, bâtis ou non, situés sur le sol italique; 2° les servitudes rurales; 3° les esclaves;

(1) M. Ortolan. *Explicat. historiq. des Inst.* II, n. 308.

(2) G. II, 47.

1° les bêtes de somme ou de trait, à savoir : les bœufs, chevaux, mulets et ânes. Ulpien, *Reg.* XIX, 1. On reconnaît à première vue dans cette énumération l'importance qui est attachée à la terre et à tout ce qui sert directement à son exploitation. Un champ, une maison, les esclaves ou les bêtes de somme ou de trait alors connues en Italie, formaient la richesse principale du vieux Romain, *res pretiosiores*, comme dit Gaius, *Inst.*, I, 192. Aussi les femmes en tutelle légitime ne pouvaient les aliéner sans l'*auctoritas tutorum*, et les tuteurs ne pouvaient être forcés par le magistrat de donner leur autorisation. C'étaient là des objets d'un grand prix que la loi entourait de sa garantie, dont le propriétaire ne devait se défaire qu'à la dernière extrémité, et dont la transmission était si importante qu'elle ne pouvait s'accomplir que par des modes solennels. Selon nous, l'idée qui domine cette classification, c'est que les *res mancipi* avaient une valeur particulière dans l'esprit de l'ancienne législation de Rome.

Si les éléphants, les dromadaires et autres animaux d'origine étrangère demeurèrent en dehors de la catégorie des *res mancipi*, c'est qu'ils ne furent connus par les Romains que beaucoup plus tard, à une époque où cette distinction offrait plus d'inconvénients que d'avantages, et où on ne se sentait en aucune façon le besoin d'augmenter le nombre des *res mancipi*.

III. Modes d'acquérir le DOMINIUM EX JURE QUIRITUM.

Les modes d'acquérir le *dominium ex jure Quiritium* peuvent se ranger en modes d'acquérir à titre universel ou à titre particulier.

Les premiers ne sont que l'application de cette idée plus large : continuation de la personne de l'auteur par l'ayant-cause à titre universel ; aussi l'acquisition *per universitatem* entraîne-t-elle l'obligation aux dettes de l'ancien propriétaire.

Telles étaient :

1° La succession légitime ou testamentaire ; l'héritier nécessaire acquérait *lege*, l'héritier volontaire, par l'adition d'hérédité ;

2° La *manus* (G., II, 97.98) ;

3° L'adrogation (G., III, 82 et suiv.) ;

4° La *bonorum sectio*. C'était une vente aux enchères de biens confisqués ; la vente se faisait en bloc, *sub hasta*, par le ministère d'un crieur public, et le plus fort enchérisseur succédait *in universum jus* à la personne dont les biens étaient ainsi vendus. (Cicéron, *11^e Philippique*, n° 26. — Varron, *De re rustica*, II, 10.)

Nous n'avons à nous occuper que des modes d'acquérir à titre singulier. Ce sont l'occupation, la mancipation, l'*in jure cessio*, l'*adjudicatio*, l'usucapion, la loi et la tradition.

Le premier de ces modes était un mode originaire ; tous les autres constituaient des modes dérivés, même

l'usucapion. Celui qui acquiert par un mode original ne succède à personne, il y a acquisition sans transmission; celui qui acquiert par un mode dérivé est un ayant-cause, *habet causam alterius*; il y a à la fois acquisition et transmission; les modes universels que nous avons cités étaient aussi des modes dérivés.

a. *Occupation*. L'occupation est l'acquisition de la propriété par la prise de possession d'une chose n'appartenant à personne; c'est le plus ancien mode d'acquérir la propriété (Cic., I, 7, *De Officiis*) et le plus honorable aux yeux des Romains, *maxime sua esse credebant, que ex hostibus cepissent* (1). La lance (*hasta*) était chez les Romains l'emblème et le symbole du droit de propriété; elle figurait dans l'*actio sacramenti*, et on la plantait devant le tribunal des centumvirs, plus spécialement chargé des contestations en matière de propriété. Certaines ventes publiques se faisaient aussi *sub hasta* (*subhastatio* ou *bonorum sectio*).

L'occupation s'appliquait aux choses *nullius* susceptibles de propriété privée, soit qu'elles n'aient jamais eu de maître, comme les pierres précieuses, les coquillages, les animaux sauvages, soit qu'en ayant eu un, elles aient été volontairement abandonnées, *pro derelicto habitæ*. Les choses de l'ennemi pouvaient également être acquises par occupation; c'était la conséquence de ce que la propriété du droit des gens n'était pas reconnue par les Romains; plus

(1) G. IV, 16.

tard, quand elle fut reconnue, l'occupation subsista comme mode d'acquérir les choses de l'ennemi, la guerre faisant cesser l'application des principes du droit entre les ennemis (1).

Peu importait au reste que la chose fût *mancipit* ou *nec mancipit*, cette distinction n'existait que pour les modes dérivés.

Nous devons dire toutefois qu'à l'époque classique l'occupation n'était pas admise par tous les jurisconsultes romains en ce qui touche les *res pro derelicto habitæ*; les deux écoles des Sabinien et des Proculien étaient divisées à cet égard (2).

D'après les Sabinien, la chose volontairement abandonnée par son propriétaire cessait immédiatement de lui appartenir et devenait *res nullius*. Selon les Proculien, au contraire, la chose demeurait au propriétaire qui en faisait l'abandon, aussi longtemps qu'un autre ne venait pas s'en emparer. Dans la première opinion, la chose devenant *nullius* par le fait de l'abandon, il y avait véritablement occupation, acquisition par un mode originaire, et on pouvait ainsi acquérir le *dominium ex jure Quiritium* sur une *res mancipit* ou *nec mancipit* (3). Dans le second système, la chose ne devenait point *nullius*; il ne pouvait pas être question d'occupation, il y avait tradition à une personne incertaine, et la tradition ne pouvait s'appliquer qu'à une *res nec mancipit*; si la

(1) L. 1, § 1. *De acquir. vel amitt. poss.* D. (41.2). — I. J. *De rer. div.* II, 1, § 17.

(2) M. Pellat. *Propriété et Usufruit*, p. 25.

(3) Paul. L. 2, § *Pro Derelicto.* D. (41.7).

res derelicta était *mancipi*, l'*accipiens* acquérait alors l'*in bonis* comme nous le verrons (1).

C'était également par occupation que l'ouvrier acquérait la propriété de la *species nova* qu'il avait fabriquée avec la matière d'autrui ; car, d'une part, la matière première avait cessé d'exister par la transformation qui avait créé un objet nouveau, et de l'autre, cet objet ayant pris naissance entre les mains de l'ouvrier, n'avait pas d'autre maître que celui qui l'avait créé. Bien qu'il n'y ait là qu'une application de l'occupation, les commentateurs lui ont donné, d'une façon un peu superflue peut-être, le nom de *spécification*.

Les Sabiniens n'admettaient pas la spécification ; les Proculiens lui donnaient, au contraire, une grande extension ; d'autres jurisconsultes dont l'opinion a été suivie par Justinien ne l'admettaient que lorsque la matière ne pouvait pas être ramenée à sa première forme (*Inst. Just.*, II, 1, § 25).

L'occupation a ceci de commun avec la tradition, qu'elle est, comme elle, du droit des gens, et que l'acquisition de la propriété y dépend de l'acquisition de la possession. Il en résulte que, tandis que dans les autres modes d'acquérir, qui sont tous du droit civil, je ne puis acquérir la propriété *per extraneam et liberam personam*, et que la personne à qui j'ai donné mandat fait un acte nul et pour elle et pour moi, je puis, au contraire, dans l'occupation et la tradition acquérir la possession, et par la possession la

(1) Pomponius. L. 5. *Pro Derelicto*. D. (41.7).

propriété, en me servant du ministère d'un tiers.

A l'exception de la tradition, les modes que nous allons maintenant étudier sont tous du droit civil; lorsqu'on employait un mode du droit civil, il fallait que tous ceux qui y participaient eussent le *jus commercii*; autrement l'opération aurait été radicalement nulle.

b. Mancipation. La mancipation est un des plus anciens modes de transférer la propriété en droit romain; elle était mentionnée sous le nom de *mancipium* ou de *nexum* dans la loi des Douze Tables à laquelle elle est certainement antérieure: « *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto* (1). »

C'était un mode du droit civil propre aux *res mancipi*; elle se faisait en présence de cinq témoins citoyens romains pubères et d'un *libripens* ou portebalance, également citoyen romain; ces cinq témoins représentent probablement les cinq classes du peuple romain, suivant la division de Servius Tullius (2).

La mancipation fut à l'origine une vente sérieuse; la balance employée dans ce mode d'acquérir nous reporte à l'époque où la monnaie s'appréciait au poids; le prix était représenté par un morceau de cuivre que l'acheteur mettait dans la balance en prononçant des paroles sacramentelles: « *Hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse aio, eaque mihi empta est hoc aere aeneaque libra* ». Plus tard la vente ne fut plus

(1) Tab. VI. Fr. 1. Cp. Fr. Vall. § 30: ... *Quia et mancipationem et in jure cessionem lex XII Tabularum confirmat.* Paul.

(2) Festus. V° *Classici testes*.

sérieuse, mais fictive, *imaginaria venditio*, et une pièce de cuivre, *æs*, figura le prix. On put alors transmettre la propriété d'une *res mancipi* par mancipation aussi bien à titre gratuit qu'à titre onéreux : il suffisait d'accomplir les formes consacrées. Les choses mobilières devaient être présentes et on ne pouvait en manciper à la fois qu'autant qu'on en pouvait prendre avec la main ; quant aux immeubles, ces deux conditions n'étaient pas requises ; il n'était pas même nécessaire que l'acquéreur tint un fragment de la chose à manciper, par exemple une motte du champ ; cette condition n'est exigée par aucun texte. La mancipation appliquée à une *res nec mancipi* ne produisait aucun effet ; cela résulte de la distinction de *res mancipi* et *nec mancipi* et de ce passage de Cicéron : *Finge aliquem mancipio dedisse, id quod mancipio dari non potest. (Topiques, 10.)* Si ce cas extraordinaire se présentait et si la mancipation avait été accompagnée d'une tradition, la propriété était alors transférée, mais par la tradition, à raison du principe : *Utile per inutile non vitiatur.*

c. In jure cessio. L'*in jure cessio* était un mode d'acquérir commun aux *res mancipi* et *nec mancipi*. Elle était, comme la mancipation, confirmée dans la loi des Douze Tables (1). Elle consistait dans un procès fictif, une revendication simulée qui avait lieu devant le magistrat, *in jure*, comme tout procès à son début. L'acquéreur qui se présentait comme revendiquant affirmait sa propriété, l'aliénateur ne

(1) Fr. Vattel. § 80.

contredisait pas, et le magistrat attribuait la propriété au demandeur, *addicebat*. Ce mode d'acquiescer suppose donc le concours de trois personnes : celui qui revendique, c'est-à-dire l'acquéreur, l'*in jure cedens*, c'est-à-dire l'aliénateur, et le prêteur qui *addicit*.

Le mot *cedere* n'a pas ici un sens actif, il veut dire se retirer, battre en retraite ; aussi le mot qui le suit est-il ordinairement à l'ablatif, *cedere bonis* (V. Cod. J., *Qui bonis cedere possunt*. 7.71). L'*addictio* qui opère ici le transport de la propriété se rencontre aussi dans les ventes de choses appartenant à l'État, comme l'*emptio sub corona*, qui était une vente de prisonniers de guerre, et la *bonorum sectio*, qui était une vente aux enchères de biens confisqués. Toutefois, nous verrons que l'*addictio bonorum libertatum servandarum causa* ne produisait que l'*in bonis*.

d. *Adjudicatio judicio legitimo*. L'*adjudicatio* est l'attribution de propriété faite par le juge *in judicio*, dans un procès réel. Des fragments du *Digeste* et plusieurs passages d'anciens auteurs prouvent que ce mode d'acquiescer, commun, comme le précédent, aux *res mancipi* et *nec mancipi*, existait à l'époque de la loi des Douze Tables (1). Les actions sur lesquelles pouvait intervenir une *adjudicatio* étaient l'action *familiae erciscundae*, *communi dividundo* et *finium regundorum* ; les deux premières avaient

(1) L. 1. Famil. ercisc. D. 10.2. — Festus. V° *Erctum*. — Cic. *de Legibus*. 1.21.

lieu entre cohéritiers ou communistes, la dernière entre voisins. Lorsqu'il y a indivision, il est facile de voir que l'*adjudicatio*, en conférant à l'un des copropriétaires par indivis la propriété désormais exclusive de la *res adjudicata*, opère un transport de propriété; mais en ce qui touche l'action *finium regundorum* ou en bornage, on ne voit pas, au premier abord comment le juge peut, sur cette action, transférer la propriété, car ce qui est en question, c'est la propriété des limites; si le juge reconnaît que la propriété du demandeur s'étend jusqu'à tel endroit, il n'y a pas là une translation de propriété, mais une déclaration, une reconnaissance de sa propriété préexistante. C'est qu'en effet l'adjudication n'était qu'accidentelle sur l'action *finium regundorum*, elle n'avait lieu que si le juge estimait utile, pour éviter les procès à l'avenir, de rectifier les limites et d'attribuer à l'un des voisins, moyennant indemnité, la propriété d'une partie du terrain de l'autre (*Inst. Just.*, IV, 18, *De officio judicis*).

La translation de propriété dans les trois actions que nous venons d'énumérer paraît n'avoir eu lieu qu'autant que le *judicium* était *legitimum*, c'est-à-dire que l'instance était introduite à Rome ou dans le premier mille autour de Rome entre citoyens romains et par devant un seul juge également citoyen romain (1). On peut tirer argument en ce sens de ce qui avait lieu pour l'usufruit; il est parfaitement cer-

(1) V. en ce sens M. Demangeat, *Cours de droit romain*, I, p. 517, note 4; M. Ortolan, *Explic. hist.* II, p. 244; M. Pellat, *Propriété et Usuf.*, p. 51.

tain que l'usufruit n'était constitué par *adjudicatio* qu'autant que le *judicium* était *legitimum* (1). On peut également invoquer la loi 44, § 1, *Famil. ercisc.* D. 10.2, Paul. Il résulte de ce texte que l'*adjudicatio* pouvait ne conférer qu'une propriété protégée seulement par le préteur au moyen d'actions et d'exceptions : cela paraît bien vouloir dire que le *judicium* était alors *imperio continens*.

e. Usucapion. L'usucapion est l'acquisition de la propriété quiritaire par la possession continuée pendant un certain laps de temps (2). Cette manière d'acquérir la propriété était consacrée par la loi des XII Tables sous le nom de *usus auctoritas*, de *augere*, ajouter, compléter ce qui est imparfait ; *auctoritas usus*, complément de la possession par l'usage ; *auctoritas tutoris*, complément de la volonté du pupille par celle du tuteur ; par suite, *auctoritas* est employé dans le sens de garantie comme dans le texte célèbre : « *Adversus hostem æterna auctoritas*, » contre l'étranger éternelle garantie ; l'usucapion étant réservée aux citoyens romains, un étranger n'était jamais à l'abri de la revendication.

Primitivement l'usucapion ne se produisait que dans un seul cas : lorsqu'une personne avait reçu tradition *a non domino* de bonne foi et *ex justa causa* d'une chose *mancipit* ou *nec mancipit*, elle en acquérait la propriété par la possession continuée pendant un an, si c'était un meuble, et pendant deux ans pour

(1) Fr. Vatic. § 47.

(2) Ulp. Reg. XIX. 8.

un immeuble; dans ce premier chef, elle s'appliquait aux *res mancipi* ou *nec mancipi*.

Plus tard l'usucapion s'appliqua dans un autre cas. Lorsqu'une personne avait reçu tradition *a domino* et *ex justa causa* d'une *res mancipi*, il fut admis en droit prétorien que l'*accipiens* acquérait la propriété de droit des gens sous le nom d'*in bonis habere*; l'usucapion avait alors pour effet de transformer la propriété du droit des gens en propriété civile.

L'usucapion était considérée comme un mode d'acquérir dérivé et non pas comme un mode originaire; en conséquence, le possesseur acquérait la chose *cum sua causa*, avec les charges réelles dont elle était grevée. D'autre part, l'usucapion n'était pas susceptible d'interruption civile, car la possession continuait malgré le procès sur la propriété, et l'usucapion pouvait s'accomplir *inter moras litis*.

f. Lex. La loi conférait directement dans certains cas le *dominium ex jure Quiritium*.

Ainsi le legs *per vindicationem* en vertu de la loi des Douze Tables, Ulp. Reg. XI, § 14. Le legs *per vindicationem* était celui dans lequel le testateur s'adressait directement au légataire : *Do, lego Titio fundum Cornelianum*; le légataire devient alors propriétaire en vertu de la loi, indépendamment de toute prise de possession. L'attribution aux riverains, *ratione vicinitatis*, de l'île (1) qui s'est formée dans un

(1) G. II. 72. — I. Just. *De div. rerum*. II. 2, § 22.

cours d'eau et du lit desséché était encore une acquisition qui se réalisait par la volonté de la loi.

Les lois caducaires (lois Julia et Papia Poppæa, 9 après J.-C.) ajoutèrent deux nouveaux cas : le *caducum* et l'*ereptorium* (1). Ces lois, afin d'encourager au mariage, avaient rendu les *cælibes* et les *orbi* incapables de recevoir en totalité ou en partie et attribué aux *patres* les libéralités qui s'adressaient aux premiers ; lorsqu'une disposition testamentaire était écrite au profit d'un *cælebs* ou d'un *orbis*, la part caduque pouvait être revendiquée par les autres héritiers ou légataires *patres*. L'*ereptorium* était la libéralité testamentaire enlevée pour cause d'indignité à une personne capable de recevoir, et attribuée par la loi à une autre personne ou au fisc.

g. Tradition. La tradition existait-elle à l'époque des Douze Tables ? Nous n'avons aucun document qui puisse nous renseigner à cet égard. Pour que la tradition transfère la propriété, il faut qu'il y ait remise de la chose à l'*accipiens*, et, en outre, une intention d'aliéner d'une part, d'acquérir de l'autre, qui ne soit point réprouvée par le droit civil, c'est ce qu'on nomme la *justa causa* (2). Dans ce mode d'acquérir le *dominium* apparaît un élément caractéristique, l'intention ; dans les modes du droit civil, au contraire, la mancipation, l'*in jure cessio*, la propriété est transmise dès que les formalités sont accomplies, il n'y a pas à se préoccuper de l'intention, élément

(1) Ulp. Reg. XIX, § 17. — L. 9 et 10. D. *De his quæ ut indignis auferuntur* (34.9).

(2) L. 31. *De Acquir. rer. dom.* D. (41.1).

dont l'appréciation est plus délicate. On comprend qu'un peuple ait débuté dans la législation par le fait matériel, indiscutable, sans analyser l'intention des parties. Cette idée peut faire penser, sans qu'on puisse l'affirmer positivement, que la tradition a été reconnue dans la législation romaine après les autres modes que nous avons énumérés. Quoi qu'il en soit, la tradition est indiquée, à l'époque classique, comme un mode du droit des gens propre aux *res nec mancipi* sur lesquelles elle conférait le *dominium ex jure Quiritium*. Cela résulte des expressions dont se sert Ulpien, Reg. XIX, § 7 : « *Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus,* » et de la loi 23 de *Rei vindicatione*, D. 6.1. Paul : « *In rem actio competit ei qui aut jure gentium aut jure civili dominium adquisiit.* » Appliquée à une *res mancipi*, la tradition ne conférait pas la propriété quiritaire, et le *tradens* pouvait toujours revendiquer, son ayant-cause avait le même droit; la propriété persistait sur la tête du *tradens*, non-seulement à l'égard des tiers, mais aussi dans ses rapports avec l'*accipiens*. Il n'y a donc aucune comparaison à établir entre les effets de la tradition d'une *res mancipi* et les conséquences du défaut de transcription d'après la loi du 23 mars 1855, car le défaut de transcription ne met pas obstacle au transfert du droit dans les rapports des contractants, mais seulement à l'égard des tiers ou concessionnaires de droits réels sur la même chose du chef de l'aliénateur.

Le *dominium ex jure Quiritium* est garanti par une action réelle appelée *rei vindicatio*. Les formes

dé cette action ont varié suivant les époques de la procédure romaine. A l'époque des actions de la loi, la revendication avait lieu dans la forme de l'action *sacramenti*, G., IV, 16. Après l'abolition des actions de la loi, l'*actio sacramenti* continua d'être employée dans les procès qui devaient être jugés par les centumvirs. Hors de là, on se servait de la procédure par formules; pour la revendication, deux formes étaient en usage : on agissait *per sponsionem* ou *per formulam petitoriam* (1). On agit *per sponsionem* lorsque celui qui se prétend propriétaire fait avec le possesseur de la chose litigieuse une ga-gure ainsi conçue : *Si homo quo de agitur ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes* (2)? Et le stipulant, en vertu de la promesse nommée *sponsio* à raison du verbe employé, se fait donner par le magistrat une formule d'action *in personam*, où la question posée au juge est de savoir si le défendeur doit lui donner la somme indiquée dans la *sponsio*, et la somme étant promise conditionnellement, ne lui appartient qu'autant qu'il prouve que l'esclave est à lui.

Mais on procédait habituellement *per formulam petitoriam*; la formule de l'action était ainsi conçue : *Si paret fundum Cornelianum, quo de agitur, ex jure Quiritium Auli Agerii esse, neque is fundus arbitrio tuo, A. A. restitatur, quanti ea res erit, Numerium Negidium A. A. condemnato; si non paret, absolvito.*

(1) G. Comment. IV, § 91.

(2) G. IV, § 93.

En résumé, l'idée capitale qui domine la loi des Douze Tables est celle-ci : Tout ce qui n'est pas Romain ne mérite aucune protection ; c'est dans l'application de cette idée que réside l'origine et la cause de toutes ses exclusions. Propriétaire romain, chose romaine, mode de transmission romain, telles sont les conditions auxquelles la loi reconnaît et garantit la propriété. Primitivement, quand on voulait admettre un étranger au droit de propriété, comme la loi ne reconnaissait qu'une seule propriété, la propriété civile, on lui communiquait directement le bienfait de la propriété romaine par la concession du *jus commercii* ; il n'y avait pas d'autre moyen. Mais plus tard, sous l'influence de principes plus humains et des relations commerciales, on reconnut à côté de la propriété civile ou romaine une propriété du droit des gens conforme à la nature de l'homme et accessible aux pérégrins. La propriété du droit des gens fut même introduite dans les rapports des citoyens romains sous le nom d'*in bonis esse* et résulta de la tradition d'une *res mancipi* et de modes divers d'acquérir créés par le préteur ou par des sénatus-consultes. La possession des fonds provinciaux, garantie et protégée par le droit prétorien, devint aussi une véritable propriété, sauf le nom.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA PROPRIÉTÉ SELON LE DROIT PRÉTORIEN

Nous étudierons successivement le *dominium apud peregrinos*, l'*in bonis habere* et la *possession des fonds provinciaux*.

CHAPITRE I^{er}

DOMINIUM APUD PERGRINOS

Nous avons vu qu'à l'origine la propriété n'était pas reconnue au pérégrin, il en résultait que ses biens étaient à la merci du Romain; lui-même n'ayant pas d'état civil, sa personne n'était pas protégée par le droit (1). Mais si la loi se montrait si dure à son égard, les mœurs corrigeaient en fait la rigueur du droit; l'hospitalité était sévèrement pratiquée chez les anciens, et le pérégrin trouvait là une protection puissante, bien qu'elle fût purement de fait, car la

(1) Proculus. L. 7, pr. *De Captiv. et postlim.* D. (49.18).

violation eût attiré sur le coupable la réprobation publique. Dans la suite, grâce à l'accroissement des relations commerciales du peuple romain, on reconnut de bonne heure une propriété du droit des gens à l'usage des pérégrins. Elle est mentionnée par Gaius, II, 40.

Choses susceptibles du DOMINIUM APUD PÉRÉGRINOS

Sous le rapport de son objet, le domaine pérégrin avait une sphère d'application aussi large que la propriété romaine; cela est certain quant aux choses mobilières *mancipi* ou *nec mancipi*, le paragraphe 47 des fragments du Vatican est formel à cet égard.

En ce qui touche les immeubles, il nous paraît certain quant aux fonds provinciaux que les pérégrins avaient un droit de même nature que les citoyens romains.

Pour les fonds italiques, la question est plus douteuse, les nécessités du commerce qui expliquent pour les meubles une concession volontaire de la part du préteur n'existent pas pour la propriété foncière italique. A Rome d'ailleurs, où le droit de suffrage reposait sur la fortune; la propriété foncière avait une importance politique; un peuple aussi jaloux que les Romains de retenir tous les moyens qui donnaient accès au gouvernement de la cité dut exclure le pérégrin de la propriété du sol.

Modes d'acquérir le DOMINIUM APUD PEREGRINOS

La propriété pérégrine pouvait être acquise par des modes du droit des gens.

1° *Occupation*. — Les Romains reconnaissaient que la guerre faisait cesser l'application des principes du droit même contre eux (1).

2° *Tradition*. — La tradition étant un mode du droit des gens, pouvait conférer à un pérégrin le *dominium apud peregrinos*, et il en était ainsi non seulement entre pérégrins, mais aussi entre un citoyen romain et un pérégrin; la distinction romaine des *res mancipi* et *nec mancipi* n'existait plus ici et la tradition appliquée à une *res mancipi* produisait autant d'effets dans les rapports des pérégrins, soit entre eux, soit avec les citoyens romains que la mancipation appliquée à une *res mancipi* dans les rapports des citoyens romains. Le citoyen romain qui faisait tradition d'une *res mancipi* à un pérégrin perdait complètement la propriété, et d'autre part le pérégrin devenait propriétaire non pas *ex jure Quiritium*, puisqu'il n'avait pas, nous le supposons, le *jus commercii*, mais selon le droit des gens. Cela résulte d'abord du paragraphe 47, *Fr. Vaticana* : *In re nec mancipi per traditionem deduci ususfructus non potest, nec in homine si peregrino tradatur*;

(1) l. 12, § 7. *De Captiv. et postlim.* D. (49.15). — L. 6, § 1 et 2. H. t.

civili enim actione constitui potest, nec traditione quæ juris gentium est.

Le jurisconsulte Paul s'occupe dans ce texte de la constitution de l'usufruit par voie de rétention. On peut retenir l'usufruit quand on mancipe une chose *mancipî*, car il existe alors un mode civil de transmission, et l'usufruit ne peut être établi même par voie de réserve que dans un mode du droit civil. Mais si on fait tradition d'une *res mancipî*, même à un pérégrin, comme la tradition est un mode du droit des gens, l'usufruit ne peut être retenu. Ainsi, d'après ce texte, la tradition d'une *res mancipî (homo)* faite à un pérégrin produit le même effet que la mancipation entre citoyens romains (1). On peut invoquer en second lieu la loi 12, § 7, *De captivis* (D. 49, 15, Tryphoninus), qui prévoit exactement le cas inverse. Un citoyen romain achète d'un étranger un esclave qui avait été pris à la guerre sur un citoyen romain, et se le fait livrer; il en devient propriétaire *ex jure Quiritium*; car, nous dit le jurisconsulte, il n'a pas besoin d'usucaper (sauf le droit de l'ancien propriétaire de rentrer dans la propriété de la chose, en offrant au propriétaire actuel le prix qu'elle lui a coûté).

3° *Adjudicatio judicio imperio continenti*, l. 44, § 1. *Familiæ eriscundæ* D. (10.2).

On n'a pas de données précises sur la manière dont le *dominium apud peregrinos* était protégé. Ce ne pouvait pas être bien certainement la *rei vindicatio*, car elle était réservée aux citoyens romains; cela ré-

(1) Cf. M. Pellat. *Propriété et Usufruit*, p. 53.

sulte de l'*intentio* de la *formula petitoria* dans laquelle le magistrat charge le juge de vérifier si le demandeur est *dominus ex jure Quiritium*. Les mots *ex jure Quiritium* étaient essentiels et non pas facultatifs comme on l'a soutenu; c'est ce qui résulte du paragraphe 34, Comm. IV, Gaius, où on nous dit que le *bonorum possessor, id quod defuncti fuit, non potest intendere suum, esse*. — Nous ne croyons pas non plus que la Publicienne ait été employée dans ce but, car elle fut créée par le préteur Publicius à la fin de la république, à une époque où les conquêtes de Rome s'étendaient déjà fort loin et où les relations avec les pérégrins devaient être très-fréquentes. Comme les Romains laissaient en général aux pérégrins les lois qui les régissaient avant la conquête (1), on peut croire que dans les provinces les gouverneurs approuvaient simplement les lois de chaque pays spéciales à cette matière; d'après Cicéron, *ad Atticum*, VI, 1.12, les édits des proconsuls contenaient des dispositions à cet égard. En ce qui concerne les relations des Romains et des pérégrins, on a dit que le préteur pérégrin, toutes les fois que la revendication du pérégrin lui paraissait avoir un juste motif, accordait une action réelle *ficta civitate romana*, dont les effets pratiques étaient ceux de la *rei vindicatio*. On invoque en faveur de cette conjecture un passage de Gaius, Comm. IV, § 37, où il est effectivement question d'un procédé semblable employé

(1) C'est ce qui résulte notamment de G. 1.92. — III, 120 et 134. — Ulp. Reg. XX, 14. — Dosithée, *Disput. de manum.* § 12.

par le préteur; mais il faut remarquer la condition ajoutée par le jurisconsulte : *Si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est*; cette condition se rencontre bien pour les actions mentionnées par Gaius, l'action *furti* et l'action *legis Aquiliae*, mais elle manque évidemment pour l'action destinée à protéger la propriété du droit des gens. Nous croirions plutôt, s'il fallait prendre un parti, que le préteur délivrait en pareil cas une action *in factum* (1).

Il est certain qu'après la constitution d'Antonin Caracalla (2), qui accorda le droit de cité à tous les sujets de l'empire romain, le *dominium apud peregrinos* perdit beaucoup de son importance en droit, et c'est là une des causes pour lesquelles nous manquons de documents sur ce point.

CHAPITRE II

IN BONIS HABERE

Le droit romain présente à côté du *dominium ex jure Quiritium*, et, pour ainsi dire, d'une façon parallèle, une institution d'origine prétorienne connue

(1) Cp. M. Ortolan. Op. cit. III, n° 1909 et suiv.

(2) L. 17. *De Statu hominum*. D. (1.5).

sous le nom d'*in bonis esse* ou *habere*, et sur laquelle nous avons des documents plus étendus que sur la propriété pérégrine.

Dans une première section, nous en étudierons l'origine, la nature et les conditions d'existence; nous verrons dans une deuxième section les modes par lesquels on l'acquérait, les effets que produisait ce droit, et nous le comparerons à la *bonæ fidei possessio* avec laquelle il présente certaines ressemblances.

SECTION I. — Origine, nature et conditions d'existence de l'*IN BONIS ESSE*.

Nous avons vu qu'en droit civil, si un citoyen romain faisait tradition d'une *res mancipi* à un autre citoyen romain, l'opération était radicalement inefficace, et que l'*accipiens* n'acquérait aucun droit sur la chose livrée, parce qu'on avait employé un mode d'acquérir qui ne concordait pas avec la nature de la chose. C'était là une conséquence forcée de la législation civile qui réglementait étroitement la transmission des objets dont elle avait fait deux classes. Ce résultat ne fut pas choquant tant que les modes d'acquérir établis par la loi des Douze Tables purent suffire à une société encore barbare et peu nombreuse comme était la société romaine à son berceau, et dans laquelle les transmissions étaient rares et le commerce nul. Mais il arriva une époque où Rome s'étendit par ses conquêtes en dehors de l'Italie, les mœurs se mo-

différent, la civilisation pénétra la société romaine, et le droit dut se modifier comme les mœurs. La législation symbolique des Douze Tables, œuvre d'un autre âge faite pour une autre société, ne pouvait plus suffire à la société nouvelle. Lorsque les animaux rares venus des contrées les plus lointaines, lorsque les chefs-d'œuvre de l'art grec, les richesses de l'Orient pouvaient se transmettre de la main à la main, il dut sembler étrange que la loi entourât de tant de formalités la transmission de choses d'une valeur infiniment moindre, il dut paraître injuste que le *tradens* conservât le droit de reprendre, au mépris de la convention, la chose dont il avait cependant voulu se dépouiller. Si le respect du passé réclamait la conservation des solennités légales, il fallait au moins les rendre inoffensives. Et, d'autre part, alors que dans la même hypothèse de tradition d'une *res muncipi*, le pérégrin acquérait la propriété de droit des gens, l'opinion ne pouvait permettre que le citoyen romain auquel la loi romaine prodiguait les faveurs fût moins bien traité que l'étranger : il y eût eu là une contradiction choquante (1). Le préteur, donnant satisfaction aux exigences de la pratique, voulut que la situation du citoyen romain fût au moins égale à celle du pérégrin, et qu'il acquit comme lui la propriété du droit des gens, mais prudent dans ses innovations, il se garda de qualifier le droit qu'il lui reconnaissait et ne le désigna que par le fait en disant que la chose était *dans les biens de l'accipiens*. En même temps

(1) M. Labbé, à son cours.

il laissa subsister en faveur du *tradens* son droit antérieur qui se maintint avec quelques prérogatives sous le nom de *nudum jus Quiritium*. On arrive ainsi à cette idée remarquable et particulière au droit romain qu'une chose peut avoir deux propriétaires, un propriétaire suivant le droit civil et un propriétaire suivant le droit des gens. Le préteur suivit en cette matière sa marche habituelle, il créa sans détruire, introduisit un principe nouveau sans abroger l'ancien, et de là cette coexistence de deux propriétés, *duplex dominium* (1).

L'*in bonis esse* est une véritable propriété sauf le nom; cela résulte d'abord de la déclaration de Théophile (Paraphrase sur le § 3, *De Libertis*, I, 5, Inst. Just.), qui appelle le titulaire de l'*in bonis* *δεδόντος βονιτάριος*, d'où les interprètes ont fait le nom tant soit peu barbare de *dominium bonitarium*. La constitution de Justinien, de *nudo jure Quiritium tollendo* (Cod. Just., VII, 25), désigne le titulaire de l'*in bonis* sous le nom de *dominus* : « *Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes nullam esse differentiam patimur inter dominos apud quos vel nudum jus Quiritium vel tantum in bonis reperitur*. Enfin, de nombreux fragments du Digeste emploient également l'expression *dominus* pour qualifier le titulaire de l'*in bonis* (2).

(1) G. II, 40.

(2) L. 26, § 6. *De noxalib. act.* D. (9.4). — L. 2, § 1. *Si ex noxali causa.* D. (2.9). — L. 1. *De Bon. poss.* D. (37.1). — L. 47. *De furtis.* D. (47.2). — L. 18, § 16.17.33. *De Damno infecto.* D. (39.2). — L. 7, § 1. *De Usufruct.* D. (7.1). — L. 1, pr. *De Fundo dotali.* D. (23.6).

Un auteur (1) a cependant contesté cette doctrine et n'a voulu voir dans l'*in bonis habere* qu'une possession protégée. Suivant lui, l'expression *duplex dominium* employée par Gaius, II, 40, se référerait à la distinction entre le *nudum jus Quiritium* et le *dominium ex jure Quiritium*; et les expressions *meum, tuum, nostrum esse* qui, dans le langage des Romains, caractérisent la propriété, ne se rencontreraient jamais à propos de l'*in bonis*. Les textes que nous avons cités prouvent combien cette opinion est sans fondement; Gaius, I, 54, appelle positivement *dominus* celui qui a un esclave *in bonis*, et, d'autre part, le même jurisconsulte se sert à propos de l'*in bonis esse* des expressions habituellement employées pour la propriété : *meum, tuum esse*. Ainsi on lit dans le paragraphe 167 du Commentaire I : « *Unde si ancilla ex jure Quiritium tua sit, in bonis mea,* » et Ulpien (Reg. II, § 41) parle de l'esclave qui *tantum in bonis noster est*.

L'*in bonis habere* est donc une propriété véritable, mais c'est une propriété du droit des gens; elle n'existe toutefois que dans les rapports des citoyens romains, et elle ne peut porter que sur les immeubles qui jouissent du *jus italicum*. A part ces deux conditions, elle ne se différencie pas de la propriété à l'usage des pérégrins; c'est, du reste, ce qui est confirmé par Théophile (Paraphr. ad § 3, de Libert. I, Inst. Just.):
Ἔστιν οὖν, ὡς εἶπον, φυσικὴ δεσποτεία καὶ ἐννομος δεσποτεία · καὶ ἡ μὲν φυσικὴ λέγεται *in bonis*, καὶ ὁ δεσπότης βονιδάριος, ἡ δὲ ἐννομος

(1) Zimmern. (In Rhein. Museum, III, n° 19.)

λέγεται *ex jure Quiritium*, τοῦτ' ἐστὶν ἐκ τοῦ δικαίου τῶν Κουιριτῶν. Dans ce texte, la propriété naturelle ou du droit des gens, φυσικὴ δεσποτεία, l'*in bonis*, est nettement opposée à la propriété civile, au *dominium ex jure Quiritium*, ἐννομος δεσποτεία (1). J'ajoute que ce système est conforme également à la marche du droit prétorien qui ne crée pas deux institutions différentes pour satisfaire des besoins analogues. Si les citoyens romains pouvaient seuls avoir l'*in bonis*, c'est qu'il est de l'essence de l'*in bonis* de pouvoir se transformer par l'usucapion en *dominium ex jure Quiritium*; si un pérégrin l'avait eu, le dédoublement eût été perpétuel, puisqu'il ne pouvait usucaper. C'est par la même raison que l'*in bonis habere* ne pouvait exister sur un fonds provincial, le sol provincial n'étant pas susceptible de *dominium ex jure Quiritium*.

Il est difficile de préciser l'époque à laquelle a pris naissance l'*in bonis esse*; la création de la préture étant de l'année 387 de la fondation de Rome, on peut dire seulement que notre institution à raison de son importance n'a été organisée au plus tôt que vers le milieu du cinquième siècle de la fondation de Rome. L'*in bonis* une fois reconnu et protégé par le préteur, la tradition a obtenu l'influence qui appartenait autrefois à la mancipation; entre deux acquéreurs successifs d'une même chose *mancipat*, l'un par tradition, l'autre par mancipation, ce n'est plus le second qui l'emporte sur le premier, la préférence est

(1) En ce sens. Vangerow. *Manuel des Pandectes*. I, § 295.

désormais assurée à l'*accipiens*. Ainsi le rôle de la tradition grandit avec la civilisation ; et plus tard l'élément matériel de la tradition, la remise effective de la possession, jugé lui-même superflu, sera dominé par l'élément intentionnel, et disparaîtra devant la pure manifestation des volontés ; le constitut possessoire sera sous-entendu par la loi dans les contrats constitutifs de droits réels (art 1138, C. Napoléon).

Si la tradition d'une *res mancipi* fut la cause occasionnelle de la création de l'*in bonis esse*, il ne faudrait pas croire qu'elle soit demeurée la seule cause d'acquisition. La propriété prétorienne, qui était l'œuvre du préteur, devint entre ses mains un moyen de progrès, une institution dont il se servit pour accomplir de nouvelles réformes ; ne pouvant conférer la propriété du droit civil, il conféra la propriété du droit des gens. Enfin le droit civil lui-même, par des sénatus-consultes ou des constitutions impériales, créa de nouveaux modes d'acquérir qui conféraient l'*in bonis*.

SECTION II

§ I. Des causes d'acquisition de l'*IN BONIS ESSE*.

PREMIÈRE CLASSE. Tradition d'une *res mancipi*.
— Le propriétaire d'une *res mancipi*, au lieu de la manciper, l'a livrée à un tiers avec intention de l'aliéner ; le défaut d'harmonie entre la nature légale

de la chose livrée et le mode employé produit ce résultat que l'acquéreur n'en devient pas propriétaire *ex jure Quiritium*, mais la chose *fit in bonis accipientis*, la propriété romaine ou civile continuant de reposer sur la tête du *tradens* (1). Ce fut le premier cas qui sollicita l'attention du préteur, et lui donna l'occasion de jeter les fondements de cette institution qui a joué un si grand rôle dans le développement de la propriété chez les Romains. Deux conditions sont requises dans cette hypothèse, savoir : 1° que la tradition ait été faite *a domino cum justa causa*; 2° qu'il s'agisse d'une *res mancipi*.

1° *Tradition ex justa causa a domino*. — L'*in bonis esse* suppose toujours que l'acquéreur a traité *cum domino*, autrement ce serait une question de *possessio bonæ fidei*, et non plus d'*in bonis*. La *justa causa* est une cause qui indique l'intention d'aliéner, comme la vente, la donation, et qui n'est pas réprouvée par le droit civil, ainsi que cela avait lieu dans certains cas. En effet, la tradition, par elle seule, n'indique pas l'intention des parties; elle est souvent employée pour transférer la propriété, mais elle l'est souvent aussi pour procurer à l'*accipiens* la possession de la chose, comme dans le *pignus*, le *precarium*, ou même la simple détention, comme dans le *commodat* et le dépôt.

2° La seconde condition, exclusivement spéciale à l'hypothèse primitive d'*in bonis esse*, c'est que la tradition s'applique à une *res mancipi*. Quand on

(1) G. II, 41.204. — Ulp. Reg. I, 16.

l'employait pour une *res nec mancipi*, elle avait autant d'effet que la mancipation pour une *res mancipi*, c'est un point que nous avons vu. Ce serait une erreur de croire que la division des modes d'acquérir la propriété en modes du droit des gens et modes du droit civil ait été corrélatrice à cette autre : propriété prétorienne, propriété civile ou quiritaire. La division des modes d'acquérir à ce point de vue est une division quant à l'origine; les premiers, les modes du droit civil, sont une création du droit positif romain; les seconds ont été empruntés au droit des gens par le droit civil; mais tous les modes d'acquérir sont du droit civil quant à leur efficacité, pourvu qu'ils interviennent dans les cas et à l'occasion des choses pour lesquels la loi romaine en prescrit l'usage.

Nous rappelons que les Proculiens n'admettaient pas l'occupation d'une chose abandonnée, et qu'à leurs yeux il n'y avait qu'une tradition faite *incertæ personæ*; si la *res derelicta* était *mancipi*, l'*accipiens* n'acquerrait que l'*in bonis* (1).

DEUXIÈME CLASSE de causes d'acquisition de l'*in bonis habere*. — Cette classe comprend tous les modes d'acquérir prétoriens, que l'on peut ranger dans deux catégories : *Modes universels, modes à titre particulier*.

(1) Pomponius. l. 8. *Pro derelicto*. D. (41.7).

A. *Modes prétoriens à titre universel.*

I. *Bonorum possessio cum re.* — A côté de la succession du droit civil, le préteur avait organisé une succession particulière : on la nommait la *bonorum possessio*. Au point de vue de l'efficacité qu'elles présentaient, on distinguait les *bonorum possessiones* en *bonorum possessiones cum re* et *sine re* (1). Le *bonorum possessor sine re* était exposé à être évincé par l'héritier du droit civil ; celui qui obtenait la *bonorum possessio cum re* était assuré de n'avoir pas à restituer les biens à l'héritier du droit civil (2). Du reste, le préteur, en accordant la *bonorum possessio*, ne la qualifiait pas d'avance de *bonorum possessio cum* ou *sine re* ; elle n'obtenait ce caractère que par l'événement du procès sur la pétition d'hérédité. La *bonorum possessio sine re* ne pouvait faire acquérir l'*in bonis* au *bonorum possessor*, puisque la pétition d'hérédité la faisait disparaître ; cependant elle était utile en ce qu'elle lui procurait l'avantage de l'interdit *quorum bonorum* et le rôle de défendeur sur la pétition d'hérédité.

En général, la *bonorum possessio* était *sine re* (3) ; dans certains cas elle était *cum re* :

1^o Lorsqu'elle était donnée *confirmandi juris civilis causa*, la personne qui l'obtenait étant appelée en même temps à l'hérédité *jure civili*.

(1) G. Comm. III, § 35.39.

(2) Ulp. Reg. XXVIII, 13. — Gaius. II, 148.

(3) Cp. M. Demangeat. Cours de droit romain. II, p. 101 et 102.

Elle produisait l'*in bonis esse*, mais cette propriété était ici sans avantage à cause de la réunion sur la même tête du titre d'héritier et de successeur prétorien. La *bonorum possessio* lui était utile parce qu'elle lui procurait le rôle de défendeur si l'action en pétition d'hérédité était intentée contre lui, et l'interdit *quorum bonorum*, plus avantageux sous certains rapports que la pétition d'hérédité (1).

2° Lorsqu'elle était donnée *supplendi juris civilis gratia*, alors que personne n'était appelé à l'hérédité en droit civil; ainsi, quand le *de cujus* était mort intestat sans laisser ni *heres suus*, ni agnat, le préteur délivrait la *bonorum possessio unde cognati*, ou à défaut de cognats, la *bonorum possessio unde vir et uxor*; cette *bonorum possessio* était *cum re*.

En dehors de ces deux cas, où la *bonorum possessio* est invariablement *cum re*, on peut relever d'autres hypothèses, mais c'est toujours en vertu de dispositions qui sont venues faire sortir du droit commun des cas particulièrement favorables, car il s'agissait alors de corriger le droit civil. On peut citer entre autres la *bonorum possessio* accordée aux enfants émancipés, soit la *bonorum possessio unde liberi* par laquelle ils venaient *ab intestat* à la succession de leurs ascendants, soit la *bonorum possessio contra tabulas*, quand le père de famille avait fait un testament dans lequel ils étaient omis, car le préteur tenait pour non avenue la *minima capitis deminu-*

(1) G. III, 34. — Inst. Just., IV, XV. *De Interdictis*. 53.

tio encourue par l'émancipé (1). — La *bonorum possessio* accordée à ceux qui sont institués dans un testament valable en droit prétorien, quoique nul en droit civil, était également donnée *cum re* en vertu d'un rescrit d'Antonin le Pieux (2). La pétition d'hérédité était alors repoussée soit par l'*exceptio doli* (3), soit par une exception *in factum* (4). On retrouve là le caractère essentiel de l'*in bonis esse*, d'être protégé par des exceptions contre ceux qui puisent leurs titres dans le droit civil rigoureux; le *nudum jus Quiritium* appartient bien à l'héritier qui conserve en conséquence la *petitio hereditatis*, mais les avantages utiles de l'hérédité sont attribués au *bonorum possessor* par le préteur. On peut joindre aux *bonorum possessiones cum re* que nous avons indiquées, la *bonorum possessio dimidia partis* donnée au patron par le droit prétorien et à la patronne par la loi Papia.

II. *Bonorum venditio*. — La *bonorum venditio* était la vente en masse des biens d'un débiteur insolvable; elle avait été introduite par le préteur Publius Rutilius, à l'imitation d'une institution analogue qui existait en droit civil, la *bonorum sectio* (5). Cette *bonorum venditio* pouvait se produire du vivant du débiteur ou après sa mort.

De son vivant, lorsqu'il avait fait cession de biens

(1) G. II, 120. — III, 26. — I., 13 pr. D. *De bon. poss. contr. tab.* (37.4). Cf. M. Demangeat. *Cours.* II, p. 104.

(2) G. II, 120 à 122.

(3) G. II, 120.

(4) L. 15. *De bon. poss. contr. tab.* D. (37.4). Marcell.

(5) G. IV, 35.

on vertu de la loi Julia où s'il n'exécutait pas dans le délai fixé les condamnations qui l'avaient frappé, ou bien s'il se cachait frauduleusement afin qu'on ne pût obtenir d'action contre lui, pourvu dans cette hypothèse que personne ne se portât défendeur pour lui (1).

Cette aliénation se faisait en bloc, *per universitatem*, et le *bonorum emptor* acquérait l'ensemble du patrimoine. C'était un véritable successeur occupant une situation analogue à celle du *bonorum possessor* : le *dominium ex jure Quiritium* persistait sur la tête de celui au nom duquel se poursuivait la vente, et l'acheteur n'acquérait que l'*in bonis* (2).

Cette succession *in universum jus* disparut avec la procédure formulaire (Inst. Just. III, XII, pr. *De succ. sublat.*).

B. Modes prétoriens à titre particulier.

1. *Abductio servi ex noxali causa*. — Un esclave s'est rendu coupable d'un délit, *furtum* ou *damnum injuriæ*. Celui qui a souffert du délit intente contre le maître l'action *furti* ou *legis Aquiliæ noxalis*; le maître présent ne répond pas à la poursuite, ou il est absent, et personne ne défend pour lui; le préteur alors permet au demandeur d'emmener l'esclave; mais ici encore l'ordre du préteur ne peut conférer le *dominium ex jure Quiritium*, le demandeur a seulement l'esclave *in bonis* (3).

(1) G. III, 78 et 79.

(2) G. III, 77 et 80. — Théophile. *Paraphr.* Ad. lit. XII. Lib. II. Inst. Just.

3) L. 26, § 6. *De noxalib. act.* D. (9.4).

Toutefois cette situation n'était pas toujours définitive; en cas d'absence du propriétaire de l'esclave, le prêteur, *cognita causa*, lui restituait à son retour le droit de se défendre, en même temps qu'il rendait au demandeur l'action éteinte par la *ductio servi*. (L. 2, § 1, *Si ex nox. causa*. D. 2, 9.).

II. *Immissio ex secundo decreto damni infecti causa*. — Le droit civil romain avait posé en principe que toute personne dont la chose causait à autrui un dommage n'était responsable que jusqu'à concurrence de la chose qui avait occasionné le préjudice. — Lorsque le dommage était causé par un esclave, le propriétaire de l'esclave pouvait éviter de réparer le dommage en faisant l'abandon noxal. Pour le cas où un animal avait causé un dommage, il existait aussi une action noxale établie par la loi des XII Tables, l'action de *pauperie* (Inst. Just. *Si quadrupes pauperiem*. IV. 9, et même titre D, 9, 1) et le propriétaire pouvait se libérer en abandonnant l'animal. Enfin si c'était une chose inanimée, un bâtiment qui s'écroulait sur la maison du voisin, il suffisait au propriétaire d'en abandonner les débris pour se soustraire au paiement de toute indemnité. Dans ce dernier cas le prêteur avait introduit un remède; il avait décidé dans l'édit que le voisin, pour qui ce bâtiment était un danger perpétuel, pourrait obliger le propriétaire à lui promettre de l'indemniser, le cas échéant, du dommage, *damnum infectum*. (L. 2 *de damno infecto*, D. XXXIX, 11.) Si le propriétaire de l'édifice menaçant ruine refusait de fournir la caution *damni infecti*, le prêteur rendait un premier décret

aux termes duquel le voisin était envoyé en possession *custodiæ causa* (L. 3, § 23 de *adq. vel amitt. poss.* D. XLI, 2) et si la *contumacia* du défendeur se prolongeait, le préteur rendait un second décret par lequel il donnait au voisin l'ordre de posséder *cum animo sibi rem habendi*. Ce n'était qu'à partir de ce second décret que le voisin acquérait l'*in bonis* de la maison *ruinosa*. Les conséquences de l'attribution de l'*in bonis* sont tirées dans les textes, ainsi l'usucapion (1), et en cas de perte de la possession, l'action publicienne (2).

III. *Adjudicatio judicio imperio continenti*. — Lorsqu'une *adjudicatio*, c'est-à-dire une attribution de propriété faite par le juge dans un procès réel sur l'une des trois actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, et *finium regundorum*, intervenait à la suite d'un *judicium imperio continens*, elle mettait seulement la chose *in bonis* de l'adjudicataire. Cela résulte du § 47 fr. Vatic. que nous avons déjà rencontré en parlant du *dominium ex jure Quiritium*, et de la loi 44, § 2, D. X, 2, *familiæ erciscundæ*. Il est à croire que cette différence dans les effets de l'*adjudicatio* était un vestige de l'époque où la sollicitude de la loi s'étendait exclusivement à ce qui était romain et où l'instance devait avoir lieu sur le sol romain.

IV. *Sublucatio arborum*. — Quand un arbre s'é-

(1) L. 8, pr., *De Damn. inf.* D. (39.2). — L. 15, § 16, § 28. H. t. D. Seulement les compilateurs du *Digeste* ont remplacé l'usucapion par la *longi temporis prescriptio*.

(2) L. 18, § 18. *De Damn. inf.* D. (39.2).

tendait au-dessus du bâtiment du voisin, le voisin avait droit d'en demander la suppression; et si le propriétaire de cet arbre s'y refusait, le préteur envoyait le voisin en possession de l'arbre, afin qu'il l'abattît lui-même, et celui-ci acquérait l'*in bonis* sur cet arbre. « *Quæ arbor ex ædibus tuis in ædes illius impendet, si per te stat quominus eam adimas, tunc quominus illi eam arborem adimere, sibi que habere liceat, vim fieri veto.* » (L. 1, pr. *De arboribus cadendis*, D. XLIII, 27.)

De même, si les branches d'un arbre s'étendaient au-dessus du champ voisin, le propriétaire du champ pouvait demander que ces branches fussent coupées, et si le propriétaire de l'arbre s'y refusait, le préteur autorisait le voisin à y procéder lui-même, et il obtenait encore l'*in bonis* sur les branches qu'il avait ainsi coupées (1).

TROISIÈME CLASSE de causes d'acquisition de l'*IN BONIS HABERE*. Modes créés par des sénatus-consultes et des constitutions impériales.

1. Restitution d'un fidéicommiss universel ex *senatusconsulto Trebelliano*.

Nous avons vu que le legs *per vindicationem* faisait acquérir le *dominium ex jure Quiritium*; le fidéicommiss au contraire ne produisait jamais qu'une simple obligation de restituer à la charge du fiduciaire (2).

(1) L. 1, § 7. *De Arborib. cad.* D. (43.27).

(2) Paul. Sent. IV. *De Fidei.* § 18.

Lorsque le fidéicommiss était universel, la restitution avait lieu de deux manières différentes :

a. De la même manière que pour le fidéicommiss particulier, *re ipsâ*, par l'emploi d'un mode qui conférait sur chaque chose isolément le *dominium ex jure Quiritium* au fidéicommissaire. La restitution pouvait parfois produire l'*in bonis esse*, mais par accident et lorsqu'on avait employé la tradition à l'occasion d'une *res mancipi*; nous retompons alors dans le premier cas d'acquisition du domaine prétorien.

b. *Verbo, per epistolam, vel per nuntium*, c'est-à-dire par simple convention passée entre présents ou absents (1). La restitution s'effectuait en bloc par l'accord commun des parties, et la convention conférait immédiatement l'*in bonis* au fidéicommissaire sur tous les objets compris dans le fidéicommiss, exception unique au principe général du droit romain d'après lequel la convention n'était pas translatrice de propriété (2). Il fallait pour cela deux conditions réunies : 1° que le fidéicommiss fût universel ; 2° que l'héritier fiduciaire eût déclaré restituer l'hérité en vertu du sénatus-consulte Trébellien. Il n'était pas nécessaire, pour que l'*in bonis* appartint au fidéicommissaire, qu'il eût pris possession du fidéicommiss, pas plus que pour le *bonorum possessor* ou le *bonorum emptor* (3).

Il reste à rechercher pour quels motifs l'*in bonis* ne résultait de la convention de restituer le fidéicom-

(1) L. 37. Pr. *Ad sc. Trebell.* D. (36.1).

(2) C. 20. C. J. *De Pactis* (2.3). Diocl. et Maxim.

(3) L. 63, pr. *Ad sc. Trebell.* D.

mis que si elle était effectuée en vertu du sénatus-consulte Trébellien. Pour cela, il est indispensable de constater la filiation historique du droit en matière de restitution du fidéicommiss universel.

Avant le sénatus-consulte Trébellien, la règle était que, nonobstant la restitution des choses comprises dans le fidéicommiss, le fiduciaire restait héritier en droit civil; en conséquence toutes les actions tant actives que passives *dabantur ei et in eum* (1). C'était au moyen de stipulations réciproques, les stipulations *emptæ et venditæ hæreditatis*, que l'on reportait sur le fidéicommissaire les émoluments et les charges du fidéicommiss universel. Sous le sénatus-consulte Trébellien, le fidéicommissaire est *loco hæredis*, les actions directes continuent bien nominalemeut d'appartenir au fiduciaire et sont données contre lui, mais en réalité, en fait, ces actions sont paralysées par l'exception *restitutæ hæreditatis*, et le fidéicommissaire y est soumis ou les exerce sous le nom d'actions utiles (2). On comprend dès-lors que puisque le fidéicommissaire était soumis aux poursuites des créanciers de la succession dès que l'hérédité lui avait été restituée par convention en vertu du sénatus-consulte Trébellien, il fallait de toute nécessité lui accorder un droit irrévocable sur les biens, de façon qu'il fût à l'abri de l'insolvabilité du fiduciaire. Dans la législation antérieure au sénatus-consulte Trébellien, comme dans le sénatus-consulte Pégasien, le même danger et

(1) L. 7, § 10. *De minorib. XXV annis*. D. (4.4). — L. 88, § 1. *De hæred. instit.* D. (28.5).

(2) G. II, 253.

par suite le besoin d'y porter remède n'existaient pas; les créanciers ne pouvaient agir que contre le fiduciaire, et le fidéicommissaire qui n'avait pas obtenu la restitution du fidéicommissis pouvait repousser le fiduciaire qui voulait recourir contre lui, avant d'avoir restitué, par l'exception de dol.

II. *Addictio bonorum libertatum conservandarum causâ*. — Quand un testament contient des affranchissements, et que par suite de l'insolvabilité du défunt, personne ne se présente pour recueillir sa succession, afin d'éviter à sa mémoire l'infamie qui résultait de la *bonorum venditio*, et en même temps pour maintenir les affranchissements, un rescrit de l'empereur Marc-Aurèle avait décidé que le magistrat pourrait attribuer (*addicere*) le patrimoine du défunt, soit à l'un des esclaves désignés dans le testament, soit même à un étranger (1), pourvu qu'il donnât caution de payer toutes les dettes et de maintenir les affranchissements contenus dans le testament (2).

Les textes assimilent cette succession universelle à la *bonorum possessio* (3), et celui qui aura obtenu du magistrat l'attribution de la succession acquerra seulement l'*in bonis*, le *nudum jus Quiritium* subsistant toujours sur la tête du défunt.

(1) Papinien. L. 50, § 1. D. *De Manum. testam.* (40.4). — Gordien. C. 6. C. J. *De testam. Manum.* (7.2).

(2) Inst. Just. *De eo cui libert. caus. bona addic.* (III. 11).

(3) Ulp. L. 4, § 21. D. *De Fideic. Libert.* (40.5). L. 3. D. *Eod. Tit.*

§ II. Des effets de l'*IN BONIS ESSE*.

Ces effets constituent des avantages ou des désavantages pour le titulaire de l'*in bonis esse*.

A. *Avantages*. — Les avantages de la propriété prétorienne se rapportent à trois points : 1° les droits élémentaires dont se compose la propriété ; 2° la transformation en *dominium ex jure Quiritium* par l'usucapion ; 3° les garanties qui la protègent.

1° Tous les droits élémentaires dont la réunion forme le droit complexe de propriété, le *jus fruendi*, le *jus utendi* et le *jus abutendi* sont compris dans l'*in bonis esse*, le titulaire de ce droit a tous les avantages du propriétaire sans en avoir le titre.

Le droit de percevoir les produits de la chose et d'en tirer un service renouvelable lui appartient d'une manière aussi complète que s'il était *dominus ex jure Quiritium*. Il faut remarquer qu'il acquiert sur les produits de la chose le *dominium ex jure Quiritium*, tout comme l'usufruitier sur les fruits, parce que l'un et l'autre ne rencontrent alors aucun obstacle à un droit de propriété complet.

En ce qui concerne l'esclave, le titulaire de l'*in bonis* a seul la puissance dominicale et le droit qui en résulte d'acquérir pleinement tout ce qu'acquiert l'esclave (1). Le *nudum jus Quiritium* était donc beaucoup moins efficace que l'usufruit ou la possession de bonne foi, car l'usufruitier, le possesseur de bonne

(1) G. II, 88. — Ulp. Reg., XIX, 20. — Cp. G. I, 54.

foi acquéraient *ex re sua* et *ex operis servi* (1). L'esclave *in bonis* ne pouvait acquérir en aucune manière pour le titulaire du *nudum jus Quiritium*, et des jurisconsultes allaient jusqu'à décider qu'il en était ainsi alors même que l'esclave aurait stipulé ou figuré dans la mancipation au nom du titulaire du *nudum jus Quiritium* (2).

Si la maison sur laquelle une personne a l'*in bonis habere* est menacée de la chute d'une maison voisine, le propriétaire prétorien a seul qualité pour demander la caution *damni infecti* (3), et la *contumacia* se prolongeant, pour être envoyé en possession et acquérir l'*in bonis* sur la maison; cette acquisition était considérée comme un fruit, une *obventio* (4).

Le titulaire de l'*in bonis* a également le *jus abutendi*, le droit de faire de la chose un usage définitif et irrévocable, seulement il ne peut l'aliéner que par des modes du droit des gens (G. II, 222).

Il faut rattacher à ce droit le pouvoir qu'il a d'affranchir l'esclave (5), et celui d'hypothéquer la chose. On comprend que l'hypothèque étant, comme l'*in bonis*, une création du droit prétorien, le préteur ait admis la validité de l'hypothèque consentie par celui qui était propriétaire d'après le droit prétorien, bien qu'il ne pût se dire *dominus* d'après le droit civil. Et la rédaction ordinaire de la formule de l'action

(1) G. II, 91. — III, 164.165.

(2) G. III, 166.

(3) L. 18, pr. D. De Damn. inf. (39.2).

(4) Arg. L. 7, § 1. De Usuf. et quemadmodum. D. (7.1).

(5) Dosithée. Disput. forens. § 11.

quasi-servienne n'avait même pas besoin d'être modifiée, car la question soumise au juge n'était pas de rechercher si le débiteur était *dominus*, mais seulement s'il avait la chose *in bonis* au moment du pacte d'hypothèque (1). On peut croire que la loi 18, *de Pignoribus et hypothecis* (D. XX, 1), se réfère à cette hypothèse aussi bien qu'à celle de la possession de bonne foi, le seul cas d'application qui lui resta sous Justinien, après que cet empereur eut rétabli l'unité de la propriété.

2° L'*in bonis habere* se transforme en *dominium ex utroque jure* par l'usucapion (2). Lorsque le préteur eut attaché cet effet à la propriété prétorienne, l'usucapion eut alors deux cas d'application bien distincts. Elle s'opérait d'abord quand, de bonne foi, on avait reçu une chose d'une personne qui n'en était pas propriétaire, et son effet consistait à transformer la possession en un droit de propriété. Dans ce cas, l'usucapion était applicable aux *res mancipi* ou *nec mancipi*, et remédiait à l'irrégularité de l'acquisition quant au fond du droit ; dans l'autre, spécial aux *res mancipi*, elle corrigeait l'irrégularité de l'aliénation quant à la forme.

Je crois que l'*in bonis* se transformait aussi accidentellement en *dominium ex jure Quiritium*, lorsque celui qui avait le *jus nudum* abdiquait son droit. Le *nudum jus Quiritium* est en effet un droit beaucoup moins efficace, moins énergique que l'usufruit ;

(1) L. 18, § 1. D. *De Pignorib.* (20.1).

(2) G. II, 41 et 42.

et comme l'extinction de l'usufruit a pour résultat de reconstituer la pleine propriété, il nous semble qu'il en doit être de même quand le *nudum jus* a été abdiqué; autrement on arriverait à cette situation bizarre d'une chose qui serait *dans les biens* d'une personne, sans qu'un autre ait sur cette chose le *nudum jus Quiritium*. (Puchta, *Inst.*, § 236.)

3° Le titulaire de l'*in bonis* avait divers moyens de procédure à sa disposition pour assurer la protection de sa propriété; en défendant, une exception; en demandant, une action prétorienne analogue à la revendication, l'action Publicienne, munie au besoin d'une réplique, ou d'autres actions, lorsque l'acquisition était à titre universel.

Exception. L'usucapion demandait un espace de temps pendant lequel l'acquéreur était en butte aux réclamations du *dominus ex jure Quiritium* ou de ses ayants-cause. Le préteur lui accorda l'*exceptio doli*; grâce à ce secours, le titulaire de l'*in bonis* pouvait, avant même que l'usucapion fût accomplie, repousser la revendication du propriétaire suivant le droit civil; mais dans des cas nombreux cette exception devenait insuffisante, car elle n'était donnée que contre l'auteur du dol ou ses ayants-cause à titre universel (1). Si donc le propriétaire avait ensuite mancipé ou cédé *in jure* la chose à un tiers, ce tiers, qui avait ainsi acquis le *dominium ex jure Quiritium*, pouvait revendiquer entre les mains du

(1) L. 2 pr. et § 1. D. *De dol. mal. et met. except.* (44.4).

propriétaire prétorien, et, s'il était de bonne foi, il ne pouvait être repoussé par l'exception *doli*.

Le secours prétorien était encore inefficace lorsque le *dominus ex jure Quiritium* était le patron ou l'ascendant du propriétaire prétorien, ou lorsque sa position sociale commandait d'avoir pour lui des ménagements; car on ne pouvait alors opposer à ces personnes des exceptions qui, *doli vel fraudis habentes mentionem*, auraient eu pour résultat, en cas de succès, d'entraîner l'infamie contre celui qui succombait (1). Le préteur délivrait alors une action *in factum concepta*, dont la rédaction variait suivant la cause productrice de la propriété honoraire; ainsi, quand il y avait eu vente suivie de tradition d'une *res mancipi*, c'était l'exception *rei venditæ et traditæ*; si, au lieu d'une vente, on suppose une donation, c'était l'exception *rei donatæ et traditæ*; quand il y avait *bonorum possessio contra tabulas* accordée au fils émancipé omis dans le testament paternel, l'exception *in factum*, opposée à la pétition d'hérédité, et correspondant à l'exception *rei venditæ* ou *donatæ et traditæ*, dans l'hypothèse de la tradition appliquée à une *res mancipi*, était ainsi conçue: *Si non contra tabulas bonorum possessio filio dari potest* (2). L'exception *rei venditæ* ou *donatæ et traditæ*, accordée par le préteur dans l'hypothèse primitive de la tradition d'une *res mancipi*, fut très-

(1) L. 4, § 16. D. De dol. mal. et met. except. (44.4) — L. 11, § 1. D. De dol. mal. (4.3). — L. 5, § 1. D. De obseq. patr. et par. prest. (37.15).

(2) Marcien. l. 18. De bon. poss. cont. tab. D. (37.4).

probablement empruntée à la théorie de la *bonæ fidei possessio*, qui a dû précéder celle de l'*in bonis habere*, et à raison de sa fréquence dès les premiers temps, éveiller de bonne heure l'attention du législateur.

Action. — L'exception suffisait bien au propriétaire prétorien tant qu'il conservait la possession, mais s'il venait à la perdre avant que l'usucapion fût accomplie, quel moyen lui restait-il de la recouvrer? Evidemment une action lui était nécessaire. Lorsque l'acquisition de l'*in bonis* avait eu lieu à titre particulier, l'action accordée par le préteur était l'action *Publicienne* (1), du nom du préteur Publicius, qui l'avait inventée à peu près à l'époque de Cicéron. Voici, d'après Gaius, comment était rédigée l'*intentio* dans la formule de la *Publicienne* : *Si quem hominem Aulus Agerius emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret...* (2). Cette action est fictive, car elle contient une fiction, elle suppose accomplie l'usucapion qui n'est pas encore réalisée. Il est à croire que cette action a été originairement introduite pour protéger l'*in bonis habere* au profit de l'*accipiens* d'une *res mancipi a domino*; quant à celui qui, de bonne foi, a reçu *a non domino* une *res mancipi* ou *nec mancipi*, on le favorise assez en lui accordant la faculté d'usuca-

(1) Voy. en ce sens. MM. Ortolan, *Expl. historiq. des Inst.* III, n° 2074. — Demangeat, *Op. cit.* II, p. 501. — Pellat, *Propriété et Usufruit*, p. 435.

(2) G. IV, 36.

per au bout d'un an ou de deux ans de possession. Dans la formule que donne Gaius, il n'est pas question de *non dominus* ni de *bona fides*. Toutefois le texte de l'Edit qui nous a été conservé au Digeste contient les mots *non a domino* : « *Si quis id quod traditur ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo* » (1). Si les mots *non a domino* sont les seuls qui ne soient pas commentés dans la suite du titre, on ne peut en conclure pour cela qu'ils ont été ajoutés par les compilateurs du Digeste, car Ulpien (l. 7, § 11, *hoc tit. D.*) nous apprend que le préteur disait : « *Qui bona fide emit,* » c'est-à-dire qu'il supposait nécessairement l'absence de propriété chez le vendeur.

On peut dire toutefois que les mots *non a domino* ou *bona fide* ne se trouvaient pas dans l'Edit du préteur Publicius, et que c'est une addition faite par ses successeurs (2). La Publicienne reposant sur une fiction d'usucapion, et celui-là seul pouvant usucaper qui a commencé à posséder, il en résultait que celui qui avait l'*in bonis habere* ne pouvait intenter la Publicienne que lorsqu'il avait perdu la possession (3). La loi 12, § 1, *de Publ. in rem actione* (6.2), qui est ainsi conçue : « *Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana* », suppose une action Publi-

(1) L. 1, pr. *De Publ. in r. act.* D. (6.2).

(2) M. Demangeat. *Cours.* II, p. 502. Cp. Ducaurroy. *Inst. expliq.* II, n° 1189.

(3) l. 25. *De usurp. et usuc.* D. (41.3). — L. 2, l. 12 § 7, *De Publ. in r. act.* D. (6.2). — Cp. M. Demangeat. *Cours.* II, p. 501 et 505.

cienné déjà née dans la personne du défunt et transmise au successeur prétorien (1). Quoi qu'il en soit d'ailleurs de l'application première de la Publicienne, il est certain qu'à l'époque classique elle s'appliquait non-seulement à l'*in bonis habere*, mais encore à la *bonæ fidei possessio*. Il y a même des auteurs qui pensent que la Publicienne ne s'appliquait que dans ce dernier cas, et qui cherchent pour l'*in bonis habere* une autre action réelle qu'ils ne peuvent préciser.

Les uns ont imaginé que le préteur protégeait la propriété prétorienne au moyen de la *petitoria formula*, qui aurait constitué une sorte de revendication du droit des gens. L'*intentio*, dit-on, était alors *rem suam esse*, et non *rem suam esse ex jure Quiritium*. Gaius (IV, 92) s'exprime en effet ainsi : *Petitoria formula hæc est qua actor intendit rem suam esse*. Et plus loin, en rapportant les termes de la *sponsio*, il dit au contraire : *Provocamus adversarium tali sponsione : si homo, quo de agitur, ex jure Quiritium meus est?*... On ajoute, dans cette opinion, que si certains textes (Gaius, IV, 41 : « Si paret hominem *ex jure Quiritium* Auli Agerii esse. » — Cic., *in Verrem*, II, 12 : « Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, *ex jure Quiritium* P. Servilii esse ») présentent la *petitoria formula* avec les mots *ex jure Quiritium*, ces mots ne sont point essentiels dans l'*intentio*, et cette mention se réfère au cas où le *dominus ex jure Quiritium* employant la

(1) L. 7, § 9. *De Pub. in r. act.* D. — Cp. G. II, 222.

formula petitoria, ajoutait à l'*intentio* les mots *ex jure Quiritium* (1).

D'autres auteurs partent de cette idée que l'*in bonis habere* était protégé par un système d'actions fictices, et que la même variété qui existait dans les causes d'acquisition de cette propriété se rencontrait dans les actions qui la garantissaient. Ainsi le *bonorum possessor*, le *bonorum emptor*, le fidéicommissaire universel, à qui le fiduciaire a déclaré restituer l'hérédité en vertu du sénatus-consulte Trébellien, celui *cui hæreditas addicta est libertatum conservandarum causa*, peuvent intenter une action fictice où on leur suppose la qualité d'héritier. Pour le cas où une personne a acquis par simple tradition une *res Mancipi*, ces auteurs supposent que la fiction portait sur l'accomplissement de la mancipation. La formule devait être à peu près conçue en ces termes : *Si quem fundum Aulus Agerius emit, quique ei traditus est, Mancipio accepisset, tum si eum fundum, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret, etc.* (2).

Le premier système est condamné par les textes, car dans les actions *in rem*, les expressions *meum, tuum*, même sans la qualification *ex jure Quiritium*, désignent toujours le *dominium ex jure Quiritium*. C'est ce qui résulte du passage suivant de Gaius :

(1) Hugo. *Manuel de l'Histoire du droit romain*, p. 437. — De Vangerow. *Lehrbuch*, I, p. 622.

(2) Unterholzner. *Rheinisches Museum*, I, p. 139.141; — V. p. 17. — Schilling. *Manuel des Instituts*, II, § 174. — Mühlenbruch. *Édit. des Antiquitates romanæ Heineccii*, p. 362.

« *Quum bonorum possessor prætorio jure succedat in locum defuncti, non habet directas actiones et neque id quod defuncti fuit potest intendere suum esse neque, etc.* » (1). C'est donc que les mots *tuum, suum esse* s'appliquent exclusivement à la chose dont on a le *dominium ex jure Quiritium*. Enfin, si les mots *ex jure Quiritium* manquent dans le texte de Gaius sur la *petitoria formula*, c'est qu'il était inutile de donner la formule complète pour faire sentir la différence de l'*intentio in rem* et de l'*intentio in personam*.

La seconde opinion, qui admet bien pour notre cas une action fictive prétorienne, mais qui fait porter la fiction sur l'accomplissement de la mancipation, n'est favorisée, même indirectement, par aucun texte. Tout le monde reconnaît que si le *bonæ fidei possessor* perdait la possession avant l'expiration du temps de l'usucapion, le préteur venait à son secours en feignant que son usucapion commencée, mais non achevée, s'était accomplie avant la perte de la possession. Pourquoi la fiction admise dans le cas où l'usucapion suppléait le défaut de qualité chez l'aliénateur n'aurait-elle pas été employée pour le cas où elle remplace des formalités omises ? Dans l'un ou l'autre cas, l'obstacle à la propriété civile se trouve dans un laps de temps qui n'est pas encore accompli.

Maintenant que nous connaissons les garanties au moyen desquelles le préteur protégeait l'*in bonis habere*, nous avons à voir comment elles fonction-

(1) G. Comm. IV, 34.

naient; nous supposons d'abord que le titulaire de l'*in bonis* joue le rôle de défendeur, nous étudierons ensuite l'hypothèse où il se porte demandeur.

a. Le propriétaire prétorien est en possession; le titulaire du *nudum jus Quiritium* peut revendiquer, mais le propriétaire prétorien peut faire ajouter *in jure* à la formule de la revendication l'*exceptio doli* ainsi conçue : « *Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat* » (1), ou une *exceptio in factum*; et si la question posée dans l'exception est affirmativement résolue par le juge, le propriétaire suivant le droit civil perdra son procès.

L'acquéreur par tradition d'une *res mancipi* l'emportera donc toujours sur le titulaire du *nudum jus Quiritium*. Cependant, dans un cas spécial, lorsque la donation qui servait de cause à la tradition dépassait le taux de la loi Cincia (année 550 de la fondation de Rome), et qu'elle était intervenue *inter personas non exceptas*, le donateur ou son ayant-cause pouvait paralyser l'exception *rei donatæ et traditæ* par la *replicatio legis Cinciae* ainsi conçue : « *Si non contra legem Cinciam donatum est.* » Mais ce résultat tenait à un principe spécial étranger à notre matière, et qui n'avait aucun rapport avec la théorie de la mancipation.

b. Le propriétaire prétorien a perdu la possession; il peut alors intenter l'action Publicienne pour se faire remettre en possession. S'il agit contre un tiers sans titre, il triomphera sans difficulté; mais s'il agit

(1) G. IV, 119.

contre le *dominus ex jure Quiritium*, celui-ci lui opposera l'exception *justi dominii* : « *Si ea res possessoris non sit* » (1). Mais le demandeur aura à titre de réplique les exceptions *doli* et *rei venditæ et traditæ*, la première seulement contre le *tradens*, la seconde contre tous les ayants-cause. Il faut toujours excepter l'hypothèse particulière de la loi *Cincia*; la *replicatio doli* serait alors paralysée par la *duplicatio legis Cinciae*, et l'issue du procès favorable au donateur.

Indépendamment de l'action Publicienne, d'autres actions fictives garantissaient l'*in bonis habere* lorsque l'acquisition avait lieu à titre universel; mais la fiction n'est plus celle de l'usucapion accomplie, et ces actions peuvent être intentées par les successeurs prétoriens avant même qu'ils soient entrés réellement en possession. En effet, le *bonorum possessor*, l'acheteur des biens d'un insolvable mort, le fidéicommissaire universel, étaient assimilés à des héritiers, ils étaient *heredum loco*. Le préteur n'avait pas seulement à les protéger quant aux choses qu'ils avaient *in bonis*, mais pour tout ce qui composait la fortune qui leur était transmise, droits réels et créances; dans ce but, il les supposait héritiers et il leur accordait toutes les actions, tant *in rem* qu'*in personam*, de leur auteur, en en modifiant la formule suivant cette fiction.

Le *bonorum possessor*, nous dit Gaius, IV, 34, succédant au défunt d'après le droit prétorien et non d'après le droit civil, n'avait pas l'action directe, et

(1) L. 16 et 17. D. De Publ. in rem. act. (6.2).

il ne pouvait pas prétendre que ce qui était au défunt lui appartenait *ex jure Quiritium*. Voici comment était conçue la formule de l'action *in rem* : *Si Aulus Agerius Lucio Titio heres esset, tùm si fundum, de quo agitur, ex jure Quiritium ejus esse oporteret* (1).....

Dans le cas de *bonorum venditio*, le préteur employait le même procédé; il supposait fictivement au *bonorum emptor* la qualité d'héritier (2) lorsque le débiteur insolvable était décédé. Mais lorsque la vente avait lieu du vivant du débiteur, il délivrait une autre action fondée sur l'idée d'un mandat d'agir donné par l'insolvable; en conséquence la formule présentait la même rédaction que l'action donnée à celui qui agissait au nom d'autrui; l'*intentio* était conçue au nom du mandant et la *condemnatio* au nom du mandataire (3). Cette action ne pouvait évidemment, à raison du mandat qui en formait la base, être accordée que si l'insolvable était vivant, car le mandat cessant par la mort du mandant, il eût été contraire aux principes du mandat de supposer le *bonorum emptor* mandataire du défunt. Ces deux actions étaient désignées par les noms des préteurs qui les avaient introduites, la première était appelée action Servienne, la seconde se nommait action Rutilienne.

De même, en vertu du sénatus-consulte Trébellien, le préteur donne au fidéicommissaire universel des actions utiles comme s'il était héritier : *Prætor utiles*

(1) Cp. Ulp. Reg. XXVIII, § 12.

(2) G. IV, 38.

(3) G. IV, 86.

actiones ei et in eum qui recepit hereditalem, quasi heredi et in heredem, dare cepit; eæque in edicto proponuntur (1).

Enfin celui au profit de qui était prononcée l'*addictio hereditatis libertatum conservandarum causa* avait aussi des actions utiles (2).

B. Désavantages.

1° Le titulaire de l'*in bonis* ne pouvait transmettre sa propriété que par des modes du droit des gens. Ainsi il ne pouvait employer ni la *mancipatio*, ni l'*in jure cessio* qui impliquent, par la formule que doit prononcer l'acquéreur la transmission de la propriété *ex jure Quiritium*. Il ne pouvait pas davantage user du *legs per vindicationem*, car ce legs confère au légataire la propriété quiritaire et la *rei vindicatio*. (G., II, 196.) Le *legs per vindicationem* d'une chose *in bonis testatoris* fut d'abord radicalement nul, mais depuis le sénatus-consulte Néronien, il valut comme *legs per damnationem* et procura au légataire une action personnelle, l'action *ex testamento* contre l'héritier (3).

Le *legs per præceptionem* pouvait-il être employé? Les deux écoles de juriconsultes considéraient diversement cette forme de legs. Les Proculiens n'y voyaient qu'un *legs per vindicationem*, ils considéraient la particule *præ* comme une superfétation et lisaient la disposition : « *Titius fundum Cornelianum præcipito* » comme si elle eût porté *capito*

(1) G. II, 283.

(2) L. 4, § 21. *De Fideic. libert.* D. (40.8).

(3) G. II, 197. — Ulp. Reg. XXIV, § 7 et 11.

sans distinguer si elle s'adressait à un héritier ou à un tiers.

Les Sabinien, au contraire, lisaient la disposition comme elle était écrite, sans rien effacer; ils concluaient de cette expression *præ capere* que ce legs ne pouvait être fait qu'à l'un des héritiers et qu'il n'avait d'autre effet que d'autoriser le juge qui faisait le partage en vertu de l'action *familia erciscundæ* à adjuger par préciput la chose à l'héritier légataire. Il n'y avait pas à se préoccuper dans cette opinion du point de savoir si le testateur avait la propriété civile ou prétorienne de la chose ainsi léguée; seulement, lorsque le testateur avait la chose *in bonis*, l'*adjudicatio* devait se faire *judicio imperio continenti*. Les Proculien distinguèrent: Si le legs était fait au profit d'un *extraneus*, il valait comme legs *per damnationem* en vertu du sénatus-consulte Néronien; s'il s'adressait à un héritier, ils décidaient que le légataire acquérait l'*in bonis* par l'*adjudicatio* que faisait le juge de l'action *familia erciscundæ* (1).

Ainsi, tandis que le *dominus ex jure Quiritium* peut directement conférer à son légataire la propriété civile, celui qui a seulement *in bonis* la chose léguée ne peut pas directement investir son légataire de la propriété prétorienne.

En ce qui touche les servitudes personnelles ou réelles, comme elles ne pouvaient être établies *ipso jure* que par des modes du droit civil, le titulaire de l'*in bonis* ne pouvait les constituer qu'en droit pré-

(1) G. II, § 221 et 222.

torien au moyen de la quasi-tradition, toutefois ce moyen ne pouvait s'appliquer aux servitudes réelles négatives; on avait aussi la ressource des pactes accompagnés de stipulations, expédient imaginé d'abord pour les fonds provinciaux et qui fut par la suite employé pour le sol italique.

2° Celui qui avait l'*in bonis* sur un esclave, ne pouvait par l'affranchissement le rendre citoyen romain, mais seulement Latin Junien en vertu de la loi Junia Norbana (1), pourvu toutefois que cet esclave ne fût pas au nombre de ceux qu'indiquait la loi *Alia Sentia* (2), et qui, à cause des châtimens infamans qu'ils avaient subis, étaient, au cas d'affranchissement, assimilés aux *peregrini deditii* (3).

Droits de celui qui conserve le *nudum jus Quiritium*. — Ses prérogatives étaient les suivantes :

1° Il avait la *rei vindicatio*, mais le propriétaire prétorien la paralysait par les exceptions *doli* ou *rei venditæ* et *traditæ*; toutefois elle conservait son efficacité quand elle était intentée contre le tiers possesseur qui n'avait pas la chose *in bonis*.

2° Lorsque le titulaire de l'*in bonis* affranchissait l'esclave impubère sans le concours du propriétaire suivant le droit civil, la loi Junia Norbana, par une disposition expresse, attribuait la tutelle à celui qui conservait le *nudum jus Quiritium* (4); les biens seuls du Latin Junien appartenaient au *manumissor*.

(1) Ulp. Reg. I, § 16.

(2) G. I, 13.

(3) G. I, 15.

(4) Ulp. Reg. XI, 19. — G. I, 167.

Il faut chercher le motif de cette règle dans l'idée que l'esclave affranchi dans ces conditions restait originairement toujours esclave en droit, et continuait de figurer dans le patrimoine de celui qui avait sur lui le *dominium ex jure Quiritium*; car le préteur maintenait l'esclave dans une liberté de fait (1).

La loi Junia Norbana le déclare bien libre, mais elle respecte encore cette ancienne idée en attribuant à son maître officiel la partie honoraire dans le patronat de cet affranchi, c'est-à-dire la tutelle; et d'autre part elle considère l'affranchi comme esclave au moment de sa mort et attribue ses biens *jure quodammodo peculii* à l'ancien propriétaire prétorien (2).

Si le *dominus ex jure Quiritium* avait concouru à l'affranchissement, il est probable dans ce cas-là qu'il n'aurait pas eu la tutelle.

Quant à l'acte par lequel le titulaire du *nudum jus Quiritium* aurait voulu affranchir l'esclave, il ne pouvait rendre l'esclave même Latin Junien, autrement il aurait porté atteinte aux droits du propriétaire prétorien. Quelle en était donc la conséquence?

Des auteurs ont dit que le *dominus ex jure Quiritium* ne faisait qu'abdiquer son droit, sans que l'*in bonis* se complétât. Suivant nous, il faut repousser cette manière de voir qui a pour résultat de créer une anomalie contraire à la raison et qui ne peut d'ailleurs invoquer aucun texte à l'appui, et décider que le titulaire de l'*in bonis* devenait alors *dominus ex utroque*

(1) G. III, § 86. — Dosithee. *Disput. forens. de manum*, § 8.

(2) G. III, 86.

jure, de même que la propriété redevenait pleine lorsque l'usufruitier renonçait à son droit.

En définitive le *nudum jus Quiritium* ne produisait plus que des effets assez insignifiants; il n'était plus qu'une gêne et une entrave de la théorie, car dans ses effets pratiques, les efforts du préteur l'avaient complètement annihilé.

§ III. Comparaison de l'*IN BONIS ESSSE* et de la *BONA FIDEI POSSESSIO*.

Les procédés au moyen desquels le préteur garantissait la *bonae fidei possessio* ont été employés par lui pour protéger l'*in bonis habere*.

Dans les deux cas, la personne peut arriver au *dominium ex jure Quiritium* par l'usucapion, invoquer la *longi temporis praescriptio* contre les droits réels autres que la propriété, et, pour défendre sa situation, elle peut user des interdicts possessoires et de l'action Publicienne. Voilà des caractères communs aux deux institutions, mais il y avait des différences plus nombreuses.

1° La *bonae fidei possessio* est l'état de celui qui a reçu *a non domino ex justa causa* une chose qu'il croyait appartenir au *tradens* au moment où il en a reçu la livraison; c'est un fait auquel la loi attache certains avantages juridiques.

L'*in bonis habere* est la situation juridique de celui qui, ayant traité *cum domino ex justa causa*, n'a cependant acquis à raison de la nature du mode

employé qu'une propriété innommée et de droit des gens, au lieu de la propriété civile. Celui qui avait une chose *in bonis* en était réellement propriétaire sauf le nom, l'*in bonis esse* ne suppose pas nécessairement la possession.

2° Le *bonæ fidei possessor*, qu'il soit défendeur ou qu'il se porte demandeur, succombe lorsqu'il se trouve en présence du *dominus*; au contraire, le titulaire de l'*in bonis* l'emporte toujours sur celui qui a le *nudum jus Quiritium* (1). En défendant, le *bonæ fidei possessor* ne peut repousser le *dominus* par une exception, parce que le fait d'un tiers ne peut dépouiller le propriétaire de son droit.

Au contraire, le titulaire de l'*in bonis* aura, dans le même cas, l'exception *doli* ou *rei venditæ et traditæ* au moyen de laquelle il paralysera la revendication intentée par le *dominus ex jure Quiritium* ou son ayant-cause. L'équité le veut ainsi; car si on écarte les principes formalistes et artificiels du vieux droit quiritaire, le droit de la personne qui avait une chose dans ses biens, parce qu'elle avait traité *cum domino*, devait prévaloir contre le droit du propriétaire civil, la bonne foi interdisant à celui-ci de porter lui-même atteinte, au mépris de la convention, à une situation dont il était l'auteur.

En demandant, le *bonæ fidei possessor* succombera dans l'exercice de la Publicienne contre le *dominus*, si celui-ci a soin de faire insérer dans la formule

(1) Cp. M. Machelard. *Textes de droit romain*, 1856, p. 140, note 1.

l'exception *justi domini*, parce que à raison de la manière dont est formulée l'*intentio* : « *Si anno possedisset, tum, si ex jure Quiritium fundum Cornelianum A. Agerio esse oporteret...* » le juge n'a pas d'autre question à examiner que celle de savoir si, on supposant le délai de l'usucapion expiré, le demandeur ne serait pas propriétaire ; ce qui aurait lieu dans le cas particulier ; et comme le défendeur ne peut invoquer devant le juge qu'une prétention qui soit la contradiction directe de l'*intentio*, ce qui n'aurait pas lieu, le propriétaire actuel succomberait. Au contraire, s'il fait insérer l'exception *justi domini* dans la formule de la Publicienne, la condamnation du défendeur se trouve subordonnée à une double condition : 1^o Le demandeur serait-il propriétaire en supposant le délai d'un an ou de deux ans accompli ? 2^o Le défendeur n'est-il pas actuellement propriétaire ?

Lorsque la Publicienne était intentée par le titulaire de l'*in bonis esse*, elle ne pouvait être arrêtée par l'exception *justi domini*, car la *replicatio doli* ou *rei venditæ et traditæ* venait la paralyser.

3^o Lorsqu'un possesseur de bonne foi intente la Publicienne contre un autre possesseur de bonne foi, pour savoir qui doit l'emporter, il faut faire une distinction : Ont-ils traité *cum eodem non domino*, c'est celui qui a été mis en possession le premier qui doit l'emporter, car le second n'a pu acquérir plus de droits que son auteur, et le premier *accipiens* pouvait lui enlever la possession. Ont-ils traité au contraire *cum diversis non dominis*, il n'y a aucune raison de dépouiller le possesseur actuel, telle est du

moins la doctrine de Julien et d'Ulpien (1), car le Procullien Noratius donne la même solution que dans le premier cas (2).

Il est évident, au contraire, que si le titulaire de l'*in bonis* est en lutte avec un *bonæ fidei possessor*, il doit toujours l'emporter, car il est propriétaire.

4° Celui qui a la *bonæ fidei possessio* garde les fruits perçus, consommés ou non, jusqu'à la *litis contestatio*; car je crois que ce n'est que depuis Dioclétien que la distinction des fruits consommés et des fruits exstants s'est introduite dans le droit romain en ce qui concerne le *bonæ fidei possessor*; à partir de la *litis contestatio* le *bonæ fidei possessor* ne peut plus avoir droit aux fruits, car la *litis contestatio* l'avertit qu'il peut avoir à restituer la chose.

Quant à celui qui a l'*in bonis*, il acquiert les fruits d'une façon irrévocable.

5° Celui qui a une chose *in bonis* peut la grever d'une hypothèque, et il ne pourra puiser dans sa propriété prétorienne aucune exception pour paralyser l'action hypothécaire. L'action quasi-Servienne ou hypothécaire dérivait en effet de l'édit, et d'après les termes de la formule, le demandeur avait seulement à prouver, pour réussir, que la chose avait été hypothéquée par celui qui l'avait *in bonis* au moment de la convention d'hypothèque (3).

Le *bonæ fidei possessor* pouvait aussi hypothéquer la chose qu'il possédait de bonne foi, mais la

(1) L. 9, § 4. *De Pub. in rem. act.* (6.2).

(2) L. 31, § 2. *D. De Act. empt. et vend.* (19.1).

(3) L. 18, § 4. *D. De pign. et hyp.* (20.1).

rédaotion de la formule hypothécaire était alors modifiée par le prêteur, l'action hypothécaire était donnée *utiliter* parce que le débiteur n'était pas propriétaire; aussi pouvait-il opposer son défaut de propriété contre l'action hypothécaire, mais l'exception était paralysée par la *replicatio doli* (1).

Dans quelques cas particuliers, la *bonae fidei possessio* se rapproche beaucoup de l'*in bonis esse*, le possesseur de bonne foi l'emporte alors sur le *dominus ex jure Quiritium* et à raison de l'identité des résultats on a pu dire qu'il avait alors la chose *in bonis* (2).

Néanmoins il y a toujours cette différence que la possession de bonne foi suppose qu'on a été mis en relation avec un *non dominus*, c'est par le résultat d'événements ultérieurs que la possession se trouve consolidée; au contraire, l'*in bonis habere* suppose qu'on a traité avec le *dominus* lui-même; au moyen de cette distinction il est facile d'éviter la confusion.

Les cas dans lesquels le possesseur de bonne foi a le pouvoir de paralyser la revendication du propriétaire sont au nombre de six; ils ont été énumérés par Cujas (3).

1° Le premier est indiqué par Ulpien (L. 72. *De rei vind.*, D. VI, 1). Celui qui a vendu et livré la

(1) L. 21, § 1, D. *Ibid.* Ulpien. Cp. M. Machelard. *Textes*, 1886, p. 138 à 140, note 1.

(2) Ulpien. L. 4, § 32, D. *De dol. mal. et met. except.* (44.4). — L. 3, D. *De except. rei vend. et trad.* (21.3). Cp. MM. Pellat. *Propriété et Usufruit*, p. 430. — Demangeat. *Cours*, II, p. 804.

(3) Cujacius. *Comm. ad Ill. De Pub. in rem act.*, t. VII, p. 341, 342.

chose d'autrui est devenu par la suite l'héritier du propriétaire. La revendication qu'il intentera contre le possesseur de bonne foi à qui il a livré la chose sera repoussée par l'exception *doli* ou *rei venditæ et traditæ*; si le possesseur de bonne foi avait perdu la possession de la chose, et que cette chose fût précisément rentrée dans les mains du *tradens*, il intenterait contre lui l'action Publicienne, et si celui-ci objectait l'exception *justi domini*, il la paralyserait par la *replicatio doli* ou *rei venditæ et traditæ*.

2° Le propriétaire a intenté la revendication contre le possesseur de bonne foi; celui-ci, après la délivrance de la formule, a perdu la possession, non par dol, mais par faute; il est alors condamné à la valeur de la chose revendiquée d'après l'estimation faite par le juge. S'il a omis d'exiger la cession de la revendication, le prêteur lui accorde la Publicienne, au moyen de laquelle il peut revendiquer la chose entre les mains de tout tiers détenteur, et si le propriétaire, rentré en possession de la chose, lui opposait l'exception *justi domini*, il serait repoussé avec succès par la *replicatio doli*, car il commettrait un dol en voulant conserver une chose dont il a reçu la valeur (1).

3° Titius, qui a donné mandat à Seius de vendre sa chose, révoque le mandat après que Seius l'a vendue à Mævius, mais avant qu'il en ait fait tradition; Seius, le mandataire, ne tient pas compte de la révocation, et, tenu de livrer en vertu de la vente, il exécute l'obligation. Comme la tradition a été effec-

(1) L. 63. Papinien. D. De rei vind. (6.1).

tuée contre la volonté du propriétaire, elle n'a pas transporté la propriété à l'acheteur; mais celui-ci, devenu possesseur de bonne foi, repoussera la revendication de Titius par une exception *in factum* ainsi conçue : « *Si non auctor possessoris ex voluntate petitoris vendidit.* » Si le possesseur de bonne foi intentait l'action Publicienne et que le propriétaire lui opposât l'exception *justi dominii*, il la paralyserait par la même exception opposée comme réplique (1).

Dans ces différents cas c'est un nouveau possesseur de bonne foi qui l'emporte sur le propriétaire; voici une hypothèse où un ancien possesseur de bonne foi triomphe d'un autre possesseur de bonne foi plus récent qui est devenu propriétaire.

4° Un individu qui possède une chose de bonne foi, donne mandat à Primus de la vendre; pendant son absence le mandataire vient à mourir, et ses héritiers se croyant, par une erreur de droit, tenus d'exécuter le mandat donné à leur auteur, vendent et livrent la chose à un tiers de bonne foi, Tertius, qui possède assez longtemps pour en devenir propriétaire par usucapion. Les choses se trouvant dans cet état, le mandant revient et intente contre Tertius la Publicienne; Papinien dit qu'il réussira dans son action, car le préteur ne délivrant l'exception *justi dominii* qu'en connaissance de cause, ne l'accordera pas au possesseur qui a usucapé pendant l'absence du mandant; l'équité et l'édit veulent que l'absent contre lequel une usucapion s'est accomplie, obtienne, dans l'année de

(1) L. 14. Ulplen. D. h. t.

son retour, la *restitutio in integrum* contre l'usucapion de son adversaire (1).

5° Une personne a intenté contre le *bonæ fidei possessor* une action en revendication dans laquelle elle a succombé; il a été jugé que la propriété n'appartenait pas au demandeur. Plus tard, le possesseur de bonne foi perd la possession qui retourne à celui qui avait revendiqué. Si celui-ci oppose à la Publienne l'exception *justi dominii*, il sera repoussé par la *replicatio rei judicatæ* (2).

6° L'esclave Stichus que Selus possède de bonne foi se rend coupable d'un délit, et, sur l'action noxale, le possesseur en fait l'abandon noxal. Celui qui obtient l'abandon, Mœvius, se trouve dans une position exactement semblable à celle de son auteur, qui lui a transmis, avec la possession de l'esclave, la faculté d'usucaper.

Le propriétaire de cet esclave, Titius, pourra bien intenter contre Mœvius la revendication, mais comme il aurait été tenu de l'action noxale s'il avait lui-même possédé l'esclave, et qu'en conséquence il aurait dû en faire l'abandon ou payer la réparation du délit, le préteur délivrera au défendeur à la revendication l'*exceptio doli* au moyen de laquelle il échappera à la condamnation sans être obligé de restituer l'esclave, à moins que le revendiquant n'offre de lui payer la réparation du délit (3); *vice versa*, si Mœvius perd la possession, et que Titius, qui l'a recou-

(1) L. 37. *Mandati*. D. (17.1). Papinien.

(2) Julien. L. 24. D. *De except. rei. jud.* (44.2).

(3) Ulp. L. 11. *De noxalib. act.* D. (9. 4).

vrée, oppose à la Publicienne l'exception *justi domini*, Mœvius paralysera l'exception par la *replicatio doli* (1).

CHAPITRE III

POSSESSION DES FONDS PROVINCIAUX

Le droit de conquête entraînait chez les Romains la confiscation des terres et des personnes, les peuples vaincus passaient au rang des déditices, leurs terres devenaient propriété du peuple romain (2). Mais, en fait, les habitants indigènes conservaient la possession du sol moyennant une redevance annuelle appelée *stipendium* ou *tributum*, suivant qu'elle allait au trésor public (*ærarium*) ou à la caisse impériale (*fiscus*), d'où la distinction des fonds stipendiaires et tributaires.

Les fonds provinciaux avaient cela de commun avec les objets mobiliers autres que les esclaves et les bêtes de somme ou de trait, qu'ils n'étaient pas plus qu'eux susceptibles de mancipation, et qu'ils étaient rangés comme eux dans la classe des *res nec Mancipi* (3). Mais il y avait entre eux cette diffé-

(1) Africain. l. 28. D. h. t.

(2) Inst. J. *De Jure naturali*. 1, 2, § 2. - G. II, 7.

(3) G. II, § 18.21.27.

rence qu'un particulier pouvait avoir sur les meubles *nec mancipi* le *dominium ex jure Quiritium*, et l'acquérir non-seulement par des modes du droit civil tels que l'*in jure cessio* et l'usucapion, mais encore par un mode du droit des gens qui remplace pour eux la mancipation : la tradition, tandis que les immeubles provinciaux, *res nec mancipi*, ne pouvaient pas être pour les particuliers l'objet du *dominium ex jure Quiritium*, et par suite n'étaient pas plus susceptibles d'usucapion et d'*in jure cessio* que de mancipation. Ils étaient susceptibles de tradition, mais la tradition ne conférait pas le *dominium ex jure Quiritium* en même temps que la possession, comme pour les *res nec mancipi*, mais simplement la *possessio*. Les fonds provinciaux, nous dit Gaius (*Comm. II, § 7*), sont la propriété du peuple romain ou de l'empereur ; les particuliers n'en ont que la possession et la jouissance. On retrouve ici un dualisme très-analogue à celui que nous avons rencontré dans l'étude de l'*in bonis* ; d'une part, le domaine éminent de l'État, le *dominium ex jure Quiritium*, de l'autre, la *possessio* au profit des particuliers qui en étaient détenteurs, véritable propriété de droit des gens protégée par le droit honoraire ; mais il y a cette différence que la possession des fonds provinciaux ne pouvait se convertir comme l'*in bonis* en propriété quiritaire parce que l'usucapion n'était pas possible. La possession des fonds provinciaux paraît n'avoir été protégée à l'origine que par des interdits (1) ; mais

(1) M. Pellat. *Propriété*, n° 43.

grâce aux garanties dont le droit prétorien l'entoura, il y eut véritablement là une propriété du droit des gens, et à l'époque de Dioclétien on n'hésite plus à lui donner son véritable nom, *dominium* ou *proprietas*. Vatic. fr. 283. *Si stipendiariorum proprietatem dono dedisti...* — 315. *Dominium rei tributariae...* — 316. *Tributarii praedii dominus*.

Quels étaient, en effet, les droits des possesseurs des fonds provinciaux? Théophile (*Paraphr.*, ad § 40, II, 1. *De rer. div. Inst. Just*) nous l'apprend : Καὶ οἱ τὰ σιτευδιάρια καὶ τὰ τριβουτάρια ἔχοντες πάσαι... οὐκ ἦσαν δεσπόται... ἀλλ' εἶχον τὴν ἐπ' αὐτοῖς χρῆσιν καὶ ἐπικαρπίαν καὶ πληροστάτην κατοχὴν, ὥστε μεταφέρεισθαι καὶ κληρονόμοις προπέμπειν.

1° L'usage, *χρῆσιν*.

2° La jouissance, *ἐπικαρπίαν*.

3° La possession très-pleine, *plenam in re potestatem*, *πληροστάτην κατοχὴν*, le droit de posséder la chose envers et contre tous, de l'aliéner, de la transmettre à leurs héritiers, c'est-à-dire tous les avantages de la propriété, mais cette propriété étant de droit des gens, ne pouvait se transmettre que par des modes du droit des gens.

La tradition subsistait ici et était le mode ordinairement employé (1).

L'usucapion n'était pas possible, mais le préteur accorda à celui qui était entré de bonne foi en possession d'un fonds provincial une *praescriptio* qu'il pouvait opposer à l'action du propriétaire quand il avait possédé pendant dix ou vingt ans, dix ans *inter*

(1) Fr. Vatic. § 313 et 318.

præsentes et vingt ans *inter absentes*. Cette *præscriptio* était un moyen de défense pour repousser les attaques des tiers. Si un tiers réclamait la chose, le magistrat mettait en tête de la formule (*præscribat*) : « Juge, à moins que le défendeur n'ait possédé dix ou vingt ans, etc., » et si le juge reconnaissait que la *præscriptio* était fondée, il ne devait pas même examiner l'affaire. Cette institution est désignée dans les textes par les expressions *possessio longi temporis*, *præscriptio temporis*. On ne sait pas à quelle époque s'est introduite la *præscriptio temporis*; elle est mentionnée par Javolenus, qui vivait sous Trajan, dans la loi 21, D. *De usuc. et usurp.* (XLI, 3), et par Gaius, qui vivait sous Marc-Aurèle, dans la loi 54 pr. *De evict. D.* (XXI, 2); il est à remarquer néanmoins que Gaius n'en parle pas dans ses *Institutes*.

Il y avait entre les effets de cette institution et ceux de l'usucapion des différences sensibles :

1° L'usucapion procurait une action, la *præscriptio longi temporis* un simple moyen de défense.

2° Ce moyen de défense pouvait être opposé à tous ceux qui prétendaient des droits sur la chose. On sait qu'il en était autrement pour l'usucapion, qui faisait acquérir la chose *cum sua causa*. Cet avantage nous explique pourquoi la *præscriptio* fut plus tard invoquée relativement à des meubles ou à des immeubles situés sur le sol italique (1).

3° L'usucapion n'était susceptible que d'interruption

(1) L. 9. *De divers. tempor. præscript. D.* (44.3).

naturelle, ce qu'on appelait *usurpatio*; la revendication formée par le propriétaire n'interrompait point l'usucapion. — Au contraire, la *praescriptio temporis* était susceptible non-seulement d'interruption naturelle, mais d'interruption civile; le possesseur devant faire insérer dans la formule de l'action dirigée contre lui la *praescriptio* qu'il invoque, il fallait qu'il eût le temps de possession voulu au moment de la rédaction de la formule.

Le possesseur d'un fonds provincial pouvant l'aliéner pouvait aussi le grever de droits réels, tels que l'usufruit, l'usage, les servitudes prédiales, lorsque le préteur eut admis pour ces droits une quasi-possession et une quasi-tradition, mais leur existence n'était reconnue que par le droit prétorien (1). Les servitudes personnelles et les servitudes réelles positives pouvaient être établies à l'état de droits réels sur les fonds provinciaux par quasi-tradition; les servitudes réelles négatives, par voie de rétention dans la tradition. Mais, indépendamment de cette forme, on employait aussi les pactes et stipulations : « *In provincialibus praediis, sive quis usumfructum, sive jus oundi, agendi, aquamve ducendi caeteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere debet.* » (G. II, 31). Quel était l'effet de ces pactes et stipulations? C'est là un point qui a donné lieu à de vives controverses. Des auteurs considérables soutiennent qu'on pouvait par ce moyen

(1) Fr. Velle. § 61. — L. 1. Pr. D. *Quib. mod. ususf. amitt.* D. (7.4). — L. 20. *De Servit.* D. (8.1). Javolenus. — L. 1, § 2. *De Servit. praed. rustic.* D. (8.2).

constituer un véritable droit réel protégé par une action confessoire utile (1). Mais d'abord les Romains n'ont jamais admis que les conventions pussent créer des droits réels (2); dans aucune législation peut-être, on n'a mieux séparé les causes des obligations et les sources des droits réels, ce serait donc là une exception aux principes généraux.

D'autre part, la première opinion est formellement contredite par la paraphrase de Théophile, qui commente très-bien le texte un peu ambigu de Gaius. « Celui, nous dit Théophile, qui veut concéder à son voisin une servitude peut le faire par des pactes et des stipulations; car, après avoir conclu un pacte sur la servitude à concéder, le concessionnaire intéresse en ces termes le concédant: Promettez-vous d'observer la servitude convenue, et si vous ne l'observez pas, promettez-vous de me donner cent écus à titre de peine? » Qu'y a-t-il ici? Rien que de très-conforme au droit et aux habitudes des Romains. Le droit réel ne peut être directement constitué, (cette forme a dû être employée avant la quasi-tradition; depuis, on continua d'en user, surtout pour les servitudes réelles négatives) ils prennent un détour. L'un stipule, l'autre s'engage avec clause pénale; s'il ne souffre pas l'exercice de la servitude, il encourra la condamnation à la somme stipulée. Mais un pareil procédé ne donnait de droits au stipulant que contre celui qui s'était directement obligé envers lui par la stipulation.

(1) En ce sens. MM. Ducaurroy. *Inst. expliq.* — Maynz. *Éléments de dr. r.*, t. I, § 224.

(2) A l'exception toutefois de l'hypothèque.

Les possesseurs subséquents du fonds soumis à la servitude étaient également forcés de souffrir l'exercice de la servitude, s'ils succédaient à titre universel; mais ceux qui ne succédaient qu'à titre particulier n'en étaient tenus qu'autant qu'ils s'y étaient obligés par l'acte translatif de leurs droits. Quant aux possesseurs du fonds au profit duquel avait été stipulée la servitude, il va sans dire qu'ils exerçaient tous les droits de leur auteur. L'expression *jus constituere* employée dans le texte précité de Gaius ne signifie pas nécessairement et absolument : constituer le droit réel d'usufruit; cette expression est aussi employée par les jurisconsultes (1) dans le cas où un usufruit a été légué *per damnationem*, alors que le légataire n'acquiert qu'une simple action personnelle, l'action *ex testamento* (2).

La possession des fonds provinciaux était garantie au possessoire par des interdits possessoires; à raison de l'analogie de l'*ager publicus* et des fonds provinciaux, les interdits introduits pour protéger les possesseurs de l'*ager publicus* durent être étendus de bonne heure au sol provincial. Au pétitoire, celui qui de bonne foi et *ex justa causa* avait reçu tradition d'un fonds provincial et en avait perdu la possession, avait l'action Publicienne (L. 12, § 3, *D. De pub. in rem, act.*, VI, 2). Lorsqu'il avait possédé

(1) Paul. L. 136. *De Verbor. oblig.* D. (45.1). — et Gaius lui-même. L. 3. Pr. *De usufr. et quemad.* D. (7.1).

(2) V. en ce sens MM. Ortolan. *Expl. hist. des Inst.*, t. II, p. 327 et suiv. — Pellat. *Propriété et Usufruit*, p. 62 et suiv. — Demangeat. *Cours.* I, p. 819.

pendant dix ou vingt ans, la Publicienne prévalait même contre le propriétaire à raison de la puissance nouvelle que lui procurait la *præscriptio temporis*; Justinien paraît faire allusion à cet effet dans la loi 8, pr. C. J. *De præscript. XXX vel XL annorum.*, VII, 39 : *Hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspeccerit, sanciebant.* Les documents font d'ailleurs complètement défaut sur la nature de l'action réelle qui appartenait au possesseur d'un fonds provincial; peut-être le gouverneur de la province avait-il confirmé dans l'édit les anciennes actions autorisées par la coutume et les lois de chaque pays : *Cum ex causa donationis uterque dominium rei tributaria vindicetis, eum cui priori possessio soli tradita est, haberi potiore convenit.* (Fr. Vatic. 315, l. 15, C. J. *De rei vind.*, III, 32.)

Mais les fonds provinciaux pouvaient devenir susceptibles du *dominium ex jure Quiritium*, lorsqu'ils obtenaient le *jus italicum*. Le *jus italicum* est l'ensemble des privilèges du sol italique; de même que pour les personnes, on avait considéré comme un type légal la condition du Latin ou du citoyen romain et admis que cette condition pourrait être communiquée à des pérégrins sous le nom de *jus Latii* ou *civitalis*; pour les choses non admises à la propriété quiritaire, c'est-à-dire pour les fonds provinciaux, on envisagea la condition des fonds italiques comme la plus favorable en droit, et cette condition put leur être communiquée sous le nom de *jus italicum*.

Le *jus italicum* existait certainement sous les premiers empereurs, car cette institution est mentionnée

dans l'*Histoire naturelle* de Pline l'Ancien. Il parait que son origine remonte aux lois qui, après la guerre sociale, ont donné à l'Italie une condition commune, en la distinguant des provinces. D'après M. de Savigny, Jules César serait l'auteur du *jus italicum*.

1° Le *jus italicum* concédé à des villes ou à des territoires rendait les immeubles compris dans ce territoire susceptibles du *dominium ex jure Quiritium* et des modes d'acquisition de ce domaine. Il y avait sans doute aussi dans cette concession au sol du privilège de propriété romaine une concession, pour les *peregrini* possesseurs du sol provincial, de la capacité de posséder leurs propres terres, une sorte de *jus commercii*; mais on peut supposer qu'ils ne pouvaient ainsi posséder que les terres qu'ils avaient auparavant.

2° Le *jus italicum* exemptait aussi du paiement de l'impôt. Les Italiens qui avaient été dispensés de l'impôt sur les biens depuis la soumission de Persée (en 587 de la fondation de Rome) et la réduction de la Macédoine en province romaine, y furent de nouveau soumis à partir de l'an 711; cependant les villes qui obtinrent le *jus italicum* continuèrent d'en être exemptes. On peut expliquer cela en supposant que l'institution du *jus italicum* est antérieure à l'année 711; les changements apportés en Italie ne modifierent point la nature du *jus italicum*.

3° Les habitants des villes de provinces gratifiées du *jus italicum* avaient aussi certaines prérogatives personnelles comme les habitants des villes d'Italie. La loi Julia et Papia Poppaea exemptait de la tutelle et de

la curatelle, *propter liberos*, ceux qui avaient un certain nombre d'enfants; à Rome, il fallait avoir trois enfants; en Italie, quatre; dans les provinces, cinq (1). L'habitant d'une ville de province qui avait le *jus italicum* était mis sur le même rang que l'habitant d'une ville située en Italie; il suffisait qu'il eût quatre enfants (2).

4° Enfin il est probable que la loi *l'uria, de sponsu*, qui, en Italie, accordait à certaines cautions, les *sponsores* et les *fidepromissores*, le double avantage d'être libérées de leur obligation au bout de deux ans et de n'être tenues envers le créancier que pour une part virile (3), s'appliquait aux villes des provinces qui avaient obtenu le *jus italicum*.

On a soutenu aussi que le *jus italicum* entraînait pour les villes qui l'obtenaient l'indépendance municipale; mais c'est là un point qui n'est rien moins qu'établi (4).

(1) Inst. Just. Pr. *De excus. tut. vel curat.* (1.28).

(2) L. 7. *De Censibus*. D. (50.18).

(3) G. III, § 121.122.

(4) Cp. M. Demangeat. *Op. cit.* I, p. 163.

APPENDICE

DE LA PROPRIÉTÉ DANS LE DROIT DE JUSTINIEN

Le législateur du Bas-Empire, qui n'avait pas à garder vis-à-vis de l'ancien droit civil les mêmes ménagements que le préteur, devait mettre d'accord la lettre et l'esprit de la loi, et en supprimant les anciennes formes exigées pour la transmission de la propriété quiritaire, rendre désormais inutiles les expédients du droit honoraire et ramener à l'unité et à la simplicité l'organisation de la propriété dans le droit romain.

Pour les personnes capables d'acquérir le *dominium*, depuis longtemps la distinction des *peregrini* et des citoyens romains était abolie ; la reconnaissance de la propriété du droit des gens au profit des pérégrins avait anéanti en fait les rigueurs surannées du vieux droit quiritaire. Justinien n'eut qu'à supprimer le *dominium ex jure Quiritium* pour consacrer dans la loi la propriété du droit des gens (1) ; il en résulte que l'*in bonis* est aboli.

(1) C. un. Cod. J. De *jud. jure Quir. toll.* (VII.25).

La distinction des fonds provinciaux et des fonds italiques, en ce qui touche le *dominium*, était aussi tombée en désuétude, surtout depuis que le siège de l'empire d'Orient avait été précisément transporté à Constantinople, au milieu des provinces.

Dans le droit de Justinien, la distinction a disparu et l'impôt cesse d'être dû comme une reconnaissance du domaine éminent de l'État ; toutefois le *jus italicum* subsiste comme un privilège au point de vue du droit public : il consiste en exemption de l'impôt. Aussi, dans le Digeste, il n'en est plus parlé qu'à ce point de vue ; il en est question au titre *De censibus*, D. 50. 15.

Quant aux moyens d'acquérir et de transmettre le *dominium ex jure Quiritium*, ils semblent avoir subsisté jusqu'à Justinien, tels que le droit civil les avait institués et avec les effets particuliers attachés à chacun d'eux. Mais le droit prétorien les avait depuis longtemps annihilés en fait ; dans la réalité, la tradition faite *a domino* et précédée de l'intention de transférer la propriété la transmettait toujours : « *Nihil enim tam conveniens est naturali æquitati quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferri, ratam haberi* (1). Justinien abolit la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi*, et en même temps la mancipation (2). Quant à l'*in jure cessio*, on ignore à quelle époque elle avait disparu ; elle n'est plus mentionnée dans les textes. On en a

(1) L. 9, § 3. D. De Acquir. rer. dom. (41.1).

(2) C. un. C. J. De usuc. transf. et subl. diff. rer. mancipi. (7.31).

donné pour raison que la simulation qu'elle contenait n'était pas digne de la justice ; on a dit aussi que l'*in jure cessio* tenait à l'ancienne procédure des actions de la loi et qu'on l'avait sans doute supprimée à raison de sa forme.

Les modes de transmission qui subsistent sont : 1° la *traditio* ; 2° l'*adjudicatio*, qui a sa raison d'être en dehors des conditions de l'ancien droit ; mais on ne distingue plus le *judicium legitimum* du *judicium imperio continens* ; 3° l'*usucapio*, qui a été profondément modifiée (1). Depuis la suppression de la division des *res mancipi* et *nec mancipi* et du *nudum jus Quiritium*, l'usucapion perd un de ses deux effets, la transformation de l'*in bonis* en *dominium ex jure Quiritium* ; elle produit encore son second effet de procurer la propriété au possesseur de bonne foi d'une chose livrée *ex justa causa a non domino* ; mais elle ne produit plus les effets de l'ancienne usucapion. Justinien a fondu en une seule institution l'usucapion du droit civil et la *præscriptio* du droit prétorien, sous le nom de *præscriptio longi temporis* ; cependant l'expression *usucapio* est presque toujours employée en ce qui concerne les meubles. Depuis la constitution d'Antonin Caracalla, qui accorde le droit de cité à tous les sujets de l'empire romain, relativement aux meubles, on invoquait presque toujours l'usucapion ; pour les immeubles on se prévalait ordinairement de la *præscriptio*, à raison des avantages qu'elle offrait pour repousser ceux qui

(1) *Ibid.*

réclamaient des droits réels. Justinien a suivi les habitudes de langage de la pratique; il adopte pour les immeubles les délais fixés par le droit prétorien, et pour les meubles, il établit un délai de trois ans. Je crois qu'il faut appliquer aux meubles les règles spéciales de l'ancien *usucapio*. Quant aux immeubles, la *praescriptio* procure la propriété, par suite l'action en revendication, et à cet égard, elle diffère de l'usucapion du droit civil en ce qu'elle fait acquérir la propriété libre de servitudes et d'hypothèques (1). En réalité, la *praescriptio* constitue un mode d'acquisition originale et non un mode dérivé comme l'était l'usucapion. Indépendamment de la *praescriptio* de dix et vingt ans pour les immeubles avec juste titre et bonne foi, il existe en outre dans le droit de Justinien une *praescriptio XXX. vel XL annorum*, opposable par un possesseur quelconque au propriétaire qui a laissé passer trente ans sans revendiquer sa chose. Cette prescription de trente ans résulte d'une constitution célèbre de Théodose le Jeune (2). Le possesseur de bonne foi sans titre peut invoquer cette prescription pour revendiquer lui-même à l'expiration des trente ans; mais le possesseur de mauvaise foi, d'après une décision expresse de Justinien (3), ne peut l'invoquer que pour se défendre contre une action, sans pouvoir agir lui-même s'il vient à perdre la possession.

(1) V. G. 8. C. J. (7.31). — Contré. M. Demangé, Cours. I, p. 848.

(2) L. 3. C. De praescript. XXX vel XL annorum (7.39).

(3) L. 8. C. Eod. tit.

4° La loi; le legs est à cette époque du droit des gens. Toutes les formes de legs ont été assimilées dans leur effets; dans toutes, lorsque le testateur est propriétaire, le légataire acquiert l'action réelle, comme autrefois dans le legs *per vindicationem*, et une action personnelle, comme dans le legs *per damnationem*, l'action *ex testamento*.

L'ancienne revendication au moyen de la *petitoria formula* devient d'une application générale au moyen du retranchement des mots relatifs au *dominium ex jure Quiritium*; des traces de cette formule se trouvent dans la loi 36, pr. *De R. V.* (6. 1), et dans la loi 178, § 2, D. *De verborum significatione* (50. 16).

En résumé, du temps de Justinien, il n'y a plus qu'une seule propriété, la propriété du droit des gens; elle comprend toutes les choses susceptibles d'appartenir aux particuliers, sans distinction de situation, et elle est garantie par la revendication. La Publicienne subsiste, mais elle est exclusivement réservée à la *bonae fidei possessio*, et les six cas dans lesquels la possession de bonne foi prévaut sur le droit de propriété persistent dans le droit de Justinien.

DROIT FRANÇAIS

PREMIÈRE PARTIE

DÉ LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS JUSQU'AU CODE CIVIL, ET DE LA DISTINCTION DU DOMAINE DIRECT ET DU DOMAINE UTILE.

L'état de la propriété foncière en Gaule était le même que dans le reste de l'empire lorsque les Barbares sortis de la Germanie enlevèrent cette province aux Romains. La première invasion fut faite par les Visigoths et les Burgondes; il en résulta un règlement de la propriété foncière tout spécial, l'*hospitalitas*. Les Barbares prirent les deux tiers des terres à titre d'*hospites*; l'autre tiers resta aux Gallo-Romains. Ces terres prises aux Gallo-Romains furent partagées et formèrent ce qu'on nomma chez les Visigoths et les Burgondes les *sortes* (*sortiri*, partager), propriété libre à laquelle devait correspondre la *terra salica* des Francs Saliens et l'*allos* chez les Francs Ripuaires. Ces derniers peuples envahirent la Gaule quelque temps après et en chassèrent par la suite les deux autres tribus qui les avaient précédés. Aucun

document n'atteste pour les Francs un partage semblable au premier; toutefois il est certain qu'ils s'emparèrent des biens du fisc romain et des principaux personnages de l'empire. La terre conquise devint pour les Saliens la *terra salica*, pour les Ripuaires l'*allos* (*all-od*, tout bien), c'est-à-dire le patrimoine, l'héritage du Franc; *terra salica* est synonyme d'*allos*. (1). Elle resta le type de la propriété foncière et elle ne put être transmise qu'aux mâles; les *acquêts* (*comparata*), propriété libre et pleine également, mais qui provenait de l'industrie du Franc ou de la libéralité d'un tiers, apparaissent au contraire comme transmissibles aux femmes. A ces deux classes de biens, on opposait les terres dont le Germain n'avait que la possession : les *bénéfices* et les *precariae*. Deux rapports de clientèle distincts donnèrent naissance à ces deux concessions; la clientèle germanique combinée avec la précaire produisit les *bénéfices*; le même contrat, combiné avec la clientèle romaine, engendra les *precariae*, c'est-à-dire la censive. Les *bénéfices* étaient des concessions de terres faites par les rois francs à leurs clients (sous la première race, *leudes*, *antrustions* ou *fideles*; sous la seconde race, *vassi* ou *vassalli*) sur le domaine royal formé par la conquête. Elles remplaçaient les présents mobiliers que les chefs germains faisaient avant l'invasion à ceux qui les suivaient à la guerre, avec cette différence qu'elles étaient personnelles et viagères, et qu'elles étaient faites à la charge d'accompagner le prince à la guerre et de l'assister

(1) Dumoulin : « *Allodium est terra Salica.* »

dans les conseils, *in oste et in curte*, comme on dira plus tard. Les *precarie* donnaient à quelqu'un pour sa vie, moyennant redevance annuelle, une certaine quantité de terres. Les formulaires du temps contiennent beaucoup de modèles d'actes dans lesquels un évêque, une église fait une concession de terres à la charge d'un cens, ou bien, à l'inverse, des formules dans lesquelles un petit propriétaire se démet au profit de l'Église de son petit bien pour en reprendre la possession en précaire à charge de cens.

Lorsque les *bénéfices* et les *precarie* seront devenus héréditaires et transmissibles, ce ne sera autre chose que le fief et la censive.

A l'époque féodale et dans les coutumes, la propriété libre et pleine est devenue l'exception en tant qu'elle porte sur des immeubles, elle ne subsiste guère que dans le Midi où la civilisation romaine, plus fortement implantée, préserva la liberté du sol, et pour exprimer sa franchise on la nomme *franc-alieu* (1). Mais dans la plus grande partie du territoire on trouve la propriété foncière démembrée par des conventions diverses et multiples qui avaient en général pour résultat d'assujettir le possesseur de la terre à des redevances en nature ou en argent vis-à-vis d'un autre. Parmi ces conventions, les unes, comme les baux à rente foncière, transféraient la pleine propriété de la terre, sous la réserve par l'ancien propriétaire d'un droit réel et immobilier de rente perpétuelle et irrachetable; d'autres, comme les baux perpétuels de

(1) C^o d'Orléans, art. 233; de Normandie, art. 102; de Melun, art. 105.

différente nature, sans conférer au preneur la propriété de l'immeuble, le grevaient à son profit d'un droit réel immobilier. Enfin, il y avait des conventions qui étaient considérées comme opérant une sorte de décomposition intellectuelle du droit de propriété en deux parties, sous le nom de *domaine direct* et de *domaine utile*. Les conventions les plus importantes qui conféraient le domaine utile étaient l'emphytéose, l'inféodation et l'accensement. Quelle était l'origine de ces dénominations singulières de *domaine direct* et de *domaine utile*, quel en était le sens? Ces expressions, étrangères au droit romain, paraissent avoir été imaginées par les premiers interprètes du droit romain, les glossateurs, comme un moyen de concilier certains textes qui accordent à l'emphytéote une action utile et le qualifient *dominus* avec d'autres fragments qui réservent cette dénomination au concédant en lui reconnaissant une action directe (1). Quant au sens de ces mots, il est loin d'avoir été le même à toutes les époques. Dans l'origine, aux yeux des jurisconsultes, le vrai propriétaire était le titulaire du domaine direct, l'autre n'avait qu'un *jus in re alienâ*. C'est ce qui résulte d'un passage de Pontanus, ancien commentateur de la coutume de Blois, sur l'article 33 : « In primis constat • dominium nihil aliud esse quàm id jus quo res mea • dicitur... Id autem duplex est, directum et utile. • Directum, id est, quod verum, proprium ac prin- • cipale dominium est. Quo fit ut cum dominium sim-

(1) Cp. H. de Pansey. *Diss. féod.*, V^o Cens, § 6.

« pliciter nominamus, de directo intelligendum sit...
« Cui etiam directo dominio proprietatis tantum ap-
« pellatione convenit, et nunquam utili... Aliud autem
« est utile dominium quod a directo dependet, illudque
« velut recognoscit. »

Nous verrons, en effet, que, dans les conventions qui opéraient le transfert du domaine utile, le concédant, malgré les changements apportés par l'effet du temps dans la nature de son droit, a toujours pu rentrer dans la propriété complète du sol par l'effet de divers événements qui amenaient l'extinction du droit de domaine utile. A cet égard, le domaine utile n'a pas cessé d'être traité, jusque dans le dernier état de l'ancien droit, comme un démembrement de la propriété, comme une sorte de droit de jouissance plus étendu que l'usufruit, et plus durable puisqu'il était indéfiniment transmissible, mais qui pouvait cesser comme lui en vertu de causes déterminées et se réunir alors au domaine direct.

L'emphytéose avait son origine dans le droit romain ; elle avait passé dans notre ancien droit français, où elle s'était altérée sous l'influence de la féodalité ; elle n'existait véritablement que sur les alleux. C'était un contrat par lequel un propriétaire d'alleux transportait à un tiers la propriété utile de son immeuble, à charge par le preneur de payer une redevance périodique, et de mettre et entretenir l'immeuble en bon état. Le bailleur à emphytéose pouvait rentrer dans la pleine propriété en vertu de diverses causes : 1° par la commise prononcée contre le preneur, faute de payer le canon emphytéotique pendant

un certain délai, qui était de trois ans en droit commun; 2° lorsque l'emphytéote qui aliénait son droit ne lui avait pas dénoncé la vente; 3° par l'exercice du droit de prélation; 4° par le décès de l'emphytéote sans héritiers légitimes ou testamentaires. Aussi primitivement, le domaine utile de l'emphytéote était considéré comme un démembrement étendu de la propriété, de même qu'en droit romain; mais dans le dernier état du droit, on distinguait le bail emphytéotique ou l'emphytéose temporaire de l'emphytéose perpétuelle; le bail emphytéotique ne conférait toujours qu'un droit réel, un démembrement de la propriété sous le nom de domaine utile (1). L'emphytéose perpétuelle, à raison de sa durée, était, au contraire, regardée comme translatrice de propriété sous la réserve d'un droit réel retenu par le concédant (2). Si on désignait par l'expression *domaine utile* le droit réel de l'emphytéote temporaire et la propriété de l'emphytéote perpétuel, c'est que, dans les deux cas, la concession était identique sous le rapport des droits qu'elle conférait au preneur; il n'y avait de différence que dans sa durée.

Le fief et la censive différaient de l'emphytéose par le caractère féodal, mais elles lui ressemblaient en ce qu'elles conféraient au feudataire ou au censitaire le domaine utile. Nous avons vu que ces deux institutions avaient eu pour cause des concessions de terres faites à deux clientèles distinctes, à la clientèle

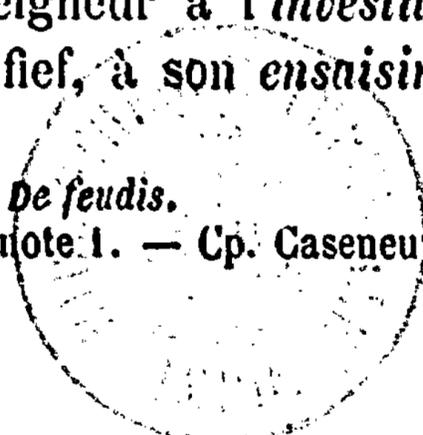
(1) Denisart. *Collect. de jurispr.*, V° Emphytéose.

(2) Merlin. *Quest. de droit*, V° Emphytéose, § V; Cp. Pépin le Hallcur. *Histoire de l'emphytéose*, p. 293.

militaire et à la clientèle civile. Primitivement personnelles et viagères, elles devinrent transmissibles et aliénables. Le fief était une concession gratuite d'un immeuble faite à perpétuité à un autre, à la charge de la foi et de l'hommage et sous la réserve de la seigneurie directe. Le bail à cens était un contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble en concédait le domaine utile à charge d'une redevance annuelle en nature ou en argent, qui devait lui être payée par le preneur en reconnaissance de la seigneurie directe qu'il retenait. En devenant transmissible, la jouissance du concessionnaire devint un droit réel et rien de plus, la propriété restait toujours aux mains du concédant. Ainsi Cujas définit le fief aux mains du feudataire un *jus in praedio alieno* (1), et Dumoulin : « *Servitus quaedam aut quasi-servitus* » (2) ; ainsi, jusque dans le dernier état du droit, le droit de propriété qui constituait sa directe se manifesta par des signes non équivoques. Lorsque le vassal ou le censitaire aliénait son droit entre-vifs ou le transmettait à ses héritiers, il fallait payer au seigneur des droits de mutation ; pour la censive, le droit de *lods et ventes* ; pour le fief, le droit de quint en cas d'aliénation par vente ou acte équipollent à vente, le droit de *relief* ou de *rachat* en cas de succession autre que la succession en ligne directe. Ces droits formaient le prix du consentement du seigneur à l'investiture du nouvel acquéreur pour le fief, à son *ensaisinement* pour la

(1) In procem. lib. I. *De feudis*.

(2) Tit. I, § 1, gl. 5, note 1. — Cp. Caseneuve. *Du franc-alleu*, p. 84.



censivé; faute d'acquittement, le seigneur reprénait le fief ou la censive et se mettait en possession de plein droit. D'autre part il pouvait recouvrer, en vertu de causes déterminées, la pleine propriété sur le bien inféodé ou accensé. Cela pouvait se réaliser pour le fief, par la commise féodale en cas de désaveu ou de félonie de la part du vassal, par l'exercice du retrait féodal, lorsque le vassal aliénait le fief, et enfin, par droit de déshérence, au cas de décès du vassal sans héritiers. Dans la censive, il n'y avait pas lieu à la commise, parce qu'il n'y avait pas de rapport de foi entre le censitaire et le seigneur censier; pas de retrait censuel non plus en droit commun coutumier, excepté dans les coutumes d'Anjou et du Maine, mais l'héritage censuel pouvait rentrer dans les mains du seigneur censier lorsque le censitaire mourait sans héritiers. Toutefois, par un effet naturel de la perpétuité de la concession, la tendance de tous les détenteurs du domaine utile fut de convertir leur *jus in re aliénâ* en propriété principale et seulement affectée, de sorte que les idées changèrent avec le temps. La supposition d'une directe universelle sur le sol contribua également à amoindrir l'importance de la directe féodale, et au dix-huitième siècle le domaine utile était devenu dans l'opinion commune des auteurs la véritable propriété. Pothier, entre autres, écrivait dans son *Traité du Domaine de propriété*, chap. prélim. n° 2 : « Il y a plusieurs espèces de *jus in re*, qu'on appelle aussi droits réels. La principale est le droit de domaine de propriété. Les autres espèces de droits réels qui émanent de celui-ci, et qui en sont comme des démem-

brevements, sont les droits de domaine de supériorité tels que les SEIGNEURIES FÉODALE OU CENSUELLE, le droit de rente foncière, les droits de servitudes, etc... »

Et plus loin, part. I, ch. I, § 3, il ajoutait : « Le domaine direct qu'ont les seigneurs de fief ou de censive sur les héritages qui sont tenus d'eux en fief ou en censive est le domaine ancien, originaire et primitif de l'héritage dont on a détaché le domaine utile par l'aliénation qui en a été faite, lequel en conséquence n'est plus qu'un domaine de supériorité et n'est autre chose que le droit qu'ont les seigneurs de se faire reconnaître comme seigneurs par les *propriétaires* et possesseurs des héritages tenus d'eux..... Cette espèce de domaine n'est point le domaine de propriété. C'est, à l'égard des héritages, le domaine utile qui s'appelle *domaine de propriété*. Celui qui a le domaine utile se nomme propriétaire ou seigneur utile; celui qui a le domaine direct s'appelle simplement seigneur. Il est bien le propriétaire de son droit de seigneurie, mais ce n'est pas lui, c'est le seigneur utile qui est proprement le propriétaire de l'héritage (1). » Ainsi la dernière doctrine est le contraire de la première, le domaine utile qui n'était qu'un démembrement de la propriété est devenu la propriété même, tandis que la propriété, la directe, est considérée comme une servitude. C'est dans ce dernier système qu'ont été rédigées les lois abolitives de la féodalité. L'Assemblée constituante supprima purement

(1) Cp. Denisart, § 1, n° 7, v° *Fief*. — Hervé. *Théorie des mutations féodales et censuelles*, t. V, p. 88. — Henrion de Pansey. *Dissertations féodales*, v° *Fief*.

et simplement les droits honorifiques du seigneur, la foi et l'hommage, l'aveu et le dénombrement, qui impliquaient une supériorité incompatible avec les nouveaux principes. En même temps, elle considéra le domaine direct comme une servitude dont était grevée la propriété véritable, c'est-à-dire le domaine utile, et tout en laissant subsister les droits féodaux de mutation et les redevances censuelles, elle les déclara rachetables (1) et régla l'évaluation de ces droits ainsi que les conditions du rachat (2). Les rentes foncières elles-mêmes établies par baux à rente perpétuels furent déclarées rachetables, sans distinguer celles qui étaient dues en vertu de baux translatifs de propriété, comme le bail à rente foncière, et celles qui résultaient de contrats dans lesquels le bailleur, tout en concédant une jouissance perpétuelle du sol, s'en réservait la propriété et n'en aliénait ni le domaine direct ni même le domaine utile (3). En même temps elle défendait de créer à l'avenir aucune redevance irrachetable, en exceptant de la prohibition les baux emphytéotiques « qui pourront encore être faits à l'avenir pour un terme de quatre-vingt-dix-neuf ans et au-dessous, ainsi que les baux à vie même sur plusieurs têtes, à la charge qu'elles n'excéderont pas le nombre de trois. » (Art. 1^{er} de la loi des 18-29 déc. 1790.)

La réserve de l'Assemblée constituante, son respect pour la justice et les droits acquis ne furent pas imités

(1) Loi du 15 mars 1790. Rapport de Merlin.

(2) Décret du 3 mai 1790.

(3) Loi des 18-29 déc. 1790. Rapport de Tronchet.

par les assemblées qui lui succédèrent. L'Assemblée législative abolit d'abord sans indemnité tous les droits casuels qui dérivait de la maxime : *nulle terre sans seigneur*, c'est-à-dire qui n'avaient pas pour origine un contrat entre le titulaire de ces droits et son débiteur, contrat reposant sur une concession de terre au profit de l'un de la part de l'autre. Les seuls droits féodaux qu'elle ne supprima pas furent ceux qui avaient pour cause une concession primitive du fonds clairement justifiée par l'acte d'inféodation ou d'accensement (1). Mais sous la pression démagogique, la Convention rendit un décret, du 18 juillet 1793, qui abolissait complètement tout ce qui restait de droits féodaux, c'est-à-dire non les droits constitués, comme les rentes foncières pour prix de la transmission du fonds, mais ceux qui supposaient chez le concédant une réserve de la directe seigneuriale et qui étaient acquittés en reconnaissance de cette directe; le décret laissait à la jurisprudence le soin de distinguer les rentes purement foncières de celles qui étaient empreintes de féodalité. Les lois radicales et absolues de la Convention facilitèrent ainsi la tâche des législateurs futurs en débarrassant en fait la propriété de toutes les redevances féodales, et le Code trouvant la propriété foncière affranchie aux mains de ceux qui la détenaient, pouvait maintenant, sans changement, rétablir les véritables principes.

(1) Décret du 23 août 1792.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT ACTUEL

De la règle que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, et de ses modifications.

CHAPITRE I^{er}

PORTÉE DE LA RÈGLE

Les auteurs du Code civil, suivant en cela les principes du droit intermédiaire, ont constitué le droit de propriété en général, et en particulier la propriété foncière, sur la base de la liberté, c'est-à-dire de la pleine puissance du propriétaire sur sa chose. A côté de la propriété, la loi n'a permis que l'usufruit, l'usage, l'habitation et les servitudes réelles. Non contents d'affirmer sa liberté dans le présent, en reconnaissant la plénitude du droit de propriété, ils ont pris soin d'assurer sa liberté dans l'avenir, en prohibant avec soin certains droits réels qui pouvaient ramener le régime féodal et asservir la propriété d'une manière indéfinie.

L'énumération des droits réels faite par le Code dans les articles 526 et 543 est donc essentiellement

limitative, et constitue au premier chef une disposition d'ordre public; la liberté des conventions qui, en toute autre matière, est la règle, ne peut se mouvoir, en ce qui concerne les droits réels, que dans le cercle tracé par la loi (art. 6 C. Nap.). C'est principalement en vue de la propriété foncière que le législateur a pris soin d'énumérer les droits réels que les particuliers pourraient consentir sur les biens.

L'article 552 rappelle la plénitude du droit de propriété en ce qui touche le sol et en signale les conséquences. « La propriété du sol, est-il dit dans cet article, emporte la propriété du dessus et du dessous; » le sol, objet du droit, appartient entièrement au propriétaire dans toute son étendue, dans toute sa profondeur.

Le dessus comprend le sol proprement dit et aussi la propriété de l'espace aérien qui s'étend au-dessus jusqu'à une certaine hauteur, car au delà c'est l'espace qui appartient à tous. C'est en vertu de ce droit de propriété que le propriétaire d'un fonds peut bâtir, planter, cultiver, et qu'il peut aussi demander la démolition des ouvrages ou l'élagage des branches qui empiètent sur cet espace (art. 552 et 672, prem. alinéa, C. Nap.). Son droit n'a d'autres limites que celles qui résultent des lois et règlements de police, et les restrictions générales apportées par la loi elle-même au droit de propriété, désignées improprement sous le nom de *servitudes naturelles* ou *légales* (art. 671, 674, etc., C. Nap.).

Le dessous se compose du terrain existant sous le sol à une profondeur indéfinie et de tous les objets

qui s'y trouvent ; c'est ce que les anciens actes désignaient sous le nom de *tréfonds*. Le propriétaire peut faire dans le dessous toutes les constructions et tous les travaux qu'il juge à propos, forer des puits artésiens à toute profondeur, faire des fouilles, et tirer librement du sol tous les matériaux dont l'extraction se fait généralement à ciel ouvert, toujours à charge de se conformer aux lois et règlements de police. La propriété du dessous est même plus énergique que celle du dessus, en ce qu'elle confère au propriétaire le droit de couper les racines des arbres qui s'étendent dans son terrain (art. 672, al. 3). Le propriétaire d'un terrain est, comme tel, propriétaire des substances minérales ou fossiles qu'il renferme, il l'est aussi virtuellement du trésor qui s'y trouve enfoui (art. 716). Toutefois, il faut reconnaître que pour les substances ou les objets qui se trouvent dans le sol à des profondeurs inconnues, la propriété du tréfonds n'accuse pas cette énergique empreinte d'appropriation à laquelle se reconnaît la propriété nettement caractérisée. Aussi le droit du propriétaire du sol à la propriété du trésor et des substances minérales n'a-t-il pas toujours été reconnu. Dans notre ancien droit français, le droit commun coutumier attribuait aux seigneurs hauts-justiciers le tiers ou la moitié du trésor, suivant qu'il était découvert par le propriétaire même du fonds ou par un étranger ; quelques coutumes, entre autres celles d'Anjou et de Hainaut, déclaraient aussi les seigneurs propriétaires de l'*avoir en terre non extrayé* (1). Dans la discussion

(1) Merlin, *Quest. de droit*, v^o Mines, § 1.

de la loi du 28 juillet 1791 sur les mines, Mirabeau, confirmant les paroles du rapporteur, s'exprimait ainsi : « Je dis que la société n'a fait une propriété du sol qu'à la charge de la culture; et sous ce rapport le sol ne s'entend que de la surface. » Enfin un projet de loi sur les mines, présenté par Fourcroy au Conseil d'État le 21 octobre 1808, reposait sur cette idée « que la propriété des mines n'appartient à personne. » Depuis la promulgation du Code Napoléon, malgré les principes écrits dans les articles 552 et 541, la loi du 21 septembre 1807 décide (art. 55) que les particuliers dont les terrains ont été pris ou fouillés pour des travaux publics n'ont droit à aucune indemnité pour les matériaux extraits de leur terrain, lorsque l'exploitation n'en avait pas lieu au moment de l'occupation. C'est la négation du droit du propriétaire du sol sur les substances qui se trouvent dans son fonds quand elles n'ont pas été découvertes.

En vertu de la règle que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, le propriétaire d'un fonds est présumé être propriétaire des constructions, plantations et ouvrages quelconques qui se trouvent sur ce terrain ou à l'intérieur. Il n'y a pas à rechercher par qui, ni aux frais de qui les travaux ont été faits, la règle s'applique dans tous les cas, et sans que le constructeur puisse prétendre à un droit de propriété, soit à l'exclusion du propriétaire du sol, soit en concurrence et par indivis avec lui (1). La circonstance qu'un tiers viendrait à établir qu'il a

(1) Cass. 6 janv. 1829. D. 29.1.93.

fait à ses dépens les bâtiments, plantations et ouvrages, pourrait seulement donner lieu à son profit à une indemnité (1). Ce principe, posé dans l'article 553 du Code Napoléon, n'est que la reproduction de l'ancienne maxime : « *Omne quod inædificatur, solo cedit* » (Inst. Just., liv. II, tit. I, de div. rer., § 29.) Mais cette règle était absolue en droit romain en ce sens qu'on n'admettait pas qu'un autre que le propriétaire du sol pût avoir la propriété du dessus ou du dessous; la *superficies*, reconnue par le droit prétorien, n'était pas un droit de propriété, mais un simple droit réel sur la chose d'autrui; le Code a décidé, au contraire, que cette règle peut recevoir des modifications; ce n'est qu'une présomption qui cède devant une manifestation de volonté contraire et à laquelle la loi elle-même a apporté une exception en ce qui concerne les mines. Il peut donc arriver, comme le dit l'article 553, que le dessus ou le dessous, ou même une partie matériellement déterminée du dessus ou du dessous, soit érigé en propriété distincte du reste du fonds. Rien ne s'oppose à ce que le propriétaire d'un terrain aliène, soit la superficie, soit une cave, un puits ou une carrière qui s'y trouve. Dans ce cas, la superficie, la cave, le puits, la carrière ne fait plus partie de la propriété du fonds, sans cesser pour cela d'être un immeuble par nature (art. 518). De plus, ainsi que nous venons de l'indiquer, le gouvernement peut concéder soit au propriétaire du sol, soit à un tiers, la mine qui se trouve dans le terrain du pre-

(1) Cass. 11 juin 1839. Sir. 39.1.637.

mier; dans cette hypothèse, le terrain minier qui a été concédé constitue une propriété nouvelle, distincte du reste du fonds qui prend le nom de *surface*. (Loi du 21 avril 1810, art. 7.)

Nous avons vu dans ce premier chapitre, le sens et l'étendue de la règle; nous nous proposons d'étudier maintenant les modifications que la convention ou la loi peuvent y apporter. Nous verrons dans un second chapitre ce qui concerne la propriété du dessus, et nous en consacrerons un troisième à la propriété du dessous et notamment à la propriété des mines.

CHAPITRE II

DE LA PROPRIÉTÉ SUPERFICIAIRE

Sous cette rubrique, nous traiterons : 1° de la superficie; 2° du droit du *domanier* sur les *édifices* et *superfices* dans le *bail à domaine congéable*; 3° du droit d'*évolage*.

§ 1^{er}. — DE LA SUPERFICIE PROPREMENT DITE

I. *Nature et effets du droit de superficie.*

La superficie peut se définir : un droit de propriété sur des constructions, arbres ou plantes adhérant à la surface d'un fonds, la propriété du dessous demeurant à un autre.

Pour en avoir une idée, il suffit de se figurer une

coupe de l'immeuble suivant un plan horizontal ; l'un a la surface avec les constructions, plantations et ouvrages qui s'y élèvent, tandis que l'autre est propriétaire du tréfonds.

La superficie n'étant autre chose que le droit de propriété limité au dessus, ou à une partie du dessus, et l'article 553 du Code-Napoléon admettant, dans sa première partie, que la règle de l'article 552 n'est pas une disposition d'ordre public, cela suffirait à la rigueur pour prouver la validité du droit de superficie. Mais il y a plus ; l'article 553 lui-même dispose directement qu'un tiers peut acquérir par titre ou par prescription la propriété de tout ou partie d'un bâtiment situé sur le sol d'autrui ; d'autre part, l'article 664 suppose que les différents étages d'une maison peuvent appartenir à des propriétaires différents, et règle, en l'absence d'une convention expresse, leurs droits et leurs obligations respectives ; il y a, dans ce dernier cas, plusieurs propriétés superficielles superposées.

L'existence de la superficie dans notre droit est donc constatée par des textes positifs ; mais le Code n'ayant pas pris soin de l'organiser et de la réglementer, il faut, pour en établir la théorie, s'aider des principes généraux.

De ce que la superficie est le droit de propriété, il suit qu'elle est nécessairement perpétuelle (1). Sans

(1) Demolombe, IX, 546. — *Contre* MM. Aubry et Rau, II, p. 392. Nous ne pouvons nous ranger de l'opinion de ces auteurs, qui, après avoir défini la superficie un droit de propriété, affirment qu'elle peut être concédée pour un temps seulement.

doute, comme nous le verrons pour le bail à domaine congéable, la propriété superficière peut bien être établie sous condition résolutoire, parce que, par l'effet de la condition accomplie, la propriété tombera rétroactivement, et avec elle les aliénations et les droits réels consentis par le superficiaire qui sera réputé n'avoir jamais été propriétaire; mais toute autre serait la superficie temporaire qui conférerait un droit dès à présent certain et non résoluble dans le passé, bien que limité dans sa durée pour l'avenir. Un tel droit ne peut être un droit de propriété, car la propriété comprend le droit de disposer de la chose de la manière la plus absolue (art. 544, Code Napoléon), et ce droit ne peut pas appartenir à une personne obligée de restituer à l'époque fixée par le contrat.

Nous concluons donc que, sous le nom de superficie, les parties n'auraient pu constituer qu'un usufruit superficiaire à temps, ce qui est tout autre chose, car l'usufruit est, comme on sait, un droit chanceux, incertain, limité au terme fixé par le contrat, ou à la vie de l'usufruitier, et non pas, comme la propriété superficière, transmissible aux successeurs universels ou particuliers. Au point de vue fiscal, le droit d'enregistrement à percevoir en pareil cas devrait être liquidé suivant les règles concernant les transmissions d'usufruit, et non suivant les tarifs établis en matière de propriété (1).

La superficie, comme tout immeuble par nature,

(1) Championnière et Rigaud. *Traité des droits d'enregistrement*, IV, n° 3469. — Cass. 24 juin 1829.

peut être aliénée, hypothéquée, grevée d'usufruit ou de servitudes réelles, saisie immobilièrement. Elle peut aussi donner lieu aux actions possessoires.

La propriété superficière peut être intégrale ou partielle, suivant qu'elle comprend tout ce qui se trouve à la surface du sol, ou qu'elle est restreinte aux constructions, aux plantes, aux arbres, ou même à certains arbres. C'est ainsi que, dans un assez grand nombre de terrains communaux, les arbres appartiennent à des particuliers, tandis que les communes sont propriétaires du sol (1).

Lorsqu'elle est intégrale, le superficiaire peut exercer tous les droits du propriétaire d'un fonds sur le dessus de ce fonds, il peut donc modifier la culture ou l'exploitation de la surface, construire de nouveaux bâtiments, et même démolir ceux qui existaient lorsque le droit de superficie a été établi, pourvu que son droit n'ait pas été créé révocable (2).

Si le droit de superficie est seulement partiel, le propriétaire superficiaire exerce les facultés inhérentes à la propriété, en ce qui concerne seulement les objets sur lesquels porte son droit; mais si les arbres venaient à être abattus ou renversés, ou si la construction était détruite, il ne pourrait pas planter de nouveaux arbres, ni construire un nouvel édifice.

Les réparations de toute nature sont évidemment à la charge du superficiaire dont le droit porte sur un bâtiment, puisqu'il s'agit en définitive de sa chose, et

(1) Demolombe, IX, 483 bis.

(2) Proudhon, *Usufruit*, VIII, n° 3724 et 3730. — Aubry et Rau, II, p. 392.

si la superficie est intégrale, il supportera en totalité les impositions qui sont généralement considérées comme des charges de la jouissance (art. 608, C. Nap.) (1).

Si la superficie est partielle, le superficiaire supportera la contribution foncière en proportion de son droit de jouissance (2).

Lorsque la superficie est intégrale, elle comprend presque tous les avantages du fonds et comme elle est en outre perpétuelle, à moins d'être établie sous condition résolutoire, elle se trouve alors en opposition avec l'esprit général de nos lois sur la propriété foncière. En Belgique, où le Code civil est en vigueur comme chez nous, une loi spéciale du 16 janvier 1824 (art. 4) a limité à cinquante ans la durée de la superficie (3), sauf la faculté de la renouveler. Toutefois, il est à remarquer que par cela même, la superficie ne constitue plus un droit de propriété, puisque, comme nous l'avons démontré, la propriété ne peut être temporaire; c'est alors un droit réel *sui generis* sur la chose d'autrui, fort étendu par les avantages qu'il confère, et tel qu'était la *superficie* en droit romain.

II. *Maison divisée par étages.* — Une maison peut faire l'objet de plusieurs propriétés superficielles distinctes. Cela peut se présenter lorsqu'un fonds bâti étant indivis entre plusieurs copropriétaires, ils conviennent d'attribuer à chacun d'eux la propriété d'un étage en laissant subsister l'indivision quant au sol,

(1) Demolombe, IX, 483 4^o.

(2) Proudhon. *Droits d'usage*, n^o 379.

(3) Molitor. *De la Possession*, n^o 97.

aux gros murs et au toit. La loi a prévu cette hypothèse (art. 664, C. Nap.), et elle a pris soin de déterminer les obligations respectives du propriétaire de chaque étage quant aux parties de l'édifice qui lui appartiennent en propre, et quant à celles qui demeurent dans l'indivision.

Parmi les charges communes, l'art. 664 range les frais de réparation ou de reconstruction du toit et des gros murs; on doit y ajouter les dépenses relatives aux autres parties de la maison demeurées indivises pour servir à l'usage de tous, telles que la cave, le grenier, la cour, le puits; il faut y joindre également l'impôt foncier et celui des portes servant à un usage commun. En principe, le propriétaire de chaque étage doit contribuer, à moins de clause contraire, aux charges communes en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient.

Quant aux charges particulières, à défaut de convention, l'art. 664 dispose que le propriétaire de chaque étage fait l'escalier qui y conduit et le plancher sur lequel il marche. Il faut y joindre l'impôt des fenêtres qui doit être supporté séparément par chaque propriétaire pour les fenêtres qui se trouvent dans son étage (1).

Chaque propriétaire peut faire dans son étage et dans les parties qui en dépendent tous les changements qu'il croit convenables, pourvu qu'ils ne causent aucun tort aux autres propriétaires. Je crois même qu'il pourrait faire des innovations sur les

(1) Duranton, V, 346. — Demolombe, XI, 428 et 430.

parties communes de la maison, à la charge de constater au préalable par experts qu'il n'en résultera aucun dommage.

III. *De l'acquisition de la propriété superficière.*
— La superficie peut être établie par convention, disposition ou prescription ; en ce qui touche les constructions, l'art. 553 contient une disposition expresse à cet égard.

L'établissement de la superficie sur des constructions pourrait aussi résulter d'une destination du père de famille. C'est ce qui arriverait si deux fonds contigus et bâtis appartenant au même propriétaire, celui-ci prolongeait les constructions de la maison A sur la maison B, ou à l'inverse isolait de la maison B des pièces qui en faisaient partie en les faisant communiquer avec la maison A, puis aliénait l'une de ces maisons au profit d'un tiers, les choses demeurant dans cet état. Il n'y a point alors, comme dans l'hypothèse de l'art. 664, indivision quant au sol, aux gros murs et au toit, et le propriétaire superficière ayant la propriété de l'espace aérien qui se trouve au-dessus des constructions ainsi établies sur le bâtiment d'autrui, a le droit de les exhausser, pourvu d'ailleurs que cette faculté ne lui soit pas interdite par son titre, et que l'exhaussement ne puisse pas causer de préjudice au bâtiment inférieur qui lui sert d'appui (1).

On admet également que par convention ou testament, le propriétaire d'un terrain planté peut attri-

(1) Civ. Cass. 30 nov. 1853. Sir. 54.1.679.

buer à un tiers la propriété des arbres qui se trouvent sur son terrain. Mais on a vivement contesté, dans la doctrine et dans la jurisprudence, l'application de la prescription à l'acquisition de la propriété d'arbres plantés sur le fonds d'autrui, considérés séparément du sol où ils sont plantés. On a cherché à se fonder sur l'art. 553, qui parle seulement de la prescription des bâtiments. Mais le deuxième alinéa de l'art. 553 n'est qu'une répétition surabondante de l'article précédent, qui pose nettement la règle; aucune bonne raison ne peut justifier la distinction qu'on veut établir entre les constructions et les plantations pour écarter l'application de la prescription dans le dernier cas, alors qu'on admet que par convention ou testament on peut créer au profit d'un tiers une propriété distincte sur les arbres. Si l'art. 553 ne parle pas des plantations, cette omission s'explique par leur importance relativement moindre en comparaison des constructions. La jurisprudence a été appelée à se prononcer plusieurs fois sur cette question, et elle a généralement admis que la possession peut s'appliquer à un arbre planté sur le fonds d'autrui séparément du sol où il existe, et que cette possession peut faire acquérir par prescription la propriété de cet arbre. La Cour de Caen notamment (14 juillet 1825, Sir. 26, II, 301) a jugé que l'émondage d'un arbre planté sur la berge d'un fossé, en procure la propriété par prescription, sans que cette prescription s'étende à la berge elle-même (1).

(1) Voyez dans le même sens un jug. du trib. de Boulogne-sur-

IV. *Droits du propriétaire du tréfonds.* — Le propriétaire du tréfonds conserve tous les droits du propriétaire d'un fonds sur le dessous; la seule restriction apportée au droit du tréfoncier est de ne causer aucun dommage aux édifices et superficies. Il peut donc, sous cette condition, exploiter souterrainement les tourbières et carrières qui existent dans le tréfonds; il a droit à la moitié du trésor qu'on y découvre par hasard, parce que le droit au trésor est un émolument de la propriété (art. 711, Code Nap.). Le tréfoncier a également droit à la redevance due par le concessionnaire d'une mine existant dans son fonds, sans qu'il y ait à distinguer si la mine était ou non en exploitation lors de l'établissement du droit de superficie; car la redevance étant la représentation de la propriété du tréfonds, ne peut en aucune façon appartenir au propriétaire superficiaire dont le droit s'arrête exclusivement à la surface (1).

V. *Extinction du droit de superficie.* — Le droit de superficie étant un droit de propriété, n'est pas, à vrai dire, susceptible de se perdre séparément de la chose qui en fait l'objet. La perte de la maison ou

Mer, du 23 mai 1836 (Sir. 36.2.514) et la note de M. Gilbert sur ce jug. — Cp. Civ. Cass. 18 mai 1858, Sir. 48.1.661. — Civ. rej. 23 déc. 1861, Sir. 62.1.181. — Curasson, *Compétence des juges de paix*, t. II, p. 217 et 218. — Garnier, *Des actions possessoires*, p. 221; *De la possession*, p. 264. — Troplong, *Prescription*, I, n° 273. — Pardessus, *Servitudes*, I, 49.

Contrà Bioche et Goujet, *Dict. de procéd.*, V° Action possessoire, n° 129 (3^e édit.); Bioche, *D. et. des juges de paix, cod. verb.*, n° 67 (1^{re} édit.); Carou, *Des actions possessoires*, n° 279 et suiv.; jug. du trib. de Douai du 20 déc. 1836, Sir. 37.2.329.

(1) Aubry et Rau, II, § 223 2° a et note 9. — *Contrà*. Proudhon, *Usufruit*, VIII, 3732.

l'abattage de l'arbre sur lequel il porte ne pourrait en amener l'extinction que dans le cas où la superficie serait restreinte à cette maison ou à cet arbre; mais si la superficie portait sur toute la surface d'un domaine, la perte de la maison qui se trouverait dans le domaine n'entraînerait pas la perte de la superficie, et le superficiaire aurait le droit de la reconstruire (1). (Arg. de l'art. 624 C. Nap.)

Lorsqu'une maison divisée par étages vient à être détruite par cas fortuit, les différents propriétaires ne sont pas tenus de contribuer aux frais de la reconstruction, et chacun d'eux peut demander la licitation du sol et des matériaux (2).

Le concours du droit de superficie avec la propriété du tréfonds constituant un partage matériel du sol, non une indivision, il va sans dire que l'article 815 est inapplicable, et qu'on ne saurait provoquer le partage ou la licitation de l'immeuble sur lequel portent ces deux propriétés bien distinctes (3).

VI. *Questions.* — Il nous reste, pour terminer ce que nous avons à dire de la superficie, à examiner deux questions importantes par leur caractère pratique et par les difficultés qu'elles soulèvent.

Première question. — Le droit de superficie peut-il porter sur les constructions ou plantations qui se trouvent sur un terrain ou un cours d'eau faisant partie du domaine public?

(1) Proudhon. *Domaine privé*, II, 711; *Droits d'usage*, I, 382; *Usufruit*, I, 117; VIII, 556. — Troplong. *Louage*, I, art. 1709, n^o 30 et suiv. — Demolombe, IX, 483.1^o.

(2) Demolombe, XI, 440.

(3) Lyon, 7 août 1844, Sir. 45.1.419.

Les choses placées dans le domaine public étant essentiellement inaliénables et imprescriptibles, nous croyons qu'il ne peut y avoir de véritable superficie sur un terrain ou un cours d'eau du domaine public. Mais, s'il y a tolérance, rien ne s'oppose à ce que ces constructions ou plantations puissent être considérées, vis-à-vis des tiers, comme des propriétés immobilières, bien qu'au regard du concédant il n'y ait qu'une concession personnelle et révocable. C'est ce que la Cour de Caen a jugé pour une pêcherie établie sur le rivage de la mer, et elle en a fait l'application en décidant que le concessionnaire avait pu la grever d'une hypothèque (1).

Nous admettrions la même solution pour un moulin ou une usine fixée par des piliers sur une rivière dépendant du domaine public (2).

Spécialement, en ce qui concerne les arbres plantés sur le sol des routes, on ne saurait objecter les lois qui ont reconnu aux particuliers un droit de propriété sur les arbres plantés dans l'intérieur des grandes routes et des routes départementales (loi du 9 ventôse an XIII, art. 2 et 3; — décret du 16 décembre 1811; art. 86 et 88; — loi du 12 mai 1825, art. 1), ni le décret du 28 août 1792, qui attribue aux riverains les arbres plantés sur les rues et places des villes, bourgs et villages (art. 14). Ce sont là des lois toutes spéciales, et elles ont limité l'attribution de la propriété des arbres à ceux qui existaient à l'époque de

(1) Caen, 3 avril 1824, Sir. 23. 2. 173.

(2) Voyez cependant Durantou, IV, p. 21.

leur promulgation. Aussi nous paraît-il difficile d'admettre la jurisprudence qui décide qu'un particulier peut acquérir par prescription la propriété des arbres plantés sur un chemin vicinal (1).

Deuxième question. — Il arrive fréquemment en pratique que des terrains propres à recevoir des constructions sont loués à un locataire avec la clause que le preneur pourra y édifier des constructions.

S'il résulte des conventions faites entre les parties que le bailleur a entendu renoncer au bénéfice de l'accession, par dérogation à l'article 552, le preneur acquiert-il alors la propriété superficielle des constructions, bien que limitée à la durée du bail et résoluble avec lui? Nous nous prononçons pour l'affirmative, car le locataire acquiert le bâtiment pour le posséder en nature d'immeuble; sans doute, à l'expiration du bail, il devra démolir, mais la propriété en devenant résoluble ne cesse pas pour cela d'être une propriété (2). Cette renonciation du propriétaire du sol peut résulter d'une déclaration expresse; elle peut aussi s'induire de l'ensemble des clauses du bail, ainsi que l'a reconnu maintes fois la jurisprudence, et spécialement de la clause qui porterait que les constructions élevées par le preneur seront affectées hypothécairement pour sûreté des loyers ou fermages, ou

(1) Civ. Cass. 18 mai 1858, Sir. 58.1.661. — Jug. du trib. de Lille, 11 mars 1859, et Civ. rej. 7 déc. 1860, Sir. 61.1.879. — Req. rej. 23 déc. 1861, Sir. 62.1.181. — Douai, 28 nov. 1865, Sir. 66.2.188.

(2) En ce sens Mourlon, *Transcription*, I, 13. — Rouen, 20 août 1859, Sir. 59.2.647. — Civ. rej. 7 avril 1862, Sir. 62.1.459. V. cep. Dubois, *Rev. prat.* 1862, XIV, p. 185.

de celle qui reconnaît au preneur, soit d'une manière absolue, soit pour le cas où il ne s'accorderait pas avec le bailleur, le droit d'enlever ces constructions à l'expiration du bail.

Si, au contraire, il est démontré que le propriétaire du sol n'a pas entendu renoncer au bénéfice de la règle *superficies solo cedit*, le droit du locataire ou fermier sur les constructions ainsi élevées n'est qu'un droit personnel et mobilier de jouissance comme celui qu'il a sur le sol lui-même. C'est ce qui aurait lieu dans le cas où le propriétaire du sol aurait stipulé dans le bail que les constructions lui resteraient sans indemnité, ou moyennant une indemnité qui serait fixée par experts, alors même, dans ce dernier cas, que l'estimation serait renvoyée à la fin du bail ; la circonstance que les constructions restent jusqu'à cette époque aux risques du locataire ne peut pas suffire pour le faire considérer comme propriétaire durant le bail.

Dans ce dernier cas, aucune modification n'est apportée au principe de l'article 552 ; le bailleur est à la fois propriétaire du fonds et des constructions que le locataire a élevées.

Dans le premier cas, au contraire, le locataire acquiert un droit de superficie, et voici les conséquences qui en résultent :

1° Il peut hypothéquer les constructions qu'il a élevées ;

2° Ses créanciers peuvent les saisir immobilièrement ;

3° La cession qu'il fera des constructions ne pro-

duira son effet à l'égard des tiers qu'à compter du jour où elle aura été transcrite (1).

§ 2. — DU DROIT DU DOMANIER SUR LES ÉDIFICES ET SUPERFICES DANS LE BAIL A DOMAINE CONGRÉABLE

Le bail à covenant ou à domaine congéable, usité dans plusieurs départements de l'ancienne Bretagne, présente une forme particulière du droit de superficie. Ce contrat avait été maintenu par la loi des 7 juin-6 août 1791, qui le purgea toutefois de ce qu'il avait de féodal ; mais une loi ultérieure (des 27 août-7 septembre 1792), confondant cette tenure avec les baux qui conféraient au preneur la propriété à la charge d'une redevance perpétuelle, déclara les *domaniers* ou colons propriétaires du sol aussi bien que des édifices et des superficies, à la charge de racheter la rente convenancière, et transforma ainsi le domaine congéable en un droit de propriété portant sur le fonds tout entier.

Mais cette loi qui violait la propriété des fonciers fut abrogée par une autre du 6 brumaire an VI qui remit en vigueur pour l'avenir la loi du 6 août 1791, tout en maintenant dans le passé les rachats effectués par les *domaniers*, et les droits de propriété pleine qui leur appartenaient (2). Depuis, l'art. 9 de la loi électorale du 19 avril 1831 a incidemment reconnu

(1) Murlon. *Transcription*, I, 13.

(2) Demolombe, IX, 503. — Toullier, III, 103. — Duvergier, *Louage*, I, 217.

Contrà : Carré, *Introd. à l'étude du dom. cong.*, p. 352.

l'existence de ce contrat dans notre droit actuel.

Rien ne s'oppose, en effet, à ce que ce contrat soit valable ; le Code Napoléon admet le contrat de bail et la vente de la superficie sous condition résolutoire ; or, le bail à domaine congéable n'est autre chose que la réunion de ces deux conventions (1). C'est ce qui explique la double dénomination du preneur que l'on appelle tantôt colon, lorsqu'on l'envisage comme fermier, parce qu'il a pris à bail le sol moyennant un fermage annuel connu sous le nom de *rente convenancière* ; tantôt *domanier*, lorsqu'on le considère comme propriétaire superficiaire.

Le propriétaire du fonds se nomme *foncier* ou *bailleur à covenant* ; il reçoit pour deniers d'entrée une somme qui représente la valeur présumée des édifices et superficies, et il stipule en outre, pour la jouissance du fonds, une *rente convenancière*.

Enfin, le propriétaire foncier conserve la faculté perpétuelle et imprescriptible de congédier le domanier, et de rentrer dans la propriété des *édifices et superficies*, en lui en remboursant la valeur à dire d'experts. De son côté, le domanier peut réclamer le remboursement, en provoquant le congément (art. 11 de la loi des 7 juin-6 août 1791). Cependant il est permis au propriétaire foncier et au domanier de renoncer respectivement, l'un à la faculté d'exercer le congément, l'autre au droit de le provoquer (2).

Pour épuiser la matière du bail à domaine con-

(1) Championnière, IV, 3065. — Duvergier, *op. cit.*, I, 212.

(2) Troplong, *Louage*, I, 61. — Aubry et Rau, II, § 223. — Cass. 5 mars 1851.

gérable et la traiter d'une façon complète, il faudrait, d'une part, considérer la situation du preneur comme fermier, et rechercher les différences qui existent entre ce contrat et le bail à ferme; de l'autre, déterminer le droit du domanier sur les édifices et superficies. Le premier point de vue ne rentrerait pas dans le cadre que nous nous sommes tracés, et exigerait d'assez longs développements, nous ne nous en occuperons donc pas; nous étudierons seulement le second point, et nous chercherons à déterminer quels biens demeurent la propriété du trésorier, quels sont ceux qui deviennent la propriété du domanier, et quels droits appartiennent à tous deux en qualité de propriétaires.

Le *foncier* conserve la propriété du tréfonds et des *bois fonciers*, il peut exercer à leur égard tous les droits d'un propriétaire sur sa chose, les hypothéquer, les vendre, etc. On considère comme *bois fonciers* tous les arbres propres à faire du bois d'œuvre, soit qu'ils aient crû naturellement sur la tenue, soit qu'ils aient été plantés par le domanier (1). On ne fait d'exception à ce principe que pour les arbres fruitiers qui deviennent la propriété du domanier; depuis la loi du 6 août 1791, les noyers ou châtaigniers sont en principe réputés fruitiers, à moins de clause contraire.

Le *domanier* acquiert la propriété des *édifices et superficies* à l'exception des bois fonciers. Pour comprendre le sens de cette expression *édifices et super-*

(1) Aulanier. *Traité du domaine congéable*, n° 57. — Rennes, 31 juillet 1834.

sices, il faut se reporter avant la première culture, à l'époque où la terre n'avait point encore été mise en valeur et travaillée par l'homme; les bâtiments, les clôtures, les fossés, les frais de premier défrichement, et en général tout ce que la main de l'homme a ajouté de valeur à ce fonds inculte est compris sous cette dénomination. Le domanier devient aussi propriétaire des *améliorations* qu'il fait sur la tenue, mais le mot *améliorations* a ici un sens particulier et restreint. Les améliorations permises au domanier sont celles qui ont pour but de fertiliser la tenue, comme les semis, les plantations d'arbres fruitiers, la création de prairies, les défrichements et dessèchements; au contraire, la loi interdit au colon les améliorations connues sous le nom d'*innovations* ou de *novalités*; elles ne se font légitimement que du consentement du foncier. Telles sont l'agrandissement des bâtiments existants ou la construction de nouveaux bâtiments; le domanier ne peut pas non plus faire des murs, des talus ou des fossés là où il n'y en avait pas, il peut seulement réparer ceux qui existent et relever ceux qui sont tombés; il peut aussi reconstruire avec des matériaux de même nature les édifices détruits sans leur donner toutefois des dimensions plus dispendieuses que celles qu'ils avaient en premier lieu. En défendant ainsi au domanier les *novalités*, les usages ont voulu empêcher qu'il ne pût paralyser entre les mains du foncier le droit de congément en l'obligeant à rembourser une somme considérable. En cas d'innovations faites par le domanier, il faudrait appliquer l'art. 555 du Code Napoléon; le foncier pourrait

demander la suppression des innovations avec dommages-intérêts s'il y avait lieu, ou, s'il préférerait les conserver, il en devrait le remboursement comme pour les améliorations légitimement faites.

Le domanier, ayant la propriété des *édifices et superficies*, peut couper les bois convenanciers, laisser les édifices en ruine, les clôtures sans réparations, mais son droit de propriétaire est limité par ses obligations de fermier. Si par suite de la mauvaise administration du domanier, le foncier avait juste sujet de craindre que la rente convenancière ne fût pas payée, il aurait action contre lui pour le contraindre à remettre les choses en état de manière à assurer le paiement de la rente. Le domanier peut aussi aliéner les superficies, les grever de servitudes, les hypothéquer (1), sauf l'effet du congément, qui, en résolvant la propriété du domanier, amènera l'extinction des droits réels qu'il aura consentis (2). Ses créanciers devront les saisir immobilièrement; il est toutefois un créancier, le bailleur, qui n'est pas astreint, s'il les fait vendre, à suivre les formes de la saisie immobilière, parce que, à son égard, les édifices et superficies sont réputés des meubles qui garnissent le fonds et qui, en cette qualité, forment le gage privilégié de la rente convenancière (3). Mais comme les

(1) Valette, *Des priv. et hyp.*, I, p. 189. — Demolombe, IX, p. 438. — Civ. rej. 11 nov. 1833, Sir. 33.1.834, et 5 mai 1834, Sir. 34.1.343; les motifs du deuxième arrêt sont textuellement copiés sur le premier.

(2) Troplong *Louage*, I, 61.

(3) Carré. *Introd. à l'étude du dom. cong.*, p. 95. --- Cass. 28 fév. 1832, Sir. 32.1.264.

édifices et superficies peuvent avoir une valeur considérable, on ne l'a pas autorisé à les vendre suivant les formes de la saisie mobilière, on a établi en ce qui le concerne une procédure particulière appelée *vente sur simples bannies*. Le bailleur à convenant ne peut saisir et vendre les effets mobiliers du colon qu'en se conformant aux règles du Code de procédure civile, titre 8, livre V. Le domanier peut aussi intenter toutes actions réelles possessoires ou pétitoires en ce qui concerne les édifices et superficies, non-seulement contre les tiers, mais aussi contre le foncier qui aurait usurpé ses droits, car la maxime que les édifices et superficies sont meubles par rapport au foncier ne s'applique que dans le cas où celui-ci exerce ses droits comme bailleur, et non dans celui où il porte atteinte sans cause à la propriété du domanier. En principe, le domanier ne pourrait pas intenter une action confessoire ni défendre à celle qui serait dirigée contre lui pour réclamer une servitude sur la tenue, car la servitude prétendue sera ordinairement due par le fonds et non par les édifices, mais si la servitude réclamée existait au profit ou à la charge des édifices, comme une servitude d'appui, il pourrait alors intenter l'action possessoire ou y défendre.

§ 3. — DE L'ÉVOLAGE

Les usages de la Bresse offrent un autre exemple très-remarquable du droit de superficie. Dans la partie du département de l'Ain qui est formée de l'ancienne principauté de Dombes, le sol, marécageux

et difficile à cultiver, est exploité en grande partie depuis une époque reculée au moyen d'étangs artificiels. De nombreux étangs furent créés de main d'homme à la surface du sol avec des digues et des chaussées élevées à grands frais ; le propriétaire d'un terrain put même inonder les fonds voisins, car on estimait alors que ce mode d'exploitation du sol était le seul possible.

Le droit d'établir des étangs sur le fonds d'autrui rendit dès lors nécessaire un règlement d'intérêts entre le fondateur de l'étang et les propriétaires du sol. Le fondateur de l'étang eut la propriété de l'étang en eau et du poisson qui s'y trouvait, sous le nom d'*évolage*, mais il n'en put jouir que pendant deux années consécutives, l'étang devant être mis à sec pour être cultivé la troisième ; en même temps il fut tenu de mettre l'étang en eau parce que le séjour des eaux sur le sol pendant deux ans dépose sur le sol une vase qui le fertilise. Le propriétaire du sol conserva la propriété du sol sous le nom d'*assec*, avec le droit d'en jouir tous les trois ans, alors qu'après deux ans le propriétaire de l'évolage a vidé et pêché l'étang. A son tour, il fut obligé de le cultiver et de l'ensemencer pendant cette troisième année, parce que les débris de la récolte servent à la nourriture du poisson que l'évolagiste y remet les années suivantes.

Une loi des 11-19 septembre 1792, faite en vue d'opérer le dessèchement des étangs insalubres et spécialement des étangs de l'Ain, ne put être appliquée dans ce département aux étangs dont l'évolage

et l'assec appartenait à des propriétaires différents; le dessèchement aurait dépouillé sans indemnité les propriétaires de l'évolage et ceux qui avaient des hypothèques ou d'autres droits sur l'évolage.

Depuis la promulgation du Code Napoléon, la jurisprudence a reconnu l'existence des droits d'évolage et d'assec. Les tribunaux locaux et la cour de Lyon en appel ont constamment jugé que l'évolage constituait une propriété distincte de l'assec, une propriété superficielle, *sui generis*, distincte de la propriété du sol de l'étang. « Attendu, dit un jugement du tribunal de Bourg, que suivant Revel et Collet sur les usages de Bresse, tout propriétaire d'un fonds qui pouvait recevoir l'assiette d'une chaussée eut le droit de construire sa chaussée pour établir un étang et d'inonder les fonds de ses voisins... Si ceux-ci concouraient aux travaux et aux dépenses nécessaires pour l'établissement de l'étang, ils prenaient une part proportionnelle dans le produit de la vente du poisson; mais, dans tous les cas, *ils restaient propriétaires de leur sol...* (1). »

Il résulte de cette doctrine :

1° Qu'il n'y a pas indivision entre le propriétaire de l'évolage et le propriétaire de l'assec, et que ni l'un ni l'autre ne peuvent demander le partage du sol (art. 815 Code Napoléon);

2° Que l'évolage et l'assec peuvent être hypothéqués séparément ;

(1) Jug. du trib. de Bourg; Lyon, 7 août 1844, Sir. 45.2.419.
— Cp. Lyon, 18 fév. 1844, Sir. 44.2.641 — Aubry et Rau, t. II, § 223.

3° Qu'ils peuvent être frappés isolément de saisie immobilière;

4° Que l'évolage est assujéti à une contribution foncière sous le nom de celui qui en est propriétaire, et l'assec également sous le nom de celui auquel il appartient.

Mais la Cour de cassation n'a pas admis cette opinion; elle a décidé, au contraire, que l'évolage et l'assec constituaient un partage de jouissance purement provisionnel, et qu'il y avait indivision quant au fonds; elle en a conclu que le partage pouvait être demandé conformément à l'article 815 du Code Napoléon (1). Quel que soit l'avantage qui ait pu résulter du système de la Cour de cassation, pour arriver à la licitation et, par suite, au dessèchement de ces étangs insalubres, nous croyons que cette décision n'était pas fondée en droit et qu'elle était contraire aux précédents. Autrefois la jurisprudence du parlement de Trévoux était que l'évolagiste n'a aucun droit sur le sol de l'étang (2), et si la loi des 11-19 septembre 1792 n'a pu recevoir son exécution, c'est qu'on pensait alors qu'il était impossible d'arriver à un partage du sol ou à une licitation de l'étang, parce que le titulaire de l'évolage n'était pas propriétaire de l'assec.

Toutefois une loi du 21 juillet 1856, en vue de simplifier la procédure et de réduire les frais pour la

(1) Cass. 5 juill. 1848, Sir. 48.1.677. — Cp. Cass. 31 janv. 1838, Sir. 38.1.120.

(2) V. l'exposé des motifs de la loi du 21 juillet 1856, rédigé par MM. Suin et Duvergier, conseillers d'État.

licitation de ces étangs, a décidé que les divers intéressés pourraient provoquer la licitation des étangs dont l'évolage et l'assec n'appartiendraient pas au même propriétaire, et a même créé une *licitation forcée* pour le cas où le dessèchement ayant été ordonné en exécution de la loi précitée de 1792, ils ne veulent pas se soumettre aux conditions prescrites pour l'effectuer.

CHAPITRE III

DE LA PROPRIÉTÉ SOUTERRAINE

Lorsqu'on parle, dans notre droit actuel, de propriété souterraine, il peut être question de la simple propriété d'une cave, d'un bâtiment sous le sol d'autrui, et cette espèce de propriété n'a rien que de très-simple et se gouverne d'après les principes ordinaires; il peut être question, au contraire, d'une propriété excessivement importante, de la propriété des mines, que des lois spéciales ont réglée dans un but d'intérêt général. Nous examinerons d'abord ce qui concerne la propriété souterraine autre que celle des mines, et nous étudierons à part ce qui concerne les mines.

§ 1^{er}. — PROPRIÉTÉ SOUTERRAINE AUTRE
QUE CELLE DES MINES

L'article 553 reconnaît qu'un tiers peut avoir, sous la propriété d'autrui, un souterrain, une cave ou toute autre construction. Cette propriété pourra s'acquérir de la même manière que la propriété superficielle, c'est-à-dire par titre ou par prescription. La possession à l'effet de prescrire devant être publique, la prescription sera en général plus difficile et plus rare dans cette hypothèse; mais cette condition pourra néanmoins exister, car il suffit, pour qu'il y ait ici possession publique dans le sens de la loi, que le propriétaire du sol ait pu connaître les actes de propriété qu'au vu et su de tous le tiers a réalisés à l'égard de lui, par exemple en faisant dans le fonds des travaux extérieurs et visibles d'appropriation, en le transformant en dépôt ou magasin pour des marchandises qu'il y met et qu'il en retire. Il y aurait encore possession publique, et à bien plus juste titre, si la construction se révélait à l'extérieur au propriétaire du sol par une ouverture, un soupirail, de façon qu'il ne pût en ignorer l'existence. Le tribunal de Soissons a ainsi jugé qu'on pouvait acquérir par prescription la propriété d'une carrière dans le sol d'autrui (1).

Cette propriété immobilière ne tombera pas en

(1) Jug. du trib. de Soissons, 10 juin 1828. V. cependant Civ. rej. 1^{er} fév. 1832, Sir. 32.1.464.

communauté ; elle sera susceptible d'hypothèque, de saisie immobilière, suivant les principes généraux ; celui qui aurait acquis un puits dans le terrain d'autrui pourrait réclamer, moyennant indemnité, le passage nécessaire pour y accéder (art. 682, Code Napoléon).

§ 2. — PROPRIÉTÉ DES MINES

A. Droit antérieur à la loi de 1810.

1. *Droit romain.* — La propriété des mines ou carrières (*metalla*) ne se distinguait pas de la propriété du sol dans lequel elles se trouvaient : le propriétaire du sol, en les exploitant, jouissait de sa chose (1).

Au Bas-Empire, des constitutions impériales, pour faciliter l'embellissement des villes, et notamment de Constantinople devenue la capitale de l'Orient, accordèrent à tout le monde le droit de rechercher et d'exploiter les mines de marbre, même dans le terrain d'autrui (2). Le propriétaire du sol conservait dès lors, comme tout autre, le droit de le fouiller, et ce n'était qu'à son refus qu'un étranger pouvait y faire des recherches et exploiter. Dans ce cas, celui-ci

(1) L. 7, Dig., *Solutio matrimonio*, § 13 et 14 (24.3). — L. 3, § 6, Dig., *De rebus eorum...* (27.9). — L. 13, § 5, Dig., *De usuf. et quemadm.* (7.1). — L. 18 pr., *De fundo dotali*, Dig. (23.5).

(2) L. 1, 10, 11, *De metallis*, C. Théod., Constantin et Théod. — L. 3, *De metallis*, C. J. Grat., Valent. et Théod. — L. 2, C. Théod. Julien, l. 1.

devait au propriétaire un dixième des produits. Cette disposition exceptionnelle, fruit des circonstances et de besoins momentanés, fut tour à tour révoquée et remise en vigueur (1).

L'exploitation avait lieu sous la surveillance de l'État, et à la charge d'un droit au profit du fisc, ordinairement du dixième (2).

II. *Ancien droit français.* — La permission de chercher et d'ouvrir les mines ne pouvait être conférée que par le roi. Le propriétaire du sol avait la préférence, mais le grand-maître des mines pouvait conférer à un autre le droit d'exploiter lorsqu'il jugeait le propriétaire incapable; dans ce cas, le propriétaire du fonds où se trouvait la mine avait droit à une indemnité (3). Un édit de Louis XIV, du 13 mai 1698, permit aux propriétaires de terrains contenant des mines de houille de les ouvrir et exploiter sans permission; les abus qui en résultèrent firent que la faculté accordée par cet édit fut supprimée par un arrêt du Conseil du 14 janvier 1744 qui remplaça les mines de houille sous le régime des concessions et permissions. La concession ne conférait que le droit d'extraire les minéraux.

III. *Droit intermédiaire.* — La loi du 28 juillet 1791 déclara que les mines étaient à la disposition de la nation, en ce sens qu'elles ne pouvaient être exploitées que de son consentement et sous sa surveil-

(1) L. 13, C. Théod., h. t.

(2) L. 3, C. J., *De Metallis* (11.6).

(3) Ordonn. de Louis XI, Montilz-lès-Tours, sept. 1471; édit d'Henri IV, juin 1601.

lance (art. 1^{er}). Elle accorda aux propriétaires de terrains le droit de jouir sans concession spéciale de celles des mines qui pourraient être exploitées à *tranchée ouverte* ou avec *fosse et lumière*, jusqu'à cent pieds de profondeur seulement. Dans le cas où il fallait une concession pour exploiter, le propriétaire du sol avait la préférence, pourvu que sa propriété, seule ou réunie à celle de ses associés, fût d'une étendue suffisante pour former une exploitation (art. 10, tit. 1). Lorsque la concession était faite à un autre que le propriétaire du sol, le concessionnaire ne lui devait pas d'indemnité en raison du produit de la mine, mais seulement pour les non-jouissances ou dégâts occasionnés par l'exploitation, qui étaient estimés au double de la valeur intrinsèque de la surface (tit. 1, art. 21 et 22). La concession était au moins de cinquante ans (art. 19, tit. 1).

B. *Loi du 21 avril 1810.*

La loi divise en trois classes, relativement à leur exploitation, sous le nom de *mines*, *minières* et *carrières*, les substances minérales ou fossiles renfermées dans l'intérieur de la terre (art. 1^{er}).

Aucune modification n'est apportée au principe de l'article 552 du Code Napoléon en ce qui touche les minières et carrières, le propriétaire du terrain dans lequel elles se trouvent peut les exploiter à son gré : les minières avec autorisation (art. 57), les carrières sans permission (art. 81), et elles ne sont détachées de la propriété du sol que par l'aliénation volontaire

qu'il en fait. Au contraire, en ce qui concerne les mines, le propriétaire du sol ne peut exploiter qu'en vertu d'un acte de concession du gouvernement qui a pour effet de séparer la mine, c'est-à-dire le terrain minier, du surplus du fonds qui prend le nom de surface, et d'en former un nouvel immeuble par nature distinct du premier ; l'acte de concession crée une propriété nouvelle (art. 5 à 8 et 19 de la loi du 21 avril 1810) (1). Mais jusqu'à l'acte du gouvernement qui opère la division entre le dessus et le dessous du sol, la mine appartient au propriétaire du terrain dans lequel elle se trouve, comme partie intégrante et constitutive du fonds, et il a droit à des dommages-intérêts quand il en est dépossédé par un fait illégal (2). L'acte de concession peut intervenir au profit d'un tiers ou au profit du propriétaire de la surface, sans aucune préférence pour ce dernier (art. 13).

Consentie au profit d'un tiers, la concession purge tous les droits du propriétaire de la surface sur le tréfonds, et opère alors une sorte d'expropriation pour cause d'utilité publique au profit du concessionnaire de la mine. Toutefois, comme la propriété du sol ne confère par elle-même aucun droit exclusif et direct sur les mines qui peuvent s'y trouver, la propriété de la mine ne dérivant que de la concession qui en est faite par l'autorité publique, il s'ensuit que la concession faite à un autre que le propriétaire du sol

(1) Voy. Loqué, IX, p. 314, séance du Conseil d'État du 13 février 1810.

(2) Req. rej. 1^{er} fév. 1841.

n'est pas assujettie aux règles ordinaires de l'expropriation pour cause d'utilité publique ; ainsi l'indemnité est fixée par l'acte de concession, et elle n'est pas préalable comme en cas d'expropriation (1) ; d'autre part, l'autorité judiciaire n'intervient point pour prononcer la dépossession du propriétaire du fonds où se trouve la mine.

L'indemnité, qui représente la propriété du tréfonds, consiste dans une redevance annuelle et perpétuelle sur le produit de la mine. Les hypothèques qui grevaient le fonds antérieurement à la concession se trouvent reportées sur cette même redevance qui participe de la nature immobilière de la surface et demeure réunie à sa valeur (art. 17 et 18).

Lorsque la concession intervient au profit du propriétaire de la surface, il ne se produit alors aucune expropriation, mais la concession n'en a pas moins pour résultat de faire de la mine un immeuble nouveau et distinct.

Dans cette hypothèse même, l'acte de concession doit liquider la redevance (art. 19), car le sol pourrait être grevé d'hypothèques spéciales antérieures à la concession, auquel cas il conviendrait de sauvegarder l'intérêt des créanciers hypothécaires ; indépendamment de cette circonstance, il faudrait encore faire l'évaluation de la redevance en prévision du cas où le propriétaire viendrait à aliéner ou à hypothéquer l'un des deux immeubles, la surface ou la mine.

(1) Cass. 8 août 1839, *Sir.* 39.1.669.

1. *De la mine.* — La propriété d'une mine est une propriété immobilière qui se compose de la terre dans laquelle gît la substance minérale qui a donné lieu à la concession; elle comprend tous les terrains situés dans l'étendue du périmètre concédé, et en outre les bâtiments, machines, puits et galeries, ainsi que les outils, agrès et chevaux attachés à l'exploitation (art. 8). A l'exception des gîtes minéraux qui ont fait l'objet de la concession, le sol continue d'appartenir au propriétaire de la surface, et s'il y avait dans le périmètre concédé une autre substance minérale, il faudrait pour l'exploiter une nouvelle concession (1).

La propriété de la mine est perpétuelle, et comme la surface, disponible et transmissible à titre gratuit ou onéreux (art. 7). Il faut donc lui appliquer, en principe, les règles du droit commun.

1° Ainsi elle peut être grevée d'hypothèques comme tout autre immeuble par nature; les hypothèques générales (légales ou judiciaires) dont se trouvaient frappés les biens du concessionnaire s'étendront de plein droit à la mine comme à tout immeuble nouveau entrant dans le patrimoine du débiteur (art. 7, 19, 20 et 21 de la loi du 21 avril 1810; art. 6 de la loi du 27 avril 1838 relative à l'assèchement des mines).

2° Elle est susceptible de saisie immobilière, car les biens susceptibles de saisie immobilière sont précisément ceux qui peuvent être hypothéqués (art. 7), Cp. art. 2118 et 2204 du Code Napoléon.

3° Le propriétaire de la mine ne peut être privé

(1) Dijon, 21 août 1856.

sans indemnité, même pour cause d'utilité publique, du droit de l'exploiter dans une partie quelconque de son étendue. La mine constitue, en effet, une propriété incommutable, et elle ne peut dès lors être supprimée par mesure administrative (1).

4° La mine peut être grevée d'un usufruit. Il faut remarquer à cet égard que l'art. 598 du Code Napoléon a été rédigé sous l'empire de la loi de 1701, et par suite qu'il a été modifié par les principes nouveaux de la loi de 1810. Le concessionnaire pourra donc grever la mine d'un droit d'usufruit sans que l'usufruitier ait besoin d'une nouvelle concession du gouvernement pour continuer l'exploitation (2).

5° La mine dont l'un des époux est propriétaire à l'époque de la célébration du mariage forme un immeuble propre et n'entre pas en communauté (art. 1404, C. Nap.). Au contraire, si la concession était faite à l'un des époux pendant le mariage, la mine tomberait dans la communauté comme conquêt, en vertu de la présomption de l'art. 1402 du Code Napoléon.

6° L'aliénation de la propriété d'une mine ou la constitution de droits d'antichrèse ou d'usufruit sur une mine par acte entre-vifs n'est opposable aux tiers qui ont acquis des droits réels sur la mine et qui les ont conservés en se conformant aux lois qu'à dater

(1) Civ. Cass. 18 juillet 1837, Sir. 37.1.664, et sur nouveau pourvoi, Cass. ch. réun. 3 mars 1841, Sir. 41.1.259.

(2) En ce sens : MM. Demolombe, IX, 649; Aubry et Rau, II, § 230, note 32. *Contrà*. Proudhon. *Domaine privé*, II, n° 768.

de la transcription de l'acte d'aliénation (loi du 23 mars 1855, art. 1^{er}).

7° Enfin la mine est assujettie à une contribution foncière qui se perçoit sous la forme d'une redevance fixe et qui varie avec l'étendue du périmètre concédé. La redevance proportionnelle qui consiste dans une part du produit net de la mine est le prix de la surveillance et de l'inspection de l'administration dans l'exploitation des mines (1).

Toutefois la loi de 1810, par des raisons d'intérêt public, a apporté des exceptions aux principes généraux en ce qui concerne les mines.

1° Le concessionnaire de la mine, bien que propriétaire, n'a pas le *jus abutendi* complet qui caractérise la propriété ordinaire, il faut qu'il exploite, telle est la condition expresse de la concession, et s'il cesse d'exploiter, ou s'il refuse de contribuer aux travaux nécessaires pour la conservation de la mine, la loi autorise l'administration à poursuivre sa déchéance (loi du 21 avril 1810, art. 49; loi du 27 avril 1838, art. 6, 9, 10).

2° La mine ne peut être aliénée partiellement, c'est-à-dire *par portions divisées*, sans l'autorisation du gouvernement donnée dans les mêmes formes que l'acte de concession. C'est là une disposition d'ordre public, et la nullité dont se trouve affectée une semblable convention peut être proposée pour la première fois devant la Cour de Cassation (2). La loi ne parle

(1) Loqué, IX, séance du 8 juillet 1809. — *Exposé des motifs* de la loi du 21 avril 1810 par M. Regnault de Saint-Jean-d'Angely.

(2) Civ. Cass. 4 janv. 1844.

que de la vente par lots et du partage (art. 7), mais on est d'accord pour reconnaître que l'échange ou la donation d'une partie de la mine sont également prohibés : *ubi eadem ratio, ibi idem jus*.

Mais plusieurs auteurs et la jurisprudence vont encore plus loin, malgré le caractère exceptionnel de cette disposition et la lettre formelle de la loi. Dans cette opinion, ce que la loi a voulu empêcher, c'est moins l'aliénation partielle que l'exploitation partielle de la mine ; dès lors tout acte qui a pour résultat de fractionner l'exploitation tombe sous l'application de l'art. 7, et spécialement l'amodiation ou louage partiel (1).

Nous pensons, au contraire, que la loi ne parlant que d'une aliénation partielle, l'exception doit être restreinte dans ses justes limites, conformément à la maxime : *Exceptiones sunt strictissime interpretationis*, et cela d'autant mieux que, malgré l'amodiation partielle l'unité de la concession ne disparaît pas, la propriété et la responsabilité reposent toujours sur la tête du concessionnaire qui demeure soumis à la surveillance de l'autorité administrative ; si les travaux de l'amodiataire sont contraires aux règles d'une bonne exploitation, l'administration pourra les interdire (2).

3° Un décret des 23 octobre-4 décembre 1852 est venu défendre à tout concessionnaire de mines de

(1) Civ. Cass. 4 juin 1844 ; Civ. Cass. 26 nov. 1845 ; Civ. rej. 3 janv. 1853. — Rey. *Propriété des mines*, t. I, p. 267.

(2) En ce sens : Req. rej. 4 juillet 1833 ; Req. rej. 20 déc. 1837 ; Lyon, 13 mai 1842.

réunir sa concession à d'autres concessions de même nature sans l'autorisation du gouvernement ; la violation de cette disposition pourrait donner lieu à la déchéance du concessionnaire.

II. *De la surface.* — La propriété de la surface comprend le dessus du fonds dans lequel se trouve la mine, et en outre la valeur de la redevance qui représente le tréfonds.

L'hypothèque qui existait au profit d'un créancier sur le fonds avant la concession de la mine affecte de plein droit la redevance, il en serait de même pour les hypothèques qui viendraient à être prises sur la surface après la concession (1). Si le propriétaire de la surface était en même temps propriétaire de la mine, et que les deux propriétés eussent été hypothéquées séparément, il faudrait évaluer la redevance et réunir sa valeur à la propriété de la surface (2).

L'usufruit de la surface emporte le droit aux arrérages de la redevance lorsque la mine était en état d'exploitation au moment de la constitution de l'usufruit (3).

La même solution devrait être donnée pour l'usufruit légal qui appartient à la communauté sur les propres des époux ; si la mine n'était pas ouverte au moment de la célébration du mariage, les arrérages de la redevance ne tomberaient dans la communauté que sauf récompense.

(1) Proudhon, *Domaine de propriété*, n° 779 ; Dalloz, *Répertoire*, V° Mines, n° 123.

(2) M. Valette, *Des priv. et hyp.*, p. 188, note 1.

(3) MM. Demolombe, X, 436 ; Aubry et Rau, II, § 230.

De même si un père de famille avait donné par contrat de mariage à un de ses enfants un fonds qui eût ensuite été compris dans une concession de mines faite à un étranger, l'enfant donataire venant au partage serait tenu de rapporter les arrérages de la redevance qu'il aurait touchés, parce qu'alors il y aurait lieu de considérer les arrérages comme un capital. Il en serait autrement si la mine était déjà ouverte au moment de la donation, parce que les arrérages constituent alors des fruits qui sont placés en dehors du rapport, conformément à l'art. 856 du Code Napoléon.

La redevance ne pourrait pas être saisie ni vendue séparément de la surface par les créanciers du propriétaire de la surface, car ils ne pourraient vendre la surface sans le tréfonds, ni le tréfonds sans la surface (1).

La vente de la surface par le propriétaire emporte de plein droit, à moins de clause contraire, l'aliénation de la redevance; mais il pourrait détacher la redevance de la surface, soit en la vendant séparément, soit en la réservant dans la vente de la surface, car cela n'est pas interdit.

Pour savoir si cette séparation change la nature de la redevance, il est nécessaire de rechercher auparavant quel est, d'après la loi de 1810, le caractère de cette redevance; car, suivant le parti qu'on prendra à cet égard, on décidera que la séparation en modifie ou n'en modifie point la nature.

(1) Aubry et Rau, t. V, § 581, note 11; Civ. Cass. 13 nov. 1848; Req. rej. 13 juillet 1840.

Dans une première opinion qui a pour elle le suffrage de la jurisprudence de la Cour Suprême et de plusieurs auteurs très-considérables, on dit que la redevance est une rente qui serait mobilière d'après les principes généraux, si la loi ne l'avait réunie à la propriété de la surface dont elle forme un accessoire immobilier; c'est parce qu'elle est un accessoire de la propriété de la surface qu'elle est susceptible avec elle et comme elle d'hypothèque et de saisie immobilière; séparée de la surface, elle ne forme plus qu'une rente mobilière aux termes de l'article 530 du Code Napoléon (1). Par conséquent, elle ne peut plus être hypothéquée, et pour que la saisie soit alors régulière, elle devra être faite suivant la forme établie pour la saisie des rentes constituées sur particuliers (art. 636 et suiv. du Code de procédure).

Je crois, au contraire, avec d'autres auteurs, que la loi du 21 avril 1810 a fait de la redevance une rente foncière. Cela résulte de ce passage du rapport sur cette loi présenté par M. de Girardin au Corps législatif : « La loi proposée réalisant la modification prévue par l'article 552 du Code Napoléon, fait de la mine une propriété distincte de celle de la surface; mais pour ne pas préjudicier aux droits acquis, la mine, qui est détachée de cette surface, est grevée en sa faveur d'une *rente foncière* affectée de toutes les hypothèques et charges qui grevaient le sol (2). » Cette

(1) MM. Aubry et Rau, II, § 163 d.; Rey., *op. cit.*, t. II, p. 43; Lyon, 9 février 1847; Civ. Cass. 13 nov. 1848; Civ. rej. 14 juillet 1850: il est à remarquer que les motifs de l'arrêt de rejet sont textuellement reproduits de l'arrêt de cassation.

(2) Loqué, IX, Seance du 21 avril 1810.

rente, qui représente la partie du fonds qui a été concédée, grève passivement la mine et la suit en quelques mains qu'elle passe; ce n'est ni un immeuble par nature, ni un immeuble par destination, mais un immeuble par la détermination de la loi. Dès lors la circonstance qu'elle vient à être détachée de la propriété de la surface ne peut lui enlever son caractère de droit immobilier qu'elle tient de la loi et non pas de sa réunion à la surface; après la séparation, elle pourra être hypothéquée et saisie immobilièrement (1).

Le concessionnaire de la mine peut-il racheter la redevance?

La loi du 21 avril 1810 est muette sur cette question, mais l'affirmative nous paraît résulter des travaux préparatoires et du rapport sur le projet de loi. On trouve ce qui suit dans le compte rendu des séances du conseil d'État : « M. Treilhard pense qu'on doit laisser au propriétaire le droit de vendre la redevance, sauf les droits des créanciers, et même laisser aux concessionnaires le droit de s'affranchir de la redevance en remboursant le capital.

« L'empereur approuve l'opinion émise par M. Treilhard (2). »

D'autre part, le rapport présenté par M. de Girardin au Corps législatif n'est pas moins explicite : « Désormais, et jusqu'au rachat, opéré légalement,

(1) En ce sens : Demolombe, IX, 649; Ballot, *Revue de droit français et étranger*, 1847, p. 417; Proudhon, *Domaine privé*, II, 781; Lyon, 29 décembre 1846.

(2) Loaré, IX, séance du 13 février 1810.

cette rente restera attachée à la superficie (1). » Cette solution peut très-bien se concilier avec notre système sur la nature de la redevance. D'après nous, la redevance constitue une rente foncière que la loi a réservée sur la mine au profit du propriétaire de la surface, et comme telle, elle devrait être irrachetable, puisque, dans l'ancien droit, la rente foncière était en principe irrachetable; mais il faut se rappeler que certaines rentes foncières, celles qui portaient sur des maisons dans les villes, avaient été déclarées rachetables par des ordonnances de février 1539, janvier 1552, mai 1553 et 1575 (2). Le législateur de 1810 a donc très-bien pu, tout en faisant de la redevance une rente foncière, décider qu'elle pourrait être rachetée par le concessionnaire de la mine (3).

La redevance peut être payable en nature à prendre ou à délivrer sur les lieux ou, au contraire, en espèces; il faudra se référer à cet égard à l'acte de concession qui, suivant les usages du pays, adoptera l'un ou l'autre de ces deux procédés. Comme elle ne consiste qu'en un paiement de somme d'argent ou de meubles divisibles, bien qu'elle soit immobilière de sa nature, elle se divise de plein droit entre ceux à qui elle appartient (art. 1220, C. Nap.), et par suite elle ne peut faire l'objet ni d'une licitation ni d'un partage (4).

(1) Rapport sur le projet de la loi du 21 avril 1810 présenté par M. de Girardin.

(2) Pothier, art. 270 de la Coutume d'Orléans, notes 1 et 2.

(3) Rey, *op. cit.*, II, 511 et 515.

(4) Req. rej. 10 nov. 1845.

III. *Des rapports entre le propriétaire de la mine et celui de la surface.* — Lorsqu'une mine a été concédée à un étranger, la surface et la mine appartenant à deux propriétaires différents et constituant deux propriétés contiguës, superposées, se trouvent, à raison même de leur situation, astreintes à des obligations réciproques pour lesquelles indemnité n'est pas due.

a. — D'une part, le propriétaire de la surface conserve la propriété de tout le terrain autre que celui qui contient les substances minérales concédées, et, conformément à l'article 544, il peut y exercer tous les droits inhérents à la propriété. La seule restriction mise à l'exercice de son droit est de s'abstenir de pratiquer des travaux nuisibles à l'exploitation de la mine. Ainsi il ne peut faire des excavations et fouilles qui porteraient atteinte à la propriété du concessionnaire, ni diriger les eaux qui se trouvent à la surface de façon à inonder la mine. Mais faut-il décider avec certains auteurs (1) que le propriétaire de la surface est condamné au *statu quo* depuis la concession de la mine et qu'il n'a plus que le droit de cultiver, que des constructions ne peuvent être établies par lui à la surface qu'à titre de simple tolérance, et qu'il doit les enlever à la première réquisition? Avec la jurisprudence, nous croyons fermement que non; la loi de 1810 n'a point frappé le propriétaire de la surface de l'interdiction d'améliorer son fonds et d'y faire les changements, plantations et constructions destinés à

(1) Rey, *op. cit.*, I, p. 187 et suiv., II, p. 103 et 104.

en augmenter la valeur ou l'agrément; condamner le propriétaire de la surface au *statu quo* depuis la concession de la mine, c'est sacrifier complètement ses droits à l'intérêt du propriétaire de la mine, c'est établir gratuitement et arbitrairement une servitude *non ædificandi* sur la propriété superficielle au profit de la propriété souterraine (1). — « Attendu, dit très-bien la cour de Dijon, que la théorie qui tend à frapper d'interdit après la concession, toute la surface du périmètre concédé, est exorbitante et répugne aux principes généraux du droit.. que la concession d'une mine ne donne au concessionnaire que la propriété de la mine... que tout ce qui n'est pas la mine, au tréfonds comme à la superficie, demeure la propriété libre du maître de la surface, et qu'ainsi, nonobstant la concession de la mine, les droits inhérents à la propriété superficielle restent entiers... Attendu que l'exercice de ces droits, notamment du droit de bâtir, ne devient abusif que lorsqu'il se manifeste par des travaux nuisibles à l'exploitation de la mine... que tous autres travaux de construction ne constituent qu'un usage naturel du sol... (2) »

Ainsi le propriétaire de la surface conserve les droits inhérents à la propriété, malgré la concession de la mine; toutefois la loi de 1810, par des raisons d'intérêt public, a établi que le propriétaire du sol

(1) Dupont, *Jurispr. des mines*, t. 1^{er}, p. 313; Peyret-Lallier, *Législation des mines*, t. 1^{er}, p. 318.

(2) Dijon, 21 août 1856; Lyon, 23 mai 1856; Req. rej. 17 juin 1857.

serait tenu de souffrir et de laisser faire à la surface de la part du concessionnaire tous les travaux qu'exige l'exploitation de la mine; mais l'occupation confère au propriétaire de la surface le droit de réclamer une indemnité. (Art. 43 et 44.)

b. — D'autre part, le concessionnaire de la mine est tenu de prendre dans l'exploitation de la mine toutes les précautions convenables pour garantir la solidité du terrain qui la recouvre, et qu'on a justement appelé le *toit* de la mine. C'est là une obligation naturelle qui dérive de la situation des deux propriétés, et qui est perpétuelle et absolue. Le propriétaire de la mine peut même être condamné par avance à faire exécuter les travaux préservatifs jugés nécessaires pour écarter toute cause de préjudice (1). En cas de dommage causé à la surface par les travaux intérieurs de la mine, le concessionnaire n'est tenu de réparer le préjudice que conformément au droit commun, c'est-à-dire au simple; il y a là, en effet, une obligation résultant d'un quasi-délit, dès lors on doit appliquer les articles 1149 et 1382 du Code Napoléon, et le dommage doit être évalué à dire d'experts. Il n'y a pas à distinguer si le dommage a été causé à des terrains cultivés ou à des bâtiments, et si les constructions ont été élevées avant ou depuis la concession. — La Cour de Cassation s'était d'abord prononcée dans le sens de l'application des art. 43 et 44 de la loi de 1810 au dommage causé à la surface par les travaux intérieurs de la

(1) Req. rej. 15 mai 1861.

mine; mais par un arrêt récent rendu chambres réunies, elle a modifié sa jurisprudence antérieure et adopté l'opinion que nous avons exposée (1).

Le propriétaire de la mine a droit de faire à la surface les travaux nécessaires à l'exploitation de la mine, d'y établir des magasins, bâtiments, chemins, machines, d'y pratiquer des sondages ou d'y percer des puits, mais ce droit ne peut être exercé par lui que sous certaines réserves :

1° La loi a fait exception pour les habitations, cours, jardins et clôtures murées, et pour les terrains attenants aux habitations dans une distance de cent mètres (art. 11 et 80). La Cour de Cassation voit dans ces dispositions une règle de police et de sûreté, et elle décide que le propriétaire d'une clôture murée peut interdire au propriétaire de la mine de creuser un puits, de pratiquer un sondage et même d'établir une machine ou un chemin de charroi à la surface dans une zone de cent mètres, alors même qu'il ne serait pas propriétaire des terrains sur lesquels s'exerce le droit d'occupation (2). Mais cette jurisprudence a été combattue par la plupart des auteurs et par des Cours impériales, car elle est à la fois contraire au texte et à l'esprit de la loi de 1810. L'ar-

(1) En ce sens : Dijon, 21 avril 1856; Lyon, 2 août 1858; Grenoble, 20 mars 1861; Cass. ch. réun., 23 juillet 1862; Civ. Cass., 4 août 1865. *Contra*: Nîmes, 10 février 1857; Civ. Cass., 2 décembre 1857; Nîmes, 15 décembre 1858; Civ. Cass. 17 juillet 1860.

(2) Civ. Cass. 28 juillet 1852; Cass. ch. réun., 19 mai 1856; Delebecque, *Législation des mines*, II, p. 116; Proudhon, *Domaine de propriété*, II, p. 409; Dufour, *Droit administratif*, III, p. 638; Dupont, *Jurisprudence des mines*, I, p. 309.

ticle 11 de la loi de 1810, qui est le siège de la question, est reproduit de l'article 23 du titre 1^{er} de la loi des 12-28 juillet 1791, ainsi conçu : « Les concessionnaires ne pourront ouvrir leurs fouilles dans les enclos murés, ni dans les cours, jardins, prés, vergers et vignes attenants aux habitations dans la distance de deux cents toises, *que du consentement des propriétaires de ces fonds*, qui ne pourront dans aucun cas être forcés à le donner. » Seulement l'article 11 a réduit la distance de deux cents toises à cent mètres et remplacé les mots : « *que du consentement des propriétaires de ces fonds* » par ceux-ci : « sans le consentement formel du *propriétaire de la surface*. » C'est dans ces dernières expressions qu'il faut chercher la cause de l'ambiguïté de l'article, car, prises *lato sensu*, elles s'appliquent aussi bien à celui qui est propriétaire d'un enclos ou d'une habitation sans être en même temps propriétaire du terrain où se font les travaux qu'à celui qui est à la fois propriétaire de l'un et de l'autre ; mais elles deviennent claires quand on les rapproche des derniers mots de l'article : « *ni dans les terrains ATTENANT aux habitations ou clôtures murées.* » Le législateur de 1810, comme celui de 1791, a voulu protéger le domicile ; d'après l'ensemble de cette disposition, le domicile ne s'entend pas seulement du lieu où habite la famille, il comprend les dépendances, les cours, les jardins et même un espace de cent mètres attenant aux habitations ; la loi n'a pas permis que des exploitations de mines, dirigées ordinairement dans un but de spéculation, pussent y porter atteinte. L'article 11 ainsi en-

tendu, il devient évident qu'il ne s'applique pas aux travaux faits par un propriétaire sur son fonds ou par un concessionnaire sur le fonds dont le propriétaire lui a permis l'accès; la propriété faisant défaut, les immunités du domicile ne se comprennent plus. Ce qui confirme cette interprétation, c'est que la loi prohibe aussi bien l'établissement d'une machine, d'un magasin (art. 11) ou même d'un chemin (art. 80) que le percement d'un puits ou l'acte de faire des sondages; elle ne s'est nullement préoccupée d'un intérêt de police et de sûreté, car il est évident qu'une machine ou un magasin si rapprochés qu'ils soient des habitations ne peuvent faire courir aucun danger aux habitations et clôtures (1). On est d'accord pour reconnaître que la disposition de l'article 11 ne s'applique qu'aux constructions existantes à l'époque de la concession.

2° La disposition de l'article 11 ne permet pas au concessionnaire d'une mine de faire des travaux à la surface ou d'exploiter à ciel ouvert sans le consentement du propriétaire, mais le concessionnaire peut faire des travaux souterrains même sous les lieux réservés; dans ce cas, il doit donner caution préalable au propriétaire de la surface (art. 15).

3° Tout décret de concession de mines interdit au concessionnaire de prendre possession de la surface

(1). En ce sens : Jousset, *Traité des servitudes d'utilité publique*, t. II, p. 30; Peyret-Lallier, *op. cit.*, t. I, p. 216; Richard, *Législation sur les mines*, p. 156; Dijon, 24 février 1834; Douai, 5 décembre 1838; Lyon, 7 décembre 1849; Dijon, 3 mai 1850 et 15 juillet 1853.

ou d'y établir des travaux sans une autorisation du préfet, qui est rendue après que le propriétaire de la surface a été entendu ou appelé. Une prise de possession sans autorisation constituerait une atteinte au droit du propriétaire de la surface et donnerait lieu à des dommages-intérêts outre l'indemnité des articles 43 et 44. (Dijon, 12 août 1853.)

Le concessionnaire qui fait des travaux à la surface doit payer au propriétaire une indemnité double de ce qu'aurait produit net le terrain endommagé, lorsque l'occupation est temporaire, c'est-à-dire moindre d'une année, et qu'après la cessation des travaux, le terrain est susceptible d'être remis en culture comme auparavant (art. 43 et 44). Dans le cas contraire, le concessionnaire peut être contraint par le propriétaire de la surface d'acquiescer le terrain endommagé au double de sa valeur. Cette indemnité est réglée à forfait par la loi, et ne peut être ni augmentée ni diminuée par le juge (1). En cas d'occupation définitive, le terrain doit être estimé d'après sa valeur au moment où le dommage a été causé (2). Ce n'est là d'ailleurs qu'un règlement judiciaire, si les parties étaient convenues par avance de l'indemnité, c'est cette indemnité qui devrait être allouée par le juge (art. 1134 C. Nap.).

(1) Dijon, 29 mars 1834 et 21 avril 1856.

(2) Req. rej. 22 décembre 1852.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. A l'époque classique, — le pérégrin, pouvait acquérir par tradition les *res mancipi* aussi bien que les *res nec mancipi*.

II. L'*in bonis habere* était une propriété du droit des gens reconnue par le préteur aux citoyens romains.

III. C'est la Publicienne qui compète à celui qui a reçu une *res mancipi* par tradition.

IV. Les pactes et stipulations n'ont jamais pu créer un droit réel d'usufruit ou de servitude pré-diale.

V. La *minima capitis deminutio* ne suppose pas nécessairement un amoindrissement de la capacité de celui qui la subissait.

VI. Le simple pacte produit une obligation naturelle.

VII. La règle que le possesseur de bonne foi doit compte des fruits existants ne s'est introduite qu'au Bas-Empire.

DROIT FRANÇAIS

I. On peut acquérir par prescription la propriété d'arbres plantés sur le fonds d'autrui.

II. La redevance accordée par la loi du 21 avril

1810 au propriétaire de la surface sur le produit de la mine, constitue un droit réel immobilier et garde ce caractère alors même qu'elle est séparée de la propriété de la surface.

III. Le propriétaire d'une maison d'habitation ou d'un enclos ne peut empêcher les travaux d'exploitation d'une mine faits à la surface des terrains attenant à son habitation ou à sa clôture, dans une distance de cent mètres, lorsque ces terrains ne lui appartiennent pas.

IV. La réparation du dommage causé à la surface par les travaux intérieurs d'une mine doit être réglée au simple, suivant le droit commun, et non d'après les art. 43 et 44 de la loi du 21 avril 1810.

V. L'article 543 (Code Napoléon) qui énumère les droits réels que l'on peut consentir sur les biens, est essentiellement limitatif et constitue une disposition d'ordre public.

VI. L'emphytéose temporaire a été supprimée par le Code Napoléon et ne forme plus aujourd'hui un droit réel au profit du preneur.

VII. La rente foncière, dans les termes de l'article 530 (C. N.), n'existe pas si le prix de vente d'un immeuble a été d'abord déterminé en un capital converti depuis en rente dans un acte postérieur.

VIII. Sous le régime de la communauté, la femme, même renonçante, ne peut jamais opposer son hypothèque légale aux tiers qui ont traité avec le mari.

IX. Lorsque la femme s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir, les capitaux qu'elle acquiert dans l'exercice d'une industrie personnelle ou

d'un commerce séparé, n'appartiennent pas au mari à titre de fruits, mais constituent des biens dotaux.

HISTOIRE DU DROIT

I. L'origine du colonat se trouve dans l'affranchissement des esclaves attachés par leurs anciens maîtres à la culture des terres, et dans l'assimilation à cette classe des Barbares prisonniers.

II. Les fiefs, nés des habitudes de clientèle militaire des Germains, ont pour origine les bénéfices que les rois francs concédèrent à leurs leudes ou fidèles.

III. Les profits de mutation ne dérivent pas des profits féodaux ou censuels.

DROIT CRIMINEL

I. La légitime défense ne peut donner lieu à des dommages-intérêts en faveur de celui qui l'a rendue nécessaire par son agression.

II. La peine prononcée par la loi contre le faux témoignage n'est pas applicable à ceux qui déposent à titre de simple renseignement, sans prestation de serment.

III. Le principe qui défend aux juges d'excuser les contrevenants sur l'intention ne fait pas obstacle à l'application de l'art. 66 du Code pénal ; à l'égard d'un prévenu de moins de seize ans, le juge doit,

avant toute condamnation, examiner et résoudre la question de discernement.

DROIT DES GENS

I. Un État neutre qui laisse s'armer sur son territoire des bandes libres pour aller servir l'un ou l'autre des belligérants, ne viole pas la neutralité.

II. Les traités suspendus par le fait de la guerre revivent-ils de plein droit au retour de la paix? Distinction.

Vu par le Président de la Thèse,
C. BUFNOIR.

Vu par le Doyen de la Faculté,
G. COLMET-DAAGE.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
A. MOURIER.

FIN

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

De la Propriété au point de vue du Droit civil et du Droit prétorien.

PREMIÈRE PARTIE

	Pages.
CHAPITRE I. — NOTIONS GÉNÉRALES.	1
CH. II. — DE LA PROPRIÉTÉ D'APRÈS LA LOI DES DOUZE TABLES ET LE DROIT CIVIL.	7
I. — Personnes pouvant avoir le <i>dominium ex jure Quiritium</i>	8
II. — Choses susceptibles du <i>dominium ex jure Quiritium</i>	9
III. — Modes d'acquérir le <i>dominium ex jure Quiritium</i>	12

DEUXIÈME PARTIE

DE LA PROPRIÉTÉ SELON LE DROIT PRÉTORIEN

CH. I. — DOMINIUM APUD PEREGRINOS.	26
CH. II. — IN BONIS HABERE.	31
Sect. I. — Origine, nature et condition d'existence de l' <i>in bonis habere</i>	32
Sect. II. — Des causes d'acquisition et des effets de l' <i>in bonis esse</i>	
§ 1. Des causes d'acquisition de l' <i>in bonis esse</i>	37
<i>Première classe</i> . Tradition d'une <i>res mancipi</i>	37
<i>Deuxième classe</i> . Modes d'acquérir prétoriens.	39
<i>Troisième classe</i> . Modes d'acquérir créés par des sénatus-consultes ou des constitutions impériales.	46
§ 2. Des effets de l' <i>in bonis esse</i>	50
A. Avantages.	50
B. Désavantages.	63
§ 3. Comparaison de l' <i>in bonis esse</i> et de la <i>bonæ fidei possessio</i>	67
CH. III. — DE LA POSSESSION DES FONDS PROVINCIAUX.	75
<i>Appendice</i> . De la Propriété dans le Droit de Justinien.	85

DROIT FRANÇAIS

PREMIÈRE PARTIE

De la propriété foncière dans l'ancien Droit français jusqu'au Code civil, et de la distinction du domaine direct et du domaine utile.

DEUXIÈME PARTIE. — DROIT ACTUEL

De la règle que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, et de ses modifications.

	Pages.
CH. I. — PORTÉE DE LA RÈGLE.	102
CH. II. — DE LA PROPRIÉTÉ SUPERFICIAIRE.	107
§ 1. De la superficie proprement dite.	107
§ 2. Du droit du domaine sur les édifices et superficies dans le bail à domaine congéable.	120
§ 3. De l'évolage.	125
CH. III. — DE LA PROPRIÉTÉ SOUTERRAINE.	129
§ 1. Propriété souterraine autre que celle des mines.	130
§ 2. Propriété des mines.	131
A. Droit antérieur à la loi du 21 avril 1810.	131
B. Loi du 21 avril 1810.	133
I. De la mine	136
II. De la surface.	140
III. Des rapports entre le propriétaire de la mine et celui de la surface.	145





IMP. L. POUPART-DANVILLE
Rue du Bac, 30.