

Lahovary, Alexandre N.. Faculté de droit de Paris. Du "Dominium" ou droit de propriété en droit romain. Du Régime de la propriété foncière au point de vue des droits réels qui peuvent en être détachés dans l'ancien droit français et dans le droit.... 1865.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres 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 reutilisation@bnf.fr.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

PAR

ALEXANDRE N. LAHOVARY

AVOCAT

PARIS

IMPRIMÉ PAR E. THUNOT ET C^e

RUE RACINE, 26

1865

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

**DU *DOMINIUM* OU DROIT DE PROPRIÉTÉ
EN DROIT ROMAIN.**

DU RÉGIME DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE

**AU POINT DE VUE DES DROITS RÉELS QUI PEUVENT EN ÊTRE DÉTACHÉS
DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS ET DANS LE DROIT ACTUEL.**

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

ALEXANDRE N. LAHOVARY,

Né à Bucharest (Roumanie), le 16 août 1840.

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

le jeudi 9 mars 1865, à 10 heures et demie,

PRÉSIDENT : M. DUVERGER, professeur,

SUFFRAGANTS :	{	MM. PELLAT,	} Professeurs.
		VALETTE,	
		DEMANTE,	
		BEUDANT,	

**Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement.**

PARIS

IMPRIMÉ PAR E. THUNOT ET C^o,

RUE RACINE, 26, PRÈS DE L'ODÉON.

1865

(6)

A MON PÈRE, A MA MÈRE.

INTRODUCTION GÉNÉRALE.

DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

Il est un fait aussi ancien que le monde, aussi général que la société. Ce fait, qu'on retrouve partout où il y a deux hommes en présence, et un objet susceptible de satisfaire leurs besoins, c'est *la propriété*, c'est-à-dire l'appropriation individuelle et exclusive d'un certain nombre de choses, prises sur la nature extérieure.

Non-seulement la propriété existe depuis que l'homme existe, mais elle a grandi avec lui, et accompagné, pour ainsi dire, tous ses pas dans sa marche vers la civilisation. Bornée d'abord avec son pouvoir et ses connaissances, aux produits de la chasse et de la pêche, ainsi qu'aux fruits spontanés de la terre, elle s'étend aux troupeaux, avec les peuples pasteurs. Avec la naissance de l'agriculture, elle s'attache à la terre elle-même qu'elle féconde et renouvelle, pour arriver de nos jours à comprendre les mille manifestations de l'activité humaine, et jusqu'aux œuvres de la pensée. Ainsi, chaque pas de l'humanité en avant est marqué par une extension du principe de la propriété. C'est une remarque historique que nul ne pourra contester.

Mais un fait, quelque général et quelque permanent qu'il soit,

peut ne pas être fondé sur la justice. La propriété a-t-elle une base légitime, ou bien n'est-ce que l'antique usurpation de la terre au profit de quelques heureux ? Est-elle un droit, ou bien une séculaire iniquité ?

S'il en est ainsi, l'humanité, il faut l'avouer, a été longtemps abusée ; s'il en est ainsi, il faudra d'autant plus s'en étonner, que partout la propriété a fondé le bien-être général, et que dans nuls pays la prospérité n'est plus grande, que dans ceux où elle est la plus et le mieux garantie. Ce serait en ce cas un douloureux antagonisme entre le fait et le droit, et une incompréhensible anomalie dans l'œuvre de la création. En établissant la légitimité de la propriété, on disculpe donc l'humanité d'un crime, et la Providence d'une contradiction.

La propriété a été généralement peu comprise et mal établie. Les philosophes et les publicistes, les législateurs et les jurisconsultes, du moins jusque dans ces derniers temps, ont été fort peu pénétrés de son véritable principe. Les définitions qu'ils en ont données, et les arguments qu'ils ont avancés en sa faveur, se sont pour la plupart du temps retournés contre elle. Elle a de plus été compromise par de fort mauvaises alliances, et son nom a servi à couvrir bien des usurpations, et les tyrannies les plus contraires à son principe. L'esclavage, la féodalité, ont prétendu en découler ; ils avaient presque réussi à attirer sur elle l'aversion qu'ils inspirent à juste titre.

Si nous cherchons la définition de la propriété dans les différentes législations qui ont régi le monde et la plupart de celles qui le régissent encore, nous verrons qu'elles n'en ont eu qu'une notion confuse et peu exacte. Ces législations consacrent, il est vrai, la propriété comme un grand et universel fait ; mais elles se laissent aller à la considérer comme une émanation de ces lois qui la protègent. Elles prennent l'effet pour la cause. Aussi que de contradictions ! L'odieuse confiscation s'y montre à chaque page et sous toutes les formes. Il semble que ce que la loi fait, elle peut le défaire. Pour ces législations, la propriété est sacrée ; elles le disent et la violent ! Elles l'organisent et la modifient ; elles en font un instrument politique, et partout le droit de propriété reflète dans son organisation les mœurs et les préjugés de la nation.

La propriété est théocratique chez les Israélites, et sa dis-

tribution rappelle de bien près les théories communistes de nos jours. Dans la Grèce républicaine, l'État, la cité est seule propriétaire; les citoyens n'ont guère que la jouissance; et les lois se croient le droit de distribuer les terres, et d'égaliser arbitrairement les fortunes. Avec les lois de Rome, la propriété s'empreint du caractère profondément personnel et indépendant de ce peuple fortement trempé; c'est là qu'elle approche le plus de sa notion véritable. Mais cette propriété n'est réservée qu'au citoyen; en dehors du Romain et de son champ, le monde n'est qu'une vaste proie et un butin à conquérir. Dans l'Orient, dans l'Asie, pays de despotisme, la propriété de tous appartient au maître suprême, elle est précaire et incertaine comme les fantaisies du tyran. Elle est hiérarchique et asservie dans le moyen âge, et les lois de la féodalité n'ont qu'un but, la conserver intégralement dans quelques familles privilégiées. Aux autres on abandonne l'usufruit, moyennant des redevances et un asservissement même de la personne. Quand la féodalité succombe, quand le pouvoir royal reprend les droits de la souveraineté, il élève avec Louis XIV la prétention à la propriété de tous les biens du royaume. Le *droit éminent* de l'État sur toutes les fortunes apparaît alors, et les publicistes du xvii^e siècle le discutent dans leurs écrits. Mais les mœurs, plus fortes que les lois, en font heureusement justice.

Ainsi partout les législations, s'appuyant sur une fausse notion de la propriété, en tirent quelquefois les conséquences les plus fatales au principe qu'elles veulent sauvegarder.

Les philosophes et les publicistes, jusqu'à nos jours du moins, n'ont point scruté plus profondément que les législateurs les causes véritables de la propriété; ils se sont aussi arrêtés à la surface des choses. Deux grands faits les avaient frappés par leur coïncidence et leur corrélation, la société et la propriété; ils ont été amenés à placer dans l'une l'origine de l'autre. Pour eux, l'occupation plus ou moins violente crée le fait de la propriété; la loi arrive et le transforme en droit. Comment la loi opère-t-elle cette métamorphose? Par sa toute-puissance, et parce qu'elle a reconnu, dans sa sagesse, que cette combinaison est la plus utile à l'humanité. De droit et de justice, pas un mot, à moins que la justice ne soit ce que la loi ordonne. Aussi ne faudra-t-il pas s'étonner lorsque des

novateurs hardis, s'emparant de ces mêmes arguments, proposeront l'abolition de la propriété, et s'armeront contre elle de ces lois dont on fait son unique bouclier.

Cette théorie fut d'abord émise par Cicéron, qui place l'origine première de la propriété dans l'occupation, et constate que celui qui porte atteinte à ce droit viole la loi même de la société humaine.

Cette idée ne doit point nous étonner dans l'antiquité. L'État était tout alors, le citoyen n'était rien, ou s'il était quelque chose, c'était comme membre de l'État. Il exerçait donc la souveraineté collective; mais, comme individu, il ne jouissait pas même de la liberté, et ce roi de la place publique n'était dans la vie privée que l'esclave de cette fiction qu'il avait élevée au-dessus de lui.

Après le moyen âge, après cette nuit épaisse où toutes les notions, et spécialement celle de la propriété, furent confondues, on crut faire beaucoup que de revenir aux idées de l'antiquité, qui du reste alors dominaient tous les esprits. Grotius, Puffendorf, Wolf, Burlamaqui, tous les auteurs qui ont cherché à se rendre compte de la raison des lois, n'ont point sur la propriété d'autre doctrine que celle de Cicéron; c'est toujours une appropriation individuelle des biens de tous, garantie par la loi, comme utile à la société. Bentham l'a répété, Montesquieu lui prête l'autorité de son génie. « Comme les hommes, dit-il, ont renoncé à leur indépendance pour vivre sous des lois politiques, ils ont renoncé à la communauté naturelle des biens pour vivre sous des lois civiles. » Jean-Jacques Rousseau, qui prend la propriété pour une invention sociale, lui jette, en passant, son cri de colère : « Voilà ma place au soleil, » disaient ces pauvres enfants. « Telle est l'image de l'usurpation de toute la terre. » Cet anathème tombait alors dans le vide. Ces idées eurent cours pendant la révolution française : Mirabeau leur prêta sa voix à la tribune. « La loi seule constitue la propriété, parce qu'il n'y a que la volonté politique qui puisse opérer la renonciation de tous, et donner un titre commun, un garant à la jouissance d'un seul. » Robespierre les formula dans sa Déclaration des droits : « La propriété est le droit qu'a chaque citoyen de jouir de la portion de biens qui lui est garantie par la loi. » Du reste, tous les publicistes du XVIII^e siècle, et même le législateur montagnard,

acceptent le fait de la propriété comme condition de l'existence de la société (1).

Mais leur théorie était grosse de conséquences; il a fallu que le temps les dévoilât; il a fallu que des hommes vinssent, qui, indignés du spectacle des misères humaines, et faute de patience et de science pour en pénétrer les véritables causes, s'en prenant au fait le plus apparent, accusassent la propriété de toutes les inégalités sociales. Alors quand des voix passionnées s'élevèrent contre elle et demandèrent son abolition au nom de ces lois mêmes dont elle se réclamait, la propriété dut chercher ailleurs sa cause et sa légitimité.

Elle a dû donc montrer ses titres, mais elle est sortie victorieuse de cette épreuve. Les travaux lucides des Charles Comte (2), des Thiers (3), des Bastiat (4), ont démontré jusqu'à l'évidence que la propriété avait une origine plus haute que ces législations variables et inconséquentes, qu'elle trouvait son fondement inébranlable dans la nature même de l'homme, et que les modernes réformateurs devaient commencer par refondre celui-ci, et refaire l'œuvre de Dieu. Ils ont, du reste, prouvé que cette organisation d'institution divine était encore la meilleure, et qu'elle contenait la répartition la plus égale et la plus équitable des richesses de la nature. C'est l'honneur des principes vrais de sortir plus forts des attaques qu'ils ont subies. La propriété qui n'était qu'un fait est devenue un principe.

Et cependant qu'a-t-il fallu pour cela? Étudier la nature même de l'homme; on a alors facilement prouvé que la propriété en découle d'une invincible manière.

L'homme naît avec des besoins et des facultés. Ses besoins sont grands, car de tous les êtres de la création, c'est celui qui naît le plus dépourvu de moyens de subsister. Il naît, comme a dit un écrivain, *nudus in nuda terra*, nu sur la terre nue, et c'est avec un gémissement qu'il entre dans la vie, comme s'il se sentait lui-même incapable de subsister en dehors de la famille et de la société. Mais si ses besoins sont grands, ses

(1) Il faut cependant en excepter Mably, qui le premier exposa le système communiste dans toute sa crudité.

(2) *Traité de législation. — Traité de la propriété.*

(3) *Du droit de propriété.*

(4) Pamyh'ets, *Propriété et loi.* — Har. econ., ch. VIII et IX.

facultés le sont aussi. Cet être chétif et misérable n'est point un animal vulgaire. Outre les organes que la nature lui a départis comme à tous les animaux, il a, ce qui forme son incomparable grandeur, l'intelligence, faculté suprême qui est comme l'apanage exclusif de cet aîné de la création. Ainsi l'homme en naissant est déjà propriétaire de ses organes, de son intelligence; en un mot il s'appartient à lui-même, et personne n'a le droit de l'asservir. Cette propriété est la plus sainte, la plus inviolable de toutes, car elle est le principe des autres. Ainsi donc l'esclavage est la plus odieuse et la plus complète négation du droit de propriété bien loin d'en être la conséquence.

Si l'homme est maître de ses facultés, le premier et le plus légitime usage qu'il puisse en faire, c'est d'assurer sa subsistance. S'il fait un arc et des flèches, s'il fabrique un filet, il devient propriétaire du gibier et du poisson qu'il a pris pour apaiser sa faim. Ce fait est bien simple, et incontestable dans sa simplicité. Eh bien ! la notion du droit de propriété va en sortir et nous apparaître dans toute sa clarté. Du moment où ce sauvage a atteint l'animal qu'il poursuit, du moment où il a dit : cette proie m'appartient, un droit et un devoir sont nés, et toutes les relations des hommes se réduisent à ces deux termes. Un droit est né pour l'un de garder ce qu'il a pris; en agissant ainsi qu'a-t-il fait, sinon exercer sa liberté naturelle dans le but le plus légitime ? A-t-il fait tort à quelqu'un ? Non, car ce qu'il a pris n'appartenait à personne. La nature seule aurait droit de se plaindre, mais la nature a probablement voulu que l'homme pût vivre sur la terre. Avec le droit du chasseur sur sa proie est né un devoir corrélatif, devoir pour tout autre homme de respecter cette légitime acquisition. Si un autre voulait en effet par la violence ravir à cet homme le produit de sa chasse, un invincible instinct ne le pousserait-il pas à se défendre ? Cet instinct ne saurait être condamné. Que fait donc ce sauvage ignorant quand il repousse celui qui veut lui ravir sa proie ? Il établit la légitimité du droit de propriété mieux que toutes les théories, et au sein de la nature sans règles et sans lois, il élève la première protestation du droit contre la force.

L'homme, usant donc de sa liberté, se sert de ses facultés pour vivre; le travail lui a donné la propriété; la force lui

servira pour la défendre, avant même que le droit ne soit formulé et que la société n'existe pour le garantir.

Nous allons voir au contraire la société dériver de la propriété.

Si l'homme, en effet, était comme la brute, tout s'arrêterait à cette première phase ; il satisferait, au sein des forêts, sa faim du moment, et, disputant aux autres brutes sa grossière subsistance, il passerait sur cette terre sans souvenir de la veille et sans souci du lendemain. Mais il est doué de mémoire et de prévoyance. La nature a compté sur lui pour élever le merveilleux édifice de la civilisation. Aussi cherchera-t-il bientôt à assurer le fruit de son travail, et contre les violences particulières élèvera-t-il la force générale de la société. Cette société, représentée par l'État, prélèvera une partie de la fortune de chacun pour défendre le droit de tous. Telle est l'origine et la légitimité de l'impôt. Désormais la société est fondée ; les lois sont nées. Comment donc ces lois auraient-elles donné naissance à la propriété, puisqu'elles n'existent que pour la protéger ? Comment la société pourrait-elle accaparer un droit qui lui est antérieur, puisqu'il l'a créée ?

C'est alors que l'homme assuré d'une protection pour les fruits de son travail passe de l'état sauvage à un état plus avancé. De nomade et de pasteur il devient sédentaire et agriculteur. Il s'attache à cette terre que désormais il doit fouiller obstinément, car de ses entrailles il tirera la subsistance du genre humain et l'avenir même de la civilisation. Furent-ils donc des usurpateurs ceux qui les premiers transformèrent en fertiles prairies le sol nu et aride, et en campagnes florissantes la terre inculte et dépeuplée ? Les hommes ont béni leurs noms, et avec raison. Par eux le séjour de l'homme a été embelli. Les villes pouvaient désormais s'élever, les arts naître et fleurir ; car la terre fécondée pouvait nourrir l'humanité.

Mais ces effets merveilleux ne se sont produits que lorsque le cultivateur a été assuré de recueillir en paix les fruits qu'il avait semés, lorsque enfin la possession paisible du sol lui a été garantie.

La terre est à tous les hommes, a-t-on dit, et personne n'a le droit de s'en emparer. La terre est à tous les hommes, mais qu'est-ce à dire ? L'humanité ne se compose-t-elle pas d'individus, et comment chacun en particulier pourrait-il profiter

du don général de Dieu, sinon en s'appropriant pour la culture une portion de ce sol? S'il le fait, de quel droit un autre viendrait-il lui enlever un terrain qu'il a ainsi mis en valeur? N'est-il pas d'une stricte équité que ce sol appartienne à celui qui l'a tiré de la classe des choses improductives pour en augmenter le bien-être et la richesse générale? C'est dans ce légitime espoir qu'il l'a conquis sur la nature avec tant de peine et de sueur. Oui, cette terre est à lui comme le gibier est au chasseur qui l'a pris! Sans la propriété mobilière l'humanité n'eût pu subsister un seul instant; sans la propriété foncière, elle serait perpétuellement restée à l'état sauvage.

On a reproché au propriétaire foncier de profiter seul des qualités productives de la terre, de sa fertilité, et même du soleil et de la pluie, de monopoliser, en un mot, la nature entière. Ces qualités naturelles de la terre qui font que ce qu'elle rend dépasse de beaucoup l'intérêt du capital et du travail qu'on y met, *cette rente*, comme l'appellent les économistes eux-mêmes, ne constituent-elles pas un privilège, que le propriétaire foncier usurpe au détriment de l'espèce humaine? « Qui a droit, s'écrie M. Proudhon, de faire payer l'usage du sol, de cette richesse qui n'est pas le fait de l'homme? A qui est dû le fermage de la terre? au producteur de la terre, sans doute. Qui a fait la terre? Dieu. En ce cas, propriétaire, retire-toi. Que le Créateur se présente pour réclamer son fermage; nous compterons avec lui, ou que le propriétaire, s'il est son fondé de pouvoir, montre sa procuration! » A cette vigoureuse sortie contre la propriété foncière, il y a plus d'une réponse. D'abord, s'il est possible, étant donnée la liberté humaine, de cultiver la terre, sans se l'approprier, que le fougueux socialiste en montre le moyen. Il est vrai que le propriétaire foncier profite de la fécondité du sol, de la chaleur du soleil, de la clémence des saisons. Mais est-il vrai qu'il en profite seul? Non, mille fois non! Et quand toutes ces causes favorables existent, tout le monde n'en ressent-il pas les effets, par un abaissement sensible du prix des subsistances, et tellement que quelquefois les cultivateurs ont grand-peine à couvrir leurs frais? C'est donc une vaine illusion de croire qu'il est possible à quelqu'un d'intercepter les dons de Dieu. Celui qui les accorda a su s'arranger de manière à ce qu'ils arrivassent toujours à ceux qui ils étaient destinés. Le propriétaire foncier ne diffère

point là-dessus de l'industriel qui emploie la vapeur et l'électricité. Est-ce à dire qu'il les monopolise et qu'il fasse payer ces bienfaits de la nature? Non! gratuitement il les reçoit, et gratuitement il les rend aussi. L'homme ne paye jamais que le travail de l'homme, soit le travail actuel qui produit le salaire, soit le travail accumulé qui produit l'intérêt ou la rente.

La propriété foncière finira par absorber toute la terre habitable, et les derniers venus ne trouveront plus un pouce de sol libre sur ce globe que Dieu cependant a fait pour tous. Plût au ciel qu'il en fût ainsi! dirons nous aux socialistes; cela prouverait que toute la terre est cultivée.

« Qu'on se rassure, dit spirituellement M. Thiers, les nations de l'Europe n'ont pas encore cultivé, les unes le quart, les autres le dixième de leur territoire. Les grandes nations ont toutes fini n'ayant encore défriché qu'une petite portion de leur sol. Elles avaient eu le temps de perdre leur caractère, leur génie, leurs institutions, avant d'avoir non pas achevé, mais un peu avancé la culture de leur territoire. »

Quant aux droits de pêche, de chasse, de pâture, de cueillette, que tout homme, dit-on, à l'origine peut exercer partout, sans être arrêté par les limites des héritages, n'ont-ils pas été mille fois compensés par tous les avantages que la société civilisée offre au plus pauvre de ses membres? Ceux qui réclament ces droits précieux n'ont, du reste, qu'à aller les exercer sur les trois quarts du globe où ils existent encore; mais aucun n'en voudrait.

La terre à l'état sauvage est donc improductive et sans valeur; l'homme a le droit de la féconder et de se l'approprier. Cette appropriation faite, elle doit être respectée, car, en définitive, c'est le travail, c'est la liberté qu'on respecte en respectant la propriété. Le communisme ne s'y est pas trompé: à l'intérêt personnel qu'il supprime, à l'instinct de la famille qu'il détruit, à la propriété qu'il abolit, il n'a pu substituer qu'une chose, la contrainte. Liberté et propriété, spoliation et esclavage, sont des termes essentiellement synonymes; il n'y a pas de tyrannie qui n'aboutisse à une spoliation.

En admettant la propriété, nous devons admettre tout ce qui la garantit et la complète, tout ce qui en découle logiquement.

Ainsi une longue possession aux yeux de tous et contre laquelle personne ne réclame affirme suffisamment le titre du propriétaire. Sans la *prescription*, la propriété ne serait reconnue en théorie que pour être détruite en pratique, et les procès absorberaient la valeur des héritages.

La propriété est essentiellement transmissible et échangeable; elle dérive de la liberté, c'est donc la liberté qui doit la régir. Les lois ont le droit et le devoir de prohiber les dispositions particulières qui entraveraient cette liberté.

Transmissible par échange, elle doit l'être par donation. Qui donc pourrait interdire à l'homme le plus noble usage qu'il puisse quelquefois faire de sa fortune?

Si le propriétaire peut donner pendant sa vie, pourquoi ne donnerait-il pas au moment de mourir? Sa mort prochaine peut-elle influencer sur sa capacité présente? La donation entraîne le testament.

Mais s'il a été surpris par la mort, s'il n'a pas eu le temps de faire connaître sa dernière volonté, toute législation équitable devra répartir sa fortune selon l'ordre présumé des affections de sa vie et, avant tout, l'assurer à ses enfants.

On a prétendu que l'hérédité ne découlait point de la nature même des choses; on a voulu en faire une création de la loi; on a ici, plus que partout ailleurs, semblé reconnaître au législateur un pouvoir discrétionnaire. Rien n'est plus faux cependant. Si quelque chose est la suite naturelle du droit de propriété, c'est bien l'hérédité. Et pour qui donc l'homme travaille-t-il? pour qui se consume-t-il en efforts, sans compter ni les jours ni les nuits? N'est-ce pas pour ses enfants? N'est-ce point l'espoir qu'il a de se survivre à lui-même en eux, qui donne à toutes ses œuvres comme un reflet d'immortalité, et cet ouvrier d'un jour ne semble-t-il pas toujours travailler pour l'éternité? C'est donc condamner la nature humaine elle-même que condamner l'hérédité; sans ce principe la terre n'eût pas vu la centième partie des œuvres qui l'ont couverte, et la civilisation, arrêtée dès ses premiers pas, serait morte à son berceau. La loi donc, en consacrant l'hérédité, donne satisfaction à un grand et légitime instinct. Elle doit se borner à être le fidèle interprète de la nature, et rejeter les privilèges d'ainesse et de masculinité qui en sont le démenti.

Ainsi trouvant son fondement dans la liberté humaine, son origine dans les conquêtes de l'homme sur les forces improductives de la nature, sa perpétuité dans l'instinct de la famille, sa garantie dans la société qu'elle fonde ou qu'elle resserre, la propriété nous apparaît comme le droit le plus ancien et le plus respectable qui soit au monde. Assurant la liberté et la dignité de chacun, accessible à tous par le travail, excitant le génie humain, encourageant le producteur, nourrissant l'ouvrier, elle a eu pour effet d'ajouter sans cesse à la masse des richesses générales, et d'accroître indéfiniment cet immense patrimoine de l'humanité. Si les causes étrangères, qui ont entraîné jusqu'ici l'essor pur qu'elle donne à l'activité humaine viennent à cesser, si la spoliation sous toutes les formes s'arrête, la propriété garantie est destinée à accroître tellement cette richesse, que le plus pauvre en aura sa part assurée. Et certes, si l'on considère ce qu'elle a déjà fait, malgré tant de guerres, de dévastations, d'aberrations politiques et économiques, on ne saurait lui prédire un trop grand avenir.

On lui a reproché de créer les inégalités sociales, comme si ces inégalités n'existaient pas avant elle et sans elle ; comme si tous les hommes naissaient également forts, également intelligents, également heureux. Que ceux que cette variété choque, aillent demander compte à Dieu de son œuvre. On lui a reproché d'amasser toutes les richesses sur quelques privilégiés ; oui, comme les nuages amassent les gouttes d'eau, qu'ils vont répandre partout en pluies fécondantes.

La propriété n'est, après tout, que le travail garanti. Si elle a pour effet de rendre le riche intelligent toujours plus riche, elle rend aussi le pauvre toujours moins pauvre. En excitant toutes les activités, elle augmente sans cesse la masse des richesses partageables. Tout autre système, outre qu'il serait le tombeau de la dignité et de la liberté humaine, n'aurait pour effet pratique que l'égalité dans la misère.

DROIT ROMAIN.

DU *DOMINIUM* OU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

CHAPITRE PREMIER.

DU *DOMINIUM* EN GÉNÉRAL.

Définition du droit. — Éléments qui le composent : *Usus, fructus, abusus.* — *Res corporales et incorporales.* — *Nudum dominium.* — Servitudes réelles. — *Superficies.* — *Ager vectigalis.*

Le *dominium*, ou droit de propriété, est le droit le plus absolu qu'une personne puisse avoir sur une chose; c'est le droit de retirer d'une chose tous les avantages dont elle est susceptible, d'en percevoir les fruits périodiques et autres produits quelconques, enfin d'en absorber la substance en faisant de l'objet de ce droit un usage définitif et qui ne peut plus se renouveler.

Les Romains avaient trois mots pour exprimer ces trois idées : *uti*, *frui*, *abuti*, user, percevoir les fruits, disposer d'une manière définitive. Ce sont les trois éléments « dont la réunion forme le droit complexe de propriété (1). » *Uti*, c'est se servir de la chose pour l'usage auquel sa nature la destine ; *frui*, c'est percevoir les fruits périodiques ou autres produits de la chose, quand cette chose est susceptible d'en donner ; enfin *abuti*, de *uti*, se servir, et de *ab*, qui marque un usage poussé jusqu'au bout, jusqu'à extinction, c'est faire de la chose un usage qui ne peut plus se renouveler. Or on peut ainsi disposer de la chose, soit en la consommant, ce qui la fait disparaître absolument ; soit en l'aliénant, c'est-à-dire en transmettant à un autre le droit que nous avons sur elle. Et ici c'est encore un *abusus* ; car, bien que la substance de la chose ne soit pas détruite, le propriétaire n'en a pas moins fait un usage définitif à son point de vue, car il ne peut plus se renouveler pour lui.

De l'étude de ces trois éléments ressort clairement l'idée que nous devons nous faire du droit de propriété. La propriété n'est, après tout, que la liberté de l'homme exercée sur les objets extérieurs. Quand une personne a sur un objet tous les droits que nous venons de mentionner, son pouvoir sur cet objet est bien complet, et l'on ne peut se figurer rien de plus absolu.

Il n'y a donc pas ici de droit rival qui vienne limi-

(1) Fœllit, *Intr. génér. Principes sur la propr.*

ter et spécialiser le droit de l'homme sur la chose. Dès lors on peut dire avec raison que la chose elle-même appartient entièrement à son *dominus*, à son propriétaire : *hæc res mea est*; car l'effet d'un pouvoir si complet est naturellement que le droit et l'objet du droit viennent à se confondre, du moins au point de vue de la pratique. Ceci nous explique pourquoi les Romains, dans l'énumération qu'ils font des droits réels, *jura in re*, ne mentionnent cependant pas le *dominium*, qui est le premier et le plus important de ces droits. Ils le mettent dans une classe à part en opposition à tous les autres droits que nous avons sur les choses : *Quædam præterea corporales res sunt, quædam incorporales* (1), nous dit Gaius.

Il y a des choses corporelles, telles que l'or, l'argent, les vêtements, et des choses incorporelles, *quæ tangi non possunt*, telles que l'usufruit, l'usage, etc. Qu'est-ce à dire cependant? Est-ce que l'or, l'argent, les vêtements ne sont pas, quand ils nous appartiennent, les objets d'un droit, le *jus domini*? Et, d'un autre côté, ces droits d'usage d'usufruit etc., ne portent-ils pas eux-mêmes sur des objets corporels comme des fonds, des vêtements, des esclaves? Et dès lors, que signifie cette division, et ces deux catégories ne rentrent-elles pas l'une dans l'autre? Cela est vrai à un point de vue : à considérer les choses en elles-mêmes, il n'y a évidemment que des objets corporels, des fonds, des esclaves, de l'or, des vête-

(1) Gaius, C. II, §§ 12, 13, 19; Just., liv. 2, tit. 2, Inst.

ments et à considérer les rapports de l'homme avec ces choses, il n'y a que des droits, des idées juridiques, *quæ tangi non possunt*, tels que le droit de propriété, d'usufruit, d'usage, de gage, etc. Cependant, cette distinction a un motif sérieux : c'est que le droit de propriété étant la réunion de tous les droits, on ne sent plus le besoin de le nommer, il disparaît dans la chose même qui en est l'objet, et l'on dit : « Ce fonds est à moi. » Et non : « La propriété de ce fonds est à moi. » On dit : « Je revendique ce fonds, » et non le droit de propriété sur ce fonds. Au contraire, quand il s'agit d'un de ces droits tels que l'usufruit, l'usage, qui ne renferment qu'une partie des attributs du droit de propriété, l'idée d'un semblable droit ne va pas sans réveiller l'idée d'un droit rival qui le limite et le circonscrit. Il faut bien donc dire : « J'ai l'usufruit sur cette chose, » parce qu'on n'a alors que le droit d'user et de jouir de la chose sans pouvoir l'aliéner ni la consommer.

Cette chose est donc susceptible d'un autre droit encore qui appartient à un autre bénéficiaire. Il est dès lors impossible de dire : « Cette chose est à moi, » ce qui veut dire qu'on a sur elle tous les droits. Il faut nommer le droit spécial et limité qu'on a sur elle et dire : « L'usufruit ou l'usage de cette chose m'appartient » : *Ususfructus hujus rei meus est*, ou : *Vindico hujus rei usumfructum*.

Les différents éléments dont se compose le droit de propriété sont ordinairement réunis sur la même tête. Celui qui en est revêtu s'appelle alors *dominus pro-*

prietatis ou *proprietary* plus tard. Ils peuvent aussi être séparés. Ainsi il peut y avoir sur une chose un droit d'usage et de jouissance, un usufruit (1). Le *dominium* est alors dépouillé de ses principaux attributs. Le propriétaire conserve bien l'*abusus* ; mais cet *abusus* est renfermé dans la faculté d'aliéner, car le propriétaire ne peut plus ni consommer ni détruire l'objet ; ce serait porter atteinte au droit de l'usufruitier (2). Aussi son droit porte-t-il le nom de *nuda proprietas* (3), c'est-à-dire propriété dépouillée de ses principaux avantages. Il consiste bien plus dans l'espoir de voir ces différents attributs réunis à la propriété lorsque l'usufruit aura fini par un des modes qui lui sont propres (4). Comme le droit complexe d'usufruit, de même le simple *usus* ou le simple *fructus* peuvent être séparés de la propriété, quoique aucun de ces deux droits ne puisse généralement aller sans un certain mélange de l'autre.

Ainsi, en résumé, chacun des attributs dont la réunion constitue le droit complet de propriété peut appartenir à une personne différente.

L'*usus* et le *fructus* réunis peuvent constituer un droit au profit d'un bénéficiaire nommé *usufructuarius* (5), et le propriétaire conserve le nom de *dominus* ou *proprietary*. Ou bien l'*usus* seul est séparé de la pro

(1) L. 2, §§ 1, 7, *De rel.*, D.

(2) L. 17, § 1, *De usuf.*

(3) L. 2, pr., *Quib. mod. us. am.*

(4) *De usuf. ader.*, L. 2.

(5) L. 16, *De us. et hab.*

priété au profit d'un *usuarius* (1), ou bien le *fructus* au profit d'un *fructuarius*, ou bien encore les trois bénéfices peuvent appartenir à trois individus différents. Il y a alors un *usuarius*, un *fructuarius* et un *propriarius*. *Poterit autem, dit Ulpien, apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas : veluti si qui habet fundum legaverit Titio usum, mox heres ejus tibi fructum legaverit vel alio modo constituerit* (2).

Tous ces démembrements du droit de propriété, usufruit, usage, etc., se nomment servitudes personnelles, *servitutes personarum* (3). C'est qu'un bien est considéré comme jouissant de sa liberté quand celui qui en est propriétaire prend seul tous les services que la chose peut rendre. Si l'un de ces services appartient à une autre personne, il y a ici une dérogation à l'ordre naturel des choses, un asservissement. Et si cet asservissement existe comme l'usage et l'usufruit au profit d'une personne et doit s'éteindre par la mort de cette personne, la *servitude est personnelle*.

Mais la propriété d'un immeuble, d'un fonds est susceptible encore d'un autre démembrement, qui a lieu non plus au profit d'une personne et pendant un temps déterminé, mais au profit d'un autre fonds et à perpétuité. Un pareil démembrement consiste dans un avantage constitué au profit d'un fonds nommé, pour cela, *dominant*, aux dépens d'un autre fonds, qui prend, par conséquent, le nom de *servant*, *fundum*

(1) L. 18, *cod.*

(2) L. 14, § 5, *cod.*

(3) L. 1, *De serv.*

serviens. « En vertu de cette servitude, tantôt le propriétaire du fonds dominant peut faire sur le fonds servant quelque acte qui, sans cela lui serait interdit; tantôt le propriétaire du fonds servant doit s'abstenir de faire sur son fonds quelque acte qui, autrement, lui serait permis. En un mot, la servitude assujettit le propriétaire du fonds servant à souffrir ou à s'abstenir (1). » *Servitutum natura*, dit Pomponius, *non ea est ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur aut non faciat* (2). Cette charge que le propriétaire consent, cette limite qu'il pose à la toute-puissance de son droit, ce pouvoir qu'il *accorde à un autre* (3) sur sa chose, est un véritable asservissement de la propriété, et comme il n'est accordé qu'en vue et pour le profit d'un autre fonds, on l'appelle avec raison *jus* ou *servitus prædii*, service foncier, servitude réelle.

Les démembrements du droit de propriété se sont arrêtés là dans le droit civil de Rome. Les Douze Tables n'en signalent point d'autre. Mais le droit prétorien devait élargir la limite du droit strict, créer ou plutôt reconnaître d'autres démembrements, et comme toujours, sans inventer des règles nouvelles, les placer sous la protection des principes déjà connus. En principe, le sol n'est pas distinct de la superficie, et le propriétaire du sol est propriétaire de tous les bâtiments qui sont à la surface. *Sic et in tradendo*, dit

(1) M. Pellat, *Pr. gén.*

(2) L. 15, § 1, *De serv.*

(3) L. 20, *De serv. pr. urb.*

le jurisconsulte Paul, *si quis dixerit se solum sine superficie tradere nihil proficit quominus et superficies transeat quæ natura solo cohæret* (1). Quand donc un propriétaire concède à quelqu'un le droit d'avoir une maison sur son terrain, ce concessionnaire, en principe, n'a d'autre droit qu'une action personnelle contre le propriétaire, résultant du contrat qu'il a passé (2). Mais le préteur protégea bientôt ce droit par des actions et des interdits utiles qu'il donna, à l'exemple des actions réelles et des interdits qui protègent la propriété. *Sed longe utile visum est*, dit Ulpien (*quia melius est possidere potius quam in personam experiri*) *hoc interdictum proponere, et quasi in rem actionem polliceri* (3). Dès lors le droit de superficie devint un démembrement de la propriété, et celui qui eut ce droit s'appela *superficiarius*.

Un autre démembrement du droit de propriété est dans ce qu'on appelle les *agri vectigales*. Les *cités* et les *municipes* (4) propriétaires de terres étaient dans l'usage de les louer à long terme, moyennant une redevance annuelle appelée *vectigal*. Ce n'était dans le principe qu'un simple contrat de louage; mais bientôt on s'aperçut combien les recours du fermier contre la cité, toutes les fois qu'il était troublé dans sa jouissance, étaient longs et dispendieux.

Le préteur donna donc à ce droit, qui par sa durée

(1) L. 44, § 1, in fine, De ob. et act.

(2) L. 1, § 1, De superf.

(3) L. 1, § 1, De superf.

(4) Liv. 6, tit. 5, Si ag. vect. pet.

ressemblait à une propriété, les actions réelles utiles et les interdits quasi-possessoires. *Quamvis non efficiantur domini*, nous dit Paul, *tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem sed et adversus ipsos municipales* (1). La cité qui restait propriétaire conservait donc une sorte de droit supérieur de propriété dont le résultat pratique était le paiement du *vectigal* et le droit de retirer la concession si cette redevance n'était pas acquittée (2). Une concession analogue s'introduisit bientôt dans les rapports des particuliers entre eux et porta le nom grec d'emphytéose, *jus emphyteuticum*, ἐμφυτευτικὸν ou ἐμβάτευτικόν. Cette institution se développa surtout dans le Bas-Empire, où elle fut minutieusement réglementée (3). Le concessionnaire s'appelle *emphyteuta* dans les constitutions impériales (4), et son droit est garanti par toutes les actions qui appartiennent à un véritable propriétaire. Quelque étendu que soit le droit de l'emphytéote, il ne faut point le confondre avec la propriété. Cette erreur avait été commise par les glossateurs, et nous les voyons appeler le droit d'emphytéose *dominium utile* pour le distinguer de la propriété parfaite qu'ils nomment *dominium directum*. Ce point de vue n'est pas celui des Romains. L'emphytéose est souvent opposée à la propriété (5). Ulpien l'appelle

(1) L. 1, § 1, Si ag. vect. pet.

(2) L. 2, Si ager vect. pet.

(3) Code, liv. 4, tit. 66, De jure emph.

(4) L. 3, ibid.

(5) L. 8, C., De fund. patr.

jus prædii, et dit que malgré cette qualité qui le distingue de la propriété parfaite, il ne peut cependant pas être aliéné par le tuteur s'il appartient à un pupille : *Et magis est non posse (distrahi), quamvis jus prædii potius sit* (1).

Tels sont dans le droit romain les *jura in re* qui viennent mutiler le droit de propriété, mais qui ne vont jamais jusqu'à priver d'une manière absolue le propriétaire de la possibilité de disposer lui-même de sa chose. Du même principe il ressort que quand un *jus in re* s'éteint de quelque manière que ce soit, la propriété redevient libre, absolue, illimitée.

Nous avons vu que les éléments du droit de propriété peuvent être séparés et appartenir divisément à plusieurs personnes ; mais le droit lui-même en son entier peut appartenir à la fois à plusieurs propriétaires. Chacune de ces personnes a sur la chose un droit absolu de propriété, mais qui est limité par un droit semblable. Il s'ensuit qu'aucune disposition ne peut être prise relativement à la chose sans le consentement de tous les propriétaires. *In re communi*, dit le jurisconsulte Papinien, *neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi jus esse ; in re enim pari potiore esse causam prohibentis constat* (2). Mais chaque copropriétaire a une action en partage appelée *communi dividundo* pour faire partager la chose.

Les copropriétaires se nomment *socii*, et l'on dit

(1) L. 3, § 1, *De reb. eor. qui sub. tutel.*

(2) L. 28, *Comm. div.*

qu'ils ont la chose *pro indiviso*, c'est-à-dire en commun.

Enfin il y a au droit du propriétaire des restrictions qui dérivent de la nature des choses. Ainsi le propriétaire du fonds inférieur est tenu de recevoir les eaux qui découlent du fonds supérieur (1). Il y a d'autres restrictions imposées par la loi. Par exemple, d'après la loi des Douze Tables, on devait laisser entre les maisons un espace de 2 pieds et demi nommé *ambitus* et *intercapedo*, et de 5 pieds entre des fonds cultivés : *Inter vicinorum ædificia* dit Festus, *locus duorum pedum et semipedis ad circumeundi facultatem relictus* (2). Enfin il y avait des restrictions dans l'intérêt de l'exploitation des mines, de l'agriculture, de la conservation des bâtiments, de la santé et de la sécurité publiques.

Nous avons, dans ce premier chapitre, étudié le *dominium* en lui même, dans les principaux éléments qui le composent. Nous avons vu les différentes manières dont ce droit pourrait être divisé et limité, soit qu'il appartint à plusieurs personnes à la fois, soit que chacun des avantages qu'il procure fût acquis à un bénéficiaire différent, soit enfin que les nécessités de la nature et de la société, en restreignissent forcément la plénitude dans quelques cas déterminés.

Maintenant nous allons étudier sur cette matière le droit romain dans les trois périodes principales de son développement. Dans un second chapitre, nous ver-

(1) Liv. 39, tit. 5, *De aq. et aq. pl. ar.*

(2) Festus, au mot *AMBITUS*.

rons le *dominium* dans le droit des Douze Tables, législation stricte et rigoureuse dont les principes absolus reflètent la société romaine telle qu'elle était dans sa première expression.

Nous consacrerons un troisième chapitre à l'étude des modifications apportées par le droit prétorien, et par conséquent à la distinction des deux *dominium*. Nous verrons comment le droit prétorien, tout en respectant les formes extérieures de ce premier droit civil qu'il n'avait point mission de réformer, fait fléchir dans la pratique des principes trop absolus, et sait, par des détours ingénieusement ménagés, adapter de vieilles lois à des situations nouvelles.

Enfin, dans un quatrième chapitre, nous verrons ce qu'est devenue la propriété dans le droit des constitutions impériales qui n'avait point ces ménagements à garder avec le vieux droit civil, et qui pour la plupart du temps consacre les résultats déjà obtenus dans la pratique par le droit prétorien, en supprimant seulement les nombreuses formalités dont celui-ci avait été obligé de s'entourer, mettant ainsi d'accord la lettre et l'esprit des lois nouvelles.

La matière du *dominium*, comme toutes les matières du droit romain, porte l'empreinte de ce triple caractère. Il faut donc remarquer attentivement et indiquer avec soin cette génération du droit, si l'on veut se retrouver au milieu de tant de dispositions et de règles qui semblent contradictoires. Nous verrons à chacune des trois périodes du droit comment se modifie et se développe l'idée du droit de propriété au point de vue des per-

sonnes qui en jouissent, des choses qui en forment l'objet, des modes de l'acquérir et de le perdre, des actions enfin qui le protègent. Nous verrons comment à ce quadruple point de vue il fut d'abord uniforme et civil, c'est-à-dire exclusivement propre au Romain, dans la législation des Douze Tables; comment il se dédoubla dans la législation prétorienne et fut à la fois civil, et naturel, *juris civilis et juris gentium*, suivant qu'il affectait l'une ou l'autre forme, protégé par une action civile ou une action prétorienne; comment enfin, sous la législation de Justinien, il revint à son unité primitive, mais non plus au profit d'une classe restreinte de citoyens, mais au profit de tous les hommes, redevenant ce qu'il est véritablement, un droit essentiellement naturel et universel.

CHAPITRE II.

DU DOMINIUM D'APRÈS LE DROIT CIVIL PUR ET LA LÉGISLATION DES DOUZE TABLES

Origine de la propriété. — Modes d'acquisition. — Modes naturels (occupation, tradition). — Modes civils (mancipation, cession *in jure*; adjudication; *usus auctoritas*).

Il nous semble résulter de ce que nous avons dit dans le précédent chapitre, ainsi que de ce que nous connaissons sur l'histoire et les idées des Romains, qu'il n'y avait originairement à Rome qu'un seul genre de propriété, la propriété romaine, le *dominium ex jure Quiritium*, dont se trouvaient naturellement exclus tous ceux qui n'étaient pas Quirites, qui ne participaient point à la cité et au droit de la cité. *Aut enim*, nous dit Gaius, *ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus* (1). Ainsi, dans le droit de l'ancienne Rome, l'étranger, l'ennemi (*hostis* avait les deux sens) (2), n'avait point de propriété, pas plus qu'il n'avait d'état civil, aux yeux du droit romain. Sa personne n'était point protégée, si ce n'est par les lois de l'hospitalité; en de-

(1) Gaius, C. II, § 10.

(2) Cicéron, *De offic.*

hors de cela, le Romain pouvait en faire son esclave ; de même sa propriété était à la merci de celui qui s'en emparait. Nul commerce, nulles transactions pacifiques : la violence, la rapine étaient primitivement les seules relations du Romain avec l'étranger.

Tout ce qu'on lui prenait était de bonne prise, et devenait la propriété du ravisseur. Le droit d'occupation devenait ainsi la source première et principale de toute propriété. C'est là, d'après Cicéron, l'origine même du droit de propriété : *Sunt autem, dit-il, privata nulla natura, sed aut vetere occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt* (1).

La *hasta*, c'est-à-dire la lance, qui représente la force brutale, était chez les Romains l'emblème et le symbole du droit de propriété ; c'était elle qu'on plantait devant les tribunaux plus spécialement chargés de trancher les contestations relatives à la propriété. *Festuca autem utebantur*, nous dit Gaius, *quasi hastæ loco, signo quodam justî dominii, quia maxime sua esse credebant, quæ et hostibus cœpissent, unde in centumviralibus judiciis hasta proponitur* (2). C'est de là, je crois, que vient aussi l'origine de *mancipium* (*manu captum*), mot qui désignait la propriété de toute antiquité, avant même le mot *dominium* (3).

Vitaque mancipio nulli datur, omnibus usu.

(1) Cicéron, 1, 7, *De off.*

(2) Gaius, C. IV, § 16.

(3) Varro, *De ling. lat.*, 83. — *Mancipium quod manu capitur.*

Ce vers énergique de Lucrèce nous montre clairement le sens du mot *mancipium*.

Il ne faut pas douter qu'à cette époque tous les modes d'acquisition ne fussent également du droit civil, même ceux qui plus tard furent désignés par ce nom de modes du droit naturel, *juris gentium*.

En effet, comme il n'y avait absolument qu'une seule propriété, la propriété civile, tous les modes d'acquisition transféraient cette propriété; ils étaient donc tous *juris civilis*.

Toute la question pour nous est de savoir si, à cette époque, tel mode d'acquisition avait une existence légale, et si la loi des Douze Tables en autorisait l'usage. Admis, il transférait une propriété quiritaire; repoussé, il ne transférait rien du tout, puisque *unum erat dominium*.

1° *Occupation*. L'existence de ce mode d'acquérir ne saurait être mise en doute. L'occupation non-seulement existait à cette époque, mais elle était le type absolu de la propriété, ainsi que nous l'avons indiqué plus haut par un passage de Gaius.

Pour l'*accession*, elle donnait nécessairement la propriété *ex jure Quiritium* quand la chose principale était elle-même possédée *ex jure Quiritium*. *Quod tamen per alluvionem fundo accessit simile fit ei cui accedit* (1).

2° La *tradition* transférait-elle à l'époque des Douze

(1) L. 11, § 7, *De publ. in rem act.* — L'accession n'est pas, du reste, un mode d'acquérir la propriété, c'est un simple fait.

Tables la propriété civile des *res nec Mancipi*, en un mot une distinction existait-elle au temps des Douze Tables, ou bien ne pouvait-il alors y avoir d'autre mode de translation que ce qu'on a appelé plus tard les modes de droit civil, c'est-à-dire la *mancipatio*, la *cessio in jure*, l'*usucapio*, etc.? A considérer le formalisme rigoureux de l'ancien droit, on serait tenté de croire que la propriété ne pouvait se transmettre que par les formes de la *mancipation*, en présence et sous la garantie de la cité représentée par les cinq témoins de l'acte. Cependant on voit facilement ce que ce mode solennel aurait eu d'inconvénients et de difficultés pour le commerce si fréquent de choses telles que les denrées, les vêtements, etc. Aussi il paraît probable que la propriété de ces choses, désignées dès les premiers temps sous le nom de *res nec Mancipi*, put dès lors se transmettre de la main à la main, ce qui du reste nous est confirmé par plusieurs passages de Cicéron (1) d'Ulpien (2) et de Gaïus. Gaïus surtout est formel là-dessus. Dans le § 47, après avoir dans une espèce mentionné la distinction des choses *Mancipi* et *nec Mancipi*, il ajoute : *Idque ita lege Duodecim Tabularum cautum est* (3). Ainsi donc les choses *nec Mancipi* transmises par la simple tradition devenaient propriété civile de l'acquéreur. Mais si ce mode avait été employé pour des choses *Mancipi*, comme les tempéraments prétoriens que nous étudierons plus tard n'étaient pas encore connus, la

(1) Top., 5.

(2) Ulp., lit. 19, 7.

(3) Gaïus, C. II, § 47.

propriété n'était pas transférée et le possesseur demeurait sans protection. Nous reprendrons plus loin cette discussion avec plus de détail.

Outre ces modes d'acquisition naturels, et qui par conséquent résultaient de la nature des choses et de la notion même de la propriété, le vieux droit romain connaissait ce qu'on a appelé plus tard les modes du droit civil, c'est-à-dire certaines formes solennelles de transmission de la propriété. Elles avaient pour but de consacrer aux yeux de tous, soit par un acte privé, sanctionné par la présence de témoins, soit par l'intervention du magistrat, soit par une possession publique, la transmission de la propriété d'un citoyen à l'autre. Ces formes étaient toutes connues du temps des Douze Tables comme nous l'indiquerons plus loin. Varron, dans un curieux passage (1), donne l'énumération des modes d'acquérir, reconnus de son temps : *Dominium legitimum sex fere res perficiunt : Si hereditatem justam adiit ; si ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit ; aut si in jure cessit cui qui potuit cedere, et id ubi oportuit ; aut si usucepit ; aut si e præda sub corona emit ; tumne cum in bonis successione cujus publice venit.* Nous laissons de côté le premier et le dernier membre de cette phrase qui ont rapport aux acquisitions à titre universel, matière qui sort du cadre de notre sujet ; et en réduisant ce passage de Varron aux acquisitions des choses en particulier, *res singulares*, nous trouvons indiqués quatre

(1) Varron, *De re rust.*, II, 10, 1.

modes d'acquisition : la *mancipatio*; la *cessio in jure*; l'*usucapio*; l'*emptio sub corona*. Varron ne cite pas la tradition; mais il faut remarquer qu'il s'agit ici surtout d'un esclave, c'est-à-dire chose *mancipi*, auquel la simple tradition ne s'appliquait pas. Il ne mentionne non plus la *lex*, car du temps de Varron les cas les plus fréquents d'acquisition légale introduits par les lois Julia et Papia Poppæa n'existaient pas encore.

L'*emptio sub corona* est un mode particulier de transmission qui n'a trait qu'à un seul cas. Les prisonniers de guerre, propriété du peuple romain, étaient publiquement exposés en vente *sub corona*, soit qu'ils fussent ceints d'une couronne, soit, ce qui est plus probable, qu'ils fussent enfermés dans une enceinte circulaire. Cette vente, faite par l'État en public et accompagnée de certaines formalités, donnait naturellement la propriété romaine.

Il reste donc comme mode d'acquisition de la propriété à cette époque, trois modes d'acquisition généraux, la *mancipatio*, l'*in jure cessio*, l'*usucapio*.

I. *Mancipatio* (1). — *Res Mancipi et nec Mancipi*. — La *mancipatio* est un des plus anciens modes de transférer la propriété; elle est mentionnée dans la loi des Douze Tables à laquelle elle est certainement antérieure. *Quem nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. C'était là probablement le mode par excellence de transférer la propriété.

Dans les idées des anciens Romains, la propriété

(1) Gaius, C. 1, §§ 119, 122; Ulp., tit. 19, §§ 3, 6.

était garantie par la religion et par l'État. Aucun des actes qui y touchaient n'était indifférent. La cité intervenait elle-même à chaque mutation et la consacrait par sa présence. Aussi nous voyons que pour la transmission de tous les biens d'un citoyen, en un mot pour la confection d'un testament, les comices elles-mêmes intervenaient : *Nam aut ea latis comitiis faciebant, quæ comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant* (1). Et plus tard, quand la difficulté de cette manière de procéder fut trop sensible, que voyons-nous à la place ? Le testament *per æs et libram*, c'est-à-dire la mancipation elle-même. C'était donc bien la cité que représentaient ces cinq témoins qui assistaient à l'acte de translation de propriété.

La mancipation se faisait donc en présence de cinq témoins citoyens romains pubères et d'un *libripiens* qui tenait la balance : *Adhibitis*, nous dit Gaius, *non minus quam quinque testibus civibus romanis puberibus, et præterea alio ejusdem conditionis qui libram æneam tenebat, qui appellatur libripiens*. Ces cinq témoins, *classici testes*, suivant Festus (2), représentaient probablement les cinq classes de Servius Tullius. Le prix était représenté par un lingot d'airain, car à l'origine la monnaie s'estimant au poids, la vente s'opérait effectivement, ce qui explique la présence de la balance et du *libripiens* (3). Plus tard, quand la mancipation ne fut plus qu'une

(1) Gaius, C. II, § 101.

(2) Festus, 5.

(3) Pline, *Hist. nat.*, lib. 33. *Populus romanus ne argento quidem signato, ante Pyrrhum regem devictum usus est. Librales, unde etiam nunc libella*

fiction, *imaginaria venditio* une pièce de monnaie, *æs*, représenta le prix. L'acquéreur mettait cette pièce dans la balance en disant : *Hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse aio, eaque mihi emptā est hoc ære æneaque libra*. En même temps il touchait la balance avec cette pièce et la donnait ensuite à celui dont il acquérait par mancipation (1). Les choses mobilières devaient être présentes, et il ne devait point y en avoir plus qu'on n'en pouvait emporter. Quant aux immeubles, ces deux conditions n'existaient pas (2). Il est probable que la règle était autrefois générale et qu'elle ne fut plus tard modifiée que pour la commodité des transactions.

Telle était la mancipation, mode de translation de la propriété qui ne s'appliquait qu'aux *res mancipi*. *Mancipatio propria species alienationis est, et rerum mancipi*, nous dit Ulpien. C'est là une chose hors de doute prouvée par tous les textes (3).

Que signifiait donc cette distinction des choses *mancipi et nec mancipi*, aussi ancienne que le droit romain? Et d'abord il faut énumérer les choses qui se trouvaient dans chacune des deux classes d'objets. Ulpien nous en donne l'énumération : *Mancipi res, dit-il, sunt prædia in italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana qualis domus; ita jura prædio-*

dicuntur et dupondius, appendebantur asses..... qua consuetudine, in his emptionibus quæ mancipii sunt, etiam nunc libra interponitur.

(1) Gaius, C. I, § 119.

(2) Ulp., tit. 19, 6.

(3) Val. Fragm., §§ 259, 293, 311, 313.

rum rusticorum, velut via, iter, actus, aquæductus; item servi et quadrupedes quæ dorso colloque domantur, velut boves, muli, equi, asini; cæteræ res, nec Mancipi sunt (1). Ainsi donc originairement il y avait quatre espèces de biens qui étaient *Mancipi* et ne pouvaient être transmis que par la formalité de la mancipation :

1° Les immeubles (2), maisons ou fonds de terre; 2° les servitudes rurales; 3° les esclaves; 4° les bêtes de somme. Tout le reste était *res nec Mancipi*. À première vue on reconnaît dans cette énumération les habitudes d'un peuple d'agriculteurs qui attache une grande importance à la terre et à tout ce qui sert à son exploitation directe. Un champ, une maison, des esclaves et les bêtes de somme connues alors en Europe, ce devait bien être la principale richesse du vieux Romain, richesse que la loi entourait de sa garantie, objets d'un grand prix dont il ne devait se défaire qu'à la dernière extrémité, et dont la transmission était si importante qu'elle ne pouvait se faire que dans la forme antique et solennelle de la mancipation. Cette nécessité d'une mancipation est donc devenue comme le signe distinctif des *res Mancipi* aux yeux des jurisconsultes. *Mancipi vero res sunt quæ per mancipationem ad alium transferuntur*, nous dit Gaius (3). Ainsi donc, on ne constate plus que le résul-

(1) Ulp., tit. 19, § 1.

(2) Les maisons et les fonds de terre compris dans l'*ager romanus* avaient seuls, dans les premiers temps, et sous l'empire de la loi des Douze Tables, la qualité de *res Mancipi*, les autres terres situées hors de ces étroites limites étaient *res nec Mancipi* (Laf., *Hist. du droit franç.*, liv. 1).

(3) Gaius, G. II, § 22.

tat, et l'on a oublié la cause pour l'effet (1). Et il ne pouvait pas en être autrement. A l'époque où vivait Gaius, la richesse industrielle avait pris de formidables proportions. Qu'était-ce donc, pour le Romain de l'Empire, dont le palais était plein des richesses du monde entassées et de toutes les merveilles de l'industrie et de l'art, qu'était-ce que la modeste fortune du vieux Romain, un champ, une maison modeste, quelques esclaves et quelques bêtes de somme ou de trait ? Et certainement, quand les animaux rares, les dromadaires, les éléphants, quand les plus riches bijoux, quand les statues et les peintures les plus précieuses pouvaient se transmettre de la main à la main, il devait paraître bizarre que la loi eût entouré de tant de formalités la vente de quelques bœufs et de quelques ânes. La mancipation n'était plus qu'une vaine formalité, et nous verrons comme le droit prétorien en avait fait justice.

Mais nous ne devons pas perdre de vue l'état de Rome à l'époque des Douze Tables. Les *res mancipi* étaient bien alors la véritable fortune des Romains, *res pretiosiores*, comme dit Gaius (2).

Aussi les femmes en tutelle légitime ne pouvaient absolument pas les aliéner sans l'autorité des tuteurs, et ceux-ci, en ce cas, ne pouvaient être forcés par le magistrat à donner leur autorisation : *Non ad res*

(1) Le caractère originnaire de cette classe de biens a dû être tiré plutôt de la nature des biens eux-mêmes et des effets de leur appropriation que de la forme d'après laquelle ils étaient arrivés au détenteur (tiraud, *Droit de propriété*).

(2) C. I, 192.

mancipi alienandas actores fieri coguntur. Il reste donc bien établi que la distinction des choses *mancipi* et *nec Mancipi* était, dans l'ancienne Rome, fondée sur la valeur exceptionnelle des choses *mancipi*.

Plusieurs autres explications ont été données; il serait beaucoup trop long pour le cadre de ce travail de les reproduire et de les réfuter. Selon nous, l'idée capitale, c'est que les *res Mancipi* avaient un prix particulier dans l'esprit de l'ancienne législation de Rome. C'était une distinction fondamentale analogue à la distinction des choses en meubles et immeubles dans les législations modernes. Maintenant, que ces choses soient principalement utiles à l'agriculture, qu'elles aient dû être déclarées au cens (1), toutes ces observations ne sont que des vues incomplètes d'une vérité d'ensemble, et se résument toutes dans l'idée que nous avons déjà émise.

On a dit encore que ces choses participent par excellence au droit civil (2), et l'on a expliqué ainsi l'exclusion des objets d'origine étrangère, comme les dromadaires et les éléphants. Mais on oublie une chose : c'est que, dans les premiers temps de Rome, il n'y avait pas deux propriétés, l'une de droit civil et

(1) Les fonds de terre qui étaient *mancipi*, c'est-à-dire susceptibles de propriété privée, devaient être déclarés et inscrits sur les registres du cens. C'était un signe auquel on reconnaissait la qualité du fonds. Festus et Cicéron en témoignent : *Censui censendo agri proprie appellantur qui et emi et venire jure civili possunt*. Festus, CENSUS. — *« Sinite ista pradia censui censendo? Hascant jus civile? Sine acene sint Mancipi? »* (Cicéron, *Pro Flacco*.) Et Scaliger a ajouté en note avec raison : *Prælia censui censendo dicebantur ea quæ essent Mancipi, quæ sublevari apud ararium, censum possent*. n

(2) Giraud, *Droit de propriété*, t. 2, ch. 5, § 2.

l'autre de droit des gens. Il n'y avait qu'une propriété comme il n'y avait qu'un droit, propriété romaine, *ex jure Quiritium*, droit civil, *jus civile*, réservé exclusivement aux citoyens, et qui ne protégeait qu'eux. Il ne faut donc point douter que les choses *nec Mancipi* ne participassent au *jus Quiritium*, tout comme les choses *Mancipi*. Soutenir le contraire, ce serait dire que les Romains ne pouvaient pas être propriétaires de ces choses, ce qui serait évidemment absurde. Si les éléphants, les dromadaires et autres animaux d'origine étrangère avaient été exclus de la catégorie des choses *Mancipi*, c'est qu'ils n'ont été connus par les Romains qu'à une époque où cette distinction avait plus d'embarras que d'avantages, et où l'on ne sentait nullement le besoin d'augmenter la liste des choses *Mancipi*.

Enfin une dernière remarque à ce sujet, c'est que les objets rangés par les Romains parmi les choses *Mancipi* devaient avoir une existence propre, une individualité. Ainsi les troupeaux n'étaient pas rangés parmi les *res Mancipi*, quoiqu'ils dussent avoir une grande importance dans une société agricole, comme l'était la vieille société romaine.

Les droits, choses incorporelles étaient des *res nec Mancipi*. Il n'y avait qu'une seule exception : c'étaient les servitudes rurales qui étaient *Mancipi* comme les fonds sur lesquels elles s'exerçaient. D'où vient cette distinction entre les choses corporelles et les choses incorporelles, et pourquoi les servitudes rurales font-elles exception à une règle qui semble faite pour toutes les choses incorporelles ! Les servitudes rurales

existaient à l'époque des Douze Tables, ce qui est prouvé par un fragment de Gaius dans lequel il est dit que c'était la loi des Douze Tables elle-même qui fixait la largeur du chemin dans la servitude de *via* (1). Il n'est donc pas étonnant que les servitudes rurales aient été, dans la pensée des Romains, facilement assimilées aux champs, à l'exploitation desquels elles étaient si utiles, et rangées avec eux dans la classe des choses *mancipi*. Il est probable que les servitudes urbaines n'existaient point à l'époque des Douze Tables. D'après cette loi on devait laisser entre les maisons un espace libre, *ambitus*, qui avait pour effet de prévenir la plupart des servitudes urbaines.

L'existence de l'usufruit a été aussi contestée pour l'époque des Douze Tables (2). Ce qu'il y a de certain, c'est qu'il ne reste aucun texte qui la révèle à cette époque. Il est donc probable que ces droits ne furent connus que plus tard. Ils furent en conséquence rangés dans la classe des choses *nec Mancipi*, car nous avons vu par différents exemples que l'énumération des choses *mancipi* était irrévocablement fixée à l'époque des Douze Tables, et ne fut plus augmentée depuis sous aucun prétexte, quelque analogie qu'il y eût entre les nouveaux objets du droit et ceux qui étaient déjà connus sous le nom de choses *mancipi*.

La mancipation, avons-nous dit, transférait la propriété des choses *mancipi* ; elle ne dispensait cependant

(1) D., L. 47, liv. 8, tit. 3.

(2) Ortolan, *Inst.*, t. 2, n° 472 ; G. Hugo, I, § 83.

pas le vendeur de l'obligation de livrer la possession. C'est ce que prouve un passage de Gaius (1) d'après lequel un acheteur, après avoir agi une première fois pour se faire manciper un fonds, peut agir une seconde fois pour se faire remettre la possession. La tradition est aussi indiquée comme complément de la mancipation pour certaines donations faites sous l'empire de la loi Cincia (2).

La mancipation s'appliquait-elle dans l'ancien droit aux choses *nec Mancipi* (3)? Il est évident que non. Cette solution résulte de tout ce que nous avons dit sur la distinction des choses *Mancipi* et *nec Mancipi*. Elle est confirmée de plus par ce passage de Cicéron : *Finge Mancipio aliquem dedisse, id quod Mancipio dari non potest.*

C'est là, du reste, un cas presque impossible dans la pratique. Comment imaginer qu'on entoure des formalités compliquées de la mancipation le commerce des choses que la loi elle-même permet de transmettre de la main à la main? Mais si ce cas extraordinaire se présentait, et si la mancipation avait été accompagnée d'une livraison effective, il me paraît probable que la propriété était transférée en vertu du principe que *utile per inutile non vitiatur.*

II. *Cessio in jure.* — Un autre moyen de transférer

(1) Gaius, Inst., IV, 131.

(2) Val. Fragm., §§ 312, 313.

(3) Cic., Top., 10. Boèce, sur ce passage, avait déjà fait observer que ce qui n'a pas été fait d'après les règles n'a aucune valeur.

la propriété romaine était la *cessio in jure*. C'était un procès fictif, qui, par conséquent, avait lieu devant le magistrat (1). Celui qui voulait acquérir la chose se rendait devant le magistrat *in jus* avec celui qui la cédait. Là il revendiquait l'objet ; son adversaire fictif ne disait rien, et le magistrat attribuait l'objet, *addicebat*, à celui qui l'avait réclamé.

Ainsi trois personnes devaient être présentes à cette solennité : *Quæ fit per tres personas*, dit Ulpien, *in jure cedentis, vindicantis, addicentis* (2). Les choses *mancipi* et *nec mancipi*, les objets corporels et les droits tels que l'usufruit et enfin même les droits de patronage et de famille, se transmettaient par ce mode de cession.

Il n'est donc point douteux que la *cessio in jure* n'ait été très-anciennement pratiquée par les Romains. En tout cas ce mode est bien connu du temps des Douze Tables. Il ne reste plus de doute après un fragment du Vatican qui dit en propres termes : *Et mancipationem et injure cessionem lex Duodecim Tabularum confirmat* (3). D'ailleurs l'analogie est très-grande entre la *in jure cessio* et l'affranchissement *per vindictam* qui se trouve expressément dans la loi des Douze Tables.

La *mancipatio* et la *cessio in jure* étaient donc les deux moyens généraux du droit civil pour acquérir et transmettre le *dominium*. C'étaient deux actes solennels. Nous avons vu que l'application de la *manci-*

(1) Gaius, C. II, § 21.

(2) Ulp., tit. 19, n° 9.

(3) Val. Fragm., § 50.

patio était restreinte, celle de la *cessio in jure* générale. La *mancipatio* était un acte privé, quoique solennel ; la *cessio in jure* était un acte public qui avait lieu devant le magistrat, une *legis actio*. L'usage de la *mancipatio* était donc beaucoup plus fréquent. *Plerumque et fere semper*, nous dit Gaius, *mancipationibus utimur* (1), et il en donne la raison. Il était naturel de ne pas aller trouver le prêteur pour un acte qu'on pouvait facilement accomplir chez soi au milieu de ses amis. La *mancipatio* avait cette facilité. L'*in jure cessio* était donc surtout employée pour ce qui ne pouvait pas être transmis par la *mancipatio*, pour les *jura in re* par exemple, et principalement pour l'usufruit.

Du caractère de *legis actio* de la *cessio in jure* ressort encore une différence avec la mancipation. Dans la mancipation quelqu'un peut acquérir par les personnes qu'il a sous sa puissance. Il est de règle, en effet, que ce que ces personnes acquièrent, n'importe de quelle manière, est acquis à celui qui les tient sous sa puissance. Aussi Gaius nous le dit : *Quod liberi nostri quos in potestate habemus, item quod servi mancipio accipiunt..... vel ex alia qualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur* (2). Eh bien ! dans la *cessio in jure* une semblable représentation ne pouvait avoir lieu. *Cum enim*, nous dit Gaius en parlant des personnes en puissance, *istarum personarum nihil suum esse possit, conventiens est scilicet ut nihil suum esse in*

(1) C. II, § 25.

(2) C. II, § 87.

jure vindicare possint (1). Il reste des traces de cette ancienne règle dans le Digeste, où il est dit : *Nemo alieno nomine lege agere potest* (2).

La *mancipatio* et la *cessio in jure*, étant des actes solennels et rigoureusement réglés, ne semblent pas, dans l'ancien droit, avoir admis ni terme ni condition. Quelques fragments du Vatican nous ont révélé des particularités qui, à ce qu'il paraît, étaient un sujet de discussion pour les anciens jurisconsultes.

La mancipation d'abord est incompatible avec l'adjonction d'un terme ou d'une condition. En effet, le contexte même de l'acte repousse cela. Celui à qui une chose est mancipée affirme qu'elle est à lui ; il modifierait complètement la formule s'il disait : « Cette chose est à moi depuis tel jour ou jusqu'à tel jour, » ou encore « si tel événement arrive, ou jusqu'à ce que tel événement arrive. »

Nous avons à cet égard un texte de Papinien : *Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, etc., in totum vitiuntur per temporis vel conditionis adjectionem* (3). Le §. 329, *Val. Fragm.*, confirme cette manière de voir. Cependant un texte de ces mêmes fragments (4) semble la contredire. Il s'agit de la mancipation d'un fonds avec déduction de l'usufruit, et Paul se demande si, dans la mancipation, on peut retenir l'usufruit sous ces différentes modalités, par exemple, si l'on peut dire :

(1) Gaius, II, § 6.

(2) D., I, 123, *De div. reg. juris*.

(3) D., I, 77, *De div. reg. jur.*

(4) *Val. Fragm.*, § 50.

« *Emptus mihi est pretio, deducto usufructu ex calendis illis usque ad calendis illas, et eadem sunt in conditione,* » et Paul décide contrairement à l'avis de Pomponius que cette clause est valable du moins pour le *dies ad quem*; mais nous devons remarquer que la modalité porte sur la déduction de l'usufruit, mais non sur la mancipation du fonds qui est et ne peut être que pure et simple.

Ces modalités sont-elles admises pour la *cessio in jure*? Il est certain d'abord que celui qui *in jure* se prétend propriétaire, réclame un droit actuel; il ne peut donc ni le réclamer *ex certo tempore*, ni sous une condition quelconque, il y aurait contradiction dans les termes. D'un autre côté, nous savons que la propriété ne peut être constituée *ad tempus*. Ainsi l'*in jure cessio* n'est pas susceptible de modalités.

Cependant des fragments du Vatican nous révèlent des règles spéciales à l'usufruit. D'abord l'usufruit ne peut être *in jure cessus* ni à partir d'un terme ni à partir d'une condition. *Ex certo tempore... an in jure cedi possit, variatur. Videamus ne non possit, quia nulla legis actio prodita est de futuro* (1). Mais *ad certum tempus* ou *ad certam conditionem*? Le § 48 répond affirmativement : *Ad certum tempus et in jure cedi potest*. Il y avait donc exception ici à la règle générale du droit. Il est du reste de l'essence de l'usufruit d'être temporaire.

Il est donc vrai de dire qu'au moyen de l'*in jure*

(1) Val. Fragm., § 48.

cessio les droits réels ne peuvent être transférés *neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem*, en un mot sans aucune espèce de modalité.

III. *Adjudicatio*. — A côté de ces moyens ordinaires d'acquérir la propriété, nous devons en citer un autre qui avait lieu seulement dans certains cas, c'est l'*adjudicatio*, mode d'acquérir par la décision du juge comme dans la *cessio in jure* on acquérait par le prononcé du préteur. *Addicebat prætor, adjudicabat judex*. Sous la loi des Douze Tables, comme plus tard, l'adjudication avait lieu dans trois actions : *Familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum*. Elle était donc primitivement destinée à faire cesser l'indivision entre cohéritiers, à faire les partages entre simples communistes, à vider les contestations relatives aux bornes des héritages. En attribuant au juge un semblable pouvoir, elle lui facilitait sa tâche. Les témoignages de son antiquité ne manquent pas. Pour l'action *familiæ erciscundæ*, Gaïus nous dit : *Hæc actio proficiscitur a lege Duodecim Tabularum* (1). *Erectum citumque*, nous dit Festus (2), *fit inter consortes, ut in libris legum romanarum legitur*. Quant au bornage, nous savons qu'anciennement la contestation sur les limites s'appelait *jurgatio* (3). La violation des limites était sévèrement punie : *Numa Pompilius*, dit Festus (4),

(1) D., L. 1, Fam. ercisc.

(2) Verbo Erectum.

(3) N., Verbo Jurgium.

(4) Verbo Termen.

statuit eum, qui terminum exarasset et ipsum et boves sacros esse. Et Gaius, dans un fragment de son commentaire sur la loi des Douze Tables, nous dit que les règles sur cette matière avaient été empruntées à la loi de Solon (1).

L'adjudication conférait donc la propriété, mais cet effet paraît n'avoir, dans le commencement, été produit que dans un *judicium legitimum*, c'est-à-dire, d'après Gaius (2), dans une instance introduite à Rome ou à une distance moindre d'un mille entre citoyens romains devant un seul juge également citoyen romain. Cette restriction nous est révélée par un seul texte relatif à l'usufruit. Paul nous dit dans un passage : *Item potest constitui usufructus, et familiæ erciscundæ et communi dividundo judicio legitimo* (3). Si cette restriction a existé, et il est probable qu'il en était ainsi, l'adjudication dans un *judicium non legitimum* ne donnait point la propriété quiritaire. Mais le préteur y suppléait selon son usage. Une trace de cette antique législation est restée même dans le texte du Digeste, où il est dit : *Si familiæ erciscundæ vel communi dividundo actum sit, adjudicationes prætor tuetur, exceptiones aut actiones dando* (4).

IV. *Usus auctoritas.* — Ainsi donc nous voyons que soit la *tradition* pour les choses *nec Mancipi*, soit la *mancipation* pour les choses *Mancipi*, soit la *cessio in*

(1) D., l. 13, *De fin. reg.*

(2) Gaius, IV, 101.

(3) § 47; Vat. Fragm.

(4) D. l. 44, § 1, *Fam. ercisc.*

jure pour les deux espèces de choses, et pour les droits, sont nécessaires pour faire passer le droit de propriété d'un citoyen à un autre. En droit romain, la simple convention n'a jamais suffi pour faire passer la propriété d'un citoyen à l'autre. *Quod enim alterius fuit, ut id fiat meum necesse est aliquid intercedere* (1).

Si donc la garantie de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio* n'avait pas accompagné la transmission de la chose, quand cela était nécessaire, ces formalités étaient suppléées par une possession pendant un certain laps de temps. Cette possession aux yeux de tous les citoyens et avec leur consentement tacite semblait une garantie suffisante. Cette manière d'acquérir la propriété était consacrée par la loi des Douze Tables sous le nom de *usus, usus auctoritas*.

Auctoritas, garantie légale de la propriété; *usus*, usage, possession. La possession était de deux ans pour les fonds, d'un an pour toute autre chose : *Quoniam usus auctoritas fundi biennium est*, nous dit Cicéron, *sit etiam ædiur. Ast in lege ædes non appellantur, et sunt : cæterarum rerum, quarum annuus est usus* (2). Cette manière d'acquérir donnait le *dominium ex jure Quiritium*, et était réservée comme toutes les autres aux citoyens romains. *Adversus hostem æterna auctoritas esto*, dit la loi des Douze Tables, c'est-à-dire qu'on pouvait toujours revendiquer sa chose contre un étranger.

V. *Lex*. — Enfin, à cette époque reculée le domaine

(1) Varro, *De re rust.*, 2, 1.

(2) Cicéron, *Top.*, 4.

romain était encore acquis par la loi, dans les hérédités et les legs. *Uti legassit*, dit la loi des Douze Tables, *super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*.

Pour nous résumer donc sur toute cette partie du droit romain, il nous semble résulter des textes qui nous restent et que nous avons cités, les propositions suivantes : 1° que dans les idées des Romains la propriété était une création de l'État ; 2° qu'à l'époque des Douze Tables il n'y avait qu'un seul *dominium*, le *dominium ex jure Quiritium* ; 3° que le citoyen seul pouvait être *dominus*, propriétaire, et que la loi ne protégeait que sa propriété ; 4° que les choses objets de ce droit recevaient une division en *res Mancipi* et *res nec Mancipi*, division capitale, au point de vue du moins de la propriété des particuliers ; 5° que parmi les modes naturels l'occupation, premier moyen connu d'acquérir la propriété, a de tout temps transféré le *dominium ex jure Quiritium* ; 6° que la tradition est aussi ancienne que les autres modes de translation de la propriété, mais pour les *res nec Mancipi* seulement ; 7° que la *mancipatio*, la *cessio in jure*, l'*usucapio*, l'*adjudicatio*, la loi étaient des moyens civils d'acquérir le *dominium ex jure Quiritium*, connus à l'époque des Douze Tables. Ainsi un seul mode d'être propriétaire, le droit de propriété uniquement réservé aux citoyens, et enfin la nécessité d'un acte quelconque pour que cette propriété passât d'un citoyen à un autre, tels étaient les trois caractères distinctifs de la propriété romaine à l'époque des Douze Tables.

CHAPITRE III.

DE LA PROPRIÉTÉ AU POINT DE VUE DU DROIT PRÉTORIEN.

Dominium ex jure Quiritium. — Dominium in bonis.

De l'étude que nous avons faite sur l'organisation de la propriété romaine à l'époque des Douze Tables ressortent clairement les rigueurs et les lacunes de cette législation. Elle ne pouvait suffire qu'à une société guerrière et encore barbare. Avec le développement du commerce, l'extension des relations pacifiques, on dut sentir vivement les inconvénients de ce droit rigoureux. C'est donc sur ces lacunes et pour les combler que devaient porter les efforts du droit prétorien. En les signalant, nous avons signalé du même coup les innovations du préteur. Ainsi à l'époque des Douze Tables, les citoyens romains seuls pouvaient être propriétaires. Nous verrons comment ce droit, appelé *jus commercii*, fut successivement étendu à d'autres peuples et protégé même chez les étrangers. Le champ romain, l'*ager romanus*, était seul susceptible de propriété romaine. Il faudra voir comment ce caractère, sous le nom de *jus italicum*, fut donné à des territoires qui ne faisaient pas partie de l'Italie et l'ensemble

de garanties qui remplaça, pour les fonds qui restèrent en dehors du *jus italicum*, la protection des lois civiles que donnait seule la propriété romaine.

Après avoir étudié l'extension que reçut le droit de propriété touchant les choses et les personnes, nous passerons aux modes d'acquisition. Nous avons vu dans le droit primitif de Rome que la mancipation seule donnait pour les choses *mancipi*, le *dominium ex jure Quiritium*. Celui donc qui sans une forme solennelle de transmission acquiert une chose *mancipi*, n'en devient point propriétaire et peut en être évincé. Ici encore la protection du préteur lui assurera une possession défendue par des exceptions, jusqu'à ce que par usucapion il devienne propriétaire *ex jure Quiritium*. Bien plus, il lui donnera une action réelle pour protéger sa possession pendant le temps nécessaire à cette usucapion.

Nous devons remarquer ici que les exclusions de la loi des Douze Tables provenaient toutes de cette idée capitale qui dominait le droit civil à cette époque : tout ce qui n'était pas romain ne méritait aucune protection de la loi. En effet, dans les trois situations où le préteur corrige la rigueur du droit civil, c'est toujours l'idée que la personne, la chose ou le mode d'acquisition était en dehors de ce droit civil, qui dicte les dispositions de la loi.

Ainsi : 1° extranéité de la personne. La propriété des pérégrins n'est pas reconnue. 2° Extranéité de la chose. Les meubles n'ont pas de nationalité, mais les fonds en ont une. Donc les terres étrangères sont la pro-

priété du peuple romain, et nul particulier, pas même un citoyen romain, ne peut avoir une propriété sur eux.

3° Extranéité du mode d'acquisition. La tradition est un mode du droit des gens. La loi ne le reconnaît pas pour les *choses Mancipi*, celles qui appartiennent plus spécialement au droit civil. Ainsi propriétaire romain, chose romaine, mode de transmission romain, telles semblent être les conditions moyennant lesquelles la loi accorde une action qui protège le droit de propriété.

Lors donc qu'un citoyen romain avait le *dominium ex jure Quiritium*, et nous avons vu les conditions nécessaires pour cela, la loi protégeait sa propriété par une action réelle qui s'appellait *rei vindicatio*.

Il ne peut pas entrer dans le cadre de ce travail de donner même une esquisse de la *rei vindicatio*, des formes de cette action aux différentes époques du droit et des nombreuses et difficiles questions qu'elle soulève. Ce serait faire entrer dans une thèse une autre thèse, et des plus malaisées.

Il suffit de dire que, soit dans le système des actions de la loi, dans l'*actio sacramenti*, soit dans le système formulaire dans les actions *per sponsionem* et *per formulam petitoriam*, le demandeur prétendait (*intendebat*) que la chose était à lui selon le droit des quirites : « *Hunc ego hominem (ou fundum) meum esse aio ex jure Quiritium*, etc. » ou bien dans la *sponsio* : « *si homo quo de agitur ex jure Quiritium meus est*, etc. » (1) Et le magistrat en donnant un juge, lui ordonnait de juger

(1) Gaius, C. IV, § 93.

si la chose appartenait au demandeur d'après le droit des quirites. La formule était conçue en ces termes : *Octavius judex esto. Si paret fundum Capenatem de quo agitur ex jure Quiritium Auli Agerii esse*, etc.

Le juge enfermé dans cette formule ne pouvait pas juger autre chose, et si le fonds n'appartenait pas à Aulus Agerius d'après le droit des quirites, il devait absoudre le défendeur, quelque inique que fût cette décision. Or voici dans quels cas cette décision était inique et où l'on dut y remédier absolument. 1° Il pouvait se faire qu'un pérégrin eût acheté d'un Romain une chose *mancipi* ou *nec mancipi*, peu importe. Le pérégrin a acheté la chose, voilà un juste motif de devenir propriétaire ; c'est ce que les jurisconsultes appellent *justa causa* ; cette chose lui a été livrée, *tradita*, elle n'a pu lui être ni mancipée ni cédée *in jus*. Ces modes étant du droit civil, il est évident qu'aux yeux du droit naturel, *jus gentium*, ce pérégrin est propriétaire de l'objet qu'il possède en vertu d'une cause légitime d'acquisition. Et cependant, comme il est en dehors du droit civil, du *jus Quiritium*, il est évident aussi que sa propriété n'existe pas pour le juge chargé de décider si la chose est à ce pérégrin *ex jure Quiritium*. Voilà un premier cas. Un second cas est celui des fonds provinciaux.

2° Quand un individu, citoyen romain ou pérégrin, a acquis un fonds de terre en province, comme nous le verrons plus tard, le droit romain ne reconnaissait pas cette propriété, par la raison que tout le territoire des provinces était considéré comme étant la propriété du

peuple romain ; il n'était donc pas possible en droit rigoureux qu'un particulier pût transmettre ou acquérir un droit qui n'appartenait qu'au peuple romain. Et cependant en fait le possesseur jouissait de tout les attributs de la propriété, du droit d'user, de percevoir les fruits, et même d'aliéner cette possession au profit d'un autre qui obtenait les mêmes avantages. Si donc ce possesseur dont le droit est si large substituait en fait un autre à sa possession en vertu d'une cause de vente, de donation, etc., il y avait là une situation de fait, une sorte de propriété naturelle qui méritait encore toute la sollicitude du préteur.

3° Enfin en supposant, non plus un étranger et un citoyen, mais deux citoyens, et entre ces deux citoyens un objet de transaction qui ne fût point un fonds soumis au droit du peuple romain, il pouvait cependant se présenter un cas où la propriété du *jus gentium* fût parfaitement acquise, et où cependant la propriété du *jus Quiritium* ne le fût point. Ce cas, on le devine, c'était celui où une chose *mancipi*, livrée *ex justa causa*, n'avait cependant pas été mancipée. Pour acquérir le *dominium* d'une chose transmise dans de semblables circonstances, il suffisait de l'usucapion ; mais cette usucapion demandait un certain espace de temps ; cette possession très-favorable n'était donc pas protégée. Le préteur lui accorda des exceptions et des actions qui la rendirent très-solide aux mains de celui qui en était nanti. Mais pour ce troisième cas il faut faire une remarque importante : c'est qu'il résulte ici de la protection du préteur une situation singulière.

Au premier cas le pérégrin, protégé par le préteur dans son acquisition, a une propriété du *jus gentium*. Or cette propriété est pure et simple chez lui, et personne ne peut conserver un droit sur sa chose. *Sequitur ut admoneamus*, nous dit Gaius, *apud peregrinos quidem unum esse dominium, itaque aut dominus quisque est aut non intelligitur dominus*.

Pour le second cas, il ne peut encore exister qu'un genre de *dominium*. Le fonds provincial, dans les idées des Romains, n'est pas susceptible de propriété. Qu'il soit donc possédé par un Romain ou par un pérégrin, il n'en est pas moins propriété de l'État. Cependant cette possession protégée par le préteur, devient une sorte de propriété naturelle, *juris gentium*, qui est la même pour tous.

Mais dans le troisième cas se présente un dualisme bizarre au premier aspect. Un citoyen romain aliène une chose *mancipi* sans observer les formalités de la mancipation. Aux yeux du pur droit civil, rien n'est fait, l'aliénateur reste propriétaire, *dominus ex jure Quiritium*. D'un autre côté, celui qui a acquis la chose de cette manière imparfaite est protégé dans sa possession par un ensemble d'exceptions et d'actions envers et contre tous, même contre le *dominus ex jure Quiritium*. Il a de plus tous les avantages réels de la propriété; il a le droit d'user, de jouir de la chose, même de l'aliéner: c'est donc bien là plus qu'une simple possession, une sorte de propriété prétorienne qui donne à celui qui en est nanti tous les avantages réels du droit. Les jurisconsultes ont donné un nom à

cette situation, et l'on dit que celui qui avait ainsi les avantages de la propriété sans en avoir le titre avait la chose *in bonis*, dans ces biens. Cependant l'aliénateur n'en gardait pas moins le *dominium ex jure Quiritium*. Nous verrons plus loin les résultats de cette situation en comparant ces deux droits dont l'un garde le nom de *dominium ex jure Quiritium*, et dont l'autre a été nommé par les commentateurs *dominium bonitarium*. Ceci est très-bien résumé dans un paragraphe des Institutes de Gaius (1): *Sed postea divisionem accepit dominium ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere. Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipavero, neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficietur, ex jure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias; semel autem impleta usucapione proinde pleno jure incipit tua res esse, ac si ea Mancipata vel in jure cessa esset.*

Nous diviserons ce chapitre en trois sections. Dans une première section, nous étudierons l'extension du droit d'être propriétaire, autrement dit du *jus commercii*. Nous verrons aussi comment le préteur protégea la propriété chez ceux à qui la loi civile ne reconnaissait pas ce droit, chez les pérégrins.

Dans une seconde section, nous étudierons cette situation particulière des *fundi provinciales*. Nous parlerons aussi de l'extension du *jus italicum* à certains territoires étrangers.

(1) Gaius, C. II, § 41.

Dans une troisième section, nous passerons aux modes d'acquisition de la propriété, que nous étudierons au point de vue de la distinction des deux domaines.

Enfin, dans un appendice, nous étudierons certaines possessions que la protection prétorienne assimila à la propriété.

SECTION PREMIÈRE.

Des personnes qui peuvent ou non avoir la propriété romaine (dominium quiritarium).

Cives romani, latini, peregrini.

Le droit de devenir propriétaire avait, chez les Romains, un nom particulier : *commercium*. *Commercium*, nous dit Ulpien, *est emendi vendendique invicem jus* (1). Le *commercium* peut encore se définir le droit de participer à la *mancipation* qui est le mode de transmettre la propriété par excellence du droit romain. Le *commercium*, avec les trois autres droits de *connubium*, de *suffragium et honores*, formaient les quatre attributs essentiels du droit de cité, les deux premiers représentant le droit civil, et les deux derniers le droit politique. Dans les premiers temps de la république, le *commercium* paraît avoir été accordé à certaines peuplades voisines de Rome, les Latins. On n'a que des notions très-vagues sur l'étendue des droits ainsi

(1) Ulp., Reg., tit. 19, § 5.

concedés. Les véritables Latins étaient depuis longtemps citoyens romains à l'époque d'Ulpien. Mais il était resté un souvenir de cette concession partielle du droit de cité, la première probablement que firent les Romains.

Les mots *jus latii*, *latinitas*, n'exprimèrent bientôt plus qu'un état de capacité; intermédiaire entre la pérégrinité qui n'avait aucun droit et la cité qui les renfermait tous. Ce mot est employé avec ce sens dans Cicéron (1), dans Gaius (2). Ce n'est pas ici le lieu d'exposer tous les droits qui sont compris dans la qualité de Latin. Toujours est-il que ce droit renferme le *jus commercii*. *Mancipatio*, nous dit Ulpien, *locum habet inter cives romanos, et latinos colonarios, latinosque junctanos eosque peregrinos, quibus commercium datum est* (3).

Ainsi, Ulpien nous signale dans ce fragment quatre classes de personnes qui jouissaient du *dominium quiritaire*.

1° *Cives romani*. — Ceci n'a besoin d'aucune explication.

2° *Latini colonarii*. — Qu'étaient ces Latins coloniaux? Nous avons vu ce que signifiait ce mot *latinitas*. Les Latins coloniaux étaient les citoyens romains qui émigraient dans des colonies; ils cessaient d'avoir les droits politiques, mais ils conservaient toujours les droits civils. On les appelait Latins parce que leur

(1) Cic., ad Att., 14, 12.

(2) Gaius, C. I, § 79, 96; III, § 56.

(3) Ulp., Reg., lit. 19, § 4.

capacité se rapprochait de celle des premiers Latins, et coloniaux à cause de leur situation spéciale.

3° *Latini juniani*. — C'étaient des affranchis d'une nouvelle espèce créés par la loi Junia Norbana rendue sous Auguste. On était Latin junien quand une des trois conditions nécessaires pour que l'affranchissement fût plein et entier avait fait défaut ; ces affranchis portaient le nom de *Latins* qui exprimait l'état de leur capacité civile, et juniens, du nom de la loi qui avait défini et assuré leur condition.

4° *Peregrini quibus commercium concessum erat*. — Il paraît que le *commercium*, comme tout autre droit, pouvait être accordé spécialement à un pérégrin. Cette concession était individuelle et viagère et avait lieu probablement comme récompense de services rendus. Le *commercium*, outre le droit de faire avec des citoyens romains tous les actes relatifs à la translation du *dominium* et de jouir de toutes les actions qui protégeaient ce *dominium*, impliquait encore la faculté de transmettre et de recevoir par testament.

De l'énumération que nous venons de faire de tous ceux qui avaient le *dominium* quiritaire résulte implicitement que les *peregrini* en masse, sauf les exceptions individuelles, n'avaient et ne pouvaient ni acquérir ni transmettre le *dominium ex jure Quiritium* ; or les *peregrini* étaient :

1° Avant Caracalla, les habitants de presque toutes les provinces : ainsi la grande majorité des sujets de l'empire ;

2° Les citoyens de tous les états étrangers.

Nous n'avons pas besoin de mentionner au point de vue de notre matière deux autres classes : celle des Romains qui par une peine avaient perdu le droit de cité et de la classe des affranchis déditices. Les pérégrins ne participaient point au *jus civile* ; est-ce à dire cependant que leur propriété n'était pas protégée et que toutes relations commerciales leur étaient interdites avec les Romains ? Non certainement. Ils avaient la protection du *jus gentium*, et à défaut de propriété civile, une sorte de propriété *in bonis* (1). Ainsi ils ne pouvaient figurer ni dans la mancipation ni dans la cession juridique, mais ils acquéraient et transféraient la propriété de toutes choses par le moyen naturel de la tradition précédée d'une juste cause.

Un citoyen romain pouvait donc livrer à un pérégrin une chose *nec Mancipi*, et celui-ci en devenait immédiatement et complètement propriétaire. Mais je vais plus loin, et je dis que si un citoyen livrait à un pérégrin même une chose mobilière *Mancipi*, un esclave par exemple, le pérégrin en devenait propriétaire, et le citoyen romain ne conservait pas sur la chose *Mancipi* ainsi livrée même le *nudum jus Quiritium*. Il est vrai, en effet, que la propriété se dédoublait quand une chose *Mancipi* avait été transmise sans observer les formalités de la mancipation.

En effet, entre deux citoyens, les formalités peuvent être observées ; mais la mancipation ne peut avoir lieu

(1) Savigny, *Traité de droit romain*, t. 1, p. 59.

avec un pérégrin. Exiger donc la mancipation en ce cas, ce serait une contradiction, car d'un côté la loi exigerait la mancipation pour la translation d'une chose *mancipi*, d'un autre côté un pérégrin ne peut y participer. C'est dire en d'autres termes que jamais un citoyen romain ne pourrait transmettre à un pérégrin une *res Mancipi*. Ceci pouvait bien être vrai à l'époque primitive des Douze Tables, mais il est impossible d'admettre un tel système pour une époque postérieure ; la raison le repousse d'abord, les textes ensuite !

Et d'abord, quand on considère le nombre énorme de pérégrins sujets de l'empire romain, quand on songe aux relations de commerce qui existaient dans toute l'étendue de l'empire, il est impossible de soutenir que le commerce ne pouvait exister entre citoyens et pérégrins sur des objets d'un emploi aussi fréquent que l'étaient la plupart des choses *mancipi* : des esclaves, des bœufs, des chevaux. Tout ce que nous savons sur la société antique dément une pareille hypothèse. Ensuite nous avons dans les *Vaticana Fragmenta* un texte positif de Paul sur la matière (1).

In re nec Mancipi, nous dit le jurisconsulte, *per traditionem deduci ususfructus non potest, nec in homine si peregrino tradatur ; 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 et de sa constitution par voie

(1) Vat. Frag., 47.

de rétention. On peut, dit-il, retenir l'usufruit quand on aliène une chose *mancipi*, car alors il existe un mode solennel de transmission, et l'usufruit ne peut être constitué que par un mode du droit civil. Mais si l'on aliène une chose *nec Mancipi* ou bien une chose *mancipi*, mais à un pérégrin, comme il n'y a pas de mancipation, l'usufruit ne peut être retenu. Ainsi la tradition d'une *res Mancipi* à un pérégrin produit, d'après ce texte, absolument le même effet que la tradition d'une *res nec Mancipi* à un citoyen romain, c'est-à-dire le transfert de la propriété pure et simple. • Le texte, observe judicieusement M. Pellat (1), paraît prouver que dans les rapports d'un citoyen romain avec un pérégrin, un esclave n'était point *res Mancipi*, et que la propriété pouvait en être transférée par la tradition, ou, si l'on veut, que la propriété d'un esclave, quoique *res Mancipi*, pouvait être transférée par un citoyen romain à un *peregrinus* au moyen de la tradition. • Il nous reste encore deux graves questions sur cette matière.

Le sol italique pouvait-il, comme les objets *nec Mancipi* et les meubles *mancipi*, être la propriété d'un pérégrin?

Par quelle action cette propriété était-elle garantie, à défaut de la *rei vindictio*, qui ne peut point appartenir au pérégrin?

La réponse à ces deux questions est fort difficile. Les documents manquent sur le point de savoir com-

(1) Pellat, *Int.*, p. 53.

ment le préteur envisageait la propriété pérégrine. Nous ne pouvons cependant douter qu'elle n'existât. Gaius, C. II, § 40, nous parle du *dominium apud peregrinos*. Puis donc qu'il existait, il devait être protégé par une action. La *rei vindictio* ne pouvait s'y appliquer, car elle était réservée aux citoyens romains, ce qui ressort de sa formule même, car on revendique le *dominium ex jure Quiritium* qui n'a jamais pu appartenir aux pérégrins.

D'un autre côté, la publicienne ou revendication prétorienne avait un but spécial et que nous étudierons plus tard : celui de protéger la possession pendant le temps nécessaire à l'usucapion. Il faut remarquer aussi que la publicienne fut organisée par le préteur de ce nom vers la fin de la république, à une époque où déjà les conquêtes de Rome s'étendaient fort loin, et où les relations commerciales avec les étrangers devaient être très-fréquentes. S'il nous est permis de hasarder une hypothèse, nous dirons que probablement dans les provinces, les préteurs romains approuvaient simplement les lois de chaque pays spéciales à cette matière.

Quant à ce qui concerne les relations des Romains et des pérégrins, le préteur, probablement après avoir examiné la cause, et toutes les fois que la revendication du pérégrin lui paraissait avoir un juste motif, donnait à ce pérégrin une action réelle fictive dont les effets pratiques étaient ceux de la *rei vindictio*, qu'il prenait pour modèle. Nous trouvons dans Gaius des exemples de ce mode de procéder. *Item*, dit ce juris-

consulte, *civitas romana peregrino fingitur si eo nomine agat, aut cum eo agatur quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo justum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi* (1). Et il cite comme exemples de cette règle l'*actio furti* et l'*actio legis Aquiliae*.

Maintenant pour quelles choses cette revendication était-elle reconnue légitime chez le pérégrin? Elle était évidemment admise pour toutes les choses *nec mancipi*, qui pouvaient parfaitement devenir la propriété d'un pérégrin; elle l'était même pour les choses immobilières *mancipi*, et nous l'avons vu par le texte précité. Mais le sol de l'Italie lui-même pouvait-il être propriété d'un pérégrin?

Nous avons établi plus haut que les Romains ne déniaient point aux pérégrins une certaine propriété naturelle, et que cette propriété était protégée par une certaine action réelle. Mais faut-il conclure de là que le sol même de l'Italie pouvait être la propriété d'un étranger? Et d'abord il faut remarquer que le texte de Paul ne parle que d'une chose mobilière, d'un *seruus*. Or il s'agit dans ce passage d'une constitution d'usufruit, et il eût été assez naturel de parler d'un *fundus*, si jamais un *fundus* avait pu, en Italie, appartenir à un pérégrin. Quant à la qualité de *mancipi* du fonds italique, cet argument ne serait pas décisif, car l'esclave et le fonds sont également choses *mancipi*; la qualité de *res mancipi* n'est donc pour rien dans la question. Mais je crois que jamais le sol de

(1) Gaius, IV, § 37.

L'Italie n'a pu appartenir à un pérégrin. Il suffit de se rappeler l'antique jalousie du droit romain, formulée dans cette maxime : *Adversus hostem æterna auctoritas esto !*

On comprendra que si, dans les sociétés actuelles, où les droits sont beaucoup plus accessibles aux étrangers, la propriété foncière est réservée aux indigènes dans nombre de pays, il en devait être ainsi à Rome.

Les nécessités du commerce, qui expliquent pour les meubles une concession, concession volontaire, de la part du prêteur, ne l'expliquent point pour la propriété foncière. D'ailleurs, comme dit Gaius, le prêteur ne communiquait à un pérégrin une action du droit civil, que *causa cognita quum justum sit*. Toute la constitution de la propriété foncière résiste donc à une pareille innovation, et, entre autres choses, il faut se rappeler la loi Julia, *De dotibus*, qui, en défendant l'aliénation du fonds dotal, borna son application au sol de l'Italie. Or cette loi ne s'appliquait qu'aux citoyens, puisqu'il fallait un *connubium* pour cela, et les *peregrini*, nous le savons, n'avaient point le *connubium*. Il me semble qu'on peut tirer de là un argument pour dire que toute la propriété foncière en Italie appartenait alors à des citoyens romains ; car autrement il y eût eu des fonds italiques donnés en dot, et qui n'eussent pas été inaliénables. Or cette exception ne nous est signalée nulle part.

Remarquons encore, comme dernier argument en faveur de notre thèse, que la condition de *peregrinus* disparut avec Caracalla, et que le débat que nous ve-

nous de constater ne put s'élever qu'à une époque antérieure à Caracalla, c'est-à-dire à un moment où l'empire romain était près de ses origines, et gardait encore l'empreinte des vieilles idées d'orgueil et d'exclusion qui étaient naturelles au moment où Rome venait d'achever la conquête du monde.

C'est là, du reste, une grave et difficile question.

Notre décision ressortira encore mieux de ce que nous dirons dans la section suivante, où nous parlerons de la propriété foncière et des distinctions du droit romain à cet égard.

SECTION DEUXIÈME.

Des choses susceptibles ou non de la propriété romaine (dominium quiritarium).

Ager publicus ; possessiones ; leges agrariae ; ager italicus ; fundi provinciales ; jus italicum.

Nous avons déjà démontré que les choses mobilières *mancipi* ou *non mancipi* pouvaient être l'objet du droit de propriété romaine, quand c'était un citoyen qui en était propriétaire ; les meubles n'ayant pas de consistance par eux-mêmes suivent nécessairement la condition de leur propriétaire. Il faut donc à leur égard interroger la capacité de la personne, et cette étude a été faite dans la section qui précède.

Les immeubles, au contraire, les *fundi*, ont une assiette fixe, et l'on comprend dès lors qu'ils aient, suivant leur situation, une capacité distincte de celle même de leur propriétaire.

Cette remarque n'a pas cessé d'être vraie, et aujourd'hui encore, dans nos lois modernes, il existe des dispositions qui la confirment.

Il n'est donc pas étonnant qu'à Rome cette condition spéciale de la propriété foncière ait produit ses effets dans cette importante distinction des deux *dominium*. Avant d'examiner la condition purement civile des terres, il est nécessaire, dans le droit romain, d'entrer dans quelques détails rétrospectifs et de retracer en peu de mots l'histoire de la propriété foncière à Rome. Nous diviserons cette section en plusieurs paragraphes.

§ 1. *Ager publicus*.

La division des terres en *ager publicus* et *ager privatus* paraît avoir existé de toute antiquité à Rome. A l'origine, la propriété foncière fut considérée comme émanant de l'État. Romulus partagea, suivant Denis d'Halicarnasse (1), le sol romain en trente portions. Elles furent assignées à chacune des trente curies; une partie de ce sol fut réservée pour le service du culte, et les besoins de l'État. Ce domaine public, assez restreint à l'origine, s'augmenta bientôt par les innombrables conquêtes des Romains. C'était un principe des Romains de ne recevoir à merci les peuples vaincus qu'après leur avoir fait livrer tout ce qu'ils possédaient. La cession seulement de leur ville,

(1) Denis d'Hal, *Ant.*, 3, 1.

leurs temples, leurs maisons, leurs champs, pouvait les préserver de la mort et de l'esclavage. Nous trouvons dans Tite-Live (1) plusieurs formules de reddition conçues dans ce sens. Tout le territoire des peuples vaincus devenait donc propriété du peuple romain. Avec un tel système, il n'est pas étonnant que l'*ager publicus* ait pris un immense accroissement.

L'État disposait de ces terrains de beaucoup de manières différentes. Ces champs pouvaient être distribués à des colonies de citoyens romains, ou de vétérans, et alors ils prenaient le nom de *agri limitati, divisi, assignati*. La propriété limitée était invariable; l'alluvion ne lui appartenait pas (2).

La fondation d'une colonie se faisait avec des cérémonies particulières; les champs distribués par centuries prenaient le nom de *agri centuriati* (3). *Divisi et assignati agri sunt qui veteranis aliisque personis per centurias, certo modo adscripto, aut dati sunt...*, etc., nous dit un *rei agrariae scriptor*, Hyginus. C'était là une distribution gratuite, la fondation d'une colonie. Un magistrat y présidait et édictait la loi de ces établissements. *Illi agri leges accipiunt ab his qui veteranos deducunt, et ita propriam observationem eorum lex data præstat in his agris* (4).

Quelquefois le territoire était vendu au profit de l'État. Les champs étaient divisés et mis aux enchères par les questeurs, et prenaient le nom de *agri quaestorii*. *Ut*

(1) Tite-Live, I, 58; VII, 31.

(2) D. L. 16, *De acq. rer. dom.*

(3) Fest.

(4) Hyginus.

vero Romani, dit Siculus l'flaccus, *omnium gentium potiti sunt, agros alios ex hoste captos in victorem populum partiti sunt, alios vero agros vendiderunt, ut Sabinorum ager qui dicitur quæstorius* (1). Dans les distributions de territoire il resta souvent des lisières inoccupées qui demeurèrent la propriété de l'État, et qui prirent le nom de *subseciva* ou *subsecivi agri*. Enfin, en opposition à ces *agri designati*, soit par concession, soit par vente, s'étendait le vaste domaine de l'État, qui n'avait d'autres limites que les limites naturelles. Ces territoires s'appelaient *agri occupatorii* ou *arcifinales*. *Occupatorii dicuntur agri quos quidam arcifinales vocant; hi autem arcifinales dici debent quibus agris victor populus occupando nomen dedit* (2). Siculus l'flaccus nous explique ce que signifie ce mot *arcifinales*. Dans les guerres le peuple victorieux confisquait toutes les terres dont il avait expulsé les vaincus; tout le territoire ainsi occupé recevait des colons : *intra quos fines jus ducendi esset*. Le colon s'emparait du territoire en le cultivant et était le droit à un autre de l'en expulser : *Ut quisque virtute colendi occupavit arcendo vicinum, arcifinalem dixit*. De là donc le nom de *arcifinalis*.

Les Romains donnaient aussi les champs en ferme moyennant des redevances. Ces locations se faisaient ou pour cinq ans, ou bien à perpétuité, moyennant une redevance annuelle, un *vectigal*; dans ce dernier cas les champs prenaient le nom d'*agri vectigales*.

(1) Sicul. Flac., *De cond. agr.* Quæstorii autem dicuntur agri, quos populus romanus, devictis pulsisque hostibus, possedit, mandavitque quæstoribus, ut eos vendiderent. (Hyg., *De cond. agr.*)

(2) Sic. Flac., *De cond. agr.*

Lambin, dans une note sur Cicéron (1), résume très-bien les différents modes de tirer parti de la chose publique : *Agri publici*, dit-il, *scilicet ex hostibus capti, quorum alii colonis dabantur, alii a censoribus in quinquennium locabantur, alii iis qui eos colere vellent in perpetuum assignabantur, imposito annuo vectigali, ut arbustorum quinta, frugum decima, pecoris etiam quædam pars præstaretur.*

Enfin les Romains fort souvent encore, et surtout dans les dernières guerres, abandonnèrent à la population naissante la jouissance de ses propriétés telle qu'elle se comportait avant la guerre. *Nec tamen*, nous dit Sículus Flaccus, *omnibus personis victis ablati sunt agri.* Cette concession fut quelquefois personnelle, quelquefois générale et s'appliquant à tout un peuple. Il en fut ainsi de la Sicile. *Siciliæ civitates sic in amicitiam fidemque recipimus ut eodem jure essent quo fuissent* (2).

Il est facile, d'après l'exposition de ce système, de comprendre le parti qu'a tiré l'aristocratie romaine des immenses possessions de l'État. La terre entière était mise au pillage, et presque tout le monde connu devenait l'*ager publicus* de la cité conquérante. Les nobles étaient les administrateurs et les distributeurs de la richesse publique. Dans les distributions ils se firent attribuer des parts considérables ; ils achetèrent à vil prix les terrains mis en vente ; ils se firent donner en location perpétuelle les *agri vectigales* et

(1) Cicéron, *Epist. ad Att.*, 2, 15.

(2) Cic., *In Verrem act.*, 2, L. 3, § 6.

ne payèrent point la redevance qu'ils devaient à l'État, ils s'emparèrent enfin de toutes les terres incultes et abandonnées dont le nombre devait être immense, après les dévastations des Romains. Ce qui est à remarquer surtout, c'est que l'Italie qui fut conquise la première, souffrit la première aussi de ce mode barbare de faire la guerre et même fut traitée plus rigoureusement, la résistance ayant été plus énergique et le conquérant plus sauvage. De là ces immenses possessions de l'aristocratie romaine, ces *latifundia* qui eussent été des déserts sans les populations d'esclaves qu'y entretenait le luxe des propriétaires. De là aussi les réclamations des tribuns du peuple, représentants de cette *plebs* dépouillée d'un bien public par quelques usurpateurs. De là les crises terribles et périodiques des lois agraires. Dans cette lutte politique que nous esquisserons plus loin, les nobles devaient remporter la victoire sur le peuple ; mais cette victoire devait leur être funeste. Elle devait, en effet, engloutir dans une même catastrophe, avec la grandeur du patriciat, la république et la liberté romaine.

§ 2. Possessiones.

Le domaine de l'État était de sa nature imprescriptible. *Juris periti negant*, nous dit Aggenus Urbinus, *illud solum quod P. R. esse coepit ullo modo usucapi a quoquam mortalium posse* (1). Cependant de bonne heure les usurpations avaient commencé. Elles avaient même

(1) Urb. Agg., *De contr. agr.*

pris une telle importance qu'il n'y eut presque pas de fortune à Rome qui ne se composât en partie de champs enlevés au domaine public. Ce n'était pas là une propriété, car l'État, en tolérant les envahissements des particuliers, n'avait jamais explicitement renoncé à ses droits en leur faveur. Ces détenteurs n'avaient donc aucun droit. *Vetustate possessionis*, disait Cicéron, un de leurs défenseurs, *se non jure, misericordia senatus non agri conditione defendunt, nam illum agrum publicum esse fatentur; se moveri possessionibus, amicissimis sedibus, ac diis penatibus negant oportere* (1). Cependant le fait avait pris une importance capitale, et il fallut y aviser. Le préteur intervint donc, et par des interdits il protégea la possession aux mains des détenteurs de l'*ager publicus*. L'État seul, en effet, avait le droit de réclamer ces terres, car lui seul en avait le *justum dominium*. Tant qu'il se taisait, les détenteurs restaient en possession, ils avaient l'usage, la jouissance, tous les attributs extérieurs de la propriété. Ils transmettaient ces droits tels qu'ils se comportaient, ils pouvaient aussi les aliéner entre vifs *pro donato pro empto, pro dote*.

La longue tolérance de l'État faisait donc que les droits les plus respectables venaient peu à peu s'accumuler sur une possession à son origine usurpée. De là, en face de la propriété légitime (*justum dominium*), tout un ordre de faits qui créait une sorte de propriété sans base, mais qu'une longue possession

(1) *De leg. agr.*

affermissait de plus en plus. De là donc ce qu'on a appelé les *possessions*. Ces *possessions* étaient, dans le langage des jurisconsultes, opposées aux *fundi* ou *agri*. Les *fundi* étaient les propriétés foncières dont l'origine était légitime. Les *possessions* étaient au contraire les propriétés qui, à l'origine, avaient appartenu au peuple, et dont l'usurpation subreptice n'avait constitué à leurs détenteurs d'autres droits que ceux qui découlaient de la tolérance de l'État. *Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri aut ædificii, non ipse fundus aut ager. Non enim possessio est e rebus quæ tangi possunt, neque qui dicit se possidere, is suam rem potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex jure Quiritium possessionem suam vocare nudet, sed ut interdictum venit, ut prætor his verbis utatur : « Ut nunc possidetis cum fundum quo de agitur quod nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis. Adversus ea vim fieri veto(1). »* La possession, ici, est donc une sorte de droit d'usage sur le fonds public, droit confirmé par la tolérance de l'État. Ce droit, cependant, ne peut être protégé par les actions ordinaires. Personne n'oserait les invoquer, nous dit Festus. Mais le préteur y a pourvu : les interdits qu'il donne pour protéger la possession en général, il les accorde aussi à ces possesseurs d'un nouveau genre. Il y a toutefois cette différence, c'est que dans une question de propriété ordinaire l'interdit possessoire ne donne à celui qui

(1) Festus.

l'obtient que la position favorable de défendeur dans l'instance. L'interdit n'empêche pas le possesseur d'être évincé, si le réclamanant vient à prouver sa propriété. Ici la propriété n'est pas en litige; l'État, qui seul pourrait la réclamer, se tait, et le possesseur garanti par les interdits possessoires se trouve nanti d'un droit que personne ne peut lui enlever. C'est donc là une sorte de propriété prétorienne.

Possessiones, nous dit le même Festus, *appelantur agri late patentes, publici privatiue; quia non mancipatione sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat collidebat* (pour *colebat*). De ce texte un peu obscur, et qui porte des traces manifestes de mutilation, ressort cependant nettement la distinction fondamentale qui sépare les *possessiones* des *agri*. C'est que ces *possessiones* ne sont pas entrées dans le domaine privé par ce mode de la mancipation qui donne à la propriété sa véritable légitimité, qui en est pour ainsi dire l'acte d'état civil. Chacun s'en est emparé par la culture, par l'usage. *Publici privatiue* : la condition juridique des possessions du domaine public et de celles que l'on pouvait avoir sur les fonds appartenant à un particulier était la même, mais la différence de fait était grande.

L'État ne réclamait pas sa propriété; un particulier pouvait parfaitement revendiquer la sienne. Du reste, les mêmes interdits protégeaient les deux espèces de possessions. Il est même infiniment probable que ces interdits furent d'abord nécessités par les contestations qui naquirent à l'égard de ce domaine de l'État

possédé par des particuliers. Mais bientôt ces *possessions*, ou furent reprises ou furent confirmées à titre définitif et permanent. Ce premier usage des interdits fut tout à fait oublié, de même que ce premier sens donné au mot *possession*. Au temps de Justinien, depuis longtemps déjà ce n'était plus qu'un souvenir.

Cependant, dans le Digeste, il reste encore des traces de la signification primitive de ces locutions. Ainsi, dans la loi 115 du tit. *De verbor. signif.*, le jurisconsulte Javolenus nous dit (1) : *Possessio ab agro juris proprietate distat; quidquid enim adprehendimus, ejus proprietas ad nos non pertinet aut nec potest pertinere hoc possessionem appellamus; possessio ergo usus, ager proprietatis loci est.* Pour comprendre cette loi, il faut évidemment se rapporter au sens historique du mot *possessio* que nous venons d'expliquer. Son sens devient clair, si l'on se rapporte à ce que nous avons dit.

L'honneur de cette théorie sur les possessions de l'*ager publicus* appartient à l'illustre Savigny, qui l'a mise en complète lumière dans son magnifique *Traité de la possession*. Cependant il est juste de dire que des jurisconsultes anciens l'avaient déjà aperçue et esquissée dans leurs ouvrages. Doneau, Alciat dans son traité *De verb. significatione* sur la loi précitée de Javolenus, s'en expliquent très-clairement. Le président Brisson, dans ses *Antiq. selectæ*, en donne une exposition lucide qui est reproduite dans l'ouvrage de M. Giraud (2). Mais le principal honneur en reste

(1) D., l. 50, tit. 16.

(2) Ch. Giraud, *Droit de prop.*, pièce justif. n° 4.

encore aux savants de l'Allemagne moderne, à Niebuhr et à Savigny. Ces possessions étaient donc, pour conclure, une sorte de *dominium utile*, ou de *quasi dominium*, comme les appellent les jurisconsultes du xvi^e siècle. Il fallait en faire mention ici.

§ 3. *Lois agraires* (1).

Cette usurpation de l'*ager publicus* par la classe la plus puissante avait amené peu à peu les résultats les plus désastreux. En effet, une grande partie de l'Italie conquise et dévastée faisait partie de l'*ager publicus*. Quand le principe de l'occupation des terres publiques fut accepté, ce furent les puissants et les riches qui en profitèrent ; le citoyen pauvre ruiné par la guerre et par l'usure n'avait guère le moyen de s'emparer de plus de terre qu'il n'en pouvait cultiver, et encore, ce peu qu'il prenait, était-il le plus souvent forcé de le vendre à un plus riche. Les nobles, au contraire, faisaient occuper par leurs esclaves ces terres, qu'ils transformaient en vastes pâturages. La population libre et agricole de l'Italie tendait donc à disparaître.

Cet état de choses éveilla de bonne heure la sollicitude de quelques citoyens romains et surtout celle de ces magistrats qui par leurs fonctions représentaient les intérêts et les aspirations de la classe la plus pauvre, en un mot des tribuns du peuple. De là les *lois agraires*, cette source perpétuelle des agitations de la

(1) Voir Niebuhr, *Histoire romaine*, t. 3 ; Heyne, *Opus. Acad.*, t. 4 ; Macé, *Des lois agraires chez les Romains*.

république romaine. Et d'abord il ressort de l'étude de ces lois de tout ce qu'en disent et les historiens et les jurisconsultes, Cicéron, Tite-Live, Appien, qu'elles n'eurent jamais pour but que le partage de l'*ager publicus*, du domaine public. On ne comprendrait pas en effet que dans cette Rome, où le respect de la propriété privée fut une affaire, non-seulement d'État, mais de religion, où sa transmission était garantie par les formes les plus solennelles, un homme eût eu un seul instant l'idée de vouloir partager les propriétés privées. Si des possessions injustes furent défendues avec tant d'acharnement, si les plus grands citoyens de Rome payèrent de leur vie le courage qu'ils eurent de les réclamer, il est aisé de se figurer le sort qui aurait atteint celui qui eût réclamé le partage des propriétés privées. Cette idée insensée n'était jamais entrée dans la tête d'aucun Romain, et cependant il a fallu les efforts de la science moderne pour mettre hors de discussion une vérité qui se recommandait assez d'elle-même.

Ce qui a contribué à propager l'erreur contraire, c'est le vague de cette expression *ager* que les écrivains emploient seule et sans le qualificatif de *publicus*. C'est ensuite, et je crois l'avoir remarqué par la lecture de quelques textes, quelques phrases équivoques d'écrivains latins, de Tite-Live, Florus, Cicéron. Ils sont tous adversaires plus ou moins déclarés de ces lois, et en se servant des expressions les plus générales, ils tendent à confondre les notions dans l'esprit de leurs lecteurs, en mettant des possessions usurpées sous la garde de tous les grands principes qui protègent la

propriété privée. Et cependant dans tous leurs textes ce sont bien les mots *possessiones*, *possessores*, *possidere* qui reviennent continuellement, et jamais nous ne trouvons ces expressions de *dominium ex jure quiritium*, *rem habere*, etc. Et maintenant pour l'expression de *ager* employée seule, qui donc ne reconnaîtrait une des habitudes les plus fréquentes de la langue des Romains? Le mot *ager*, qui d'abord a signifié champ, a fini par signifier à lui tout seul le champ par excellence, le champ du peuple romain, et il est devenu ainsi presque un nom propre, l'*Ager*. De même *urbs*, qui d'abord a voulu dire *ville*, a fini par signifier la grande ville, la ville par excellence, Rome, *Urbs*. Quand donc Tite-Live nous dit, à propos des lois liciniennes, qu'elles portaient cette prohibition : *Ne quis plus quam quingenta jugera agri possideret*, la construction même de la phrase, sinon le sens commun, nous dit qu'il s'agit du domaine public. En effet, en s'attachant grammaticalement aux mots, *quingenta jugera agri* ne peuvent vouloir dire *cinq cents arpents de terre*, mais *cinq cents arpents du champ*, bien entendu du champ public. Les limites de ce travail nous empêchent d'insister comme nous l'aurions voulu sur le caractère de ces *lois agraires*, que des ignorants ont à toutes les époques invoquées comme des précédents. Des partages de terre de notre temps ne sauraient plus avoir la même signification, car ils ne peuvent plus porter que sur la propriété privée, et sont ainsi une atteinte flagrante au droit le plus essentiel de toute société. Ceux qui sentent le besoin de justifier de telles

mesures peuvent aller chercher leurs arguments ailleurs que dans les *lois agraires* des Romains, et s'ils commettent une iniquité, ils s'épargneront au moins une bévue historique qui devient inexcusable dans l'état actuel des études juridiques (1).

Le caractère des lois agraires ayant été restitué de cette manière, leurs dispositions deviennent faciles à comprendre ainsi que les luttes qu'elles ont suscitées et le caractère des résistances qu'elles ont soulevées.

En laissant de côté les distributions de terres qui furent faites aux Romains par les premiers rois, on peut dire que la première loi agraire proprement dite fut proposée par Spurius Cassius (l'an 268 de Rome) *qui primus legem agrariam tulerat*, nous dit Valère-Maxime. Tite-Live nous dit encore que le consul *adjiciebat lule muneri* (don de terres prises sur les Herniques) *agri aliquantum quem publicum possideri a privatis criminabatur* (2). Le caractère des lois agraires est bien précisé dans cette phrase. Cette motion causa la perte de son auteur, et la lutte se termina à l'avantage des patriciens. Le tribun *Licinius Stolo* reprit le premier cette proposition, qui n'avait dans l'intervalle cessé d'agiter la *plebs*. Il proposa ses fameuses *rogations liciniennes*. Entre des dispositions étrangères à notre matière se trouve une loi agraire, dont le but principal était de limiter à un nombre fixe la quantité d'arpents qu'on pouvait occuper sur le

(1) Les extravagances des Anacharsis Clootz, des Hébert et des Babeuf sont connues de tous ceux qui ont lu l'histoire de la révolution française.

(2) Tite-Live, L. 2, ch. 41.

domaine public. *Alteram legem*, dit Tite-Live, *de modo agrorum ne quis plus quingenta jugera agri possideret* (1). Des écrivains ont cru voir dans cette loi une limitation apportée à la propriété privée, mais outre ce qu'une pareille loi aurait eu d'absurde et d'abusif, Appien, Plutarque et Tite-Live lui-même expliquent parfaitement le sens de ce passage. Cette loi, à ce qu'il paraît, ne fut point observée en pratique, et les usurpations continuèrent.

Les premières propositions des Gracques n'eurent point d'autre objet que de remettre en vigueur la loi Licinia. Les lois qu'ils proposèrent plus tard furent un effet de l'obstination aveugle des patriciens. On connaît le sort de ces propositions et la fin lamentable de ces grands hommes, qui n'avaient été inspirés que par le pur amour de la patrie et la prévoyance trop justifiée de l'avenir de Rome. Ils auraient voulu, en reprenant à l'aristocratie les vastes domaines injustement usurpés dont elle avait fait des déserts et en les distribuant à la *plebs* appauvrie par ces rapines, reconstituer cette forte classe moyenne d'agriculteurs et de soldats à qui Rome devait la conquête du monde. Ils échouèrent, et la chute de la république sous le plus affreux despotisme vint confirmer leurs tristes prévisions.

Mentionnons encore la loi *Thoria* toute en faveur des possesseurs de l'*ager*, les lois de Rullus, fameuses par la réfutation de Cicéron, et enfin une loi agraire

(1) Tite-Live, II, 33.

du consulat de César par laquelle on nomma vingt commissaires pour reconnaître ce qui appartenait au domaine public, et le partager entre les citoyens qui n'avaient pas de terres (1).

Ici s'arrête la période des premières lois agraires, et l'on voit qu'elle se termina par la victoire des usurpateurs. A cette époque apparaissent des lois agraires d'un nouveau genre. Ce n'est plus l'*ager publicus* qu'on veut distribuer; non. Des généraux victorieux confisquent indifféremment l'*ager publicus* et l'*ager privatus* et les distribuent à leurs soldats (2). Les guerres civiles enfantèrent ces odieuses lois agraires. Sylla, César, Antoine, Octave ne se firent pas faute d'en user. De là sortit une nouvelle propriété territoriale, résultat de la force et de la proscription. Devant cette iniquité générale qui égalisait tout, l'*ager publicus* disparut, et depuis il ne fut plus question de lois agraires pour le partager. Les anciens possesseurs à qui la fortune des guerres civiles en avait laissé quelques parcelles en devinrent propriétaires au même titre que de leurs autres terres. Ceux à qui la libéralité des empereurs distribua des terres en furent propriétaires absolus du premier jour, sans distinction de l'origine de ces biens.

Ainsi furent terminées toutes les luttes auxquelles avait donné naissance l'appropriation privée de cet *ager publicus*. Au temps de Justinien, le souvenir même

(1) Appien.

(2) On voit encore une trace de ces assignations de terres dans la loi 2 de Paul, D., *De viet.*

en semble effacé, et s'il est encore question d'*ager publicus* dans les compilations de cet empereur, c'est dans le sens purement fiscal de propriété domaniale.

§ 4. *Propriété italienne.*

Nous avons déjà dit que le sol italique seul était susceptible de propriété *ex jure Quiritium*. Seul par conséquent il pouvait être mancipé, cédé *in jus*, usucapé. Seul aussi il jouissait de l'immunité d'impôt et pouvait, de la part du *dominus ex jure Quiritium*, être l'objet d'une revendication régulière. Comment ces prérogatives furent-elles accordées au sol italique? C'est ce que nous allons exposer dans ce paragraphe. Dans le suivant, nous étudierons la condition civile des *fundi provinciales* et nous la comparerons à celle du sol italique.

A l'origine, de même que le seul *civis romanus* était capable des actes de la vie civile aux yeux du droit romain, de même aussi l'*ager romanus* seul dut être susceptible de propriété romaine. Le sol aussi avait sa capacité. Le territoire restreint qui entourait Rome se trouvait seul sous la garde des lois et de la religion de la cité. Cette rigueur ne pouvait durer. Rome sortait de ses étroites limites; elle s'étendait sur l'Italie par ses établissements et ses conquêtes. Refuser à ces territoires nouvellement acquis le droit de propriété romaine, c'était se nuire à elle-même. Du moment que l'État ne pouvait tout garder pour lui-même, il était bien forcé, par son propre intérêt, à reconnaître une

propriété qui appartenait à des citoyens romains.

La première exception fut probablement faite en faveur des colonies. Les Romains établissaient sur les pays qu'ils conquéraient des colonies composées, soit de soldats vétérans, soit de citoyens pauvres. Les habitants de ces établissements conservaient leurs droits civils de *commercium*, de *connubium*, de *nexum*. Ils communiquaient leur capacité civile au sol qu'ils venaient habiter ; ce territoire était alors *ager romanus*, et ils en étaient propriétaires *ex jure Quiritium*. Toutes ces colonies étaient, selon l'expression d'Aulugelle, *populi romani quasi effigie parietis simulacraque* (1). Ces colonies étaient comme une expansion au dehors de la cité romaine : *ex civitate propagatae sunt*. Servius définit ainsi la colonie : *Colonia est cactus eorum hominum qui universi deducti sunt, in locum certum aedificatis munitum, quem certo jure obtinerent... ex consensu auct civitatis* (2). Ainsi donc il faut que plusieurs conditions soient réunies pour qu'il y ait véritable colonie. Il faut qu'il y ait projet arrêté, que la république y consente, qu'il y ait fixation de lieu, et des règlements déterminés. Moyennant ces conditions, les habitants conservaient leurs droits, et l'emplacement de la colonie devenait terre romaine.

La seconde concession fut départie au *Latium*. Rome était elle-même une ville du *Latium* ; elle était de même race et de même origine. Les populations du *Latium* lui firent une guerre acharnée

(1) Noct. att., l. 16, ch. 13.

(2) Servius.

dans laquelle elles furent vaincues. Cependant leur condition ne fut pas aussi mauvaise que celle des autres peuples. Elles obtinrent de bonne heure un droit particulier qui prit leur nom et s'appela *jus latinitatis*. Ce droit, que nous avons étudié plus haut, renfermait, entre autres prérogatives, le *commercium*. Ce *jus Latii*, qui consacrait cette capacité personnelle, donna aussi au sol du Latium la qualité de sol susceptible de propriété romaine. Il est remarquable que ce caractère de *réalité* qu'eut le *jus Latii* quand il fut accordé à la véritable nation latine, il le perdit plus tard quand il fut accordé, soit à des individus, soit à des classes, soit même à des pays en dehors de l'Italie. Il devint alors un simple décret de capacité personnelle.

Après cette première exception vint une troisième qui l'absorba en partie : ce fut celle du *fundus italicus* du territoire de l'Italie. L'Italie ancienne s'étendait jusqu'au Rubicon et laissait en dehors cette province de l'Italie moderne que les anciens appelaient la Gaule cisalpine. Eh bien ! ce fut désormais tout ce territoire qui fut acquis à la propriété quiritaire. Il absorba en lui et l'antique *ager romanus* et le *jus latinitatis*, en tant que droit réel. Désormais, et du temps des jurisconsultes la révolution est accomplie depuis longtemps, il n'y a plus en présence que deux espèces de propriétés foncières ; l'une qui comprend l'Italie, *fundi in italico solo*, l'autre qui comprend les provinces, *fundi provinciales*. Ce qui distingua le *jus italicum* du *jus latinitatis*, ce fut son caractère exclusivement réel. Le sol latin était devenu sol romain, et ses

habitants avaient acquis certains droits de la cité. Au contraire, le sol italique était devenu sol romain sans que rien fût changé à la condition des habitants, qui restèrent *peregrini*. Les Italiens, en effet, ne devinrent citoyens romains que par les lois Julia et Plautia à la fin de la république. Depuis longtemps déjà le sol italique était propriété romaine.

Ici s'opère une curieuse transformation ; le caractère de réalité du *jus Latii* étant absorbé dans le *jus fundi italici*, le *jus Latii* demeura désormais un simple droit personnel, et fut toujours concédé à ce titre. Le *jus italicum*, au contraire, à son origine, fut un droit simplement territorial. Il conserva toujours ce caractère dans le droit romain et fut communiqué aux cités à ce titre. Pour apprécier son importance et connaître ses avantages, il nous faut d'abord étudier la condition de la propriété provinciale.

§ 5. *Propriété provinciale.*

Les privilèges du domaine quiritaire une fois communiqués à toute l'Italie, et l'*ager publicus* étant disparu, il n'y eut plus dans le droit romain que deux conditions de la propriété foncière, l'une du sol italique, l'autre des fonds provinciaux.

La condition des fonds provinciaux était toute spéciale. Dans le paragraphe relatif à l'*ager publicus*, nous avons expliqué ce que les Romains entendaient par droit de conquête : la confiscation absolue des terres et des personnes. Les peuples vaincus étaient

au rang des déditices. Quant à leurs terres, elles devenaient propriété du peuple romain.

Ce caractère de propriété publique devenait indélébile, quelque usage qu'on en fit du reste. Soit donc qu'elles fussent réellement réduites à l'état de propriété domaniale, soit qu'elles fussent laissées aux habitants indigènes, soit même qu'elles fussent distribuées à des citoyens romains, elles n'en restaient pas moins frappées de ce caractère de terres assujetties.

Cette condition spéciale se traduisait dans la pratique par un impôt foncier qui prenait le nom de *stipendium* ou de *tributum* selon qu'il allait à la caisse du peuple ou à celle de l'empereur. *Provincialia prædia*, nous dit Gaius (1), *quorum alia stipendiaria, alia tributaria vocamus. Stipendiaria sunt ea, quæ in his provinciis sunt, quæ proprie populi romani esse intelliguntur. Tributaria sunt ea quæ in his provinciis sunt quæ proprie Cæsaris esse creduntur*. Cet impôt n'était pas le seul caractère de la propriété provinciale. Ces fonds n'étaient pas susceptibles de *propriété romaine*, de *dominium ex jure Quiritium*. Gaius et Théophile en font foi. *In provinciali solo*, dit encore Gaius, *dominium populi romani est vel Cæsaris, nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur* (2). Et Théophile, dans sa paraphrase sur les Instituts, confirme ainsi l'explication de Gaius : *Καὶ οἱ τὰ στίπενδιάρια καὶ τὰ τριβουταρία ἔχοντες πάλαι..... οὐκ ἦσαν δεσπόται..... ἀλλ' εἶχον τὴν ἐπ' αὐτοῖς χρῆσιν καὶ ἐπικαρπίαν καὶ πλήροστέστιν κατοχὴν, ὥστε μεταγέρεσθαι*

(1) Inst., C. II, § 21.

(2) Gaius, Inst., II, § 7.

καὶ κληρονόμοις προέμπειν (1). Ainsi, d'après ce passage, la condition des possesseurs des *fundi provinciales* se rapprochait considérablement de celle des pleins propriétaires.

Quels étaient en effet leurs droits? 1° L'usage; 2° les fruits; 3° la possession la plus entière, *plenissimam possessionem*, *πληροτάτην κατοχήν*, c'est-à-dire le droit de posséder la chose envers et contre tous, droit défendu par les interdits du préteur; 4° le droit d'aliéner, c'est-à-dire de transférer à autrui en vertu des différentes clauses des contrats, *ex empto*, *donato*, *pro dote*, cette possession pleine et entière qu'ils avaient eux-mêmes. Cette translation s'opérait par la *tradition*, mode par excellence du droit des gens d'acquérir la propriété. En expliquant dans la section suivante la tradition, nous verrons qu'à vrai dire, son effet direct n'est guère que de transmettre la possession; 5° enfin en dernier lieu ces possesseurs pouvaient transmettre leurs droits à leurs héritiers.

Ainsi cette possession se rapprochait éminemment de la propriété, mais ce n'était pas la propriété. Il y avait plusieurs distinctions à cet égard. D'abord ces terres, n'étant pas susceptibles de propriété romaine, ne pouvaient passer d'un propriétaire à l'autre par aucun mode du droit civil. Ni la *mancipatio*, ni la *cessio in jure*, ni même l'*usucapio* ne leur étaient applicables. De là plusieurs conséquences pratiques. Ainsi donc jamais sur ces terres ne pouvait s'établir une pro-

(1) Th. Paraph., § 40, 1, *De rer. div.*

priété romaine ayant pour origine cette forme solennelle de la mancipation, et pour consécration la *rei vindictio*, qui en était la sauvegarde, ainsi que cet ensemble de garanties qui faisait de la propriété chez les Romains une chose presque sacrée. La tradition restait bien pour la facilité des relations privées, mais ce mode de transférer la propriété du sol n'avait ni solennité ni garantie, et n'était à vrai dire, qu'un transfert de possession. De plus, nous savons que les choses corporelles seules étaient susceptibles de ce genre d'acquisition.

Si donc deux particuliers voulaient sur ces terres des provinces transmettre ou acquérir des droits, des objets incorporels, tels que l'usufruit, l'usage, les servitudes, comme la tradition ne pouvait s'y appliquer par la nature du droit (1), comme la cession juridique et tout mode solennel d'acquisition ne pouvait avoir lieu par la condition du sol (2), quel moyen leur restait-il donc pour constituer ces droits réels si importants pour la propriété foncière? A vrai dire ils n'en avaient aucun, car chez les Romains les conventions n'ont jamais eu pour effet de créer des droits réels. L'esprit juridique des Romains aurait reculé devant une théorie qui répugne en effet à la nature des choses, et que notre législateur n'a émise que pour la reprendre immédiatement après.

Comment donc s'y prenait-on en fait pour constituer un usufruit, une servitude sur un fonds provin-

(1) Gaius, II, 29; Vat. Frag., 17.

(2) Gaius, II, 31.

cial? Nous avons là-dessus un texte important de Gaius qui a donné lieu à une longue discussion. *In provincialibus prædiis, dit-il, sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi cæteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere debet* (1). Que veut dire le jurisconsulte dans ce texte? Admet-il qu'on puisse, au moyen de ces pactes et stipulations, constituer un véritable droit d'usufruit ou de servitude donnant l'*actio in rem confessoria*? Des auteurs considérables (2) l'ont pensé, mais leur opinion me semble difficile à admettre par toutes les considérations qui suivent. Et d'abord, comment admettre sur ces fonds provinciaux qui n'étaient point susceptibles d'un véritable droit de propriété, un droit d'usufruit ou de servitude qui ne sont que des démembrements du *dominium*? En second lieu, est-il possible de croire que les Romains qui avaient si bien distingué les droits réels des simples droits personnels, en soient venus à admettre qu'un pacte et une stipulation puissent par eux-mêmes fonder un de ces droits? Ce serait contraire à tous les principes connus de leurs lois. En troisième lieu, la paraphrase de Théophile commente très-bien le texte un peu obscur de Gaius et nous explique parfaitement ce qu'il a voulu dire. • Celui, nous dit Théophile, qui veut accorder 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

(1) Gaius, C. II, § 31.

(2) Savigny, Du Cautrooy, Warnkœnig.

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 100 écus à titre de peine ? » Que voyons-nous ici ? Rien que de très-conforme au droit et aux habitudes des Romains. Le droit réel ne peut être directement constitué ; ils prennent un détour. L'un se fait promettre, et 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. Quant aux possesseurs subséquents du fonds servant, ils seront forcés de souffrir l'exercice de la servitude, s'ils succèdent à titre universel, ou bien s'ils y sont obligés par l'acte translatif de leurs droits, quand ils ne succèdent qu'à titre particulier. Il va sans dire que pour les possesseurs du fonds dominant ils exerceront tous les droits de leur auteur. A cette théorie on peut opposer le texte même de Gaius qui dit brièvement *constituere jura*, c'est-à-dire constituer le droit réel et non-seulement le promettre. Mais cette expression de *constituere jus* n'a pas le sens absolu qu'on lui prête. Ainsi Paul (1) et Gaius lui-même s'en servent dans une circonstance où évidemment il ne s'agit pas de la constitution d'un droit réel exigible par une action réelle, mais d'une simple action personnelle ; c'est le cas d'un usufruit légué *per damnationem* (2). Il faut donc reconnaître que les pactes et les stipulations ne créaient ici que des engagements personnels.

Cependant, de quelques textes qui nous restent,

(1) L. 136, *De verb. obl.*

(2) L. 3, pr., *De usuf. et qu. adm.*

nous pouvons conclure qu'on était arrivé par l'office du préteur, *tuitioe prætoris*, à une constitution plus énergique de ces droits réels sur la propriété foncière en province. De l'exercice de ces droits on finit par induire une sorte de possession de l'usufruit *quasi possessio* qui appela la protection du préteur. Et d'abord le préteur intervint probablement par ces interdits, comme il le fait habituellement. Ces interdits furent appelés *utiles*, car ils étaient en effet détournés de leur destination primitive. « Créés pour la possession (*possessio rei*), nous dit M. Pellat, tous les termes employés dans leur formule s'y rapportent ; cette formule n'a pu être appliquée à la quasi-possession (*possessio juris*) sans que sa rédaction fût modifiée (1). » Les §§ 90 et 91 des *Vaticana Fragmenta* ont révélé cette modification que subissait la formule des interdits appliqués à la *quasi possessio*. Les textes nombreux du Digeste qui en parlent accordent les interdits à l'usufruitier purement et simplement, et sans s'expliquer autrement (2). Ces interdits, admis pour protéger la *quasi possessio* de l'usufruit, durent surtout être employés pour le fonds provincial, où l'usufruit *non jure constitutus*, originairement n'avait pas d'autre protection.

Une fois la possession de l'usufruit protégée par les interdits, elle put être l'objet d'un contrat entre les parties suivies d'une tradition de l'une à l'autre. Dès lors, au point de vue du préteur, l'usufruit pouvait être véritablement l'objet d'une *tradition*, au moins

(1) Pellat, *Intr. princip. génér.*, p. 69.

(2) D., L. 4, *Uti poss.*; L. 5, § 15, 17, *De vi*.

pour les fonds où il ne pouvait point être constitué autrement. C'est ce qui ressort avec évidence du § 61 des *Vat. fragmenta*, qui après les mots *traditus quoque usufructus*, ajoute, *scilicet in fundo stipendiario*. Et ce qui est très-curieux à remarquer, c'est que le passage d'Ulpien a été reproduit dans une loi du Digeste (1).

Or du rapprochement de ce texte tel qu'il se trouve dans les *Vaticana fragmenta* et tel qu'on le voit dans le Digeste, naissent plusieurs remarques. *Traditus usufructus, scilicet in fundo vectigali vel superficie*, nous dit Ulpien dans le fragment du Digeste.

D'abord il faut remarquer qu'Ulpien met sur la même ligne le fonds tributaire, le *fundus vectigalis* et la *superficies*. En effet, dans ces trois cas, il y avait une situation semblable, c'est-à-dire un possesseur qui, en fait, avait tous les avantages sensibles de la propriété, et au-dessus une sorte de propriétaire éminent et comme un suzerain qui n'avait guère droit qu'à une redevance. Mais cette sujétion empêchait le possesseur d'être propriétaire, et par conséquent il ne pouvait, dans la rigueur, constituer un usufruit. Cependant cet usufruit était reconnu par le préteur, et il donnait une action réelle pour le revendiquer. C'était un des cas de la *Publicienne*. Nous le voyons par deux textes du Digeste. Ulpien, L. 11, § 1, nous dit : *Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur*, et Paul, L. 12, § 2, 3, *ibid.* : *In vectigalibus et in aliis prædiis quæ usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mili*

(1) L. 1, pr., *Quib. mod. vs. am.*

tradita sunt. Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero (1).

La seconde remarque sur ce § 61 des *Vat. Frag.*, c'est que dans la loi 4, pr., *Quib. mod. us. am.*, où il est copié textuellement, les mots *scilicet in fundo stipendiario* sont supprimés. C'est qu'en effet du temps de Justinien cette distinction n'existait plus, et un usufruit constitué sur les fonds qui avaient été provinciaux était bien *jure constitutus*.

De tout cela il faut conclure, qu'à l'époque des jurisconsultes, ni usufruit ni servitudes ne pouvaient être directement établis sur les fonds provinciaux, et que ces droits n'existaient que par la protection du préteur.

Le *dominium* de ces fonds, avons-nous dit, ne pouvait être acquis ni par cession juridique, ni par mancipation, ni même par usucapion. Par conséquent il n'était point garanti par la *rei vindicatio*. Mais dès les premiers temps il s'établit une coutume qui reconnaissait et respectait une possession de 10 ou 20 ans et qui donnait à ce possesseur une *præscriptio*, c'est-à-dire une exception pour repousser toute revendication intentée contre lui. Mais pendant le temps assez long nécessaire à cette prescription la possession restait-elle sans défense? Non; les interdits possessoires lui étaient parfaitement applicables. Mais si le possesseur perdait la possession, pouvait-il la revendiquer? Avait-il une action réelle pour cela et quelle était-elle, car certainement il ne pouvait se prétendre *dominus ex jure Quiritium*?

(1) D., *De Pub. in rem act.*

La distinction dont nous traitons étant disparue depuis longtemps à l'époque de Justinien, les documents font défaut, et il est impossible de répondre précisément à cette question. Cependant il résulte d'un texte de Justinien quelques vagues indications. *Si quis, dit-il, rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit, et longi temporis exceptionem contra dominos ejus adquisierit, posteaque fortuito casu possessionem ejus rei perdidit, posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus ; hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant* (1). Il y avait donc dans les lois antérieures une action réelle pour la revendication de la propriété des terres en province. Étaient-ce les anciennes actions autorisées par la coutume et les lois de chaque pays ? Était-ce au contraire une action réelle utile à l'exemple de la revendication romaine ? Était-ce simplement la publicienne ? Voilà ce qu'il est impossible de décider. On peut toutefois dire, sans trop se hasarder, je crois, que les principes là-dessus ont dû varier suivant les pays et même suivant les différentes époques de la jurisprudence romaine.

Une dernière infériorité de la propriété provinciale sur la propriété italienne nous est encore signalée par Gaïus. Pour consacrer un lieu par une sépulture ou par une dédicace à la Divinité, en un mot pour le rendre *sacrum* ou *religiosum*, il fallait en être *dominus*. Or le sol des provinces appartenant au peuple romain, une semblable consécration ne pouvait avoir lieu à première vue. Mais, nous dit Gaïus, *utique tamen*

(1) L. 8, pr., C., *De prese. trig. ann.*

ejusmodi locus, licet non sit religiosus, pro religioso habetur, quia etiam quod in provinciis non ex auctoritate P. R. consecratum est, quanquam proprie sacrum non est, tamen pro sacro habetur (1). Ainsi ce n'était là qu'une distinction de pure forme dont on ne tenait nul compte dans la pratique.

Telles sont les différences entre la propriété italienne et la propriété provinciale, qui ressortent des monuments mutilés du vieux droit. Elles nous montrent une profonde infériorité et comme une vassalité du sol provincial à l'égard du sol romain. Mais il faut dire aussi que grâce aux ingénieux tempéraments de la jurisprudence prétorienne, ces différences avaient fini par être insensibles, et purent disparaître sans que les rapports ordinaires en fussent considérablement modifiés. Ces infériorités n'existaient point pour le territoire des cités qui jouissaient du *jus italicum*.

§ 6. *Jus italicum* (2).

Le *jus italicum*, ainsi qu'on l'a démontré dans ces derniers temps, est l'ensemble des privilèges du sol italique. C'est une condition du territoire et non de la personne. En effet, c'est à ce point de vue qu'on en parle dans tous les textes anciens qui en traitent. Ulpien (3), Pline (4), et les constitutions impériales nous le montrent comme une concession territoriale

(1) Gaius, II, 97.

(2) Savigny, Ueber *Jus italicum*.

(3) D., liv. 50, tit. 15. — Fragm., passim.

(4) *Hist. nat.*

donnée à certaines cités en récompense de leurs services et de leur fidélité aux armes des Romains.

Sciendum est, nous dit Ulpien, esse quasdam colonias juris italici, ut est in Syria Phœnice splendidissima Tyrriorum colonia, unde mihi origo est, nobilis regionibus... huic enim D. Severus imperator noster ob egregiam in rempublicam imperiumque romanum insignem fidem, jus italicum dedit (1). Jamais dans aucun fragment on ne mentionne ce *jus italicum* comme une concession personnelle. Toujours au contraire on parle des *cives romani, latini, peregrini*, trois degrés de capacité, mais jamais d'un quatrième appelé *italicus*. Un texte d'Asconius avait trompé les premiers commentateurs, mais ce texte est évidemment interpolé. En parlant des colonies du peuple romain, il dit : *Erant enim aliæ quibus jus Italiæ dabatur, aliæ item quæ Latinorum essent.* C'est *jus Quiritium* et non *jus Italiæ* qu'il faut lire. M. Savigny l'a démontré par la collation des manuscrits.

J'ajoute que cette théorie est conforme à la marche des événements et des idées chez les Romains ; quand l'Italie obtint les privilèges de l'*ager romanus*, il y avait déjà une capacité personnelle intermédiaire entre la cité romaine et la pérégrinité. C'était le *jus Latii*. Cette capacité comprenait déjà tout ce qui pouvait, des privilèges du Romain, être communiqué à un pérégrin sans que la cité elle-même lui fût donnée. Dans cet état du droit on n'aurait pas compris un autre

(1) D., l. 1, *De cens.*

degré de capacité, qui n'aurait pu être supérieur, sans entamer ce qui était comme la réserve suprême du titre de citoyen romain, et qui d'un autre côté ne pouvait être inférieur, sans être annulé dans ses effets et se rapprocher de l'état de pérégrinité.

Du reste, nulle trace d'un pareil état de choses. Le *jus Latii* et le *jus italicum* sont souvent accordés à la fois, ce qui serait incompréhensible s'ils étaient deux degrés de capacité personnelle. Non ! le *jus italicum* était tout autre chose : c'était la capacité du territoire romain communiqué à une cité pérégrine. Les habitants gardaient leur condition antérieure. Seulement il dut nécessairement y avoir, dans cette concession au sol du privilège de propriété romaine, une concession aussi pour les habitants, c'était la capacité de posséder leurs propres terres, capacité de propriété romaine.

Il y a donc forcément dans le *jus italicum* un mélange de capacité personnelle. Mais je ne crois pas que les habitants de la cité privilégiée pussent exercer leur capacité en dehors de leur propre territoire.

Les privilèges du *jus italicum* étaient, suivant les auteurs, au nombre de trois :

1° Liberté municipale de la cité. Nous n'avons pas à insister sur ce privilège.

2° Capacité de propriété romaine pour le sol de la cité. Nous avons, dans les paragraphes précédents, exposé la condition inférieure du sol provincial. Eh bien ! le territoire qui obtenait le *jus italicum* devenait propriété romaine, c'est-à-dire qu'il devenait susceptible de tous les actes de transmission et d'acqui-

tion et de toutes les garanties d'actions ou interdits qui étaient accordées à la propriété foncière en Italie.

3° Le troisième privilège était l'immunité d'impôt. Ce privilège fut le dernier qui survécut, quand l'assimilation de lois municipales, et l'égalisation de la condition des terres par tout l'empire, ôtèrent tout intérêt aux deux autres. Aussi dans le Digeste de Justinien n'est-il plus parlé du *jus italicum* qu'à ce point de vue. Il en est traité au titre des impôts, *De censibus*.

Telle était la condition de la propriété foncière à Rome. Les *possessions*, les *fundi tributarii*, les *fundi vectigales* formaient donc une condition spéciale de la propriété foncière, condition d'après laquelle le domaine était partagé : les avantages effectifs de la propriété appartenaient à des particuliers, tandis qu'une sorte de domaine supérieur était réservée soit par l'État, comme dans les *possessions*, soit par le peuple romain, comme dans les *agri stipendiarii et tributarii*, soit enfin par des municipes, et même par d'autres particuliers, comme dans les *fundi vectigales* et la *superficies*.

Cette condition spéciale créait donc au-dessus du *dominium* ordinaire un *dominium* d'un nouveau genre, qui, en fait, devait être beaucoup plus étendu que l'autre. De là la nécessité de le protéger, et de plier les formules rigoureuses du droit à toutes les transactions qui pouvaient avoir lieu à son sujet. Nous avons vu comment le préteur s'en est tiré, et comment en fait il était arrivé à donner à cette propriété, que ne reconnaissait pas la loi civile, autant de solidité qu'en avait la propriété romaine elle-même.

SECTION TROISIÈME.

Des modes d'acquisition qui donnaient ou non le dominium ex jure Quiritium.

Modes du droit civil. — Modes du droit des gens. — Tradition des *res mancipi*. — Usucapion. — Publicienne et *exceptio rei venditæ*. — Effets du dominium *ex jure Quiritium* et du dominium *in bonis*.

Nous avons vu dans le chapitre précédent quels étaient les principaux modes d'acquérir et de transmettre la propriété à Rome.

Nous avons cru pouvoir décider que tous ces modes, quels qu'ils fussent, soit qu'ils eussent leur origine dans le droit purement civil, tels que la *mancipatio*, la cession juridique, l'usucapion, soit qu'ils vinssent plutôt du droit de la nature, du droit commun à tous les hommes (*ex jure gentium*), comme l'occupation et la tradition, avaient cependant tous pour résultat de transmettre la propriété romaine *ex jure Quiritium*, pourvu qu'ils eussent été employés dans les cas et pour les objets où la loi civile réglait leur usage. Or tout mode d'acquisition ne pouvait pas être indifféremment appliqué à toute espèce de choses.

La *cessio in jure* étant un procès fictif, une sorte de revendication, pouvait être appliquée à tout ce qui juridiquement pouvait être revendiqué, et par conséquent elle comprenait également les choses *mancipi* et les choses *nec mancipi*.

L'*usucapion*, dont nous étudierons plus loin les effets, étant une possession publique pendant un délai fixe, s'appliquait encore aux deux classes de choses, aux choses *nec Mancipi* évidemment, et quant aux choses *Mancipi*, nous verrons que précisément un des effets de cette usucapion, c'était de remplacer pour elles la solennité de la mancipation.

L'adjudication étant un acte de juridiction, comprenait évidemment toutes les choses susceptibles de propriété privée, et pour lesquelles existait la compétence du juge.

Mais deux actes d'acquérir la propriété étaient spécialement réservés à deux classes de choses distinctes.

La mancipation seule pouvait valablement transférer la propriété des choses *Mancipi*; la tradition était uniquement réservée aux choses *nec Mancipi*. Celui donc qui avait reçu par tradition une chose *Mancipi*, d'après le droit civil, n'en était pas propriétaire.

C'était là une antique règle du droit romain, dont l'origine et la raison se perdent véritablement dans l'obscurité qui entoure les origines du droit. Toujours est-il qu'elle fut religieusement conservée, et que de son application résulta un système juridique particulier au droit romain, qui persista jusqu'à Justinien, et ne fut aboli que par cet empereur. Depuis longtemps cette règle n'avait plus ni sens ni utilité; dans la pratique, les remèdes ingénieux du préteur l'avaient presque complètement annihilée, et cependant elle demeure toujours et domine par son influence toute la théorie de la propriété romaine.

Elle a donné naissance à la publicienne, à l'exception *justi dominii*, à celle *rei venditæ et traditæ*, à toute cette théorie prétorienne qui, prenant le fait pour base du droit, vit et protégea dans la possession, l'indice le plus sûr de la propriété, théorie fondée sur la raison, qui fut appliquée à des cas beaucoup plus pratiques que celui d'une tradition de choses *mancipi*, qui survécut dans le droit byzantin à l'abolition des deux domaines, et qui subsiste aujourd'hui encore et a passé dans les législations modernes.

Mais avant de l'examiner, voyons en peu de mots ce qu'était la tradition, dont le rôle grandit dans le droit romain à mesure que progressent les idées et la civilisation.

Tradition. — La tradition, d'après Ulpien, est un mode d'aliénation propre aux choses *nec Mancipi* : *traditio propria est alienatio rerum nec Mancipi* (1). Pour devenir propriétaire d'une chose par tradition, il faut qu'il y ait une juste cause, un motif légitime d'aliéner la chose, *scilicet si ex justa causa traditæ sunt nobis*. Ainsi, les deux principaux caractères de ce mode d'acquisition sont : 1° le fait même de la livraison de la chose ; 2° une juste cause d'acquisition.

Nunquam, nous dit Paul, *nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, aut aliqua justa causa præcesserit propter quam traditio sequeretur* (2). Ainsi, dans ce mode d'acquérir le *dominium*, la tradition, apparaissait un élément caractéristique, le fait inten-

(1) Tit. IX, § 7.

(2) L. 31, *De acq. rer. don.*

tionnel. Dans la cession juridique, dans la mancipation, la formule, le fait matériel de l'accomplissement des solennités domine encore. Sitôt que les formalités sont accomplies la propriété est transmise par cela même, et il n'y a pas à s'embarrasser de l'intention, élément dont l'appréciation est plus délicate. On comprend qu'un peuple débute dans la législation par le fait matériel et palpable et qui ne souffre point de controverse.

Mais à mesure que les idées se développèrent, que le commerce s'étendit, on en arriva, dans les relations privées, à supprimer des formalités longues et malaisées et, par conséquent, à se contenter d'une simple livraison ; mais, comme ce fait était dépourvu de toute espèce de solennité et par lui-même n'avait pas de signification précise, il fallut, pour apprécier une transaction, tenir compte de l'élément intentionnel, et de là la théorie de la *justa causa*. La *justa causa* n'est autre chose donc qu'une intention de transmettre la propriété (*causa*), qui n'est point réprouvée par le droit civil (*justa*), ainsi que cela avait lieu dans certains cas.

La tradition ainsi comprise fut dès l'origine le mode employé pour le transport des choses *nec Mancipi*. Il n'est point douteux que pour ces objets elle ne transférât le *dominium ex jure Quiritium*. Quelques auteurs ont soutenu cependant que la tradition, qui est qualifiée de mode d'acquisition *ex jure gentium*, ne pouvait donner une propriété *ex jure Quiritium*. Ils ont vu

une contradiction entre ces deux termes. Cette opinion est erronée, à mon sens.

D'abord il est prouvé que les choses *nec mancipi* n'ont jamais été l'objet d'un autre mode d'acquisition que la *tradition*. Or cette distinction existait à une époque où, selon le témoignage de Gaius, les Romains ne connaissaient qu'un seul genre de propriété. Ce serait donc soutenir qu'ils s'étaient interdit à eux-mêmes le commerce de presque toutes les choses mobilières. Cette objection historique est pour moi l'argument le plus fort. Mais en laissant de côté cette époque du droit romain et en nous occupant seulement de la seconde période, il est aisé de démontrer la fausseté de cette opinion. A cette époque en effet les Romains avaient distingué deux sortes de propriétés : le *dominium ex jure Quiritium* et le *dominium in bonis*. Ils avaient aussi classé les modes d'acquérir en deux catégories : les uns qui tiraient leur origine de la nature des choses comme l'occupation, la tradition ; les autres imaginés par le droit civil et réservés spécialement à ceux qui faisaient partie de la cité, comme la *cessio in jure* et la *mancipatio*.

Mais ce serait ne rien entendre à la théorie de la propriété romaine que de voir un parallélisme entre ces deux théories de manière que les modes seuls du droit civil donnassent la propriété civile, et ceux du droit des gens donnassent la propriété naturelle, l'*in bonis* du préteur. Les idées n'ont pas marché ainsi. Les Romains ont pris pour base de leur distinction la capacité des personnes et des choses. Tous les modes du

droit civil donnent la propriété civile. Cela est vrai; et parmi ces modes il en est, comme l'*in jure cessio*, qui s'appliquent à la classe des choses *nec Mancipi*. Donc les choses *nec Mancipi* peuvent être l'objet d'une propriété quiritaire. Mais d'un autre côté les modes du droit naturel, tels que l'occupation, la tradition, n'en donnent pas moins la propriété civile, pourvu qu'ils aient eu lieu entre personnes et pour des choses où la loi civile reconnaît et légitime leur emploi.

Il en est ainsi pour l'occupation. Quand un Romain s'emparait d'un animal sauvage, ou bien prenait sa part dans les objets ravis à l'ennemi, qui donc soutiendrait que ce Romain n'a acquis que l'*in bonis* sur ces choses? Et à qui serait donc réservé le *jus Quiritium*? Est-ce à l'ennemi dépouillé? Est-ce à la nature à laquelle appartenait l'animal sauvage avant qu'il ne fût devenu la propriété de l'homme? Poser de pareilles questions c'est les résoudre. L'occupation même, quoique mode du droit naturel, était par excellence le mode d'acquérir la propriété romaine. *Maxime sua credebant esse quæ ex hostibus cepissent*, nous dit Gaius.

Et maintenant, pour en revenir à la tradition, il est vrai qu'elle n'était possible que pour une classe de choses; mais pour celle-là elle transférait bien entre citoyens romains la propriété pleine et entière. Ulpien nous le dit aussi clairement que possible dans ses *Frag.*, tit. XIX. En énumérant les modes d'acquisition de la propriété romaine, il mentionne la *tradition* avec la *mancipation* et ajoute que la mancipation est spéciale aux choses *Mancipi* et la tradition aux choses

nec Mancipi. D'ailleurs si la chose *nec Mancipi* n'appartenait pas à celui à qui elle a été livrée *ex jure Quiritium*, elle devrait certainement pouvoir lui être acquise par une *usucapion*, car la chose *Mancipi* elle-même, livrée sans mancipation, devenait par l'*usucapion* propriété *ex jure Quiritium*. Ce serait donc un troisième effet de l'*usucapion* qui ne se trouve mentionné nulle part.

Ensuite si la tradition ne devait donner sur les choses *nec Mancipi* qu'une propriété bonitaire, à quoi bon dire qu'elle est spéciale aux choses *nec Mancipi* car elle produit le même effet pour les choses *Mancipi* ! Ainsi la seule distinction qui existerait encore entre ces deux classes de choses serait que les choses *nec Mancipi*, susceptibles seulement d'*in jure cessio* et d'*usucapio*, seraient plus difficiles à transmettre et à acquérir que les choses *Mancipi*, ce qui est d'une absurdité palpable. Il n'est d'ailleurs pas plus étonnant de voir la propriété civile acquise par un mode du *jus gentium* que de voir des contrats du droit des gens tels que la vente, etc., produire des obligations civiles. Tenons donc pour certain que celui qui a acquis par mancipation une chose *Mancipi* et celui qui a acquis par tradition une chose *nec Mancipi* la revendiquent également d'après le droit des Quirites, et que le texte de Paul qui nous dit : *In rem actio competit ei qui aut jure gentium aut jure civili dominium acquisiit* (1) n'a pas été interpolé.

(1) L. 25, *De rei vind.*, Dig.

Mais si la tradition transférait le *dominium ex jure Quiritium* sur les choses *nec Mancipi*, elle ne transférait à l'origine aucune espèce de propriété sur les choses *Mancipi*. Ainsi quelqu'un alienait une chose *Mancipi* sans se servir d'aucune des formalités de la mancipation. La tradition livrait bien à l'acquéreur la possession qui est un fait, mais le droit de propriété, le *jus domini*, restait tout entier à l'aliénateur. Celui-ci pouvait donc se présenter pour réclamer sa chose. Il est vrai qu'il était repoussé par l'*exceptio doli*, car il commettait évidemment un dol en venant réclamer un objet dont il avait lui-même consenti la vente. Mais il pouvait revendre à un autre avec les formalités voulues, et celui-ci pouvait réclamer l'objet, car il en avait véritablement le *dominium ex jure Quiritium*, et il ne pouvait être repoussé par l'exception *doli* s'il était de bonne foi (1). De plus, si l'acquéreur de la chose *Mancipi* en perdait la possession, il ne pouvait réclamer la chose, car il ne pouvait s'en prétendre propriétaire *ex jure Quiritium*. Le premier remède à ce mal fut l'*usucapion*.

L'*usucapion* d'un an pour les meubles, et de deux ans pour les immeubles, eut pour effet de rendre plein et entier propriétaire celui qui les avait possédés pendant cet espace de temps. Cet effet de l'*usucapion* semble remonter à la loi des Douze Tables. Ce fut probablement le premier que produisit l'*usucapion*. Il

(1) Ainsi, entre deux acquéreurs du même objet, le propriétaire n'était pas celui à qui la chose avait été livrée la première, mais bien celui auquel elle avait été mancipée d'abord. La mancipation produisait donc un effet assez semblable à celui de notre transcription.

nous est signalé par Gaius (1), Paul et Ulpien (2).

De là la maxime, que deux ans de possession pour les immeubles et un an pour les meubles donnaient la propriété romaine. *Usucapio*, dit Ulpien, *est domini adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii*. Ce caractère de l'usucapion finit par prédominer, et elle fut étendue du cas où la possession avait sa source dans un transfert de propriété dépourvu des solennités requises, au cas où cette possession avait été livrée par un *non dominus*. Mais l'usucapion, comme nous venons de le voir, demandait un espace de temps pendant lequel l'acquéreur était en butte aux réclamations du *dominus ex jure Quiritium* ou de ses ayants cause.

C'est ici qu'intervint la protection du préteur. Outre l'*exceptio doli* qui ne pouvait être opposée qu'à celui-là même qui avait fait la tradition, le préteur donna l'*exceptio rei venditæ et traditæ*, qui pouvait servir de défense générale contre tous les ayants cause de l'aliénateur. Ce n'est pas tout : cette *exceptio* suffisait bien au possesseur, tant qu'il n'avait point perdu la possession ; mais s'il l'avait perdue avant que l'usucapion se fût accomplie, quel moyen lui restait-il de la recouvrer ? Évidemment une action lui était nécessaire. Cette action lui fut donnée par le préteur et prit dès lors, dans le droit romain, une importance très-grande, qui survécut même à la cause qui l'avait fait naître. Elle devint véritablement la *revendication prétorienne*

(1) Gaius, C. II, § 42.

(2) Ulp., XIX, 2.

et fut accordée dans un grand nombre de cas où les principes du droit n'admettaient pas la revendication. Cette action s'appela *Publicienne*, du nom du préteur Publicius qui l'avait inventée, à peu près à l'époque de Cicéron.

La formule de cette action se trouve dans Gaius : *Datur autem hæc actio ei qui ex juxta causa traditam sibi rem nondum usucepit camque amissa possessione petit. Nam, quia non potest eam ex jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita, quasi ex jure Quiritium dominus factus esset, intendit* (1). Cette action est *fictionis*, car elle contient une fiction ; elle suppose accomplie l'usucapion qui est en train de se faire. Gaius parle ici d'une manière générale. Il n'y a donc pas à douter que la publicienne ne s'appliquât au cas où la chose était *in bonis*.

Je croirais volontiers qu'elle fut surtout nécessitée par la propriété *in bonis*. En effet ce cas devait être encore plus fréquent que l'autre, et certainement il se trouvait à Rome plus d'acquéreurs ayant acheté sans mancipation des choses *mancipi* que d'acheteurs ayant acquis d'un non propriétaire. Du reste, dans les deux cas, l'usucapion seule donnait la propriété civile ; dans les deux cas, la nécessité d'une protection pendant les délais a dû se faire sentir. Il est cependant des auteurs (2) qui ont imaginé que la publicienne n'avait d'application que pour le cas où l'on avait acquis de bonne foi une chose d'un *non dominus*, et

(1) Gaius, C. IV, § 36.

(2) Haubold, Vangerow.

qu'on était en train de l'usucaper, enfin dans ce que l'on a appelé la *bonæ fidei possessio*. Pour le *dominium bonitarium* ils ont cru qu'il était protégé par une autre action réelle qu'ils ne peuvent préciser.

Les uns (1) ont cru la trouver dans la formule *petitoria* de la revendication, les autres (2) ont prétendu que c'était une action fictive en effet, mais que la fiction portait, non sur l'usucapion terminée, mais sur l'accomplissement des formalités de la mancipation et de la cession *in jure*.

Les premiers se sont appuyés sur un texte de Gaius qui dit à propos de la *petitoria* : *Petitoria formula hæc est, qua actor intendit rem suam esse* (3). Le jurisconsulte n'ajoute pas *ex jure Quiritium*. De ces auteurs sont partis pour soutenir que la formule pétitoire, ne contenant pas l'affirmation de la propriété quiritaire, pouvait s'appliquer à la revendication de toute propriété. Mais c'est là une grave erreur.

D'abord la formule pétitoire n'est pas une action par elle-même, mais une simple forme de la revendication. Or tous les textes nous disent à l'envi que pour la *rei vindicatio* il faut être *dominus ex jure Quiritium*.

Ensuite dans de nombreux passages nous trouvons la formule pétitoire accompagnée des mots *ex jure Quiritium*, dans Gaius lui-même : *Si paret hominem ex jure Quiritium A. Ag. esse* (4), dans Cicéron : *Si paret*

(1) Haubold, Vangerow, Mayer.

(2) Unterholzern.

(3) Gaius, C. IV, § 92.

(4) G., C. IV, § 41.

fundum Capenatem quo de agitur ex jure Quiritium P. Servilii esse? (1) Troisièmement, quand les Romains disent *hæc res mea est*, ils veulent toujours parler de la propriété quiritaire, et c'était même jadis leur seule expression pour désigner la propriété. Le mot de *dominium* est postérieur à cette manière de parler. Enfin si Gaius, dans ce passage, n'ajoute pas *ex jure Quiritium*, c'est qu'il était parfaitement inutile de donner la formule complète, car en ce moment il s'agissait simplement d'opposer une action réelle à une action personnelle.

La seconde opinion qui admet bien pour notre cas une action fictice prétorienne, mais qui fait porter la fiction sur les solennités qu'on n'a pas accomplies, n'a aucune base. Du moment que le droit civil par le moyen de l'usucapion remplaçait les formalités requises, la fiction la plus simple était de supposer accompli le délai de cette usucapion. C'est cette fiction qui, de l'aveu de nos adversaires, a été admise dans le cas où l'usucapion suppléait le défaut de qualité chez l'aliénateur. Pourquoi n'aurait-elle pas été employée pour le cas où l'usucapion remplace des formalités omises? Dans les deux cas il s'agit d'un laps de temps qui n'est pas encore accompli pour transformer en propriété quiritaire des possessions favorables. Les textes et la raison recommandent cette solution (2).

Une fois la publicienne admise pour protéger le possesseur d'une chose *mancipi*, voyons ce qui va se

(1) *In Verrem*, II, 12.

(2) Savigny, Fuchta, Balhorn-Rosen, Pellat, *Propr.*, p. 451, 459.

passer. Le possesseur a gardé la possession. Si celui qui lui a vendu vient réclamer la chose, celui-ci agira bien par la revendication, mais le possesseur pourra lui opposer deux exceptions, l'*exceptio doli* et l'*exceptio rei venditæ et traditæ*. Si c'est un ayant cause du *tradens*, il pourra encore se défendre par l'exception *rei venditæ et traditæ*. En effet, c'est là une exception qui n'est point personnelle, et qui peut être opposée à tous ceux qui ne tiennent leurs droits que du *tradens*.

Si nous supposons que le possesseur a perdu la possession, il aura la publicienne pour réclamer sa chose.

S'il réclame contre un tiers sans titre il triomphera; mais si c'est contre celui qui lui a transmis la possession, contre le *dominus ex jure Quiritium*? Celui-ci lui opposera son titre de propriétaire par l'exception *justi domini*, si *ea res possessoris non sit*; 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 ses ayants cause. Il triomphera donc en tout cas, si ce n'est dans quelque hypothèse tout à fait spéciale où la première tradition n'aurait pas du tout pu être faite comme dans le cas de la loi Cincia, qui interdisait les donations au delà d'une certaine mesure. Le propriétaire défendeur opposerait alors la duplique : *si non contra legem Cinciam donatum est*. Mais on voit bien que cette défense, étrangère à notre matière, n'a nul rapport avec la théorie de la mancipation. Ainsi donc la défense du possesseur d'une chose *mancipi* acquise par tradition est complète et triomphera dans tous les cas.

Au contraire, dans le cas de la *bonæ fidei possessio*, quand on a acquis une chose de bonne foi *a non domino*, on est bien *in causa usucapiendi* et la publicienne compète. Mais quoique cette procédure soit calquée sur la précédente, la défense ne doit pas toujours triompher. En effet, si l'on réclame contre le véritable *dominus*, celui qui ne nous a pas transmis la chose, à l'exception *justi dominii* qu'il opposera on sera sans réplique. On ne pourra triompher par la réplique *rei venditæ et traditæ* que si c'était le *tradens* lui-même qui fût devenu *justus dominus*, en devenant ayant cause du véritable propriétaire.

Dans toute autre hypothèse, la défense *justi dominii* est souveraine contre la publicienne (1). *Publiciana actio non ideo comparata est ut res domino auferantur, ejusque rei argumentum est primum arqutitas, deinde exceptio, « si ea res possessoris non sit »* (2). Ainsi, dans l'hypothèse de la *bonæ fidei possessio*, la défense *justi dominii* est péremptoire.

Mais il en est autrement quand la chose est *in bonis* du possesseur. Alors elle lui est assurée de toute manière, et cette situation constitue une véritable propriété prétorienne défendue par une revendication prétorienne.

Cependant en dehors de cette possession, le *tradens* n'en garde pas moins le *dominium ex jure Quiritium*; il y a ici un dédoublement de propriété. L'*in bonis* appartient à l'un, le *dominium ex jure Quiritium*

(1) Dig., l. 16, *De pub. in rem act.*

(2) L. 17, *ibid.*

à l'autre. Nous savons ce que comporte le *dominium bonitarium*, l'usage, la possession, les fruits, et nous venons de voir que grâce à la protection prétorienne, il jouit d'un ensemble d'actions et d'exceptions qui sont une garantie entière. Que reste-t-il donc au *dominus ex jure Quiritium*, si ce n'est un titre vain? C'est ce qui nous reste à examiner.

Dominium ex jure Quiritium et dominium in bonis.

Cette distinction nous était connue avant la découverte des Institutes de Gaius, par des indications d'Ulpien et de Théophile. Ulpien en mentionnait un effet à propos des affranchissements, et signalait par cela même la distinction : *Qui tantum in bonis non etiam ex jure Quiritium servum habet* (1). Et Théophile indiquait la distinction d'une manière générale : Ἔστιν οὖν, ὡς εἶπον, φυσικὴ δεσποτεία, καὶ ἐννομος δεσποτεία· καὶ ἡ μὲν φυσικὴ λέγεται *in bonis*, καὶ ὁ δεσπότης βονιτάριος, ἡ δὲ ἐννομος λέγεται *ex jure Quiritium*, τοῦτεστιν ἐκ τοῦ δικαίου τῶν Κουιριτῶν.

Ces indications assez brèves avaient donné lieu à des systèmes dont la fausseté est aujourd'hui si évidente, que la mention même en est inutile. Gaius, dans ses Institutes (2), nous a indiqué clairement ce que les Romains entendaient par cette distinction.

Le *dominium*, d'après Gaius, unique à son origine, a été ensuite dédoublé, de manière que l'un des deux

(1) Frag., tit. I, § 10.

(2) §§ 10 et 11.

propriétaires pût avoir sur une chose le *dominium* quiritaire, et l'autre le *dominium* bonitaire, *ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere*. Et il explique immédiatement comment la chose pouvait avoir lieu : *Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipavero neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex jure Quiritium vero mea permanebit*.

Tel est le cas singulier de la création des deux *dominium* ; c'est une *res Mancipi* donnée par simple tradition. Ainsi donc on peut avoir sur une chose *Mancipi*, ou un *dominium in bonis* ou un *dominium ex jure Quiritium*, ou les deux *dominium* réunis, ce qui donne la plénitude de la propriété. Sur une chose *nec Mancipi* on ne peut, à vrai dire, avoir qu'un seul *dominium*, puisque la tradition suffit pour en transférer la propriété ; mais cela n'est vrai qu'à l'origine.

Bientôt on assimila au cas du possesseur *in bonis* une foule des possessions, dans lesquelles le possesseur jouissait de la part du préteur d'une garantie analogue, et ces possessions portent tant sur des choses *Mancipi* que *nec Mancipi*. La propriété provinciale, celle des pérégrins, que nous avons étudiée dans les sections précédentes, sont autant de cas de cette propriété garantie par le préteur.

Il est vrai que pour ces deux derniers cas il n'y a pas à côté de la possession *in bonis* un *dominium ex jure Quiritium*. Mais pourquoi ? C'est que dans un cas il s'agit de pérégrins qui ne peuvent jamais avoir le *dominium ex jure Quiritium*. Il faut donc, quand un

citoyen romain leur transporte quelque chose, qu'il puisse ou leur communiquer une propriété pleine et entière, ou ne leur rien transférer du tout. En effet, s'il gardait pour lui le *jus Quiritium*, le dédoublement serait éternel, car jamais le pérégrin ne pourrait acquérir ce *jus Quiritium* par l'usucapion, mode d'acquisition du droit civil. Or il est de l'essence du *jus Quiritium* de venir après un laps de temps se réunir à la propriété bonitaire. Aussi Gaius a-t-il raison de nous dire, *apud peregrinos unum esse dominium*.

Par la même raison les fonds provinciaux étant absolument insusceptibles de propriété romaine, un semblable dédoublement du *dominium* ne peut exister pour eux. Les fonds provinciaux peuvent être l'objet d'une possession qui approche de la propriété, et cette possession s'acquiert telle quelle par les moyens du droit des gens, mais elle passe toujours tout entière du *tradens* à l'*accipiens*.

Pour qu'il y ait lieu à notre dédoublement, il faut donc supposer : 1° deux citoyens romains, car eux seuls peuvent avoir le *dominium ex jure Quiritium*; 2° une chose susceptible de propriété romaine et par conséquent toute chose mobilière ou immobilière, autre cependant que les fonds provinciaux; 3° enfin à l'origine une chose *mancipi*, car pour les choses *nec mancipi* la tradition donnait toujours la propriété pleine, et par conséquent ce dédoublement ne pouvait se présenter, dans ce cas-ci du moins. Mais nous verrons que cette troisième condition n'existe plus, car dans des cas particuliers que nous énumérerons plus loin,

le prêteur transféra à l'un la possession d'une chose *mancipi* ou *nec mancipi*, et le mit *in causa usucapiendi*, tandis qu'il laissa à l'autre un *dominium ex jure Quiritium*, dépourvu des avantages effectifs de la propriété.

Le *nudum jus Quiritium* produisait les seuls effets suivants :

I. Il assurait à celui qui en était titulaire l'exercice de l'action en revendication contre le tiers possesseur qui n'avait pas la chose *in bonis* ; mais le *dominus bonitarius* pouvait à son tour agir par la publicienne et enlever la chose au propriétaire quiritaire. Celui-ci se fût vainement défendu par l'exception *justi domini* ; elle eût été paralysée par la *replicatio rei venditæ et traditæ*. D'un autre côté, le titulaire du *nudum jus Quiritium* avait la revendication contre le propriétaire bonitaire lui-même, et pouvait lui enlever la chose si celui-ci ne se défendait point par l'*exceptio rei venditæ et traditæ*. On voit donc que ces avantages étaient dans le fait paralysés par les moyens prétoriens, et que le tout se réduisait à une simple question de procédure.

II. Le pouvoir de rendre un esclave citoyen romain en l'affranchissant, appartient à celui qui a le *dominium ex jure Quiritium*. Ulpien nous a conservé cet effet du *jus Quiritium*. *Qui tantum in bonis non etiam ex jure Quiritium servum habet, manumittendo Latinum facit* (1). Et Ulpien, en expliquant comment un esclave peut être *in bonis* de quelqu'un, nous a donné en quelques mots la théorie du double *dominium* : *si civis romanus a cive*

(1) Ulp., tit. 1, § 16.

romano servum emerit, isque traditus ei sit, neque tamen mancipatus neque in jure cessus neque ab ipso anno possessus sit (1). Cependant celui qui a le *nudum jus Quiritium* n'a pas le pouvoir d'attenter par l'affranchissement qu'il fait aux droits du propriétaire bonitaire. Pour que l'affranchissement soit donc valable, il faut que l'esclave soit *in bonis* de son maître. *Sed et illud observandum, ut qui manumittitur in bonis manumittentis sit; et ideo si tantum ex jure Quiritium sit manumittentis, non erit Latinus; necesse est ergo servum non tantum ex jure Quiritium, sed etiam in bonis esse* (2).

D'après ces passages, il faut conclure qu'à propos de l'affranchissement d'un esclave, trois situations pouvaient se présenter : 1° Si l'esclave était *in bonis* de l'affranchisseur, il devenait *Latinus*. 2° S'il lui appartenait seulement *ex jure Quiritium nudo*, il ne devenait par libre par l'affranchissement. Le *dominus ex jure Quiritium* abdiquait seulement son droit, de sorte qu'ici se présentait cette situation bizarre d'une chose *in bonis* de quelqu'un et sur laquelle un autre n'a pas le *jus Quiritium* (3). 3° Enfin l'affranchisseur avait sur l'esclave les deux domaines ; alors il pouvait en l'affranchissant en faire un citoyen romain.

III. Enfin une troisième prérogative réservée au *jus Quiritium* nous est signalée par les auteurs. La tutelle de l'esclave affranchi par son propriétaire est conservée

(1) *Ibid.*

(2) *Disp. for.*, § 11.

(3) *Puchta (Institut.*, § 236).

par la loi Junia à celui qui en avait le *nudum jus Quiritium* : *Lex Junia tutorem fieri jubet latinæ vel latini impuberis, eum cujus etiam ante manumissionem ex jure Quiritium fuit* (1). Et Gaius nous explique très clairement cette règle : *Sed latinarum et latinorum impuberum tutela non omnimodo ad manumissores pertinet, sed ad eos quorum ante manumissionem ex jure Quiritium fuerunt. Si ancilla, ex jure Quiritium tua sit, in bonis mea, a me quidem solo, non etiam a te manumissa, latina fieri potest et bona ejus ad me pertinent, sed ejus tutela tibi competit ; nam ita lege Junia cavetur* (2).

Quel est le motif de cette règle ? Il faut le chercher dans l'idée que l'esclave affranchi dans ces conditions restait originairement toujours esclave et continuait de figurer dans le patrimoine de celui qui avait sur lui le *dominium ex jure Quiritium*. La loi Junia Norbana le déclare bien libre, mais elle respecte encore cette ancienne idée en attribuant à son maître officiel la partie honoraire, pour ainsi dire, dans le patronat de cet affranchi, c'est-à-dire la tutelle. Quant à la partie pécuniaire, elle va comme de raison à l'ancien propriétaire bonitaire, *jure quodam modo peculii* (3). Cela n'arrivait ainsi que quand l'affranchissement se faisait du fait seul du propriétaire bonitaire. Le propriétaire *ex jure Quiritium* pouvait s'entendre, du reste, avec le propriétaire bonitaire pour l'affranchissement ; en ce cas, la tutelle appartenait probablement à ce dernier.

(1) Ulp., tit. XI, § 19.

(2) C. I, § 167.

(3) Gaius, III, 56.

IV. Il faut encore, d'après Gaius, que celui qui lègue une chose *per vindicationem* en soit propriétaire *ex jure Quiritium*; autrement, le legs qu'il fait serait nul (1). Dans le legs *per vindicationem*, la propriété est transmise du testateur au légataire par la vertu même du legs et sans une autre formalité; mais pour qu'un tel effet eût lieu, il était naturel d'exiger que ce droit de propriété existât chez le testateur. Or celui qui a la chose *in bonis*, n'a qu'une propriété protégée par le préteur. On comprend dès lors qu'il ne puisse transmettre par un mode civil un *dominium* qu'il n'a pas *ex jure Quiritium*.

V. Un cinquième et dernier effet de cette distinction entre les deux *dominium* a trait à la constitution des servitudes. Les servitudes personnelles et réelles étaient, comme nous l'avons dit, constituées par des modes du droit civil (2). Il était donc impossible de les imposer à des choses dont on n'était pas *dominus ex jure Quiritium*, car elles ne comportaient pas les modes d'aliénation usités en pareil cas. On y suppléait donc par des pactes et des stipulations, qui, comme nous l'avons vu ailleurs, constituaient, par la protection du préteur, des droits assez semblables aux droits réels.

En définitive, dans le dernier état de la jurisprudence prétorienne, 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

(1) Gaius, II, § 106.

(2) Val. Frag., § 47.

dans ses effets pratiques, les efforts du préteur l'avaient complètement annihilé. Il devait donc disparaître avec la *mancipatio* et la distinction des choses en *mancipi* et *nec mancipi* qui lui servaient de base.

La *tradition* allait devenir un mode universel d'acquérir et de transmettre, et la *revendication*, la garantie générale de toute propriété légitime.

La *publicienne* ne fut plus qu'une action réservée à ceux qui n'avaient qu'une *possession légale*, soit à cause de leur bonne foi (*bonæ fidei possessio*), soit par la volonté du préteur (propriété prétorienne).

L'*exceptio rei venditæ et traditæ* n'eut plus d'autre emploi que celui de l'exception de garantie chez nous.

La *propriété bonitaire* n'est donc plus autre chose. Elle s'entend désormais de tous les cas où la *publicienne* triomphe de l'exception *justi dominii*. Les vieilles formules disparaissent, et il ne restera plus de l'ancien droit romain que ces principes impérissables qui formeront à jamais la base de toute législation raisonnée.

C'est le droit des gens, le *jus gentium* qui s'élève peu à peu et finit par remplacer et absorber le pur droit civil. Cette révolution qui s'opère dans toutes les parties du droit a lieu aussi pour le droit de propriété. Au temps de Justinien elle est déjà accomplie, et cet empereur ne fait guère que la constater; ses réformes tendent plutôt, comme nous le verrons, à débarrasser la procédure qu'à constituer le droit. Notre dernier chapitre sera consacré à cette étude.

APPENDICE.

PROPRIÉTÉ PRÉTORIENNE.

Mais avant d'aborder cette matière, il faut traiter ici de quelques possessions prétoriennes constituées de telle façon qu'elles se rapprochaient essentiellement du *dominium* bonitaire et formaient une sorte de *propriété prétorienne* à côté de la *propriété civile*. Les cas où elles se rencontraient étaient fort nombreux.

Nous en signalerons plusieurs qui subsistent dans les textes du Digeste.

I. *Bonorum possessiones*. — Dans les hérédités, le préteur appelait certaines personnes et leur donnait la possession des biens du défunt ; mais la loi civile seule pouvait faire des héritiers. Le préteur donc n'accordait que ce qu'il appelait la *possession des biens*, et des actions fictives, au moyen desquelles ces possesseurs agissaient *fitto herede*, c'est-à-dire dans la supposition qu'ils étaient héritiers (1).

II. *Bonorum emptio*. — Les *bonorum emptores* avaient une situation analogue ; c'étaient ceux qui achetaient

(1) Gaius, IV, §§ 34 et 35.

en bloc tout le patrimoine d'un citoyen vivant ou décédé. Ils lui succédaient en tout et étaient considérés comme ses représentants (1). Gaius nous apprend en quelques lignes concises la situation de ces possesseurs. *Neque, dit-il, bonorum possessorum neque bonorum emptorum res pleno jure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex jure Quiritium autem ita demum adquiruntur si usuceperunt* (2).

III. *Immissio ex secundo decreto damni infecti.* — C'était l'envoi en possession d'un bâtiment menaçant ruine, après que le maître de ce bâtiment avait refusé, sur un premier ordre du préteur, de donner caution au plaignant. Cette possession permettait à celui-ci d'arriver à l'usuçapion; en attendant, il était protégé par les actions prétoriennes (3).

IV. *Abductio serri ex noxali causa.* — C'était l'adjudication de l'esclave d'autrui qui nous a causé un dommage.

Lorsque le maître ne défend pas son esclave, celui qui a souffert du délit obtient du préteur l'ordre de l'emmener. Le préteur ne lui confère que la possession et le moyen d'usucaper. Il ne lui confère qu'une propriété bonitaire. *Jussu prætoris ductus*, nous dit Paul, *in bonis fit ejus qui duxit* (4).

De cette prise de possession *ex causa noxali* il faut rapprocher le cas que nous avons déjà signalé, celui de l'envoi en possession d'un bâtiment. Ulpien nous

(1) Gaius, III, § 77.

(2) G., *ibid.*, § 80.

(3) D., liv. 39, tit. 2, C. 5.

(4) L. 26, § 6, *De nox. act.*

dit à ce sujet : *Julianus scribit eum qui in possessionem, damni infecti nomine mittitur non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto a prætore dominus constituatur* (1).

L'un et l'autre de ces possesseurs ont la publicienne s'ils ont été expulsés. Nous le voyons pour l'*abductio ex causa noxali*, par la loi 6, *De pub. in rem act.*, qui nous dit : *Item si servum ex causa noxali quia non defendebatur, jussu prætoris duxero, et amisero possessionem, competit mihi Publiciana*, et pour l'*immissio ex secundo decreto damni infecti causa*, par la loi suivante de Paul (2) : *Si is, qui jussu prætoris ceperat possidere et possidendo dominium capere, aut non admissus aut ejectus inde fuerit, utile interdictum Unde vi vel publicianam actionem habere potest.*

V. Voilà quatre cas de propriété bonitaire dans lesquels le prêteur protège la possession qu'il accorde lui-même. Il faut ajouter à ces quatre cas, celui de la possession de bonne foi, *bonæ fidei possessio*, toutes les fois du moins que l'exception *justi domini* est paralysée par une réplique. Or cela peut arriver dans sept cas qui ont été énumérés par Cujas. Toutes les fois, en effet, que la réclamation du propriétaire légitime *justus dominus* est paralysée par une exception, la *bonæ fidei possessio* est inattaquable et se rapproche de la propriété *in bonis*.

Voici les sept cas énumérés par Cujas (3) :

(1) L. 15, § 16, *De dam. inf.*

(2) L. 18 § 15, *De dam. inf.*

(3) Comm. ad lit. *De publ. in rem ac.*

1° Le premier se trouve dans la loi 63 *De rei vindicatione*. La loi suppose un *bonæ fidei possessor* actionné par le véritable propriétaire. Depuis la *litiscontestatio*, il est forcé de veiller à la garde de la chose. Il la perd cependant, non par dol, mais par faute. Il est forcé d'en payer la valeur; mais le prêteur lui accorde la publicienne pour réclamer cette chose, et s'il la trouve entre les mains du propriétaire, celui-ci lui opposerait vainement le *justum dominium*. Il sera repoussé par l'*exceptio doli mali*, car il agirait en fraude, en voulant garder une chose dont il a reçu le prix.

2° La seconde est dans la loi 72, *De rei vindicatione*, qui suppose que le *justus dominus* est devenu l'héritier de celui qui a vendu la chose au possesseur de bonne foi. Ici l'exception *justi domini* sera évidemment paralysée par la réplique *rei venditæ et traditæ*.

3° Un troisième cas est mentionné dans la loi 24 de Julien, *De exceptione rei judicatæ*. Le propriétaire a intenté contre le *bonæ fidei possessor* une revendication qui a échoué. Plus tard ce *bonæ fidei possessor* perd la possession qui passe au propriétaire prétendu. Si à la publicienne intentée par le possesseur celui-ci répond par l'exception *justi domini*, il sera repoussé par la réplique *rei judicatæ*.

4° Le quatrième cas indiqué loi 14, *De publ. in rem actione*, est relatif à une vente faite par mandat. Le mandat a été révoqué avant la tradition. L'*accipiens* n'en est pas moins, en vertu de cette tradition, constitué *bonæ fidei possessor*, et s'il exerce la publicienne contre le *justus dominus*, à son exception *justi*

dominii, il opposera la réplique *si non auctor meus ex voluntate tua vendidit*.

5° La loi 57, *Mandati*, de Papinien, contient un autre cas où l'absence du *dominus* fait rescinder l'usucapion accomplie contre lui, et repousser l'exception *justi dominii* qu'on oppose à la publicienne qu'il intente (1).

6° Un autre cas est indiqué dans la loi 28, *De noxalibus actionibus*. Il s'agit de l'abandon noxal d'un esclave par le *bonæ fidei possessor*. Pour que cet abandon ait un effet, il faut qu'il place celui qui l'obtient *in causa usucapiendi*. Si donc le véritable propriétaire recouvre cet esclave, il ne pourra repousser la publicienne par l'*exceptio justi dominii*, car il lui sera répliqué par l'*exceptio doli mali*. En effet, il doit réparer le dommage, car si cet esclave avait été en son pouvoir il aurait été absolument soumis au même recours que le premier *bonæ fidei possessor*.

7° Il s'agit ici de la possession *damni infecti nomine*. Paul (2) accorde la publicienne à celui qui est mis en possession par le prêteur et qui vient à perdre cette possession. Cette action triomphe évidemment de l'*exceptio justi dominii*.

Il faut remarquer en finissant que ces sept cas dans lesquels la publicienne triomphant du *justum dominium* assure au possesseur une sorte de propriété inviolable existent encore dans la législation de Justinien. Bien

(1) L'explication de cette loi très-obscurе sortirait complètement du cadre de ce travail. V. M. Pellat, *Revue de droit*, p. 575-588.

(2) L. 18, § 15, *De dm. inf.*

entendu il ne s'agit plus de *dominium* bonitaire et de *nudum jus Quiritium*. Mais il reste encore une question de procédure qui ne manque pas d'importance. En effet, ce n'est pas à titre de propriétaires, mais de possesseurs, que se présentent ceux que le préteur et non le droit civil protège; c'est l'action publicienne qu'ils invoquent, et non la revendication dans laquelle ils auraient succombé.

CHAPITRE IV.

DU DOMINIUM SOUS LA LÉGISLATION DE JUSTINIEN.

La législation de Justinien devait consacrer la suppression des anciennes formes touchant l'acquisition du *dominium*, rendre par conséquent inutiles les distinctions subtiles de la jurisprudence prétorienne, et ramener à la simplicité naturelle la constitution de la propriété dans le droit romain.

Ainsi, pour les personnes capables d'acquérir le *dominium*, depuis longtemps la distinction des citoyens romains et des *peregrini* était supprimée ; la constitution de l'empereur Caracalla avait rendu citoyens romains tous les sujets de l'empire. Or l'empire romain comprenait alors tout le monde civilisé, et il était vrai de dire que dans ce vaste espace il n'y avait pas un seul individu qui ne pût être propriétaire ou le devenir. C'était donc un état de choses qui n'existe pas encore aujourd'hui en Europe, où dans nombre de pays la propriété foncière est réservée aux indigènes.

La distinction des fonds du domaine public possédé par des particuliers, et celle des fonds appartenant à des particuliers avait aussi disparu depuis Auguste, ainsi que nous l'avons indiqué plus haut. La distinc-

tion beaucoup plus importante des fonds stipendiaires ou tributaires en opposition aux fonds italiques, *res italicisoli*, était aussi tombée en désuétude, surtout depuis que le siège de l'empire avait été transporté au milieu précisément de ces provinces, à Constantinople. Cependant une distinction au point de vue fiscal subsista toujours entre les *agri stipendarii* et *tributarii* et le sol de l'Italie ainsi que celui des cités jouissant du *jus italicum*.

Quant aux moyens d'acquérir et de transmettre la propriété, ils semblent avoir subsisté tels que le droit civil les avait institués et avec les effets différents attachés à chacun d'eux. Mais la jurisprudence du préteur dans le fait avait annihilé les résultats pratiques de toutes ces distinctions. Elles n'étaient donc plus qu'une question de procédure, une gêne pour les plaideurs et un embarras pour les jurisconsultes ; *per quod*, nous dit le verbeux rédacteur des Constitutions de Justinien, *animi juvenum qui ad primum legum veniunt audientiam perterriti* (1), etc.

Dans la réalité des choses, la tradition du propriétaire précédée de l'intention de transférer la propriété, la transmettait toujours (2). Rien donc n'était plus naturel que d'accorder ici la revendication pure et simple. Il n'est donc plus question dans les recueils de Justinien ni de *mancipatio* ni de *in jure cessio*.

(1) Liv. 7, tit. 23, C., *De nudo Quir. jure toll.*

(2) Nihil enim tam conveniens est naturali æquitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam habere (D., L. 9, § 3, *De acq. rer. dom.*).

L'*adjudicatio*, qui a sa raison d'être en dehors des distinctions de l'ancien droit, subsiste ; mais il n'y a plus lieu de distinguer si elle a eu lieu ou non dans un *judicium legitimum*.

Quant à l'*usucapio*, elle subit une transformation complète (1). Par une constitution, Justinien supprime la division des choses en *mancipi* et *nec mancipi*. Cette distinction n'avait en effet qu'un intérêt purement historique. L'usucapion perd donc un de ses deux effets : la transformation du *dominium* bonitaire en *dominium ex jure Quiritium*, quand une *res mancipi* avait été aliénée par une tradition. Elle produit encore son second effet de transformer en propriété pleine et entière, la possession de bonne foi d'une chose livrée par un non-propriétaire. Mais elle subit plusieurs modifications. Et d'abord cette usucapion, nous le savons, ne s'appliquait qu'aux fonds italiques. Pour les fonds provinciaux, une autre institution protectrice la remplaçait : c'était la *præscriptio longi temporis*. Justinien s'est avisé de réunir ces deux institutions et d'en faire une seule, applicable indistinctement à toutes les choses, fonds italiques ou provinciaux, meubles et immeubles. Appliquée aux immeubles, elle prend le titre de *præscriptio longi temporis*, et s'accomplit par un délai de dix ans entre présents et vingt ans entre absents. Appliquée aux meubles, elle s'accomplit par trois ans et garde le titre d'*usucapio*. Mais ce ne sont là que des dénominations arbitraires, car appliquée aux meubles

(1) C., liv. 7, tit. 51, *De usucapione transformanda, et sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi*.

et aux immeubles elle produit des effets identiques, qui ne sont ni ceux de l'ancienne *usucapio* ni ceux de l'ancienne *præscriptio*, mais empruntés à l'une et l'autre et formant un système mixte. En attendant l'accomplissement de cette prescription, la publicienne protège la possession de bonne foi envers et contre tous, sauf cependant contre le *justus dominus*. Celui-ci peut toujours, en faisant la preuve, réclamer sa chose s'il n'est repoussé par une exception, ce qui arrive dans plusieurs cas dont nous avons déjà donné l'énumération.

Avec la distinction des *res Mancipi et nec Mancipi*, avec la mancipation, etc., devait disparaître aussi ce dédoublement du *dominium* qui donnait à l'un la propriété *in bonis*, et laissait à l'autre le *nudum jus Quiritium*. Ce *nudum jus Quiritium*, fondé sur des idées et des nécessités qui n'existaient plus, était plus qu'une superfétation, plus qu'un mot vide de sens; c'était même une énigme à l'époque de Justinien. C'est ce qu'il dit dans la constitution où il le supprime (1).

Tous ceux donc qui ont tous les avantages qu'une chose peut donner, qui ont le droit de la garder et de la réclamer envers et contre tout détenteur, en sont propriétaires absolus : ils obtiennent la *revendication*, quel que soit le mode par lequel ils aient acquis la propriété, pourvu que cette acquisition ait une cause légale, et nul ne peut réclamer des droits sur cette chose. *Sit*, dit la Constitution, *plenissimus et legitimus*

(1) C., liv. 7, tit. 25, *De nudo jure Quiritium tollendo*.

quisque dominus, sive servi, sive alienarum rerum ad se pertinentium (1).

Le *nudum jus Quiritium* est donc aboli, mais il reste encore bien des cas où une chose est maintenue par le préteur à quelqu'un qui n'en est pas légalement propriétaire. Ces cas sont ceux des *possessions bonæ fidei*. Mais ici il n'y a pas lieu à la distinction du *nudum jus Quiritium* et du *dominium bonitarium* ; car ou le possesseur a affaire à des tiers, et vis-à-vis d'eux il est absolument propriétaire, ou bien il agit contre le légitime propriétaire, et à l'égard de celui-ci il n'est pas propriétaire du tout, sauf certains droits que lui assure sa bonne foi. Il peut avoir aussi des exceptions pour repousser le propriétaire. Dans cette circonstance il subsiste une situation très-semblable à celle de l'ancien *dominus bonitarius* ; mais le propriétaire évincé ne garde aucun droit sur la chose, le *nudum jus Quiritium* ayant été aboli.

En résumé, du temps de Justinien, il n'y avait à Rome qu'un *dominium*. Il est à la portée de tous, sans distinction de nationalité. Il comprend toutes les choses susceptibles d'appartenir à des particuliers, sans distinguer leur situation. Il se transmet universellement par la tradition, mode d'acquérir naturel, pourvu que la qualité du *tradens* et le fait intentionnel de livrer la propriété existent. Enfin il est garanti en tous cas par l'action réelle de la revendication.

Des distinctions politiques, désormais sans objet.

(1) *Le nudo jure Quirit. tollendo.*

sont abolies, et le droit romain débarrassé de ces vices d'origine nous apparaît dans cette simplicité majestueuse qui a sa base dans les principes éternels du droit naturel.

DROIT FRANÇAIS.

DU RÉGIME DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE

**AU POINT DE VUE DES DROITS RÉELS QUI PEUVENT EN ÊTRE DÉTACHÉS,
DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT ACTUEL.**

AVANT-PROPOS.

La propriété foncière a joué un grand rôle dans le droit des nations modernes; elle a été la base de tout un ordre social, la Féodalité. Cette institution, qui a disparu complètement en France depuis 89 et qui tend à s'effacer partout, a cependant été le droit commun de l'Europe occidentale pendant plus de douze siècles. Elle a laissé des traces profondes, et aujourd'hui en-

core elle n'est pas sans influence sur les idées, les mœurs et les lois.

Nous nous proposons de donner un aperçu rapide de la féodalité et des droits divers dont elle a grevé le sol ; nous étudierons comment ces droits amenèrent une confusion entre la condition des personnes et celle des terres, et enfin ce qui restait de ces charges et de ces privilèges à la veille de la révolution française. Nous constaterons leur abolition complète par les lois de la révolution. Nous passerons à la législation actuelle, et nous étudierons quelle est, dans le Code civil, l'organisation de la propriété foncière, ses attributs, les droits qu'on peut constituer sur elle, et ceux qu'il n'est plus possible de lui imposer, en un mot par quelles dispositions spéciales le Code civil a maintenu l'abolition, prévenu la renaissance des abus engendrés par le régime féodal, et consacré dans ses articles le grand principe de la liberté du sol.

Notre matière se divise en deux parties, la partie historique et la partie théorique.

PREMIÈRE PARTIE.

HISTOIRE.

CHAPITRE PREMIER.

ÉTAT DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE A LA CHUTE DE L'EMPIRE ROMAIN.

Nous avons vu, dans la première partie de ce travail, l'idée que les Romains s'étaient faite de la propriété foncière et les phases diverses qu'elle avait parcourues chez eux. Rappelons que là-dessus la théorie des Romains, à laquelle sont revenus notre Code et la plupart des législations modernes, est aussi simple que belle. Sauf quelques dispositions spéciales relatives à l'aliénation des biens des mineurs et au régime dotal, la propriété foncière est considérée chez eux comme toute autre propriété. Elle rentre dans la notion générale du *dominium* ; elle en comprend tous les droits et rien que ces droits.

Le propriétaire peut percevoir les produits, récolter les fruits, se servir de son domaine, en disposer, c'est-à-dire l'aliéner et le transmettre sans entraves. Il peut décomposer les avantages que lui procure ce fonds et en disposer au profit de plusieurs personnes, c'est-à-dire en céder l'usufruit et l'usage ; mais ce sont là des concessions temporelles qui doivent, tôt ou tard, revenir à la propriété et lui rendre des attributs essentiels sans lesquels elle ne serait qu'un vain titre. Enfin, il peut aliéner à perpétuité un service de ce fonds, mais cette concession ne peut se faire qu'au profit d'un autre fonds et ne consiste, le plus souvent, que dans une simple abstention de la part du propriétaire.

Ainsi, si le terrain doit donner certains services, s'il est grevé d'une *servitude*, l'homme n'engage pas, du moins, sa liberté et celle de ses successeurs avec le sol qu'il a asservi, et comme ces servitudes ne sont considérées qu'en tant qu'elles peuvent servir à un autre fonds, l'intérêt de l'agriculture est donc seul considéré ici, et le sol n'est pas à jamais engagé aux plaisirs et aux caprices d'un homme.

Les Romains n'ont pas commis non plus cette monstrueuse confusion de la propriété et de la souveraineté, attachant à la détention du sol des droits qui n'appartiennent qu'au pouvoir social, pour maintenir la sécurité et garantir la liberté de tous les membres de l'association. Si les Romains, par suite de leurs idées de conquête et de domination sur le sol des provinces, ou bien par les concessions perpétuelles de-

jouissance à des personnes qui n'avaient point le droit de propriété, arrivèrent à la distinction de deux espèces de propriété, l'une indépendante et complète, l'autre sujette et imparfaite, ce ne fut, comme nous l'avons vu, qu'une distinction de procédure, qui, du reste, avait fini par disparaître dans les derniers temps. Restait donc cette idée très-nette de la propriété qui la faisait consister dans le triple droit d'user, de jouir et de disposer avec pleine et entière liberté.

Telle était la propriété foncière dans les premiers siècles de la Rome républicaine, alors que les plus grands citoyens de la ville cultivaient eux-mêmes leurs modestes domaines, et que les dictateurs descendus du char triomphal ne craignaient point de retourner à la charrue.

Cette théorie de la propriété subsiste encore au temps même de Justinien, et les lois de cet empereur n'en contiennent point d'autre. Mais bientôt les faits devaient infliger un changement aux principes et avoir raison du droit d'une société qui s'écroulait de tous les côtés.

La chute de l'empire romain, l'invasion des barbares, les lois, les usages des conquérants, qui vinrent se mêler aux lois et aux usages romains, devaient changer tout l'ordre de choses existant et amener, après un chaos de quatre siècles, la constitution définitive de la féodalité, qui fut après tout un progrès sur tant d'anarchie et de barbarie.

Mais un grand fait apparaît à cette époque, qui change la face de la propriété foncière et prépare les

voies au servage et à la propriété féodale. Ce fait, c'est le colonat, que nous trouvons établi dans tout l'empire romain à l'époque des empereurs chrétiens et qui est réglé par de nombreuses constitutions.

Le colonat est une condition intermédiaire entre la servitude et la liberté qui attache l'homme au sol sur lequel il est né pour le cultiver, sans pouvoir le délaisser. Saint Augustin nous dit : *Appellantur coloni qui conditionem debent gentili solo propter agriculturam sub dominio possessorum*. Isidore reproduit cette définition de saint Augustin, qui donne une idée nette de la condition de ces cultivateurs. Inférieurs aux cultivateurs libres, ils ne peuvent quitter le sol auquel ils sont attachés; supérieurs aux esclaves, ils ont une personnalité, une famille, un certain droit même sur le sol qu'ils cultivent, car ils payent une redevance fixée qui ne peut pas être arbitrairement augmentée. L'origine fort obscure de cette institution paraît être dans ces immenses cultures à esclaves des anciens Romains. Peu à peu, dans l'intérêt de l'agriculture, la condition de ces esclaves s'est adoucie et améliorée; ils ont obtenu certaines garanties qui leur permettent de cultiver plus tranquillement et d'assurer la subsistance de l'empire (1). Mais pendant que ces esclaves s'élevaient, un fait inverse et déplorable, et que nous aurons lieu de constater plus loin encore, se produisait. Les cultivateurs libres, les fermiers, et peut-être les petits propriétaires, étaient forcés par la dureté des temps,

(1) D., *De leg.* 1, 112.

par la grandeur des impôts, les dévastations de toutes sortes, de descendre à cette triste condition (1). Ils y étaient réduits soit par la violence, soit par leur consentement. Il est vrai que dans ce dernier cas ils étaient *coloni ingenui*, et certaines différences subsistaient entre eux et les autres colons. Mais les abus des puissants et la faiblesse de l'État réduisirent bientôt cette classe à la même condition que celle des anciens colons. Des barbares faits prisonniers étaient aussi, comme nous le voyons par plusieurs constitutions, réduits à cette condition. Ainsi, par ce grand fait du colonat, une nouvelle doctrine avait surgi, celle qui assujettissait l'homme à la terre et en faisait une dépendance du sol.

Cette condition, contemporaine du christianisme, avait par cela même quelques traits plus adoucis que ceux de l'esclavage ; mais on peut dire que malheureusement, si elle fut moins dure, elle fut plus fréquente et s'étendit à une grande partie de la classe libre : l'esclavage gagnait en étendue ce qu'il perdait en dureté.

À côté du colonat, qui réglait les rapports de la plus pauvre partie de la classe agricole avec les propriétaires du sol, nous trouvons l'institution contemporaine de l'*emphytéose*, qui procède des mêmes causes et a pour but de porter remède aux mêmes misères. L'*emphytéose*, ce bail à durée indéfinie moyennant une redevance, réglait les rapports des proprié-

(1) Sid. Apol. -- Salv.

taires du sol avec les cultivateurs plus aisés, et surtout avec les possesseurs des immeubles des villes.

C'est dans cet état que l'invasion des barbares trouva la propriété foncière de l'empire romain. Elle devait la modifier d'après ses lois et ses mœurs; mais nous retrouverons la trace de cet état de choses jusque dans les lois barbares.

CHAPITRE II.

ÉTAT DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE A L'ÉPOQUE DES BARBARES.

L'état de la propriété foncière en Gaule était le même que dans le reste de l'empire. Il était donc tel que nous l'avons décrit dans le précédent chapitre, lorsque les barbares sortis de la Germanie envahirent cette province et l'enlevèrent à l'empire.

Cette conquête ne se fit pas d'un seul coup et par un seul peuple. Mais toutes les tribus qui l'envahirent successivement depuis les Wisigoths jusqu'à Clovis, avaient une commune origine germanique.

Les Germains, peuple guerrier et conquérant, ne semblent pas, du moins quand ils entrent en relations avec les Romains, connaître la propriété territoriale individuelle. Jules César et Tacite nous en rendent témoignage. « Nul, parmi eux, dit César, n'a de champ déterminé ni de terrain qui soit sa propriété ; mais tous les ans les magistrats et les principaux distribuent des terres aux peuplades, et les obligent à passer ailleurs les années suivantes (1). » — « Ils changent de terre tous les ans, dit Tacite, et n'en manquent

(1) César, ch. VI, 22.

jamais (1). » Cette absence de propriété territoriale, ce mépris pour la culture, et ce goût exclusif pour les armes, dénotaient un peuple dans un état de civilisation très-peu avancé, et dont la Gaule, au moment de la conquête de César, était déjà sortie. Tels étaient les Scythes dans l'antiquité, tels sont encore les Arabes de nos jours. Mais, à l'époque où nous sommes arrivés, les Germains connaissaient déjà une propriété territoriale, et avaient même sur elle quelques principes de droit, étrangers aux idées romaines, et dont nous retrouverons les traces dans les lois barbares.

La première invasion des Gaules fut faite par les Bourguignons et les Wisigoths. Elle amena un règlement assez extraordinaire de la propriété foncière. Les barbares prirent en masse les deux tiers des terres, et laissèrent un tiers aux Romains vaincus : *Mancipiorum tertiam et duas terrarum partes* (2). Du reste, le Romain demeura propriétaire absolu sur ce qu'on lui laissait ; il ne fut point l'esclave du barbare, et celui-ci prit même le titre de *hospes*, hôte. Malgré ce lourd sacrifice, sa condition donc était presque améliorée, car la conquête le débarrassait des charges écrasantes du fisc romain. Les terres prises en masse furent partagées et formèrent ce qu'on a appelé les *sortes* des Burgundes et des Wisigoths, c'est-à-dire la propriété libre chez ces peuples, qui devait correspondre plus tard à la *terre salique* et aux *alleux* des Francs Saliens et des Ripuaires.

(1) De M. G. 13.

(2) Loi des Bourg. ; loi des Wisig.

L'invasion de ceux-ci suivit de près celle des Burgondes. Elle devait soumettre toute la Gaule. Elle fut plus irrégulière que celle qui l'avait précédée, et nous n'avons pas de documents qui témoignent d'un partage semblable au premier. Il est certain, au contraire, que les Francs s'emparèrent en Gaule de toutes les terres qui furent à leur convenance.

La terre conquise devint dans le langage des Francs Saliens, la *terra salica*, et dans celui des Francs Ripuaires, l'*allos*, *alodium*. L'étymologie de ce mot en indique la signification. *All-od* vient de *all*, qui veut dire *tout*. Cela signifie *tout bien*, c'est-à-dire l'hérédité, le patrimoine, l'héritage principal du Franc, en un mot, sa terre de conquête. La *terra salica* est synonyme de *allos*. « *Alloodium est terra salica* », nous dit énergiquement Dumoulin : c'est cette propriété libre, pleine et entière, dont l'origine fut la conquête. C'est elle qui demeura toujours aux yeux du Franc la propriété par excellence, celle que la guerre avait mise dans la famille, celle qui ne pouvait être transmise qu'à des guerriers, capables de la conserver comme elle avait été acquise, c'est-à-dire par les armes. Aussi les filles furent-elles exclues de cette succession.

La *terra salica*, l'*allos*, transmis de mâle en mâle, fut l'origine de ce qu'on appela plus tard le propre paternel, la *terra avlatica* (1). Cette exclusion, fondée sur l'origine militaire de ces biens, paraissait déjà inique dès le vi^e siècle. Aussi les formules de Marculf

(1) Loi des Rip., *De alodibus*.

font mention des moyens employés pour écarter cette coutume impie : *diuturna sed impia consuetudo*, dit la formule. Mais les nobles Francs, c'est-à-dire la classe aristocratique qui tient à perpétuer l'éclat du nom par celui de la fortune, gardaient précieusement cette coutume : « *Salica lege nobilissimi Francorum qui salici dicuntur adhuc utuntur*, » nous dit une vieille chronique. Voilà déjà en germe l'aristocratie territoriale. À côté de la terre salique et de l'alleu nous trouvons encore chez les Francs une autre classe de biens, les *benefices* qui, eux aussi, contiennent en germe les institutions féodales.

Les *benefices* sont des concessions territoriales que les rois francs firent à leurs leudes, à leurs antrustions et à leurs fidèles, des immenses domaines que leur attribua la conquête. Ces concessions étaient dans les mœurs germaniques. Les chefs germaniques étaient dans l'usage de faire à ceux qui les suivaient à la guerre, des présents qui étaient la récompense de leur fidélité, et la marque de leur participation à la fortune de leur chef.

Quand les Francs s'emparèrent de grands pays, la concession territoriale remplaça le don des armes ou du cheval de bataille. Ces concessions étaient personnelles et viagères, elles étaient faites moyennant l'obligation de service militaire et civil, c'est-à-dire d'accompagner le prince à la guerre et de l'assister dans les conseils, *in oste et in curia*, comme on disait plus tard. Ces concessions devenant héréditaires et irrévocables devaient former les fiefs du régime féodal.

En définitive, nous voyons la conquête établir trois genres de propriété territoriale : 1° les alleux (*terra salica et aviatica*) transmissibles seulement aux mâles ; 2° les acquêts qui dès cette époque apparaissent comme transmissibles aux femmes ; 3° les bénéfices, concessions politiques, qui doivent jouer un si grand rôle et donner naissance à la féodalité.

Depuis l'introduction du colonat dans les mœurs et les lois, la condition des personnes a commencé à être liée à la condition des terres. Voyons en peu de mots quelle fut cette condition relativement à la propriété foncière des temps barbares.

L'esclavage n'avait point disparu, quoiqu'il se fût adouci par l'influence du christianisme. Il y avait chez les barbares comme chez les Romains des esclaves, *serfs de corps*, qui appartenaient pour leur personne comme pour leurs biens, à leurs maîtres. Mais chez les barbares, où les mœurs étaient plus simples et la domesticité beaucoup moins variée que chez les Romains, ces esclaves restaient aux champs, qu'ils cultivaient ; ils n'en étaient pas moins corvéables à merci et tout à fait à la discrétion du maître. Leur condition s'adoucit bientôt. De nombreux affranchissements les assimilèrent à la classe qui était au-dessus d'eux, et plus que toute autre chose leur attache au sol contribua à les transformer en *serfs*.

Au-dessus d'eux se trouvaient les *liti*, *lassi*, *aldionnes*. Le *litus* est, comme l'esclave, sous la protection du maître (*mundiburdio*). Il est exclu du service militaire et du conseil des hommes libres. Il doit une

redevance, mais la redevance est fixe. Il est, à la vérité, attaché au sol qu'il ne peut quitter, mais il ne peut non plus en être arraché selon le caprice du maître. Le *litus* a donc sur le sol une sorte de droit de jouissance transmissible même à ses enfants. Cependant il ne peut ni aliéner ni léguer ce droit. Cette condition du *litus* ou serf se rapproche singulièrement de celle du *colonus* romain avec lequel il est souvent confondu. Au-dessus de la condition de *litus* est celle du *fiscalinus*, ou serf du fisc, et celle du serf de l'Église.

La condition de ces derniers s'améliora rapidement. La loi de leur tenure était à peu près celle des *liti* et autres serfs. Cependant, à la différence de ceux-ci, de bonne heure ils portèrent les armes pour la défense de l'État et de l'Église; le mariage avec les personnes libres leur fut permis dès le temps de Charlemagne. Grâce à une administration plus douce les *fiscalini* prospérèrent rapidement. Les premiers, ils devaient gagner le droit de disposer de leurs tenures, ainsi que de s'administrer librement. La plupart des nouvelles villes de la Gaule furent fondées par eux.

Des colons libres habitaient aussi les terres de l'État, de l'Église, ou des particuliers. Ils sont désignés dans les documents sous les noms de *mansi ingenuiles*. Ceux-ci payent des redevances comme les *liti*, mais ils peuvent avoir des biens propres. A la mort du serf, une grande partie de son pécule appartenait au seigneur. Le colon avait au contraire des héritiers, mais à chaque mutation le seigneur percevait une redevance.

A côté de tous ces degrés plus ou moins déguisés

de servage, nous devons mentionner les hommes libres propriétaires, cultivant leurs alleux eux-mêmes. Ceux-ci, dont la condition semble infiniment supérieure étaient, quelquefois plus misérables que le serf, que protégeait du moins l'intérêt du maître. Les redevances, le service militaire, les corvées, les vexations ne cessaient pas, et réduisaient ces malheureux à détester une liberté qui leur coûtait si cher et à livrer leurs biens aux puissants pour les reprendre à titre de précaire, et jouir, sous leur protection, de cette sécurité que ne pouvait plus leur garantir un pouvoir ébranlé de tous côtés.

Au VIII^e et au IX^e siècle ce mouvement se prononce de plus en plus. Les propriétaires des alleux d'importance médiocre, les livrent aux grands et à l'Église; ils les reprennent ensuite pour les posséder à titre de *biens de commendise*. Cette recommandation se faisait aussi moyennant un bénéfice, c'est-à-dire la concession d'une terre à celui qui se recommandait ainsi. Mais souvent la recommandation avait lieu sans bénéfice; le bénéfice, au contraire, devait toujours être accompagné d'une recommandation.

Le propriétaire se dévestissait donc de sa propriété, et la remettait entre les mains du seigneur pour la reprendre à titre de possession, *usufructuario nomine*.

Quand ce dévestissement avait lieu au profit de l'Église, il avait quelquefois pour motifs d'obtenir des concessions en précaire, des *precaria* dont elle fit un usage habile. Ces *precaria*, imitées du *precariū* romain, mais avec certaines différences, donnaient à

quelqu'un pour sa vie et moyennant redevance annuelle une certaine quantité des biens de l'Église. Caduques à la mort du concessionnaire, elles étaient souvent laissées à ses héritiers aux mêmes conditions, et ceux-ci étaient amenés pour ne pas quitter des tenures avantageuses, à engager leur fortune et leur liberté. Ces concessions étaient renouvelées tous les cinq ans pour qu'on ne pût prescrire contre le titre de l'Église. Se recommander, c'était donc reconnaître un seigneur, un patron, et s'y attacher; c'était devenir son homme.

Ces recommandations ont un précédent dans les *patrocinia vicorum* qu'on vit naître sur la fin de l'empire. Des individus, quelquefois des bourgs et des villes entières, se groupaient autour de quelque particulier puissant, et remplaçaient de cette manière la protection chancelante des empereurs romains. Les constitutions impériales proscrirent ces arrangements. Elles ont encore une autre explication dans les habitudes de clientèle germanique. Aussi furent-elles laissées libres par les lois de la monarchie franque. *Unusquisque liber homo*, dit un acte de Charlemagne, *post mortem domini sui licentiam habeat se commendandi ad quemque voluerit* (1). Ainsi les Carlovingiens précipitent et encouragent ce mouvement qui conduit à la féodalité.

Le capitulaire fameux de Charles le Chauve en 877, qui a transformé les gouvernements en propriétés hé-

(1) Charte de division de l'empire, IX.

réitaires, constate que partout le fait s'est transformé en droit. Les bénéfices sont devenus des fiefs, les petits alleux ne sont plus que des tenures serviles, la grande propriété a absorbé la petite, les hommes libres sont devenus les vassaux des puissants. La révolution féodale est accomplie.

CHAPITRE III.

ÉTAT DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE SOUS LE RÉGIME FÉODAL ET DANS LES COUTUMES.

A côté du mouvement qui transforme les bénéfices, et change des concessions viagères en concessions perpétuelles et héréditaires, un autre mouvement se produit qui attache à toutes les propriétés territoriales, alleux ou bénéfices, des droits qui semblaient être la prérogative de la royauté, c'est-à-dire la police et la justice, et ce qui restait encore, les impôts établis par le fisc romain. Les puissants vassaux de la royauté ne se contentent pas de changer leurs bénéfices en fiefs, ils changent leurs charges mêmes en bénéfices, et usurpent dans leurs gouvernements le droit perpétuel et transmissible de la souveraineté effective, ne laissant au pouvoir central qu'une vaine prestation d'hommage. En un mot, la France entière se divise en grands fiefs, et bientôt la couronne de France elle-même est usurpée par un de ces grands feudataires. Le royaume n'est plus qu'un assemblage de grands fiefs indépendants les uns des autres et rattachés seulement à un centre commun par la suzeraineté nominale de l'un d'entre eux. Toutes les notions se sont confondues : la

souveraineté est devenue une propriété et la propriété une souveraineté.

A ce moment la propriété foncière joue un rôle immense; tout l'ordre civil et politique repose sur elle; la condition de l'homme est absolument confondue dans la condition de la terre. Deux grandes institutions régissent la propriété foncière et règlent pour ainsi dire tous les rapports privés et publics. Ces grandes institutions de la féodalité sont le *fief* et la *censive*.

I. *Fief*. — Nous avons, dans ce qui a précédé, suffisamment examiné l'origine des fiefs. Nous avons pensé, avec tous les auteurs qui ont suivi Montesquieu, que cette origine était dans les bénéfices accordés par les anciens rois aux leudes, usage qui remonte aux habitudes de la clientèle germanique. — Le mot *bénéfice* disparaît lui-même, et vers le XI^e siècle on voit apparaître dans les chartes de l'époque le mot *fief*. L'origine de ce mot est incertaine; les uns le font dériver de *feh-od*, solde en terre, d'où *feudum* et *seodeum* (1); d'autres le font venir de *fié*, c'est-à-dire de la corruption du mot *fide*, la foi, principale obligation du fondateur (2).

Quoi qu'il en soit de cette origine, le *fief* est une concession territoriale avec réserve, par le concédant, d'un droit de propriété supérieur sur la chose, et obligation du concessionnaire à certains services. — Dumoulin le définit : *Concessio rei immobilis cum transla-*

(1) Aug. Thierry.

(2) Brodeau et Charondas.

tione utilis dominii, proprietate retenta, sub fidelitate et exhibitione servitiorum.

Le principal caractère du fief est donc la fidélité, c'est-à-dire la reconnaissance du vassal pour son seigneur, reconnaissance qui se traduit par la prestation de foi et hommage. Quant aux services que le vassal doit rendre à son seigneur, ils étaient de deux sortes à l'origine. Il devait le suivre *in oste et in curte*, c'est-à-dire à la guerre et au conseil. Il devait donc l'accompagner quand il partait en campagne, et l'assister quand il exerçait les droits de son fief, c'est-à-dire quand il rendait la justice.

Le vassal avait souvent au-dessous de lui un autre vassal envers lequel il exerçait les mêmes droits, et le seigneur avait aussi au-dessus de lui un autre seigneur à qui il rendait les mêmes devoirs, et ainsi de suite jusqu'au roi, seigneur suzerain de tout le royaume. Le fief n'était après tout qu'une division de la propriété dans laquelle certains droits honorifiques ou pécuniaires étaient réservés à une sorte de domaine direct, tandis que tous les avantages de la propriété appartenaient à un domaine utile.

Mais le caractère spécial de cette concession, c'était que les services du fief étaient des services nobles. Ce n'était pas là un simple dédoublement de la propriété entre deux bénéficiaires, c'était une institution d'ordre politique. Elle rattachait entre elles une foule de petites souverainetés diverses, elle les rassemblait autour d'un centre commun, le roi, qui était le suzerain commun de tous les fiefs du royaume.

Les droits des fiefs étaient nombreux. Nous en ferons une courte énumération. « Ces droits sont de « deux sortes, dit Argou, les droits honorables et les « droits utiles. Les droits honorables sont la foi « et hommage, l'aveu et dénombrement. Les droits « utiles sont le relief, le droit de retrait féodal, de « quint, de commise, d'empêcher le démembrement « du fief, d'empêcher la prescription de la féodalité, « le droit d'indemnité sur les gens de mainmorte, de « privilège sur le fief du vassal pour les profits échus, « le droit d'avoir colombier à pied et à boulines, jusque « au rez-de-chaussée (1). »

Quelques-uns de ces droits ne demandent nulle explication; nous dirons rapidement ce que sont les autres.

La *foi et l'hommage*, qui est la promesse du vassal de suivre son seigneur à la guerre, est due à toutes les mutations de propriété, dans la personne du vassal ou du seigneur. La saisie du fief était la sanction de cette obligation du vassal. Le seigneur gagnait les fruits, et dans l'origine employait ces bénéfices à se procurer le service militaire d'un autre. Le *dénombrement* n'est qu'un mémoire exact de la consistance du fief.

En passant aux droits utiles, nous trouvons d'abord le *relief* qui est le droit payé au seigneur pour toutes mutations autres que la vente, ainsi pour succession ou donation. Le *relief* très-généralement n'était pas exigible quand la succession ou donation avait lieu en ligne directe ascendante ou descendante.

(1) Argou, *Inst. au droit français*, t. I, p. 116, 117.

La vente du fief produisait deux droits : *le droit de retrait féodal*, ou *le droit de requint*, qui est la cinquième partie du prix d'acquisition. Mais ces deux droits ne pouvaient être cumulés, et le choix seul en appartenait au seigneur. Ces droits de *relief* et de *quint*, de *retrait féodal* sont les traces visibles de la condition primitive des fiefs, qui n'étaient ni transmissibles ni aliénables, mais personnels et viagers.

Le droit de *commise* est une suite de ce principe que la fidélité est l'obligation principale du vassal. Si le vassal désavoue son seigneur, soit qu'il prétende qu'il tient sa terre en franc-alleu ou qu'il relève d'un autre seigneur, et s'il échoue dans son désaveu, il encourt la commise de son fief, lequel est confisqué au profit de son seigneur ; de même s'il se rend coupable envers lui de félonie. Le vassal ne peut non plus démembrer son fief, c'est-à-dire qu'il ne peut concéder sur partie de son fief un droit de propriété directe. Il peut, du reste, le céder partiellement en arrière-fief ou en censive, parce que dans ces conditions il se réserve toujours la seigneurie directe.

Enfin il est un principe qui domine toute la féodalité, c'est qu'il n'y a point de prescription entre le vassal et son seigneur, c'est-à-dire qu'on ne peut prescrire ni la foi ni la mouvance du fief. Enfin les seigneurs ont un privilège sur tous autres créanciers pour les droits de quint, relief et autres droits seigneuriaux.

Tel était le droit des fiefs dans sa dernière transformation. Nous avons vu son origine et les causes

qui expliquaient et justifiaient son établissement. Mais dans le dernier état du droit ces causes avaient disparu depuis longtemps, et cependant la féodalité leur a survécu. Il vint un temps, en effet, où la monarchie retrouva assez de force pour reconquérir ses droits, où la justice et la force publique furent organisées en dehors de la féodalité. La foi et l'hommage alors ne furent plus qu'une vaine formalité ; la justice seigneuriale parut une usurpation, le ban et l'arrière-ban une vieille machine de guerre qui ne pouvait plus servir. Les fiefs purent être tenus par des roturiers. Les droits pécuniaires seuls de relief, quint, etc., eurent encore quelque prix. La féodalité n'était plus une institution, c'était une gêne odieuse. On ne sentait plus que ses inconvénients et ses abus. Elle tomba et rendit à la propriété foncière cette liberté qu'elle lui avait enlevée. Le franc-alleu redevint le droit commun. Avant d'expliquer cette révolution, voyons le sort de la propriété libre pendant le règne de la féodalité.

II. *Franc-alleu*. — L'alleu ou franc-alleu désignait à l'origine la propriété libre. En cette qualité il avait tous les attributs qui la caractérisent, et même quelques-uns qui sont, sinon abolis, du moins réglementés par les lois actuelles, tels que chasse, pêche, barrage de rivières, etc. On le vendait toujours *cum omnibus pertinentiis, pratis, pascuis, silvis, venationibus, piscationibus, molendinis*, etc. (1).

La propriété allodiale n'était pas une propriété qui pouvait prospérer avec le régime féodal. Aussi les

(1) La Thaumassière, *Du franc-alleu*.

petits alleux disparurent-ils rapidement. Leurs propriétaires les cédaient à des seigneurs pour les reprendre à titre de fiefs relevant d'eux. C'est ce qu'on appela l'*inféodation par reprise*.

Il y eut des provinces en France où ces causes agirent avec tant de force que la propriété allodiale disparut tout entière. Dans le Beauvoisis, par exemple. Beaumanoir, au xiii^e siècle, arrive à dire : « Nul, selon notre coutume, ne peut tenir d'alleux. » De là aussi cette maxime des coutumes : *nulle terre sans seigneur*; c'est-à-dire que l'allodialité ne se présumait pas dans le doute. Cependant dans le midi de la France la civilisation romaine, plus fortement implantée, préserva la liberté de la propriété foncière, et à côté du droit nouveau des fiefs subsista le droit des alleux. Aussi à la maxime du Nord, *nulle terre sans seigneur*, répondit celle du Midi, *nul seigneur sans titre*.

III. *Héritages serviles, mainmortables*. — Au-dessous de ces deux conditions de la propriété foncière, nous en trouvons une troisième, et des plus misérables, c'est la condition des héritages serviles. Nous avons vu les différentes conditions des hommes soumis à la servitude de la glèbe, dans le régime qui précéda la féodalité.

Sous la féodalité il n'en reste plus qu'une, c'est la plus dure. La tyrannie féodale égalisa toutes les conditions. Les serfs, nommés *gens de poeste*, étaient tail-lables et corvéables à merci; il n'existait plus pour eux de lois protectrices. Tout ce qui leur appartenait était de droit à leur seigneur, et si l'on voit une sorte

d'hérédité de leurs tenures chez ces malheureux, c'est une suite de l'esclavage qui les attache de père en fils au sol qu'ils cultivent. La terre les possède, ce ne sont pas eux qui possèdent la terre ; mais le jour devait venir où cette terre qu'ils fécondaient de leurs sueurs appartiendrait en toute propriété à leurs descendants plus heureux.

Il y a en attendant sous le régime féodal un fait qui frappe tout d'abord : c'est la correspondance absolue de la condition des personnes et de celle des terres. Aux fiefs, aux alleux, aux héritages serviles répondaient trois sortes de conditions des personnes, les nobles, les hommes libres, les mainmortables. Les nobles seuls pouvaient posséder des fiefs et les droits seigneuriaux de haute, moyenne et basse justice. Les hommes libres pouvaient posséder des alleux ; mais il y eut des alleux nobles auxquels était attaché le droit de justice seigneuriale ; les alleux pouvaient avoir la mouvance de fiefs. Le royaume de France lui-même était appelé par les jurisconsultes le premier des alleux. Mais il y avait aussi des alleux roturiers : c'étaient ceux dont ne dépendaient ni fiefs, ni censives, ni droits de justice, tous droits qui supposent une relation féodale des héritages entre eux (1).

Enfin la dernière classe et la plus misérable, celle des serfs, correspondait aux tenures serviles. C'était sur cette classe que s'exerçaient toutes les vexations des seigneurs ; elle n'avait rien en propre et était soumise à

(1) Merlin, *loc. cit.* Cons., 8.

toutes les tailles, redevances et servitudes qu'il plaisait à ses maîtres de lui imposer.

Telle est la féodalité dans toute sa dureté. Mais, dès le *xi^e* siècle commence un mouvement d'affranchissement. Une autre classe fait son apparition, celle des roturiers, *ruptuarii*, classe intermédiaire qui s'élève un peu au-dessus de la condition misérable des serfs. A cette classe que produisent les affranchissements des seigneurs, devait répondre une nouvelle condition de la propriété foncière. C'est le *bail à cens*, la *censive*, qui sous des noms différents devait couvrir toute la France, et donner aux classes agricoles une possession du sol plus durable, qui devait préparer en un mot leur avènement à la propriété même.

IV. *Censive*. — La censive est aussi ancienne que la féodalité, mais son extension date surtout de l'époque où de nombreux affranchissements firent surgir une nombreuse classe d'hommes, libres, mais non propriétaires. Ces hommes se trouvèrent, le lendemain de leur affranchissement, en face d'un pays où la propriété foncière constituée en grands fiefs, chargée de liens de toute espèce par la féodalité, ne leur était point accessible.

Pour se mettre en rapport avec cette terre qu'ils voulaient cultiver, ils devaient accepter l'organisation de la propriété foncière telle qu'elle se comportait ; ils devaient, pour ainsi dire, passer sous les fourches caudines de la féodalité.

D'un autre côté, les seigneurs, propriétaires d'immenses domaines en friche, ne demandaient pas

mieux que d'utiliser le travail de ces hommes qui s'offraient à eux, et pourvu qu'ils conservassent la seigneurie de leurs domaines, ils étaient tout prêts à abandonner pour une redevance fixe tous les avantages utiles de cette terre qu'ils ne pouvaient travailler eux-mêmes. Cette concession est ce qu'on appelle le *bail à cens*, et les terres concédées prirent le nom de *censives*.

Cette origine de la censive nous paraît la plus probable. « Il y a plus de certitude nous dit la Thaumasnière, à rechercher l'origine du cens dans l'établissement des franchises et dans l'affranchissement et manumission des habitants des lieux (1). »

Aussi la concession de la censive fut calquée sur la concession du fief. Comme elle, elle divise le domaine en deux parts : le domaine direct réservé au seigneur, et le domaine utile concédé au possesseur de la censive. Seulement ce n'est pas un service noble, mais un service roturier que doit le concessionnaire, c'est le paiement d'une redevance ou d'un cens. Le mot *cens* signifie donc une redevance dont le but principal est la reconnaissance du droit de domaine direct. *Modicum annuum canon*, dit Dumoulin, *quod præstatur in recognitionem domini*. Ainsi c'est cette redevance qui remplace les services nobles du fief.

La censive se distingue donc du fief par cette différence dans la qualité des prestations qui sont dues. Mais c'est bien une concession féodale, et c'est ce qui la

(1) La Thaumas., *Franc-alleu de Perri*.

distingue de l'emphytéose du droit romain, qui ne suppose, nous l'avons dit, que la division en deux domaines.

C'est une concession féodale. Pour la faire donc, il faut posséder la terre en fief ou en franc-alieu. Il faut que le franc-alieu soit noble et non roturier. Le bail à cens que le propriétaire d'un franc-alieu roturier ferait ne vaudrait donc que comme constitution de rente foncière (1). Or le bail à rente foncière, comme nous l'expliquerons plus loin, est bien différent du bail à cens et même du bail emphytéotique. « Il emporte, dit Merlin, une aliénation absolue ; point de droits seigneuriaux comme dans le cens, point de rétention du domaine direct, comme dans l'emphytéose ; tout passe au preneur, tout lui appartient, sans aucune autre charge que celle de la rente stipulée par le bail (2). » Le censitaire lui-même ne peut concéder sa tenure qu'à rente foncière, et non pas à cens. « En effet, dit Pothier, son droit de propriété ne contenant rien d'honorifique, mais seulement ce qu'il y a de purement utile, il n'a aucune seigneurie honorifique et directe qu'il puisse retenir sur le cens, et par conséquent il ne peut le donner à cens, ne pouvant y avoir de bail à cens sans réserve de la seigneurie directe de la part du bailleur (3). »

Au contraire, quoique le seigneur d'un fief n'ait pas une propriété absolue et qu'il ne puisse démembrer ce

(1) Merlin, *Cens.*, 8°.

(2) Merlin, *ib.*, 5°.

(3) Poth., *Traité des cens*, ch. prél.

fief, il peut en concéder des parties en censive; car il retient pour lui et pour son seigneur le domaine direct, et il conserve la foi entière à son seigneur (1).

Le caractère spécifique de la censive, c'est donc la réserve d'un cens seigneurial. Pour reconnaître si une rente foncière est seigneuriale, Merlin propose deux règles extraites des coutumes. Il faut considérer : 1° si la rente est due au seigneur de l'héritage ; 2° si elle est la première imposée sur cet héritage.

Le concédant de la censive s'appelle *seigneur censier*, le concessionnaire *censitaire*. Quels sont les droits de l'un et de l'autre?

En général le censitaire ayant le domaine utile, a sur l'héritage les droits d'un véritable propriétaire. Il peut cultiver, bâtir à son gré, changer l'aménagement du sol, enfin transmettre le domaine à ses héritiers et le vendre même, sauf les droits du seigneur censier.

Les droits du seigneur censier ressemblent à ceux du seigneur du fief, la censive ayant été calquée sur le fief. De même que dans les fiefs on prend l'investiture du seigneur, de même dans les censives on prend l'ensaisinement de lui. Le dénombrement que le vassal donne dans les fiefs est représenté par la déclaration, aux frais du censitaire, des héritages qu'il tient. Comme c'était le seigneur qui donnait la saisine, il y eut un droit de succession connu sous le nom de *droit de rachat*, dont fut plus tard affranchi l'héritier en ligne directe.

(1) Argou, l. 1, p. 116.

Le seigneur censier a droit au cens, et à défaut de paiement il peut saisir l'héritage censuel.

Quand l'héritage est vendu, le seigneur a droit à ce qu'on appelle les *lods et ventes*. L'étymologie de *lods* vient, d'après d'Argentré (1), de *laudare*, approuver, c'est-à-dire donner son consentement à la vente. Ce droit de consentir du seigneur censier est devenu dans la suite un simple droit pécuniaire.

Tel était ce contrat du bail à cens qui, avant la révolution, joua un si grand rôle dans la propriété foncière, et fit passer petit à petit la terre des mains des seigneurs aux mains de ceux qui la cultivaient, laissant à ceux-ci seulement l'honneur de la seigneurie et les profits casuels des mutations. Le bail à cens, qui a produit la censive, est le contrat-type, celui d'après lequel viennent se modeler les autres. Mais la forme qu'il prend d'après les différentes provinces est excessivement diverse. Les variétés en sont multiples d'après les coutumes; nous allons en parcourir quelques-unes (2).

La première qui se présente à nous, c'est le *champart* (*campi pars*). Il était en usage dans plusieurs parties de l'ancienne France; il portait encore le nom de *agrier*, *terrage* dans le Midi. Il consiste dans une certaine partie de fruits que le propriétaire se réserve de prendre à titre de redevance. Le champart peut être un droit seigneurial, et alors il est assujéti aux règles de la censive et notamment aux droits de lods et ventes.

(1) Traité, de *Laudimio*.

(2) Ducange, *vº Campi pars*.

S'il n'est pas un droit seigneurial, il faut alors l'assimiler au droit de rente foncière dont il suit les règles.

Le champart, surtout dans les pays du Rhin et de la Moselle, était connu sous le nom de droits de *quart*, de *tiers* et *demi-raisin*. Il se prélevait sur les fruits des vignobles.

Un autre droit réel du même genre était connu sous le nom de *complant*. *Complanter*, c'est-à-dire planter tout un terrain de jeunes plants. Le seigneur qui a livré un terrain à complanter perçoit, à titre de redevance, une part des fruits que ce terrain produit. Ce contrat suit les mêmes règles que le champart et le terage. Dans la plupart des coutumes, il n'a pas de nom particulier. Mais dans le Poitou, le Maine et le pays d'Aunis, il a un nom spécial et s'applique surtout à la culture des vignes. Il suit aussi quelques règles spéciales qu'il serait trop long de rapporter ici.

Le *bordelage* est encore un contrat du même genre pratiqué dans le Nivernais. Moyennant une redevance en argent, en blé, *en plume*, les seigneurs du pays concédaient des terrains à perpétuité, en se réservant la seigneurie directe.

Nous ne pousserons pas plus loin cette énumération ; elle suffira pour donner une idée des innombrables droits réels dont la féodalité avait couvert le sol. Le caractère général de tous ces droits est un dédoublement de la propriété entre deux bénéficiaires dont l'un a le domaine utile et l'autre une sorte de domaine

(1) Merlin, *vº Complant* ; Durange, *Complantum*.

éminent de seigneurie. Les avantages généraux que le seigneur retire de la concession, c'est une redevance qui varie à l'infini, et un droit de lods et ventes qu'il exerce à titre de seigneur dans toutes les mutations par vente.

Mais à côté de ces droits réels dont l'origine est la féodalité, il y en a d'autres qui n'ont point ce caractère, ou qui du moins n'ont été qu'indirectement influencés par les principes du droit féodal. Parmi ces concessions de droits réels, les unes, comme l'emphytéose, opéraient décomposition de la propriété; les autres, au contraire, transféraient la pleine propriété sous la réserve par l'ancien propriétaire d'un droit réel et immobilier de rente perpétuelle ou rachetable : c'étaient les rentes foncières. Enfin d'autres, comme les baux perpétuels de différente nature, réservaient au bailleur la propriété du domaine, mais elles le grevaient au profit du fermier d'un droit immobilier perpétuel, de sorte que pour le bailleur la propriété n'était plus représentée que par un fermage.

Disons quelques mots sur chacun de ces droits.

Emphytéose. — L'emphytéose est un contrat qui a son origine dans le droit romain. La propriété se dédouble ici entre le preneur qui a le domaine utile et le bailleur qui garde le domaine direct; le contrat peut être perpétuel ou temporaire; il diffère de la censive sous plusieurs rapports.

1° Il n'est pas d'origine féodale et ne suppose pas la relation seigneuriale. 2° Si l'emphytéote ne paye pas pendant trois ans ses redevances, il encourt la

commise de son héritage. 3° Il ne peut vendre sans le consentement du propriétaire, qu'il est obligé d'avertir. Le propriétaire a un droit de prélation dans un délai fixe à partir de la dénonciation. Ce droit diffère par conséquent du retrait censuel.

Il faut observer ici que la véritable emphytéose du droit romain était fort peu usitée en France. Dans le Midi, le nom est conservé mais non la chose. La plupart des emphytéoses sont des censives. « On confond, dit Argou, la véritable emphytéose avec les censives; les censitaires y sont appelés *emphytéotes*, et l'on y voit plusieurs seigneurs qui par leurs titres ont le droit de prélation, non pas tel qu'il est établi par les lois romaines; leur droit est proprement un droit de retrait censuel à l'égard des censives, comme dans les coutumes le retrait féodal à l'égard des fiefs (1). »

L'*albergement*, dans le Dauphiné, est un contrat qui répond à l'emphytéose. Il se contractait ordinairement pour quatre-vingt-dix-neuf ans.

II. Rentes foncières. — Les rentes foncières étaient des redevances imposées à perpétuité sur des fonds de terre; elles étaient irrachetables et suivaient le domaine qu'elles grevaient en quelques mains qu'il passât.

Elles différaient du bail à cens et du bail emphytéotique de plusieurs manières : 1° Celui qui transférait un héritage moyennant une rente foncière en transférait la pleine propriété, et ne se réservait ni la sci-

(1) Argou, t. II, p. 505.

gneurie comme dans la censive, ni la directe comme dans l'emphytéose. Il n'avait donc ni commise ni droits de lods et ventes. 2° La rente foncière représente les fruits de l'héritage, et par conséquent elle est plus considérable que le cens ou le canon. 3° Enfin une troisième différence avec l'emphytéose, c'est que le bail à rente est de sa nature perpétuel.

La rente foncière est donc simplement un droit réel retenu sur l'héritage aliéné. Le détenteur de cet héritage peut se soustraire à la redevance en l'abandonnant, en *déguerpissant*, comme on disait. Ce droit en lui-même n'a rien de féodal.

Mais il est des rentes dont l'origine est tout autre : ce sont les *rentes seigneuriales*. « L'essence de ces rentes, dit Merlin, c'est d'être attachées à un domaine direct, domaine qui suppose nécessairement la concession d'une propriété utile (1). C'est là le caractère général des droits seigneuriaux, cens, champarts, etc. Il faut donc, pour prouver qu'une rente est seigneuriale et non simplement foncière, établir non-seulement que cette rente a été originairement concédée pour l'aliénation de l'héritage, mais que le concessionnaire s'est réservé le *dominium directum*, la seigneurie sur l'héritage.

Maintenant ce qui distingue du cens la rente seigneuriale, c'est que le cens est plus honorifique qu'utile, et la rente même seigneuriale a toujours pour but de représenter en partie les fruits du fonds.

(1) Merlin, Répert., Rentes seigneuriales.

Ces rentes sont *directes* lorsqu'elles sont les seules et tiennent lieu de cens. Tels sont le *champart*, le *complant*, etc. Les *rentes seigneuriales* proprement dites sont, au contraire, jointes à un cens. Dans ce cas, pour distinguer une rente seigneuriale d'une foncière, il faut s'attacher à ce principe : jointe à un cens, et faisant corps avec lui, elle est seigneuriale et participe aux prérogatives du cens. Elle est purement foncière quand elle forme, selon l'expression du Dumoulin, une charge à part, un *onus separatum per se*, par exemple un champart dû conjointement avec une censive (1). Mais il paraît que dans les pays de droit écrit on considérerait comme seigneuriale toute charge ou redevance fixée dans le premier acte de concession (2).

Telle est en abrégé la doctrine ancienne sur les rentes foncières.

III. Baux à locatairie perpétuelle. — Enfin il est une troisième classe de droits réels d'après lesquels la propriété ni directe ni même utile n'est transférée au preneur ; la propriété foncière et même la possession civile restent au concédant. Ce sont les baux à locatairie perpétuelle usités dans certaines provinces. Boutaric (3) et l'onmaur (4) nous disent, que le bail à locatairie perpétuelle diffère d'abord de l'emphytéose en ce que ce bail peut être fait, sur des biens dont on n'a pas la pleine propriété, « ce contrat n'étant point

(1) Dumoulin, *Cour de Paris*.

(2) Boutaric, *Traité des droits seigneuriaux*.

(3) *Traité des droits seigneuriaux*, ch. 14.

(4) *Traité des loys et ventes*, n° 536.

regardé comme translatif de propriété, mais comme un simple cisaillement de dominité ; de plus il diffère du bail à rente, non qu'il y ait réserve de directo dans l'un ni dans l'autre, mais en ce que le bailleur se réserve la propriété et la possession civile. »

Mais en Provence le bail avait été envisagé comme translatif de propriété et assimilé au bail à rente. Ce principe fut plus tard adopté par la Constituante.

Les *baux à culture perpétuelle* sont régis par les mêmes règles que les baux à locataire perpétuelle.

Il y avait encore des baux à *métairie perpétuelle*, concession semblable aux précédentes, sauf que la redevance pécuniaire était remplacée par une part des fruits. Ces baux étaient usités dans le Limousin et la Marche.

Parmi les droits réels de cette nature, il faut encore compter le *bail héréditaire* qui se pratiquait en Alsace et dans l'ancienne province du Luxembourg. De ce bail naissait un véritable droit réel qui se transmettait de mâle en mâle en ligne directe. Le propriétaire gardait donc la propriété du fonds, mais il en aliénait à perpétuité la jouissance moyennant certaines obligations, dont la principale, outre la redevance, était l'obligation par le fermier et les successeurs de cultiver le fonds. Ce contrat semble imité de l'emphytéose du droit romain, quoique son origine puisse être discutée.

Enfin le contrat de ce genre le plus singulier est le *bail à domaine congéable* de la Bretagne. Ce contrat est fort curieux. Le propriétaire sépare le fonds de la

superficie; il garde l'un et aliène l'autre, à condition de pouvoir la racheter à volonté, de pouvoir renvoyer le preneur, lui donner congé. Cette faculté s'appelle *congément*. Mais ce congé ne pouvait être donné par le propriétaire qu'en remboursant la valeur de la superficie, et par conséquent en indemnisant le domanier de toutes ses dépenses. L'aliénation de la superficie se faisait moyennant un canon annuel appelé *rente convenancière*. Cette redevance était souvent compliquée de charges féodales. Le preneur a donc un droit réel sur le bien; ce droit est soumis, il est vrai, à la révocation facultative, mais tant qu'il subsiste il conserve tous les caractères d'un droit réel, il peut être aliéné, hypothéqué; mais tous ces droits sont résolubles avec celui dont ils procèdent.

Ainsi donc la propriété foncière était le plus souvent démembrée de toutes les manières par la féodalité et soumise à un nombre effroyable de gênes et d'entraves. L'immobilité, la perpétuité, tel était le caractère de toutes les conventions dont elle était l'objet. Soumise par le droit féodal aux cens, aux lods et ventes, à toutes espèces de droits que les seigneurs puisaient dans de vieilles chartes de privilèges, et dont l'origine commune était l'usurpation et la violence pendant la longue anarchie des ix^e et x^e siècles, elle était encore frappée d'immobilité par les différents droits perpétuels que les propriétaires avaient concédés de plein gré à des époques plus récentes.

APPENDICE.

Servitudes féodales.

Pour avoir une idée complète de l'état de la propriété foncière telle qu'elle l'avait faite la féodalité, il faut donner encore un aperçu rapide des rapports qui subsistent entre la condition des terres et celle des personnes, c'est-à-dire des servitudes féodales. Ce sont les restes du servage, ce sont des vestiges de la première condition des cultivateurs; c'est comme le prix de leur affranchissement et la marque de leur origine. Ces traces d'un régime odieux survivent jusqu'à la révolution française, et il faut cette grande commotion sociale pour les faire complètement disparaître.

Les serfs mortuables étaient dans le principe soumis à toutes les tailles et corvées qu'il plaisait au seigneur de leur imposer. « Entre le serf et son seigneur, disait une maxime, il n'y a autre juge fors Dieu. » A leur mort, leurs biens appartenaient au seigneur; c'est ce qu'on appelait la mainmorte, qui subsistait encore dans quelques pays même en 1789.

Les serfs furent successivement affranchis dans presque toute l'étendue de la France. Les servitudes et corvées auxquelles ils étaient assujettis jadis, cessèrent donc d'être exigibles comme services personnels,

sauf celles qui furent réservées dans l'affranchissement. Mais elles subirent pour la plupart une transformation curieuse. Les seigneurs, en affranchissant leurs serfs, leur avaient imposé à titre perpétuel certaines servitudes de corps, comme condition de la concession de leur tenure.

Ces servitudes étaient devenues réelles en un sens : celui qui les devait pouvait en effet s'en affranchir en quittant sa tenure ; mais l'héritage en restait éternellement grevé, et tout propriétaire de cet héritage y était tenu à moins qu'il ne s'en libérât à son tour en abandonnant sa propriété.

Ces droits, selon l'expression des feudistes, sont dus à la chose par la chose, *sic fit ut debeantur rei a re*. Et chose singulière, on arrivait ainsi à imprimer le caractère de véritables servitudes réelles à des services, à des prestations, qui de leur nature, ne pouvaient faire que l'objet d'un contrat essentiellement personnel et temporaire.

Parmi ces servitudes, il faut ranger les *banalités de four, de moulin* qui forçaient tous les habitants d'une seigneurie à venir moudre leur blé au moulin et cuire leur pain au four du seigneur ; telles étaient encore les *corvées* de toutes sortes qui existaient au profit des seigneurs.

Ces corvées avaient pour objet le service du seigneur, mais dans les champs seulement. Coquille les définit : « l'œuvre d'un homme, un jour durant, pour l'aménagement du seigneur, aux champs, soit de la personne seule, soit avec bœufs et charrettes, comme à fau-

cher, moissonner, charroyer (1). » Les corvées étaient réglementées presque partout. Joignons à tout cela le droit de chasse, exclusivement réservé aux seigneurs.

La nature de ces droits féodaux variait, du reste, suivant les pays : il y en avait de burlesques (2), il y en avait d'odieux ; mais ce qu'il importe de remarquer, au point de vue de notre matière, c'est que tous ces droits avaient fini par faire corps avec la terre et par grever la propriété foncière de charges dont l'essence était toute personnelle.

Ces droits, ainsi que tous ceux que nous avons étudiés, devaient disparaître par la révolution sociale de 89 ; cette révolution devait remettre toutes les choses à leur place, séparer enfin des notions longtemps confondues, dégager la condition et la dignité humaines de la condition des terres, rendre à la propriété foncière elle-même toute sa liberté en la consolidant entre les mains de ceux qui étaient devenus, au fond, les véritables propriétaires, c'est-à-dire tous les possesseurs du domaine utile ; abolir les droits honorifiques que l'orgueil seul avait fait maintenir ; détruire, en un mot, la féodalité existante, et empêcher son retour en supprimant, comme impossible et contraire à la nature des choses, cette division insensée de la propriété en un droit de domaine direct et un droit de domaine utile. Cette œuvre immense accomplie par les lois de la révolution a été consacrée par le Code ; elle fera l'objet du reste de ce travail.

(1) Ch. 8, art. 5, C. de Niv.

(2) Ainsi, l'obligation de battre les étangs la nuit pour faire faire les grenouilles qui troublent le sommeil du seigneur.

CHAPITRE IV.

DROIT INTERMÉDIAIRE. — ABOLITION DE LA FÉODALITÉ.

Une des premières mesures qu'amena la révolution française, ce fut l'abolition de la féodalité et l'affranchissement du sol français. Les fameux décrets de la nuit du 4 août 1789, suivis et commentés par les décrets et instructions suivants de 1790 et 1791, consacrent l'abolition définitive de ce système.

L'esprit de l'Assemblée constituante était un esprit de justice et de modération; aussi a-t-elle distingué parmi les droits qu'elle a abolis. — Les uns, qui ont leur origine dans l'oppression et l'esclavage, ont été effacés sans indemnité; les autres, qui ont été le prix de concessions territoriales, ont été simplement modifiés et soumis au principe du rachat, principe généralement admis pour toutes les rentes et redevances foncières.

L'art. 1 des lois du 4 août 1789 détruit entièrement le régime féodal; par le même article, ceux des droits ou devoirs tant féodaux et censuels, qui tiennent à la mainmorte réelle ou personnelle et à la servitude personnelle, et ceux qui les représentent, sont

abolis sans indemnité; tous les autres sont déclarés rachetables.

Ainsi donc tous ces droits odieux de mainmorte, qui dérivait de l'ancienne condition servile des habitants de la campagne et de leur attache au sol, tous les services personnels qui leur furent imposés plus tard comme charges de leur affranchissement et qui représentaient les services de mainmorte, toutes les tailles, corvées et autres droits seigneuriaux de *fouage*, *monnayage*, *peage*, de *banalité*, droits dont quelques-uns étaient une usurpation de la puissance publique même, furent abolis sans réserve ni indemnité. « Par servitude personnelle, dit une instruction décrétée le 15 janvier 1791, on entend une sujétion imposée à la personne et que la personne est obligée de subir, par cela seul qu'elle existe, qu'elle habite un certain lieu. »

Aussi la révolution française, par l'anéantissement de ces droits, affranchissait-elle les personnes plus encore que la terre, et proclamait-elle le principe de l'indépendance de la condition de l'homme d'avec celle du sol qu'il habite, principe si étrangement méconnu par la féodalité.

L'abolition du régime féodal entraînait l'abolition des *fiefs* et des *censives*. Dans ces deux espèces de concessions, le seigneur se réservait, avec le *domaine direct*, certains droits honorifiques et certains droits utiles.

Les droits honorifiques du seigneur furent abolis. Donc la foi et l'hommage, le dénombrement, la supé-

riorité féodale et censuelle, et par conséquent le retrait féodal et censuel qui en est la suite, ont cessé d'exister. Les droits utiles, tels que les redevances féodales et censuelles, les rentes seigneuriales, les champarts et agriers, sont transformés en simples droits fonciers et créances purement réelles (1). Enfin, les rentes foncières elles-mêmes établies par baux à rente perpétuels, furent déclarées temporaires et rachetables (2).

Mais l'Assemblée poussa plus loin encore ce principe. Nous avons vu les baux perpétuels de l'ancien régime, dans lesquels le bailleur, tout en concédant une jouissance perpétuelle, se réservait cependant la propriété du fonds, et n'en aliénait ni le domaine direct ni même le domaine utile. L'Assemblée constituante considéra cette jouissance perpétuelle comme une sorte de *domaine utile*, et en déclarant rachetables les rentes et redevances établies par le contrat de *locatairie perpétuelle*, elle en concéda virtuellement la propriété au preneur (3).

Un décret du 2 prairial an II appliqua le même principe aux baux à *culture perpétuelle*. « Un droit perpétuel de jouissance, avait dit le rapporteur Tronchet, est incompatible avec l'idée d'un simple bail à loyer. » C'était là une exagération contre laquelle on réagit plus tard (4).

Les baux à domaine congéable, en Bretagne, avaient

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

(2) Décret 18 déc. 1790. Rapport de Tronchet.

(3) Loi 18 déc. 1790, art 2.

(4) Avis du conseil d'Etat des 4 therm. an VIII et 25 mess. an XI.

été maintenus par l'Assemblée constituante (1). Seulement, elle anéantissait dans ces baux les stipulations de même nature que les droits féodaux, qu'elle avait supprimés sans indemnité.

La loi du 18 décembre 1790 ne se borna pas à déclarer rachetables les rentes foncières; elle défendit de créer à l'avenir aucune redevance non rachetable. Cependant son art. 1 exceptait de la prohibition les baux emphytéotiques « qui pourront être encore faits à l'avenir pour un terme de quatre-vingt-dix-neuf ans au plus, ainsi que les baux à vie, même sur plusieurs têtes, à condition qu'elles n'excéderont pas le nombre de trois (2). »

L'Assemblée constituante maintint donc les droits utiles *fixes*, et même *casuels*, tels que les droits de *rachat*, de *lods et ventes*; elle fixa les conditions du rachat, ainsi que l'évaluation des droits rachetables (3). Tous ces droits devaient donc continuer à être soldés jusqu'au rachat définitif.

Grâce à ces mesures, où les exigences de la prospérité publique et celles de la justice étaient équitablement conciliées, la propriété foncière à la fin de 1791 était une dans toute la France. Le domaine utile et la jouissance perpétuelle étaient devenus propriété absolue de ceux qui les possédaient, en vertu des anciennes concessions : les droits retenus par les seigneurs avaient été rejetés dans tout ce qui n'était pas le

(1) Décret du 7 juin 1791.

(2) Loi des 18-20 déc. 1790, art. 1.

(3) Décret du 3 mai 1790.

résultat de la force et de l'oppression, mais ces droits, transformés en rentes purement foncières et rachetables, n'étaient plus une gêne pour la circulation des biens et une entrave pour l'agriculture.

L'Assemblée constituante avait donc raison de constater ce beau résultat en tête du *Code rural*, qu'elle décrétait le 28 septembre 1791. « Le territoire de France, disait-elle, est libre comme les personnes qui l'habitent ; ainsi, toute propriété territoriale ne peut être sujette envers les particuliers qu'aux redevances et aux charges dont la convention n'est pas défendue par la loi, et envers la nation qu'aux contributions publiques établies par le Corps législatif, et au sacrifice que peut exiger le bien général, sous la condition d'une juste et préalable indemnité (1). » C'était préciser dans quelques paroles aussi nobles que vraies, tous les droits et toutes les charges de la propriété foncière.

La sage réserve de l'Assemblée constituante qui, dans son respect pour la justice et les droits acquis, avait peut-être poussé trop loin les ménagements pour les prérogatives utiles de la féodalité, ne fut point imitée par les assemblées qui lui succédèrent.

L'Assemblée législative abolit d'abord sans indemnité tous les droits casuels qui, d'après le titre d'inféodation, n'étaient pas le prix d'une concession de fonds (2). Jusque-là peut-être elle était encore dans les limites de la justice.

(1) Décret du 28 sept. 1791, Tit. I, sect. 1, art. 1.

(2) Décret du 18 juin 1792.

Par le décret du 25 août 1792 elle supprima généralement tous les droits fixes et casuels qui découlaient 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 ayant pour base une concession de terre, de la part de l'un au profit de l'autre. Voici comment elle s'exprime à cet égard : « L'Assemblée nationale, considérant que le régime féodal est aboli ; que néanmoins il subsiste dans ses effets et que rien n'est plus instant que de faire disparaître du territoire français ces décombres de servitude qui couvrent et dévorent les propriétés, décrète qu'il y a urgence : tous les effets qui peuvent avoir été produits par la maxime *nulle terre sans seigneur*, etc., demeurent comme non *avenus* (1). »

Enfin, dans un décret postérieur (2), elle déclare les tenures convenancières ou à domaine congéable, comme participant de la nature des fiefs ; elle en reconnaît la propriété aux domaniers, et les appelle à jouir de tous les bénéfices qui découlent de l'abrogation du régime féodal.

Ainsi donc les seuls droits que conservent les anciens seigneurs, la seule exception que consacrent les décrets d'août 1792, ce sont les droits qui ont pour cause une *concession primitive* du fonds, et encore elle doit être clairement justifiée par l'acte d'inféodation, de bail à cens ou à domaine congéable. La révolution

(1) Décret du 25 août 1792.

(2) Décr. 27 août 1792.

ne devait point s'arrêter à cette limite extrême de la justice, elle devait la dépasser.

La Convention vint, et emportée par la haine et les passions démagogiques, elle décréta par la loi du 17 juillet 1793 l'anéantissement complet de ce qui restait encore de droits ayant une origine féodale, sans considérer, comme l'Assemblée législative, si les redevances qui existaient sur les propriétés avaient pour origine une concession primordiale, ou bien étaient le résultat de l'usurpation, et de cette maxime coutumière *nulle terre sans seigneur*; elle décréta l'abolition en masse de tout droit suspect d'origine féodale, c'est-à-dire de tout droit constitué non comme les rentes foncières, c'est-à-dire en raison de la transmission du fonds; mais de tout droit qui suppose chez le concédant une retenue de la directe, du *droit seigneurial*, de tout cens réconitif de la propriété éminente que le concédant retenait par devers lui.

De là, dans la jurisprudence, se présentèrent de nombreuses questions, pour savoir si telle ou telle des innombrables espèces de concessions qui couvraient la France, avait un caractère féodal, et par conséquent était abolie sans indemnité, ou bien si elle constituait simplement une rente foncière, et par conséquent devait être payée jusqu'au rachat. On trouve dans le *Répertoire* de Merlin (1) de nombreuses décisions de la Cour suprême à ce sujet. Ces décisions

(1) Répert., v^o Champart et passim.

sont précédées de réquisitoires, admirables de science et de netteté, de son procureur général, qui n'était autre que Merlin lui-même.

Telles furent les lois radicales de la Convention. Mais le radicalisme même de ces lois avait facilité la tâche des législateurs futurs; en débarrassant la propriété foncière, non-seulement en droit, mais en fait, de toutes les charges et redevances féodales, en consommant l'affranchissement du sol, elles déblayaient pour ainsi dire le terrain; dès lors l'édifice pouvait être construit plus aisément.

Le Code civil, trouvant la propriété affranchie, aux mains de ses véritables ayants droit, pouvait maintenant, sans secousse et sans changement, rendre leur empire aux véritables principes, et fonder sur un état de fait aussi favorable, un droit conforme à la raison et aux principes éternels de l'équité.

C'est cette théorie du Code civil sur la propriété foncière que nous allons étudier dans la seconde partie de ce travail.

DEUXIÈME PARTIE.

CODE NAPOLEON.

Le Code Napoléon a maintenu les conquêtes de la révolution française ; il a 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. La nature elle-même indiquait ce régime ; car qu'est-ce qu'une liberté qui reconnaît un maître, et une propriété qui reconnaît un seigneur ? La liberté des conventions exigeait toutefois que la loi permit à un propriétaire de constituer sur sa chose *des droits appelés réels*, c'est-à-dire d'en aliéner une partie, comme elle lui permet d'en aliéner la totalité. Mais la loi n'a sagement permis que les démembrements de la propriété, compatibles avec la nature des choses et le nouvel ordre social. Elle a surtout prohibé toutes les conven-

tions qui, d'une manière directe ou indirecte, pouvaient amener la renaissance du régime féodal.

Ainsi donc, en reconnaissant la plénitude du droit de propriété, le Code a voulu sa liberté dans le présent; en prohibant soigneusement certains droits réels qui pouvaient asservir la propriété d'une manière indéfinie, il a garanti sa liberté dans l'avenir. Toutefois, il a eu soin de réserver à la loi le droit de limiter cette propriété dans un but d'intérêt général. Ainsi le régime de la propriété foncière, dans nos lois, nous semble résumé dans ces trois idées : pleine puissance du propriétaire sur sa chose; défense de gêner cette liberté dans l'avenir, en créant sur cette chose des droits qui en aliènent perpétuellement l'utilité au profit d'un autre; enfin faculté réservée à la loi de circonscrire et limiter cette liberté, dans l'intérêt de tous.

Aux deux premières idées qui feront l'objet de ce travail, se rattachent plusieurs articles épars dans les quatre titres du livre second. Tels sont l'art. 544, qui définit la propriété d'une manière générale; l'art. 552, qui applique à la propriété foncière la définition de l'art. 544, et tire les conséquences de cette application. L'art. 543 énumère les droits réels qu'on peut consentir sur les biens, et l'art. 526 applique à la propriété foncière ce que l'art. 543 a dit en général. C'est à propos de ces articles que nous examinerons la question de l'emphytéose et de beaucoup d'autres conventions semblables. L'art. 530 s'explique sur un démembrement fort important de la propriété foncière dans notre ancien droit, *les rentes foncières*, et les arti-

cles 638 et 686 décident du caractère qui doit être désormais attribué aux servitudes foncières.

Après avoir commenté ces dispositions, il nous resterait peut-être, pour donner une idée complète du régime de la propriété foncière dans nos lois, à étudier les limites et restrictions qui y sont apportées dans l'intérêt général.

Ces restrictions peuvent se diviser en deux grandes catégories :

1° Celles que la loi impose à un fonds, dans l'intérêt d'un fonds voisin, et dont elle traite dans le Code civil sous le titre de *servitudes qui dérivent de la situation des lieux* (1) et de *servitudes établies par la loi* (2) ;

2° Celles que la loi impose à tout propriétaire foncier, dans un but d'intérêt général, et qui se trouvent énumérées dans diverses lois administratives.

Cette matière, qui peut faire l'objet d'un important travail, ne saurait certainement être traitée ici. Nous nous attacherons donc spécialement aux deux premiers points de vue.

Dans nos préliminaires, nous étudierons les caractères généraux du droit de propriété, tels qu'ils résultent de nos lois. Dans un premier chapitre, nous étudierons *la propriété foncière*, ses attributs et ses subdivisions. Dans un deuxième chapitre, nous examinerons *les démembrements ou droits réels*, dont elle peut encore être l'objet.

(1) Liv. II, tit. IV, chap. 1.

(2) *Ibid.*, chap. 4.

PRÉLIMINAIRES.

DÉFINITION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ EN GÉNÉRAL.

L'art. 544 du Code Napoléon en tête du titre, *De la propriété*, s'exprime en ces termes : « La propriété
« est le droit de jouir et disposer des choses de la
« manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse
« pas un usage prohibé par les lois et règlements. »

Les deux principes qui ont constamment guidé notre législateur en cette matière, se trouvent résumés dans cet article, savoir : 1° plénitude du droit de propriété ; 2° droit réservé à la loi de le surveiller et de le limiter. Portalis justifiait ces principes en disant : « Au citoyen appartient la propriété, au souverain l'empire (1). » Sénèque avait dit, en effet, en parlant du souverain : *omnia rex imperio possidet, singuli dominio*.

D'abord occupons-nous du droit, avant de parler de la restriction.

Ainsi, d'après la définition même de la loi, la pro-

(1) Exposé des motifs du tit. 2, liv. 2, *De la propriété*.

priété se trouve être le droit de jouir et disposer des choses *de la manière la plus absolue*. Le législateur consacre ici deux droits distincts : 1° un droit de jouissance et 2° un droit de disposition.

Par *droit de jouir* le législateur entend d'abord le droit de retirer de la chose tous les services compatibles avec sa nature propre, ensuite le droit d'en recueillir tous les fruits ou produits, périodiques ou accidentels, enfin le droit de la transformer et d'en changer le mode de jouissance. Le droit romain avait deux expressions consacrées pour ces deux attributs de la propriété, *usus* et *fructus*.

Dans leurs distinctions ingénieuses, les jurisconsultes romains avaient intellectuellement séparé des droits qui n'existent presque jamais seuls; *usus* s'applique aux usages et services différents dont la chose est susceptible; *fructus*, au contraire, désigne les produits, les fruits qu'elle procure en dehors de sa substance propre, comme les récoltes des terres, ou le croît des animaux. Mais, dans la réalité, ces droits n'existent point sans un mélange l'un de l'autre. Ainsi l'on ne peut guère avoir les fruits d'une chose, sans en avoir l'usage en partie. Le fait seul d'entrer sur un champ, d'y aller et d'y venir pour recueillir les fruits, constitue un usage. Réciproquement il est peu de choses dont l'usage seul puisse être concédé, car cet usage, dépourvu de toute participation aux fruits, serait la plupart du temps un droit illusoire.

Plus préoccupés de la réalité des choses, les rédacteurs du Code ont réuni ces deux droits en un seul, sous

le nom de *droit de jouissance* (1). Ce mot comprend les différents services et avantages qu'une chose peut procurer, avantages qui peuvent être concédés séparément, dans des limites qui varient suivant la convention ou la loi, mais qui se trouvent tous réunis sur la tête du propriétaire.

Le *droit de disposer* est le second élément du droit de propriété. Le propriétaire, en conséquence de ce droit, peut faire à l'occasion de sa chose tous les actes juridiques, dont elle est légalement susceptible. Il peut en disposer par vente, donation, échange, legs, la grever d'hypothèques, de servitudes ; il peut même l'abandonner purement et simplement, ou même la détruire. « Par exemple, dit Pothier, le propriétaire d'une bonne terre labourable a le droit, si bon lui semble, d'en faire une terre en friche. » A plus forte raison a-t-il le droit de la laisser se dégrader et dépérir.

Tous ces droits sont d'ordre public. Le propriétaire ne pourrait pas s'interdire, par une convention, de les exercer (2), et les clauses des donations ou des testaments qui contiennent de semblables prohibitions, sont généralement inefficaces.

Le propriétaire ayant donc sur sa chose la pleine jouissance et la pleine disposition, son droit est *absolu*. Il est de plus *exclusif*.

Le propriétaire a la faculté d'exclure les tiers de toute jouissance sur sa chose, et de prendre, en consé-

(1) Art. 526, 543, 544, 623, 630.

(2) Cass. 6 juin 1853.

quence, toutes les mesures qu'il juge propres à cet effet. Il n'a pas à rendre compte des motifs du refus qu'il fait de laisser jouir un autre de sa chose, quand même la jouissance du tiers ne saurait lui nuire, et que sa rigueur ne lui serait d'aucun profit (1).

Il va plus ; il peut même causer aux autres des dommages, sans qu'ils aient aucun droit de réclamer, quand ces dommages ne proviennent que de l'usage légitime qu'il fait de sa propre chose. Ainsi il peut élever des constructions chez lui, et priver son voisin d'une vue avantageuse ; il peut, en faisant des fouilles chez lui, détourner des eaux souterraines qui alimentaient le fonds du voisin, ou, en fortifiant son terrain par des digues, aggraver la situation des autres propriétaires riverains, sauf à ceux-ci à se défendre de leur côté ; il peut encore, en abattant son mur, causer un dégât aux constructions que le voisin avait appuyées sur lui.

Nous supposons, dans tous ces cas, que la propriété est libre et que nulle servitude n'existe d'un fonds sur l'autre. Toutes ces théories ont été consacrées par les décisions de la jurisprudence.

Absolu et exclusif, le droit de propriété est encore *perpétuel*. En effet, s'il était limité par le temps, il ne serait pas absolu. Comment comprendre en effet qu'on puisse exercer tous les droits que nous venons d'énumérer, sur une chose qu'on devrait restituer au bout d'un certain temps ? Une concession à terme cer-

(1) Cass. 24 août 1852.

tain ne saurait donc être translatif de propriété.

Mais on comprend, au contraire, qu'un droit de propriété puisse exister, sous une condition qui peut résoudre ce droit. Rien ne gêne le droit absolu du propriétaire jusqu'à l'événement de la condition. L'événement, en effet, ou bien consolidera tous les actes du propriétaire, en consolidant définitivement la propriété entre ses mains, ou bien, en anéantissant rétroactivement son droit, anéantira par là même tous les actes qu'il a faits en vertu de ce droit. Ajoutons encore, comme corollaire de cette perpétuité de la propriété, que les facultés qui y sont inhérentes, sont de leur nature imprescriptibles, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent pas se perdre par non-usage, et qu'il faut qu'il y ait un droit contraire acquis par un tiers.

Absolu, exclusif, perpétuel et transmissible, le droit de propriété a bien dans le Code Napoléon les caractères naturels qui sont une conséquence de la force même des choses, et sans lesquels il ne serait plus lui-même.

L'art. 544 indique dans sa seconde partie la faculté que la loi se réserve, de restreindre, dans un intérêt général, cette toute-puissance qu'elle vient elle-même de reconnaître : *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et règlements.*

Cette disposition fait allusion à une foule de lois, décrets, règlements, qui ont pour but de restreindre, dans l'intérêt général, le pouvoir du propriétaire sur sa chose.

Ces restrictions dérivent bien souvent de la nature des choses, et la loi n'a fait alors que constater les bornes que la nature elle-même impose au pouvoir de l'homme.

Telles sont les dispositions contenues aux art. 640 à 645, Cod. Nap. Toutes ces gênes de la propriété dérivent évidemment de la situation respective des fonds voisins.

Il en est d'autres au contraire que la loi elle-même impose aux fonds dans l'intérêt réciproque les uns des autres : ainsi les servitudes relatives aux murs et fossés mitoyens, au droit de forcer le voisin à se clore, aux vues sur la propriété du voisin, à l'égout des toits, au droit de passage, et toutes ces servitudes que la loi appelle légales.

Enfin arrivent les nombreuses lois administratives qui limitent dans un intérêt plus général encore le plein exercice du droit de propriété.

Parmi ces lois on peut citer :

1° La plus importante et la plus radicale de toutes, celle du 31 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui autorise à priver quelqu'un de sa propriété pour une cause d'utilité publique légalement constatée, mais moyennant une juste et préalable indemnité (1) ;

2° La loi du 21 avril 1810 sur les mines, qui, comme nous le verrons plus tard, contient aussi une sorte d'expropriation légale du propriétaire de la surface ;

(1) Art. 545 C. Nap.

3° Les différentes lois et décrets en matière d'alignement ;

4° La loi du 16 décembre 1807, sur le dessèchement des marais ;

5° Le décret du 9 décembre 1811, qui défend de bâtir dans un certain rayon autour des places de guerre ;

6° Le Code forestier (loi du 21 mai 1827), qui défend aux propriétaires de bois de les défricher sans autorisation (art. 219) ; d'abattre des arbres-futaies, sans déclaration préalable (art. 124) ; de détourner les arbres marqués pour le service de la marine (art. 133) ;

7° Les lois nombreuses qui défendent de se livrer à la culture du tabac (28 avril 1816, 12 février 1832, 23 avril 1840) ;

8° Le décret du 15 octobre 1810 sur les établissements insalubres.

Ces restrictions au droit de propriété s'appliquent le plus souvent à la *propriété foncière*, comme nous venons de le voir par ces exemples.

Mais la propriété mobilière n'en est pas exempte elle-même, quoiqu'elle soit par sa nature beaucoup moins en contact avec l'intérêt public. Du reste, ces restrictions au droit de propriété sont générales et perpétuelles ; elles sont la condition même de la propriété en France ; elles dérivent de la souveraineté sociale.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE ET DE SES SUBDIVISIONS.

Les caractères généraux du droit de propriété sont, nous l'avons vu, d'être absolu dans son essence, exclusif dans son exercice, perpétuel dans sa durée, mais limité en même temps par les exigences de la société et les nécessités de la nature des choses, exigences et nécessités dont la loi se fait l'organe.

Nous allons retrouver tous ces caractères dans la propriété foncière, telle que la définit le Code Napoléon. « La propriété du sol, nous dit le Code, emporte la propriété du dessus et du dessous » (art. 552, al. 1). Ainsi donc, le législateur signale ici la plénitude du droit de propriété. Le sol, objet du droit, appartient au propriétaire entièrement, dans toute son étendue, toute sa profondeur, et dans l'espace qui s'élève au-dessus. *Dominus soli*, disait une ancienne maxime, *dominus est cœli et inferorum*.

L'article, dans les deux paragraphes suivants, en tire immédiatement les conséquences pratiques. Et d'abord, pour la propriété du dessus, il nous dit : « Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos » (al. 2-4°). Mais

en même temps, il signale immédiatement la limite qui peut exister au droit : « Sauf les exceptions établies au titre *des Servitudes ou Services fonciers*. » Ces exceptions ont en effet pour but de limiter, dans l'intérêt des propriétés voisines, le droit absolu d'élever des constructions ou de faire des plantations sur la limite du fonds.

L'alinéa 3 de l'article tire aussi, pour la propriété du dessous, la conséquence pratique du principe posé : « Il peut faire au-dessous, dit-il, toutes les constructions ou fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir. » C'est encore le principe de la pleine liberté du propriétaire, aussi bien dans les profondeurs souterraines de son fonds, que dans l'espace aérien. Mais ici aussi, à côté de la liberté du propriétaire, arrive la modification résultant de l'intérêt général, « sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police. »

Une remarque se détache de la lecture de l'art. 552, c'est que la loi voit dans la propriété du sol trois espèces de propriétés superposées, et formant par leur réunion une propriété complète. Ainsi elle distingue : 1° le sol ; 2° le dessus du sol ; 3° le dessous du sol.

Le sol, le *tréfonds* comme on disait autrefois, comprend généralement le dessus et le dessous ; car, autrement, ce ne serait qu'une surface géométrique, une pure abstraction. Mais il pourrait ne comprendre que cette profondeur indispensable pour enfoncer des constructions ou planter des arbres, et le terrain qui serait

au-dessous pourrait appartenir à un autre. De même, il pourrait se faire que des constructions et des plantations sur un terrain fussent à un autre qu'au propriétaire du terrain. On peut donc aisément se figurer, en dehors d'une propriété foncière telle qu'elle se comporte ordinairement, c'est-à-dire comprenant le dessus et le dessous, une propriété seulement souterraine, ou une propriété seulement superficielle. Ces hypothèses se rencontrent, et le Code même en fait mention (art. 553, 664).

Il n'y aurait, en effet, aucun intérêt à remarquer cette triple composition de la propriété du sol, si ces trois éléments étaient toujours réunis.

Il y a donc, en dehors de la propriété foncière ordinaire, une propriété purement superficielle et une propriété purement souterraine.

Nous diviserons donc ce chapitre en trois paragraphes. Dans un premier, nous étudierons ce qui constitue la pleine propriété foncière ; dans un second, la propriété superficielle, et dans un troisième, la propriété souterraine.

§ 1. *Propriété de tout le sol.*

Les attributs de la propriété foncière pleine et entière sont innombrables, comme les avantages qu'elle peut procurer. Nous n'entreprendrons pas de les décrire ici ; il nous suffira d'énumérer ceux dont le Code même fait mention. Le Code, tantôt sous le nom de droit d'*accession*, tantôt sous celui de *servitudes lé-*

gales, deux mots aussi mal employés l'un que l'autre, a fait une nomenclature assez complète des différents droits qui découlent du droit de propriété foncière.

I. *Des fruits*. — La propriété du sol comprend d'abord tout ce qu'il est susceptible de produire, soit d'une manière périodique et régulière, soit accidentellement ; soit spontanément, soit en vertu du travail de l'homme. Elle comprend encore les émoluments qu'on peut retirer des contrats faits à son sujet, tels que les baux à ferme.

La loi a donné différents noms à ces produits divers d'un fonds. Il faut d'abord distinguer les *produits* du fonds d'avec les *fruits* mêmes. Les *fruits* sont les objets qu'un fonds produit et reproduit, soit annuellement, soit au moins périodiquement. Les *produits*, au contraire, sont des émoluments que la chose n'est pas destinée à produire régulièrement : ainsi, les matériaux de démolition, les bois de haute futaie qui ne sont pas mis en coupe réglée, des pierres et autres minéraux extraits d'une carrière non régulièrement exploitée.

Les *fruits* se divisent en *fruits naturels*, *industriels* et *civils*. La périodicité est leur caractère général.

On appelle *fruits naturels* ceux qui sont le produit spontané du fonds : ainsi le bois, le foin, les fruits des arbres une fois plantés.

On appelle *fruits industriels* les récoltes des champs et des vignes, qui ne s'obtiennent chaque année que par la culture (art. 547, 583). Nous pouvons dire tout de suite que cette distinction n'a aucun intérêt pratique.

Les *fruits civils* comprennent les loyers des maisons, des fabriques et usines, ainsi que le prix des baux à ferme (art. 584). Cette dernière disposition est une innovation. Autrefois, les fermages étaient censés représenter les fruits naturels et industriels de la terre.

Il y a un grand intérêt à distinguer les fruits naturels et industriels des fruits civils. Les premiers s'acquièrent dès qu'ils sont séparés du fonds; c'est donc à une époque unique, déterminée par cette séparation, qu'ils forment une propriété distincte de la propriété du fonds (art. 520). L'acquisition des fruits civils s'opère, au contraire, jour par jour. Cette distinction est fort importante quand la propriété cesse d'appartenir à l'un, pour passer à l'autre.

Remarquons enfin que les fruits n'appartiennent au propriétaire, qu'à la charge de rembourser aux tiers les dépenses de culture et de récolte qu'ils ont faites pour les obtenir (art. 548). Nul, en effet, ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. L'art. 548 est absolu, et ne distingue point entre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi (1).

II. *Constructions et plantations.* — La propriété du sol emporte encore de plein droit la propriété de toutes les constructions et plantations qui sont faites à la surface (art. 557); c'est là une règle antique, connue dans le droit romain, qui disait : *Omne quod inædificatur solo cedit*.

(1) Aubry et Rau, § 192, note 29; Demolombe, IX, 584.

Le sol donc a cette toute-puissance de communiquer sa nature même, à tout ce qui s'élève à sa surface. En effet, les matériaux sont meubles avant d'avoir été employés, mais sitôt qu'ils ont été mis dans un bâtiment, ils suivent la condition du sol et deviennent immeubles, et *immeubles par nature* (548).

Du moment qu'ils font ainsi partie du sol, ils suivent sa condition, et cela quel que soit celui qui les a fournis, quelle que soit leur importance, comparativement à celle du sol. Ainsi donc jamais le constructeur ne pourra prétendre qu'à une indemnité (554, 555). Jamais il ne sera admis à réclamer, comme propriétaire des matériaux, un droit de propriété sur le bâtiment, à l'exclusion du propriétaire du sol, ou même en concurrence et par indivision avec lui.

Ces principes sont certains et journellement consacrés (1). Une seule exception existe à cette règle, et nous l'étudierons plus tard, c'est quand la propriété du sol est divisée de manière que le constructeur soit lui-même propriétaire de la superficie, par titre ou par prescription (art. 553-2°).

Non-seulement le propriétaire du sol est propriétaire absolu des constructions et plantations qui sont à la surface du sol, mais de plus la loi lui accorde une présomption, d'après laquelle ces constructions sont censées faites par lui et à ses frais.

Mais cette présomption peut être combattue par toutes sortes de preuves (2), et en ce cas les construc-

(1) Cass. 6 janv. 1829; 3 avr. 1855; 29 août 1860.

(2) Demolombe, IX, 697; Cass. 27 juill. 1859.

teurs seraient admis à réclamer une indemnité dans les termes et d'après les distinctions des art. 554, 555, dans l'examen desquels nous n'avons pas à entrer.

C'est encore en vertu de ce droit du propriétaire, de construire et de planter seul sur son terrain, que la loi lui donne le droit de forcer son voisin à démolir les ouvrages et à élaguer les arbres qui avancent sur son terrain (672, al. 2), et qu'il peut couper lui-même les racines qui poussent dans son fonds (672, al. 3).

III. *Alluvion.* — Nous regarderons encore comme un effet pur et simple du droit de propriété, le droit que la loi accorde au propriétaire riverain sur les atterrissements et accroissements, qui se forment dans son fonds par le voisinage d'un cours d'eau (556-559).

De même le propriétaire riverain devient propriétaire des îles et flots qui se forment dans le cours d'eau non navigable ni flottable qui longe sa propriété (561-563). — Mais est-ce le pur effet de son droit de propriété, est-ce une attribution arbitraire de la loi? C'est ce que nous examinerons plus loin.

IV. *Attribution de la propriété de certains animaux sauvages.* — C'est en vertu des mêmes idées et en considérant ces animaux comme une sorte d'accessoire des domaines qu'ils habitent, que le propriétaire foncier devient propriétaire des pigeons, lapins, poissons, en vertu de la simple habitude qu'ils contractent de demeurer dans son colombier, sa garenne ou son étang (564). — Sa propriété n'en existerait pas moins, les eût-il attirés par fraude; mais en ce cas il serait

tenu à des dommages-intérêts (1). L'impossibilité de reconnaître ces animaux commande cette solution.

V. *Sources*. — Les sources d'eau, soit naturelles, soit minérales, qui naissent dans un fonds, appartiennent au propriétaire du fonds (art. 641). Ce principe est établi dans l'art. 641 qui dit que *celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté*, et les restrictions qu'y apportent les articles suivants ne font que le confirmer. (Voyez cependant la loi du 14 juillet 1856 sur la conservation et l'aménagement des sources d'eau minérale.)

VI. *Cours d'eau non navigables ni flottables*. — L'art. 644 reconnaît aux propriétaires riverains le droit de se servir des cours d'eau qui longent ou traversent leur propriété. Ces droits sont-ils la conséquence d'un droit de propriété sur la rivière elle-même, ou bien sont-ils des avantages tout spéciaux accordés par la loi à la propriété riveraine? C'est là une question que nous examinerons à la fin de ce chapitre.

VII. *Droit de clôture*. — La faculté de se clore reconnue à tout propriétaire découle, comme nous l'avons vu, du droit qu'il a d'exclure tout autre de la jouissance de son bien. Tout propriétaire peut donc clore son héritage (art. 647). Il est tenu toutefois, dans l'exercice de ce droit, de respecter les servitudes conventionnelles ou légales qui pèsent sur son héritage, et auxquelles sa clôture pourrait faire obstacle. Toutefois une servitude

(1) Poth. Pr., n° 167.

de parcours ou de vaine pâture en faveur de la commune ne détruirait pas son droit. Le législateur n'a pas cru ces servitudes communales assez importantes pour cela. Il va sans dire que le propriétaire qui se clôt, perd lui-même ce droit de parcours et de vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait.

VIII. *Trésor*. — L'art. 716 attribue au propriétaire du sol la propriété du trésor qu'il y découvre, et, si cette découverte est faite par un autre, la loi concilie deux droits qui semblent se combattre, en partageant le trésor par la moitié. Dans cette attribution faite au propriétaire foncier, il est impossible de méconnaître que, dans la pensée du législateur, le trésor a fini par faire corps avec le sol où il est enfoui, et c'est comme accessoire du fonds qu'il appartient au propriétaire. C'est là un de ces produits accidentels qui ne rentrent pas dans le droit de jouissance ; si le propriétaire les gagne, cela ne s'explique que par la plénitude et la toute-puissance de son droit.

IX. *Chasse et pêche*. — Le droit de chasse, réservé jadis aux nobles et aux *seigneurs fonciers*, est devenu aujourd'hui un attribut de la propriété. Il ne peut être exercé sur un fonds, d'une manière licite, que par le propriétaire de ce fonds, et par ceux auxquels il aurait concédé son droit. Toutefois la faculté de chasser est soumise à des lois particulières (1).

La pêche s'exerce au profit de l'État dans les fleuves, rivières, canaux navigables et flottables dont

(1) Loi du 5 mai 1844.

il est propriétaire. Mais dans les rivières et cours d'eau non navigables ni flottables, elle appartient aux propriétaires riverains, chacun de leur côté, jusqu'au milieu du cours d'eau. Nous verrons, dans la discussion sur la propriété des petites rivières, quel est le fondement de ce droit. Du reste, la pêche comme la chasse, intéressant au plus haut point le bien de tous, est réglementée par des lois spéciales (1).

X. *Extraction des minéraux.* — C'est encore en vertu de son droit de propriété absolue, que le propriétaire du sol peut exploiter *les carrières, tourbières et minières* qui se trouvent dans son fonds (art. 552, al. 3), quoiqu'il ne puisse, sans concession de l'État, exploiter *les mines* qui y sont (2). L'exploitation des *carrières* n'est soumise à aucune autorisation préalable (3); il en est autrement pour l'exploitation des *minières et des tourbières* (4). Enfin, quoique l'exploitation des mines ne puisse avoir lieu qu'en vertu d'une concession spéciale, et que cette concession puisse être accordée à un autre qu'au propriétaire même du sol, celui-ci n'en a pas moins droit à une redevance proportionnelle sur le produit de la mine, redevance qui est la reconnaissance de son droit de propriété sur le sol, dans toutes ses profondeurs (5).

Tels sont les avantages principaux qui découlent du droit de propriété d'un fonds, et en sont les attributs

(1) Loi du 15 avr. 1829; loi du 6 juin 1840.

(2) Loi du 21 avr. 1810, art. 3.

(3) *Ibid.*, art. 81 et 82.

(4) *Ibid.*, art. 57 et 81.

(5) *Ibid.*, art. 6 et 18.

naturels. On peut voir combien ce droit a de force, aujourd'hui qu'il est débarrassé de toutes les entraves qui le gênaient autrefois. La propriété foncière est aujourd'hui absolue, et entre elle et la loi qui seule a le droit de la limiter, il n'y a plus aucun intermédiaire.

Le domaine direct et le domaine utile se trouvent donc réunis. Peuvent-ils encore être séparés, et ce que la loi a fait, la convention pourra-t-elle le défaire ? C'est là une grave question que nous débattrons, à propos du nombre et de la consistance des droits réels séparés de la pleine propriété.

Mais avant d'y arriver, nous avons à étudier deux spécialités de la propriété foncière, la *propriété superficière* et la *propriété souterraine*. Ce sont moins des démembrements de la propriété, comme l'usufruit et autres droits réels, que la propriété elle-même, mais limitée à une partie matériellement déterminée du fonds.

§ 2. *Propriété superficière* (1).

La propriété superficière est le droit qu'on peut avoir sur des ouvrages, plantations, bâtiments, arbres, à la surface du sol sans être propriétaire du sol lui-même, *du tréfonds*. Ce droit constitue donc un partage matériel de la propriété d'un fonds, partage qui donne à l'un la surface avec les bâtisses et plantations qui s'y élèvent, et laisse à l'autre le *tréfonds*, et tous les droits

(1) Demolombe, IX, n° 483 ; Troplong, *Traité du louage*, n° 30.

du propriétaire foncier, qui ne contredisent pas l'exercice du droit de superficie.

Ce contrat fut jadis très-usité en France, surtout dans les villes : *Quo genere contractus hodie utimur frequenter*, nous dit Cujas (1). Loiseau aussi en parle ; il suppose « le bail d'une place pour bâtir à cette condition que le preneur jouirait de la maison par lui bâtie, tant qu'elle durerait, et étant ruinée et démolie, retournerait franchement à son maître qui cependant en demeurerait toujours seigneur direct, à raison de quoi, pendant le bail, on lui payait une certaine redevance appelée *solarium, quod pro solo penderetur* (2). »

Le droit perpétuel concédé sur la superficie par le propriétaire foncier, qui se réserve cependant le tréfonds, a été conservé indubitablement par le Code Napoléon.

Nous en trouvons la preuve dans les art. 553 et 664. En effet, l'art. 553 suppose qu'un tiers, non propriétaire du sol, pourrait avoir acquis, soit par titre, soit par prescription, la propriété de tout ou de partie d'un bâtiment sur ce sol. L'art. 664 pose l'hypothèse où les différents étages d'une maison appartiendraient à des propriétaires différents, et règle pour ce cas leurs droits et leurs charges réciproques. On peut encore citer, comme exemples de ce genre de propriété, les moulins à vent ou à eau fixés sur piliers « que l'art. 519 déclare immeubles par leur nature,

(1) Sur la loi 74, *De rei vind.*

(2) *Déguerpissement*, liv. 1, ch. 1, p^o 51.

• lors même qu'ils seraient établis sur le sol des rivières navigables ou flottables (1). • Il en est de même des arbres plantés sur le terrain des grandes routes, ; ce terrain appartient à l'État et les arbres aux particuliers qui les ont plantés (2). De nombreuses dispositions constatent donc l'existence de ce droit, mais le Code ne l'a malheureusement pas organisé. Il faut donc, dans les questions qui se présentent à ce sujet, se diriger d'après les principes généraux.

Le droit de superficie est intégral ou partiel : ainsi il peut s'appliquer à certains bâtiments, certaines constructions et même certains arbres, ou généralement à tout ce qui s'élève à la surface du sol.

Il peut être temporaire ou perpétuel. En effet, on peut le concéder pour un temps seulement et d'une manière révocable (3). Rien n'empêche aussi qu'il ne soit concédé d'une manière perpétuelle. En Belgique, il a été réduit à cinquante années par une loi spéciale (4). Il eût été peut-être désirable que le Code Napoléon eût pris une semblable précaution.

Perpétuel et intégral, le droit de superficie démembre la propriété dans une mesure très-forte, et se trouve en contradiction avec l'esprit général de nos lois.

Le droit de superficie constitue donc une véritable propriété corporelle et immobilière. Ce bien immeuble est susceptible d'être aliéné, hypothéqué, grevé d'u-

(1) Demolombe, IX, 483 *ter*.

(2) Loi du 9 vent. an XIII, art. 1 et 2.

(3) Aubry et Rau, § 225. — *Contrà*, Demolombe, IX, 183 *in fine*.

(4) Loi 16 janv. 1826, art. 4.

usufruit et de servitudes, saisi immobilièrement ; il peut donner lieu aux actions possessoires, et être acquis par prescription. Il est par conséquent soumis au droit de mutation immobilière (1). Les réparations sont évidemment à la charge du propriétaire superficiaire, puisqu'il s'agit de sa propre chose, et quant aux impositions il les supporte entièrement si son droit est intégral, car les impositions sont généralement considérées comme des charges de jouissance (arg. article 608).

Le propriétaire du tréfonds conserve, malgré l'aliénation de la superficie, tous les droits et toutes les facultés inhérentes à la propriété, à charge bien entendu de respecter la propriété superficiaire, et de ne causer aucun dommage aux édifices et plantations. Ainsi il a droit d'exploiter souterrainement les tourbières et carrières qui peuvent se trouver dans le tréfonds ; il a droit à la moitié du trésor qu'on y découvre. Lui seul aussi peut toucher la redevance des mines, et cela sans distinguer, comme pour l'usufruit, si la mine était ou non déjà en exploitation lors de la constitution du droit de superficie (2). Proudhon (3) a voulu établir cette assimilation, mais elle manque d'exactitude. Le superficiaire, dont le droit s'arrête à la surface, n'a aucun titre à un émolument qui représente surtout la propriété du tréfonds. Nous croyons que le propriétaire du tréfonds aurait encore

(1) Championn. et Rigaud, t. 1, n° 3169.

(2) Aubry et Rau, § 223, note 9.

(3) *De l'usufruit*, VIII, 5732.

le droit de chasse et de pêche. Bien entendu, si le droit de superficie ne portait que sur certains bâtiments, la possession et la culture du reste du fonds appartiendraient au propriétaire de ce fonds.

Le droit de superficie peut finir par l'accomplissement du terme que lui impose la convention. Rien en effet ne semble s'opposer à ce que ce droit puisse être concédé à temps comme l'usufruit, l'usage et autres droits réels. M. Demolombe nie qu'on puisse le concéder ainsi. C'est, dit-il, un droit qui constitue une propriété, et comme tel, il est permanent et perpétuel. C'est trancher la question par la question. Le droit de superficie ne devient véritablement une sorte de propriété, que lorsqu'il est constitué d'une manière perpétuelle. Mais rien n'empêche qu'il ne puisse être traité comme un simple droit réel dans le genre de l'usufruit, et concédé à temps. Son extinction rendrait alors à la propriété du sol sa plénitude et sa liberté.

Il serait encore éteint, je crois, avec la perte de la chose, par exemple la ruine de la maison sur laquelle il porterait (1); mais cela n'arriverait que si ce droit était restreint à cette maison unique, et s'il ne portait pas en général sur toute la surface du domaine. Cette surface ne peut en effet périr qu'avec le domaine lui-même, et en ce cas le droit de superficie devient perpétuel comme la propriété elle-même (arg. art. 624).

Le concours du droit de superficie avec la propriété

(1) Demolombe, IX, 185.

du tréfonds constitue, nous l'avons dit, un partage matériel du fonds. Ce n'est donc pas un état d'indivision, et par conséquent on ne saurait provoquer le partage ou la licitation de l'immeuble sur lequel portent ces deux droits parfaitement distincts (1).

§ 3. — *Propriété souterraine. — Propriété des mines.*

Quand on parle, dans notre droit actuel, de propriété souterraine, il faut faire une distinction importante : 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 fort simple et ne demande pas de grands développements. Il peut être question, au contraire, d'une propriété excessivement importante, c'est celle des richesses minérales qui s'étendent au-dessous du sol, propriété d'une si grande importance que des lois spéciales l'ont réglée, dans un but d'intérêt général. Nous ne saurions entrer, bien entendu, dans l'étude de cette législation ; il nous suffira de constater les principes sur lesquels elle s'est fondée, et les droits réciproques qui en résultent, tant pour l'État et ses concessionnaires, que pour le propriétaire du fonds.

1. *Propriété d'un souterrain.* — L'art. 553 reconnaît qu'on peut avoir, sous la propriété d'autrui, un souterrain, une cave. — Cette propriété peut s'acquérir par titre ou par prescription. — Par titre, il

(1) Cour de Lyon, 7 août 1866.

n'y a aucune difficulté, une semblable division de l'immeuble étant parfaitement permise par le Code; par prescription, il faut, bien entendu, que la possession soit publique, ce qui est possible, quoiqu'il s'agisse d'un souterrain.

Mais, par exemple, l'exploitation d'une carrière souterraine, quelle que fût sa durée, ne ferait pas prescrire le tréfonds contre le propriétaire de la surface. L'absence de toute inédfication enlève à la possession le caractère de publicité qui lui est indispensable (1).

Les droits et les devoirs réciproques de ces deux propriétés superposées, sont les mêmes que ceux qui ont déjà été exposés dans le précédent paragraphe, à propos de la propriété superficielle; il faut donc s'y référer.

Remarquons toutefois une différence qui résulte de la nature des choses : le propriétaire de la cave n'est pas propriétaire du tréfonds; il ne peut donc pas creuser plus profondément, à moins que son titre ne lui en donne le droit. Il en est autrement du propriétaire des constructions élevées à la surface du sol d'autrui : il peut parfaitement exhausser ses constructions dans l'espace libre, car sa propriété ne rencontre plus d'obstacles.

Bien entendu, il ne faut pas que son titre lui refuse ce droit, ni que cet exhaussement cause un domage aux bâtiments inférieurs, qui ne lui appartiennent pas.

(1) Cass. 1^{er} fév. 1852.

La raison de cette différence est sensible. « La construction d'une cave sous le sol d'autrui n'enlève pas au propriétaire du sol la possibilité de faire usage du tréfonds, tandis que l'espace aérien qui se trouve au-dessus des constructions établies sur le bâtiment d'autrui, est enlevé d'une manière absolue à l'usage et à la disposition du propriétaire de ce bâtiment (1). »

II. *Mines.* — La législation des mines a créé une nouvelle espèce de propriété souterraine, distincte de la propriété du sol.

La propriété des gisements minéraux qui s'étendent dans le sous-sol d'un territoire, a, de tout temps, été l'objet de graves discussions. Des publicistes (2) ont soutenu que ces matières échappaient à l'appropriation privée, par la difficulté même qu'avait le propriétaire de la surface d'arriver à leur extraction et à leur emploi. Ils les ont comparées aux terrains vagues et incultes dont l'industrie privée ne s'est pas encore emparée et qui restent, par conséquent, dans le domaine de l'État. Ils ont donc reconnu à l'État le droit absolu de disposer de ces richesses encore inexplorées, et d'en poursuivre l'exploitation comme il l'entendrait, soit par lui-même, soit par des concessions faites à des particuliers, de manière à en tirer le plus grand profit pour le bien général. Ils n'ont reconnu aux propriétaires de la surface, que le droit à une indemnité, pour les dommages que l'exploitation pourrait leur causer.

(1) Aubry et Rau, § 223, note 20.

(2) Charles Comte, *Traité de la propriété*, t. 1.

D'autres (1), plus jaloux des prérogatives de la propriété privée, ont soutenu, je crois avec raison, que cette distinction entre la propriété du dessus et du dessous, qui laissait pénétrer le droit de propriété à telle profondeur du sol pour l'y arrêter arbitrairement, était chimérique et pleine de dangers. La propriété est un droit absolu; elle comprend le sol sur lequel elle porte, dans toute son étendue et toute sa profondeur. Le droit de l'État à la propriété des mines, n'est qu'une prétention exorbitante de la souveraineté publique.

Sans doute les mines sont une grande richesse, et par conséquent un grand intérêt public; sans doute leur direction et leur gisement ne correspondent pas le moins du monde aux divisions arbitraires de la surface. Abandonner donc leur exploitation aux efforts isolés et capricieux de mille petits propriétaires sans ressources suffisantes, ce serait gaspiller et compromettre une des plus précieuses richesses d'un pays. Mais de l'intervention nécessaire et judicieuse de l'État dans l'exploitation des mines, à une appropriation même de ces richesses, il y a toute la distance d'une tutelle sage à une confiscation. Il y a des propriétés, comme les eaux, les forêts et les mines, qui sont tellement liées à l'intérêt général, qu'elles appellent absolument une surveillance de l'État et une immixtion de sa part dans les fortunes particulières. Mais quoique cette intervention soit nécessaire, il ne faut pas aller jusqu'à méconnaître la propriété elle-même.

(1) Adam Smith, *Richesse des nations*; Dunoyer, *Liberté du travail*.

Le principe du droit domanial ou régalien sur les mines a été adopté cependant par presque toutes les législations européennes. Presque partout les mines sont la propriété de l'État, et leur exploitation est à sa discrétion entière.

Dans l'ancien droit français ce principe semblait dominer aussi, quoique cependant il fût mitigé dans l'application (1).

L'Assemblée constituante, dans sa loi du 12 juillet 1791, adopta le système des concessions faites par l'État, tout en constatant par certaines dispositions le droit du propriétaire de la surface.

Le Code Napoléon, voté sous l'empire de cette législation, proclama hautement le droit du propriétaire de la surface, à la propriété de tout ce qui s'étendait au-dessous de son fonds.

La loi du 21 juillet avait produit de tristes effets, dans la pratique; les concessions de mines n'étaient pas perpétuelles, et ne pouvaient donner à leurs titulaires cette liberté d'action qui est le résultat de la fixité du droit.

La loi du 21 avril 1810 devait, en rendant les concessions perpétuelles, distinguer enfin la propriété de la surface, de celle de la mine. Quand cette loi fut discutée, on vit réapparaître l'ancien principe du droit de l'État sur la propriété des mines. Napoléon le combattit et fit maintenir, en apparence du moins, les principes posés par le Code civil.

(1) Voy. ordon. de Charles VI, 30 mai 1415; édit de Louis XI, 27 juillet 1471.

Mais dans la réalité des choses on arriva à une véritable séparation des deux propriétés. L'État peut faire des concessions perpétuelles de mines ; ces concessions sont accordées aussi bien à un non-propriétaire qu'à un propriétaire de la surface, sans aucune préférence pour celui-ci.

La propriété de la mine forme donc un bien immeuble distinct et séparé de la propriété de la surface. Cette séparation existe, même quand la concession est faite au propriétaire de la surface (art. 5, 6, 7, 8, 19. Loi du 21 avril 1810). Le propriétaire de la surface, en tout cas, a un droit sur le produit de la mine, droit représentatif de sa propriété (art. 6). Il résulte donc de cette disposition que la loi, tout en reconnaissant le droit des propriétaires de la surface à la propriété du tréfonds, les en exproprie immédiatement, puisqu'elle réserve à l'État le droit de concéder les mines à d'autres qu'à eux, en même temps qu'elle règle d'une manière uniforme et définitive l'indemnité qui leur est due. Cette loi crée donc une propriété souterraine distincte de la propriété ordinaire, dans tous les cas où une mine a été concédée par l'État.

• Mais tant que cette concession n'a pas eu lieu, c'est le propriétaire du fonds qui est virtuellement propriétaire de la mine, et il peut demander des dommages-intérêts à tous ceux qui l'exploiteraient indûment (1).

La mine concédée forme donc un immeuble dis-

(1) Cass. 1^{er} fév. 1811.

inct de la surface. Par cette séparation, tous les droits réels, toutes les hypothèques consenties par le propriétaire sur son fonds, cessent de peser sur le tréfonds, et sont transportés sur la redevance qui le représente.

Cet effet serait produit, lors même que la concession serait faite au propriétaire du sol, car le résultat immédiat de la concession, c'est de créer un immeuble nouveau.

Immeuble distinct, la mine peut être transmise à titre gratuit ou onéreux, donnée en usufruit, hypothéquée, et enfin elle est susceptible de toutes les transactions dont est susceptible une propriété ordinaire. Toutefois il existe une restriction. Dans l'intérêt de l'exploitation, il est défendu de la vendre par lots ou de la partager, sans une autorisation expresse du gouvernement (1).

Le propriétaire du sol conserve, nous le savons, la pleine propriété de tout le terrain compris entre la surface et la mine, et peut y exercer tous les droits inhérents à la propriété. Mais de ces deux propriétés superposées, résultent nécessairement des obligations réciproques qui dérivent de la situation même, et pour lesquelles aucun des deux propriétaires ne doit une indemnité à l'autre.

Le concessionnaire de la mine doit prendre toutes les précautions nécessaires pour assurer la solidité de la surface, du toit de la mine. Il peut au besoin être poursuivi par avance, et condamné à faire les travaux

(1) Loi du 21 avril 1810, art. 7 et 21.

préservatifs, jugés nécessaires (1). D'un autre côté, le propriétaire de la surface doit s'abstenir de toutes excavations et fouilles qui pourraient porter atteinte au droit du propriétaire de la mine.

Bien plus, il est obligé de souffrir qu'on fasse, même à la surface, les travaux nécessaires à l'exploitation de la mine; mais alors il lui est dû une indemnité du double, pour ce que le terrain endommagé aurait pu lui rapporter; il peut même forcer le concessionnaire de la mine à en faire l'acquisition au même prix, si l'occupation s'est prolongée au delà d'une année, ou si ce terrain n'est plus cultivable (2). Quant aux dommages causés, la réparation due n'est que du simple, et non du double, comme on a voulu le prétendre (3).

Enfin, cette propriété immobilière que constitue la loi sur les mines, est soumise à une condition spéciale qui est une suite de son origine même. La concession peut être retirée, et par conséquent la propriété du concessionnaire anéantie, par simple voie administrative. Ceci arrive, quand l'exploitation de la mine est restreinte ou suspendue, de manière à mettre en péril la sûreté publique, ou même à laisser en souffrance les besoins de la consommation (4).

Telle que nous la voyons constituée, *la propriété des mines* est une véritable spécialité de la propriété foncière qui méritait d'être indiquée.

(1) Cass. 15 mai 1861.

(2) Art. 43 et 44, loi sur les mines.

(3) Ainsi jugé, le 23 juill. 1862, par la Cour de cassation, après de nombreuses variations de jurisprudence (arrêt solennel).

(4) Loi sur les mines, art. 49; loi du 27 avr. 1838, art. 6, 9, 10.

Dans l'appendice ajouté à ce chapitre, nous allons examiner une autre sorte de propriété dont l'existence est contestée, c'est la propriété des rivières non navigables ni flottables.

APPENDICE.

DE LA PROPRIÉTÉ DES PETITES RIVIÈRES.

La question de la propriété des petites rivières est une des plus graves et des plus délicates du droit. Appartiennent-elles aux riverains ? sont-elles la propriété de l'État ? ou bien sont-elles dans le domaine de tous, sauf les droits d'usage que le Code a accordés aux propriétés riveraines par une faveur spéciale ? Les grandes autorités ne manquent à aucun de ces systèmes, et les jurisconsultes les plus savants se divisent.

Nous trouvons d'abord une opinion fort tranchée, celle qui attribue purement et simplement aux riverains, la propriété des cours d'eau de ce genre qui traversent ou longent leurs héritages. Cette opinion a pour elle la majorité des auteurs (1).

(1) Toullier, III, 144 ; Daviel, *Des cours d'eau* ; Marcadé, sur l'art. 565 ; Championnière, *De la propriété des eaux courantes* ; Troplong, *De la prescription* ; Demante, Cours II, 374 ; M. Duverger, à son cours.

Une autre opinion dénie aux riverains cette propriété. Mais les partisans de cette doctrine se séparent eux-mêmes. Les uns attribuent la propriété à l'État lui-même (1). D'autres reculent devant cette conséquence, que repoussent formellement les articles du Code civil (2). Seulement ils soutiennent que ces rivières sont, dans notre droit, choses communes ; que le Code, tout en concédant sur elles certains droits fort importants aux propriétaires riverains, n'a cependant jamais été jusqu'à leur en concéder la propriété même, et qu'il n'y a nulle part trace d'une semblable idée. La jurisprudence semble irrévocablement fixée dans ce dernier sens (3).

Si nous examinons la question d'après les principes généraux du droit, il apparaît d'abord une vérité incontestable. Les cours d'eau sont, par leur nature propre, soumis à deux sortes de droits : d'abord à certains usages naturels que la communauté entière doit exercer sur eux ; tout le monde reconnaît ces droits qui dérivent, au profit de tous, de la nature même du bien dont il s'agit. L'eau appartient à tous.

Il y a ensuite une seconde série d'avantages qui dérivent de la situation même des propriétés riveraines, tels que ceux qui consistent à user de la force motrice de l'eau pour faire marcher des moulins ou des usines, ou à arroser des propriétés en pratiquant des canaux d'irrigation. Puisque ces deux sortes de

(1) Merlin, Répert., v^o Rivière; Foucart, *Droit administratif*, III, 1100; Rives; Duranton; Laferrière, *Droit administratif*.

(2) Aubry et Rau, t. 2, § 169, note 8; Demolombe, X, 128 à 143.

(3) Cass. 10 juin 1846; Metz, 27 mars 1860; Cass. 6 mai 1861.

droits existent de l'aveu de tout le monde, toute législation sera forcée de les constater et de les garantir. Ainsi donc, soit qu'on soutienne que la propriété des petites rivières est aux riverains, soit qu'on dise au contraire que la nature a fait l'eau des rivières commune à tous, et qu'une rivière qui se compose d'un lit et d'un cours d'eau, *qui n'existe pas en l'air*, comme disait énergiquement Proudhon, appartient conséquemment à tous les hommes ; qu'on prenne l'une ou l'autre de ces opinions, on n'en sera pas moins forcé de reconnaître deux séries de droits sur un même objet.

Seulement la première opinion sanctionnera les droits de tous, comme des servitudes imposées par la loi sur la propriété privée, dans un but d'utilité générale ; la seconde opinion verra, au contraire, dans les droits accordés aux propriétaires riverains, comme des concessions nécessitées par la situation de leurs fonds, comme une sorte de compensation pour les dégâts que leur occasionne le voisinage du cours d'eau. Les premiers étendront donc autant que possible les droits des propriétaires, en les restreignant seulement par les besoins de la communauté ; les seconds restreindront, au contraire, ces droits à ceux-là seuls que la loi accorde formellement, ou qui s'en déduisent par analogie. En législation, notre prédilection est pour le premier système. La propriété de tout cours d'eau qui n'a pas assez d'importance pour être ou devenir navigable, qui n'est pas enfin la propriété de la nation, nous paraît être légitimement au pro-

priétaire dont il traverse le fonds ; et, s'il ne fait que le borner, il faut dire que le droit de propriété doit arriver jusqu'au milieu du lit de la rivière. Bien entendu, la loi a le droit de prendre toutes les précautions pour assurer à la communauté la jouissance de l'eau qui lui appartient naturellement. Mais ce système est-il bien celui du Code, et a-t-il en effet entendu consacrer ce droit de propriété au profit des riverains ? Le Code n'a pas là-dessus de disposition formelle. De là la question signalée.

L'art. 538 place expressément les rivières navigables et flottables dans le domaine de l'État ; l'art. 560 attribue à l'État toutes les îles qui y naissent ; nulle prise d'eau n'est permise aux riverains de ces cours d'eau, sans la concession du gouvernement. La propriété des grandes rivières est donc clairement réservée à l'État par les dispositions du Code.

Le Code n'a pas procédé ainsi pour les petites rivières ; il n'a reconnu aux riverains que des droits isolés, et nulle part il n'a formulé un principe. Ainsi, art. 561, il attribue aux riverains les îles et îlots qui naissent dans ces rivières ; art. 644, il leur reconnaît la jouissance des eaux, et par conséquent le droit de faire des travaux pour s'en servir ; art. 556, il leur reconnaît droit à l'alluvion. Les riverains profitent encore de la pêche et sont assujettis au curage.

Il a semblé résulter de toutes ces dispositions, que le Code a reconnu aux riverains la propriété des petites rivières. Cette conclusion ne nous paraît malheureusement pas justifiée, et nous croyons, avec MM. Aubry

et Rau, Demolombe, Merlin et une jurisprudence constante que le Code n'a vu dans les petites rivières qu'un objet d'utilité commune, sur lequel portaient des droits divers et de différente nature, dont il a réglé l'usage pour les intéressés ; mais que nulle part il n'a reconnu une propriété, qui n'était point dans le droit historique de la France, ni dans les habitudes d'esprit de ses législateurs. Un court examen historique suffira pour prouver cette vérité.

Dans l'ancien droit français, les petites rivières appartenaient aux seigneurs hauts justiciers : « Les petites rivières et chemins sont aux seigneurs des terres, et les ruisseaux aux particuliers tenanciers, » nous dit Loisel. Le même ajoute : « Les grands chemins et rivières navigables appartiennent au roi(1). » C'était là une règle générale ; d'où il ressort que, dans l'ancien régime, nul cours d'eau de quelque importance n'appartenait à un simple propriétaire foncier. Il importe peu, pour la discussion, que la propriété des cours d'eau fût une des nombreuses usurpations de la féodalité. L'état des choses était tel. Il faut dès lors citer un texte qui fasse aux riverains l'attribution d'une propriété qu'ils n'avaient point. Or ce texte n'existe nulle part ; les documents abondent en sens contraire.

Ainsi la loi du 22 décembre 1789 place sans distinction toutes les rivières au nombre des choses communes. Une loi du 12 août 1790 contient le même principe d'une manière plus explicite encore. L'abo-

(1) *Inst. cout*, règles 5 et 6, liv. 2, tit. 2.

lition du régime féodal, a-t-on dit, a eu pour effet d'affranchir la propriété privée, et de lui rendre tous les droits usurpés par la féodalité. Oui, mais la féodalité n'avait pas seulement usurpé des droits sur les particuliers, mais encore sur la communauté; elle s'était attribué même les prérogatives de l'État. Or ces droits n'ont pas été pris aux seigneurs, pour être donnés aux particuliers; mais la nation les a gardés pour elle. Nul doute encore que l'Assemblée constituante, à tort ou à raison, ne rangeât dans ce nombre, le droit des seigneurs sur les petites rivières. Un rapport de M. Arnault, au nom du comité féodal, en fait pleine foi (1).

Cette pensée, quoi qu'on puisse dire, a persisté dans la rédaction du Code civil. Le Code, il est vrai, a distingué les rivières navigables et flottables des autres; cette distinction est naturelle.

Les grandes rivières sont comme les grands chemins; elles rentrent dans le domaine de l'Etat. Nul droit donc sur elles, au profit des riverains, ni prise d'eau, ni irrigation, ni pêche. Bien plus, leur passage assujettit à des servitudes les fonds contigus.

La situation des rivières non navigables est tout autre. Comme elles ne peuvent servir aux transports, l'État n'a pas besoin de les faire rentrer dans son domaine. Elles restent ce qu'elles sont, du moins dans la pensée du législateur, c'est-à-dire des choses communes à tous dont il règle l'usage.

Aussi ne dit-il nulle part que les riverains en sont

(1) Séance du 23 avr. 1791.

propriétaires; l'art. 644 leur donne seulement le droit de jouir de l'eau à son passage. Il n'est question dans cet article que de *service* et d'*usage*. L'art. 561 leur accorde, il est vrai, la propriété des îles qui y naissent. Rapproché de l'art. 560 qui fait une semblable attribution à l'Etat des îles qui naissent dans les autres rivières, et de l'art. 538 qui attribue ces rivières à l'Etat, l'art. 561 fournit à l'opinion que nous combattons un argument très-fort. Mais cette concession des îles aux riverains est dans les traditions du droit. Le droit romain, qui la faisait pareillement, ne regardait point les riverains comme propriétaires du lit. D'ailleurs le législateur a pris lui-même la peine de l'expliquer, en disant que *ce sont des objets de peu d'importance*, en donnant cette concession de sa part, comme *une mesure d'équité*. Ce n'est pas ainsi qu'on s'exprime quand on part d'un principe comme le droit de propriété (1).

Et ce qui prouve, par-dessus tout, que cette manière de voir est celle du législateur, c'est que, dans l'art. 563, il a fait une distribution de terrains incompatible absolument avec le droit de propriété des riverains. Il a en effet accordé le lit abandonné d'un fleuve ou d'une rivière, non point aux propriétaires de la rive, mais à celui dont le terrain est envahi par les eaux, et cela par mesure d'équité. Et cependant c'est une des rares circonstances où le droit de propriété aurait pu recevoir son application, s'il avait jamais existé.

(1) Loaré, t. VIII, p. 129.

L'art 645 parle, il est vrai, *de respect dû à la propriété*, à propos de contestations sur l'usage des eaux ; mais on ne peut rien induire de ces expressions vagues, qui s'appliquent fort probablement à la propriété des rives. Nul doute, en effet, que dans l'usage accordé à tout le monde sur le cours d'eau, la propriété des rives ne pût souvent être atteinte, et l'on comprend que le législateur la recommande au juge. Si l'art. 645 parlait de la propriété des rivières, il serait beaucoup moins compréhensible. Ce serait, du reste, une étrange façon d'introduire une propriété nouvelle dans la législation.

Le droit de pêche appartient aux riverains ; mais je crois que ce droit leur est accordé comme une suite naturelle de leur situation, et parce qu'il ne pourrait appartenir à autrui sans constituer pour eux une servitude, qui ne s'accorderait point avec le respect dû à leur propriété. Cette manière d'envisager cette concession était celle du conseil d'État (1).

Il est vrai que la loi du 15 avril 1859 leur a accordé une indemnité, lorsqu'ils en sont privés par la transformation de la rivière ; mais c'est là une mesure d'équité qui ne préjuge pas notre question, laquelle du reste fut expressément réservée alors.

Il nous semble résulter de tout ceci que la propriété des petites rivières n'a pas été reconnue aux riverains par le Code ; que conséquemment elles restent chose commune, sauf les droits et usages que la loi concède

(1) Avis du 30 pluv. an VIII.

expressément à ces riverains. Il résulte de là : 1° que la force motrice ou la pente des rivières ne leur appartient pas (1), et qu'il faut une permission pour y établir des usines et des moulins. C'est un point acquis dans la pratique administrative (2). 2° Ils n'ont droit à aucune indemnité pour le lit de la rivière, quand le terrain en est exproprié pour cause d'utilité publique, ou lorsque la rivière est déclarée navigable ou flottable (3).

Ce sont là les conséquences principales de notre théorie; des développements plus longs sortiraient complètement des bornes de cette étude. Cette question devait cependant trouver place ici, puisque nous étudions le régime de la propriété foncière dans le Code.

(1) Demolombe, X, 144.

(2) Loi des 12 août 1790, 28 sept. 1791; décr. 12 nov. 1811.

(3) Cass. 10 juin 1816; 7 mai 1861.

CHAPITRE II.

DROITS RÉELS QUI FORMENT LES DÉMEMBREMENTS DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE.

La question des droits réels qui peuvent ou non être constitués sur la propriété foncière, est certainement la plus importante qu'on puisse soulever sur le régime de la propriété foncière. Nous avons vu, dans la partie historique, que tout le régime féodal était sorti de la solution qu'on lui avait donnée dans l'ancien droit. Nous lui consacrerons ce chapitre tout entier.

Nous savons, par la définition de la propriété, qu'elle est un droit complexe qui se compose de la réunion de plusieurs autres. Nous savons aussi que ces droits ne sont pas inséparables, et qu'ils peuvent être distribués sur plusieurs têtes à la fois.

Quand ils sont ainsi séparés, ces avantages divers qu'une chose peut procurer à une personne, prennent, dans le langage de la science juridique, le nom de *droits réels*. Droits réels, *jura in re*, parce qu'ils mettent directement une chose en relation avec une personne. Dérivés de la propriété dont ils sont les démembrements, ils en conservent le caractère.

Ainsi, pas d'intermédiaire entre celui à qui appartient un droit réel, et la chose qui en est l'objet. Il peut la réclamer directement en quelques mains qu'elle se trouve, et sans aucune considération de la qualité du possesseur; il a sur elle toutes les actions pécuniaires et possessoires. Il ne partage avec personne le droit qu'il a, et il peut obtenir sa chose tout entière, sans tenir compte des droits que d'autres auraient consentis sur elle. Tout le monde aussi est tenu de respecter son droit; car ce droit ne porte pas, comme le droit personnel, sur une personne qui s'en trouve débitrice, et qui peut s'obliger d'autres dettes, mais sur une chose qui en est l'objet direct et immuable, et sur laquelle nul droit ne peut être consenti qui puisse diminuer le droit réel antérieur.

Nous pouvons donc résumer ainsi les caractères qui distinguent un *droit réel* d'un *droit personnel*.

Le droit personnel a pour origine une *obligation*. Le droit *réel* une *aliénation*, ou plutôt tout mode légitime d'acquérir la propriété. L'un donne une simple *créance*, l'autre la *propriété* ou *ses démembrements*.

De là pour le droit réel les effets suivants : 1° droit de suite contre les tiers détenteurs; 2° droit de préférence contre les créanciers; 3° indivisibilité envers et contre tous. De là, au contraire, pour le *droit personnel*, les caractères opposés : 1° de ne pouvoir suivre entre les mains des tiers les biens aliénés par le débiteur; 2° de partager avec les autres créanciers; 3° de se diviser entre les héritiers du débiteur en autant de fractions qu'il y a de successeurs (873, 1220, 1221).

Le droit réel constitue donc un pouvoir considérable sur une chose, et on conçoit que, quand un tel droit est séparé de la propriété, elle reste singulièrement amoindrie et asservie aux mains du propriétaire.

D'un autre côté, les services que peut rendre une chose étant innombrables, la variété des droits réels pourrait être infinie, et la convention pourrait en créer d'aussi nombreux et d'aussi divers que les combinaisons de l'esprit humain.

Une troisième considération qui rentre spécialement dans le sujet que nous traitons, c'est que ces droits réels, ainsi constitués sur la propriété la plus importante et la moins changeante, c'est-à-dire le sol, pourraient, à la longue arriver à exercer une véritable influence sur la condition même de ceux qui en seraient nantis.

Rien en effet ne s'opposerait à ce que ces droits fussent perpétuels ; il est même de leur nature de l'être. On comprend alors facilement que, le sol, c'est-à-dire ce qu'il y a de plus stable, appartenant à deux titres à deux sortes de propriétaires, et cela perpétuellement, il en résulterait deux classes dans la société et dans l'État, dont l'une aurait infailliblement la supériorité sur l'autre.

Ainsi énergie des droits réels qui se rapprochent de la propriété même, variété infinie comme les avantages que la propriété peut procurer, influence que de pareils démembrements de la propriété foncière, quand ils sont perpétuels, peuvent exercer sur la société et

sur l'État, tout appelait l'intervention du législateur, tout faisait de la question des droits réels une question d'ordre social.

Le législateur du Code avait derrière lui, d'abord l'ancien régime et tout l'ordre féodal, toutes ces législations où la propriété est démembrée à l'infini, de toutes les manières et dans tous les sens ; puis la législation intermédiaire, les lois de la révolution qui avaient aboli cet ordre de choses, et avaient pris, à propos de tous les contrats qui avaient démembré la propriété foncière, les mesures nécessitées par la transition d'un ancien ordre de choses à un ordre nouveau.

Cette législation était complète et réglait à peu près tout ce qui avait trait à cette matière.

En passant au Code, nous remarquerons d'abord que, parmi les anciens droits réels usités en France, il y en a qu'il maintient expressément, d'autres sur lesquels il s'explique, pour dire qu'il les a abolis ou transformés, d'autres enfin sur lesquels il garde un silence complet. Parmi ceux-ci, il y en a que la législation intermédiaire avait expressément abolis, et sur ceux-là il n'y a point de doute que l'abolition ne soit maintenue tacitement. Mais il y en a d'autres aussi que cette législation avait expressément reconnus, et sur lesquels le Code garde le silence. De là la question de savoir si ce silence équivaut à une abrogation.

Notre chapitre se divise d'abord en trois paragraphes, consacrés à ces trois espèces de droits réels.

Dans un premier paragraphe, nous verrons quels

sont les droits réels maintenus nommément par le Code.

Dans un second, nous examinerons rapidement les droits réels qu'il a transformés.

Dans un troisième, nous examinerons la question de savoir, ce qu'il faut décider sur les droits réels que la législation intermédiaire avait maintenus, et dont le Code n'a pas parlé.

Enfin, dans un quatrième paragraphe, nous tirerons la conclusion de cette étude, en disant quels sont les droits réels qui peuvent être légalement créés par les particuliers sur leurs biens, et quel doit être le sort des autres.

§ 1. *Droits réels sur la propriété foncière expressément maintenus par le Code.*

L'art. 543, capital dans notre matière, contient l'énumération des *droits réels* que le Code a expressément maintenus. Il est ainsi conçu : « On peut
« avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un
« droit de jouissance, ou seulement des services fon-
« ciers à prétendre. »

Remarquons d'abord que cet article est placé à la fin du titre de la Distinction des biens, et que, par sa place même, il forme une sorte de table des matières, et a la prétention d'indiquer tous les droits, que le Code admet comme pouvant exister sur les biens. Cette remarque est encore confirmée par la distribution des matières dans le reste du livre second. En effet, im-

médiatement après, viennent trois titres, dont le premier est consacré à la propriété, le second au droit de jouissance, usufruit, usage, habitation, et le troisième aux services fonciers.

La seconde remarque que suggère la lecture de l'art 543, c'est qu'il compte au nombre des *droits sur les biens*, la propriété elle-même. Or nous avons vu jusqu'ici que la propriété, étant l'ensemble et le résumé de tous les droits, dans les habitudes du langage juridique, se confond avec la chose même sur laquelle elle porte, et l'on dit : « telle maison m'appartient ; » « j'ai telle terre », et non « j'ai un droit de propriété sur telle terre, sur telle maison. » On a donc l'habitude, quand on énumère les droits sur les choses, les droits réels, de ne songer qu'aux démembrements de la propriété. Il faut bien dire : « j'ai l'usufruit de telle maison » ; car l'usufruit n'est qu'un droit restreint, et qui n'absorbe pas toute l'utilité de la chose. Cette manière de parler, empruntée au droit romain, quelque peu exacte qu'elle semble, si on l'envisage métaphysiquement, est cependant conforme à la réalité des choses. Le Code semblait l'avoir adoptée dans le titre de la Distinction des biens, où il distingue les immeubles par nature (517-525) des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. Il range dans la première classe les immeubles au point de vue du droit de propriété, et ne met dans la seconde que les démembrements de la propriété sur les immeubles, tels que l'usufruit des choses immobilières et les services fonciers.

On voit que le Code a successivement adopté les

deux manières d'envisager le droit de propriété : l'une qui le considère en lui-même comme *droit*, et le met alors dans la même classe que tous les *droits*, usufruit, servitude (543); l'autre qui le confond avec les choses mêmes sur lesquelles il porte, le range dans une classe à part de celle où elle met l'usufruit et les autres droits réels. Il fallait évidemment choisir, et cette manière de procéder manque absolument de méthode. Du reste, ce n'est là qu'une question de mots.

Une autre question de mots a été soulevée à propos d'un droit réel qui n'est point dans l'énumération de l'art. 543, mais dont le Code traite ailleurs, l'*hypothèque*. — L'hypothèque est, comme on sait, un droit consenti sur un immeuble pour la garantie d'une créance. C'est un *droit réel*, personne n'en doute, il en a tous les caractères, suite, préférence, indivisibilité; il porte sur un *immeuble*.

Or le Code considère comme immobilier tout droit réel portant sur un immeuble (art. 526); c'est un démembrement de la propriété. Eh bien, l'hypothèque est un droit réel, elle porte sur un immeuble; est-ce un démembrement de la propriété? est-ce un droit immobilier? tomberait-elle ou non dans la communauté légale, et serait-elle comprise dans un legs de tous les immeubles? Évidemment non. L'hypothèque est bien un droit réel sur un immeuble, et comme il gêne grandement la faculté de disposer du propriétaire, on peut bien dire que c'est un démembrement de la propriété. Mais il ne faut pas oublier que l'hypothèque n'est pas un *bien*, un droit qui ait une existence par lui-

même, que c'est tout simplement l'accessoire et la garantie d'une créance, qui est la plupart du temps mobilière. Son but est d'assurer le paiement de cette créance, et, ce but atteint, il cesse immédiatement d'exister. Donc il doit suivre le sort de la créance à laquelle il est attaché, et il ne peut figurer dans un patrimoine qu'à sa suite. Dès lors la discussion de savoir si l'hypothèque est immobilière ou non, n'a plus d'objet. Oui, l'hypothèque est un droit réel; oui, elle est immobilière, puisqu'elle porte sur un immeuble. Et si l'on nous objecte qu'alors elle ne devrait point tomber dans la communauté légale, et qu'elle devrait être comprise dans un legs d'immeubles, la réponse est facile. L'hypothèque n'est pas *un bien*; or, dans tous les cas, ce sont des biens qu'on lègue, des biens qu'on met en communauté. — Mais ici nous nous occupons des droits réels qui sont des biens.

Nous avons traité de la propriété dans le premier chapitre. Il nous reste donc, d'après l'art. 543 : 1° le droit de jouissance, 2° les services fonciers.

I. *Usufruit, usage, habitation.* — L'art. 543 comprend évidemment ces trois sortes de droits sous le nom de *droit de jouissance*. L'art. 526, en parlant des biens immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, nomme *l'usufruit des choses immobilières* et les *services fonciers*.

Mais nous savons que sur les immeubles, outre les droits d'usufruit, le législateur énumère encore les droits d'*usage* et d'*habitation*; le titre 3 du livre 2 en fait pleine foi. Nous tirerons de là cette conclusion

pour le moment, que dans l'art. 543, le mot *droit de jouissance* comprend certainement dans sa généralité les trois droits d'usufruit, d'usage et d'habitation, et que dans l'art. 526 le mot *usufruit* comprend encore ces trois sortes de droits, quelque restreint qu'il puisse paraître. Cette synonymie des mots *droit de jouissance* et *usufruit*, ce parallélisme des art. 526 et 543, ne manquent pas d'importance. Nous en verrons plus tard la conséquence.

En attendant, disons rapidement ce que sont ces droits d'usufruit, d'usage et d'habitation, et dans quelle mesure ils démembrement la propriété foncière. Ces droits ont entre eux une parenté réelle; ils s'établissent et se perdent de la même manière (625). Ils portent tous les trois sur *la jouissance* (543), et ne diffèrent guère que par le plus ou moins d'étendue de cette jouissance.

L'usufruit est le plus complet de tous; il absorbe toute la jouissance du fonds et ne laisse intact que le droit de disposition du propriétaire; encore ce droit est-il gêné par l'existence de cet usufruit.

L'usufruitier a d'abord les fruits du fonds, quels qu'ils soient, naturels, industriels ou civils (582). Il a, en conséquence, droit sur tout ce que la loi considère comme fruits du fonds, et, entre autres, sur les bois mis en coupe réglée (591); mais il n'a pas droit aux bois de haute futaie qui n'ont pas encore été aménagés. De même, d'après l'art. 598, il ne jouissait que des mines et carrières déjà mises en exploitation à l'ouverture de l'usufruit; nous savons que, aujourd'hui que

les mines forment une propriété distincte de la surface, ce droit de l'usufruitier n'existerait que sur la redevance ; mais, au contraire, il n'aurait aucun droit sur ce qui serait mis en exploitation depuis l'ouverture de l'usufruit. Les produits de pareilles mines ne sauraient être considérés par la loi comme des *fruits*, puisque le fonds ne les donnait pas, quand l'usufruit a commencé. De même le trésor n'appartiendrait pas à l'usufruitier, un fonds n'étant pas destiné à produire des trésors.

L'usufruitier peut bâtir et planter, sauf l'application de la maxime : *Omne quod inædificatur solo cedit* (599). Il jouit de l'augmentation survenue par alluvion (596). Il a le même droit que le propriétaire sur les sources et les cours d'eau. Enfin il jouit du droit de chasse en vertu de son droit d'usage, et ce, à l'exclusion du propriétaire.

On voit que le droit de l'usufruitier est en tout semblable à celui du propriétaire même, quant à la jouissance, et qu'il absorbe complètement l'utilité du fonds.

L'usufruit, étant un droit réel, peut être vendu, cédé à titre gratuit, hypothéqué, donné à bail, etc. ; mais tous ces droits sont soumis à la même résolution que le droit dont ils découlent.

Avec les avantages de la propriété, l'usufruit en supporte les charges, telles que les impôts, réparations d'entretien, et tout ce qui peut être considéré comme charges de la jouissance (605-613).

Il a de plus quelques charges spéciales, comme

l'inventaire et la caution, qui assurent la restitution du bien au terme de l'usufruit (600-604).

L'*usage* et l'*habitation* ne sont, nous l'avons dit, que des diminutifs de l'usufruit. Ces droits se règlent par le titre de la constitution (art. 628). Si ce titre est muet, la loi restreint les droits des usagers à leurs besoins. Ainsi, ils n'ont pas droit à plus de fruits qu'ils n'en consomment. Ils peuvent chasser, pêcher, mais cela n'exclut point le propriétaire de l'exercice de ces droits. Ils ne peuvent ni céder ni louer leur jouissance (art. 631, 634).

Tels sont, avec leurs attributs et leurs charges, ces droits que les Romains avaient appelés *servitudes personnelles* : *servitudes*, car en grevant le fonds d'autrui d'un droit de jouissance, ils lui enlèvent une partie, sinon la totalité, de l'utilité qu'il pouvait avoir pour le propriétaire; *personnelles*, car à la différence des servitudes que nous allons examiner bientôt, elles existent au profit d'une *personne déterminée* pour son usage et utilité individuelle.

Mais, outre leur caractère personnel, ces servitudes ont un autre caractère important qui corrige leurs inconvénients, et les a fait admettre par notre législateur ; c'est qu'elles sont *essentiellement viagères*. Elles ne sont point transmissibles aux héritiers, et la mort du bénéficiaire entraîne toujours leur extinction. On pourrait cependant constituer un usufruit pour une personne et ses héritiers ; mais ce serait alors plusieurs usufruits distincts et successifs.

On discute la question de savoir si, dans ce cas,

tous les bénéficiaires devraient être conçus au moment de la constitution du droit. Cette question ne rentre pas spécialement dans notre matière. Tout ce que nous pouvons en dire, c'est que les jurisconsultes même qui n'exigent point la condition d'existence, bornent dans ce cas la durée de l'usufruit à trois générations.

Ainsi donc, ces droits sont viagers; ils sont rapidement réunis à la propriété, ils ne sauraient donc lui apporter une grande gêne. Le Code qui les a consacrés, a eu soin de les limiter et de les éteindre dans nombre de cas (art. 617).

Il ne les a pas, comme le droit romain, appelés *servitudes personnelles*, car ce mot avait pris dans le droit ancien français une toute autre signification. Un ancien auteur appelle les servitudes dont nous parlons mixtes, car elles assujettissent une chose à une personne, et il les distingue des servitudes personnelles qui assujettissent une personne à une autre, et des servitudes réelles qui assujettissent un héritage à l'autre (1). Les servitudes personnelles, dans le sens des anciens auteurs français, sont supprimées, et le Code n'a pas même voulu employer une expression qui réveillait de si tristes souvenirs.

II. *Services fonciers*. La seconde espèce de droits réels indiquée dans l'énumération de l'art. 543, comprend les *services fonciers*.

Le droit du propriétaire, nous l'avons vu, est absolu et exclusif; le propriétaire peut jouir de tous les ser-

(1) Argou, *Inst. au droit franç.*, liv. II, ch. 7.

vices que la chose est susceptible de procurer; il peut exclure les autres de toute participation quelconque à ces services.

Les servitudes foncières ont précisément pour but de diminuer au profit d'un fonds voisin, les prérogatives que donne la propriété absolue et exclusive du fonds. Elles obligent celui qui les consent à s'abstenir de certaines choses, que sans elles il pourrait faire, ou à subir l'exercice de certains droits, auxquels sans cela il pourrait s'opposer. Les services fonciers sont donc des usages qu'on peut prétendre sur le fonds d'autrui.

Deux caractères les distinguent des servitudes personnelles dont nous avons parlé : 1° elles ne sont pas temporaires, et participent en général à la perpétuité des fonds eux-mêmes, dont elles deviennent ainsi des dépendances et des qualités; 2° elles ne peuvent être imposées que sur des héritages, et au profit d'autres héritages.

Ces deux caractères distinctifs des servitudes demandent quelques développements. Les servitudes sont perpétuelles. C'est là une grande dérogation à l'esprit général de nos lois sur la propriété foncière; nous avons vu combien elles répugnent à la constitution de démembrements perpétuels de la propriété foncière. C'est donc là une exception presque unique; les motifs du législateur ont été grands. Les servitudes foncières sont indispensables à l'agriculture. La charge qu'elles imposent à la propriété qu'elles grèvent, est souvent insignifiante, et l'avantage qu'elles procurent au fonds au profit duquel elles existent, incomparable-

ment supérieur. Il fallait donc qu'elles fussent perpétuelles pour que cet avantage fut durable; il fallait qu'elles fissent corps avec les fonds eux-mêmes, et qu'elles s'y incorporassent tellement, qu'elles n'en fussent plus que les qualités bonnes ou mauvaises, comme la fertilité, l'humidité, etc.

Mais le législateur, en même temps qu'il déclarait perpétuelles les servitudes foncières, prenait des précautions pour qu'elles ne dégénérassent point en prééminence d'un fonds sur un autre (art. 638), en démembrements perpétuels des avantages de la propriété au profit de deux personnes distinctes. Les servitudes réelles ne peuvent être imposées que sur un héritage au profit d'un héritage (art. 637), et l'art. 686 développant cette règle, a permis la constitution de toute espèce de servitudes, « pourvu que les services
« établis ne soient imposés ni à la personne, ni en fa-
« veur de la personne, mais seulement à un fonds et
« pour un fonds. »

Cet article est un des plus importants, touchant le régime de la propriété foncière. Il semble prévoir trois sortes de servitudes :

Servitude d'une personne envers une chose ;

Servitude d'une chose envers une personne ;

Servitude d'une chose envers une chose.

De ces trois sortes de servitudes, les deux premières sont défendues, la troisième seule est permise.

Il faut donc savoir ce que le législateur a voulu dire, quand il a défendu une servitude d'une personne au profit d'une chose, ou d'une chose au profit d'une

personne. Il est évident en effet que l'article ne prohibe pas toute obligation d'une personne qui aboutirait à l'utilité d'un fonds, ni toute charge imposée à un fonds en faveur d'une personne.

Une personne s'oblige fort valablement, par exemple, à labourer un champ pendant un certain temps, à le fumer, à le moissonner. Ces contrats sont très-permis et très-fréquents. Réciproquement on peut parfaitement consentir, au profit d'une personne, une charge sur un fonds, ayant pour objet l'agrément ou l'utilité de cette personne, comme un droit de se promener, de chasser, de pêcher. De pareils droits seraient-ils des servitudes d'une personne envers une chose, ou d'une chose envers une personne? Non certainement. Ces engagements sont valables tant qu'ils restent ce qu'ils sont, c'est-à-dire des engagements personnels, ou même des droits réels dans le second cas, mais consentis au profit d'une personne, et par conséquent temporaires et viagers, comme tous droits de ce genre (art. 617).

Mais ce qui est expressément défendu, c'est de leur imprimer le caractère de réalité et de perpétuité qui caractérise les services fonciers, c'est d'en faire enfin des *servitudes*. Une personne peut bien s'engager à labourer mon champ, et ce contrat aura les effets de tout contrat de louage; mais ce qui ne peut se faire, c'est qu'une personne propriétaire du fonds A s'engage *en cette qualité* à labourer le fonds B, et que cette servitude demeure à perpétuité attachée comme un droit au fonds B, et à tous ses subséquents proprié-

taires, et comme une charge pour le fonds A, et pour tous ceux qui le tiendront jamais. Ce serait là une servitude d'une personne envers une chose, ce serait le servage même qui pourrait naître par l'effet de cette convention. De même, le propriétaire du fonds A peut consentir au profit du propriétaire du fonds B un droit de chasse sur le fonds A, et ce droit sera soit un louage de la chasse, contrat personnel, soit même un droit d'usage réel consenti au profit du propriétaire du fonds B, mais, comme tout droit d'usage, personnel et viager; ce que la convention ne peut pas faire, c'est que le fonds A soit perpétuellement grevé d'un droit de chasse au profit du *propriétaire quelconque* du fonds B. Ce serait là une servitude sur une chose, mais au profit et pour l'agrément d'une personne; ce serait tout simplement un droit de jouissance, un usage restreint et qui serait perpétuel, ce qui est contraire à l'esprit de nos lois actuelles.

Pour que ce démembrement perpétuel de la propriété puisse être établi, pour qu'une servitude puisse exister, il faut que le service qu'elle procure soit essentiellement utile à un fonds voisin, et qu'il ne puisse pas se concevoir en dehors de l'existence et de la proximité de ce fonds. Un droit de chasse sur une montagne des Vosges pourrait, on le sent, être aussi bien attaché à un fonds voisin de cette montagne, qu'à une maison sise à Paris. Ce droit de chasse augmenterait tout aussi bien le prix de la maison de Paris que du fonds voisin. C'est donc un droit qui, de sa nature, est plutôt pour l'agrément du propriétaire, que pour

l'avantage de la propriété. Dès lors il ne saurait faire l'objet d'une servitude réelle.

Il en est autrement d'un droit de passage ou d'un droit de vue d'un fonds sur un autre. De pareils droits augmentent bien évidemment l'utilité du fonds même, en le rendant plus abordable ou plus habitable. Il en serait de même d'un droit de puisage pour l'arrosement du fonds, d'un droit de prendre la marne pour le fumer. Ce sont là bien des services qu'un fonds rend à un autre. D'un côté, en effet, le propriétaire du fonds servant ne fait que prêter son fonds; ce n'est pas sa personne et celle de ses héritiers ou ayants cause qu'il engage. D'un autre côté, c'est au profit d'un autre fonds, c'est-à-dire pour le rendre plus abordable, plus fertile, que ces droits sont constitués, et non pour les plaisirs ou les fantaisies individuelles d'une personne. Dès lors une pareille servitude pouvait être perpétuelle; l'intérêt de l'agriculture et de l'industrie justifiaient assez cette règle traditionnelle. Il sera quelquefois fort difficile de distinguer, à propos de certains droits, s'ils servent à l'utilité du fonds ou seulement à l'agrément personnel du propriétaire.

C'est là une question de fait sur laquelle les tribunaux ont à se prononcer d'après les circonstances de l'affaire (1). Ils verront donc si les parties ont entendu faire un simple bail, ou créer un droit réel d'usage, ou enfin une servitude foncière. Dans le cas où les parties auraient imprimé le caractère d'une servitude

(1) Cass. 7 fév. 1825; Cass. 15 fév. 1812; Douges, 3 janv. 1829.

foncière à un droit qui n'en était point susceptible, leur convention serait totalement nulle aux termes de l'art. 686.

L'art. 638 nous dit encore que la servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre. Il est évident que les servitudes, qui n'établissent plus que de simples charges foncières entre les héritages, n'exercent aucune influence sur la condition politique ou civile des propriétaires. Ceci n'avait guère besoin d'être dit; mais le législateur se trouvait en face du régime féodal récemment aboli, et il a consacré par cet article la séparation profonde qui doit désormais exister entre la condition des terres et celle des personnes.

L'art. 543 consacre donc, comme nous venons de le voir, deux séries de droits réels : les droits d'usufruit, d'usage et d'habitation, droits établis au profit des personnes, mais temporaires et viagers, et les services fonciers, droits réels perpétuels, mais qui ne peuvent exister au profit des personnes, que par l'intermédiaire des fonds auxquels ils restent attachés, et dont ils doivent augmenter l'utilité et la valeur.

En dehors de ces droits réels, il en existait d'autres innombrables dans l'ancienne jurisprudence, droits réels constitués au profit des personnes, à l'exemple des premiers, mais qui comme les seconds pouvaient être perpétuels, et démembraient d'une manière indéfinie la propriété. Le Code s'est expliqué sur un de ces contrats : *le bail à rente*.

Nous allons examiner immédiatement ce qu'il en

a fait. Il a gardé le silence sur les autres ; nous verrons l'interprétation qu'on a donnée à ce silence, soit dans la doctrine, soit dans la jurisprudence.

§ 2. *Droits réels sur la propriété foncière expressément supprimés, — Rentes foncières.*

Dans notre partie historique, nous avons rapidement indiqué ce qu'étaient les *rentes foncières* dans l'ancienne législation. Redevances retenues à perpétuité sur un immeuble aliéné, elles étaient immobilières elles-mêmes, et de plus irrachetables. Elles pesaient donc d'une façon indéfinie sur la propriété foncière, dont elles constituaient un grave démembrement. On ne pouvait s'en débarrasser qu'en abandonnant l'immeuble même qui en était l'objet, *en déguerpissant*. Ces contrats étaient très-fréquents dans l'ancien droit, et la féodalité s'y était mêlée comme à toutes les conventions qui avaient pour objet la propriété foncière (1).

L'Assemblée constituante autorisa, comme nous l'avons vu, le rachat de toutes les rentes et redevances perpétuelles (2). Elle en fixa elle-même le taux (3). Cependant ces lois, tout en déclarant rachetables les rentes foncières, ne leur enlevaient point leur caractère immobilier. Elles restaient comme telles suscep-

(1) Merlin, *vº Rentes seigneuriales*.

(2) Loi du 4 août 1789, art. 6.

(3) Loi des 18-29 déc. 1790.

tibles d'hypothèque, et pouvaient former l'objet d'une action possessoire (1).

Mais la loi du 11 brumaire an VII leur enleva implicitement ce caractère, en déclarant qu'à l'avenir elles ne pourraient plus être hypothéquées. Elle les avait ainsi mobilisées sous tous les rapports, et l'art. 529 suit cette législation quand il déclare meubles par la détermination de la loi, *les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'État, soit sur les particuliers*. Le sort des anciennes rentes foncières était réglé par ces lois. Depuis le 11 brumaire an VII, elles étaient mobilisées. Ceux donc qui en étaient débiteurs à ce moment devenaient débiteurs personnels, et les tiers détenteurs n'ont plus été tenus en cette seule qualité de les servir (2).

Lorsque le Code Napoléon fut terminé, plusieurs conseillers introduisirent à la dernière séance la question de savoir, s'il convenait de rétablir l'usage des rentes foncières.

Le principe du rétablissement de ces rentes, soutenu par Maleville, Cambacérès, et quelques autres, fut vigoureusement combattu par Tronchet (3). Les rentes foncières, telles qu'elles se comportaient jadis, furent définitivement repoussées; on maintint le principe du rachat et de la mobilisation de toute rente, même de celle qui serait constituée moyennant l'aliénation d'un immeuble.

(1) Aubry et Rau, § 178, note 5.

(2) Cass. 8 nov. 1821; Cass., ch. réun., 27 nov. 1857.

(3) Fenet, t. XI, p. 56 et 57.

Mais on crut devoir faire une concession à ceux qui avaient demandé le rétablissement de ces rentes, et à l'intérêt de l'agriculture qu'ils avaient invoqué. Cette concession consiste dans la faculté accordée au créancier, d'interdire le rachat pendant un certain nombre d'années qui ne pourraient excéder trente. L'art. 530, le dernier voté du Code civil, fut donc compris dans la loi du 30 ventôse an XII et inséré dans le Code au chap. 2 du titre 1 du livre 2.

Cet article est ainsi conçu : « Toute rente établie à
• perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble;
• ou comme condition de la cession à titre onéreux ou
• gratuit d'un fonds immobilier, est essentiellement
• rachetable.

• Il est néanmoins permis au créancier de régler
• les clauses et conditions du rachat.

• Il lui est aussi permis de stipuler que la rente ne
• pourra lui être remboursée qu'après un certain
• terme, lequel ne peut jamais excéder trente ans :
• toute stipulation contraire est nulle. »

Par cet article, la *rente foncière* proprement dite a cessé d'exister. Elle est meuble, elle est rachetable; elle n'oblige jamais les tiers détenteurs en cette seule qualité. Elle ressemble donc à la rente constituée par ces trois caractères essentiels. Elle s'en différencie toutefois sous plus d'un rapport; mais ce n'est point parce qu'elle forme un contrat d'une nature spéciale: les différences se déterminent en effet d'après les principes qui régissent les contrats en général. La rente qu'on appelle improprement foncière, résulte, ne l'ou-

blions pas, de l'aliénation d'un immeuble, la rente constituée, du prêt d'un capital.

De là des différences naturelles, dans le détail desquelles nous ne pouvons entrer. Signalons-en deux toutefois :

1° La rente foncière est garantie comme tout prix de vente, par le privilège de l'art. 2103-1°. Le créancier d'une rente ordinaire n'a que les garanties qu'il a stipulées.

2° La rente foncière étant le prix de l'aliénation d'un immeuble, le rachat en peut être fixé au taux qu'il plaît au vendeur (art. 530-2°). Toutefois il faudrait que la convention fût loyale, et qu'elle n'eût pas pour but détourné de rendre impossible un rachat que la loi établit (1).

Quand il s'agit au contraire d'une rente constituée moyennant un capital, le remboursement aurait nécessairement pour objet le capital primitivement donné; cette convention est soumise à la loi qui, dans le contrat de prêt, limite le taux de l'intérêt.

La troisième différence ne sort pas de la nature des deux contrats; elle est formellement indiquée par la loi. Les rentes foncières, d'après notre article, peuvent être déclarées irrachetables pendant trente ans, tandis que d'après l'art. 1911 les rentes constituées simples ne peuvent l'être que pour dix années.

Si, contrairement à la disposition de l'art. 530, il avait été stipulé que le rachat ne pourrait avoir lieu

(1) Demolombe, IX, 128; Zach., t. III, p. 106.

qu'après un temps excédant le terme légal, la convention ne serait nulle que pour le temps qui dépasse les trente années (1).

Ces sortes de rentes existent seulement dans le cas où l'on a aliéné un *immeuble*. Du reste, cette charge peut être attachée à tout acte d'aliénation d'un immeuble, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux.

Mais il n'en serait plus de même si le prix de vente avait d'abord été déterminé en capital, et que ce capital eût été ensuite converti en rente. Ce serait une rente constituée, réglée, quant à sa durée, par l'article 1911, et à laquelle s'appliqueraient toutes les règles des rentes ordinaires. En effet, dans le projet de l'art. 530, les mots *moyennant un capital en argent* ont été supprimés, comme contraires à la disposition de l'art. 1911 (2).

Il faut donc que l'immeuble ait été primitivement aliéné pour une rente, pour que l'art. 530 soit applicable à cette rente.

Mais, quoi qu'il en soit, nous voyons que les *rentes foncières* ne constituent plus que des créances mobilières tout à fait étrangères au régime de la propriété foncière.

Cependant des lois administratives ont créé une véritable rente foncière, qui forme aujourd'hui une singularité dans notre législation.

Cette rente est la redevance établie sur la mine au

(1) Demolombe, IX, 428; Aubry et Rau, § 221 *ter.*, in *fine*.

(2) Aubry et Rau, § 221 *ter.*, note 16; Marcadé, art. 530, III.

profit du propriétaire de la surface, comme reconnaissance de son droit au tréfonds.

Redevance des mines.— Nous avons vu que la loi du 21 avril 1810 a créé une propriété souterraine distincte de la surface (1); nous avons parlé de cette propriété foncière dans notre chapitre I.

Cette singularité n'est pas la seule que la loi sur les mines ait introduite dans notre législation; elle devait créer aussi la seule véritable rente foncière qui existe encore aujourd'hui.

Les art. 18 et 19 de cette loi ont fixé une redevance qui serait due au propriétaire de la surface par le concessionnaire de la mine. Ils ont en même temps chargé cette redevance des hypothèques qui pesaient sur la surface, même de celles qui seraient constituées par la suite. C'est donc bien là une rente immobilière offrant tous les caractères de la propriété du tréfonds, qu'elle est destinée à représenter (2).

En conséquence, ce droit purement immobilier est susceptible d'hypothèque, d'expropriation forcée comme les immeubles (3). Tant qu'il reste uni au fonds, il est grevé des mêmes hypothèques, il est compris dans l'aliénation de la surface. Le concessionnaire de la mine n'en est tenu qu'autant que dure sa possession, à moins que ce droit n'ait été transformé en

(1) Loi du 21 avr. 1810, art. 5 à 8, 19.

(2) Demolombe, IX, 436; Valette, *Hyp.*, t. I, p. 188; Proudhon, *Dominic privé*, t. III, n° 807.

(3) Cass. 8 août 1839.

obligation personnelle de la part du concessionnaire (1).

La Cour de Lyon a jugé, avec raison, que la redevance ne perdrait point son caractère immobilier, si elle était séparée de la superficie par une aliénation quelconque. Elle formerait alors un immeuble à part, véritable rente foncière grevant la mine concédée; elle serait soumise en général aux règles anciennes touchant cette espèce de droits immobiliers (2).

§ 3, *Droits réels sur la propriété foncière anciennement usités, dont le Code n'a pas parlé : Emphytéose et autres baux réels. — Question sur le contrat de louage.*

La féodalité et tous les droits réels qu'elle avait créés ont été abolis, comme nous l'avons vu, par les lois de 1789 et 1790.

Le Code a évidemment maintenu cette abolition, car il n'a parlé nulle part de cette classe de droits, qui a définitivement cessé d'exister.

Les mêmes lois avaient déclaré rachetables toutes les redevances perpétuelles établies moyennant la concession d'un immeuble, telles que les rentes foncières et les emphytéoses perpétuelles, et avaient défendu d'en créer à l'avenir. Voici comme s'exprimait à cet égard, l'art. 1 du titre 1 de la loi des 18-29 décembre 1790 : « Toutes les rentes foncières perpétuelles, soit en nature, soit en argent, de quelque espèce qu'elles

(1) Delebecque, *Des mines*, n° 776.

(2) Lyon, 29 déc. 1816.

• soient, quelle que soit leur origine, à quelques per-
• sonnes qu'elles soient dues, etc., seront racheta-
• bles. Il est défendu de plus, à l'avenir, créer aucune
• redevance foncière non remboursable, *sans préjudice*
• *des baux à rente ou emphytéoses, et non perpétuels, qui*
• *seront exécutés pour toute leur durée, et pourront*
• *être faits, à l'avenir, pour quatre-vingt-dix-neuf*
• *ans.* »

Ainsi donc cette loi réservait formellement le bail connu sous le nom d'emphytéose et en assurait la validité, pourvu qu'il fût conclu pour moins de cent ans. Au delà elle ne voyait dans la convention qu'un contrat de vente, d'après lequel la propriété passait du bailleur au preneur, moyennant une redevance que celui-ci pouvait racheter à volonté. Ce fut la doctrine de la Cour de cassation sur les emphytéoses perpétuelles conclues à cette époque (1).

Au contraire, en déclarant permises les emphytéoses temporaires, les lois de 89 maintenaient ce contrat, tel qu'il se comportait dans l'ancienne législation, avec tous ses caractères et tous ses effets. Ainsi l'emphytéose continuera d'être un contrat intermédiaire entre la vente et le louage.

Elle tenait de la vente en ce qu'elle constituait au profit du preneur une sorte de propriété utile, de quasi-domaine. Le preneur jouissait du bien comme un plein

(1) Arrêt du 15 déc. 1821, casse un arrêt de la Cour de Colmar, du 28 mai 1821, qui avait déclaré nulle la convention qui constituait une emphytéose perpétuelle.

propriétaire, pendant la durée du bail emphytéotique ; il pouvait cultiver à sa guise et changer même le mode de jouissance ; il profitait de la chasse, de la pêche, de l'alluvion (1) ; il avait les actions possessoires, l'action réelle, le droit de vendre, d'hypothéquer. L'emphytéose, comme tout droit réel, pouvait s'acquérir par prescription (2).

D'après tous ces traits, le contrat d'emphytéose se rapproche bien de la vente.

Il ressemble, au contraire, au louage par plusieurs points. D'abord le preneur s'engage à servir au bailleur une redevance appelée canon ; il reconnaît ainsi sa propriété, *in recognitionem dominii*, disaient les anciens auteurs ; ensuite, au moins dans l'emphytéose temporaire, au bout du terme fixé par le contrat, le bien fait retour au bailleur, et tous les droits constitués par l'emphytéote s'éteignent, en vertu de la maxime : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Aussi une loi de 1791 qualifie-t-elle avec raison le droit du bailleur de *propriété réversible*.

La tacite réconduction n'est pas applicable au bail emphytéotique (3). « Ce contrat opérant un démembrement trop grave de la propriété, pour qu'on étendit jusqu'à lui la rénovation tacite, dont le propriétaire n'éprouve dans le simple bail à ferme presque aucune incommodité (4). »

(1) Troplong, *Contrat de louage*, n° 38.

(2) *Id.*, *ibid.*, n° 35.

(3) Voët, n° 15.

(4) Troplong, *Contrat de louage*, n° 10.

Outre la redevance, l'emphytéose était soumise à la *commise* du maître, quand l'emphytéote avait aliéné sans sa permission. Mais cette commise, qui datait du droit romain, avait fini par disparaître (1), ou bien s'était transformée en un droit de mutation. Ajoutons encore que l'emphytéote pouvait se débarrasser de ses obligations en abandonnant le fonds, d'après la théorie générale des droits réels (2). Il était aussi soumis à une clause résolutoire pour non paiement du canon.

Ainsi donc les droits du domaine utile, c'est-à-dire tous les avantages de la propriété, appartenaient au preneur ; le bailleur conservait le droit au canon emphytéotique, celui de mutation, et enfin la réversibilité de la pleine propriété entre ses mains, au terme de la concession, ainsi que la résolution pour non-paiement du canon emphytéotique. Tels étaient les caractères généraux de ce contrat singulier.

Nous pouvons voir, par cette rapide esquisse, que l'emphytéose est un démembrement des plus importants du droit de propriété, un des droits réels qui contiennent le plus de prérogatives pour celui qui en est investi. Les règles de ce contrat ne sont pas simples : il soulève au contraire une foule de questions qui étaient, dans notre ancien droit, l'objet de longues controverses, controverses telles qu'on peut affirmer que les caractères de ce contrat ne furent jamais nettement déterminés dans la législation française. Cependant l'emphytéose temporaire fut réservée par les lois de

(1) Dumoulin, C. Paris, § 73, glose 2.

(2) Loyseau, *Diguer*.

1789 et 1790, et elle est tellement dans les usages et les mœurs, qu'aujourd'hui même, malgré le silence absolu du Code sur un droit réel de cette importance, un grand nombre d'auteurs (1) et une jurisprudence constante (2) soutiennent qu'elle existe encore dans notre législation, avec tous ses effets et tous ses caractères.

Malgré de si imposantes autorités, nous ne pouvons partager cette doctrine, et nous oserons la combattre, d'accord en cela avec quelques jurisconsultes (3) dont le talent et la science éprouvée nous rassurent un peu.

L'emphytéose temporaire a été tacitement supprimée par le Code. Cette proposition nous semble ressortir avec évidence : 1° de la comparaison des textes de la législation intermédiaire qui maintiennent ce droit réel, avec les articles correspondants du Code Napoléon qui, s'occupant des mêmes matières et presque dans les mêmes termes, suppriment constamment la mention de ce droit ; 2° des déclarations réitérées des orateurs et des membres du conseil d'État ; 3° de l'inutilité que présente aujourd'hui la constitution d'un semblable droit, et de l'esprit général de notre législation touchant les droits réels qui sont les charges de la propriété foncière.

(1) Merlin, *Quest. de droit, Emphyt.* sect. 5, § 8 ; Duranton, t. 4, n° 80 ; Proudhon, *De l'usufr.*, t. 1, n° 97 ; Troplong, *Du louage*, art. 1709 ; Marcadé, sur l'art. 526, n° 3 ; Pépin Leballeur, *Hist. de l'emphytéose* ; M. Duverger, à son cours.

(2) Voir plus bas les arrêts cités.

(3) Delvincourt, t. 3, p. 185 ; Paul Pont, *Priv. et hyp.*, n° 398 ; Demolombe, IX 483 à 492 ; Aubry et Rau, § 221 *lis*.

La loi des 18-29 décembre 1790 qui déclare rachetables et prohibe à l'avenir toutes redevances perpétuelles sur la propriété foncière, avait, comme nous l'avons vu, réservé les emphytéoses temporaires avec leurs caractères et leurs effets (1).

Les lois de la législation intermédiaire furent fidèles à ce système. Ainsi le décret du 9 messidor relatif au régime hypothécaire, déclare susceptible d'hypothèque *l'usufruit des biens territoriaux résultant seulement des baux emphytéotiques, lorsqu'il reste encore vingt-cinq années de jouissance* (2). La loi du 11 brumaire an VII reproduisit cette disposition. Elle supprima même la restriction, qui exigeait encore vingt-cinq années de jouissance dans l'avenir pour qu'on pût hypothéquer une emphytéose.

Dans son art. 6 que nous transcrivons tout entier, elle s'exprime ainsi : « Sont seuls susceptibles d'hypothèque : 1° Les biens territoriaux transmissibles, ensemble leurs accessoires inhérents ; 2° l'usufruit, ainsi que la jouissance à titre d'emphytéose, des mêmes biens pour le temps de leur durée. »

Arrivons maintenant au Code Napoléon. Les rédacteurs avaient certainement ces lois à l'esprit, et l'emphytéose était un droit assez important par lui-même pour qu'il ne pût leur échapper. Eh bien ! ni dans l'art. 526 qui énumère les biens incorporels ou droits immobiliers, ni dans l'art. 543 qui énumère les droits qu'on peut avoir sur les biens en général, ni dans l'art. 2118

(1) Art. 1, tit. I ; aj. art. 5 et 6 de la loi du 7 août 1789.

(2) Art. 5.

qui a pour objet les biens susceptibles d'hypothèque, ni dans l'art. 2204 qui s'occupe de ceux qui peuvent être saisis immobilièrement, le législateur ne dit un seul mot de l'emphytéose. Remarquons que la plupart de ces articles sont copiés sur les articles correspondants des lois intermédiaires, et leur ressemblent en tout point, moins la mention de l'emphytéose.

Ainsi l'art. 2118 du Code Napoléon est ainsi conçu :
« Sont seuls susceptibles d'hypothèque : 1° les biens
« immobiliers qui sont dans le commerce et leurs acces-
« soires réputés immeubles ; 2° l'usufruit des mêmes
« biens et accessoires pendant le temps de sa durée. »

En comparant cet article et l'art. 6 de la loi du 11 brumaire an VII, nous avouons que la suppression de l'emphytéose nous est apparue avec la clarté de l'évidence.

On a prétendu expliquer ce silence persistant du Code Napoléon, et les interprétations qu'on en a données ont été aussi variées que les systèmes. Les uns ont dit : L'emphytéose temporaire était reconnue dans la législation intermédiaire. Le Code n'en a pas parlé. Ce silence est une confirmation, car la loi du 30 ventôse an XII, sur la promulgation du Code civil, n'abroge les lois antérieures que *dans les matières qui sont l'objet des lois composant le présent Code* (1). La faiblesse de cet argument est évidente.

Le Code s'est occupé des droits réels qu'on peut consentir sur la propriété immobilière ; cette matière

(1) Art. 7.

a fait l'objet de plusieurs articles, et son silence sur l'emphytéose équivaut dès lors à une abrogation, et non à une confirmation. Autrement, il faudrait aller jusqu'à dire qu'il a maintenu toutes les spécialités de droits réels dont il ne s'est point occupé formellement. Le nombre en serait considérable.

D'autres, au contraire, ont voulu voir la mention tacite de l'emphytéose dans les expressions dont le Code s'est servi dans les art. 526 et 543. Ainsi, il a dit dans l'art. 526 que les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, sont : 1° l'usufruit des choses immobilières, 2° les services fonciers.

On a fait remarquer que l'expression d'*usufruit* est plus compréhensive qu'elle n'en a l'air, et que, de l'aveu de tout le monde, elle comprend l'usage et l'habitation, qui sont certainement des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. A plus forte raison s'est-on, dans ce système, appuyé sur l'art. 543 qui, énumérant les droits qu'on peut avoir sur les choses, nomme : 1° le droit de propriété ; 2° le *simple droit de jouissance* ; 3° les services fonciers. Le législateur, a-t-on dit, a certainement voulu comprendre l'emphytéose dans cette expression si large de *simple droit de jouissance*.

Cette argumentation ne nous a pas convaincu. Il faut interpréter les art. 526 et 543 par la place qu'ils occupent dans le Code, *secundum subjectam materiam*. Il est indubitable que l'art. 526 sous le nom d'*usufruit*, entend encore l'usage et l'habitation. Mais ces droits ont une parenté évidente, presque toutes leurs règles se ressemblent, et s'il m'est permis de m'expri-

mer ainsi, *l'usage et l'habitation* ne sont guère que *des diminutifs de l'usufruit*. Est-il permis de ranger dans la même catégorie, et de comprendre dans un seul mot avec ces droits, l'emphytéose, droit spécial, qui a une foule de règles particulières et fort mal précisées encore.

L'art. 543 est plus large, dit-on, il ne parle que de *simple droit de jouissance*; or il est très-naturel de comprendre l'emphytéose dans cette expression. La réponse est vraiment facile. L'art. 543, de l'aveu de tout le monde, est une véritable table de matières et s'explique par ce qui le suit. Il énumère trois sortes de droits sur les biens : le droit de propriété, le droit de jouissance et les services fonciers. Et immédiatement après, la loi consacre trois titres à ces trois sortes de droits.

Le premier titre qui suit l'art. 543, est consacré à *la propriété* (1); le second au *droit de jouissance* (2), et ce titre porte l'intitulé significatif *De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, et le troisième aux *services fonciers* (3).

Qui ne voit donc que les mots *droit de jouissance* n'indiquent pas autre chose que ce dont la loi elle-même a traité dans le titre qu'elle consacre à ce droit, c'est-à-dire *l'usufruit, l'usage et l'habitation*? Les art. 526 et 543 se complètent donc et s'expliquent l'un par l'autre. Leur rédaction laisse à désirer, mais leur sens est bien clair.

(1) Tit. 2, liv. II.

(2) Tit. 3, liv. II.

(3) Tit. 4, liv. II.

L'art. 2118 est encore plus convaincant, s'il est possible ; il s'agit d'une matière où tout le monde convient que l'interprétation est restrictive et le sens des mots limitatif, c'est-à-dire des biens susceptibles d'hypothèque. L'article ne parle que de *l'usufruit des biens immeubles* ; ici le mot *usufruit* ne comprend pas même, comme dans l'art. 526, *l'usage et l'habitation* ! Il est employé dans son sens le plus strict. On en convient, et cependant ce mot *usufruit* comprendrait le droit d'*emphytéose*, dans le système de nos adversaires, et cela, quand le législateur copie l'art. 6 de la loi du 11 brumaire an VII, où se trouve précisément mentionnée l'*emphytéose*, et qu'il la supprime dans sa nouvelle rédaction ! L'invraisemblance est trop forte ! Aussi quelques jurisconsultes embarrassés ont-ils été jusqu'à dire que l'*emphytéose* existait bien, mais qu'elle n'était plus susceptible d'hypothèque. Mais il serait bizarre que le législateur eût admis l'hypothèque de l'usufruit des biens immobiliers, droit instable et précaire, et qu'il n'eût pas admis celle de l'*emphytéose*, droit d'une durée fixe, et qui certainement est une bien plus forte base de crédit.

Il nous semble ressortir de la simple lecture des textes que le Code Napoléon n'a pas voulu conserver l'*emphytéose*. Si, en effet, il avait voulu consacrer un droit qui avait fait naître les plus grandes controverses sur sa nature et ses effets, c'était le cas ou jamais de le régler. Non-seulement il ne l'a pas réglé, mais il ne l'a même pas nommé, et il le sanctionnerait avec tous ses caractères, sous l'expression vague de

droit de jouissance, ou inexacte de droit d'usufruit !

Mais ce n'est pas tout, et les rédacteurs du Code ont manifesté clairement l'intention de le supprimer. En effet, à propos de l'art. 2118, Tronchet, interpellé sur le droit d'emphytéose, répondit nettement *que maintenant l'emphytéose n'aurait plus d'objet, qu'il était donc inutile de s'en occuper* (1), et Treilhard, dans l'exposé des motifs du titre de la Distinction des biens, s'exprime de la manière la plus claire et la plus énergique *sur le sens limitatif* de l'art. 543 : « Les seules
• modifications dont les propriétés soient susceptibles
• dans notre organisation sociale et politique, sont
• celles-ci : ou l'on a une propriété pleine et entière
• qui renferme également le droit de jouir et le droit
• de disposer ; ou l'on n'a qu'un simple droit de jouis-
• sance, sans pouvoir disposer du fonds ; ou l'on n'a
• que des services fonciers à prétendre sur la propriété
• d'un tiers, services qui ne peuvent être établis que
• pour l'usage et l'utilité d'un autre héritage. »

Ainsi le législateur a défini nettement et limitativement les seuls démembrements permis de la propriété. Il a repoussé l'emphytéose, et, à sa suite, tous ces nombreux droits réels qui grevaient jadis la propriété, gênaient la liberté du preneur, entravaient la circulation des biens, détruisaient le crédit hypothécaire par la multiplicité des charges diverses, et surtout, avant tout, produisaient un grand trouble social, en autorisant de longues possessions de père en fils ayant tous

(1) Fenet, t. 15, p. 360.

les caractères et tous les attributs de la propriété, et en laissant subsister, d'un autre côté, un droit supérieur de propriété qui sommeillait longtemps, pour se réveiller à un moment donné, et venir arracher à des possesseurs séculaires des biens, que l'habitude leur faisait regarder comme leur appartenant.

Ces conventions créaient un fâcheux antagonisme entre deux classes de la société, et aboutissaient, au bout d'un certain temps, à la violation du droit de propriété dans la personne des titulaires, ou bien à la spoliation des possesseurs. Ces fatales combinaisons ont régné dans tout l'orient de l'Europe, et aujourd'hui a lieu une douloureuse liquidation dont les conséquences sont difficiles à prévoir.

L'emphytéose temporaire, nous le savons, ne peut engendrer de si grands maux; mais la nature bâtarde de ces conventions, qui ne sont ni un louage ni une vente, et constituent un droit qui n'est ni une détention précaire ni une propriété, se révèle dans les discussions sans fin qu'elles ont soulevées, et les procès nombreux auxquels elles donnent naissance chaque jour, depuis qu'on les a fait revivre.

Ces inconvénients certains sont-ils compensés par de grands avantages? Les partisans de l'emphytéose l'affirment. Elle consacre, disent-ils, au profit des preneurs, un droit de longue durée, garanti contre toute chance soudaine et imprévue d'extinction; elle permet les longs établissements, les améliorations, les défrichements dans lesquels ne saurait s'engager un simple fermier; elle lui donne même un crédit solide,

en lui permettant d'hypothéquer son droit ; elle constitue enfin, selon M. Duvergier, une convention pleine de prévoyance, et telle que la science économique n'a encore rien découvert de mieux combiné et de plus ingénieux.

Il faut beaucoup rabattre de ces avantages. Nul doute qu'à l'origine ils n'aient existé, et c'est précisément parce que l'emphytéose a répondu à un certain état de société, que l'emphytéose a été inventée ; mais aujourd'hui cet état a heureusement changé, surtout en France, où cependant on veut maintenir un semblable contrat.

Un des partisans de l'emphytéose s'en explique lui-même en termes excellents : « L'époque de prédilection du contrat emphytéotique, c'est celle où règnent de vastes domaines, et où la propriété, frappée d'immobilité, se perpétue de génération en génération dans les mêmes mains. Mais quand le sol est soumis au mouvement rapide d'une division indéfinie, quand les détenteurs des domaines fonciers se serrent les uns sur les autres avec tant de presse, quand enfin la propriété est emportée par une circulation incessante, le bail emphytéotique ne peut être que rare, accidentel, *il ne répond pas aux plus impérieux besoins du moment*, car il ne fonctionne pas avec assez de promptitude, et demande trop à l'avenir pour une génération qui dévore le présent (1). »

(1) Troplong, *Du louage*, n° 31.

Après avoir si bien expliqué pourquoi le législateur du Code n'a pas dû admettre l'emphytéose, M. Trolong conclut cependant en réclamant pour elle une place dans *notre jurisprudence*. Dans *notre jurisprudence*, c'est bien dit, car ce contrat enfanté par la jurisprudence sous nos lois actuelles, qui le repoussent de tous côtés, n'a été réglé que par elle.

C'est une législation tout entière que la Cour de cassation a créée, et dont tout l'honneur doit lui revenir. Partant de ce principe que le Code a admis l'emphytéose, et ne trouvant dans ce Code ni un mot qui la mentionne, ni un article qui la règle, elle a dû se référer aux vieux errements, et appliquer aux baux emphytéotiques qu'elle a reconnus, les règles qui s'y appliquaient jadis.

Qu'est-il besoin de dire qu'elle a taillé en plein arbitraire et que, parmi ses décisions, plusieurs se sont ressenties des incertitudes et des contradictions qui règnent *ex antiquo* dans cette matière ? La Cour de cassation a donc déclaré « que l'emphytéose est un
« contrat qui a sa nature et produit les effets qui lui
« sont propres ; que les dispositions des lois romaines
« touchant l'emphytéose ont été admises en France, et
« que le Code civil, qui n'a point traité du bail emphy-
« téotique, ne les a changées ni modifiées (1). »

Elle persiste depuis dans cette déclaration par de nombreux arrêts (2).

(1) Arr. du 26 juin 1822.

(2) Arr. 18 juill. 1832 ; 26 avr. 1833 ; 1^{er} avr. 1840 ; 25 sept. 1843, etc.

Donc le Code Napoléon a tacitement maintenu l'emphytéose avec tous ses effets et caractères, et le Code Napoléon n'en dit pas un mot! Mais qu'est-ce qui nous dira si les parties ont entendu conclure un simple bail à ferme ou un bail emphytéotique?

La Cour de cassation décide encore que la modicité du prix, la longue durée du bail, et l'obligation pour le preneur de faire des améliorations dont il ne pourrait réclamer le prix à la fin du bail, constituent les caractères essentiels du bail emphytéotique, et cela quand même les parties auraient déclaré faire un simple fermage (1). Il suffit de lire le titre *Du louage* dans le Code pour voir combien sont arbitraires toutes ces décisions.

La Cour de cassation, ayant vu un droit réel dans l'emphytéose, lui a attribué naturellement tous les caractères d'un semblable droit. Ainsi le preneur à emphytéose a qualité pour intenter l'action possessoire en son propre nom (2). Son droit est susceptible d'hypothèque (3).

Le bail emphytéotique est un acte translatif de propriété, et comme tel soumis au même droit d'enregistrement que tous les actes de cette nature (4). La Cour de cassation déclare donc que l'emphytéose est une translation temporaire de propriété, « oubliant, dit M. Demolombe, qu'elle a elle-même décidé que

(1) Cass. 12 mars 1815; 9 janv. 1831; 24 août 1857; Grenoble, 4 janv. 1860.

(2) Cass. 26 juin 1822.

(3) Cass. 18 juill. 1832.

(4) Cass. 1^{er} avr. 1810; 21 juill. 1813; 12 mars 1815.

le droit de propriété ne saurait être borné par le temps. »

En vertu de ces derniers arrêts, l'emphytéote est nanti d'un *jus in fundo*, d'une sorte de quasi-domaine qu'il peut vendre, hypothéquer, céder à son gré, qui est garanti par toutes les actions pétitoires et possessoires données à un véritable propriétaire ; seulement ce droit, borné par le temps et ne pouvant en tout cas dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans, s'évanouit complètement au bout du terme pour lequel il a été constitué, et entraîne avec lui toutes les concessions et hypothèques consenties pour sa durée. Le fonds fait retour au véritable propriétaire, avec toutes les améliorations et tous les travaux faits par l'emphytéote.

Tel est le contrat que la jurisprudence appelle *bail emphytéotique*.

Beaucoup de lois d'administration et de finances ont employé ces expressions (1) ; mais ces lois, se conformant au langage reçu, n'ont point jugé la question.

Pour nous donc qui soutenons que l'emphytéose a été abolie par le Code Napoléon, le mot *bail emphytéotique* ne signifiera qu'un fermage prolongé. Nous n'y verrons pas un droit réel, mais un simple droit personnel. Nous lui appliquerons toutes les règles du contrat de louage, moins celles qui auraient été écartées expressément par la convention, dans la limite cependant de ce que les lois permettent, et sans que

(1) Sénatus-cons. du 30 janv. 1810, art. 11 ; loi du 8 nov. 1814, art. 15 ; loi 31 mars 1820 ; loi 21 juin 1826, art. 2.

la convention puisse jamais arriver à créer un droit réel décidément aboli.

Ces principes, que nous appliquons à l'emphytéose temporaire, doivent être, selon nous, appliqués aussi à d'autres droits réels fort en usage dans l'ancienne France, et qu'aujourd'hui encore les conventions reproduisent et que la jurisprudence sanctionne.

Nous allons en passer quelques-uns en revue.

1° *Champarts et complants*. — Nous avons expliqué dans la partie historique ce qu'étaient les *champarts* et les *complants*. Ces baux, la plupart du temps perpétuels, consentis moyennant une partie des fruits, constituaient évidemment des droits réels. Les clauses étaient variables suivant les coutumes, et les noms mêmes étaient divers. « Du reste, ces baux, » dit M. Troplong, se gouvernaient par les mêmes « principes et les mêmes règles que les rentes foncières (1). » Les anciens auteurs faisaient déjà cette assimilation (2).

Aujourd'hui nous appliquerions à ces conventions, si elles étaient perpétuelles, les règles du Code Napoléon sur l'aliénation d'un immeuble moyennant la constitution d'une rente. Mais si par hasard cette concession n'était pas perpétuelle, nous n'y verrions qu'un simple bail à ferme.

Le bail à complant était souvent soumis à une condition résolutoire, par exemple que le bailleur re-

(1) Troplong, *Contrat de louage*, art. 1707.

(2) Denizart, v° *Champart*.

prendra le fonds, si la postérité directe du preneur vient à s'éteindre. Si une semblable clause était reproduite aujourd'hui, il faudrait décider que c'est la vente elle-même qui est soumise à cette condition résolutoire. Dès lors l'aliénation avec constitution de rente serait conditionnelle.

Les baux à complant ne transféraient pas toujours, nous l'avons dit, le domaine utile au preneur. Il faut à cet égard distinguer les baux à complant consentis dans la Bretagne. Le preneur n'était, dans ces conventions, qu'une sorte de fermier perpétuel. Dans ces conditions se présentait la question de savoir si les lois de 1789-1790 avaient transféré la propriété aux tenanciers, et s'ils avaient par conséquent la liberté de racheter la redevance qu'ils payaient. Ces questions furent tranchées par deux avis du conseil d'État du 4 thermidor an VII et du 21 ventôse an X, relatifs aux baux à complant usités dans le département de la Loire-Inférieure. « Le bail à complant, disait l'avis du 4 thermidor an VII, ne transfère au preneur aucun droit sur la propriété; celui-ci ou ses représentants ne possèdent qu'au même titre et de la même manière que les fermiers ordinaires, sauf la durée de la jouissance; ainsi la portion de fruits que se sont réservée les bailleurs doit leur être payée sans difficulté par les preneurs, *lesquels ne peuvent forcer les bailleurs d'en recevoir le rachat.* » Ces principes, appliqués aux baux à complant temporaires, sont incontestables.

Mais il nous sera permis de dire que pour les tenures perpétuelles elles ont, sous couleur d'interpré-

tation, forcé le sens des lois de 1789 et 1790 (1). Les tenures perpétuelles faites avant les lois de la révolution, nous semblent avoir été toutes transformées en propriétés au profit des tenanciers, moins, bien entendu, la réserve de la redevance.

C'est donc à ce caractère de perpétuité qu'il faut s'attacher (2) pour savoir si les lois de la révolution ont transféré la propriété au preneur ou l'ont réservée au bailleur. C'est sous l'influence de ces idées que Tronchet déclarait qu'un droit de jouissance perpétuel est un droit sauvage.

Toutefois plusieurs jurisconsultes repoussent la théorie de Merlin, et veulent qu'on s'attache à d'autres caractères qu'à ceux de la perpétuité ou de la non-perpétuité de ces sortes de concessions (3).

Quoi qu'il en soit de tels baux consentis antérieurement au Code civil, il est certain aujourd'hui, quelles que fussent les réserves des parties, qu'ils ne formeraient qu'une vente moyennant constitution de rente dans les termes de l'art 530. Si le bail était temporaire, on y verrait ou un simple bail à ferme, ou une emphytéose, suivant qu'on admet ou qu'on repousse l'existence de ce dernier contrat.

2° Baux à locatairie perpétuelle. — Baux à métairie perpétuelle. — Nous avons déjà vu ce qu'était, dans l'ancienne jurisprudence, ce bail à locatairie perpé-

(1) Aubry et Rau; Duranton.

(2) Merlin, v° Complant et Vignes.

(3) Demolombe, IX, 500; Troplong, sur l'art. 1709; Marcadé, art. 526. Voy. encore le rapport de M. Bonnier au Conseil des Cinq-Cents.

tuelle. Son caractère n'était pas très-précisé, et l'ancienne doctrine ainsi que la jurisprudence se partageaient à cet égard. Les lois de la révolution tranchèrent le conflit, et déclarèrent la propriété transmise aux preneurs par l'effet de cette convention. Elles décidèrent que la faculté du rachat s'étendait *aux rentes ou redevances foncières établies par les contrats connus en certains pays sous le titre de locatairie perpétuelle* (1).

Le décret du 2 prairial an II appliqua cette doctrine aux baux à culture perpétuelle. Il porte que d'après les dispositions de la loi du 18 décembre 1790, sur les baux à locatairie perpétuelle, *il est impossible de ne pas considérer les baux à culture perpétuelle comme soumis au rachat d'après cette loi.*

Donc il n'est pas douteux, après les lois de la révolution et l'art. 530, C. Nap., que, si aujourd'hui on passait un contrat sous le nom de bail à locatairie perpétuelle, ce ne serait au fond qu'une constitution de rente rachetable, et une aliénation de la propriété.

C'est ce que la Cour de Nîmes a déclaré positivement : « Attendu, dit l'arrêt, que si le Code Napoléon ne trace pas les règles spécialement applicables à cette nature de contrat, ce n'est pas une raison pour ne pas l'assimiler de tout point aux conventions qui s'en rapprochent le plus, et notamment à la vente et à la constitution de rente (2). »

Faut-il appliquer la même solution au *bail à métairie perpétuelle* ou à *colonage perpétuel*, usité dans la Marche

(1) Loi des 18-29 déc. 1790, art. 2, tit. 1.

(2) Arrêt du 26 mai 1852.

et le Limousin? Plusieurs différences distinguent en effet ce bail des précédents.

Ce contrat ne transmettait pas comme les précédents la propriété, ni même la possession utile. Il constituait bien au profit du preneur un droit réel transmissible en ligne directe ; mais le bailleur conservait les actions relatives à la propriété ou à la possession du fonds ; il était seul chargé de la réparation des bâtiments, et le droit du métayer ne pouvait être cédé sans son consentement (1). Il offrait donc de grandes différences avec les baux que nous venons de mentionner. De plus les lois de la révolution, si favorables aux preneurs, n'ont point nommé ce bail parmi ceux dont l'effet était de transmettre la propriété aux preneurs. De si puissantes considérations ont déterminé plusieurs jurisconsultes à soutenir, que les lois de la révolution n'ont pas atteint les droits des bailleurs dans cette convention (2).

Mais je crois qu'ici, comme ailleurs, les lois de la révolution ont opéré le transfert de la propriété au profit des preneurs à *colonage perpétuel*. Elles n'ont point nommé ce contrat, mais elles ne pouvaient véritablement passer en revue les innombrables variétés de conventions de cette sorte qui couvraient la France. Il faut dans toutes ces questions se référer à l'esprit de ces lois et consulter leur principe. Or leur principe constant c'est que toute *concession d'une jouissance perpétuelle est une aliénation de la propriété*.

(1) Salviat, *vº Bail à métairie perpétuelle*.

(2) Troplong, *Du louage*, nº 56 ; Demolombe, IX, 507.

Ce principe est plus qu'évident, si l'on consulte les doctrines, les écrits, les principes des hommes qui furent chargés de cette grande liquidation de la féodalité (1). D'ailleurs ce fut presque une nécessité pour ces législateurs de s'en tenir à un caractère aussi clair et aussi net que celui de la *perpétuité des concessions*.

C'eût été au contraire un travail formidable et sans issue que d'aller examiner la nature de chacun des droits consentis, de voir en quoi ils se rapprochaient ou s'éloignaient de l'aliénation de la propriété, d'entrer dans toutes ces distinctions subtiles et inexactes de domaine, de quasi-domaine, de propriété directe, de propriété utile. L'Assemblée constituante voulait que la *propriété foncière* revînt enfin à sa simplicité primitive, et certainement elle n'a pas voulu engager les tribunaux et les jurisconsultes futurs dans le dédale inextricable de l'ancienne jurisprudence.

La cour de cassation s'était inspirée de ces sages principes dans son arrêt du 2 mars 1835, où, en cassant un arrêt de la cour de Limoges, elle déclare que « s'il s'était élevé quelques doutes sur la véritable entente de la loi de 1790, ils ont été levés par le décret interprétatif du 2 prairial an II ; . . . le décret n'examine point si le preneur était ou non originairement propriétaire ou copropriétaire, mais seulement s'il détient et possède ; car il suppose qu'un tel bail constitue par sa perpétuité une véritable aliénation. » Mais la cour de cassation n'a point persisté dans cette doctrine qui selon

(1) Trouchet, *Rapport au comité des droits féodaux* ; Merlin, *passim*.

nous était la vraie, et, par ses arrêts du 11 août 1840 et du 30 mars 1842, elle a maintenu les droits des bailleurs, par le motif que ces baux étaient considérés autrefois comme n'emportant pas translation de propriété. Ce sont là autant de droits réels et perpétuels de plus. Ajoutons toutefois que, au moins depuis le Code Napoléon, de semblables conventions ne pourraient pas recevoir une exécution littérale, et seraient nécessairement modifiées par les principes que nous avons plus d'une fois exposés.

3° *Bail héréditaire d'Alsace*, — La même question s'est élevée sur les baux héréditaires d'Alsace, dont nous avons expliqué la nature dans notre partie historique. Ici encore la jurisprudence a subi des variations, et l'on ne peut pas dire qu'elle soit entièrement fixée. MM. Demolombe (1) et Troplong (2) ont soutenu que ces baux ne transmettaient point la propriété au preneur. Ils s'appuient sur la nature et le caractère qui leur étaient attribués dans l'ancienne jurisprudence. Un arrêt de la cour de cassation du 24 novembre 1837, rendu en audience solennelle, sur les conclusions de M. Dupin, a sanctionné cette manière de voir. C'était consacrer encore une fois une sorte de droit réel perpétuel; c'était maintenir cette division fâcheuse de la propriété foncière, à laquelle les lois de la Révolution avaient voulu porter remède.

Mais le 16 juin 1852 la cour de cassation est revenue sur cette doctrine. Dans cet arrêt elle a assimilé

(1) T. IX, 508.

(2) Du louage, 38.

le bail héréditaire à la concession d'une emphytéose perpétuelle, et lui a appliqué en conséquence les lois de 1789 et 1790 sur le rachat des rentes foncières. La Cour s'est donc surtout attachée à la durée illimitée du contrat, pour lui appliquer ces règles. C'est là, la véritable doctrine, et les lois de la Révolution, appliquant le rachat à des baux perpétuels qui certainement ne transféraient pas originairement la propriété, et ne l'appliquant pas à l'emphytéose temporaire qui transférait le domaine utile, ont montré qu'elles s'attachaient surtout au caractère de la perpétuité. La cour de Metz s'est conformée à cette jurisprudence (1).

4° *Bail à vie*. — Le bail à vie était un contrat dans lequel le bailleur, tout en se réservant les fruits civils, c'est-à-dire le revenu de son fonds, en abandonnait la jouissance au preneur durant sa vie. Ce droit était constitué le plus souvent sur plusieurs têtes, au profit du preneur et de ses enfants. Était-ce un droit réel, une vente à vie, un usufruit ou un simple contrat de louage? La question partageait les auteurs dans l'ancienne jurisprudence. La législation intermédiaire maintint ces baux en déclarant toutefois qu'ils ne pourraient pas à l'avenir être consentis sur plus de trois têtes.

Quel parti faut-il prendre aujourd'hui sur ces conventions?

L'art 1709 du Code Napoléon se borne à dire que le louage est un contrat, par lequel l'une des parties

(1) Arr. du 22 juill. 1856.

s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose, *pendant un certain temps*. Le temps n'est pas déterminé ; il est donc raisonnable d'appliquer ici la disposition des lois intermédiaires, et de dire que le nombre des têtes sur lesquelles un pareil droit peut successivement passer ne saurait dépasser trois. Il est du reste certain que le bail à vie ne saurait constituer qu'un contrat de louage régi par les principes du Code Napoléon, à moins qu'il ne ressorte de la convention que les parties ont voulu constituer un véritable usufruit.

5° Du bail à domaine congéable ou bail à convenant.
— Nous avons étudié les caractères de cette tenure célèbre fort usitée dans l'ancienne Bretagne.

Nous avons vu que ses principaux caractères étaient : la séparation du fonds et de la superficie ; l'aliénation de la superficie au profit du preneur ; moyennant une rente convenancière ; la faculté illimitée, perpétuelle du bailleur de racheter la superficie, en donnant congé au preneur, en un mot *le droit de congément*.

Dans ces conditions il était évident que le contrat n'était autre chose qu'un contrat de louage, compliqué d'une vente de la superficie. La loi du 5 août 1791 maintint ces baux, en les purgeant de ce qu'ils avaient de féodal.

Mais une loi des 27 août-7 septembre 1792 déclara les domaniers propriétaires et la rente convenancière rachetable. C'était une flagrante injustice. Aussi la loi du 9 brumaire an VI vint-elle abroger la loi de 1792, et restituer leur autorité aux vrais principes. Toutefois il faut dire que cette loi ne doit point avoir d'effet rétroac-

tif, et que les rachats opérés dans l'intervalle sont définitifs (1).

Dans nos lois actuelles, que faut-il décider touchant la nature et les effets de ce contrat ?

Il y a dans ce contrat à la fois un bail du fonds, et une vente de la superficie avec faculté de rachat.

Ces deux contrats seront soumis aux règles respectives du Code sur ces matières.

Le bailleur aura donc droit à la rente convenancière et au rachat éventuel de la superficie. Ce sont pour lui deux droits mobiliers (2). Il a la propriété immobilière du tréfonds, qu'il peut hypothéquer, vendre, etc. Le domanier aura de son côté la propriété de la superficie qu'il pourra vendre, hypothéquer, et sur laquelle il pourra consentir des servitudes, tous droits qui seront résolubles, bien entendu, lors du rachat. Il pourra aussi exercer les actions réelles pétitoires et possessoires. Enfin il a la faculté, qui lui a été reconnue par l'art. 11 de la loi du 6 août 1791, de provoquer le congément du propriétaire. Il est toutefois permis au propriétaire foncier et au domanier de renoncer respectivement, l'un à la faculté d'exercer, l'autre à celle de provoquer le congément (3).

Nous voyons qu'il peut résulter de ce contrat un droit réel perpétuel, distinct de la propriété même. Mais telle est la nature du droit de superficie que le Code n'a infortunément pas songé à limiter, ainsi que nous l'avons vu plus haut.

(1) Cass. 16 juill. 1828.

(2) Cass. 28 fév. 1832; 11 nov. 1833; 5 mai 1834.

(3) Troplong, *Louage*, 61; Aubry et Rau; Cass. 5 mars 1831.

6° *Droit d'évolage sur les étangs.* Nous trouvons dans les usages de la Bresse une autre application du droit de superficie, que nos lois actuelles n'ont pas atteinte. On a coutume, dans ce pays, de remplir d'eau et d'empoissonner pendant deux années des étangs qu'on met à sec et qu'on cultive la troisième. L'étang mis en eau, l'*évolage*, peut appartenir à un propriétaire, et le sol même de l'étang, l'*assec*, à un autre. La jurisprudence ancienne et moderne et une loi du 21 juillet 1856 ont reconnu ce singulier démembrement de la propriété, et rien en effet ne semble s'y opposer dans les principes de nos lois. Toutefois, pour favoriser les dessèchements, et quoique cette propriété fût parfaitement divisée, la loi précitée a autorisé les divers intéressés à provoquer la licitation des étangs dont l'évolage et l'assec n'appartiennent pas au même propriétaire (1).

Nous venons de passer en revue les différents droits réels sur la propriété foncière, que créaient jadis les formes diverses adoptées pour les baux. Nous avons cru pouvoir décider; contre l'autorité de la jurisprudence et celle de nombreux auteurs, que tous ces baux différents, créant des droits réels et des démembrements de la propriété, n'avaient plus d'existence légale. Il ne faut donc pas, quand ils se représentent, et ils se présentent encore souvent dans la pratique, les régler d'après les anciennes coutumes auxquelles ils se réfèrent et qui sont toutes abrogées (2), mais leur

(1) Aubry et Rau, § 223.2°, in *fin.*

(2) Loi du 30 vent. an XII, art. 7.

appliquer les règles des seuls contrats reconnus par le Code Napoléon, c'est-à-dire *l'aliénation moyennant constitution de rente*, ou *le contrat de louage*. Cette décision peut choquer des habitudes reçues, mais elle a l'avantage de restituer à la propriété foncière sa liberté, et de débarrasser l'agriculture même de toutes ces formes d'exploitation vieilles qui ne se maintiennent plus dans certains pays, que grâce à la pauvreté et à l'ignorance des populations agricoles.

Mais le Code Napoléon qui, selon nous, a eu pour but et pour principe l'abolition de tous ces droits réels, qu'avait inventés autrefois la nécessité d'exploiter les terres sans les aliéner, n'en a-t-il pas créé lui-même un, dans cette forme d'exploitation qui doit les remplacer toutes, c'est-à-dire *le contrat de louage*? En un mot le louage qui, dans l'ancienne jurisprudence, ne créait certainement que des obligations personnelles, n'a-t-il point pour objet, sous la législation nouvelle, la constitution d'un véritable droit réel?

Cette question a été soulevée par M. Troplong, qui le premier s'est avisé de voir dans le droit du fermier un droit réel sur le fonds affermé (1). Ce jurisconsulte s'est surtout appuyé sur l'art. 1743, qui est en effet un principe nouveau introduit dans notre législation. Cet article dispose que, si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou locataire, qui a un bail authentique ou dont la date est certaine.

De plus l'art. 684 C. pr. civ., relatif à la saisie,

(1) Troplong, *Traité du louage*, n° 5 à 20.

dispose que les baux, ayant date certaine, devront être subis pour toute leur durée par les créanciers. Ainsi l'art. 1743 établit, au profit du fermier, un droit de suite contre les tiers, et l'art. 684 C. pr. civ. un droit de préférence contre les créanciers, puisqu'il les oblige à supporter l'exécution complète du bail, sans aucune diminution de la créance du fermier. *Droit de suite, droit de préférence*, ce sont, disent les partisans de cette idée, les caractères les plus saillants de la réalité d'un droit : nous les trouvons dans le droit du fermier.

Dès lors les conséquences pratiques sont faciles à déduire.

Personne, dans cette opinion, ne va jusqu'à prétendre qu'un tel droit puisse être hypothéqué. Cette prétention serait formellement repoussée par tous les articles du Code Napoléon relatifs à cette matière. Personne ne conteste aussi les nombreux caractères de ce contrat, qui révèlent des engagements personnels entre le bailleur et le fermier ; ces engagements sont écrits tout au long dans les différents articles du titre du Louage.

A quoi donc aboutit cette opinion qui transforme si radicalement le caractère traditionnel du contrat de louage ? D'abord à donner une explication des art. 1743 et 684, explication que certains jurisconsultes prétendent impossible à trouver ailleurs que dans cette transformation du droit du fermier en un droit réel.

Ensuite arrivent plusieurs autres conséquences pratiques. Ainsi le fermier se défendra seul s'il est troublé

dans sa jouissance; cette action étant immobilière pourra être intentée par lui devant le tribunal de la situation de l'immeuble. Il pourrait, s'il était locataire d'une portion indivise d'un héritage, en provoquer directement le partage. Il serait enfin préféré, s'il avait un bail ayant date certaine, à un locataire postérieur, quoique celui-ci fût déjà entré en possession.

Cette doctrine a été repoussée par la plupart des jurisconsultes (1). Elle ne nous semble pas en effet nécessaire, soit pour expliquer les dispositions des art. 1743 et 684, soit pour en tirer les conséquences que nous venons d'énumérer, dont les unes nous paraissent fausses, et dont les autres se justifient parfaitement en dehors de cette prétendue réalité.

Et d'abord la personnalité du droit du fermier résulte surabondamment de toutes les dispositions du Code contenues au titre *Du louage*, et de toutes celles qui ont pour but d'énumérer et de régler les droits réels (art. 526, 543, 2118, 2204). D'abord, par sa nature, le contrat de louage engendre des obligations personnelles. Celui qui loue n'abandonne pas la jouissance de son fonds, moyennant une redevance quelconque pour se retirer ensuite devant le droit qu'il a créé; de même celui à qui on loue, ne prend pas la jouissance de cette chose à ses risques et périls. Non! des obligations réciproques et permanentes subsistent entre les deux contractants. Le bailleur s'engage, d'après la définition même du Code, à *faire jouir*

(1) Toullier, t. III, n° 388; Proudhon, *De l'usufr.*, t. I, n° 102; Duvér-gier, *Du louage*, t. I, n° 279; Marcadé, sur l'art. 526; Demolombe, IX, 493.

(art. 1709); et cette définition, chose remarquable, est empruntée littéralement à Pothier (1), pour lequel le contrat de louage créait seulement un droit personnel. Le bailleur est tenu à entretenir la chose louée, et cela *par la nature du contrat*, comme s'exprime la loi (art. 1719-2°). Le droit du bailleur périt fatalement avec la chose qu'il a louée (1722); il est diminué toutes les fois que les avantages que le preneur doit retirer de sa chose, sont diminués par un cas fortuit (articles 1769-1771).

Le preneur, de son côté, ne peut pas délaissé; il ne peut pas agir contre les tiers détenteurs (1727).

Il en est autrement du droit réel d'usufruit, et dans toutes ces situations, l'usufruitier agit indépendamment du nu-propriétaire, car il possède un droit différent, un droit rival, en un mot un droit réel, tandis que le fermier n'a que le droit de son bailleur et n'est, pour ainsi dire, que le *mandataire de sa jouissance*.

Le bailleur et le preneur sont donc engagés dans les liens d'une obligation réciproque, à propos d'une chose dont l'un s'engage à faire jouir l'autre, en échange d'un prix que l'autre s'engage à payer. Jamais le droit personnel ne s'est présenté avec un caractère plus évident.

Et maintenant l'innovation de l'art. 1743, qui, contrairement aux principes reçus, oblige des ayants cause particuliers à respecter un engagement tout personnel, a-t-elle modifié la nature du contrat de louage? Nous ne le croyons pas.

(1) *Du louage*, n° 1.

Cette obligation est, il est vrai, imposée au tiers acquéreur ; mais elle a été surtout motivée par des raisons d'équité, et dans le but évident de donner plus de stabilité à un contrat aussi fréquent et aussi utile que le contrat de louage. On pouvait dire que cette innovation était impérieusement réclamée par les besoins de l'agriculture, dans une législation qui avait supprimé toutes ces tenures perpétuelles qui, avec tous leurs défauts, avaient l'immense avantage de donner aux cultivateurs la sécurité et la stabilité. Aussi le principe que les engagements personnels n'ont point de valeur contre les tiers, n'a-t-il pas été le seul violé par le Code Napoléon, dans le but évident d'assurer la sécurité des preneurs à bail. Ainsi, d'après l'article 595, le bail consenti par l'usufruitier subsiste après l'expiration de l'usufruit, entre le preneur et le nu-propriétaire.

Expliquera-t-on cette dérogation aux principes par la réalité du droit ? Mais les droits réels consentis par l'usufruitier tombent avec l'usufruit, en vertu de la maxime : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, et cependant le droit du preneur subsiste.

Il subsiste encore envers le vendeur qui a exercé le réméré (art. 1673), et tous les droits réels consentis par un tel acheteur tombent par l'exercice du réméré.

Voilà donc des cas où le droit du preneur à bail est plus fort qu'un droit réel ! Donc la prétendue réalité par laquelle on veut expliquer l'art. 1743 n'explique rien absolument.

Il faut alors en revenir purement et simplement à ceci: le législateur a voulu protéger le preneur à bail pour tout le temps pour lequel le bail a été consenti. Il a voulu le protéger, d'abord dans son propre intérêt, en assurant la fixité de ses conventions et la stabilité de son exploitation; dans l'intérêt du propriétaire ensuite, car un preneur dont la jouissance sera garantie pour toute sa durée fera assurément de meilleures conditions; enfin dans l'intérêt général qui exige que les terres soient mieux cultivées.

Dans ce but il a édicté les art. 1743 C. Nap., 684 C. pr. civ., 595, 1429-1430 C. Nap., et, si dans les premiers il donne au droit du fermier la force d'un droit réel, dans les autres il le traite encore plus favorablement. Tout cela, comme nous l'avons vu, ne peut lui faire perdre son caractère propre, qui est d'être personnel. Et quant à l'objection de nos adversaires qui consiste à dire: Comment expliquer l'obligation du tiers acquéreur envers le fermier avec lequel il n'a pas traité, en dehors de la réalité du droit? nous répondrons: Cette obligation s'explique, car elle est écrite dans la loi, et la loi peut créer des obligations. Cette obligation est générale, et censément connue de tous. Nul donc ne peut s'en plaindre; c'est une clause légale écrite dans tous les contrats. Elle ressemble à ces clauses de style introduites jadis dans tous les contrats et qui obligeaient tout le monde.

En supposant une telle clause introduite dans un contrat de vente, l'acheteur serait tenu de la respecter *en son nom personnel*. La loi l'impose elle-même; elle

fait l'office du notaire, voilà toute la différence. L'art. 1743 s'explique donc tout seul, et il n'était pas besoin, pour le justifier, de la laborieuse théorie qui a voulu changer en un droit réel, un droit que la tradition juridique et toutes les autres dispositions du Code font éminemment personnel (1).

§ 4. De l'effet des conventions touchant la création des droits réels.

L'art. 543 nous a dit les droits réels qu'on pouvait avoir sur les choses. Nous avons cru que cet article, qui constitue la propriété telle qu'elle se comporte en France, est essentiellement d'ordre public, et que par conséquent ses énonciations sont limitatives. Le nombre et l'espèce des droits réels, surtout quand ils portent sur le sol lui-même, intéressent au premier chef la société entière. Le droit réel n'est point comme le droit personnel, qui n'oblige qu'une personne à l'égard d'une autre. Le droit réel portant directement sur une chose, s'impose à tous, et par conséquent intéresse tout le monde.

A plus forte raison quand le sol lui-même est l'objet sur lequel portent ces droits. Outre l'importance politique de sa possession à tous les titres, il faut

(1) Les orateurs du gouvernement (rapport fait au tribunal par Mouricaut, discours de Joubert) semblent n'avoir vu dans l'art. 1743 qu'une extension du principe : *Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet*. Tout en réservant notre opinion sur la justesse du point de vue, ceci n'en démontre pas moins que l'idée de créer un nouveau droit réel était bien loin de l'esprit des rédacteurs du Code Napoléon.

songer que le sol est encore la principale base du crédit. Il est donc impossible d'abandonner aux caprices et à la fantaisie des particuliers cette importante matière. Les particuliers ne peuvent par leurs conventions changer les lois qui concernent l'ordre public (art. 6, 1133, 1172). Or qu'est-ce qui intéresse plus l'ordre public que la constitution de droits tels que la propriété et ses démembrements? L'art. 2115 ne permet pas de constituer une hypothèque en dehors des cas et des formes autorisées par la loi. Ce n'est là qu'une conséquence d'un principe général, et vrai pour tous les droits réels.

Les art. 526 et 543 sont limitatifs; tous les droits que les propriétaires pourraient constituer sur leurs biens doivent y rentrer nécessairement, ou bien être annulés comme contraires à une loi d'ordre public.

On oppose à ce système les art. 537, 544, 1134, qui consacrent, au profit des propriétaires, la liberté la plus grande, dans les conventions qu'ils pourraient faire à l'égard de leurs biens.

Mais tous ces articles réservent expressément le droit pour le législateur de prohiber certaines conventions contraires à l'ordre public. Or comment soutenir que l'organisation même de la propriété, le nombre des démembrements et des droits réels, ne soient une question essentiellement d'ordre public? Toute l'histoire proteste contre une semblable théorie, et qui ne sait que l'organisation de la propriété foncière se reflète bientôt dans les mœurs et ensuite dans la constitution politique d'un peuple?

Il nous semble donc que quand les art. 526 et 543 ont énuméré les droits divers qu'on pouvait avoir sur les biens, ils se sont exprimés d'une manière limitative, et que les particuliers ne peuvent, en dehors de leurs termes, créer d'autres droits réels (1).

La théorie qui soutient que les art. 526 et 543 sont essentiellement limitatifs se justifierait encore au besoin, par les circonstances dans lesquelles ils ont été votés.

Le législateur était en présence de l'abolition récente de la féodalité. Or qu'était-ce que le régime féodal, sinon un assemblage hiérarchique de démembrements divers et à divers titres de la propriété foncière?

Le législateur voulait surtout prévenir la renaissance d'un régime abhorré à juste titre. Le seul moyen qu'il avait pour cela, c'était de déterminer limitativement le nombre de droits réels qu'on pourrait désormais créer.

Admettre en effet la liberté illimitée de ces créations, c'était s'exposer à voir tôt ou tard renaître le régime qui venait d'être aboli. Rien, en effet, n'empêcherait des propriétaires fonciers d'aliéner leurs domaines, en imposant aux acquéreurs, à titre de droits réels réservés sur la propriété, toutes les charges honorifiques et autres inventées par la féodalité. Comment douter de l'intention du législateur, quand on le voit prévenir avec un soin jaloux, même pour les droits réels qu'il admet,

(1) Demolombe, IX, 515; Aubry et Rau, § 221 bis, note 1.

tout ce qui de près ou de loin rappellerait ce qu'il veut éviter avant tout ?

L'usufruit, l'usage, l'habitation, n'ont certainement aucun rapport avec le régime féodal ; et de tous temps la doctrine a connu ces droits sous le nom de *servitudes personnelles*. Cependant le législateur supprime une dénomination qui pouvait rappeler d'autres souvenirs. Il fait de même pour les servitudes réelles ; il ne se contente pas de déterminer leur caractère avec la plus grande rigueur ; il se sert même avec répugnance du mot *servitude*, qu'il se hâte d'expliquer immédiatement par ceux de *services fonciers*.

L'intention du législateur n'est pas douteuse ; elle ressort tant des discussions du conseil d'État que des rapports au Corps législatif et au Tribunat : Treilhard le dit deux fois dans son exposé des motifs. Il insiste dans ce sens sur l'art. 543. « On ne peut avoir sur
• les biens que trois sortes de droits : ou une pro-
• priété, ou une simple jouissance, ou des services
• fonciers. Ainsi notre Code abolit *jusqu'au moindre*
• *vestige* de ce domaine de supériorité, jadis connu
• sous le nom de *seigneurie féodale et censuelle*. »

La question de principe une fois résolue, toutes les questions relatives à tels ou tels droits réels, ne sont plus que des questions de fait, à décider suivant les espèces. Nous allons cependant examiner quelques-unes des espèces qui se sont présentées, et apprécier rapidement certaines décisions de la jurisprudence qui, tout en décidant quelquefois bien au fond, a émis

toutefois des principes faux et des théories contestables.

Rappelons en peu de mots les droits que nous avons reconnus comme étant consacrés par le Code, et leurs principaux caractères.

Nous avons vu d'abord :

1° Le *droit de propriété*, perpétuel et absolu de sa nature.

Ce droit peut appartenir à plusieurs sur le même objet, sans que les parties soient matériellement distinctes. C'est ce qu'on appelle la copropriété ; le trait saillant de cet état de choses, c'est que chaque copropriétaire peut demander la cessation de l'indivision et le partage du bien (art. 818).

Mais cette propriété peut exister sur un même bien matériellement partagé ; ainsi le dessous peut appartenir à l'un, le dessus à l'autre. C'est à cette division de la propriété que nous avons rattaché déjà le droit de superficie, le domaine congéable, le droit d'évovlage, etc., la propriété des mines.

2° Nous avons vu en second lieu les droits de jouissance, nommément l'usufruit, l'usage et l'habitation. Le caractère général de ces droits, c'est qu'ils détachent de la propriété la jouissance, soit complète (usufruit), soit partielle (usage et habitation), et qu'ils l'attribuent à un bénéficiaire autre que le propriétaire. C'est là le plus grave démembrement qu'on puisse imaginer, aussi la loi a-t-elle fait ces droits personnels et viagers.

3° La troisième espèce de droits réels que nous

avons rencontrée, a été celle des services fonciers. Ceux-ci sont perpétuels comme le droit de propriété, mais en revanche, ils ne peuvent être constitués que sous l'importante et capitale réserve qu'ils n'existeront jamais que sur un fonds (c'est-à-dire qu'ils ne constitueront que des services qu'un fonds peut rendre par lui-même, sans l'intervention de son propriétaire), et au profit d'un fonds (c'est-à-dire pour l'utilité et l'exploitation d'un autre fonds).

En dehors de ces trois catégories de droits, il n'est point permis d'en constituer d'autres. Tous ceux qui ne rentreraient pas dans la définition de l'un ou de l'autre de ces droits, sont nuls et de nul effet.

Toutes les fois que deux propriétaires feront une convention qui aura pour but de concéder à l'un un avantage quelconque sur le fonds de l'autre, il faudra examiner le caractère du droit créé par la convention, et lui appliquer les règles relatives à l'espèce de droits à laquelle il appartient. « Car, dit fort bien M. Demolombe, il est évident qu'il ne saurait dépendre des parties, en appelant du nom de propriété un simple droit d'usufruit, d'en faire un droit transmissible et perpétuel, pas plus que de créer, sous la fausse dénomination de propriété, une servitude perpétuelle à la charge d'un fonds et au profit d'une personne (1). »

Ces principes connus, voyons quelques applications :

Ainsi il a été décidé par la Cour de cassation que le

(1) Demolombe, IX, 532.

sol peut appartenir à l'un et les arbres à l'autre (1). Cette propriété peut encore être divisée de telle manière que l'un ait droit aux arbres d'une certaine essence et aux taillis, et l'autre aux futaies et au surplus du bois (2). « Il n'est pas extraordinaire, dit « Merlin à ce sujet, de voir simultanément une com-
« mune propriétaire d'un bois, et un particulier pro-
« priétaire d'une partie des arbres croissant dans ce
« bois. Ce concours ne forme qu'un *partage de la pro-*
« *priété*, et ce partage a pu s'établir de différentes
« manières. Il a pu s'établir par la cession du bois
« avec réserve; il a pu s'établir aussi par une sorte
« de prescription (3). » C'est ainsi encore qu'un terrain couvert à la fois de bois et de chaumes peut appartenir pour les bois à l'un, pour les chaumes à l'autre (4).

Il a été encore jugé qu'un arrêt a pu déclarer que de deux copropriétaires d'une chaussée, l'un n'avait droit qu'aux arbres et l'autre aux herbes de la chaussée (5). On voit que ces droits de *propriété parti-*
tiare, que la Cour de cassation a cru pouvoir reconnaître, frisent de bien près de simples droits d'usage.

Il faut donc apporter une grande réserve dans la reconnaissance de semblables droits de propriété. Cependant, dans la pratique, il est des cas où ces divers droits portant sur un même fonds se balancent

(1) Cass. 13 déc. 1833.

(2) Cass. 30 mai 1843 (ch. réun.); Cass. 20 fév. 1851.

(3) Merlin, *Quest. de droit*, v^o *Communauté*.

(4) Cass. 26 déc. 1833.

(5) Cass. 13 fév. 1851.

tellement, qu'il est impossible de dire que l'un des titulaires ait la propriété du fonds, tandis que l'autre n'a qu'un simple droit d'usage.

Il faut bien alors reconnaître deux propriétés sur un même fonds, divisées quant à la jouissance, indivises quant au fond. Dès lors il va de soi que chacun des copropriétaires peut provoquer le partage ou la licitation, et ce partage s'opérera dans la proportion de la valeur comparative des produits auxquels ils ont droit.

Il en a été ainsi décidé par la Cour de Caen dans une espèce où il s'agissait de savoir, si un droit établi qui consistait dans la faculté perpétuelle que le vendeur d'un terrain s'était réservée d'embarquer et de débarquer des bois sur ce terrain, constituait une servitude réelle au profit de la personne, et par conséquent un droit nul, ou bien un droit de copropriété sur le fonds. La Cour maintint la convention, en jugeant qu'elle avait créé un véritable droit de copropriété : « Attendu, y est-il dit, que ce droit consistant dans une espèce de copossession du terrain, diffère par son caractère et par son étendue du droit de servitude proprement dit, et qu'il forme plutôt une participation au droit de propriété. » L'arrêt ajoutait du reste : « sauf aux parties à user, si elles avisent que bien soit, de l'action en partage ou en licitation » (1).

Dans une hypothèse du même genre, où il s'agissait du droit réservé à une commune de profiter de la

(1) C. de Caen, 1837.

seconde herbe d'une prairie, la Cour de cassation a vu aussi, non plus une servitude, mais une copropriété indivise au fond, quoique divisée au point de vue de la jouissance. Elle a admis dans ce cas le principe du partage (1).

Il faut apporter beaucoup de prudence dans la reconnaissance de semblables droits, et, quoique nous croyions irréprochables les décisions que nous venons de citer, il n'en est pas moins vrai que des tribunaux pourraient se laisser entraîner à donner le caractère de la propriété à de simples droits d'usage, ou même à des servitudes. C'est là un danger que la prudence des juges doit écarter. Rien ne serait plus facile en effet que de créer ainsi les assujettissements perpétuels du fonds les plus contraires au régime actuel de la propriété foncière.

C'est ainsi que la Cour d'Amiens a jugé que le vendeur d'un immeuble peut se réserver sur les terres aliénées le droit de chasse à perpétuité pour lui, ses héritiers ou ayants cause (2). Une pareille réserve est contraire à toutes les lois, et un semblable droit, qui rappelle les plus mauvais temps de l'ancien régime, ne saurait évidemment exister.

Examinons en effet à quel titre il pourrait s'établir. Est-ce à titre de propriété? La Cour d'Amiens le prétend; mais une pareille assertion renverse évidemment toutes les idées. En présence des art. 544 et 552 qui définissent la propriété telle que l'entendent

(1) Cass. 22 mars 1856.

(2) C. Amiens, 2 déc. 1855.

nos lois, un simple droit de chasse peut-il passer pour un droit de copropriété? Où est la plénitude, l'étendue qu'on reconnaît à un semblable droit, et celui qui sur un fonds n'a droit qu'à une seule chose, entrer pour y chasser, peut-il dire véritablement : ce fonds est à moi? Admettre une semblable théorie, ce serait renverser toutes les idées juridiques.

Le droit de chasse est-il un droit d'usage? Certes, rien n'empêche qu'on ne le considère ainsi, et chasser sur un fonds c'est bien en faire un usage limité. Mais si le droit de chasse est un droit d'usage, il doit être personnel et viager, et ne saurait être constitué à perpétuité.

Dira-t-on enfin, pour soutenir la validité de la convention, que c'est une servitude réelle? D'accord; mais nous savons que les servitudes réelles ne peuvent être établies au profit de la personne; et le droit de chasse est certainement une de ces servitudes, car il n'apporte aucun avantage direct à un fonds voisin dont il puisse augmenter l'utilité et l'agrément; et la preuve, c'est qu'un tel droit peut être aussi bien attaché à un terrain voisin du fonds servant, qu'à un terrain situé à cent lieues plus loin.

Nous en concluons donc, que la concession d'un droit de chasse sur un fonds de terre ne peut constituer qu'un fermage, ou tout au plus un droit réel d'usage, mais personnel et viager (1). C'est dans le même sens que le conseil d'État a décidé que le droit de pêche

(1) Merlin, *Chasse*, § 5.

est un droit inséparable de la propriété du terrain, et qu'il ne peut pas être cédé à un autre à perpétuité (1).

Tels sont, selon nous, les principes généraux du Code Napoléon, touchant le régime de la propriété foncière, et la constitution des droits réels détachés de cette propriété. En limitant dans les bornes posées par la nature des choses et l'équité, la liberté des conventions à ce sujet, il a maintenu l'affranchissement du sol, heureusement obtenu par les lois de la révolution française.

En rendant viager tout droit de jouissance détaché de la propriété, en défendant que des servitudes perpétuelles puissent être établies sur les fonds, en dehors des conditions étroites qu'il a tracées, il a prévenu, il faut le dire, le retour d'un grand mal social.

C'était en effet un mal que ces démembrements à perpétuité de la propriété, qui donnaient à l'un tous les avantages utiles, et ne réservaient à l'autre qu'un vain titre. C'était un mal pour le tenancier, qui perdait à jamais l'espoir de devenir propriétaire libre et indépendant d'un terrain, que cependant il cultivait de père en fils. C'était un mal pour le seigneur, qui ne gardait qu'un vain titre, plus odieux à mesure que la mémoire de la concession se perdait dans la nuit des temps, droit qui pouvait avoir été légitime, mais que l'ancienneté de son origine faisait souvent regarder comme une usurpation.

Un tel état de choses doit tôt ou tard amener la dé-

(1) Décr. 19 oct. 1811.

possession des premiers propriétaires, au profit des possesseurs auxquels l'antiquité des tenures a constitué une sorte de droit même contre des droits respectables, à plus forte raison contre de vieilles usurpations, car les deux choses ont existé dans la féodalité.

Cette dépossession a été opérée par la révolution française. Mais aujourd'hui une si désastreuse combinaison est à jamais prévenue. Les démembrements de la propriété au profit d'une personne autre que le propriétaire, ne peuvent plus être perpétuels.

Toute concession de ce genre est une vente. Les seuls droits réels de jouissance reconnus, sont viagers; les servitudes foncières sont strictement limitées. Toute autre combinaison n'est plus qu'un contrat de louage, qui ne crée que des droits personnels.

Ainsi finit ce désaccord douloureux entre le fait et le droit qui fut le mal de la société féodale, qui créa cet antagonisme fâcheux entre deux classes de la société : les possesseurs perpétuels et les seigneurs directs. Ainsi sont abolis à jamais et ne peuvent plus renaître, tous ces *cisaillements* de la propriété foncière entre une foule d'ayants droit à divers titres, régime contraire à l'intérêt général et même au simple bon sens, qui exige après tout que la *propriété appartienne au propriétaire*.

Ce sera la conclusion de ce travail; c'est la pensée qui l'a dicté. Nous ne regretterons pas nos efforts, si nous pouvons faire partager par d'autres cette conviction fortifiée chez nous par l'étude et la comparaison de deux législations aussi différentes que celle de la

féodalité et celle du Code Napoléon. Qui donc, en comparant leurs résultats si divers, ne sera persuadé de la vérité de cette grande parole de Montesquieu : « Les
« pays ne sont pas cultivés en raison de leur fertilité,
« mais en raison de leur liberté ? »

Cette pensée a inspiré les décrets de l'Assemblée constituante, qui n'en furent que le commentaire législatif, de sorte qu'elle eut bien le droit de dire, au terme de sa glorieuse tâche : « Le sol de la France est libre comme les personnes qui l'habitent. »

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. A l'origine, les actes du droit civil et les actes du droit des gens transféraient également la propriété quiritaire.

II. La distinction des choses en *mancipi* et *nec mancipi* est aussi ancienne que le droit romain. Elle est fondée sur l'importance que les premiers Romains attachaient à la richesse agricole.

III. Du temps de la jurisprudence classique, le pérégrin pouvait devenir propriétaire, par simple tradition, tant des choses *mancipi* que des choses *nec mancipi*.

IV. La propriété foncière, en Italie, a toujours été refusée aux pérégrins.

V. Le préteur donnait au pérégrin, pour réclamer sa chose, une action réelle semblable à la revendication.

VI. Les *possessions* et les *fundi provinciales* for-

maient une propriété foncière inférieure et dépendante, en opposition à la propriété libre, dont l'origine principale était la mancipation et la garantie la revendication (loi 115, *De verb. sign.*).

VII. Le *jus italicum* n'est relatif qu'à la condition des terres; ce n'est point un degré de capacité personnelle.

VIII. Les pactes et les stipulations n'ont jamais pu créer un droit réel d'usufruit ou de servitude.

IX. Le *dominium ex jure Quiritium*, ou *domaine parfait*, n'existe qu'à trois conditions : 1° capacité civile du propriétaire; 2° capacité civile de la chose; 3° mode d'acquérir du droit civil pour les choses *mancipi*.

X. Il existe un *domaine imparfait* dans les trois hypothèses contraires :

- 1° Propriété pérégrine;
- 2° Possession des fonds provinciaux;
- 3° Propriété *in bonis*, lorsqu'une chose *mancipi* a été transmise par simple tradition.

XI. Dans ce dernier cas seulement, le *dominium ex jure Quiritium* reste au précédent propriétaire.

XII. C'est la publicienne, et non la revendication par formule pétitoire, qui compète à celui qui a reçu une chose *mancipi* par tradition.

DROIT FRANÇAIS.

I. Le droit de superficie n'est que le droit de propriété lui-même, appliqué à une partie matériellement divisée de la chose.

II. L'hypothèque est un droit réel immobilier; mais elle n'est point *un bien*, ni ne se distingue de la créance qu'elle garantit.

III. La rente foncière, dans les termes de l'art. 530, n'existe pas, si le prix de vente d'un immeuble a d'abord été déterminé en un capital converti depuis en rente.

IV. La redevance que la loi du 21 avril 1810 accorde au propriétaire de la surface sur le produit de la mine, constitue un droit réel immobilier, et garde ce caractère même quand elle est détachée et vendue à part de la superficie.

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

VI. Toutes les conventions anciennement usitées qui avaient pour objet de créer des droits réels en vertu de baux, tels que champarts, complants, baux à locataire, à culture, à métairie perpétuelle, ne peuvent plus être consenties aujourd'hui, même pour quatre-vingt-dix-neuf ans.

VII. L'article de la loi de 1790, qui limite à trois le

nombre de têtes sur lesquelles on peut consentir des baux à vie, est encore applicable aujourd'hui.

VIII. Le bail à domaine congéable de l'ancienne Bretagne, n'étant qu'un bail compliqué d'une vente résoluble de la superficie, n'a rien de contraire aux lois actuelles.

IX. La même solution est applicable au droit réel sur les étangs, connu en Bresse sous le nom de droit d'évolage.

X. Le bail ne confère au preneur qu'un droit personnel et non un droit réel.

XI. L'art. 543, relatif au nombre de droits réels qu'on peut consentir sur les biens, est une disposition d'ordre public; cet article est essentiellement limitatif.

XII. Il ne faut pas confondre avec un simple droit d'usage la propriété partiaire, qui consiste dans le droit qu'ont deux propriétaires aux fruits divers d'un même fonds. Cette propriété, divisée par la jouissance, est indivise au fond, et peut en conséquence être licitée.

XIII. Le droit de chasse ne peut être détaché de la propriété du fonds, pour être constitué à titre de droit réel perpétuel distinct.

HISTOIRE DU DROIT.

I. L'origine du colonat se trouve premièrement dans les affranchissements d'esclaves attachés par leurs anciens maîtres à la culture des terres, et secondement dans l'assimilation à cette classe des barbares

prisonniers, et même des cultivateurs libres que la violence réduisait à cette condition.

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

III. L'origine de la censive est toute féodale; ses règles sont modelées sur celles des fiefs.

IV. Les lois de la révolution française ont transformé en propriétés pleines et entières les jouissances perpétuelles, sans considérer ni leur nature ni leur origine (baux à métairie perpétuelle, baux héréditaires en Alsace).

DROIT ADMINISTRATIF.

I. La propriété des petites rivières n'appartient point aux riverains.

II. Le propriétaire de la surface est, avant la concession, propriétaire de la mine; il a droit à des dommages-intérêts pour toute exploitation illégale, ainsi qu'aux produits indûment extraits.

DROIT CRIMINEL.

I. Le complice d'un suicide n'est pas passible de la peine du meurtre.

II. La poursuite en adultère intentée du vivant du mari, est éteinte par son décès survenu avant toute condamnation.

DROIT DES GENS.

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

Un État neutre qui laisse s'armer sur son territoire des bandes libres, pour aller servir l'une ou l'autre des parties belligérantes, viole-t-il la neutralité? — Négative.

Le Président de la thèse,
DUVERGER.

Vu : Le doyen de la Faculté,
C. A. PELLAT.

Permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur,
A. MOURIER.

TABLE DES MATIÈRES.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

DROIT ROMAIN

	Pages.
CHAPITRE I. — Du <i>dominium</i> en général. — Définition du droit; éléments qui le composent : <i>usus, fructus, abusus</i> . — <i>Res corporales et incorporales</i> . — <i>Nudum dominium</i> et droits réels. — Servitudes réelles. — <i>Superficies</i> . — <i>Ager vectigalis</i>	1
CHAPITRE II. — Du <i>dominium</i> , d'après le droit civil pur et la législation des Douze Tables. — Origine de la propriété. — Modes d'acquisition à cette époque. — Modes naturels (occupation, tradition). — Modes civils (mancipation, <i>res Mancipi</i> et <i>nec Mancipi</i> ; cession <i>in jure</i> ; adjudication; <i>usus auctoritas</i>).	14
CHAPITRE III. — Du <i>dominium</i> , d'après le droit prétorien. — Distinction de deux propriétés : <i>dominium ex jure Quiritium</i> , <i>in bonis</i>	36
SECTION I. — Des personnes qui peuvent ou non avoir la propriété romaine. — <i>Cives romani; latini; peregrini</i>	43
SECTION II. — Des choses susceptibles ou non de la propriété romaine.	52
§ I. <i>Ager publicus</i>	53

	Pages.
§ II. <i>Possessiones</i>	57
§ III. Lois agraires.. . . .	62
§ IV. Propriété italienne, <i>ager italicus</i>	68
§ V. Propriété provinciale, <i>agri tributarii vel stipendiarii</i>	71
§ VI. <i>Jus italicum</i>	81
SECTION III. — Des modes d'acquisition qui donnaient ou non la propriété romaine. — Modes du droit civil. — Modes du droit des gens. — Tradition des <i>res Mancipi</i> . — Usucapion. — Publicienne et <i>exceptio rei venditæ et traditæ</i> . — Effets du <i>dominium ex jure Quiritium</i> et du <i>dominium in bonis</i>	85
Appendice. — Propriété prétorienne.	107
CHAPITRE IV. — Du <i>dominium</i> , d'après la législation de Justinien.	113

DROIT FRANÇAIS

AVANT-PROPOS.	119
-----------------------	-----

PREMIÈRE PARTIE.

HISTOIRE.

CHAPITRE I. — État de la propriété foncière à la chute de l'empire romain.	121
CHAPITRE II. — État de la propriété foncière à l'époque des barbares.	127
CHAPITRE III. — État de la propriété foncière sous le régime féodal et dans les Coutumes.	136
CHAPITRE IV. — Droit intermédiaire. — Abolition de la féodalité.	159

DEUXIÈME PARTIE.

CODE NAPOLEON.

	Pages.
PRÉLIMINAIRES. — Définition du droit de propriété en général.	170
CHAPITRE I. — De la propriété foncière et de ses subdivisions.	177
§ I. Propriété de tout le sol.	179
§ II. Propriété superficière.	187
§ III. Propriété souterraine. — Propriété des mines. . .	192
Appendice. — Propriété des petites rivières.	200
CHAPITRE II. — Droits réels qui forment les démembrements de la propriété foncière.	209
§ I. Droits réels expressément maintenus par le Code. — Usufruit, usage, habitation. — Services fonciers. . . .	212
§ II. Droits réels sur la propriété foncière expressément supprimés : Rentes foncières. — De la redevance des mines.	227
§ III. Droits réels sur la propriété foncière anciennement usités, dont le Code n'a pas parlé. — Emphytéose et autres baux réels. Question sur la nature du droit qui résulte du contrat de louage.	233
§ IV. De l'effet des conventions touchant la création des droits réels.	266

INTRODUCTION GENERALE

DROIT ROMAIN

CHAPITRE I. - Du *dominium* en général. - Définition du droit; éléments qui le composent: *usus, fructus, abusus*. - *Res corporales et incorporales*. - *Nudum dominium* et droits réels. - Servitudes réelles. - *Superficies*. - *Ager vectigalis*

CHAPITRE II. - Du *dominium*, d'après le droit civil pur et la législation des Douze Tables. - Origine de la propriété. - Modes d'acquisition à cette époque. - Modes naturels (occupation, tradition). - Modes civils (mancipation, *res Mancipi* et *nec Mancipi*; cession *in jure*; adjudication; *usus auctoritas*)

CHAPITRE III. - Du *dominium*, d'après le droit prétorien. - Distinction de deux propriétés: *dominium ex jure Quiritium, in bonis*

SECTION I. - Des personnes qui peuvent ou non avoir la propriété romaine. - *Cives romani; latini; peregrini*

SECTION II. - Des choses susceptibles ou non de la propriété romaine

§ I. *Ager publicus*

§ II. *Possessiones*

§ III. Lois agraires

§ IV. Propriété italienne, *ager italicus*

§ V. Propriété provinciale, *agri tributarüvel stipendiarii*

§ VI. *Jus italicum*

SECTION III. - Des modes d'acquisition qui donnaient ou non la propriété romaine. - Modes du droit civil. - Modes du droit des gens. - Tradition des *res Mancipi*. -

Usucapion. - Publicienne et *exceptio rei venditae et traditae*. - Effets du *dominium ex jure Quiritium* et du *dominium in bonis*

Appendice. - Propriété prétorienne

CHAPITRE IV. - Du *dominium*, d'après la législation de Justinien

DROIT FRANCAIS

AVANT-PROPOS

PREMIERE PARTIE. HISTOIRE.

CHAPITRE I. - Etat de la propriété foncière à la chute de l'empire romain

CHAPITRE II. - Etat de la propriété foncière à l'époque des barbares

CHAPITRE III. - Etat de la propriété foncière sous le régime féodal et dans les Coutumes

CHAPITRE IV. - Droit intermédiaire. - Abolition de la féodalité

DEUXIEME PARTIE. CODE NAPOLEON.

PRELIMINAIRES. - Définition du droit de propriété en général

CHAPITRE I. - De la propriété foncière et de ses subdivisions

§ I. Propriété de tout le sol

§ II. Propriété superficiaire

§ III. Propriété souterraine. - Propriété des mines

Appendice. - Propriété des petites rivières

CHAPITRE II. - Droits réels qui forment les démembrements de la propriété foncière

§ I. Droits réels expressément maintenus par le Code. - Usufruit, usage, habitation. - Services fonciers

§ II. Droits réels sur la propriété foncière expressément supprimés: Rentes foncières. - De la redevance des mines

§ III. Droits réels sur la propriété foncière anciennement usités, dont le Code n'a pas parlé. - Emphytéose et autres baux réels. Question sur la nature du droit qui résulte du contrat de louage

§ IV. De l'effet des conventions touchant la création des droits réels