



P. OURLIAC ET J. DE MALAFOSSE

HISTOIRE DU DROIT PRIVÉ

2

PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

THÉMIS

COLLECTION DIRIGÉE PAR MAURICE DUVERGER

DROIT

PAUL OURLIAC

*Membre de l'Institut
Professeur à l'Université
des Sciences sociales de Toulouse*

J. DE MALAFOSSE

*Professeur à l'Université de Droit
d'Économie et de Sciences sociales de Paris*

Histoire du Droit privé

2 / Les Biens



PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

108, BOULEVARD SAINT-GERMAIN, PARIS

Dépôt légal. — 1^{re} édition : 1^{er} trimestre 1961

2^e édition mise à jour : 2^e trimestre 1971

© 1961, Presses Universitaires de France

Tous droits de traduction, de reproduction et d'adaptation
réservés pour tous pays

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale, ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite » (alinéa 1^{er} de l'article 40). Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code Pénal.

ABRÉVIATIONS

AB	<i>Analecta Bodlandiana.</i>
AG	<i>Archivio giuridico.</i>
AHDE	<i>Anuario de Historia de Derecho español.</i>
AHES	<i>Annales d'Histoire économique et sociale.</i>
ASD	<i>Annali di storia del diritto.</i>
Ath.	<i>Athenaeum.</i>
AUBA	<i>Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Bari.</i>
AUCA	<i>Annali della Università di Camerino.</i>
AUCT	<i>Annali del Seminario giuridico della Università di Catania.</i>
AUMA	<i>Annali della Università di Macerata.</i>
AUPA	<i>Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo.</i>
AUS	<i>Annales Universitatis Saraviensis.</i>
BARB	Bulletin de l'Académie Royale de Belgique, classe Lettres et Sciences morales et politiques.
Basil.	<i>Basiliques</i> , édit. G. E. HEIMBACH, Leipzig, 1833-1870; Scholies, édit. H. J. SCHELTEMA et V. VAN DER WAL, Groningen, Djakarta, 1954 sq.
BFDA	Bulletin de la Faculté de Droit d'Alger.
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil allemand de 1900).
BIDR	<i>Bullettino dell'Istituto di diritto romano.</i>
C.	Code de Justinien, <i>Corpus juris civilis</i> , t. II, édit. KRUGER, 11 ^e éd., Berlin, 1954.
C. C.	Code Civil.
C. C. ital.	Code civil italien de 1942.
CIL	<i>Corpus Inscriptionum Latinarum.</i>
c. r.	Compte rendu.
CRAI	Comptes Rendus de l'Académie des Inscriptions.
C. T.	Code Théodosien, édit. MOMMSEN et Paul-M. MEYER 2 ^e éd., Berlin, 1954.
D.	Digeste, <i>Corpus juris civilis</i> , t. I, édit. MOMMSEN et KRUGER, 16 ^e éd., Paris, 1954.
Eclogae	<i>Ius Graeco romanum</i> , t. II, p. 6 sq., édit. I. et P. ZEPOS, Athènes, 1931.

- FENET Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil.
- FIRA *Fontes juris romani antejustiniani*, 2^e éd., Florence, t. I : *Leges*, édit. RICCOBONO, 1941 ; t. II : *Auctores*, édit. BAVIERA et FURLANI, 1940 ; t. III : *Negotia*, édit. ARANGIO-RUIZ, 1943.
- F. V. *Fragmenta Vaticana* (FIRA, II, p. 461 sq.).
- GAIUS *Institutes de Gaius*, édit. DAVID, Leiden, 1948 ; édit. REINACH, Paris, Les Belles-Lettres, 1950.
- HEUMANN-SECKEL .. *Heumanns Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, édit. SECKEL, Léna, 1926.
- Hexabiblos d'Harménopule* *Manuale legum sive Hexabiblos cum appendicibus et legibus agrariis*, édit. G. E. HEIMBACH, Leipzig, 1851.
- I. *Institutes de Justinien, Corpus juris civilis*, t. I, édit. KRÜGER, 16^e édit. Berlin, 1954.
- itp.* interpolation.
- Iura* *Rivista internazionale di diritto romano e antico*.
- JPNP *Journal de psychologie normale et pathologique*.
- JRS *Journal of Roman Studies*.
- JUS *Rivista di scienze giuridiche*.
- LABEO *Rassegna di diritto romano*.
- L. *Latomus*.
- LQR *The Law Quarterly Review*.
- MATTH. *Evangiles selon saint Matthieu*.
- MERLIN *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*.
- N. A. *Nuits attiques d'Aulu-Gelle*, HERTZ, Berlin, 1883.
- NDI *Novissimo Digesto Italiano*.
- Nov. *Novelles de Justinien*, édit. SCHOELL et KROLL.
- Nov. LÉON LE SAGE. *Les Novelles de Léon IV le Sage*, édit. P. NOAILLES et A. DAIN, Paris, 1944.
- NRH *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*.
- PAUL Sent. *Sentences de Paul* (FIRA, II, p. 317 sq.).
- Prochiron *Ius Graeco romanum*, t. II, p. 114 sq., édit. I et P. ZEPOS, Athènes, 1931.
- PW *Paulys Wissowa Realenzyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaft*.
- RA *Revue africaine*.
- RATM *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*.
- RDA *Rivista di diritto agrario*.
- RE *Revue économique*.
- REL *Revue des Etudes latines*.
- RH *Revue historique*.
- RHD *Revue historique de droit français et étranger*.
- RIDA *Revue internationale des droits de l'antiquité*.

RIL	<i>Rendiconti dell'Istituto Lombardo di scienze e Lettere.</i>
RP	<i>Revue philosophique.</i>
RT	<i>Revue trimestrielle de droit civil.</i>
RTDPC	<i>Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.</i>
s.-c.	Sénatus-consulte.
SDHI	<i>Studia et documenta historiae iuris.</i>
SPA	<i>Studi Pavia.</i>
SS	<i>Studi Senesi.</i>
TJEUR	Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes.
TLQR.....	<i>The Law Quarterly Review.</i>
TR	<i>Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis.</i>
X ^a ou X	<i>Décrétales de Grégoire IX, éd. FRIEDBERG.</i>
ZSS	<i>Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung.</i>

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

DROIT ROMAIN

Le droit des biens est un bon exemple de l'impossibilité de suivre l'évolution d'une technique sans la replacer dans son contexte économique, politique et social. La ségrégation des genres est aussi funeste que les cloisonnements chronologiques. C'est dire l'utilité des ouvrages généraux sur l'histoire des faits et des doctrines économiques aussi bien que sur l'histoire romaine et byzantine ou sur l'histoire des idées politiques.

Parmi les manuels de droit privé qui traitent spécialement de la matière, certains, utilisés plus fréquemment, sont cités en abrégé : ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹³, Naples, 1957 ; ARMINJON, NOLDE, WOLFF, *Traité de droit comparé*, t. I et II, Paris, 1950 et t. III, 1952 ; BEUDANT et LEREBOURG-PIGEONNIÈRE, *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les Biens*, par VOIRIN ; BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milan, 1965 ; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. II, *La proprietà*, Partie II, Milan, 1968 (réédition du célèbre cours) ; CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, 1^{re} Partie, *Les Biens*, Paris, 1957 ; CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1917 ; ELLUL, *Histoire des Institutions*, t. I, Paris, 1955 ; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, revu et corrigé par E. SENN, Paris, 1929 ; IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Barcelone, 1965 ; JÖRS-KUNKEL-WENGER, *Römisches Privatrecht*³, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1949 ; KASER, *Das römische Privatrecht*, t. I, *Das altrömische, das vorklassische und Klassische Recht*, Munich, 1955, t. II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, Munich, 1959 ; LEPOINTE, *Droit romain et ancien droit français (Droit des Biens)*, Paris, 1958 ; LEVY, *West Roman Vulgar Law, The Law of Property*, Philadelphie, 1951 ; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, 2, *Les Biens*, Paris, 1965 ; MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*⁶, t. I, Paris, 1947 ; d'ORS, *Derecho privado romano*, Pampelune, 1968 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les Biens*, par M. PICARD ; RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*⁶, t. I, Paris, 1950 ; SEIDL, *Römische Privatrecht*, Erlangen, 1949 ; VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Rome, 1961.

Ce livre, comme le précédent, doit beaucoup au doyen Georges BOYER, aujourd'hui disparu, mieux que toutes les professions de foi, son enseignement, son œuvre d'orientaliste, de romaniste et d'historien nous ont persuadé que l'on ne pouvait être un savant en restant l'homme d'une seule discipline, enfermé dans une seule époque.

ANCIEN DROIT

Les ouvrages généraux ont été indiqués au début du tome I. On doit ajouter les précieux *Éléments de bibliographie sur l'histoire des institutions et des faits sociaux* de G. LEPOINTE et A. VANDENBOSSCHE, 1958, et le *Cours d'histoire du droit privé relatif aux anciens pays de droit écrit* de R. AUBENAS, t. IV, *Autour de la propriété foncière*, Aix, 1955. Également J. IMBERT, *Histoire du droit privé*, 3^e éd., 1968 (« Que sais-je ? »).

Tandis que l'histoire du contrat devait peu aux coutumes, le droit des biens doit s'y référer sans cesse. On ne dispose guère, comme ouvrages généraux que de l'*Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris* d'OLIVIER-MARTIN, 2 vol. 1920-1930 et de l'exposé vieilli de Henri BEAUNE, *Droit coutumier français*, t. III, *La condition des biens*, Lyon, 1885.

Les coutumes rédigées sont citées d'après le *Nouveau coutumier général* de BOURDOT DE RICHEBOURG, 4 vol., 1724. Le *vieux coutumier de Poitou* a bénéficié d'une édition modèle du doyen René FILHOL, Bourges, 1956 ; l'*Ancien coutumier de Champagne*, d'une édition également excellente de Paulette PORTEJOIE, Poitiers, 1956. Pour les éditions plus anciennes des diverses coutumes, la liste en est donnée par GAVET, *Sources de l'histoire des institutions*, 1899 et, plus utilement, par CAMUS et DUPIN, *Lettres sur la profession d'avocat*, 4^e éd., t. II, 1818.

De nombreuses références concernent les auteurs coutumiers du XIII^e siècle : le *Conseil à un ami*, éd. MARNIER, 1846 ; le *Livre de Justice et de Plet*, éd. RAPETTI, 1850 ; les *Etablissements de Saint-Louis*, éd. Paul VIOLLET, 4 vol., 1881-1886 ; BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvoisis*, éd. SALMON, 2 vol., 1899-1900 ; *Le très ancien coutumier de Normandie*, éd. TARDIF, 1881-1903, et *Le grand coutumier de Normandie*, éd. TARDIF, 1896. Pour le XIV^e siècle, *La très ancienne coutume de Bretagne*, éd. PLANIOL, 1896 ; la *Somme rurale* de Jean BOUTILLIER (éd. 1603) ; le *Grand coutumier de France*, éd. DARESTE et LABOULAYE, 1868.

La référence aux *Olim* concerne l'éd. BEUCNOT, 4 vol., 1839-1848. Une précieuse édition de Jean LE COQ a été procurée par Marg. BOULET, *Questions Johannis Galli*, 1944. Les *Decisiones* de Guy PAPE sont citées d'après l'éd. de Lyon, 1619 ; DU MOULIN, d'après l'éd. de Paris, 1612 ; d'ARGENTÈRE, d'après l'éd. de Nicolas BUON, 1613 ; les *Institutes coutumières* de LOYSEL, d'après l'éd. REULOS, 1935 et les *Proverbes français*, d'après l'éd. de J. MORAWSKI, 1925.

Parmi les auteurs coutumiers postérieurs ont été spécialement utilisés le *Commentaire de la coutume de Paris* de René CHOPPIN (1596), Julien BRODEAU (1658), l'*Institution au droit des français* de Guy COQUILLE (éd. 1666), les *Arrêtés du Président de Lamoignon* (éd. Paris, 1666), le *Traité de la garantie des rentes* et le *Traité du déguerpissement* de LOYSEAU (éd. 1613), *Les lois civiles* de DOMAT (éd. 1694) et, très fréquemment, POTHIER (1699-1772) d'après l'édition BUGNET, 10 vol., 1845-1848.

Une mention spéciale doit être faite ici des précieux articles de J. YVER, *Les caractères originaux de la Coutume de Normandie*, 1952 (Extr. *Mém. Académie... de Caen*) ; *Les caractères originaux du groupe des coutumes de l'Ouest*

de la France, 1952 (Extr. *RHD*, 1952); *Les deux groupes de coutumes du Nord*, 1954 (Extr. *Revue du Nord*, 1953-54); et *Essai de géographie coutumière*, Paris, 1966.

Pour les romanistes, un excellent guide bibliographique est fourni par l'*Index abbreviationum*, éd. R. FEENSTRA, G. ROSSI et M. BOULET-SAUTEL, Milan, 1960.

Pour l'époque révolutionnaire, une véritable somme de renseignements a été fournie par Marcel GARAUD, *La révolution et la propriété foncière*, Paris, 1958 (*Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804*, t. II; c. r. OURLIAC, dans *RHD*, 1960, p. 476).

Ce livre doit beaucoup au maître de l'histoire du droit privé, M. Pierre PETOT, à l'enseignement jadis reçu de lui comme aux cours dans lesquels il a si généreusement dispensé son incomparable connaissance de notre ancien droit coutumier.

INTRODUCTION

[1] Il n'y a pas de mot plus fréquemment employé en latin que le mot *res*. La *res*, c'est l'objet qui existe dans la nature, objet matériel et concret, mais ce peut être aussi un droit idéal et abstrait (*causae et jura* : D., 50, 16, 23). « La notion romaine de *res* est plus riche et... fort différente de la *chose* du droit moderne » (VILLEY, *RHD*, 1947, p. 208).

Il y a des choses dont le droit ne s'occupe que pour les déclarer communes à tous les individus (l'air, l'atmosphère), mais la plupart des choses sont utiles ou désirables, elles ont une « valeur », et comme telles, elles sont qualifiées de *bona*. Un bien est susceptible de gestion économique, il entre dans la sphère du droit en devenant « objet de droit ». Ces notions simples suffisent à expliquer notre plan, qui est celui de tous les juristes. Quels sont les biens, quelle énumération et quelle classification peut-on faire des choses ?

Si la chose est « objet de droit », l'homme est « sujet du droit », et il faut par là même définir la nature des rapports de l'homme et de la chose : *jus in re* ou *jus ad rem*.

Enfin, les choses possédées par un individu forment un ensemble, c'est le *patrimoine* dont il faudra dégager les caractères.

CHAPITRE PREMIER

LA DIVISION DES BIENS

SECTION I. — Droit romain

[2] L'EXISTENCE ET L'ESSENCE. — Le juriste, mis en présence des choses, entreprend de les classer : c'est une démarche logique de l'esprit, mais aussi un besoin de « catégories » propre au droit. Le classement ainsi fait peut être plus ou moins commode, plus ou moins rationnel, mais toujours il est révélateur d'une conception philosophique ou d'un état social et économique.

a) *Révélateur des idées philosophiques.* — Sous l'influence de la philosophie grecque, CICÉRON indique déjà dans ses *Topiques* (5, 26 sq.), qu'il y a deux manières de classer les choses : selon ce qu'elles sont (*quae sunt*) et selon l'opinion que nous nous en faisons (*quae intelliguntur*). C'est opposer l'idée à la chose, l'essence à l'existence, mais c'est aussi, substituer à une simple énumération un système ou une théorie. On découvre ainsi qu'il existe des choses incorporelles qui peuvent être objets de droit, mais aussi des choses qui sont des ensembles.

b) *L'état social ou économique* nous est également révélé par l'énumération faite des divers biens, par les rapports découverts entre eux ainsi que par la valeur qui leur est reconnue : il faut définir pour classer, même s'il ne s'agit que de choses visibles ou tangibles.

Toute classification réagit d'ailleurs sur le fond du droit. Elle n'est pas une simple spéculation mais comporte des résultats précis : ainsi notre droit moderne qui en « immobilisant »

certaines meubles entend les soustraire aux règles qui les concerneraient normalement.

Partant de 1) l'antithèse philosophique *corpus-jus*, nous verrons à quoi ont abouti les efforts de la doctrine pour élaborer 2) une *summa divisio* des *res* ; après quoi, nous examinerons les différentes catégories plus pratiques que scolastiques, qui groupent les choses objets de propriété, c'est-à-dire 3) les *res in commercio*.

[3] I. — L'ANTITHÈSE : « CORPUS, JUS ». — La différence entre *res corporales* et *res incorporales*, reprise à travers l'ancien droit par notre Code civil, paraît opposer en bonne logique la réalité à l'artifice, le concret à l'abstrait, les *corpora* aux *jura* (D., 5, 3, 18, 2).

Les *res corporales* sont les biens matériels, les choses « qui peuvent être touchées » (*quae tangi possunt* : GAIUS, 2, 14), tandis que les *res incorporales* sont celles « qui ne peuvent être touchées » (*quae tangi non possunt... quae in jure consistunt* : GAIUS, *Ibid.*). En droit romain, la différence illustre simplement l'opposition faite entre le droit de propriété, confondu avec son objet toujours concret, et tous les autres droits. La notion d'un droit de propriété séparé de son objet n'a été dégagée qu'assez tard, au cours de l'époque classique.

Cela ne signifie pas pour autant que la propriété, à l'origine, consiste en un simple *corpus*. La *res*, support matériel du concept juridique de bien, est « autre chose qu'un *corpus*, elle contient en outre des éléments de caractère juridique » (VILLEY, *RHD*, 1947, p. 210). Dès lors, l'opposition *res corporales*, *res incorporales* n'est pas un « rapprochement incohérent », la *res* participant à la nature du droit. A un droit de propriété, dont le contenu varie selon le régime juridique des différentes choses corporelles sur lesquelles il porte, on oppose des situations abstraites bien individualisées, qui sont autant de germes de nos droits subjectifs modernes : droit de créance, droit d'user et de jouir, droit de succession, etc.

La confusion faite entre le droit de propriété et son objet est naturelle. Elle se retrouve dans notre langage courant (on dit : cette chose est à moi, et non : j'ai un droit de propriété sur cette chose), et jusque dans notre Code civil (art. 526 ; v. PLA-

NIOL et BOULANGER, I, nos 2584 et 2664; CARBONNIER, II, n° 18). C'est pourquoi, lorsque, sous le Haut Empire, le droit de propriété sera distingué de son objet, on n'en continuera pas moins d'opposer les *corpora* aux *jura*, sans qu'il soit fait mention parmi ces derniers du droit de propriété (I., 2, 2, pr., 1, 2, 3).

En dépit de son origine philosophique (CICÉRON, SÉNÈQUE), la distinction présente un intérêt pratique en matière de transfert de propriété. Les *res incorporales*, n'étant pas susceptibles de possession, ne peuvent faire l'objet d'une remise matérielle (*traditio*), procédé habituellement utilisé pour transférer la propriété. Cependant les juristes byzantins généralisant la *quasi-possession* de ces *res* (D., 37, 1, 3, 1, *itp.*; v. *infra*, n° 18), les conséquences pratiques de la différence tendent à s'atténuer au Bas-Empire.

[4] II. — « SUMMA DIVISIO » TRADITIONNELLE. — A la fin de l'époque classique, les classifications se multiplient et s'enchevêtrent. Divisions et sous-divisions témoignent des progrès sinon des préoccupations de la doctrine. Capables de synthèse, les juristes romains, même au Bas-Empire, ne font guère preuve cependant de rigueur logique et l'on a souligné avec raison leur peu de bonheur « dans l'art de la systématisation » (BIONDI, *Istituzioni*, p. 146, n. 9).

La distinction entre les *res in nostro patrimonio* et les *res extra nostrum patrimonium* (GAIUS, 2, 1; I., 2, 1, pr.), semble se confondre avec celle qui oppose les *res in commercio* aux *res extra commercium*. Celle-ci étant plus rationnelle que celle-là. Le critère économique paraît semblable dans les deux cas. Il permet une répartition des biens en deux catégories, selon qu'ils peuvent ou non être aliénés, être l'objet d'actes juridiques.

GAIUS (2, 2), cependant, ne fait une telle différence qu'occasionnellement, la *summa divisio* est pour lui celle qui oppose, de façon plus scolastique que pratique, les *res divini juris* aux *res humani juris*. Reprise par les juristes PAUL et ULPYEN, cette classification influencera encore les *Institutes de Justinien* (v. SCHERILLO, *Le cose*, p. 33). Les Byzantins, tout en insistant sur l'opposition entre choses dans le patrimoine ou hors du patrimoine, et mettant en relief le critère d'aliénabilité (I., 2, 1, pr.), n'en abandonnent pas pour autant la division traditionnelle.

[5] « RES HUMANI JURIS ». — Sont *res humani juris*, non seulement tous les biens aliénables, mais certaines choses hors du commerce : a) *Res communes omnium* ; b) *Res publicae* ; c) *Res universitatis* (I., *Ibid.*).

a) *Res communes omnium*. — Ce sont des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage appartient à tous (C. C., art. 714), tels sont en droit romain : l'air, l'eau courante (*aqua profluens*), la mer et le rivage de la mer qui s'étend jusqu'où va le flot dans les grandes marées d'hiver (*res publicae* en droit moderne). On attribue généralement à MARCIEN (D., 1, 8, 2) le mérite d'avoir cristallisé sur ce point l'évolution jurisprudentielle antérieure. Cette classification reflète l'influence très nette de la tradition philosophique et littéraire, plus particulièrement de la philosophie stoïcienne (PLAUTE, CICÉRON, OVIDE, SÉNÈQUE, etc., v. les textes dans SCHERILLO, *Le cose*, p. 72). Elle reconnaît l'existence de devoirs sociaux élémentaires (CICÉRON, *De off.*, 2, 16, 52). On ne peut refuser à quelqu'un de l'eau, pas plus qu'on ne peut l'empêcher de prendre du feu. L'utilisation individuelle des choses communes comporte en conséquence des limites : il ne faut pas gêner la jouissance des autres.

b) *Res publicae*. — Traditionnellement, on distingue, parmi les biens qui appartiennent à l'État, les *res in usu populi* affectées à l'*usage public* et les *res in patrimonio populi*, ou *domaine privé* de l'État, qui se composent de biens analogues à ceux des particuliers (D., 18, 1, 6, pr. ; 18, 1, 72, 1, etc., v. SCHERILLO, p. 97). Inaliénabilité (D., 18, 1, 6, pr.), et imprescriptibilité (D., 41, 3, 9 ; 41, 3, 45, pr.), caractérisent les premiers qui comprennent notamment les voies de communication, les ports, certains cours d'eau. A la différence des *res communes*, l'utilisation générale des *res publicae* est impliquée non seulement par la nature du bien mais encore et surtout par son affectation (usage immémorial : D., 43, 7, 3, pr. ; décision de l'autorité publique : D., 43, 8, 2, 21). La *res publica* peut dès lors être occasionnellement laissée à la disposition exclusive d'un particulier par l'autorité publique, seule juge de l'intérêt général (D., 43, 8, 2, 17 ; D., 50, 10, 5, 1). De même, l'État peut percevoir des taxes sur les usagers (D., 43, 14, 1, 7 ; 50, 16, 203).

Propriétaire, il peut faire perdre la qualité de *res publica* à un bien (tout comme il peut la lui faire acquérir par une déclaration), et donc l'aliéner. Il doit, à l'inverse, protéger les usagers contre tout trouble (*actio injuriarum*), interdire les utilisations abusives (D., 43, 8, 2, 9 ; 47, 10, 13, 7).

c) *Res universitatis*. — Ce sont les choses appartenant à une collectivité publique — cité, par exemple — et parmi lesquelles on classe, notamment, les théâtres, stades, cirques, bains municipaux. Leur régime juridique est identique à celui des *res publicae*.

[6] « RES DIVINI JURIS ». — Elles sont, à l'image des *res humani juris*, réparties sous le signe de la tricotomie : *res sacrae, religiosae, sanctae* (GAIUS, 2, 8).

Res sacrae. — Ce sont les choses affectées à la célébration du culte : temples et objets consacrés aux dieux. Leur affectation résulte d'une cérémonie (*consecratio*) autorisée par la puissance publique (*dedicatio* : GAIUS, 2, 5, pour l'époque classique, et D., 1, 8, 9, 1, ensuite). Le caractère sacré disparaît par la formalité inverse (parallélisme des formes) : *exsecratio* ou à la suite d'une profanation. Sous l'Empire chrétien, les règles païennes, combinées aux traditions bibliques, sont adaptées par le droit canonique sous le contrôle du droit séculier. Pour des raisons d'humanité, JUSTINIEN décide que l'inaliénabilité des *res sacrae* peut cesser en cas de nécessité absolue (exemple : rachat des captifs : C., 1, 2, 21, de 529).

Res religiosae. — Ce sont celles qui appartiennent aux dieux mânes, c'est-à-dire aux âmes des morts : pratiquement, les tombeaux (*sepulcra*) et leurs dépendances (D., 47, 12, 2). Le simple fait par le propriétaire d'un fonds d'y enterrer quelqu'un transforme le terrain occupé par le cadavre en *locus religiosus* (D., 11, 7, 2, 5), l'affecte exclusivement aux divinités inférieures.

Le caractère religieux des tombes en fait des objets hors commerce, sans pour autant faire disparaître ces droits *sui generis* que sont les droits d'entretenir la tombe et de célébrer le culte des morts (*jus sepulcri*), surtout le droit d'enterrer d'autres personnes (*jus inferendi*), qui a, dès l'époque classique, un caractère patrimonial et peut faire l'objet de transfert.

Si la violation des tombes a toujours été sanctionnée (*actio*

sepulcri violati), il n'en va pas de même de l'exercice de ces différents droits. Il semble (de VISSCHER, dans *Mélanges Lewald*) qu'ils aient été protégés de façon différente selon qu'il s'agissait de *sepulcra hereditaria*, transmis aux héritiers institués par testament, ou de *sepulcra familiaria* réservés aux membres de la famille agnatique (D., 11, 7, 5). Sanction du droit civil, dans le premier cas, s'il y a violation des dispositions du testateur (extension de l'*actio sepulcri violati*). Les sanctions religieuses (pontifes) suffisent dans le second cas, la famille assurant elle-même l'affectation particulière de la tombe.

Sous le Haut-Empire, la dissociation du groupe familial, l'individualisme croissant, autant de causes qui expliquent la substitution aux tombeaux de famille de monuments perpétuant le souvenir d'un individu. Le fondateur, préoccupé par la conservation de sa « mémoire », en charge ses plus proches parents, ses affranchis, tous ceux en qui il pense pouvoir trouver quelque sentiment de reconnaissance.

Ces personnes sont particulièrement visées par des peines pécuniaires que l'on trouve dans les inscriptions funéraires. Le fondateur pense ainsi empêcher, outre la violation proprement dite, déjà sanctionnée par la loi, le changement d'affectation de la tombe (introduction d'un mort étranger, par exemple).

Avec le christianisme, on pouvait s'attendre à des modifications radicales, les conceptions chrétiennes sur l'au-delà étant peu conciliables avec le culte des dieux mânes. Mais le désir des individus de perpétuer leur souvenir parmi les vivants aurait certainement prolongé l'état de choses ancien sans un facteur nouveau : la pratique des cimetières communs (catacombes, cimetières près de l'église : v. SCHERILLO, *Le cose*, p. 64).

Dans les compilations de JUSTINIEN, le principe du tombeau, *res religiosa* extrapatrimoniale, demeure. Cela vise simplement l'affectation spéciale du lieu qui ne peut être modifiée que par décision impériale (C., 3, 44, 14 ; concours, puis substitution du prince aux pontifes : D., 11, 7, 8, pr. ; C., 3, 44, 1, *itp.*). En revanche, on ne fait plus de différence entre les tombeaux de famille et ceux transmis aux héritiers institués, le *jus sepulcri* ou droit de les utiliser, débarrassé de tout caractère religieux, est entièrement patrimonial.

Res sanctae. — *Res sacrae* vouées aux dieux supérieurs, *res religiosae* consacrées aux divinités inférieures... la liste des *res divini juris* n'est cependant pas close. Le caractère religieux a été reconnu aux murs et portes des villes (GAIUS, 2, 8), à la maison familiale (tout particulièrement : foyer, porte et seuil) et, anciennement, aux bornes des champs. On peut y voir le souci de placer sous une protection spéciale les limites de la propriété publique ou privée.

[7] III. — LE CRITÈRE D'ALIÉNABILITÉ : « RES IN COMMERCIO ». — La *summa divisio* traditionnelle, *res humani juris-res divini juris*, a un caractère philosophique, elle repose sur la nature, sur l'essence des choses, mais elle est dénuée de portée pratique. Si elle s'inscrit encore en filigrane dans les classifications byzantines, on lui préfère de plus en plus le critère d'aliénabilité : les choses sont dans le commerce ou hors du commerce.

Sont hors du commerce : outre, toutes les *res divini juris*, les *res communes*, *publicae* et *universitatis* (v. *supra*, n° 5). Elles sont en nombre limité. Tout le reste fait partie des biens qui se trouvent dans le commerce et il a fallu les répartir en de nombreuses catégories. Certaines classifications étant : a) *principales* ; d'autres b) *secondaires*.

Comme classifications principales, à côté d'une *summa divisio* traditionnelle : 1) *res Mancipi-res nec Mancipi*, de plus en plus dénuée d'effets pratiques, apparaît une classification dont le rôle sera déterminant dans notre ancien droit privé : celle des 2) *meubles et immeubles*.

[8] « RES MANCIPI » ET « NEC MANCIPI ». — Cette distinction paraît fondamentale, à l'époque classique. Alors que la liste des *res Mancipi* est limitée (fonds de terre situés autour de Rome puis en Italie, maisons, servitudes prédiales rustiques, esclaves, bêtes de somme ou de trait habituellement utilisées en Italie), les *res nec Mancipi* sont en nombre illimité : toutes les choses qui ne sont pas *Mancipi*, notamment, outre ce qui entre dans notre catégorie moderne des meubles, les fonds de terre situés en province.

D'après la doctrine romaine, les *res Mancipi* sont les « choses précieuses » (GAIUS, 1, 192). Pour les biens fonds, l'opposition entre l'Italie et la province témoigne du caractère autochtone

de la classification. Le bien par excellence, la terre, est d'autant plus précieux qu'il est national. Le critère économique ne suffit cependant pas à rendre compte de la distinction. Il est valable à l'époque d'une civilisation agricole vivant en économie fermée, il ne l'est plus avec le développement de l'Empire. Dès l'époque classique, la plus-value des *res Mancipi* par rapport aux *res nec Mancipi* est un postulat aussi démodé que celui de notre Code civil qui, à la suite de notre ancien droit, affirme la primauté économique des immeubles sur les meubles.

Particulièrement féconde est l'idée selon laquelle la prééminence des *res Mancipi* s'expliquerait par leur importance dans l'organisation sociale de l'ancienne Rome. La distinction des *res Mancipi* et *nec Mancipi* se trouverait ainsi ramenée à celle des biens d'intérêt social et des biens d'intérêt individuel (BONFANTE). Cette signification sociale résulte, pour certains auteurs, de la destination économique des choses (BONFANTE), pour d'autres, « de la nature même de la puissance exercée sur elles par le chef de famille, de son caractère politique ou semi-souverain » (de VISSCHER). A cet égard, la notion d'*auctoritas* (puissance source de droit) est bien « spécifique du régime des *res Mancipi* » (de VISSCHER), ces choses sont, en effet, des biens durables dont la propriété peut plus facilement être objet de litige que des biens de courte durée. Critère social, par conséquent primauté donnée aux facteurs économiques ou politiques. Il reste à savoir si l'importance de la distinction n'a pas été considérablement exagérée par la doctrine romaine. Cette soi-disant *summa divisio* perd le plus clair de son intérêt dès lors que la propriété prétorienne est protégée en justice. Mal comprise dès le Haut-Empire, la distinction n'a cependant été abolie officiellement que par JUSTINIEN (C., 7, 31, 1, 5, de 531). Son intérêt résulte essentiellement de la différence entre les modes de transfert utilisés. Alors que les formalités compliquées de la *Mancipatio* et de l'*in jure cessio* sont nécessaires pour les *res Mancipi* (GAIUS, 2, 18 sq.), la *traditio*, c'est-à-dire le simple transfert de possession, suffit pour les autres (v. également GAIUS, 2, 80 : la femme pubère aliène librement ses *res nec Mancipi*, mais en raison de son incapacité, elle a besoin de l'autorisation de son tuteur pour disposer de ses *res Mancipi*).

En fait, dès l'époque classique, la *traditio* est également utilisée pour les *res mancipi*.

[9] MEUBLES ET IMMEUBLES. — A l'encontre de la catégorie précédente, fondamentale en théorie mais de plus en plus dénuée d'effets pratiques, cette distinction, peu prisée par la doctrine, va produire des conséquences de plus en plus nombreuses. Elle repose sur un critère physique conforme à l'étymologie, l'immeuble est le sol et tout ce qui y est attaché (GAIUS, 2, 204), le meuble est au contraire aisément déplaçable.

Sans avoir l'importance qu'on lui reconnaîtra dans notre ancien droit, la distinction est connue dès l'époque de la *loi des XII Tables* : en matière d'usucapion, les délais sont de deux ans pour les biens fonds, d'un an pour les meubles (GAIUS, 2, 42). A partir de l'époque classique, la différence a des effets plus importants mais il s'agit là de conséquences pratiques que l'on ne traduit jamais dans une règle juridique de portée générale.

L'acquisition par la possession prolongée (*usucapion*) variait selon qu'il s'agissait de meubles ou d'immeubles; parallèlement la protection possessoire diffère pour les deux sortes de biens (GAIUS, 4, 150). La différence produit des effets dans les domaines les plus divers. Parfois, la distinction n'est que la constatation d'une différence de nature entre les meubles et immeubles : ces derniers seuls peuvent servir de support aux servitudes, donner lieu à des règlements entre voisins. A l'inverse, le meuble, en raison de sa mobilité, sera facilement l'objet de vol ou de l'*actio ad exhibendum* (v. *infra*, n° 172).

Les juristes romains dépassent cependant le critère matériel, des raisons économiques les poussent à élargir les applications de la distinction. Moindre valeur des meubles, facilité de leur transfert, expliquent les discriminations faites en matière de lésion (rescision de la vente d'immeuble pour lésion), de contrôle et de publicité des aliénations immobilières (restriction des ventes d'immeubles au Bas-Empire, insinuation, interdiction faite au tuteur ou au mari de vendre des biens fonds du pupille ou les immeubles dotaux de la femme).

Autre preuve de vitalité de la nouvelle distinction, des subdivisions sont introduites dans la catégorie des immeubles : on oppose les fonds bâtis aux fonds non bâtis (*praedia urbana*,

praedia rustica : D., 50, 16, 98), et les fonds italiques aux fonds provinciaux. Certes, une partie de la doctrine, à la fin du Haut-Empire, pour tenir compte de l'importance croissante de la nouvelle distinction, s'efforce de la substituer à celle des *res Mancipi* et *nec Mancipi* (*Ulpiani regulae*, 19, 6 et 8). Les résultats limités de cette tentative pour ramener la théorie à la réalité constituent un bon exemple de la force de la tradition, notamment en matière de terminologie et de classification juridiques.

[10] CLASSIFICATIONS SECONDAIRES. — Ces catégories reposent, pour la plupart, sur des données physiques, mais pratique et doctrine ont modifié et ajouté à la nature en fonction de l'utilité économique. La terminologie, en général œuvre des commentateurs du droit romain, a été dégagée au cours d'une évolution qui se poursuit de nos jours : 1) Certaines classifications résultent d'*antithèses* ; 2) D'autres du caractère *complémentaire* de certains biens.

LES ANTIHÈSES. — Elles reposent sur deux critères très proches l'un de l'autre : 1) La *consomptibilité* ; et 2) La *fongibilité*.

1) *Consomptibilité*. — Critère réaliste s'il en fut, la catégorie des biens consomptibles repose sur la constatation qu'il est des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait (*quae ipso usu consumuntur*, I., 2, 4, 2 : vin, huile, blé, par exemple). A la fin de l'époque classique, les juristes ajoutent à l'idée de consommation matérielle celle de consommation juridique : l'argent est consomptible car on ne peut l'utiliser qu'en l'aliénant (GAIUS, 3, 90 ; D., 7, 5, 5, 1 et 2). La destruction a un caractère économique et non physique.

2) *Fongibilité*. — Avec la catégorie des choses qui se définissent par leur nombre, leur poids ou leur volume (*qui numero, pondere, mensurave constant* : I., 3, 14, pr.), données physiques et philosophie scolastique se rejoignent. Le *Livre de la Sagesse*, la philosophie grecque, les Pères de l'Église haussent la triade à la dignité métaphysique (GENZMER, *RIDA*, 1952, p. 476). Plus prosaïques, les Romains, se fondant sur les propriétés physiques des biens et en fonction des nécessités du commerce, ont fait de la distinction une catégorie juridique. Certaines choses sont dépourvues d'individualité, elles sont interchan-

geables (blé, huile, vin, argent). Dans un contrat de prêt de consommation (à la différence du prêt à usage, v. t. I, n° 223), ou dans un usufruit, l'emprunteur ou l'usufruitier n'est tenu que de restituer des choses semblables à celles reçues. La restitution est moins affaire de qualité que de quantité (D., 7, 1, 15, 4, *itp.* ; 7, 5, 5, 1).

Certaines choses se confondent avec d'autres, parce qu'elles sont du même genre, par opposition aux *corps certains* faciles à individualiser (D., 12, 1, 2, 1). La différence entre chose de genre et corps certain est surtout subjective, fonction qu'elle est de l'intention des parties. La réalité physique est largement interprétée par la volonté des contractants. La fongibilité d'une chose est étroitement dépendante des pratiques commerciales (les parties peuvent toujours décider que des choses éminemment fongibles, comme des pièces de monnaie, seront des corps certains : D., 16, 3, 24).

La distinction a des conséquences importantes, tant dans le domaine de la compensation que dans celui de la responsabilité (*genera non pereunt*).

Au Bas-Empire, on assimile aux choses que l'usage détruit celles que l'usage détériore (*quae usu consumuntur vel minuuntur*, titre du D., 7, 5 : le vêtement est classé parmi les choses consommables, car l'usage en diminue la valeur jusqu'à la faire disparaître : I., 2, 4, 2 ; D., 7, 1, 15, 4, *itp.*, v. *infra*, n° 228). Dans la plupart des cas, les choses consommables sont également fongibles (GAIUS, 3, 90). Mais il n'y a pas confusion entre les deux catégories, tout au moins au Bas-Empire (les vêtements, choses considérées comme consommables, ne sont pas fongibles : *non sicut quantitatis*, D., 7, 1, 15, 4).

[II] CATÉGORIES COMPLÉMENTAIRES. — Alors que les catégories précédentes sont fondées sur les contraires, le *sic et non* est ici abandonné en faveur de l'idée de complément. On ne cherche plus à établir une opposition, mais un rapport juridique entre les biens. « Ces rapports sont généralement construits sur des données objectives, soit économiques, soit même physiques » (CARBONNIER, II, p. 62). 1) *Accessoire et principal* ; 2) *Fruits et chose frugifère*, dans chacune de ces classifications les catégories sont des composants, elles forment un ensemble.

1) *Accessoire et principal.* — *Accessorium sequitur principale*, l'adage est dégagé dans notre ancien droit où il est à la base de la catégorie des immeubles par destination. Le droit romain ne connaît que quelques cas pratiques, il en est resté au stade des constatations de la réalité (sur le désenchantement provoqué par la « fiction la plus inutile du droit moderne », v. CARBONNIER, II, p. 69). Certaines choses servent de complément à une autre, elles lui permettent de remplir son but (une maison n'est habitable qu'avec portes, serrures, clefs : D., 19, 1, 17, pr., et tuiles, qu'elles soient matériellement fixées ou non à l'immeuble : D., 43, 24, 8). A la différence de la partie d'un tout, la chose accessoire conserve son individualité par rapport à la chose principale, « elle n'est pas nécessaire à l'existence de la chose principale, elle est destinée à son usage et à son service » (BONFANTE, II, 1, p. 141). Constituent l'accessoire d'un fonds, les choses nécessaires à son exploitation (*instrumentum fundi* : esclaves, bêtes de somme, instruments aratoires, la liste de ces choses étant fonction du genre d'exploitation : D., 33, 7, 8 sq.). Une utilisation analogue du caractère accessoire de certaines choses est faite pour l'utilisation d'une maison ou d'un navire (D., 33, 7, 13 sq.). Notons, enfin, que la distinction du principal et de l'accessoire n'est pas propre au droit des biens. On la retrouve dans le droit des obligations (intérêts par rapport au capital, sûreté par rapport à la dette garantie).

2) *Fruits.* — Est fruit tout produit organique qui sort *périodiquement* d'un bien sans en modifier l'intégrité. Ce sont les fruits *naturels* du droit moderne (fruits qui servent normalement à la nourriture de l'homme : D., 33, 2, 42 ; laine ou croît des animaux : D., 22, 1, 28, pr.), par opposition aux fruits *civils* : revenus d'une chose obtenus grâce à la technique juridique (location, prêt). Ces derniers ne sont pas, pour les romains, de véritables fruits (D., 50, 16, 121 ; *loco* ou *vice fructuum* : D., 5, 3, 29 ; 22, 1, 34 ; *pro fructibus* : D., 22, 1, 36) mais des revenus (*reditus* : D., 19, 5, 24 ; 34, 4, 30, pr.).

La différence ne doit pas être exagérée, les fruits sont naturels, mais les juristes n'hésitent pas à modifier la nature, ils ne s'estiment pas liés par les données physiques. Les minerais

sont des fruits, les pierres extraites des carrières sont fruits à l'époque classique, et ne le sont plus au Bas-Empire (MONIER, I, n^o 253).

Pour des raisons techniques (v. *infra*, n^{os} 146, 172), les juriscultes ont établi des distinctions entre les fruits en raison de leur situation par rapport à la chose frugifère ou au possesseur (ici encore le critère technique remodèle la nature) : fruits *pendants*, ils adhèrent à la chose frugifère et participent à sa condition juridique (D., 6, 1, 44), fruits séparés de la chose frugifère d'une manière quelconque même accidentelle (vent) et fruits perçus, c'est-à-dire récoltés par l'homme. Parmi ces derniers on distingue : les fruits *existants* (*exstantes*), conservés, après leur récolte, dans le patrimoine du possesseur de la chose frugifère et les fruits consommés, qui ont été détruits, transformés ou vendus par le possesseur.

SECTION II. — Ancien droit

[12] I. — LE DROIT FRANC. — C'est au droit des premiers Romains qu'il faut comparer le droit des Germains : ici et là, même absence de système, même ignorance des choses incorporelles ; mais les Romains sont un vieux peuple d'agriculteurs et, partant, de propriétaires fonciers ; au contraire les Germains sont venus tard à l'agriculture : au temps de César (*De bello gallico*, IV, 1, et VI, 22) « il n'est personne qui possède un champ déterminé ou des limites qui lui soient propres ». Tacite paraît bien indiquer que les maisons sont l'objet d'une propriété privée, mais celle-ci s'appliquait avant tout aux armes, aux chevaux, au bétail, aux esclaves, aux récoltes.

La Gaule celtique, bien avant la Germanie, était un pays agricole et commerçant : les Gaulois connaissent la propriété des terres et frappent des monnaies au moins au III^e siècle avant notre ère.

A l'époque franque, il persiste des traces très nettes de propriété collective (nous y reviendrons, n^o 66), mais la propriété privée est devenue la règle et elle porte sur les meubles comme sur les immeubles. Ceux-ci sont pourtant traités diffé-

remment : sur les meubles périssables, susceptibles de déplacement, l'individu a un droit de disposition plus absolu qui traduit bien son emprise plus directe et plus personnelle. Les immeubles sont soumis à des règles plus complexes.

La question est évidemment liée à l'histoire de la propriété, à l'usage des biens, à l'intérêt qu'on leur découvre ou à la valeur qu'on leur attribue ; des conceptions successives apparaissent comme enchevêtrées qu'on peut, au moins hypothétiquement, distinguer :

1^o La première idée est celle de l'économie pastorale : les terres sont d'usage commun tandis que les troupeaux, les armes, les chevaux sont objets de propriété ; le signe de celle-ci est une *marque* qui les identifie, marque qui sera apposée sur les animaux et qui pourra l'être — quand l'occupation privée succédera à l'usage collectif — même sur les pâturages : d'où la distinction qui apparaît maintes fois dans les lois barbares entre les biens « marqués » et les biens « non marqués » (*infra*, n^o 206).

2^o La période franque est une époque d'économie agricole mais aussi de vie patriarcale. Le groupe et, spécialement, le groupe familial absorbe l'individu ; le lot de celui-ci ce sont les biens dont l'usage est passager ; au contraire les biens perpétuels apparaissent comme la dotation de la famille entière : d'où la distinction des biens individuels et des biens familiaux et la place faite, parmi ceux-ci, à la terre que sa pérennité même voue spécialement à ce rôle familial. Les immeubles ne sont ni saisissables, ni pleinement aliénables ; parmi les immeubles eux-mêmes on oppose l'*alleu* qui est la *terra paterna*, provenant de la famille, à l'*acquêt, comparatum, conquistum*, plus librement soumis au droit de disposition du propriétaire : c'est évidemment l'origine de la distinction des propres et des acquêts.

3^o La division des biens en meubles et immeubles, c'est-à-dire en choses mobiles et en choses non mobiles, répond au contraire à une économie d'échange : le cheptel sera considéré comme un immeuble quand on le rapporte à l'exploitation d'un fonds dont il est le complément nécessaire ; mais s'il est vendu séparément, il sera traité à l'occasion de la vente comme meuble : ce qui explique que la distinction des meubles et des

immeubles est anciennement mal faite et que des coutumes maintiennent la catégorie intermédiaire des *cateux* (cf. n^o 15).

[13] II. — L'ÉPOQUE FÉODALE. — La féodalité va imposer de nouvelles distinctions :

1^o L'opposition la plus nette est celle du *fief* et de l'*alleu*. A la fin de l'époque carolingienne le terme d'*alleu* prend un nouveau sens, issu du précédent : il représente la terre familiale, l'héritage, mais aussi la terre libre de toute contrainte féodale ; il s'oppose ainsi au bénéfice ou au fief. Le mot *fief* apparaît, par exemple, vers 960 en Languedoc pour désigner une terre assujettie à un droit de justice et soumise au paiement d'un cens (*Hist. Languedoc*, t. V, col. 366), mais aussi un bénéfice viager ou une tenure. Parfois, en Normandie par exemple, le mot désigne simplement un immeuble et s'oppose à *catallum* (meuble, *cateu*).

2^o L'opposition des biens féodaux et des biens non féodaux est moins nette. Les tenures roturières sont féodales au même titre que les fiefs et elles sont soumises, notamment dans le droit de l'Ouest, aux mêmes règles en ce qui concerne le paiement des droits de mutation ; elles comporteront une division des domaines direct et utile ; dans certaines régions — à Toulouse, en Bretagne — on parle de « fiefs roturiers ». Néanmoins, dans la région parisienne — au moins aux XIII^e et XIV^e siècles — on place les tenures roturières parmi les biens non féodaux à raison de la « dignité » plus grande reconnue aux fiefs.

3^o De cette idée va procéder l'opposition des biens nobles et des biens roturiers : le fief est la tenure noble par excellence. Les censives sont roturières comme l'emphytéose (« La spurienne emphytéose que méprise la noble gent »).

Ajoutons que la catégorie des *res extra commercium* est complètement étrangère à l'époque féodale : les églises sont vendues ou données suivant la pratique bien connue de l'« Eglise privée » ; les droits de justice, le droit de battre monnaie sont normalement l'objet de propriété privée.

[14] LA THÉORIE : LOGIQUE ET DROIT ROMAIN. — Jusqu'ici, il n'existe aucune élaboration doctrinale : on distingue les biens selon leur origine ou leur nature, mais en ne visant que les biens corporels : les droits, les créances sont mis à part.

Parmi ces droits, il en est qui ont une importance sociale et économique toute particulière : ce sont les droits seigneuriaux — Pierre de FONTAINES (*Conseil à un ami*, 33, 12), dira les « droitures » — cens, corvées, tonlieux ou péages : ils constituent des « fiefs », partant des immeubles ou héritages et ils sont traités comme tels. Tous les biens féodaux sont ainsi considérés comme immeubles et il en est de même de tous les biens propres : par là l'opposition des meubles et des immeubles était renforcé, et il restait à lui donner une forme doctrinale.

1^o Au XII^e siècle, la logique commence par l'étude des *Catégories* empruntée à Aristote ; Cicéron est l'*auctor* par excellence, et les *Topiques* sont longuement commentées. La dialectique habitue les esprits à diviser et à comparer : *dividere*, c'est l'œuvre propre de l'esprit humain, de la raison qui « descend » de l'universel au particulier, du déterminé, du défini, facilement connaissable à l'indéfini. Pierre de Blois qui était un lettré, mais aussi un juriste, remarque vers le milieu du siècle : « On forme les étudiants à disserter sur les inclinaisons de la nature, sur les principes des corps, sur l'un et le divers, sur le divisé, sur la substance et la forme du mot, sur l'essence des universaux, sur les causes des choses, sur les différentes catégories des causes qui interviennent dans les contrats ou les quasi-contrats » (*Epistola*, 101 ; *Patrologie Lat.*, t. 207, p. 311-314). Habitudes d'esprit qui devaient conduire les juristes à mettre plus de subtilité dans leurs classifications des biens et à l'ériger en système. De là procède l'idée d'une *summa divisio* concernant tous les biens.

On peut croire que pour ceux qui, à l'époque, se piquaient de philosophie, la « catégorie » des immeubles apparaissait comme un *status rerum*, une manière de considérer les choses dans leur existence et dans leur essence, aussi conventionnelle qu'étaient les règles de grammaire par exemple.

2^o L'influence du droit romain est certaine. La catégorie des droits incorporels y est connue et l'un des quatre docteurs, MARTINUS, place parmi ceux-ci les actions. L'idée que les meubles sont moins précieux que les immeubles est reprise par la glose qui indique que *Mobilium rerum vilis est possessio* (Gl. *Dominia rerum*, *Inst.*, 2, 6, pr. et gl. *Neglecta*, D., 41, 2, 47).

3° La formule de la glose convenait pleinement à la société féodale pour qui la terre est la seule vraie richesse et la source de toute puissance. Le droit coutumier traduit les besoins et l'esprit de cette société en accordant une protection toute spéciale aux immeubles : revendication, insaisissabilité, et, pour les propres, retrait, réserve, succession particulière. Au contraire, les meubles échappent à ces règles : ils se déplacent et circulent aisément et les rigueurs du droit familial ne les concernent guère.

Il y avait déjà quelque archaïsme au XIII^e siècle dans ce mépris des meubles et de l'argent et les auteurs coutumiers ne font pas écho. BEAUMANOIR, par exemple, qui tente une première synthèse (nos 672 et 678), retient seulement comme caractère des immeubles : 1° Qu'ils peuvent être déplacés (« Héritages sont choses qui ne peuvent être mues ») ; 2° Qu'ils produisent des revenus chaque année (« Qui valent par années ») ; 3° Qu'ils sont perpétuels (« Héritage ne peut faillir »).

[15] LA PRATIQUE COUTUMIÈRE. — Tous les auteurs coutumiers observent le même réalisme ; leurs théories sont limitées et n'ont d'autre objet que de répondre à des cas particuliers :

1° L'immeuble est *res soli* : ainsi les maisons (sauf dans certaines coutumes des cabanes en bois démontables), les récoltes pendantes, les vaisseaux vinaires « tenant en terre », ainsi les moulins à vent (mais non en général les moulins sur bateaux) ; ainsi encore, depuis un arrêt du Parlement de 1280, « toute chose qui tient à cheville, à clou ou à racine » (*Olim*, t. II, n° 30, p. 164 ; repris par LOISEL, n° 202) ; ainsi enfin les immeubles par destination : le *Grand Coutumier*, la *Somme rural* mentionnent les poissons des étangs et l'artillerie des châteaux ; mais ils ne vont pas plus loin. Pour eux la « destination » suppose non seulement l'« utilité », mais la « nécessité », répondant à la « nature » des choses (*sic*, *Grand Coutumier* : « La nature de l'étang est d'avoir poissons »), ce qui paraît bien répondre aux spéculations scolastiques (cf. par exemple SAINT THOMAS, *In VIII Phys.*, VIII, 15-17 : *Hoc enim naturale quod similiter se habet in omnibus quia natura semper eodem modo operatur*). Le droit coutumier réputera toujours meubles les poissons d'un réservoir, les pigeons de volière ou les abeilles des ruches qui n'ont pas de destination naturelle.

2° Les droits féodaux sont réputés immeubles incorporels par le *Grand Coutumier* (II, 5, p. 195), tant à raison de la permanence de leur productivité que pour leur assise terrienne. Les rentes (cf. *infra*, n° 17) assignées sur un fonds sont immeubles au moins si elles sont perpétuelles ; mais les rentes viagères sont normalement traitées comme des meubles.

3° Les coutumes du Nord — archaïques et toujours plus fidèles aux anciennes règles — connaissent une catégorie de biens qui, a-t-on prétendu au moins dès le XIII^e siècle, ne sont ni meubles, ni héritages : ce sont les *cateux* (*catalla*). Beaumanoir lui-même s'y réfère parfois (n° 18, n° 1482). Le terme est courant en Normandie (la *Summa* oppose *catalla* et *feoda*) et en Angleterre (*goods and chattels*).

La liste que l'on donne des cateux est fort disparate : bois ou taillis non coupés en temps utile, arbres fruitiers non greffés, blé et herbe des prés proches de la moisson (ce sont les cateux *verts*), bâtiments légers, comme granges et étables, partie mobile des moulins, parfois même les maisons (ce sont les cateux *secs*).

La notion de catel paraît remonter aux origines du droit coutumier et elle garde le souvenir de l'opposition anciennement faite par le droit franc entre le bien familial hérité (*heredium*, *allodium*, héritage) et les biens personnels de l'individu, ses meubles, mais aussi les produits de son travail personnel.

4° Pour les créances, on ne pense pas encore à en faire des meubles ou des immeubles ; on a souvent cité, après DU MOULIN, la phrase de Guillaume DURAND : *Quia nomina nec inter mobilia nec inter immobilia numerantur* (*Speculum juris*, II, 3, n° 6). L'idée même était étrangère au droit romain.

Cependant, les glossateurs, en classant les actions (et les droits qu'elles impliquent), font cette remarque de bon sens que certaines actions tendent à une chose meuble et d'autres à des immeubles. Les Bartolistes prennent la distinction à la lettre et y soumettent les actions elles-mêmes ce qui n'est pas admis avant le XV^e siècle par la pratique qui reste fidèle à la distinction des actions réelles et des actions personnelles.

[16] III. — DU XVI^e SIÈCLE AU CODE CIVIL. — Au XVI^e siècle se marque un nouvel effort de systématisation : la matière est

fort importante et les idées coutumières s'y mêlent aux principes du droit savant :

1^o La tradition coutumière est très forte et elle se manifeste lors de la rédaction des coutumes : on en retrouve la trace dans les articles 90 et 91 de la coutume de Paris de 1580 comme dans les articles 522, 524 et 525 du Code civil. La liste des immeubles par destination s'allonge par l'action de la jurisprudence du Parlement de Paris. La destination paraît procéder désormais de la volonté déclarée par le propriétaire ; mais cette volonté ne peut aller contre la nature des choses ; elle intervient surtout à l'occasion du régime de communauté pour modifier le statut d'un bien : *a*) Soit par une clause de réalisation qui crée des immeubles fictifs : une dot en argent constituée pour acheter un immeuble est tenue pour immeuble à raison de sa destination; on fait une stipulation de propres pour empêcher des deniers de tomber en communauté ; *b*) On peut, à l'inverse, prévoir une clause d'ameublissement qui, dans les rapports entre époux, attribue à un immeuble le sort d'un meuble.

2^o La tradition scolastique se retrouve dans l'idée d'une nécessaire *summa divisio* des choses, nettement formulée par LOYSEL : « Tous biens sont meubles ou immeubles » (n^o 194), ce qui concernait les droits et actions comme les biens corporels. Le droit commun est bien exprimé par l'article 89 de la coutume de Paris : « Cédulés et obligations faites pour somme de deniers, marchandises ou autres choses mobilières sont censées et réputées meubles. » Dans une vente, la créance du vendeur qui porte sur le prix est meuble, la créance de l'acheteur qui porte sur la chose est immeuble. La créance du fermier — qui porte sur les fruits — est meuble. Une créance hypothécaire, à raison du caractère accessoire de l'hypothèque est meuble ; il en est de même de la créance portant sur une obligation de faire (qui se résout en dommages-intérêts).

De là venaient des difficultés sans nombre, habilement exploitées par la jurisprudence du Parlement de Paris pour assouplir le jeu du régime de communauté. Au contraire, les Parlements de droit écrit répugnaient à ces subtilités : pour eux, « les droits et actions sont une espèce de biens différente des meubles et des immeubles » (MAYNARD, IX, n^o 37, éd. 1617, p. 98).

On justifiait la solution par les termes employés par les lois romaines.

3^o Quant à la dogmatique romaine, elle impose l'idée que les meubles sont de peu de valeur tandis que les immeubles sont précieux : on a sans doute exagéré la portée de l'adage *Res mobilis, res vilis* ; cependant les physiocrates lui donnèrent une nouvelle vie et l'érigèrent en système. VOLTAIRE polémique contre eux (cf. *L'homme aux quarante écus*), mais les idées de l'École se retrouveront très nettement dans le Code civil.

A vrai dire la conception est, en 1804, plus choquante qu'elle ne l'était dans l'ancien droit. Pour le Code civil, les rentes sont meubles ; les offices le sont également (DEMOLOMBE, t. IX, p. 33) ; le prêt à intérêt, autrefois contesté, est définitivement reconnu ; les valeurs commerciales ou industrielles élèvent, au XIX^e siècle, dans des proportions inconnues jusque-là, l'importance de la richesse mobilière. Dans l'ancien droit, au contraire, non seulement les grandes fortunes reposaient sur le sol, mais les rentes et les offices, à raison même de la valeur qui leur était reconnue, étaient immeubles.

[17] LES RENTES. — Les rentes sont considérées comme des charges réelles (cf. *infra*, n^o 246) et leur nature immobilière n'est pas discutée. La doctrine, entraînée par DU MOULIN, les considère bien, à partir du XVI^e siècle, comme des créances personnelles, mais le droit commun coutumier (et spécialement la coutume de Paris) continue néanmoins à les classer parmi les immeubles.

Pourtant, certaines coutumes (Troyes, Artois, Bourgogne) en font des meubles et le même principe est suivi dans le Midi : les rentes constituées à prix d'argent — ou rentes volantes — ne peuvent être suivies par hypothèque, ce qui les fait réputer meubles.

De là venait une difficile question de conflit des lois sur laquelle la jurisprudence des Parlements variait beaucoup : le caractère des rentes était déterminé soit par le domicile du crédi-rentier, soit par celui du débi-rentier, soit par le lieu de paiement. La même question se posait pour les rentes dues par le roi, le clergé, les villes et les provinces.

Les lois de l'époque révolutionnaire conservèrent les règles

traditionnelles. L'abolition des droits féodaux ne fit même pas perdre aux rentes leur caractère d'immeubles ; ce n'est que la loi du 11 brumaire an VII qui le leur enleva implicitement en décidant que les rentes ne pouvaient plus être frappées d'hypothèques (Cass. Ch. réunies, 27 novembre 1835, Rép. Dalloz, v^o *Rente foncière*, n^o 56).

[18] LES OFFICES. — Les offices, avant même qu'ils soient devenus pleinement patrimoniaux, vont être traités comme immeubles. La question est posée au XVI^e siècle à l'occasion des poursuites exercées contre les officiers par leurs créanciers hypothécaires. L'article 95 de la coutume de Paris (qui reprend la solution fournie par un arrêt du Parlement de 1557), l'article 514 de la coutume de Normandie décident que les offices peuvent être hypothéqués comme des immeubles, mais qu'au cas de vente sur saisie, les deniers sont « sujets à contribution comme meubles ».

Après l'édit de la Paulette la question est reprise par LOYSEAU dans son *Traité des offices* qui ne parvient pas à décider de leur nature : ils sont mobiles, suivent la personne de l'officier et se perdent avec elle ; mais à l'opposé, ils sont choses « nobles » et non « vils ».

Pour les offices dits domaniaux ou héréditaires (greffes, contrôles, tabellionages), considérés comme féodaux, ils sont reconnus immeubles à raison de leur « subsistance perpétuelle ». Les autres offices, dits « casuels » (les offices de judicature notamment) ne sont conférés à l'officier que par une provision royale et seul le « droit de présentation » peut donner lieu à « finance ».

L'argument était de poids et il s'y mêlait un jeu complexe d'intérêt qui concernait les juges eux-mêmes. Ils prétendaient à leur mort disposer librement de leur office ou tout au moins en fixer librement la valeur. Enfin, les officiers répugnaient à admettre pour les offices la procédure de saisie immobilière. La nature reconnue à l'office déterminait les droits de la femme soit par le jeu du régime de communauté, soit à l'occasion du douaire, et les droits successoraux eux-mêmes. La considération sociale, la consistance du patrimoine familial, partant le mariage lui-même en étaient venus à dépendre de la possession d'un

office, et, en définitive du caractère mobilier ou immobilier reconnu à celui-ci.

Après l'édit de Paulet (1604), l'idée de protection du patrimoine familial l'emporte et les offices sont considérés comme des immeubles. Ils peuvent être saisis réellement et dans une communauté ou une succession constituer des propres. Ces solutions furent imposées par une série d'arrêtés du Conseil du roi et reprises par un édit de février 1687 qui portait règlement pour les ventes par décret des offices et la distribution du prix.

ÉTAT DES QUESTIONS

I. — DROIT ROMAIN

Il serait souhaitable d'essayer de préciser le régime juridique des différentes *res*, de rechercher dans quelle mesure les Romains, qui ont élaboré leur droit de façon empirique, ont connu « un droit des biens spéciaux ». V. un point de départ de cette étude dans M. VILLEY, Le droit subjectif et les systèmes juridiques romains, dans *RHD*, 1947, p. 211 sq. Cf. les préoccupations de la doctrine moderne : CARBONNIER, II, p. 44. V. sur toutes les questions relatives à la division des biens les nombreux et importants travaux de M. VILLEY, et en dernier lieu : *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1957, p. 204 sq., avec la bibliographie.

L'antithèse : corpus, jus. — La distinction des *res corporales* et *incorporales*, et ses effets en matière de possession ne semblent pas remonter à une date très ancienne. F. de VISSCHER (Quelques observations sur les origines du *Dominium* romain, *BARB*, 1958, p. 163), estime que la distinction « semble avoir fait son apparition dans la doctrine juridique à l'époque de CICÉRON, soit à peu près en même temps que la notion de *dominium* ». Le passage de la théorie à la pratique n'a pu se faire sans tâtonnements. L'*usucapio* des servitudes avant la loi Scribonia, l'*usucapio hereditatis*, l'*usus* dans l'acquisition de la *manus*, les plus anciens interdits en matière de servitudes supposent l'existence d'une *quasi-possession*. Que le terme ait été inventé, ou plutôt généralisé au Bas-Empire, ne change rien au fond du droit.

V. en dernier lieu GROSSO, La distinzione fra « *res corporales* » e « *res incorporales* » e il secondo capo della « Lex Aquilia », dans *Synteleia Arangio-Ruiz*, Naples, 1964, p. 791-801.

Summa divisio traditionnelle. — Sur l'équivoque de la terminologie : *res in commercio*, *res extra commercium* ou plus exactement : *res quarum commercium non est*, v. SCHERILLO, *Le cose*, Milan, 1945, p. 29 sq. Sur le sens de *commercium* « qui est peut-être un droit de marché » (ELLUL, p. 228), v. SAUTEL, Essai sur la notion romaine de « *Commercium* » à l'époque

ancienne, dans *Varia. Etudes de droit romain*, Paris, 1952, p. 1 sq. ; et KASER, Von Begriff des « commercium », dans *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, 1953, t. II, p. 131 sq.

On s'est efforcé de concilier la division : *res in et extra patrimonium* avec la *summa divisio* : *res divini et humani juris*, les *res in patrimonio* correspondant aux *res humani juris*. V. ARCHI, *La summa divisio rerum in Gaio e in Giustiniano*, dans *SDHI*, 1937, p. 5 sq., ce qui est en contradiction avec le même GAÏUS, 2, 10 : les *res humani juris aut publicae sunt aut privatae* ; cf. D., 1, 8, 1, pr.

Res communes omnium. — Où finit le droit de libre utilisation de chacun ? On peut ériger des constructions sur le littoral ou dans la mer, on en est propriétaire tant qu'elles subsisteront (D., 41, 1, 14, 1 ; cf. D., 39, 1, 1, 18 ; 41, 1, 30, 4 et 4 ; 1, 50), contrairement au principe *superficies solo cedit* (KASER, I, p. 322). Mais on ne doit pas pour autant gêner les autres (D., 43, 8, 3, 1), la libre jouissance de tous est sanctionnée en justice (D., 47, 10, 13, 7).

Où commence le droit de l'Etat ? Ce dernier affirme la pêche dans les eaux du littoral (BRUNS, *FIRA*, III, p. 77 sq.), à la fin de l'époque classique, il accorde des permis de construire sur le littoral (D., 41, 1, 50 ; 43, 8, 3, 1). S'agit-il de la part de l'Etat, d'un droit de souveraineté ou de propriété ? Dans quelle mesure peut-on distinguer les *res communes omnium* des *res publicae in usu publico*. V. SCHERILLO, *ouvr. cit.*, p. 73 sq., et plus récemment, LOMBARDI, *Ricerca in tema di ius gentium*, 1946, p. 49 sq. ; VEGTING *Domaine public et res extra commercium*, Paris, 1947, p. 36 sq. ; BRANCA, *Le acque riservate o possedute per un certo uso e l'opinione di un mio critico*, dans *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, 1953, t. II, p. 469 sq. ; BRAUN, *L'acquisition de l'eau en droit romain*, Thèse, Droit, Paris (à paraître) ; CORTESE, Demanio, *Enciclopedia del diritto*, 1964, p. 70-74 ; dell'ORO, *Le « Res communes omnium » dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, dans *Studi Urbinati*, 1962.

Res Publicae. — Leur liste est hétérogène, v. SCHERILLO, *ouvr. cit.*, p. 93. La nature des droits de l'Etat est discutée : souveraineté (KELLER) appartenant juridique (IHERING), propriété de droit public (EISELE). Si l'opinion dominante est favorable à une confusion avec la propriété privée, il n'en va pas de même en droit moderne où, en dépit des rapprochements possibles, le droit public entend ne pas perdre « l'autonomie presque complète » qu'il a obtenue « par suite du développement exceptionnel de la juridiction administrative » (PELLOUX, préface de VEGTING, *ouvr. cit.*, p. IX).

V. BRANCA, *Governo democratico nella Roma del II sec. a. C.*, dans *Cultura e Scuola*, t. X, 1964, p. 144-148 ; BURDEAU, *Les domaines impériaux au Bas-Empire*, Paris, 1966, thèse droit, dactyl. ; NESSELHAUF, *Patrimonium und « res privata » des römischen Kaisers*, *Historia Augusta Colloquium*, Bonn, 1963, p. 73-93.

Res universitatis. — V. G. CARTAXO, *Evolução da teoria da « universitas »* dans *Revista da Faculdade de Direito*, 1954, p. 44 sq. ; BIONDI, *La dottrina giuridica della « universitas » nelle fonti romane*, dans *BIDR*, 1958, p. 1 sq. V. une étude des agrégats d'animaux, des ensembles d'animaux et de choses

animées ainsi que des ensembles de choses inanimées dans A. dell'ORO, *Le cose collettive nel diritto romano*, Milan, 1963.

Res divini iuris. — La correspondance qui existe entre les catégories de *res humani* et *divini iuris* témoigne d'un bel ordonnancement, il n'en fallait pas plus pour éveiller des doutes sur leur origine classique. V. la très vivante controverse entre FANETTI, L'inquadramento classico delle « res sanctae », dans LABEO, 1956, p. 98 sq., avec une bibliographie très abondante et SOLAZZI, Ritorni su Gaio, dans *Iura*, 1957, p. 4 sq. Comme le constate très justement BIONDI, *Istituzioni*, p. 151, n. 25, l'interpolation est des plus douteuses par manque d'intérêt. Avec les progrès du christianisme, les *res sanctae* perdent de leur importance. V. la réfutation de SOLAZZI, *ouvr. cit.*, p. 15 sq., qui situe les remaniements au début du IV^e siècle. En dernier lieu, FABRINI, *Res divini iuris*, *NDI*, XV, 1968, p. 510-565.

Res sacrae. — Fort instructive est la transposition des règles païennes dans la pratique chrétienne. Comme en bien d'autres cas (fêtes, rites du mariage, par exemple), l'Église a fait siennes, en les adaptant, les pratiques antérieures. Composer avec la tradition, en changer le sens, est encore le meilleur moyen d'en triompher.

Sur les transformations et les assouplissements des cérémonies de la consécration (simple bénédiction d'un prêtre pour les meubles), ainsi que sur la reconnaissance d'une propriété des *res sacrae* à l'Église, personne morale, v. les textes cités par SCHERILLO, *Le cose*, Milan, 1945, p. 44 sq. La protection des *res sacrae* est assurée par des sanctions civiles (D., 43, 6), auxquelles viennent s'ajouter des sanctions canoniques.

Sur une difficulté soulevée par GAJUS, 2, 7, a, SCHERILLO, *ouvr. cit.*, p. 41, n. 2, et BRUCK, *Ueber römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte*, Berlin-Heidelberg, 1954, p. 25 sq.

Res religiosae. — Outre SCHERILLO, *ouvr. cit.*, p. 48 sq., v. sur les amendes sépulcrales l'ouvrage toujours fondamental, en dépit des critiques d'ALBERTARIO (*Studi*, II, p. 1 sq.), de GIORGI, *Le multe sepolcrali in diritto romano*, Bologne, 1910, ainsi que VALDECASSAS, *La formula h.m.h.n.s. en las fuentes epigraficas romanas*, Madrid, 1929. La question a été renouvelée par les nombreuses études de F. DE VISSCHER, *SDHI*, 1947, p. 273 sq.; *Studi Solazzi*, 1948, p. 542 sq.; *RIDA*, 1948, p. 199 sq.; *AB*, 1951, p. 39 sq.; *RIDA*, 1953, p. 285 sq.; *Festschrift Lewald*, 1953, p. 175 sq.; *RIDA*, 1954, p. 283 sq.; et, en dernier lieu, *Le droit des tombeaux romains*, Milan, 1963. V. en outre LONGO, *Comunità cristiane primitive e res religiosae*, dans *BIDR*, 1956, p. 237 sq.; *Id.*, *La sepoltura dei Cristiani giustiziati*, dans *AUM*, 1958, p. 77 sq.; FRASER et NICHOLAS, *The Funerary Garden of Mousa*, dans *JRS*, 1958, p. 117 sq.; TUDOR, *Latomus*, 1958, p. 355 sq.; LONGO, *Sul diritto sepolcrale romano*, dans *Iura*, 1964, p. 137-158. Sur les difficultés soulevées par l'aliénation : de MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità della « res litigiosa » nel diritto romano*, dans *Università degli Studi di Urbino, Fac. di Giurisprudenza*, t. 15, Milan, 1967.

Les textes juridiques de l'époque classique soulèvent l'habituelle discussion sur l'importance et la date de leurs remaniements. Le résultat

de l'évolution étant : la confusion entre les *sepulchra hereditaria* et *familiaria*, la confusion entre *ius sepulchri* et *ius inferendi*, les progrès du caractère patrimonial du droit sur les sépulcres et la substitution, pour son contrôle, de l'autorité administrative à l'autorité religieuse.

Si les violations de sépulcres ont toujours été sévèrement punies par le législateur (D., 47, 12, titre à l'origine de tous les textes byzantins postérieurs : *Basil.* ; *Éclogé*, 17, 14 ; *Prochiron*, 39, 57), on trouve dans les inscriptions funéraires un très grand nombre d'interdictions d'aliéner sanctionnées par des peines pécuniaires. Simples moyens d'intimidation, dispositions testamentaires ou véritable loi, les hypothèses abondent (v. de VISSCHER, *Festschrift Lewald*, p. 176). Les recherches sont souvent décevantes lorsqu'il s'agit de relier la théorie à la pratique, *a fortiori*, lorsque cette dernière s'essaie à un dialogue entre terre et ciel. Les brillantes conjectures de F. de VISSCHER, fondées sur un classement méthodique des inscriptions, ont résolu maints problèmes. Certaines obscurités n'en subsistent pas moins. On conçoit mal, par exemple, que la protection des *sepulchra hereditaria* n'ait pas été assurée de la même manière que celle des *sepulchra familiaria*.

Particulièrement intéressante est « la transformation profonde dans la conception et la fonction même du tombeau dit de famille » (de VISSCHER, *Festschrift Lewald*, p. 180). Respect de l'individualisme à titre posthume et droits de la famille, préoccupations spirituelles et temporelles confèrent au droit sur les tombeaux un caractère très spécial que l'on retrouve de nos jours avec la reconnaissance d'un droit de propriété *sui generis* (RIPERT et BOULANGER, I, n° 3825).

Le cénotaphe, avant le dépôt d'un cadavre, reste dans le commerce (D., 11, 7, 6, 1). La tombe d'un esclave est *res religiosa* (D., 11, 7, 2, pr.), sur la légitimité de la sépulture d'un condamné, v. en corrélation avec les récentes fouilles pour retrouver le tombeau de saint Pierre : CAPOCCI, *Gli scavi del Vaticano alla ricerca del sepolcro di S. Pietro e alcune note di diritto funerario romano*, dans *SDHI*, 1952, p. 199 sq.

Le statut des tombeaux est étroitement lié à la question des fondations. V. l'étude toujours fondamentale de G. LE BRAS, *Les fondations privées du Haut-Empire*, dans *Studi Riccobono*, t. III, 1933, p. 23 sq., et plus récemment C. R. de JOLOWICZ, *Roman Foundations of Modern Law*, dans *RHD*, 1958, p. 595 sq. ; v. également BRUCK, *Ueber römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte*, Berlin-Heidelberg, 1954, p. 70 sq. Sur une influence du droit de l'Orient hellénique, v. de VISSCHER, *RIDA*, 1953, p. 319 ; BRUCK, *ouvr. cit.*, p. 46 sq.

Res sanctae. — Leur délimitation est délicate : c'est tout ce qui, sans être *res sacra* ou *res religiosa*, ne peut être violé sans peine très grave (SCHERILLO, *Le cose*, p. 65). Leur caractère hybride est justement relevé par FANTETTI, *L'inquadramento classico delle « res sanctae »*, dans *LABEO*, 1956, p. 94 sq., dans son exégèse sur le *quodam modo divini juris* de GAIUS, 2, 8. V., en sens contraire, SOLAZZI, *Ritorni su Gaius*, dans *IURA*, 1957, p. 11 sq. qui considère l'expression *quodam modo* comme un critère d'interpolation.

V. en dernier lieu, à partir d'une inscription de Tipasa, les pertinentes remarques de SESTON, Les murs, les portes et les tours des enceintes urbaines et le problème des « res sanctae » en droit romain, dans *Mélanges Piganiol*, 1966, p. 1489-1498.

Le critère d'aliénabilité : Res Mancipi et nec Mancipi. — *Crux juris*, s'il en fut, la classification a donné lieu à une très abondante littérature. V. un exposé des principales théories dans F. de VISSCHER, *Nouvelles études de droit romain public et privé*, Milan, 1949, p. 193 sq. L'auteur ouvre une voie nouvelle en levant l'hypothèque du caractère exclusivement économique de la classification et en montrant que la notion d'*auctoritas* est spécifique du régime des *res Mancipi* (toutes les difficultés ne disparaissent pas pour autant ; v. notamment, à propos des esclaves, p. 243 sq., et des servitudes, p. 230 sq.).

V. SCHERILLO, « Res Mancipi » e « nec Mancipi ». *Cose immobili e mobili*, dans *Synthese Vincenzo Arangio-Ruiz*, Naples, 1964, p. 83-97, et en dernier lieu BIONDI, « Res Mancipi » e « res nec Mancipi », dans *NDI*, XV, 1968, p. 568-569 ; et sur l'acquisition des *res Mancipi*, v. en dernier lieu : NICOSIA, Il testo di Gai 2.15 e la sua integrazione, dans *Labeo*, XIV, 1968, p. 167-186.

Il est fort probable qu'à l'époque ancienne, droit des biens et droit des personnes n'avaient pas encore été dégagés avec leurs concepts et leurs méthodes propres (F. de VISSCHER, Quelques observations sur les origines du *Dominium romain*, *BARB* (Lettres), 1958, p. 166).

La distinction entre les *res Mancipi* et *nec Mancipi* n'a peut-être eu ni la précision ni l'importance que la doctrine lui attribuera à l'époque classique. Non seulement le contenu de la catégorie des *res Mancipi* est quelque peu incertain (animaux dressés ou susceptibles de dressage), mais le rituel de la mancipation et la liste des *res Mancipi* n'ont pu se préciser qu'après la disparition de la monnaie de bétail dont KASER paraît contester l'existence pour les besoins de la cause. Dans la pratique, l'importance de la distinction, au point de vue des modes d'aliéner et d'acquérir, paraît contestable à un triple point de vue : 1) Dès la fin du III^e, début II^e siècle av. J.-C., la majorité des ventes d'esclaves semble se faire sans mancipation (v. notamment les textes de CATON et de PLAUTE, et les remarques pertinentes faites à leur sujet par G. SICARD, Caton et les fonctions des esclaves, *RHD*, 1957, p. 185 sq.) ; 2) Jusqu'au II^e siècle, les immeubles *res Mancipi* se limitent aux maisons sises à Rome même et aux terres de sa banlieue immédiate ; 3) L'emploi de la gestion d'affaires (tutelle, absence, *procuratores*) en réduit encore l'usage.

Le nombre et l'ancienneté des controverses incitent à l'éternel retour. V., en dernier lieu, le regain de faveur que connaît l'explication fondée sur l'importance économique des *res Mancipi* : GALLO, *Studi sulla distinzione fra res Mancipi e res nec Mancipi*, Turin, 1958 et la critique de F. de VISSCHER, dans *Iura*, 1959, p. 193 sq. V. également G. NICOSIA, *Animalia quae collo dorsove domantur*, dans *Iura*, 1967, p. 45-107, et BRASIELLO, *Proprietà*, *NDI*, 1967, p. 111-120.

Meubles et immeubles. — La distinction n'occupe pas dans les compilations romaines la place qu'elle devrait avoir, compte tenu du rôle qu'elle

joue dans la pratique. Ses applications sont multiples et elles sont rarement mises en lumière par la doctrine. C'est ainsi qu'il est fort possible que, dans la pratique, les romains aient connu une situation analogue à celle qui est à l'origine de notre adage coutumier : *meubles n'ont pas de suite par hypothèque*. V. D., 20, 1, 34, pr. : subrogation réelle appliquée aux marchandises d'une boutique. L'hypothèque ne porte pas sur les marchandises vendues après la constitution de la sûreté mais sur celles qui se trouvent dans le fonds de commerce lorsque l'on intente l'action en paiement (D., 20, 1, 26, 2 : au contraire, les esclaves, *res Mancipi*, sont l'objet d'un droit de suite).

Sur l'importance qu'a pu avoir la distinction, dès l'époque archaïque, v. KASER, *Eigentum und Besitz...*, 1956, p. 224 sq. ; *contra* F. de VISSCHER, De la défense d'usurper les choses volées, *RIDA*, 1958, p. 487, n. 34.

Sur l'assimilation de certains droits aux immeubles, dès le Bas-Empire, V. MONIER, I, p. 353, n. 3. V. sur des points particuliers : WOLFF, *ZSS*, 1958, p. 400 ; PRINGSHEIM, *LABEO*, 1958, p. 259 sq.

En dernier lieu, v. SCHERILLO, « *Res Mancipi* » e « *nec Mancipi* ». Cose immobili e mobili, dans *Synteletia Arangio-Ruiz*, Naples, 1964, p. 83-96.

CLASSIFICATIONS SECONDAIRES

Consumptibilité et fongibilité. — En dépit de la distinction faite entre choses de genre et corps certains, le droit romain, en admettant la revendication mobilière, estime que toute chose conserve, en théorie, suffisamment d'individualité pour être distinguée des choses de même espèce. La volonté des parties est prépondérante, v. BOYER, Isidore de Séville et la définition des arbres, *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, p. 60, n. 4 : des pièces d'or peuvent être considérées soit comme un acompte sur le prix (fongibilité) soit comme une garantie (corps certain). Cf. le prêt à usage (*commodat*) qui peut avoir pour objet une chose consommable, si elle est empruntée *ad pompam vel ostentationem* (D., 13, 6, 3, 6). Fongibilité et consommabilité sont des qualités très voisines qui se confondent souvent mais ne s'identifient pas. V. SAVAGNONE, La categoria delle res fungibiles, *BIDR*, 1952, p. 18 sq., qui exclut les choses fongibles des catégories admises par les Romains. Cf. CRIFO, Due note sulle cose consumabili nel diritto romano, dans *Studi G. Grosso*, II, Turin, 1968, p. 119-133.

Si de nos jours, le rôle de la fongibilité va croissant, « c'est l'immense univers des marchandises de série » (CARBONNIER, II, p. 54 et 61), il n'en va pas de même en droit romain où les choses fongibles sont rares, ce qui explique l'existence d'une action en revendication mobilière.

Sur les raisons historiques de la confusion faite entre la consommabilité et la fongibilité par les rédacteurs du *Code civil* et le progrès réalisé par le *BGB*, v. GENZMER, Pondere, numero, mensura, *RIDA*, 1952, p. 490 sq. ; cf. JAUBERT, Deux notions du droit des biens : la consommabilité et la fongibilité, *RT*, 1945, p. 75 sq.

Constatant que l'une des grandes conquêtes de notre droit moderne est « l'atypicité » des contrats, on a pu se demander s'il ne convenait pas de laisser les parties libres de décider de la consommabilité ou de la fongi-

bilité d'une chose (GENZMER, *Ibid.*). Mais en dépit de l'atypicité, les contrats continuent à être nommés pour des raisons pratiques (v. t. I, n° 49) et l'on peut faire la même constatation en matière de servitudes (v. *infra*, n° 236).

Accessoire et principal. — Sur la liberté qu'ont les parties de distinguer l'accessoire du principal, v. BONFANTE, *La proprietà*, II, 1, p. 151. La catégorie moderne des *immeubles par destination* (cf. en droit italien la théorie des *pertinenze*), englobe les deux catégories romaines : parties et accessoires, v. BONFANTE, *ouvr. cit.*, p. 143 sq. Les textes du *Digeste* sont à l'origine de la distinction faite par les droits modernes, v. l'évolution dans RASI, *La formula di pertinenza nei documenti dell'ultimo periodo postclassico ed il suo valore*, dans *Studi Arangio-Ruiz*, II, p. 105 sq., et l'ouvrage plus général DU MÊME AUTEUR, *Le pertinenze e le cose accessorie*, Padoue, 1953, avec la bibliographie.

Fruits. — Il existe une ébauche de la distinction entre fruits naturels, qui sortent spontanément de la chose frugifère, et fruits industriels qui en sortent par le travail de l'homme (fruits des arbres et blé : D., 22, 1, 45). Les jurisconsultes ont été surtout intéressés par les problèmes du remplacement dans les ensembles (croît des troupeaux) et par celui des enfants d'esclaves (*partus ancillae*) qui, dès l'époque classique, ne sont pas considérés comme des fruits (sur l'accession de l'esclave à la personnalité, v. ELLUL, I, p. 410 sq.).

Le droit romain connaît également un certain nombre de classifications secondaires des *res* : telles que les catégories de choses divisibles et indivisibles, de choses simples et composées. V. pour la bibliographie KASER, *Das römische Privatrecht*, I, p. 324, n. 16 sq. ; NDI, IV, p. 1 006.

II. — ANCIEN DROIT

On peut rappeler ici un passage célèbre de SUMNER-MAINE : « Il semble que l'idée de classer des biens en diverses espèces se soit présentée spontanément à un grand nombre de sociétés primitives. Une espèce de biens est placée plus bas que les autres dans l'ordre de la dignité. Mais, en même temps, elle est débarrassée des liens par lesquels l'antiquité a enchaîné les biens réputés supérieurs. Plus tard, l'avantage plus grand des règles relatives au transfert et à la succession des biens réputés inférieurs est généralement reconnu, et, au moyen d'innovations graduelles, la plasticité de la propriété inférieure est communiquée à la propriété que l'on considère comme supérieure. L'histoire du droit de propriété romain est l'histoire de l'assimilation des choses *mancipi* aux choses *nec mancipi* » (*Ancien droit, La classification des biens*).

L'imprécision du vocabulaire à l'époque franque, au moins dans les actes de la pratique, est telle qu'il est bien difficile d'aboutir à classifications précises : K.-J. HOLLYMAN, *Le développement du vocabulaire féodal en France pendant le haut Moyen Age*, 1957. Quelques indications générales dans *Lordship and community in med. Europe*, N.Y., 1968 (éd. Fr.-L. CHEYETTE) : cf. également Cl. CAHEN, *Réflexions sur l'usage du mot féodalité*, dans *Journal of the economic... history*, 1960, p. 2-20. Le mot *honor*, employé pour

désigner une concession foncière, montre comment la propriété terrienne a pris de l'importance ; l'association de *honor* et de *beneficium* se trouve surtout dans les diplômes de Charlemagne (E. LESNE, Les diverses acceptions du terme « *beneficium* » du VIII^e au XI^e siècle dans *RHD*, t. III, 1924, p. 5-56).

L'histoire du mot *fief* est fort obscure : spéc. KRAWINKEL, *Zur Entstehung des Lehnwesens*, Weimar, 1936 (c. r. M. BLOCH, *Annales HES*, 1938, p. 174) ; *Feudum : Jugend eines Wortes*, 1938. Le mot ne pourrait venir ni de *fehod*, ni de *foedus*, ni de *fiscus*, mais de *fehu*, désignant d'abord le bétail ou l'argent, puis le bien échangé contre certains engagements : les premiers exemples sont méridionaux, peut-être du VII^e siècle ; au IX^e siècle, dans la région toulousaine, l'emploi du mot est fréquent.

On sait que, d'après la loi salique (t. 62, *De alode*), la femme est écartée de la *terra salica* qualifiée par la loi ripuaire (t. 61, *De alodis*) d'*hereditas aviatica*. Mais la pratique, peut-être inspirée d'un sentiment chrétien (ou romain) d'égalité des filles, va contre ces règles. Une formule de Marculfe (ZEUMER, 12 ; Marcel THEVENIN, *Textes relatifs aux institutions privées et publiques*, 1887, p. 15) concerne un père qui veut donner à sa fille, contrairement à la « coutume impie » (la loi salique), les mêmes droits qu'à ses fils *in omni hereditate... ut tam de alode paterna quam de comparatum vel mancipia aut presidium nostrum*.

Sur les *Alleux*, il est d'usage de rappeler le livre de E. CHENON, *Etude sur l'histoire des alleux en France*, Paris, 1888, qui paraît aujourd'hui très systématique. R. BOUTRUCHE, *Une société provinciale en lutte contre le régime féodal. L'alleu en Bordelais et en Bazadais du XI^e au XVIII^e siècle*, Paris, 1947. Précieuses indications de Georges DUBY, *La société aux XI^e et XII^e siècles dans la région mâconnaise*, 1953, spéc. p. 43-47 et 53-56 et de Marc BLOCH, *La société féodale*, I : *La formation des liens de dépendance*, 1939, p. 264. JOLIFFE, *Alod and fee*, dans *Cambridge hist. journal*, 1937.

Sur les *Jura et actiones*, il faut se reporter à P.-S. LEICHT, *Jura et actiones nei documenti del periodo prebolognese*, dans *Studi Senesi*, t. 29, 1912.

Sur les *Cateux*, bibliographie dans E.-M. MEIJERS, *West-Vlaamsche Erfrecht*, Haarlem, 1932, p. 38 ; *Etudes d'histoire du droit*, t. I, 1956, p. 228. Pour l'Artois, LORGNIER, *Les cateux dans les coutumes du Nord de la France*, 1906 ; CODET-BOISSE, *Du catel*, 1905. Le dernier état du droit coutumier est donné par BRODEAU, II, p. 5-7.

Le mot *catel*, au pluriel *cateux*, *catalla*, vient du bas-latin *capitale*, « ce qui constitue le principal », qui signifie à la fois meuble, bétail et valeur d'une chose et qui se prolonge dans notre mot *cheptel* (prononcé *chetel* où le « p » procède d'une fausse étymologie du XVII^e siècle : W. von WARTBURG, *Franz. Etymol. Worterbuch*, t. II, p. 336 ; von WARTBURG et O. BLOCH, *Dict. étymologique*, 2^e éd., p. 122).

Les *cateux* existent dans toutes les coutumes du Nord (YVER, Les deux groupes de coutumes du Nord, dans *Revue du Nord*, t. 36, 1954, p. 30) et l'institution est essentielle pour la compréhension du droit successoral comme des règles de procédure. On en trouve des traces non seulement à Lille (*Livre Roisin*, éd. MONIER, n. 941), à Metz (*Le droit coutumier de la ville de Metz au Moyen Age*, éd. SALVERDA DE GRAVE, E.-M. MEIJERS et

J. SCHNEIDER, t. I, 1951, p. 292 ; t. II, 1965, p. 9), mais en Normandie et à Orléans (*Livre de Justice et de Plet*, p. 116) :

1° Anciennement, le catel est tout ce qui est personnel (MEIJERS dit : « Un pécule personnel ») : ce qui comprend les meubles et explique l'énumération toujours répétée. Les blés et arbres cultivés sont le pécule du cultivateur (à l'opposé des arbres de haute futaie qui ne sont pas taillés ou coupés). Sont aussi des cateux les droits personnels ou viagers, rentes à vie, usufruits (à Lille « viages et cateux »). La maison elle-même est traitée comme catel non parce qu'elle est légère, mais parce que la personnalité du propriétaire y est comme incluse (cf. le droit d'arsin et la démolition des maisons comme peine qui a provoqué une littérature abondante : GESSLER, *Mélanges Fournier*, p. 298 ; DELCOURT, *L'arsin et l'abatis de maison en Flandre et en Hainaut*, 1930 ; DELATTRE, *Rech. sur le droit pénal de Cambrai*, 1929, p. 142). Il est dès lors logique que les cateux soient le siège des dettes, qu'ils « suivent la personne ». Toutes les coutumes citées distinguent les « plaids d'héritage » (pour lesquels l'amende est de 60 sous) et les plaids « de catel » (où l'amende est de quelques sous) : les actions pour réclamer le payement d'une rente, d'un cens ou le rachat d'un gage sont des plaids de catel. Le droit de *ravestissement* ou d'*entravestissement* qui consiste dans l'attribution au conjoint survivant du patrimoine entier du ménage porte normalement sur les cateux (t. III, p. 253).

2° Postérieurement, sous l'influence des idées romaines, on superpose à la division héritages-cateux, la division immeubles-meubles. Cela fait apparaître qu'il y a des cateux qui sont meubles et d'autres qui sont immeubles. C'est à ceux-ci qu'on réserve le nom de cateux pour en faire une catégorie intermédiaire que l'on présente — notamment en Artois — comme des immeubles traités comme des meubles.

En même temps, on identifie plaids d'héritage et action réelle, plaids de catel et action personnelle (cf. *infra*, n° 24). Même évolution en Normandie et en Angleterre : les plaids de catel (ou de dettes) sont seuls mentionnés par GLANVILLE, tandis que BRACON parle couramment d'actions personnelles (et range parmi celles-ci la pétition de meubles volés).

On retrouverait dans le droit anglais des idées fort analogues. Dans la classification de BLACKSTONE (II, chap. 24), on oppose les héritages corporels (terres et biens fonds) et incorporels (« dérivés d'un objet corporel », tels que patronage ou présentation à une cure, dîme, droit de passage, rentes) et, d'autre part, les chattels qui ne remplissent pas la condition de durée et d'immobilité : réels (qui tiennent à des biens réels, baux de peu d'années, présentation « prochaine » à un bénéficiaire) ou personnels (effets mobiliers).

En droit berbère existe la distinction assez voisine des « biens vivants » qui « sont capables de procréer » (femmes, animaux, grains, terre « vivante », arbres) et des « biens non vivants », dont l'utilité s'épuise par l'usage (denrées, vêtements, ustensiles) : cf. Georges MARCY, *Le droit coutumier Zemmour*, Alger, 1949, p. 159.

Les ACCESSOIRES suivent normalement le sort de la chose. La règle existe à Rome comme dans le droit franc : les colons, les *mancipia* sont considérés

comme les accessoires du fonds. Ce qui devient le brocard *Accessorium sequitur naturam rei principalis* (tiré des *Institutes* de JUSTINIEN, II, 1, 26 et III, 21, 5). On applique cependant cette règle avec une étrange timidité :

1^o Elle ne concerne pas les meubles qui ne peuvent avoir d'accessoire (désignés peut-être par le terme de *sequela*, cf. n^o 212) ;

2^o La tradition romaine est assez forte pour faire admettre que les esclaves des colonies peuvent être immeubles (cf. décl. mars 1685 et, en dernier lieu, Cass. req., 1^{er} décembre 1824) ; mais le cheptel du fonds est considéré comme meuble par POTHIER (*Cout. d'Orléans*, Fiefs, n^o 235) qui indique bien les inconvénients de la solution ; le cheptel est déclaré insaisissable par une longue série d'ordonnances (de 1367, 1483, 1667) et LAMOIGNON dans ses *Arrêtés* en fait un immeuble, solution reprise par l'art. 522 Code civil.

Quant à la DESTINATION, elle implique une volonté susceptible de modifier la nature ou le caractère d'une chose (cf. la destination du père de famille, la destination des lieux loués, déterminant encore aujourd'hui la nature de la location). L'idée est scolastique et elle convient bien à la théorie de l'autonomie de la volonté (la force de la volonté apparaissant assez grande pour changer un meuble en immeuble).

Sur le droit visigothique et le droit espagnol, L. G. de VALDEAVELLANO dans *Cuad. Hist. España*, 1949, p. 105-123.

L'attache à perpétuelle demeure (critère objectif) doit être voulue par le propriétaire (critère subjectif ; cf. VOËT, sur D., I, 8, 4). Le droit agraire italien a repris l'idée, critiquée avec beaucoup d'acuité par BONFANTE, *Corso*, II, 1^a, 1926, p. 133-154, de *pertinenze* (ANDREOLI, *Le pertinenze*, 1952 ; A. BALLARIN, *L'azienda agraria* come universalità, dans *Riv. diritto agrario*, 1954, p. 199). Mais déjà POTHIER a une conception « ontologique » : il parle des meubles « qui exploitent l'hôtel ou la métairie » et admet que l'intégrité de l'« exploitation » concerne l'« intérêt public » (*Traité des retraitts*, IV, 68). On s'achemine ainsi vers l'idée d'universalité, liée au but poursuivi ou à l'activité exercée, idée que traduisent aujourd'hui plus ou moins nettement les notions d'exploitation ou d'entreprise (cf. les thèses de DELMAS-SAINTE-HILAIRE, *Essai sur la notion juridique d'exploitation*, 1955 ; DESPAX, *L'entreprise et le droit*, 1957 ; GULPHE, *L'immobilisation par destination*, 1943 ; aussi SAVATIER, *Les métamorphoses... du droit civil*, 2^e éd., p. 355).

Il sera traité des rentes, *infra*, n^o 246.

Le statut des offices aux XVI^e et XVII^e siècles a été étudié par Roland MOUSNIER, *La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, Rouen, 1946, spéc. p. 53, 462 ; et, DU MÊME, Sur les offices de la famille normande d'Amfreville, *Revue historique*, t. 183, 1938, p. 10-28. Il y a beaucoup à retenir — surtout du point de vue des origines et des rapports de la vénalité et de la perpétuité — de Jacques KUBLER, *L'origine de la perpétuité des offices royaux*, Nancy, 1958. Pour le XVI^e siècle, il faut toujours se reporter à LOYSEAU, *Cinq livres du droit des offices*, Paris, 1610 et à Jean SAVARON, *Traité de l'annuel et vénalité des offices*, Paris, 1615 (et sur Savaron, MEYNIEL, thèse, Paris, 1906). Sur le mouvement social provoqué par le goût des

offices dès le xv^e siècle, il n'est pas de meilleur exposé que celui d'André VIALA, *Le Parlement de Toulouse et l'Administration royale laïque (1420-1525 env.)*, th. Toulouse, 1953. Utile synthèse (mais surtout du point de vue du droit public) de G. PAGES, *La vénalité des offices dans l'anc. France*, *Rev. historique*, t. 169, 1932, p. 477-495 ; et *Le Conseil du roi et la vénalité des charges pendant les dernières années du ministère de Richelieu*, *même rev.*, t. 183, 1938, p. 245-283.

Le trafic des offices est un phénomène universel : une hérédité de fait tend toujours à s'établir pour les « charges » ; elle est provoquée par la rencontre d'un « esprit médiéval avec les conditions économiques et sociales modernes ». R. MOUSNIER, *Le trafic des offices à Venise*, dans *La plume, la faucille et le marteau*, 1970, p. 387-401 ; K. W. SWART, *Sale of offices in the seventeenth century*, 1949.

CHAPITRE II

DROIT RÉEL ET DROIT PERSONNEL

SECTION I. — Droit romain

[19] Le patrimoine se compose de droits réels et personnels mais la différence entre les deux droits est aussi nette qu'élémentaire, elle réside tant dans leur objet que dans leurs effets et dans leur source (v. t. I, n° 2 sq.).

Le droit personnel s'exerce sur la personne du débiteur, le droit réel sur une chose : chose qui nous appartient, et c'est le droit de propriété qui est le plus complet, qui est « un rapport réel à contenu général » (ALLARA, *Nozioni fondamentali del diritto civile*) : chose d'autrui, et ce sont les droits réels démembrés de la propriété (usufruit, servitude...), ou les sûretés réelles (gage, hypothèque...).

On met en lumière traditionnellement la supériorité que le droit réel confère à son titulaire. A la différence du créancier, il n'a pas à compter avec la volonté d'une autre personne, son droit est en principe immédiat et absolu (opposabilité *erga omnes*), il emporte droit de suite et de préférence. (Sur l'exagération de ce caractère qui a conduit les juristes modernes à qualifier de propriétés des droits qui n'avaient rien de réels, v. SAVATIER, *Métamorphoses...*, III, p. 151 sq.). Enfin, alors qu'en droit français, le contrat peut indifféremment servir à constituer des droits de créance et à transférer des droits réels (C. C., art. 1138), en droit romain, les modes de constitution des droits réels et personnels sont distincts (v. t. I, n° 3).

Pour importantes que soient les différences qui existent

entre droit réel et droit personnel, elles ne doivent pas être exagérées : des *analogies* atténuent des natures antithétiques que des catégories *intermédiaires* rapprochent encore.

Analogies. — Titulaires de droit de créance et de droit réel jouissent des choses parfois de façon analogue (usufruitier et locataire, par exemple). Par ailleurs, si les tiers doivent respecter l'exercice du droit réel (opposabilité *erga omnes*), ils ne doivent pas méconnaître intentionnellement la prétention à l'exécution d'un droit de créance (*Vadimonium* : D., 2, 10, 1, 2 ; *lex Aquilia* : GAIUS, 3, 215 ; D., 4, 3, 18, 5). Surtout, on ne doit pas oublier la place primordiale de la procédure en droit romain. On connaît son rôle dans la genèse du contrat. C'est grâce à la souplesse des moyens de procédure que le magistrat romain a pu, dès l'époque classique, sanctionner les nouveaux actes juridiques (*negotia*) tout en respectant le principe de la typicité des contrats (v. t. 1, n° 27 sq.). La procédure est, en outre, à la base de la distinction des contrats de droit strict et de bonne foi (*Ibid.*, p. 12). Pareillement, la différence entre droit réel et droit de créance est en corrélation avec l'opposition procédurale de l'*actio in personam* et de l'*actio in rem* (BIONDI, p. 80 sq.). Celle-ci, dans la procédure formulaire, est dirigée contre une chose (*in* avec l'accusatif), abstraction faite du nom du défendeur, ses effets se produisent à l'égard de la chose donc à l'égard de tous (*erga omnes*) et non du seul défendeur ; celle-là comporte l'affirmation d'un devoir à la charge d'un débiteur nominativement désigné. Or la différence entre les deux actions s'est progressivement estompée. Dans ses *Institutes* (4, 6, 20), JUSTINIEN fait état d'actions mixtes, qui procèdent à la fois de l'*actio in rem* et *in personam* (actions en partage ou en délimitation : *actio familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum*). Surtout, l'action en revendication, action réelle type, va permettre occasionnellement le recouvrement de certaines créances. Pour des raisons de commodité, celui qui revendique la propriété d'un bien peut, avec l'action réelle, obtenir le remboursement des fruits (C. T., 4, 18, 1) et se faire indemniser des détériorations subies par la chose dont on lui reconnaît la propriété (D., 6, 1, 15, 3). A l'inverse, le défendeur à l'action réelle, condamné à restituer, peut obtenir dans la même

procédure le remboursement des impenses nécessaires et de certaines impenses utiles (v. *infra*, n° 172). En dépit de ces interférences, le droit romain n'a pas connu de *catégorie intermédiaire* à la différence de notre ancien droit.

SECTION II. — Ancien droit

[20] LE DROIT RÉEL. — L'idée de droit réel traduit juridiquement un fait social : l'appropriation privée des richesses, le rapport entre une personne et une chose. Le droit romain, suivant son génie propre, l'exprime et la conçoit en termes de procédure : le droit réel est celui qui confère à son titulaire une action *in rem*, dans laquelle le nom du défendeur n'est pas mentionné (ce qui l'oppose à l'action *in personam* qui, forcément, énonce le nom du défendeur). L'action *in rem* est normalement une revendication, *vindicatio*, qui permet d'agir contre quiconque détient le bien (c'est notre droit de suite) et d'obtenir l'adjudication ou la restitution de ce bien (c'est notre droit de préférence) ; elle n'implique aucun lien, aucune *obligatio*, entre les deux parties, justement parce que le droit à la *res*, s'il est reconnu, s'impose à tous.

De là on en vient à l'idée de *jus in re* : dans les cas où l'action *in rem* est donnée à un non-propriétaire sur la chose d'autrui, par exemple au titulaire d'une servitude. Quant à la pleine propriété, *dominium ex jure quiritium*, elle est le droit par excellence, absolu, exclusif, perpétuel, que sanctionne la revendication ; la propriété est si bien confondue avec la *res* qu'on ne pense pas, à son sujet, à dire qu'on a un droit sur la chose, on a la chose, *rem meam esse*.

Le droit franc s'attache, avant tout, au pouvoir matériel que l'on a sur une chose ; il ne conçoit pas un *dominium* absolu et n'imagine pas que l'on puisse disposer en toute liberté de son bien, que l'on ait cet *abusus* qui, à Rome, distinguait la propriété de tous les autres droits ; seuls comptent l'*usus* et le *fructus*, c'est-à-dire, pour les Francs, la saisine (*infra*, n° 125) ; une chose peut supporter autant de droits divers qu'elle peut comporter de jouissances distinctes. La propriété n'est pas distinguée des autres droits réels et tout usage d'un bien, tout

pouvoir exercé sur lui s'exprime par ce que nous appelons un droit réel et confère une action pour réclamer la jouissance perdue. Si le principe est certain, les difficultés de détail sont, d'ailleurs, innombrables (*infra*, n° 71).

[21] LES PREMIERS ROMANISTES. — Les Prébolonais qui vivaient dans l'Italie du Nord où prévalaient les conceptions du droit lombard, vont tenter de concilier celui-ci avec ce qu'ils savaient du droit romain. Ils reprennent le terme d'action, ce qui suppose un premier effort d'abstraction et cherchent, maladroitement, à distinguer et à classer les diverses actions. Les premiers glossateurs reprennent l'expression d'action personnelle qui existait déjà au *Digeste* (50, 16, 178, 2) et ils créent, par antithèse, l'expression d'action réelle que l'on trouve dans l'*ordo judiciarus* de TANCRÈDE (vers 1215). De l'existence d'une action, ils en viennent à conclure à l'existence du droit qu'ils considèrent comme la cause de l'action. La cause de l'action *in rem* ne peut être qu'un *jus in re*. Ce *jus in re*, ROGERIUS ne l'accorde encore qu'à ceux qui possédaient, en droit romain, une action réelle : l'emphytéote ou le locataire de l'*ager vectigalis* ; mais la glose ajoute le vassal ou le tenancier.

L'opposition du droit réel et de l'obligation engendrant une action *in personam*, prend désormais une forme catégorique, ce qui entraîne deux conséquences nettement contraires au droit romain :

a) La propriété garantie par une action *in rem* est conçue comme un droit réel, un *jus in re*, qui est le *jus plenum in re corporali* ;

b) La propriété, frayant ainsi avec les autres droits réels, ne mérite plus seule le nom de *dominium* ; elle est le *plenum dominium* ; mais celui-ci peut se diviser : au vassal, à l'usufruitier sont reconnus également des *dominia*. Le *dominium utile* du vassal est, par exemple, sanctionné par une action *in rem utilis*, une revendication utile, qui marque bien son autonomie (MEYNIAL, *La théorie du domaine divisé*, p. 430).

[22] LE « JUS AD REM ». — L'opposition, si nette, du droit réel et de l'obligation va être quelque peu troublée par l'apparition d'une forme hybride, le *jus ad rem*. On a voulu faire honneur de cette invention à Jacques de REVIGNY et à la *Summa de feudis*

qui lui est attribuée et que cite souvent BALDE (éd. PECORELLA, *Studi Parmensi*, VI, 1956, p. 287-332 ; cf. FEENSTRA, *TR*, 1957, p. 411).

Le *jus ad rem* serait une création du droit canonique et répondrait à une difficulté propre à celui-ci. Le bénéficiaire a, sur son bénéfice, un *jus in re* ; mais l'institution canonique étant nécessaire (*Sexte*, I, 13, 3 et 3, 7, 8), jusqu'à celle-ci, le bénéficiaire désigné, par exemple, l'évêque « élu » ou le curé « présenté » par un patron, s'il ne possède pas un droit *sur la chose*, possède, tout au moins, un droit *à la chose*. Il n'a aucun droit actuel, ne peut ni exercer les droits de juridiction, ni percevoir les revenus, mais son droit n'en est pas moins exclusif. Le bénéfice lui est « affecté » et un tiers ne peut être nommé à sa place.

La situation d'un vassal qui n'a pas encore pris possession du fief est identique ; s'il a reçu l'investiture symbolique, il a sur le fief un *jus ad rem* et il n'acquiert définitivement le *jus in re* que par la tradition réelle.

Les auteurs coutumiers parlent bien de *jus ad rem*, mais dans un tout autre sens, pour désigner, par exemple, un droit d'usufruit (*Grand Coutumier*, p. 195) et même le droit du fermier à la chose louée. Le *jus ad rem* sera remis en honneur au XIX^e siècle par les civilistes allemands qui désignèrent ainsi (*Recht zur Sache*) le droit du créancier d'un corps certain dont il n'est pas devenu encore propriétaire ; par ce droit, le premier acquéreur d'une chose pouvait la revendiquer contre un second acquéreur de mauvaise foi.

Les constructions modernes qui, toutes, se recommandent de l'histoire, ne doivent pas cependant faire illusion : la notion de *jus ad rem* n'a jamais eu, dans le droit savant du Moyen Age, ni une bien grande portée, ni même un sens bien précis ; cette notion perd tout intérêt au XVI^e siècle. Quand on admet, par exemple, que dans une vente la volonté suffit à transférer la propriété à l'acheteur (t. I, n^o 259), celui-ci possède, au jour de la vente, l'action réelle ; il n'a plus besoin d'un *jus ad rem* puisque la règle nouvelle fait désormais coïncider les deux moments — celui du contrat et celui de la prise de possession — entre lesquels le *jus ad rem* pouvait avoir sa raison d'être. Pour POTHIER, l'expression désigne un simple droit personnel :

« Le droit que nous avons par rapport à la chose contre la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous la donner. » Chez les auteurs français du XIX^e siècle, le droit personnel est normalement qualifié de *jus ad rem*.

[23] CRÉANCES ET DETTES « PROPTER REM ». — On appelle, en droit moderne, obligations *propter rem* des « droits personnels mélangés de réalité » (CARBONNIER, t. II, p. 37). L'obligation, au lieu de tenir à la personne du débiteur (et au patrimoine qui en est l'« émanation ») est assise sur un bien particulier : ce qui implique qu'elle est transmise en même temps que le bien et que l'abandon du bien libère le débiteur. Notre droit ressent l'utilité et l'importance de telles dettes réelles, mais la distinction tranchée qu'il établit entre droit réel et droit personnel ne permet guère d'aboutir à une définition bien nette. Il en est de même, et plus nettement encore, du droit romain qui « personnalise » l'obligation et ne voit en elle que des rapports personnels.

La tradition franque est toute différente : si elle connaît l'engagement personnel, elle manifeste une prédilection très nette pour les charges réelles. A l'époque féodale, une terre « doit » des services, le plus souvent déterminés par la coutume. Quiconque détient la terre est assujéti à ces services. Au cas de censive, par exemple, si le *cens* n'est pas payé, le seigneur ne s'en prend pas au débiteur mais au fonds lui-même : s'il s'agit d'une maison, il enlèvera les portes et fenêtres, mettra « l'huis au travers » ; s'il s'agit d'une terre, il opérera une saisie-brandon des récoltes. Corrélativement, le détenteur du fonds peut s'exonérer de toute dette en l'abandonnant, en déguerpiant, ce qu'on expliquera, justement, par le fait qu'il n'était tenu que *propter rem*.

En cela, la condition du débiteur d'une obligation réelle contrastait étrangement avec la condition, fort dure, faite aux débiteurs qui s'étaient personnellement obligés. Et le contraste était encore accusé par le fait qu'anciennement, les meubles seuls sont le siège des dettes, tandis que les immeubles échappent aux créanciers. On ne peut trouver, d'ailleurs, dans l'ancien droit aucune théorie, mais l'analyse de diverses situations où nous reconnaissons l'existence d'une obligation réelle.

1^o La faculté d'abandon, de délaissement, de renonciation, d'abdication, de délivrance existe, aujourd'hui encore, dans les domaines les plus différents : mitoyenneté, douanes (pour ne pas payer les droits, loi du 22 avril 1781), contributions directes (pour s'exonérer des impôts, n^o 186), droit maritime (abandon du navire et du fret pour se soustraire à la responsabilité du fait du capitaine, art. 216 ancien C. comm.). Cet abandon prend, en droit féodal, le nom de déguerpissement qui rappelle la *werpitiu* franque ; il peut être le fait d'un censitaire et, plus nettement encore, d'un débiteur d'une rente foncière. La situation de celui-ci est analysée par LOYSEAU : il n'est pas tenu d'une obligation personnelle indéfinie ; sa dette est liée à la propriété de l'immeuble qui lui a été baillé à rente et elle n'affecte pas son patrimoine. Le débiteur par hypothèque peut, pareillement, opérer un délaissement de l'immeuble, mais celui-ci aboutit simplement à une mise en vente du fonds. POTHIER oppose, nettement, l'hypothèque qui n'est qu'une obligation accessoire et la rente foncière « obligation principale » dans laquelle « c'est l'héritage qui est le principal débiteur ».

2^o La rente grève indéfiniment l'immeuble dans quelque main qu'il passe ; la dette est liée à l'immeuble : ce qui assure sa transmission. On donne au crédi-rentier une action spéciale (action mixte, d'après LOYSEAU) contre le détenteur de l'immeuble qui l'oblige à « bailler titre nouvel » c'est-à-dire à reconnaître l'existence de la rente. Au cas de confiscation, par exemple, au moins en pays coutumier, le seigneur confisquant n'est pas tenu de payer les dettes (ce qui maintient en faveur du seigneur le principe ancien de l'intransmissibilité des dettes) ; mais les dettes réelles, et spécialement les rentes, sont opposables au confisquant ; au contraire, les dettes hypothécaires ne le seraient pas, car elles reposent sur un engagement personnel et ne sont pas un *jus constitutum in re* (*Grand Coutumier*, p. 657).

3^o Il est, enfin, une hypothèse où le droit romain lui-même admettait l'existence d'une créance *propter rem* : c'est le cas du droit de rétion, du *debitum cum re junctum*, spécialement étudié par les glossateurs. Ce droit appartient au créancier gagiste, mais aussi à celui qui, détenant la chose, a fait des frais

pour sa conservation : impenses ou simplement créance *quae cohaeret rei*. BARTOLE et BALDE raisonnent sur le cas du copiste et lui permettent de retenir jusqu'au paiement le manuscrit qu'il a écrit de sa main, mais non le modèle qu'il a recopié.

La pratique admit difficilement cette innovation et les romanistes du XVI^e siècle, ALCIAT et CUJAS notamment, écartent toute théorie générale de la rétention.

[24] ACTIONS IMMOBILIÈRES ET ACTIONS MOBILIÈRES. — La distinction nette de l'action réelle et de l'action personnelle fut obscurcie — elle l'est encore — par la double identité que l'on crut découvrir au XIII^e siècle entre l'action personnelle et l'action mobilière et, d'autre part, entre l'action réelle et l'action immobilière. L'origine de la confusion paraît avoir été établie par E. M. MEIJERS. La distinction des meubles et des immeubles (quelles que soient son origine et sa signification exacte, cf. n^o 12), est essentielle dès qu'il existe des propriétés et elle correspond à une distinction fort nette des justices. Dans les coutumes du Nord, par exemple, existe, pour les biens fonds, une justice féodale ou foncière et pour les biens personnels, tels que les cateux, une justice de « corps et de cateux ». Meubles et cateux apparaissent comme un prolongement de la personnalité tandis que les héritages sont engagés dans le complexe féodal ou familial. La même distinction apparaît à Orléans (BOUTARIC, *Actes du Parlement*, I, n^o 306, enquête de 1239), en Normandie où l'on distingue les « cas nobiliaires » et les « cas héréditaux », en Béarn où la cour du vicomte connaît des causes d'héritages.

Cette distinction devait normalement aboutir à une division tripartite des actions que l'on trouve très nettement dans BEAUMANOIR (n^o 214) comme dans la *Summa* normande (c. 87-92) : a) Les actions relatives à la propriété immobilière ; b) Les actions relatives à la propriété mobilière (ces deux actions étant considérées en Normandie comme réelles) ; c) Les actions criminelles, celles, dit BEAUMANOIR, « qui touchent les personnes ».

Mais, tandis que les actions immobilières ressortissent aux plaids d'héritages, les deux dernières catégories sont de la compétence de la justice « de corps » qui est « pour meubles » ;

aussi BEAUMANOIR en vient lui-même (n^o 228) à les confondre dans une même catégorie, celle que les romanistes appellent « action personnelle ». La même distinction est reçue au Parlement de Paris et elle devint courante dans la pratique. Le *Stilus* de Guillaume DU BREUIL la mentionne très nettement en marquant bien qu'elle détermine la capacité et la compétence ; une action en délivrance de legs est immobilière en ce qui concerne les immeubles et les fruits pendants (qui sont la « suite » (*sequela*) des immeubles), mais elle est mobilière, et peut être exercée pendant la minorité des héritiers, en ce qui concerne les meubles (chap. XXXI, éd. AUBERT, p. 214, repris par *Grand Coutumier*, liv. II, chap. 42). On retrouve la même conception dans l'ordonnance sur la procédure et dans notre Code de Procédure qui identifie les actions personnelles et mobilières et les actions réelles et immobilières.

L'influence romaine (*Inst. JUST.*, IV, 6, 20) va conduire à admettre la catégorie intermédiaire des actions mixtes que connaît encore notre Code de Procédure civile. BEAUMANOIR (n^o 228) les mentionne comme des actions « mêlées, c'est-à-dire réelles et personnelles à la fois », ce qui est une traduction des *Institutes* de JUSTINIEN qui visaient les actions *tam in rem quam in personam* et concerne les actions dites en partage (*sic*, art. 3, Code Proc. civ.). Tous les auteurs postérieurs admettent l'existence de ces actions mixtes : LOYSEAU les définit comme des actions personnelles *in rem scriptae* qui sont dirigées contre une personne, mais qui « suivent la chose », ce qui est le cas, par exemple, des actions révocatoires et des actions possessoires (*Tr. du déguerpissement*, chap. 1^{er}). POTHIER y voit des actions réelles qui deviennent mixtes par l'adjonction accidentelle d'une demande de prestation personnelle, rapport, remboursement d'impenses ou de fruits (*Pandectes*, 10, n^o 19). VOËT revient à l'idée romaine et ne reconnaît comme mixtes que les actions en partage où chacun est à la fois demandeur et défendeur (*Commentaire* du texte précité des *Institutes*). Ces solutions passèrent, sans difficulté, dans le Code de Procédure (cf. le rapport de la Cour de Cassation sur le projet).

[25] STATUTS RÉELS ET STATUTS PERSONNELS. — L'étude des actions conduisit à celle des statuts, c'est-à-dire de la loi que

le juge doit appliquer à l'action qui est portée devant lui.

Le statut réel est celui qui, dans la limite du territoire soumis à la coutume dont il fait partie, doit conserver un empire absolu, c'est-à-dire ne céder devant aucune loi étrangère. Le statut personnel est, au contraire, celui qui, dans la limite du territoire soumis à la coutume dont il fait partie, ne régit que certains rapports de droit et s'efface, à l'égard des autres, devant une autre coutume, mais qui, à l'inverse, peut s'étendre, au-delà de son territoire, aux rapports qu'il concerne.

A vrai dire, la théorie des statuts n'a pas, chez BARTOLE qui, sans l'avoir découverte, en assura la fortune, la même rigueur que la distinction des actions. Dans son *Commentaire* célèbre de la loi *Cunctos populos*, BARTOLE ne découvre pas moins de neuf classes de statuts. Après lui, les auteurs italiens observent, dans leur désir de trouver pour chaque rapport de droit la solution la plus appropriée, le même éclectisme et, fidèles à l'esprit bartoliste, divisent et subdivisent à plaisir la matière.

La réaction fut l'œuvre de quelques auteurs italiens (Pierre de ANCHARANO, † 1416) et, surtout, des auteurs français, spécialement au XVI^e siècle, de D'ARCENTRÉ († 1590). On peut facilement expliquer leur sentiment : ils sacrifiaient au besoin de simplicité et d'antithèse qui est dans l'esprit humain ; ils constataient aussi que les statuts réels — dont la définition avait forcément, chez les bartolistes, une plus grande netteté — correspondaient à la fois aux tendances féodales (d'une territorialité stricte) et aux dispositions essentielles des coutumes (« Toutes coutumes sont réelles »). La distinction des actions *in rem* — c'est-à-dire ayant une portée absolue — et des actions *in personam* — n'ayant qu'un sens relatif — donnait un support à la distinction et lui fournissait un cadre commode. Déjà BARTOLE avait indiqué parfois que la nature de l'action permettait une qualification du droit. Pour les Français, l'exemple va devenir règle. Comme on partageait les actions en deux classes, on va distinguer les lois réelles et les lois personnelles. La compétence de la juridiction était ainsi liée à la qualification du droit. « Il importe, à l'égard de toute disposition d'une coutume, de savoir si elle a en vue la personne ou la chose pour attribuer juridiction quant aux choses et aux personnes à la

loi de tel ou tel territoire » (D'ARGENTRÉ, *De statutis*, trad. A. LAINÉ, *Droit international privé*, t. I, 1888, p. 323). L'influence des catégories romaines fit admettre l'existence de statuts mixtes « qui sont des statuts personnels où se mêlent les choses et se transforment en statuts réels ». On sait, d'autre part, que D'ARGENTRÉ, par esprit féodal et par fidélité bretonne, défendait l'indépendance et, partant, la réalité des coutumes et il imagina des règles savantes pour faire une part fort large aux statuts réels ou mixtes.

L'école française du XVIII^e siècle, et spécialement FROLAND († 1746), vont atténuer le tranchant féodal de cette doctrine, mais ils en conservèrent l'essentiel ; l'influence de D'ARGENTRÉ est simplement contrebalancée par celle de DUMOULIN, bartoliste attardé, qui a retenu des docteurs bolonais l'idée, toujours actuelle, qu'un conflit de lois ne peut être résolu que par l'analyse des rapports juridiques et la soumission de chacun de leurs éléments à la loi convenable. La doctrine hollandaise apportera l'idée que par « courtoisie internationale » les Etats doivent se faire des concessions réciproques.

ÉTAT DES QUESTIONS

I. — DROIT ROMAIN

Droit réel et droit personnel. — Les historiens ont été un peu trop sensibles aux théories modernes. L'expression *jus in re* n'est rien moins que courante (D., 39, 2, 19) et ne correspond pas, en droit romain classique, à notre notion de droit réel (M. VILLEY, *Du sens de l'expression jus in re en droit romain classique*, *RIDA*, 1949, p. 418). Si la terminologie est imprécise, l'antithèse procédurable entre la *vindicatio* et l'*actio* n'en rend pas moins compte, dès l'époque classique, de l'opposition entre l'action réelle et personnelle (BRONDI, *Istituzioni*, p. 82, n. 9).

Sur la question très spéciale des actions mixtes, V. BERGER, *Interdicta mixta*, *Studi in onore di Simoncelli*, Naples, 1917, p. 191 sq. Il y aurait peut-être lieu de nuancer le rapport qui existe entre la distinction droit réel-droit de créance et l'opposition des deux procédures *in rem* et *in personam*. Il n'est pas sûr que celle-ci soit la cause de celle-là, l'importance de la distinction ayant tout aussi bien pu engendrer l'opposition procédurale. On remarquera que l'opposition existe dans des législations dont la technique procédurale est toute différente : en droit babylonien, on trouve un terme technique désignant l'exercice de l'action réelle et un terme général visant

toute action en justice, en principe, mais réduit, en pratique, aux seules actions personnelles.

Sur l'action *finium regundorum*, v. en dernier lieu KASER, *Adiudicare bei der actio finium regundorum und bei den Vindikationen*, dans *Mélanges M. David*, I, *Ius Romanum*, Leyde, 1968, p. 85-109.

II. — ANCIEN DROIT

Il a paru inutile de retracer les tâtonnements des glossateurs qui ont abouti à une systématisation très nette. Les textes ont été étudiés par LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum*, Leipzig, 1883 ; Ed. MEYNIAL, *art. cit.*, p. 168 ; Louis RIGAUD, *Le droit réel ; histoire et théories ; son origine institutionnelle*, Toulouse, 1912. Helmut COING, *Zur Eigentumslehre des Bartolus*, dans *ZSS, Rom.*, 1953, p. 348. Cf. aussi G. DULCKEIT, *Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*, Tübingen, 1951, qui étudie du point de vue du droit moderne « les droits de créances marqués du caractère réel ».

Sur les actions mixtes on peut opposer à la glose qui qualifie par exemple l'*hereditatis petitio d'actio mixta* (sur D., 5, 3, 25, 18), l'enseignement de BARTOLE (*eodem loco*) : *Dices tu quod hoc est impossibile quod una actio sit mixta in rem et in personam : quia duae species differentes non cadunt in eoddem individuo, utputa quod una persona sit homo et asinus.*

Dans la systématisation romaine (GIRARD, *Manuel*, p. 273), le patrimoine comprend : 1^o La propriété ou *dominium* ; 2^o Les droits réels ; 3^o Les droits personnels ou obligations. Pour les glossateurs, il existe : 1^o Des *dominia* conférant des droits réels et sanctionnés par des actions réelles ; 2^o Des droits personnels. Ce qui suppose que l'on néglige les catégories intermédiaires du droit romain : l'action *in rem scripta*, par exemple. La glose marque une hésitation sur le *jus in persona* qui désigne un droit attaché à la personne, tel que l'*usufruit*, une *servitus personalis* ; tandis que le droit personnel est toujours appelé *obligatio*. Même hésitation pour la Publicienne qui est parfois accordée au titulaire du domaine utile, mais qui peut être aussi nécessaire au titulaire du domaine direct s'il n'a pas la revendication (cf. *infra*, n^o 80).

Les auteurs de l'ancien droit ne dépassent guère sur ces points la glose : les spéculations abstraites ne sont guère leur fait. POTHIER formule de façon limpide la distinction des droits réels et des droits de créance dans son *Introduction générale aux coutumes* et dans son *Traité du droit de domaine de propriété* : le droit réel est celui que nous avons « dans une chose », « par laquelle elle nous appartient au moins à certains égards » ; le droit personnel (que POTHIER appelle *jus ad rem*) est le droit que nous avons « non dans la chose, mais par rapport à la chose, contre la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous la donner » ; c'est celui « qui naît des obligations ». Cependant, POTHIER admet — contre la glose semble-t-il — que tous les droits réels sont des démembrements de la propriété.

Quant aux actions mixtes, elles sont pour POTHIER personnelles-réelles (*Introd. aux cout.*, n^o 121) : elles appartiennent aux personnes qui ont

tout à la fois, relativement au même objet, et un droit de propriété et un droit de créance (action en bornage, en partage, par exemple); mais aussi action en annulation, en rescision, en révocation de contrats qui ont eu pour objet l'aliénation d'un immeuble).

On sait que la doctrine allemande et la doctrine française ont obscurci comme à plaisir la matière : il est reposant de lire aujourd'hui DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, n^{os} 464-474.

La théorie du *jus ad rem* a été surtout en vogue chez les auteurs allemands du XIX^e siècle : ZIEBARTH, 1865 ; BRUNNECK, 1869 ; FUCHS, 1889 ; C. GROSS, 1887, en ont fait la théorie ; il n'est pourtant, comme l'avait bien indiqué Paul FOURNIER (*RHD*, 1890, p. 799), qu'un droit réel imparfait. La question a été reprise par E.-M. MEIJERS. Het zogenaamde « jus ad rem » dans *Rev. int. droits Antiquité*, t. 5, 1950 (*Mél. de Visscher*, t. IV), p. 183, et *Etudes d'hist. du droit*, t. IV, 1966, p. 175-189. Aussi GILLMANN, *Zum Problem von Ursprung des jus ad rem*, 1933.

La question de l'obligation *propter rem* a été traitée du seul point de vue du droit moderne (qui devient *proles sine matre creata* pour beaucoup d'auteurs) par Hassen ABERKANE, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, 1937 ; cf. aussi Giovanni BALBI, *Obligazioni propter rem*, dans *Mém. Inst. Giurid. della Univ. Torino*, t. 2, 1950, p. 73. Il est bien regrettable qu'on ne lise plus le *Traité du déguerpissement* de LOYSEAU, paru en 1597 (résumé commode dans LELONG, *La vie et les œuvres de Loyseau*, Paris, 1909, p. 55-120), et, aussi, le lucide *Traité du contrat de bail à rente* de POTHIER. On aurait grand profit à revenir aux anciens auteurs ; on découvrirait chez eux un modernisme concret et, chez LOYSEAU, une langue aussi savoureuse que précise.

Sur la confiscation, vues pénétrantes de Pierre TIMBAL, *La confiscation dans le droit français des XIII^e et XIV^e siècles* (ext. *RHD*, t. 21 et 22), 1944.

La question du *Debitum cum re junctum* a été étudiée par CASSIN, *L'exception non adimpleti contractus*, p. 68 comme un précédent de celle-ci ; elle était toujours rattachée par les romanistes à la théorie des droits réels.

Sur la distinction des actions personnelles et réelles, le meilleur guide est E.-M. MEIJERS, *Etudes d'hist. du droit*, t. I, Leyde, 1956, p. 228-245 ; et L'histoire des principes fondamentaux du dr. int. privé à partir du Moyen Age, dans *Recueil des Cours* de l'Académie de Dr. int., 1934, III, p. 547-686 ; *Etudes d'hist. du droit*, t. IV, p. 132-141 ; et surtout *Etudes d'hist. du droit int. privé*, C.N.R.S., 1967. Sur le système de d'Argentré, étude de Jean BARBEY, *RHD*, 1940, p. 397-411. Sur les conceptions modernes, S. GINOSSAR, thèse, Paris, 1960, et c. r. DABIN, *Rev. trimestr. dr. civil*, 1962, p. 20. Sur l'idée de *jus in re*, M. VILLEY, *Publ. Inst. droit romain... de Paris*, VI, 1950, p. 187.

CHAPITRE III

LE PATRIMOINE

SECTION I. — Droit romain

[26] ABSENCE DE THÉORIE. — Le patrimoine est « l'ensemble des droits et des obligations d'une personne qui ont une valeur économique » (RIPERT et BOULANGER, t. I, n° 2514). En droit romain, l'étymologie (biens hérités du père : dictionnaire HEUMANN-SECKEL), la classification (*res in patrimonio*, *res extra patrimonium*), montrent que le patrimoine est un ensemble. Mais cet ensemble ne constitue pas toujours, comme en droit moderne, une *entité juridique*, une unité de droit abstraite.

Les juristes romains répugnent à l'abstraction, non qu'ils ne la comprennent pas mais parce qu'ils lui préfèrent l'individu. Encore faut-il que celui-ci existe. C'est pourquoi, en cas de succession pour cause de mort, les Romains ont nettement dégagé la notion d'*universitas juris* (v. tome sur les successions).

L'*hereditas* est une entité juridique (D., 50, 16, 208) ; elle est sanctionnée par une action unique et permet le jeu de la subrogation réelle (le bien nouvellement acquis ou le prix de vente remplace, dans l'universalité, l'objet aliéné, cf. S.-C. JUVENTIEN). En outre, passif et actif sont indissolublement liés, le patrimoine du mort peut être négatif ; pour se solder par un déficit, l'*hereditas* n'en existera pas moins (D., 50, 16, 119 et 208, d'où les glossateurs ont tiré l'adage *bona conjunctis incommodis*, qui fait état d'un actif brut). Les Romains reconnaissent à la succession les caractères d'une entité juridique parce que la mort du titulaire du patrimoine a pour résultat « de fixer à

jamais la consistance du patrimoine hérité, de la fixer sinon matériellement du moins juridiquement » (COLLINET, *Bona et patrimonie*, p. 386). En d'autres cas, c'est pour des raisons surtout économiques qu'un ensemble de biens constitue une entité juridique. Dot, pécules, notamment, constituent des « patrimoines d'affectation ».

Il ne s'agit plus de dresser un bilan, de fixer la consistance du patrimoine d'un individu comme dans la succession, on se trouve en présence d'ensemble de biens qui tirent leur unité juridique de leur origine et du but qui leur est assigné.

La dot est affectée aux besoins du ménage. Elle constitue un patrimoine spécial dans le patrimoine général du mari car elle appartient à la fois à ce dernier et à sa femme (D., 23, 3, 75, v. tome sur les Successions). *Universitas* (D., 25, 1, 5, pr., *itp.*), elle se voit appliquer les règles de la subrogation réelle (D., 33, 4, 1, 4).

[27] LES PÉCULES. — C'est la même incertitude sur le titulaire du patrimoine qui pousse les juristes romains à reconnaître un caractère spécial aux pécules. Juridiquement, seul le *pater familias* peut avoir un patrimoine car il jouit de la pleine capacité (v. ELLUL, t. I, p. 347). Dans la pratique, dès la fin de l'ancien droit, le chef de famille, pour tirer un meilleur parti de ceux qui se trouvent sous sa puissance, leur confie des biens à faire fructifier. Fils et esclaves seront mis à la tête d'un commerce, par exemple, et disposeront pour ce faire d'une masse de biens, d'un pécule. Théoriquement, ce pécule dit *profectice* (*a patre profectum*, conféré par le *pater*) appartient au chef de famille, en fait, il est administré par un autre individu qui, pour dénué de personnalité juridique qu'il soit, n'en existe pas moins. C'est pourquoi, à la fin de la République, le pécule est distinct des comptes du maître (D., 15, 1, 5, 4). Patrimoine d'affectation, comme la dot, il est, comme cette dernière, universalité juridique (D., 15, 1, 7, 2 ; cf. pour la subrogation réelle : D., 15, 1, 32, 2 ; *id.*, 33 et 34).

Mais le pécule, tout comme la dot (sauf si elle a été estimée, v. tome sur les successions), est susceptible de variations. Il naît, croît, décroît, et c'est pourquoi on a pu dire qu'il « ressemblait à un homme » (D., 15, 1, 40). Géré par un individu

qui n'a pas la capacité requise pour avoir un patrimoine, le pécule se substitue en quelque sorte, à la personnalité défaillante. L'abstraction rend compte de la réalité économique (gestion par une autre personne que le *pater*), elle est imposée par la rigueur du droit (le seul *pater* ayant la pleine capacité).

Qu'il y ait là pour les Romains une situation artificielle, anormale, rien ne le montre mieux que le rapprochement qu'ils font entre le pécule et la norme, c'est-à-dire le patrimoine général d'un vivant. Le pécule n'est qu'un quasi-patrimoine (D., 15, 1, 19, 1), un patrimoine en miniature (*patrimonium pusillum* : D., 15, 1, 5, 3, réciproquement, dans le langage familial, on qualifie de pécule son patrimoine, quand on veut désigner ce dernier par un diminutif : D., 36, 1, 17, pr.).

Est-ce à dire que le modèle, le patrimoine général d'un vivant, soit lui-même *universitas*, entité juridique ? Nous ne le pensons pas. Les juristes romains n'ont pas éprouvé le besoin d'enserrer l'activité de l'individu dans une abstraction si nuancée soit-elle. Le patrimoine du vivant ne ressemble que de loin à la notion de patrimoine telle que la doctrine classique moderne l'a dégagée.

[28] PATRIMOINE ET PERSONNALITÉ. — Certes, le patrimoine est en *relation étroite avec la personnalité*. Seule une personne dotée de la pleine capacité juridique (citoyen romain, *sui juris*) a un patrimoine ; elle l'a nécessairement et ne peut en avoir qu'un (D., 27, 1, 30, 1). En revanche, il existe de nombreux cas où le patrimoine d'un vivant est cessible (adrogation, *mancipatio familiae*, acquisition de la puissance sur une femme, *bonorum venditio*, confiscation). Surtout, le lien entre l'actif et le passif témoigne d'une conception peu conforme à la notion d'universalité. Elle est concrète et optimiste. Le patrimoine du vivant n'a rien du bilan d'une succession qui peut se solder par un déficit, il est par vocation positif. Les biens (*bona*) qui le composent et qui ont une valeur pécuniaire (D., 50, 16, 5, pr.), ne sont pas indissolublement liés aux dettes (actif brut : *bona conjunctis incommodis*). Ils existent déduction faite des dettes (actif net : *bona intelleguntur cujusque, quae, deducto aere alieno, supersunt* : D., 50, 16, 39, 1). Cela suppose un solde positif. L'éventualité contraire apparaît aux juristes

romains comme théorique. L'activité de l'individu est un potentiel qui empêche d'affirmer qu'il y a déficit tant que le patrimoine n'est pas *figé*, tant que le bilan n'est pas dressé. A ce moment-là, seulement, la personnalité s'effacera devant la notion abstraite d'universalité. Concept concret et subjectif, le patrimoine du vivant paraît en complète opposition avec la conception abstraite et objective des patrimoines d'affectation. Il semblerait que l'on trouve dans nos thèses modernes comme le reflet de cette opposition. Théorie classique : le patrimoine est une « émanation de la personnalité » (AUBRY et RAU, s'inspirant de ZACHARIAE), théorie objective : le patrimoine doit être considéré de façon réaliste, comme une masse de biens affectée à un but (BRINZ, repris en France, notamment par SALEILLES).

On aurait tort cependant d'exagérer, comme on le fait actuellement, le contraste entre les deux conceptions. Historiquement, la reconnaissance des pécules a largement favorisé le développement de la personnalité juridique du fils de famille et, dans une certaine mesure, de celle de l'esclave. Ainsi le patrimoine n'apparaît plus comme une simple émanation de la personnalité, la relation entre l'idée de patrimoine et la personnalité n'est pas à sens unique. Celle-ci a également profité de celle-là.

SECTION II. — Ancien droit

[29] LE DROIT SAVANT : LA THÉORIE DE L' « UNIVERSITAS ». — Les glossateurs vont reprendre et exploiter les textes romains ; leur apport propre, en la matière, sera une systématisation de la notion d'*universitas rerum*, qu'ils trouvaient dans le *Digeste* ; la simple exégèse des textes les conduit, à propos de la revendication, à distinguer, d'une part, un troupeau, une bibliothèque, un navire qui sont des agrégats d'unités (*vindicatio gregis*) et, d'autre part, les assemblages plus complexes qui réunissent des choses disparates mais affectées à un même objet et normalement grevées de dettes impliquées par celui-ci : telles l'hérédité et la dot. La glose appelle la première catégorie *universitas facti* ou *corporea* et la seconde *universitas juris* ou *incorporea*

(gl. *Dicendum est*, D., 6, 1, 1, 3 ; gl. *Non utetur*, D., 15, 2, 8), et elle découvre entre elles des différences multiples.

L'universalité de fait peut faire l'objet d'une revendication unique ; elle est corporelle et ne peut être composée que de biens corporels ; elle a pour fondement la volonté du propriétaire qui les a réunis ; elle peut faire l'objet d'opérations juridiques, usufruit, gage, legs. On donne comme type, le troupeau, mais aussi le fief.

L'universalité de droit crée entre les choses qu'elle réunit un lien intellectuel ; elle est incorporelle et provient, dira BARTOLE, d'une fiction du droit et il ajoutera, subissant très nettement l'influence des nominalistes, que le « tout » est différent de chaque partie, qu'il est un *corpus fictum* distinct de ses composantes qui peuvent changer pour être remplacées. C'était admettre l'idée de subrogation réelle qui constitue la différence essentielle avec l'*universitas facti* et qu'exprime la maxime célèbre : *In universalibus pretium succedit loco rei* ou encore *Subrogatum sapit naturam ejus in cujus locum subrogatum est*. On ajoute la règle *fructus augent universale*, les fruits accroissent l'universalité et n'ont pas à faire l'objet d'une revendication spéciale. Ainsi en est-il de l'hérédité, du pécule, de la boutique (*taberna*) ; on ajoutera, non sans hésitation, la dot et le patrimoine (cf. ALCIAT, *De verb. significatione*, loi 119).

[30] LA PRATIQUE : IGNORANCE DE L'IDÉE DE PATRIMOINE. — Qu'il y ait là un schéma commode et toujours utilisable (GARY, *Les notions d'universalité*, 1931, p. 113-140), la chose est certaine ; mais l'opposition comporte d'innombrables difficultés de détail qui ont séparé les Bartolistes, comme tous les auteurs postérieurs, et qui enlèvent à leurs idées toute portée pratique.

1^o L'ancien droit n'admet pas l'unité du patrimoine ; il distingue les biens d'un même individu suivant leur origine, leur nature ou leur affectation et, lors de la mort, chacun des biens du défunt suit sa loi propre : fiefs, tenures, alleux, meubles et immeubles, propres et acquêts. Même dans le Midi, les principes romains ne seront que difficilement reçus et LOYSEL pourra dire (n^o 313), faisant allusion aux pécules des *milités* romains : « Les Français comme gens de guerre ont reçu divers patrimoines et plusieurs sortes d'héritiers d'une même personne » (cf. t. III, p. 365). Pourtant, on n'imagine pas que chacune de

ces masses de biens constitue une universalité ; il n'y a pas de passif affecté à chacune d'elles et les applications de la théorie du remploi et de la subrogation réelle demeurent assez fragmentaires (propres de subrogation dans le régime de communauté, remploi dotal, aliénation des biens grevés de *fidéicommiss*).

2^o L'idée de « but » qui donnerait tout son sens à l'universalité de droit a été, au XIX^e siècle, longuement développée en Allemagne (« les droits n'ont pas de sujet mais seulement une destination, un but (*Zweck*), qui leur sert de sujet ») et reprise en France par SALEILLES. On prétend rattacher ces conceptions à l'ancien droit germanique et opposer la *Genossenschaft* de celui-ci à l'*universitas* romaine.

Quoi qu'il en soit de cette origine, les fondations sont fréquentes et elles sont normalement qualifiées d'*universitas rerum*. L'Eglise les encourage et exige seulement, en droit classique, qu'elles soient autorisées par l'évêque (X, 3, 36, 4). Le pouvoir royal exerce sur elle une surveillance moins stricte cependant que pour les corps ecclésiastiques ; l'édit de Daguesseau de 1749 imposera l'homologation par le Parlement de l'acte de fondation, mais le décret du 4 novembre 1789 les exceptera de la confiscation qu'il prononce des biens ecclésiastiques au profit de la nation.

3^o Ainsi se trouve posé le problème des personnes morales. La tradition romaine n'est pas douteuse ; comme toute *universitas juris*, elles apparaissent aux glossateurs, comme des fictions, et leur statut comme un exemple du problème des universaux ; quel genre d'existence ont nos idées générales et quel est leur rapport avec les objets particuliers ? Les canonistes n'ont pas des idées bien différentes et, par exemple, défendent d'excommunier une *universitas* puisqu'elle n'est qu'une fiction, qui ne peut ni vouloir ni agir (VI^o 5, 11, 3). BALDE († 1400), donnera les formules définitives ; la personne morale est un être fictif dont l'existence est perceptible à l'intelligence : *nomina juris, non nomina personarum, quoddam corpus intellectuale*. Elle est distincte des êtres physiques qui la composent : *corpus mysticum et abstractivum sumptum*. On appliquera cette analyse, même aux sociétés commerciales, en insistant, à leur sujet, sur la loi de la majorité et sur leur représentation par un syndic.

4^o La construction la plus originale de l'ancien droit est celle des bénéfiques ecclésiastiques : l'importance qu'ils avaient prise dans l'ancien droit avait conduit les canonistes à rechercher leur place exacte dans la classification des biens (on les assimile à une sorte de propriété viagère, cf. tous les décrétistes sur Décret C. 12, qu. 1, 13) comme la nature du droit qu'exerçait sur eux le titulaire (un *dominium* ou un *quasi dominium* sanctionné par un *jus in re*) ; mais, en outre, le bénéfice constitue un patrimoine spécial grevé d'affectation : l'*officium*, le *ministerium* du titulaire conditionne son *dominium*.

[31] LE DROIT MODERNE. — Les lois révolutionnaires sont hostiles à toutes les personnes morales. Le décret du 18 août 1792 indique « qu'un Etat vraiment libre ne doit souffrir dans son sein aucune corporation ». L'absolutisme s'introduit dans le droit public et l'individualisme dans le droit privé.

Le Code civil ne mentionne qu'incidemment (art. 878, 2092) le patrimoine et le mot est traité dans le *Répertoire Dalloz* en quatre lignes (éd. 1855, t. XXXV, p. 438). Cependant, l'idée d'unité du patrimoine est impliquée par l'unité de la succession : la grande loi successorale de nivôse an II déclare (art. 62) que « la loi ne reconnaît aucune différence dans la nature des biens ou dans leur origine pour en régler la transmission ».

ÉTAT DES QUESTIONS

I. — DROIT ROMAIN

La question mériterait d'être reprise. Outre MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale*, thèse, Lyon, 1932 et les critiques de LONGO, dans *SDHI*, 1935, p. 392 sq., v. COLLINET (*Le patrimoine*, Cours de doctorat, Paris, 1931 ; *Bona* et patrimoine, les deux conceptions du patrimoine en droit romain, *Etudes André Andréadès*, Athènes, 1940, p. 377 sq.), qui a fait justice des confusions faites entre le droit romain et droit moderne. Le premier est beaucoup moins rigoureux, beaucoup plus pragmatique que le second qui se caractérise par la cristallisation des thèses opposées et l'aspect académique des discussions (CARBONNIER, II, p. 8).

Terminologie. — Absence de système, rien ne le montre mieux que la diversité de la terminologie, outre *patrimonium* : *bona*, *substantia*, *familia*, *pecunia*, *omnia sua*, etc. (D., 36, 1, 15 à 17). Ces termes sont concrets (sur la différence entre *bona* et notre concept moderne de patrimoine, v. COLLINET, *op. cit.*, p. 391). L'évolution du sens de ces expressions, qui va s'élargissant,

montre les rapports qui existent entre le droit et la vie sociale ou économique. V. LEMARIGNIER, L'apparition du mot « bona » dans la langue juridique romaine au temps de Plaute et de Naevius, *RHD*, 1942, p. 224 sq. ; et les hypothèses de LÉPRI sur l'ancien droit romain, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano*, t. I, Florence, 1952. En dernier lieu, DIOSDI, « In bonis esse » und « nudum ius Quiritium », dans *Studi E. Volterra*, II, Milan, 1969, p. 125-145.

Le patrimoine général. — Que les Romains aient eu une conception optimiste du patrimoine, cela découle non seulement du sens de *bona* (béatitude : *Beare*, D., 50, 16, 49), mais du fait que l'on a admis facilement la cession de l'ensemble des biens composant le patrimoine, plus difficilement le transfert des dettes (v. tome sur les obligations, p. 219 sq.).

Les patrimoines d'affectation. — A la dot et aux pécules, il faut ajouter les fondations (v. ELLUL, t. I, p. 636 et pour la bibliographie, KASER, p. 263 ; y ajouter les études de BRUCK, F. de VISSCHER et J. GAUDEMET, *RIDA*, 1955, p. 159 sq., p. 197 sq. et 275 sq. et en dernier lieu JOLOWICZ, *Roman foundations of modern law*, Oxford, 1957).

Sur l'origine commune et la différenciation progressive des pécules (*profectice, castrense, quasi castrense*), v. en dernier lieu LA ROSA, *I peculi speciali in diritto romano*, Milan, 1953, notamment p. 8, 61, 225, n. 5 et *Studi Arangio-Ruiz*, 1956, t. 2, p. 393 sq.

Sur les droits respectifs du fils et du *pater*, sur les différents pécules, v. ELLUL, t. I, p. 586 et 626, et sur le développement de la personnalité juridique de l'esclave grâce aux pécules, v. en dernier lieu SCIASCIA, *Vecchie esperienze e nuove dottrine*, *Studi Arangio-Ruiz*, t. I, 1953, p. 445 sq.

Le concept d'*universitas* n'a été dégagé que progressivement. Sans admettre des interpolations systématiques comme le fait BONFANTE (v. la critique de BIONDI, *La dottrina giuridica della « universitas » nelle fonti romane*, *Ius*, 1955, p. 254 sq. et la synthèse historique de PUGLIATTI, *Riflessioni in tema di « universitas »*, *RTDPC*, 1955, p. 954 sq.), on doit reconnaître que l'idée a existé avant le nom. Cf. D., 15, 1, 7, 2 où l'emploi d'un comparatif grec équivalent à *universaliter* témoigne de l'embarras des juristes de l'époque classique.

V. en dernier lieu BIONDI, *La dottrina giuridica della « universitas » nelle fonti romane*, dans *BIDR*, 1958, p. 1 sq.

II. — ANCIEN DROIT

La question de l'*Universitas* mériterait d'être reprise ; elle est traitée traditionnellement à l'occasion du patrimoine : v. PLASTARA, *La notion juridique de patrimoine*, thèse, Paris, 1903 ; H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine*, th. Dijon, 1911. La notion appartient au droit public et HUGUCCIO dira : *Universitas tota remanet in uno ; totum jus universitatis redit in personam ejus et in persona illius durat nomen universitatis* (cité MOCHI ONORY, *Fonti canonistiche dell'idea moderna dello stato*, Milan, 1951, p. 169), ce qui aboutit à dire que l'université produit son propre droit (*Ibid.*, p. 261) : *Universitas constituere potest*. Avec DUNS SCOT et OCKHAM

la question du nominalisme est posée et aussi celle de la personnalité juridique des universités et des corps : quelle que soit la nature philosophique du lien social, le juriste doit, pour raisonner correctement sur les droits d'une *universitas*, la considérer comme une personne, une *persona representata* : O. von GIERKE, *Das deutschen Genossenschaft*, spéc. t. I : *Rechtsgeschichte der deutschen Genoss.*, Berlin, 1868 et t. III : *Die Staats und Korporationslehre*, 1881, fournit une mine de renseignements ; aussi G. von BELOW, *Das deutsche Staat des Mittelalters*, 2^e éd., Leipzig, 1925 ; E. LOUSSE, *Parlementarisme et corporatisme*, dans *RHD*, 1935, p. 683-706. Pierre de BELLEPERCHE écrit *Universitas quae unam personam representat* ; OLDRADE parle de *persona ficta* : cf. G. de LAGARDE, *La naissance de l'esprit laïque*, t. IV : *Ockham et son temps*, 1942, p. 117. Sur l'importance de ces idées dans le droit canonique : Paul OURLIAC, *Science politique et droit canonique au xv^e siècle*, dans *La storia del diritto nell quadro delle scienze storiche*, Florence, 1966, p. 497-519 ; P.-C. TIMBAL, *La vie juridique des personnes morales eccl. en France aux XIII^e et XIV^e s.*, dans *Etudes... Le Bras*, t. II, 1965, p. 1425-1445 ; P. MICHAUD-QUENTIN, *La conscience d'être membre d'une « universitas »*, dans *Miscellanea mediaevalia*, p. 1-14 (Publ. du Thomas-Institut de Cologne).

Sur la personnalité morale, Pierre GILLET, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique spécialement chez les décrétistes et les décrétalistes*, Malines, 1927 ; F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi ed in Carlo di Savigny*, dans *Studi giur. Schupfer*, t. II, p. 326 ; Paolo GROSSI, *Unanimitas. Alle origini del concetto di persona giur.*, dans *Annali di Storia del diritto*, t. II, 1958, p. 1-103.

Sur la subrogation réelle, il faut encore se reporter au vieil article de FLACH, dans *RHD*, 1870.

La question des fondations a fait l'objet de nombreuses études depuis la thèse d'A. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Des fondations*, Paris, 1894, toujours très utile : spécialement JOUBERT, *Die Stigting in die Romains-Hollandse reg en in die Suid Afrikaanse*, 1951 (consacré au droit romano-hollandais pour lequel les romanistes font encore autorité) ; A. ROTA, *Natura giuridica e forma della istituzione nella dottrina di Sinibaldo dei Fieschi*, dans *Archivio giuridico*, t. 150, 1956, p. 67 ; R. FEENSTRA, *Le concept de fondation en droit romain classique jusqu'à nos jours*, dans *Rev. int. droits Antiquité*, t. 3, 1956, p. 245 ; et *L'histoire des fondations* ; à propos de quelques études récentes, dans *TR*, t. 24, 1956, p. 381-448 (qui fait remonter l'expression de *persona representata* à Revigny et au-delà à Jean de Monchy qui enseignait à Orléans vers 1260).

L'influence d'Innocent IV (Sinibaldo dei Fieschi) a été bien souvent indiquée : J. LAMMEYER, *Die juristischen Personen in kath. Kirche*, Paderborn, 1929 ; A. HANIG, *Innozens IV, Vater der Fiktionstheorie*, dans *Oesterr. Archiv für Kirchenrecht*, t. 3, 1952, p. 177. Il est fort probable que le mot *ingere* n'a pas au Moyen Age le sens exact de fiction : la théorie moderne a été imaginée par SAVIGNY.

L'application de la théorie est bien faite par Jean IMBERT, *Les hôpitaux en droit canonique*, Paris, 1947, p. 106-114, et par Germain SICARD, *Les moulins de Toulouse au Moyen Age*, 1952, p. 293-323.

PREMIÈRE PARTIE

HISTOIRE DE LA PROPRIÉTÉ

[32] GÉNÉRALITÉS. — Selon les compilateurs de Justinien, le propriétaire a une *plena potestas* sur la chose (I., 2, 4, 4). Affirmation de principe d'un pouvoir absolu, qui va connaître une fortune singulière. Au Moyen Age, le droit savant la retrouve et la développe. Les glossateurs extrapolent un texte anodin du *Digeste* pour en tirer la formule à succès : la propriété est le *jus utendi et abutendi* (D., 5, 3, 25, 11 : *re sua se abuti putant*). La définition se transmettra dans notre ancien droit jusqu'à Pothier, le triptyque : *usus, fructus, abusus*, traduisant la mystique de l'omnipotence du propriétaire. Les révolutionnaires, eux-mêmes, contribuent à la glorification du droit de propriété. *Inviolable et sacrée*, dans la déclaration des droits de l'homme (art. 17), la propriété a enfin droit à un superlatif absolu et pléonastique dans notre *Code civil* (art. 544 : droit de jouir et disposer des choses de la manière *la plus absolue*).

Par un paradoxe apparent, le développement de l'absolutisme de principe s'accompagne de limites de plus en plus nombreuses. L'étatisme et le dirigisme du Bas-Empire restreignent sans cesse les droits de l'individu sur son patrimoine. Le propriétaire peut disposer de son bien (*perfecte disponendi*), sauf interdiction légale, précise au XIV^e siècle BARTOLE (*Opera*, édit. 1615, t. V, p. 84, commentaire de D., 41, 2, 17, 1 ; cf. C., 4, 38, 14, de 391) et sans porter atteinte au droit d'autrui,

renchérit POTHIER (*Traité du droit de propriété*, partie I, chap. 1^{er} § 4). Lois et règlements, telles sont encore les limites des droits du propriétaire dans notre *Code civil* (art. 544). Vocation à l'absolutisme, omnipotence de principe, en fait, de plus en plus : sorte de *droit éminent*, puisqu'il n'est plus seulement limité mais socialisé, démembré par la législation des baux ruraux ou commerciaux et les règlements d'urbanisme, tel se présente pour un moderne le droit de propriété. Ce dernier n'en est pas moins étudié encore sous une forme abstraite et mis en formule algébrique : propriété = usufruit (*usus + fructus*) + nue-propriété (*abusus*), ce qui peut donner « l'impression d'une certaine désuétude de son enseignement » (SAVATIER, *Les métamorphoses sociales du droit des biens*, Paris, 1948, n° 296). L'évolution historique n'en présente que plus d'intérêt, apte qu'elle est à nous faire comprendre comment et pourquoi le principe d'un droit absolu a pu se concilier avec les limitations, les démembrements, les transferts cycliques de la propriété foncière.

La réduction des effets pratiques du droit de propriété apparaît comme la conséquence de la vie de l'individu en société. Cette société qu'elle soit familiale, tribale ou étatique, réduit, jusqu'à les faire parfois disparaître, les droits de l'individu sur les biens. Ces limitations, ou cette substitution du groupe à l'individu, posent des problèmes d'ordre politique et économique qui sont résolus de nos jours en fonction de conceptions idéologiques. On est pour ou contre la propriété individuelle ou collective, privée ou publique (Sur les différences de terminologie, v. GONNARD, *La propriété dans la doctrine et dans l'histoire*, Paris, 1943, p. 2 sq.). Dès lors, l'évolution historique prend souvent, pour certains, la valeur d'un symbole. Traditionnellement, on considère qu'à l'origine tous les peuples auraient pratiqué la propriété collective (E. de LAVELEYE, *De la propriété et de ses formes primitives*, 1874). Par la suite, on aurait assisté à un processus d'individualisation avec des étapes bien marquées : un communisme de famille succédant à un communisme de tribu, pour s'effacer lui-même devant l'appropriation individuelle. Le postulat du communisme primitif a trouvé des partisans aussi bien chez les socialistes (la propriété individuelle ayant eu un commencement doit avoir une fin) que chez les

traditionalistes (le progrès social ne peut se trouver dans une régression, il est donc plus rassurant d'avoir le communisme derrière soi...).

L'histoire de la propriété, à Rome comme dans notre ancien droit, ne témoigne nullement d'une évolution aussi bien rythmée. S'il y a eu une propriété romaine à caractère soit collectif soit individuel, le fait le plus marquant de l'évolution reste la diversité constante des types de propriété. Si l'on peut dégager un concept prééminent de propriété, il n'a jamais été unique à quelque époque que l'on se place : 1) Ancien droit ; 2) Époque classique ; 3) Bas-Empire.

CHAPITRE PREMIER

ANCIEN DROIT ROMAIN : LA PROPRIÉTÉ PATRIARCALE

[33] PROPRIÉTÉ COLLECTIVE ET PROPRIÉTÉ PRIVÉE. — Sur les biens fonds, propriété collective et propriété privée ont coexisté aux origines de Rome. Absence de communisme primitif — au sens d'une mise en commun universelle de toutes les choses entre tous les hommes — telle est la conclusion la plus plausible, en l'état actuel de nos sources. Le souvenir d'une communauté idyllique ne se retrouve que chez les philosophes ou les poètes de l'époque classique qui, par profession, se doivent de croire ou de parler d'un âge d'or primitif. Pour des raisons différentes, bien qu'épris du même idéal, les Pères de l'Eglise se substitueront aux païens, évoquant le Paradis terrestre, c'est-à-dire « un état primitif antérieur à la faute où la propriété privée aurait été inconnue » (J. GAUDEMET, *L'Eglise dans l'Empire romain (IV^e-V^e siècles)*, Paris, 1958, p. 570, qui cite une série de textes de SAINT AMBROISE).

L'appropriation publique des terres est rejetée par la quasi-unanimité des romanistes, car elle suppose l'existence d'un Etat suffisamment fort et organisé pour préciser les modalités d'utilisation de ces terres (usage par roulement, attribution à vie de certaines parties, etc.). L'Etat-cité romain ne pouvait assumer une telle responsabilité. Deux titulaires du droit primitif sur le sol restent alors possibles : 1) La *gens*, groupement territorial politique et familial (v. ELLUL, I, p. 236) ; 2) La *familia* ayant à sa tête un *pater familias* (seul ce dernier, qui est *sui juris*, a la plénitude des droits civils, v. ELLUL, I, p. 347).

Propriété collective donc, mais privée et non publique dans

le premier cas, propriété individuelle dans le second. Pour certains, la puissance du chef de famille se manifeste depuis une époque tellement reculée « que l'existence d'une conception unique de cette puissance, constitue une véritable nécessité historique » (de VISSCHER, *Nouvelles études*, p. 228).

Il paraît cependant préférable d'admettre qu'aux origines de Rome, la propriété individuelle de chaque chef de famille ne portait que sur un *heredium* de deux *jugères* (deux arpents, soit environ un hectare ; au IV^e siècle avant J.-C., l'*heredium* sera de 7 arpents, v. NICOLINI, *Studi Bonfante*, t. II, p. 241). Une telle superficie étant très insuffisante pour nourrir une famille (c'est la surface occupée par l'habitation et le jardin), il devait y avoir des terres appartenant collectivement à un groupe plus large : la *gens* (MOMMSEN, *Droit public*, VI, I, p. 26). Encore ne faut-il pas exagérer la portée de ce collectivisme. Ceux qui admettent une propriété familiale originaire, ont très justement insisté sur l'omnipotence du chef de famille. Parallèlement, il paraît difficile de croire à une égalité juridique de tous les membres de la *gens*.

À côté de la propriété collective de la *gens*, il existe une propriété individuelle dont l'ancienneté ne fait aucun doute. Outre la propriété des meubles et des esclaves (*familia pecuniaque*), impliquée par les nécessités pratiques (certains objets apparaissent comme une extension de la personnalité du possesseur et sont détruits à sa mort : V. WESTRUP, *RHD*, 1933, p. 231 sq.), et la possession de l'*heredium*, attestée par la tradition littéraire (VARRON, *De re rustica*, I, 10, 2, qui attribue le partage des terres au fondateur légendaire de Rome, Romulus ; cf. PLINE, *Hist. nat.*, 17, 2, 7), certains indices témoignent de l'existence d'une propriété privée. Le plus frappant résulte des traditions relatives au caractère sacré des bornes qui marquent les limites des champs, à l'époque royale. La borne (*terminus*) est déifiée (*Jupiter terminus*, et plus tard *terminalis*). Arracher, en labourant, une borne en limite d'un champ est un sacrilège sanctionné par des peines sévères (DENYS D'Halicarnasse, 2, 74 ; FESTUS, v^o *termino* : v. MONIER, *Cours doctorat*, Paris, 1946, p. 31). Il n'est pas jusqu'à la légende du meurtre de Rémus par son frère qui ne témoigne du caractère

tabou des limites. Enfin, dès une époque antérieure à la *Loi des XII Tables*, l'existence d'une propriété individuelle est confirmée par la possibilité d'acquérir un fonds de terre en le possédant durant deux ans (*usucapion*). Accessoire à la propriété collective de la *gens*, la propriété privée du chef de famille diffère profondément de la propriété de l'époque classique. Le *pater* a une « puissance de commandement », il exerce sur ses biens une quasi-souveraineté.

[34] PROPRIÉTÉ ET SOUVERAINETÉ. — Il semble que la propriété participe à la souveraineté de l'Etat (BONFANTE, *Proprieta*, II, 1, p. 205). Ce caractère politique de la propriété, cette confusion entre le droit public et le droit privé, l'immunité totale des fonds de terre romains (à la différence des autres fonds : *ager publicus*) l'attestent notamment. L'impôt est personnel, il n'est pas payé sur la propriété.

Quasi-souveraineté, la propriété individuelle est davantage une « puissance » (*mancipium*) qu'une propriété au sens moderne du mot. C'est une puissance, comparable à la puissance paternelle (*potestas*) exercée sur les êtres humains comme sur les bêtes de somme ou de trait. Il faut renoncer, pour l'époque archaïque, à distinguer rigoureusement le droit des biens de celui des personnes, ce qui ne saurait étonner, compte tenu des interférences déjà constatées entre droit public et droit privé. Les classifications s'opèrent peu à peu, d'abord rendues nécessaires par la complexité croissante de la technique, elles deviendront systématiques au Bas-Empire.

Quasi souverain, le propriétaire primitif n'en vit pas moins en société et dès le v^e siècle av. J.-C., la *Loi des XII Tables* réglemeute les rapports de voisinage. Obligation de supporter que les branches des arbres du voisin surplombent son fonds avec, en contrepartie, le droit d'obtenir l'élagage des branches situées à moins de 15 pieds ; obligation de laisser le voisin venir ramasser les fruits tombés de ses arbres ; interdiction de modifier l'écoulement des eaux de pluie sur son fonds, si cela doit nuire au voisin. Supporter, ne pas nuire, sitôt qu'il est réglemeuté, le voisinage est « surtout efficace dans l'enseignement de la fraternité négative » (CARBONNIER, II, p. 191). Idéal modeste mais raisonnable, car de tout temps le mur mitoyen a été le

théâtre d'antagonismes virulents (AULU-GELLE, *Nuits attiques*, 14, 1, 4). Dans un intérêt plus général, la *Loi des XII Tables* restreint les droits du propriétaire dont les poutres ou les perches ont été utilisées dans la maison ou la vigne d'autrui. Dispositions prosaïques et élémentaires, mais conformes aux préoccupations d'un peuple de petits agriculteurs.

Enfin, pour tout-puissant qu'il soit, le chef de famille ne peut disposer sans restriction, entre vifs ou à cause de mort, que de sa propriété mobilière (troupeaux, esclaves, instruments aratoires : *familia pecuniaque*). Sans aller jusqu'à affirmer que l'*hereditum* est une propriété familiale, et à ce titre inaliénable et impartageable comme la *terra salica* franque, dans la pratique, tout se passe cependant comme s'il existait une indisponibilité légale. Les biens fonciers reçus des ancêtres paraissent plus particulièrement protégés, les dilapider est un signe de prodigalité (cf. *Val. Max.*, 4, 4, 8).

[35] POSSESSION ET PROPRIÉTÉ. — Si l'on est mal renseigné sur la place respective occupée, à l'origine, par la propriété collective et individuelle, nous savons comment la seconde, subsidiaire d'abord, finit par l'emporter sur la première.

Dès le début de la République, on peut admettre que la propriété collective, mais privée, des *gentes* s'est effacée devant la propriété publique de l'État-cité (sur la substitution de la *civitas* à la *gens*, v. ELLUL, I, p. 280). L'État romain voit son domaine s'accroître sans cesse avec les conquêtes et les terres des vaincus confisquées en partie. Quelques-unes d'entre elles déjà cultivées sont concédées à des particuliers, à titre individuel ou à l'occasion de la fondation d'une colonie contre le paiement d'une taxe annuelle (comme toutes propriétés privées, elles sont délimitées d'où leur nom : *agri limitati*).

Mais la plupart des terres confisquées sont en friches ou ravagées par la guerre. Pour trouver des exploitants, l'État fait appel aux volontaires. C'est l'occupation qui sert de titre, l'occupant étant tenu de verser à l'État une redevance annuelle (dixième de la récolte, cinquième en cas de plantations). En fait, seuls les riches, sociétés de publicains ou aristocrates, occupent ces terres (*agri occupatorii*) pour les rétrocéder, en partie et à titre précaire, à leurs clients (monopole de ceux qui

peuvent payer les taxes d'avance et disposer d'une main-d'œuvre importante pour occuper, monopole aussi à base de violences et d'expulsions, comme en témoignent les relations postérieures de TITE-LIVE, et Denys d'HALICARNASSE, notamment : v. les textes dans HAJJE, *Etudes sur les locations à long terme*, p. 5 sq.). « En sorte qu'avec ses prétentions à l'absolue justice, l'*occupatio* n'aboutissait qu'à créer un privilège à l'envers, un privilège pour ceux qui étaient déjà privilégiés » (G. BLOCH et J. CARCOPINO, *Histoire romaine*, t. II, Paris, 1940, 2^e éd., p. 158). Cette situation de fait qualifiée dans les textes de *possessio* (FESTUS, v^o *possiones*), va peu à peu conférer un véritable droit à celui qui occupe ainsi par l'intermédiaire de ses esclaves ou de ses clients. La durée même de l'état de fait consolide la situation de l'exploitant, le droit de propriété de l'État apparaît de plus en plus théorique, éminent.

Vis-à-vis des tiers, la position du possesseur de l'*ager publicus* est encore plus solide. Même s'il y a eu originairement quelques abus dans l'occupation des riches, pour des raisons d'ordre public, le prêteur protégera les positions acquises. En l'absence de délimitation officielle des terres occupées, le fait, la possession, sera prouvé par tout moyen : bornes privées, fossés, limites naturelles. Pour protéger l'occupant, le magistrat délivrera des interdits qui sont à l'origine de la protection possessoire (KASER, *Eigentum*, p. 254 sq.).

[36] TYPOLOGIE. — En dépit des incertitudes encore nombreuses, l'histoire de la propriété dans l'ancien droit romain se caractérise par l'existence d'un *pluralisme* de types. Propriété collective et individuelle, publique et privée, s'interpénètrent bien plus qu'elles ne se substituent l'une à l'autre, et il faudrait également tenir compte des formes particulières qu'a pu revêtir la propriété dans les régions annexées au territoire romain (sur le pluralisme de types de propriété dans une même société, en pays noir notamment, v. CUVILLIER, *op. cit.*, t. II, p. 502). Les changements sont d'autant moins nets, d'autant moins spectaculaires, que le fait l'emporte sur le droit. *Ager publicus* : propriété de l'Etat, mais occupée par des particuliers à qui la possession confère un véritable droit. *Heredium*, propriété privée du chef de famille, mais pratiquement indisponible.

A la fin de cette première période, on peut déjà constater que la concentration du sol devient « un trait permanent de l'histoire économique de Rome » (MAILLET, *Histoire des faits économiques, des origines au XX^e siècle*, Paris, 1952, p. 68). D'un point de vue technique, la montée des relations de fait à la vie juridique est tout aussi frappante, elle est une constante de l'évolution du droit.

Autre trait caractéristique de la situation : l'économique d'une part, le social et le politique de l'autre sont intimement liés. La possession de l'*ager publicus* par les familles de l'aristocratie est un élément considérable de leur suprématie politique. Aussi, la remise en question de cette primauté, à l'époque suivante, va-t-elle avoir des répercussions sur le régime agraire.

ÉTAT DES QUESTIONS

On s'oriente de plus en plus vers « l'histoire à très longues périodes » que l'on désigne « sous le nom d'histoire structurale » (BRAUDEL, *Pour une économie historique*, *RE*, 1950, p. 41 ; cf. A. MARCHAL, *Economistes et historiens*, *RE*, 1950, p. 13). Economistes, historiens et sociologues reprennent l'étude de la propriété en fonction des préoccupations actuelles. V. notamment, en se limitant aux ouvrages généraux de langue française : GONNARD, *La propriété dans la doctrine et dans l'histoire*, Paris, 1943 ; LEBRET, MARMY, GERLAUD, MACQUERON, AUBENAS, DAUVILLIER, MURAT, *Propriété et communauté*, Ecully, 1944 ; JANSSE, *La propriété, le régime des biens dans les civilisations occidentales*, Paris, 1952. Mais les précédents les plus lointains ne sont pas pour autant négligés, v. DAUVILLIER, *Problèmes juridiques de l'époque paléolithique, Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, p. 353 sq. L'ampleur de la bibliographie rend particulièrement précieux l'ouvrage de VOLTERRA, *Bibliografia di diritto agrario romano*, Florence, 1951.

Sur le rôle des idées religieuses dans l'élaboration du concept de propriété, v. A. CUVILLIER, *Manuel de sociologie*, Paris, 1950, t. II, p. 503, avec la bibliographie, et plus particulièrement sur la nature mystique du lien qui unit le propriétaire à la chose : idée de participation, v. L. LÉVY-BRUHL, *Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures*, Paris, 1910, p. 394 sq.

Terminologie. — Le substantif *proprietas* n'est utilisé, avec la signification de propriété, qu'à la fin de l'époque républicaine (v. les textes littéraires puis juridiques, dans MONIER, *Cours de doctorat*, 1952, p. 15 sq.). Il en va de même du terme *dominium* (ARCHI, *Il concetto della proprietà nei diritti del mondo antico*, *RIDA*, 1959, p. 234 sq.

Dans le très ancien droit romain, il n'y a, semble-t-il, ni terminologie ni notion spécifique de propriété. S'il ne paraît pas possible de confondre

la notion très large de *mancipium* (droit, puissance) et celle de propriété (v. la critique de la théorie de BONFANTE, dans de VISSCHER, *Nouvelles études de droit romain*, p. 209 sq.), celle-ci est sortie de celle-là, sans que l'on puisse encore préciser quand et comment la notion de droit patrimonial s'est substituée à la notion abstraite de puissance. A cet égard, on ne saurait trop approuver F. de VISSCHER d'avoir bien marqué combien il est dangereux d'aborder l'étude du droit archaïque avec nos « mentalités irrémédiablement classiques ». Les catégories et les genres se distinguent mal dans le très ancien droit et il serait vain de se dissimuler les confusions qui existent entre le droit des biens, des obligations ou des personnes, de même qu'entre droit public et privé. *Contra* : FUENTESECA, *Mancipium - Mancipatio - Dominium*, *Labeo*, 1958, p. 135 sq.

V. également les utiles remarques de ARCHI, *L'aspetto funzionale del « dominium » romano*, dans BIDR, 1958, p. 61 sq. et de VISSCHER, Quelques observations sur les origines du *Dominium* romain, dans BARB, *Classe Lettres et Sciences morales et politiques*, 1958, p. 161 sq.

Sur les sens variés de *dominus* : *dominus hereditatis*, *dominus litis*, etc., v. BRASIELLO, *Le cose*, p. 115 sq.

Propriété collective et propriété privée. — Sur le mythe de l'âge d'or, v. en dernier lieu BRAUN, Les tabous des *feriae* (article à paraître dans *L'année sociologique*), et sur les origines de la propriété à Rome : KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 2^e éd., Cologne-Graz, 1956, p. 230 sq. Actuellement, les recherches portent surtout sur la répartition des *gentes*, curies et tribus, sur les assignations et les partages de terres. Les sources littéraires romaines ou grecques ont tendance à vieillir les faits ou traditions qu'elles rapportent. V. une mise au point des différentes hypothèses émises, dans MONIER, *Cours de doctorat*, 1952, p. 24 sq., et surtout KASER, *Forschungen zum römischen Recht, I, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 2^e éd., Cologne-Graz, 1956, p. 230 sq., avec la bibliographie.

L'hypothèse d'une ancienne propriété collective de la *gens* paraît confirmée par des règles du droit successoral (v. t. III, p. 338). Propriété communautaire du sol, établie à l'origine au profit de la famille, mais exercée par un chef muni de pouvoirs dictatoriaux, v. MACQUERON, *L'évolution de la propriété à Rome*, coll. « Economie et Humanisme », 3^e cahier, 1943, p. 83 sq.

La coexistence de la propriété collective de la *gens* et de la propriété privée du chef de famille ne résout pas tous les problèmes. Il reste à déterminer la place de la propriété publique (citadelle du Capitole, mont Aventin, terres conquises, etc.). V. pour la position du problème : MONIER, *Cours de doctorat*, 1952, p. 39 sq.

Propriété et souveraineté. — La comparaison du droit de propriété et de la puissance paternelle ne doit pas être poussée trop loin. Dire, en effet, que le fonds de terre représente « la zone dans laquelle s'exerce le pouvoir exclusif de commandement du chef de famille » (de VISSCHER, *Nouvelles études*, p. 229), c'est faire bon marché du droit de propriété de la femme qui a cependant été admis très tôt (cf. la légende de la donation

de terres faite par Acca Larentia au peuple romain : MACROBE, *Saturnales*, 1, 10).

Le droit du *pater* de disposer de sa fortune mobilière ne fait aucun doute dès les origines, cf. TITE-LIVE, 2, 4, cité par BESNIER, Vicissitudes de la notion romaine de propriété, dans *AHES*, 1937, p. 324. Contre une indisponibilité légale de l'*heredium*, v. MONIER, *Cours de doctorat*, 1952, p. 26. VARRON, *De re rustica*, 1, 10, 2, signale la vocation successorale de l'héritier à l'*heredium*, mais elle caractérise plus qu'elle ne l'exclut la propriété privée. Droit de disposer entre vifs et droit de transmettre à ses descendants se complètent. Mais il faut tenir compte de la soumission du *pater*, « instrument du groupe social », à la coutume, v. G. LE BRAS, Capacités personnelles et structures sociales, dans *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, p. 421.

Sur l'existence de corvées à l'époque royale, v. les textes cités par KADEN, L'exercice de la propriété à la fin de l'époque classique du droit romain, dans *REL*, 1937, p. 145, n. 4 sq., mais il ne semble pas que la charge en soit supportée par les seuls propriétaires fonciers.

Selon G. DIOSDI, *Familia pecuniaque*, dans *Acta antiqua Academiae scientiarum Hungaricae*, t. XII, 1964, fasc. 1-2, p. 87-105, dans les plus anciens textes. *familia* et *pecunia* employés seuls désigneraient le patrimoine. *Familia* (esclaves) et *pecunia* (bétail) constituent l'essentiel de la fortune du *pater familias*. Selon ANDREEV, Les notions « familia » et « pecunia » dans les textes des XII Tables, dans *Acta antiqua Philippopolitana*. I : *Studia historica et philologica*, Sofia, 1963, p. 173-176, il s'agirait d'une différence fondamentale. Alors que *pecunia* désignerait les biens acquis personnellement par le *pater familias*, *familia* correspondrait aux biens de la famille.

Possession et propriété. — Sur le caractère, à la fois religieux et technique, des rites utilisés pour la délimitation des terres publiques attribuées à des particuliers et sur les rapports de ces pratiques avec les rites étrusques, v. l'étude ancienne mais toujours utile de BEAUDUIN, La limitation des fonds de terre dans ses rapports avec le droit de propriété, dans *NRH*, 1893, p. 397 sq., p. 567 sq. et 1894, p. 157 sq. et p. 309 sq. En dernier lieu, pour une vue d'ensemble du sujet : BURDESE, *Studi sull' ager publicus*, Turin, 1952, avec la bibliographie.

La possession de l'*ager publicus* est, pour les aristocrates, un facteur important de leur suprématie politique. Sur le groupement des citoyens en classes et en centuries ainsi que sur les privilèges conférés par la fortune en matière de représentation politique, v. ELLUL, I, p. 277 sq. À l'inverse, les obligations militaires ont d'abord été proportionnées à la fortune — ceux qui ne possèdent rien échappent au recrutement — par la suite, c'est l'égalité devant le devoir militaire et devant l'ennemi, v. G. BLOCH et J. CARCOPINO, *Histoire romaine*, t. II, p. 113 sq.

Sur les rapports qui existent entre le développement de la possession et l'extension des pouvoirs de la plèbe, v. CHICCA, *Orientamenti per la storia del diritto romano delle origini (fino alla legislazione decemvirale)*, Naples, 1956, p. 175 sq.

On distingue, en général, de l'*ager publicus* occupé par les aristocrates

(*ager occupatorius* ou *arcifinius*, c'est-à-dire non délimité, par opposition à l'*ager limiatus* concédé par l'État à un particulier, v. BURDESE, *ouvr. cit.*, p. 15 sq.), l'*ager scripturarius*, sur lequel tout citoyen peut faire pâturer son bétail à condition de le signaler sur un registre public et de payer une redevance. Au II^e siècle avant J.-C., la taxe ne sera perçue qu'au-dessus d'une certaine quantité d'animaux : dix bœufs ou cinquante moutons. L'*ager scripturarius* doit être distingué de l'*ager compascuus*, pâturage aussi mais issu des partages de terre à titre de propriété privée, certains fonds restant indivis entre voisins pour la pâture des troupeaux : v. les textes cités par BURDESE, *ouvr. cit.*, p. 40 sq. Sur d'autres variétés : *ager quaestorius*, *ager censorius*, v. KASER, *Die Typen der römischen Bodenrechte in des späteren Republik*, dans ZSS, 1942, p. 43 sq. et BURDESE, *ouvr. cit.*, p. 42 sq.

Très discutée est la question de savoir si les aristocrates, qui ont occupé l'*ager publicus*, ont payé de façon continue une taxe à l'État (*vectigal*). Pour l'affirmative : BOZZA, *La possessio dell'ager publicus*, Florence, 1939, t. I, p. 33 sq. En sens contraire : CARCATERA, *Dal possesso preclassico al possesso dei diritti*, dans *Annali Bari*, 1942, p. 112 sq. et TIBILETTI, *Il possesso dell' « ager publicus » e le norme « de modo agrorum » sino ai Gracchi*, dans *Athenaeum*, 1949, p. 20 sq., pour qui le *vectigal* n'aurait qu'un caractère recognitif. V. la critique, et une mise au point de la question, dans BURDESE, *ouvr. cit.*, p. 35 et 64 sq., qui croit à l'existence d'un *vectigal* payé par tout utilisateur de l'*ager publicus* et à sa disparition à une époque difficile à préciser. La rareté et l'imprécision des textes littéraires, par ailleurs tardifs, expliquent le nombre des hypothèses (APPIEN, *De bell. civ.*, 1, 7 ; TITE-LIVE, *Ab urbe condita*, 4, 36, 2 ; DENYS D'HALICARNASSE, *Ant. rom.*, 8, 73 et 76).

Pour les mêmes raisons, il est difficile de dater les *Lois liciniennes* qui limitent l'étendue de la possession des aristocrates à cinq cents jugères d'*ager publicus* par chef de famille (deux cent cinquante de plus par fils). V. CARCOPINO, *Autour des Gracques*, Paris, 1928, qui estime que la Loi Licinia ne serait pas antérieure au II^e siècle avant J.-C. ; en sens contraire, BURDESE, *ouvr. cit.*, p. 52 sq., croit à la très grande ancienneté de cette mesure.

Sur les deux derniers siècles de la République, avec des incursions dans les périodes postérieures, v. Alan WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968.

CHAPITRE II

ÉPOQUE CLASSIQUE : LA PROPRIÉTÉ INDIVIDUELLE

[37] Avec l'ère des conquêtes, il semble qu'il n'ait pas dû y avoir à Rome de problème agraire, de problème de répartition des terres. Or la première partie de l'époque classique (début II^e siècle avant J.-C. à l'an 27 avant J.-C.), est marquée, au contraire, par des troubles sérieux dont la cause principale est la question agraire. La raison en est que durant cette période le problème revêt un caractère politique et social plus qu'économique.

La répartition des terres est un des aspects du conflit, qui oppose, à la fin de la république, patriciens et plébéiens, ainsi que les différentes factions politiques entre elles : les aristocrates, possesseurs de l'*ager publicus*, tiennent à conserver les terres les plus riches et à proximité de Rome. Ce sont celles-là mêmes qui sont l'enjeu de la lutte.

[38] LOIS AGRAIRES : PROBLÈMES DE RÉPARTITION. — Un nom symbolise cette lutte : les Gracques (Tiberius et Caius Gracchus). Déjà durant la seconde moitié du IV^e siècle avant J.-C., une série de dispositions avaient limité la superficie des terres publiques que pouvait posséder chaque chef de famille (500 jugères, soit 125 ha et 25 jugères en sus par fils). Le surplus devait être réparti entre les plébéiens. Les nouveaux possesseurs avaient une propriété de fait : l'impôt annuel (*vectigal*) et l'inaliénabilité primitive de leurs lots ayant été progressivement supprimés, mais l'application de ces mesures était toujours restée approximative.

La résistance des aristocrates trouve sa justification dans

l'ancienneté de leur possession, il est contraire à l'équité de modifier un état de fait séculaire (cf. CICÉRON, *De off.*, 2, 22, 79). La ploutocratie fera échouer partiellement la réforme agraire. Celle-ci se poursuivra néanmoins, avec des fortunes diverses, durant toute la période républicaine, particulièrement avec Sylla et César. Les terres confisquées, ou achetées avec le butin, sont attribuées aux vétérans en Italie même ou dans des colonies fondées dans les provinces, tandis que les conquêtes permettent de faire de nouvelles distributions. Mais dès l'époque républicaine, « le problème agraire n'était plus le problème essentiel, aux yeux de la masse des citoyens, par suite des changements économiques. De fait, c'est la question frumentaire qui passe au premier rang... » (MAILLET, *Histoire des faits économiques des origines au XIX^e siècle*, Paris, 1952, p. 74). Le pouvoir central prend l'habitude de distribuer à bas prix ou gratuitement des produits de première nécessité à la plèbe, c'est un jalon vers le fameux *panem et circenses* qui deviendra, sous le Haut-Empire, une « formule de gouvernement ».

Si le régime juridique des terres assignées, et notamment celui des colonies, est très diversifié (HAJJE, *op. cit.*, p. 21), il ne s'en produit pas moins, au dernier siècle de la république, un vaste mouvement d'unification de la condition juridique des terres, corrélatif à celle des personnes. En Italie, le possesseur des biens fonds est en principe un latin ou un citoyen romain, ce dernier ayant seul accès à la pleine propriété romaine : la propriété quiritaire (*dominium ex jure Quiritium*). Situation non plus de fait mais légale, protégée par une action en revendication et non par de simples interdits possessoires. Situation privilégiée, enfin, par rapport à la propriété provinciale. A une exception près (43 avant J.-C.), le propriétaire d'une terre romaine ne paie plus le tribut, de 167 avant J.-C. au règne de Dioclétien, à la fin de l'époque classique (fin du III^e siècle après J.-C.).

[39] PROBLÈMES D'EXPLOITATION. — Généralisation des *latifundia*, survivance de la petite propriété, l'organisation agraire ne se réduit pas à l'opposition simpliste entre les grandes exploitations, avec emploi massif d'esclaves, produisant en vue de la vente et les petites propriétés exploitées en économie

fermée. « On voit se former, dès le II^e siècle de notre ère au moins, un système nouveau, promis au plus large destin, puisqu'il se généralisera au début du Moyen Age, sous le nom de système domanial » (MAILLET, *ouv. cit.*, p. 76). Il se caractérise par la division du bien fonds en deux parties, l'une exploitée directement, l'autre concédée à des tenanciers, « en général locataires à temps, qui payent un fermage en argent ou des redevances en produit, et se trouvent tenus de certaines corvées à effectuer sur la partie exploitée directement pour compléter le travail des esclaves » (*Ibid.*).

Cette transformation des structures est complétée par des réformes agraires. Celles de l'époque républicaine sont dues aux gouvernants qui ont cherché avant tout à opérer une redistribution des terres. Elles ont un caractère beaucoup plus politique qu'économique. Sous le Haut-Empire, grands propriétaires et pouvoirs publics, pour des raisons différentes, s'efforcent de rénover l'agriculture. On ne cherche plus à favoriser les plébéiens au détriment des patriciens, à récompenser les services de soldats fidèles ou d'amis politiques, on s'efforce de stimuler l'activité productrice, sous l'influence de l'intérêt individuel qui coïncide avec l'intérêt général. Pour cela, on modifie, on diversifie la condition juridique des exploitants. L'économique tend à l'emporter sur le politique. L'approvisionnement de Rome (*annone*), les distributions gratuites de blé à la plèbe oisive, les dépenses de certains empereurs posent de difficiles problèmes dont la solution ne s'accorde guère avec des impératifs idéologiques.

Sous l'empereur Vespasien (69-79), on assiste à une nouvelle tentative du pouvoir central pour faire reconnaître ses droits sur la partie du domaine public qui avait été jadis occupée, plus ou moins légalement, par les particuliers. Nulle arrière-pensée politique ou sociale cette fois. Par des moyens plus avouables que ceux qui sont à l'origine de sa « malodorante réputation », l'empereur s'efforce simplement de combler le déficit financier, héritage du siècle précédent. Ces mesures provoquent la même réaction que les lois agraires de l'époque républicaine. Les possesseurs se retranchent derrière une situation de fait qui, tolérée pendant un certain temps, s'oppose au

droit devenu théorique de l'Etat. Le temps travaille pour l'occupant, l'évolution est irréversible. A la fin du 1^{er} siècle, les empereurs reconnaissent l'échec de leurs revendications, dès lors, on s'oriente surtout vers une meilleure exploitation des terres publiques en réorganisant les procédés de location de ces terres pour pallier, notamment, la crise de main-d'œuvre maintes fois signalée par COLUMELLE et PLINE le Jeune. Toutes ces modifications vont consolider les droits du possesseur, de l'exploitant.

Lex Manciana, lex Hadriana, telles sont les principales mesures qui, dès le 1^{er} siècle après J.-C., vont être utilisées pour réaliser une meilleure exploitation des terres. Le but poursuivi est la mise en valeur des terres incultes, qu'il s'agisse de terres laissées en friches (*lex Hadriana*), ou demeurées vierges (*lex Manciana*). Aussi le droit de l'occupant est-il en quelque sorte calqué sur son activité réelle : droit sur ce qu'il a planté ou construit, possibilité d'être dépossédé s'il laisse à son tour le bien en friche deux ans, soit le double du temps normal de jachère. Procédé logique et efficace. On sanctionne la négligence de l'exploitant et on se prémunit corrélativement contre le retour d'un état de chose semblable. Par là même, l'accent est mis sur les droits que confère le travail, c'est-à-dire l'exploitation effective.

Nulle contradiction, à l'origine, avec les droits du propriétaire, c'est dans son intérêt même que l'on cherche à stimuler l'activité de l'exploitant qui le représente. Ce dernier est tenu de verser une prestation annuelle en nature (en général, le tiers des fruits, avec exemption temporaire de prestation, de cinq à dix ans, en cas de plantation d'arbres fruitiers), éventuellement, il est soumis à certaines corvées. *Jus proprium* (inscription d'Henchir-Mettich), *jus possidendi ac fruendi hereditate suo relinquendi* (inscription d'Ain-Ouassel), l'exploitant a un droit de jouissance très proche de celui du propriétaire, nous assistons à un démembrement du droit de propriété. Ces dispositions, dont l'origine (règlement émanant d'un simple particulier ou d'un représentant du pouvoir central) et la portée (statut régissant tout l'Empire ou l'Afrique du Nord) sont discutées, ne constituent pas un cas unique. Certaines mesures stimulent

l'investissement privé plutôt que le travail du possesseur, d'autres enfin s'inspirent de cette double préoccupation.

[40] LE DROIT DE SUPERFICIE. — Normalement, la propriété du sol comporte la propriété de la construction édiflée sur lui (*superficies* : v. n^o 144 la théorie de l'*accession*). Cette règle éminemment rationnelle va céder devant les nécessités pratiques. Là encore on assiste à un partage du droit de propriété, les prototypes de ces partages devant être recherchés dans les rapports entre personnes publiques (Etat, cités) et les particuliers. Désir des Pouvoirs publics de conserver la propriété de ses terrains urbains non bâtis tout en encourageant l'initiative privée pour pallier la crise du logement, telle est l'explication de la nouvelle technique juridique. L'Etat ou la ville laisse au locataire, qui a construit, le terrain à titre de concession perpétuelle contre paiement du loyer. Le droit de superficie confère à son titulaire la propriété de l'édifice construit sur le sol loué (D., 43, 18, 2).

[41] LA PERMANENCE DE L'EXPLOITATION : LE « JUS PERPETUUM ». — Droit perpétuel sur les terres louées pour une durée illimitée (*in perpetuum*, D., 6, 3, pr. et 1), droit transmissible aux héritiers, telle est la situation du fermier que l'on qualifiait de *perpetuarius* (C., 1, 33, 2, de 397). En général, ce sont les personnes morales, cités notamment, qui concluent de tels baux, ils leur enlèvent tout souci d'administration en leur procurant un revenu régulier (paiement d'un *vectigal*, d'où le nom générique de la terre louée : *ager vectigalis*). De leur côté, les particuliers utilisent une technique analogue mais plus rationnelle : l'*emphytéose*. D'origine grecque, ce contrat de location à long terme assure au propriétaire la mise en valeur ou l'amélioration de son fonds, mais diminue la portée de son droit réel. Amélioration de la terre : l'exploitant s'engage à planter (étymologie grecque du contrat : *emphuteuein*) ou tout au moins à défricher. Réduction, en contrepartie, des droits du propriétaire qui concède (en général) au locataire (*emphytéote*) un droit transmissible à ses héritiers. En apparence, le contrat reste un simple bail et l'exploitant doit verser une redevance annuelle, dans la réalité, un nouveau droit réel va se dégager peu à peu en sa faveur. Ce procédé de mise en valeur

des terres se généralisera au Bas-Empire, époque à laquelle il englobera le *jus perpetuum* concédé sur l'*ager vectigalis*.

[42] LA RÉVOCABILITÉ DES CONCESSIONS : LE PRÉCAIRE. — Qu'ils bénéficient des concessions à long terme ou de reconduction tacite leur assurant en fait une pérennité d'exploitation, les tenanciers apparaissent toujours gagnants. La réduction des droits du propriétaire, le démembrement de la propriété, semblent inévitables. Mais le phénomène d'appropriation de la terre, comme toute évolution, n'est pas plus rythmée qu'inéluctable. Le propriétaire romain n'a pas toujours eu des raisons de s'inquiéter de ces transformations très lentes, compte tenu de l'avantage qu'il retirait des locations. Dans le cas contraire, si le désir de préserver l'intégrité de ses droits l'emportait sur l'intérêt économique immédiat, il pouvait céder ses terres en *précaire* : concession révocable *ad nutum* mais gratuite. Le procédé paraît éternel, lié, tout au moins, à l'existence même de la propriété. A première vue, cependant, la supériorité du concédant et l'insécurité du concessionnaire confèrent à la technique un caractère désuet. C'est le moyen idoine pour le patron de l'ancien droit romain de rétrocéder à ses clients une partie des terres publiques qu'il a occupées (v. *supra*, n° 35). Bien que sujette à des éclipses, la technique se retrouve à toutes les époques du droit romain, elle a, sans nul doute, permis aux propriétaires de réagir contre le phénomène de transfert des droits réels jouant en faveur de l'exploitant. Son utilisation est fonction des circonstances économiques, elle dépend surtout du facteur démographique, de l'abondance ou de la pénurie de main-d'œuvre. La révocabilité de la concession restera toujours de son essence, mais il est probable que des aménagements ont été apportés à la gratuité (cf. C., 7, 39, 2), en raison de l'attraction exercée par le contrat de louage. En honneur dans notre ancien droit, le précaire n'en a pas moins été négligé par les rédacteurs du Code civil et dédaigné par notre doctrine du XIX^e siècle. Force est, aujourd'hui, de constater que tel le phénix, il renaît de sa cendre. Réagissant à la législation des loyers, les propriétaires d'immeubles urbains recourent à des conventions d'occupation précaire, leur permettant de faire cesser, comme ils l'entendent, l'occupation des lieux. « La juris-

prudence valide, en principe, la combinaison » (CARBONNIER, Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, dans *L'Année sociologique*, 1957-1958, p. 9, n. 1).

Droits de superficie, droits de l'emphytéote et, d'une façon générale, droits des locataires à long terme, autant de droits réels latents qui réduisent le droit du propriétaire au profit de l'exploitant. Paradoxalement, ce sont des textes de l'époque classique que l'on peut tirer les formules qui donnent au droit de propriété son caractère absolu et perpétuel. Bonne illustration du traditionalisme de juristes qui gardent la nostalgie de la propriété ancestrale conçue comme une puissance sur une chose, comme un droit dénué de contenu patrimonial et dès lors discrétionnaire (cf. ARCHI, *RIDA*, 1959, p. 240).

[43] LE DROIT DE PROPRIÉTÉ : NOTION THÉORIQUE. — La propriété romaine, la propriété quiritaire (*dominium ex jure Quiritium*) est : a) Légale ; b) Perpétuelle ; et c) Absolue.

a) A l'époque précédente, les situations de fait (possession de l'*ager publicus*) dominaient. A l'époque classique, elles sont normalisées, entérinées par le droit. L'occupation figure, certes, parmi les modes classiques d'acquisition de la propriété. Mais c'est un cas d'école pour les immeubles (biens abandonnés, leur occupation sera réglementée ; biens tombés en déshérence, rarissimes ou de peu de valeur, avec les droits successoraux de l'Etat, v. t. III, p. 295), il ne joue pratiquement que pour les choses mobilières (gibier, trésor, etc.). GAIUS ne s'y trompe pas, qui fait de l'occupation un mode accessoire d'acquisition de la propriété. Il faut attendre l'époque byzantine pour voir la doctrine se faire une idée romantique de l'ancien droit et estimer que le premier moyen de devenir propriétaire a été l'occupation des *res nullius*. Il semble, tout au contraire, que l'occupation n'a guère pu porter que sur des biens appartenant à la collectivité. Situation de fait tolérée puis ratifiée, le temps aidant, par l'Etat.

b) Perpétuel, le droit de propriété ne disparaît qu'avec la destruction de la chose, sauf volonté contraire du propriétaire (v. n° 180).

c) Absolue et exclusive. *Dominium* et *proprietas* sont, dès l'époque classique, synonymes. Le propriétaire a un pouvoir

de maître (*dominus*) sur la chose, celle-ci appartient à un individu déterminé à l'exclusion de tout autre, elle est *propre*. Ce caractère exclusif a été dégagé par antithèse, par opposition à l'usufruit. Le nu-propiétaire a la *proprietas* (GAIUS, 2, 33), et plus précisément la *nuda proprietas* (GAIUS, 2, 30), quand il récupère l'usufruit de son bien, il a la *plena proprietas* (D., 7, 1, 46).

C'est également par opposition à l'usufruit que les byzantins dégageront le caractère absolu de la propriété (*plena in re potestas* : I., 2, 4, 4). Dès l'époque classique, le propriétaire quiritaire a non seulement plein pouvoir à la surface du sol mais en-dessus comme en-dessous : *usque ad coelum usque ad inferos*, proclameront les commentateurs (cf. C. C., art. 552). Toutefois les Romains n'ont jamais procédé à une analyse dogmatique des droits du propriétaire. Ceux-ci ont été dégagés empiriquement, en étudiant les démembrements exceptionnels de la propriété : usufruit, usage, habitation. A la différence des droits accordés à l'exploitant en fonction de son travail ou de ses investissements (*lex Manciana*, superficie, emphytéose), il s'agit de simples droits de jouissance qui sont dissociés de la propriété de façon anormale et en général temporaire. Alors que les différents statuts juridiques de l'exploitant énervent à la longue le droit même de propriété et peuvent aboutir à son transfert, il n'est nullement paradoxal d'affirmer que ce droit est renforcé, au moins dans son principe, par les dissociations temporaires dont il est l'objet.

Démembrements-transferts, démembrements-temporaires, ceux-ci ont intéressé plus que ceux-là les juristes romains. Il est, en effet, difficile pour le théoricien de saisir la réalité mouvante du statut de l'exploitant. Les démembrements temporaires sont au contraire plus propices à une analyse technique, pour artificielle qu'elle apparaisse parfois. (On comprend mieux de nos jours les raisons de la prudence de la doctrine. Les hésitations du législateur et de la jurisprudence montrent toute la difficulté qu'il y a à traduire l'ascension à la propriété du fermier ou du locataire d'un fonds de commerce par exemple).

Résultante des différentes dissociations dont elle peut faire l'objet, la propriété apparaît, en théorie, comme la puissance

suprême que l'on peut exercer sur une chose. Le large éventail des droits du propriétaire ne doit cependant pas faire illusion. Le droit de propriété n'a jamais été considéré à Rome comme un pouvoir arbitraire, illimité dans le temps et dans l'espace.

Le caractère *perpétuel* de ce droit est fonction de la volonté de son titulaire, mais la fréquence et la facilité des transferts, conséquence de l'assouplissement du formalisme, atténuent considérablement la portée de ce principe. Il n'est pas jusqu'aux clauses de plus en plus nombreuses, créées par la pratique, qui, en permettant de remettre en cause les transferts, ne finissent par donner à la propriété un caractère instable et relatif. Qu'il s'agisse des clauses de réméré, de l'*in diem addictio* (adjudication à terme) ou de tout autre pacte adjoint à un contrat de vente (ces pactes ne produisent cependant d'effet réel que dans le dernier état du droit romain : v. t. I, n° 257 sq.), la volonté des parties accentue le caractère économique de la propriété au détriment de l'aspect mystique et patriarcal qu'elle avait pu avoir autrefois. Mais c'est surtout le caractère absolu et exclusif de la propriété qui va subir les atteintes les plus graves :

1° Les *limitations légales* à la propriété foncière ne cessent de s'accroître avec le développement de la vie en société.

2° Le *fait est mis au service du droit*. Les situations de fait, protégées par le magistrat, se multiplient : le prêteur précise les droits de ces nouveaux bénéficiaires, et par leur relativité même ces droits sont autant d'exceptions au principe d'une propriété individuelle, absolue et exclusive.

[44] I. — LES LIMITATIONS LÉGALES. — La nomenclature de ces restrictions importe moins que les principes auxquels on peut essayer de les rattacher : a) Primauté des intérêts collectifs ; et b) Abus du droit (KADEN, *REL*, 1937).

a) En dépit d'un individualisme en apparence triomphant, les propriétaires urbains ou ruraux doivent se soumettre à des impératifs d'ordre économique et social, aux exigences de ce qu'on appelle aujourd'hui : l'*utilité publique*. Dans les villes, interdictions et obligations s'opposent au bon plaisir du propriétaire. Urbanisme et crise du logement font interdire les démolitions de maisons sans reconstructions équivalentes, les

ventes de maisons, même de campagne, dans une intention spéculative (v. les textes dans KADEN, p. 148) et réglementer strictement les prélèvements de matériaux précieux (marbres, colonnes) sur un édifice. L'extension des villes, les changements dans les modes de construction, élargissent le domaine d'application des servitudes.

A l'inverse, il existe des devoirs à la charge du propriétaire, des obligations de réparer voire de rebâtir les maisons (D., 1, 18, 7 ; 39, 2, 7, 2 ; 39, 2, 9 pr. ; 39, 2, 46, pr.), obligation de protéger les voisins contre le danger que présente sa construction qui menace ruine ou les travaux entrepris sur son fonds (*damnum infectum* : dommage menaçant).

En matière agricole, les interdictions ont, comme à l'époque précédente, un caractère individuel, qu'il s'agisse des rapports de voisinage ou du régime des eaux. Les obligations en vue de l'intérêt général deviennent cependant plus nombreuses, elles s'adressent à l'exploitant aussi bien qu'au propriétaire : depuis l'édit de Domitien (fin du 1^{er} siècle après J.-C.), sur la limitation de la culture de la vigne, jusqu'à l'édit du maximum de Dioclétien de 301, qui taxera temporairement les prix d'une multitude de produits (v. LEMOSSE, *Histoire du commerce*, t. II, p. 175 sq.), en passant par les servitudes de passage (à la charge des riverains d'un fleuve, d'une route) ou la mise en culture obligatoire des friches et des terres incultes.

L'obligation des propriétaires ruraux de cultiver leurs terres, et de le faire convenablement, existe déjà sous la République où elle était sanctionnée par les censeurs (AULU-GELLE, *Nuits attiques*, 4, 12). Sous le Haut-Empire, les préoccupations des particuliers rejoignent celles de l'Etat. Meilleur rendement des terres pour les premiers, souci d'assurer le ravitaillement pour le second, les moyens utilisés diffèrent peu, au point que l'on a pu se demander si les mesures édictées avaient une origine de droit public ou de droit privé (v. *supra*, n° 39). Ces dispositions limitent le droit du propriétaire par le statut juridique privilégié concédé à l'exploitant, mais elles profitent au point de vue économique à ce même propriétaire dont elles revalorisent les terres, elles ne sont pas dirigées contre lui. Il en va différemment des mesures qui accordent, à l'occupant des terres

incultes et en friches, la « propriété perpétuelle » (193 après J.-C.). Mais il s'agit là d'une disposition de durée éphémère (HAJJE, *Etude sur les locations...*, p. 131). A l'époque classique, on s'efforce surtout de concilier la propriété individuelle avec les intérêts particuliers ou généraux. Très rares sont les cas où, par suite de l'incompatibilité entre l'utilité publique et la propriété privée, cette dernière doit disparaître : l'expropriation n'existe en effet qu'à l'état embryonnaire. Elle joue surtout pour les terres provinciales, en partant de l'idée que c'est l'Etat ou l'empereur qui est théoriquement propriétaire du sol (MONIER, p. 363).

→ b) Avec l'*abus du droit*, nous trouvons une autre source de limitation du droit de propriété, connue dès l'époque classique. Le principe est formulé aussi bien par les auteurs littéraires que par les jurisconsultes (COLUMELLE, *De re rustica*, 1, 7, 2 ; DENYS D'HALICARNASSE, *Ant. rom.*, 8, 61 ; CICÉRON, *De off.*, 3, 5, 21 ; 3, 6, 30 ; GAIUS, 1, 53). La volonté de nuire de celui qui agit en vertu de son droit de propriété est un motif suffisant pour interdire son acte (D., 39, 3, 1, 11 et 12 et 39, 3, 2, 9 : modification de l'écoulement des eaux ; D., 6, 1, 38 exercice du *jus tollendi*, cf. D., 47, 10, 44).

[45] II. — LE FAIT AU SERVICE DU DROIT. — A une époque où la technique juridique est poussée jusqu'à son plus haut degré, il semblerait que les juristes doivent faire peu de cas des situations de fait. Pour des raisons pratiques cependant, les jurisconsultes ont réussi à concilier le fait et le droit, à mettre le premier au service du second.

Le droit de propriété, absolu en principe, n'est pas seulement limité dans certains de ses effets, il se rencontre rarement. La propriété romaine (propriété quiritaire), qui confère le droit réel le plus étendu, n'est pas à la portée de tout le monde, c'est un « droit reconnu par la loi romaine à une minorité de privilégiés » (BESNIER, *AHES*, p. 329). Les nécessités économiques s'accommodent mal de son domaine d'application étroit (citoyen romain, choses romaines), et du formalisme de ses modes de transfert (*mancipatio*, *in jure cessio*).

A l'époque précédente, le magistrat protégeait déjà à l'aide d'interdits possessoires des situations de fait (possession de

ager publicus). En droit classique, ces situations se normalisent. Les juristes les classent en différentes catégories, les soumettent à des conditions, en précisent les effets.

1^o Différents types de *propriété non quiritaire* apparaissent.

2^o Origine de ces situations de fait, la *possession* est à son tour précisée dans son concept et surtout dans ses effets.

[46] 1^o ECHEC AU FORMALISME. — *Propriété provinciale, prétorienne et pérégrine*, complètent, mais parfois concurrencent aussi, la propriété type, la propriété quiritaire. La possession des fonds provinciaux confère des droits analogues à ceux déjà reconnus dans l'ancien droit au possesseur de l'*ager publicus* (v. *supra*, n^o 36), mais c'est avec la propriété prétorienne qu'apparaît la grande innovation de l'époque classique. Dès le début de cette période, le préteur constatant que certaines personnes avaient un bien dans leur patrimoine (*in bonis*), sans pour cela avoir un droit de propriété quiritaire, estime que cette situation doit être protégée. Les raisons de l'intervention du magistrat sont diverses. Il semble qu'à l'origine le préteur ait voulu protéger celui qui avait acquis un bien du véritable propriétaire, sans que les formalités légales de transfert aient été observées (simple tradition d'une *res Mancipi* au lieu de la mancipation ou de l'*in jure cessio* requise, v. *infra*, n^o 174). Juridiquement, le vendeur reste propriétaire, l'acheteur acquiert un droit qui ne sera opposable qu'au bout d'un certain délai (*usucapion*). Pour des raisons d'équité, le magistrat estime que le vendeur, propriétaire quiritaire, ne conserve qu'un *titre nu* (*nudum jus Quiritium*), l'acquéreur, en attendant l'écoulement du délai d'*usucapion*, a la propriété *utile*.

Du point de vue pratique, le résultat cherché est obtenu mais au détriment de l'homogénéité de la notion de propriété. Deux droits de propriété existent sur le même bien, la propriété quiritaire apparaissant ici comme un droit théorique vidé de toute utilité réelle.

Parfois, il est vrai, la propriété prétorienne supplée sans la doubler la propriété quiritaire : achat en bloc du patrimoine d'un insolvable ou encore héritier dont la vocation successorale repose non sur la loi mais sur les dispositions prétoriennes (*bonorum possessio*, v. t. III).

Ces innovations du pouvoir judiciaire pallient les inconvénients du formalisme, mieux encore elles permettent d'élaborer un droit nouveau. Notion plus souple que la propriété romaine du droit civil, la propriété prétorienne est aussi moins absolue. Les conditions de sa protection sont fixées par le magistrat (v. *infra*, n° 174). On s'habitue ainsi à l'idée que la propriété individuelle peut n'avoir qu'une valeur relative. Issue d'un simple fait, la propriété perd l'auréole que lui conférait le *jus Quiritium*.

La *propriété pérégrine* vient encore nuancer le concept de droit réel absolu et exclusif. A la différence de la propriété prétorienne, sa création s'explique par des raisons non de droit privé mais de droit public. Les magistrats romains (préteur pérégrin, gouverneur de province) ont voulu protéger la propriété des étrangers (pérégrins), de ceux qui n'étant pas citoyens romains ou latins ne pouvaient prétendre, sauf convention spéciale (octroi du *commercium*), à la propriété quiritaire. Ici encore, ce n'est pas une propriété légale mais de fait qui est protégée.

Grâce au magistrat, les rapports de fait produisent des conséquences juridiques de plus en plus importantes. Non seulement le fait crée le droit, mais parfois il triomphe de lui (conflit entre la propriété prétorienne et quiritaire). Facteur essentiel de l'élaboration du droit des biens, le fait devait être étudié pour lui-même, c'est à l'époque classique que l'on précise le concept de possession.

[47] 2° LA POSSESSION. — Le rôle de la possession a de nos jours considérablement diminué. Ses conséquences juridiques nous apparaissent comme autant de béatitudes platoniques. *Effet probatoire* : quel défendeur se contenterait d'alléguer sa situation de fait ! *Protection possessoire* : elle est « en décadence marquée » (CARBONNIER, II, p. 222). *Effet créateur* : quel sera le rôle de la prescription avec l'inscription sur les registres fonciers ?

La possession, en droit moderne, a surtout une fonction conservatrice, ce n'est plus qu'un ronronnement satisfait de techniques bien au point. Le fait a été trop bien réglementé par un droit qui est parvenu à une sorte de perfection avec les

travaux des romanistes allemands du XIX^e siècle (SAVIGNY, IHERING). Dans un droit en pleine évolution, la possession ne peut retrouver sa fonction créatrice qu'à partir de formes nouvelles (sur la « fonction révolutionnaire » que peut avoir la possession, v. CARBONNIER, II, p. 139, et les applications que suggèrent : la théorie de l'*apparence*, la notion de l'*occupation des lieux*, celle surtout de l'*utilisation*).

[48] LE RÉALISME DU DROIT CLASSIQUE. — C'est un lieu commun de constater aujourd'hui l'extrême importance du droit romain en matière de possession. On pense, ce faisant, à la forme la plus évoluée de ce concept : aux théories savantes des Byzantins qui n'ont eu que très peu d'influence sur l'évolution du droit. A l'époque classique, au contraire, la possession est liée étroitement à toutes les transformations du système juridique. A un moment où les institutions sont encore loin d'être classées et étiquetées, le rôle de la possession est considérable, les rapports de fait sont à la base de la plupart des actes juridiques. Dans le droit contractuel, on sait la place occupée par le contrat réel qui se forme par la remise d'une chose. Système intermédiaire entre le formalisme et le consensualisme (v. t. I, n^o 21 sq.), il est à l'origine, notamment, de la théorie des *contrats innommés*. Dans le droit des biens, la possession est à la base de presque tous les modes d'acquisition de la propriété, qu'il s'agisse des modes originaires et tout particulièrement du plus important d'entre eux : l'occupation, ou des modes dérivés. Ici encore le rôle de la possession apparaît comme un moyen de concilier formalisme et consensualisme. Dans la *traditio*, les formes disparaissent au profit de la seule remise de possession. Preuve et publicité, pour les parties comme pour les tiers, le fait accompagne et traduit le droit.

Lorsque le rapport de fait est consolidé par le temps, il peut enfin créer directement le droit (*usucapion*). On comprend dès lors tout le parti que le pouvoir judiciaire pouvait tirer du fait, pour créer la propriété prétorienne et pérégrine ou pour faire évoluer le droit dans les domaines les plus divers, grâce à ces techniques très souples que sont la *missio in possessionem* et la *bonorum possessio*. On comprend aussi l'importance de la protection possessoire. C'est elle que le magistrat

utilise en général pour faire respecter ses innovations. La possession protégée par les interdits du préteur (*possessio ad interdicta*) est, à l'époque classique, la possession par excellence. Mais elle n'est pas la seule forme de possession. Comme la propriété, et plus encore qu'elle, la notion de possession est variée. Reposant sur une situation de fait, elle doit s'adapter à la réalité. A travers toutes les étapes du droit romain, il existe, en dépit de la diversité et de l'évolution des droits réels, une forme éminente de propriété : la propriété quiritaire, « la forme la plus accentuée de la propriété individuelle » (BESNIER, AHES, 1937, p. 332). Rien de tel pour la possession, où il n'y a pas eu de forme prééminente stable, la *possessio ad interdicta* disparaissant au Bas-Empire. Deux autres types de possession existent à l'époque classique : 1) La *possessio naturalis* ou *corporalis* qui n'est que la détention matérielle d'une chose, le pouvoir physique exercé par le possesseur sur une chose corporelle (le mot détention sera employé dans le sens du C. C., art. 2228, et non dans le sens technique de l'art. 2236, de possession pour autrui, v. *infra*, n° 122) ; 2) La *possessio civilis* qui, à l'opposé, est très proche du droit de propriété. Elle repose sur un juste titre d'acquisition, et normalement le possesseur civil est propriétaire de la chose ou en passe de le devenir par l'*usucapion*.

La *possessio ad interdicta*, à mi-chemin entre une conception trop matérielle ou trop juridique, rend bien compte du réalisme de l'époque classique. La pratique s'efforce de concilier le fait avec le droit, comme elle a cherché en droit contractuel un compromis entre le formalisme et le consensualisme.

Dès l'époque classique cependant, le rapport de fait va être étudié et délimité par les juristes. La doctrine va s'efforcer de normaliser le fait, de le rapprocher du droit, cela grâce aux artifices habituels : symbole, fiction, abstraction.

[49] VERS UNE RATIONALISATION DU FAIT. — Le rapport de fait entre l'individu et les biens apparaît comme essentiel, mais : 1) Il n'est pas toujours nécessaire ; et 2) Il est de moins en moins suffisant.

1) Le rapport de fait n'est pas rigoureusement nécessaire. On peut posséder par l'intermédiaire d'autrui. Les actes de possession peuvent être symboliques, voire intermittents. Le

juriste, pour apprécier la réalité, prend en considération l'*utilisation normale* des biens. C'est en ce sens que l'on admet que les alpages (*saltus*) continuent à être possédés, bien que matériellement abandonnés pendant la mauvaise saison (D., 41, 2, 3, 11), ou encore qu'une brève absence ne fait pas perdre la possession (D., 43, 16, 1, 24). La possession par l'intermédiaire d'autrui est considérée comme effective (D., 41, 2, 44, 1). Les aristocrates détiennent ainsi la plus grande partie de l'*ager publicus*. La représentation, fiction impliquée par les besoins de la vie économique (v. t. I, n° 118 sq.), infléchit le concept de possession. Le rapport possesseur-chose cesse d'être un rapport personnel. La réalité fait place à l'abstraction. Une fiction en engendre une autre : la mort du fermier par l'intermédiaire de qui on possède, n'entraîne pas la disparition de la possession (D., 41, 2, 40, 1 : le propriétaire ne perd la possession que si, averti de la situation, il néglige d'y remédier). Pour des raisons de commodité, les juristes commencent à intellectualiser la situation de fait et l'on constate la même évolution pour les actes de transfert de propriété qui se réalisent grâce à la remise de possession (*traditio*, v. *infra*, n° 153 sq.).

2) Surtout, le rapport de fait apparaît de moins en moins suffisant. Les effets juridiques attachés à la possession ne se produisent qu'à certaines conditions : juste titre, absence de vices à l'égard de l'adversaire (violence, clandestinité, précarité, v. *infra*, n° 117).

En dépit des libertés que les jurisconsultes prennent avec la réalité, ils ne la négligent qu'*utilitatis causa* (D., 41, 2, 44, 1) et dans des occasions limitées. Mais c'est à partir de ces cas d'espèces dégagés par eux que la doctrine élaborera, à l'époque suivante, une notion de possession qui n'aura qu'un lointain rapport avec la situation de fait.

[50] LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE. — L'époque classique marque l'apogée de la propriété individuelle, le propriétaire échappe à l'emprise de la famille, il n'est pas encore dirigé par l'Etat. Cependant, tout se passe comme si, sensible aux vertus d'une bonne méthode d'exposition, la propriété romaine présentait déjà les signes de l'évolution ultérieure : le ver est dans le fruit en quelque sorte ! Le dirigisme byzantin se trouve en

germe dans certaines interventions du législateur, comme il est impliqué par la conjoncture économique, politique et sociale. Ne nous y trompons pas, la caractéristique de cette période n'est pas d'annoncer telle ou telle évolution. Du point de vue de la technique juridique, toutes les évolutions sont possibles à partir des *données* de l'époque classique. Propriété quiritaire auréolée d'absolutisme, mais relativité de la propriété préto-rienne, virtualités contenues dans les différents statuts de l'exploitant et du locataire. Possession considérée comme un rapport de fait, mais adaptée aux besoins de la pratique et rapprochée tantôt de la détention matérielle, tantôt du droit de posséder. Il y a là autant de contradictions apparentes qui témoignent de l'empirisme des jurisconsultes préoccupés avant tout de tenir compte des réalités sans pour cela renier le passé.

Dans le droit des biens, comme dans celui des obligations (v. t. I, n° 24), les Romains sont à la recherche d'un équilibre (cf. les tentatives pour concilier l'utilité commune et la justice, pour faire triompher l'*aequitas*, v. SENN, *RHD*, 1958, p. 586 sq.). Refusant de faire un choix, les juristes classiques nous apparaissent comme des éveilleurs d'idées. Ce n'est pas éclectisme de leur part, mais désir de s'adapter aux nécessités pratiques sans pour cela mettre bas les techniques solides de leurs institutions. L'évolution du droit est en quelque sorte décantée, pondérée, ce qui n'est possible que de la part de praticiens sans complexes ni parti pris, détenteurs d'un véritable pouvoir judiciaire qui leur permet de créer comme d'interpréter le droit. La richesse des concepts que l'on trouve en droit classique à l'état brut, rattachés qu'ils sont le plus souvent à des cas concrets, explique qu'au Bas-Empire l'évolution du droit, pourtant différente en Orient et en Occident, ait pu se faire à partir des mêmes techniques.

ÉTAT DES QUESTIONS

Problèmes de répartition. — Pour savoir comment acheter et exploiter un domaine dans de bonnes conditions, il n'est que de suivre les conseils donnés par CATON, *De agricultura*, I, 4, 10 et 11 : ne pas acheter dans une région où les terres se vendent trop souvent, choisir de préférence un domaine d'une superficie de 100 arpents, etc.

Après le coup d'arrêt constitué par les lois agraires « en plusieurs régions la propriété petite et surtout — les deux cents *jugera* d'un lot représentant 50 ha — moyenne s'était réinstallée » (A. AYMARD et J. AUBOYER, *Rome et son Empire*, Paris, 1956, p. 166).

Mais les *latifundia* (les larges biens-fonds) ne tardent pas à se multiplier. V. G. BLOCH et J. CARCOPINO, *L'histoire romaine*, t. II, Paris, 1940, 2^e éd., p. 166 sq., et, en dernier lieu, TIBILETTI, Lo sviluppo del latifondo in Italia dall'epoca graccana al principio dell'impero, dans *Relaz. X Congr. internaz. studi storica*, 1955, p. 235 sq. Parmi les grands propriétaires qui constituent les *latifundia*, on doit faire une place spéciale aux sénateurs « puisque le placement de leur fortune dans l'exploitation rurale était le seul licite » (A. AYMARD et J. AUBOYER, *ouvr. cit.*, p. 162).

Sur la diversité du régime juridique des terres concédées lors des fondations de colonies, v. HAJJE, *thèse*, p. 21.

Problèmes d'exploitation. — *Lex Manciana* et *lex Hadriana* n'ont vraisemblablement de loi que le nom. Leur origine est aussi mal connue que leur portée. « Les opinions vont d'un règlement d'un domaine particulier, à un statut régissant tout l'Empire » (MONIER, *Cours de doctorat*, Paris, 1952, p. 88 ; cf. DU MÊME AUTEUR, *Cultura manciana et emphytéose*, dans *Studi U. E. Paoli*, Florence, 1956, p. 523). Une seule chose est certaine : la longévité des dispositions édictées, leur existence nous est encore attestée à la fin du v^e siècle. Faute de preuve, il est encore impossible d'affirmer que ces dispositions étaient applicables ailleurs qu'en Afrique du Nord. L'opinion contraire est défendue avec autant de force que de talent par J. CARCOPINO, La tenure romaine, dans *Recueils de la Société Jean Bodin*, Bruxelles, 1938, t. III, p. 126 sq. Le sujet peut toujours être renouvelé par la découverte d'inscriptions, v. en dernier lieu les *tablettes Albertini*.

Le droit de superficie. — Contraire au principe *superficies solo cedit* (qui n'est qu'un « simple rappel d'une constatation de fait » : GAUDEMET, Quelques remarques sur le droit naturel, dans *RIDA*, 1952, p. 456), rompant l'harmonieuse construction de la propriété romaine quiritaire, le droit de superficie a pu paraître à nombre d'auteurs comme le produit d'une imagination indigne de l'époque classique. L'ampleur des interpolations découlant de ce postulat n'arrêtait ni ALBERTARIO ni surtout BESELER. La tendance actuelle est à la circonspection, cf. MONIER, *Cours de doctorat*, Paris, 1952, p. 104 sq., et surtout HAJJE, *Thèse*, p. 35 sq.

Même corrigée par le critère tiré de la bonne ou mauvaise foi du constructeur, la règle *superficies solo cedit* pose, dans son application, de sérieux problèmes d'ordre économique. V., en droit byzantin, les difficultés auxquelles elle se heurte dans la pratique, notamment en matière d'indemnisation : J. de MALAFOSSE, Les lois agraires à l'époque byzantine, tradition et exégèse, dans *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1949, p. 48 sq. Constructions et plantations n'apparaissent pas seulement comme irréversibles, à travers elles, se trouve posé le problème des rapports capital-travail (ce qui ne traduit pas forcément une opposition riche-pauvre, le second disposant parfois d'un potentiel économique égal ou supérieur au premier).

V. en dernier lieu PALERMO, *Profili storici del diritto agrario. Diritto romano*, dans *Riv. di Dir. Agrario*, XLV, 1966, p. 67-204.

La révocabilité des possessions : le précaire. — Sur les éclipses subies par l'institution, v. les pertinentes remarques d'E. LÉVY, *Vom römischen Precarium zur germanischen Lansleihe*, dans *ZSS*, 1948, p. 3 sq., et *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphie, 1951, p. 265 sq. Pratique largement utilisée dans le droit des obligations : vente (t. I, n° 247), fiducie *cum creditore* (GAIUS, 2, 60), contrats innommés (t. I, n° 289), le précaire est tantôt comparé, tantôt opposé au louage ou au dépôt et il finira par être confondu avec le prêt à usage (*commodat*). Sur les problèmes soulevés par la reconnaissance d'une possession au concessionnaire, v. E. LÉVY, *ZSS*, 1948, p. 2 sq. Le problème est dominé par le facteur démographique. Sur les difficultés que l'on éprouve pour trouver des fermiers en Italie, v. PLINE LE JEUNE, *Correspondance*, 9, 37 ; 3, 19 ; COLUMELLE, *De re rustica*, 1, 7.

Le souci d'analyser avec précision leurs institutions, un certain goût pour les classifications caractérisent les juristes de l'époque classique créateurs de la science juridique, mais il n'y a de leur part nul esprit de système. Opposition spectaculaire entre la propriété italique (propriété quiritaire) et provinciale. Sous-divisions de cette dernière en catégories bien tranchées (fonds tributaires et stipendiaires) sont autant d'exagérations. En sens contraire, une position extrémiste défendue par CIAPELLONI, *Studi su Gaius*, Pavie, 1943 et la critique dans MONIER, *Cours de doctorat*, 1952, p. 68 sq.

Le droit de propriété. — L'évolution historique est utilement complétée par les comparaisons dans l'espace. Pour une confrontation entre le droit grec et le droit romain, v. ARCHI, *Il concetto della proprietà nei diritti del mondo antico*, dans *RIDA*, 1959, p. 234. Le droit grec n'a jamais admis le principe d'une propriété absolue, il est resté fermement attaché à la conception de la propriété relative, ceci par pragmatisme et sous l'influence des facteurs économiques prédominants. V. en dernier lieu A. KRAENZLEIN, *Eigentum und Besitz im griechischen Recht des fünften und vierten Jahrhunderts v. Chr.*, Berlin, 1963, avec le c. r. de J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *RHD*, 1966, p. 79-80. Pour une confrontation avec les réalités égyptiennes, v. les suggestives remarques de M. LEMOSSE, *Le concept de la propriété en Egypte romaine*, dans *Travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris*, t. XX, 1963, p. 21-24, ainsi que A. TOMSIN, *Continuités historiques dans le cadre des mesures prises par les Romains en Egypte concernant la propriété de la terre*, dans *Actes du X^e Congrès international des Papyrologues*, Varsovie-Cracovie, 1961, p. 81-95. Cf. en droit babylonien, la conception très concrète d'une « maîtrise sur les biens » : CARDASCIA, *Le concept babylonien de la propriété*, dans *RIDA*, 1959, p. 19 sq. ; cf. SZLECHTER, *De quelques considérations sur l'origine de la propriété foncière privée dans l'ancien droit mésopotamien*, dans *RIDA*, 1958, p. 121 sq.

Sur l'évolution de la terminologie et la concurrence subie par le terme *dominium* — qui a lui-même remplacé *mancipium* à l'époque classique — de la part du mot *proprietas*, v. MONIER, *Cours de doctorat*, Paris, 1952, p. 14 sq.

L'expression *proprietas* a été parfois suspectée d'interpolation (de FRANCISCI, *Il trasferimento*, p. 77 sq.). En réalité, si *dominium* est, à l'origine, d'un emploi plus courant que *proprietas*, ce dernier mot sera employé de préférence par antithèse à l'usufruit ou à la possession. « *Proprietas* convient très bien dans tous les cas où une personne peut dire : *meum esse*, tout en ayant perdu, en fait ou en droit, une partie de ses pouvoirs sur la chose » (MONIER, *ouvr. cit.*, p. 16). Les deux expressions peuvent se conjuguer (*dominus proprietatis* désigne le nu-proprétaire par opposition à l'usufruitier, cf. GAIUS, I, 2, 30 et 92). *Usque ad caelum usque ad inferos* : v. VACCARI, Un capitolo della storia del diritto di proprietà, dans *Studi in onore di Pietro de Francisci*, Milan, 1956, t. IV, p. 465 sq.

Sur toutes ces questions, v., en dernier lieu, l'importante contribution apportée par CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei « iura praediorum » nell'età repubblicana*, Milan, 1969.

Limitations légales de la propriété. — Les plus importantes concernent la propriété foncière, mais sous le Haut-Empire des constitutions limitent les pouvoirs du maître de l'esclave.

Pendant longtemps à la suite de BARTOLE, les romanistes ont fait leur le concept d'une propriété : « Domination illimitée et exclusive d'une personne sur une chose. » V. en ce sens la bibliographie citée par KADEN. L'exercice de la propriété à la fin de l'époque classique du droit romain, dans *REL*, 1937, p. 136, n. 4. Cf. plus récemment E. LÉVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphie, 1951, p. 100 sq. Les juristes modernes abandonnent, à leur tour, la « prétendue tradition romaine » : WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris, 1945, p. 332 ; v. encore en sens contraire MORIN, *La révolte du droit contre le code*, Paris, 1945, p. 107. La tradition n'en reste pas moins à l'origine de notre C. C., art. 544. C'est à cette légende de la propriété romaine absolue qu'il faut rattacher le sens parfois donné au mot *abusus* (destruction de la chose pour son *bon plaisir*, alors qu'il signifie : consommation d'une chose consommable par le premier usage) et au verbe *abuti* dont on a tiré l'expression *jus abutendi*.

Des différentes mesures restreignant les droits des propriétaires de maisons, la plus connue sinon la plus spectaculaire est le S. C. HOSIDIEN (entre 44 et 46 après J.-C. ; cf. S. C. VOLUSIEN, 56 après J.-C.). Dans cette disposition, le législateur réagit contre les spéculateurs qui achètent des immeubles pour les démolir, pour en extraire les matériaux précieux ou utiles et les réemployer dans la construction de maisons d'un meilleur rapport, sans se soucier des ruines qu'ils laissent ni des problèmes de relogement qu'ils posent. V. un examen de ces mesures dans une perspective moderne, dans WALINE, *ouvr. cit.*, p. 332 sq.

Pour le droit romain, v. les très pertinentes remarques de VILLERS, Les limitations au droit de la propriété dans la législation romaine, dans *Travaux et Recherches de l'Inst. de Droit comparé Univ. de Paris*, t. 22, 1963, p. 13-20.

A l'opposé, le problème posé par la perche ou la poutre utilisée dans la vigne ou la maison d'autrui (*tignum junctum*) paraît bien anodin. Il n'en est pas moins d'un intérêt certain du point de vue des principes. Les

Romains ont réussi, et cela dès la *Loi des XII Tables*, à concilier les droits du propriétaire des matériaux (indemnité) et l'intérêt général en vertu duquel on ne doit pas porter atteinte aux récoltes ou aux constructions (interdiction de reprendre les matériaux non séparés de l'immeuble). V. sur cette question et son évolution la thèse classique de MONIER, *Le tignum junctum*, Thèse droit, Paris, 1922, et en dernier lieu : G. MELILLO, *Tignum iunctum*, Naples, 1964, avec le c. r. de M. LEMOSSE, *RHD*, 1966, p. 89-90. Cf. QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito* (Dalle XII Tavole a Giustiniano), dans *Ann. Univ. Bari*, 1967. D'aucuns pensent que l'expropriation pour cause d'utilité publique serait une création byzantine : V. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, 1, p. 237 sq., et la distinction un peu trop subtile que fait l'auteur entre nécessité et utilité publique. Mais l'autorité des magistrats républicains (cf. CICERON, *De viribus*, 3, 16), et *a fortiori* celle des empereurs, n'a pas attendu pour se manifester dans ce domaine les théories des compilateurs de Justinien. V. également de ROBERTIS, *La espropriazione per pubblica utilità*, Bari, 1936, et dans AUBA, 1947, p. 184 sq., NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, Milan, 1940 ; et en dernier lieu une utile quoique fort succincte position du problème dans le temps et dans l'espace, dans F. A. MANN, *Outlines of a history of expropriation*, dans *TLQR*, 1959, p. 188 sq.

Un problème analogue se pose pour l'apparition de l'*abus du droit* dont les applications pratiques sont réduites. La maxime *malitius non est indulgendum* (D., 6, 1, 38) est contredite par la formule opposée : *nullus videtur dolo facere, cui suo jure utitur* (D., 50, 17, 55) mais les principes, à l'époque classique, apparaissent souvent dominés par l'*utilitatis causa*. V. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana*, dans *BIDR*, 1939, p. 1 sq. ; GROSSO, V^o « *Abuso del diritto* », dans *Novissimo Digesto Italiano*, Turin, 1958, II, p. 914 sq. ; et pour une étude comparée avec le droit moderne : v. UMUR, *Roma Hukukunda Hakkin Suiistimali* (L'abus du droit en droit romain), dans *Tahir Taner'e Armağan*, Istamboul, 1956, p. 557 sq.

Echec au formalisme. — La propriété prétorienne ou bonitaire (*in bonis*) met en valeur, une fois de plus, l'importance de la procédure en droit romain. L'évolution est un bon exemple du rôle du magistrat comme source de droit. V. les ouvrages anciens mais toujours utiles de APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, 2 vol., Paris, 1889 et BONFANTE, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, *Scritti giuridici varii*, t. II. Plus récemment, outre : KASER, *Eigentum...*, et *ZSS*, 1953, p. 167 ; les articles de SOLAZZI, *SDHI*, 1949, p. 227 sq. ; 1950, p. 286 sq. et 1954, p. 309 sq.

Sur la propriété pérégrine, v. en dernier lieu de VISSCHER, *La condition des pérégrins à Rome, jusqu'à la constitution Antonine de l'an 212*, dans *Recueils de la Société Jean Bodin*, Bruxelles, 1958, p. 195 ; cf. GAUDEMET, *L'étranger au Bas-Empire*, *Ibid.*, p. 209.

La possession. — Le « torrent de la littérature possessoire » est redoutable. SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, trad. STAEDTLER, Paris, 1870, et surtout IHERING, *Du fondement de la protection possessoire*, trad. de MEULENAERE, Paris, 1875 ; *Etudes complémentaires de l'esprit du droit*

romain, t. III, trad. ID., Paris, 1887 ; *Du rôle de la volonté dans la possession*, trad. ID., Paris, 1891, restent les chefs de file incontestés des anciens comme des modernes. On trouvera des renseignements utiles dans BRUNS, *Die Besitzklagen* ; CORNIL, *Traité de la possession* ; DUQUESNE, *Thèse* ; v. plus récemment : ALBERTARIO, Il possesso, *Studi*, II, p. 107 sq. ; BONFANTE Il punto di partenza nella teoria romana del possesso, *Scritti*, III, p. 51 sq. BOZZA, Sull'origine del possesso, dans *AUMA*, 1931, p. 189 sq. ; BRANCA, Il possesso come diritto affievolito, dans *Studi Carnelutti*, III, p. 383 sq. ; CARCATERRA, Dal possesso preclassico al possesso dei diritti, dans *AUBA*, 1941, p. 102 sq. Une tentative de synthèse : d'EMILIA, Intorno alla configurazione del possesso romano et bizantino, dans *Studi Albertario*, II, p. 515 sq. ; KASER, outre, Eigentum..., Wesen und Wirkungen der Detention, dans *Landesreferaten zum III intern. Kongress für Rechtsv.*, 1950, p. 1 sq. ; KUNKEL, Civilis und naturalis possessio, dans *Symbolae Friburgenses in honorem Lenel*, p. 40 sq. ; LAURIA, Note sul possesso, dans *Studi Solazzi*, p. 780 sq. ; LEIFER, *PW* ; RICCOBONO, nombreux articles et en dernier lieu : Le mie colpe, dans *BIDR*, 1947, p. 40 sq. ; SCHERILLO, Contributi alla dottrina romana del possesso, I : Possessio naturalis, dans *RIL*, 1930, p. 507 sq. V. en outre les nombreux cours ou traités de : ALBERTARIO (1937 et 1946), ARNO (1936), BOZZA (1936), CARCATERRA (1938), CIAPESSONI (1934), RICCOBONO (1933).

CHAPITRE III

LE BAS-EMPIRE : LA PROPRIÉTÉ ET SA FONCTION SOCIALE

[51] Plus encore que le droit des obligations (v. t. I, n^o 40 sq.), le droit des biens au Bas-Empire se caractérise par sa complexité. Pour la traduire, on peut faire état d'un dualisme de tendances. Epoque de classification et de rationalisation, triomphe de la fiction et de l'abstraction, d'une part. Epoque aussi de troubles et de crises financières qui exigent des mesures d'opportunité. Mais tout ne se ramène pas à un contraste entre une science du droit académique et une législation dominée par les nécessités pratiques, économiques surtout. Des facteurs internes de dissociation expliquent aussi la complexité du droit byzantin. Ils proviennent pour une large part des différences géographiques, de l'évolution distincte que subissent les institutions de l'Empire d'Orient et d'Occident. La distinction est d'ailleurs élémentaire, plus que tout autre, le droit des biens comporte des variantes, fonction des traditions, fonction surtout des différences d'exploitation.

D'une façon générale, on peut dire qu'à côté : d'une 1) *synthèse doctrinale* cohérente, bien que parfois artificielle, on constate l'existence de mesures qui tiennent davantage compte de 2) *la réalité et des impératifs économiques*, qu'il s'agisse de décisions impériales ou de réactions suscitées par le caractère savant des règles juridiques.

§ 1. LA SYNTHÈSE DOCTRINALE

Classification avec une tendance très nette à l'unification. Prééminence reconnue au droit sur le fait, à l'intention sur la forme. Effort, enfin, pour moraliser la règle juridique. Tels sont les caractères de la construction doctrinale byzantine, tant dans le domaine de la propriété, que dans celui de la possession. [52] 1) LA « PROPRIETAS ». — La synthèse était facile à réaliser. Elle s'opère au profit de la propriété par excellence : la propriété romaine reconnue par le droit civil. La doctrine est ici à son aise, propriétés prétoriennes, pérégrines et provinciales ne sont plus que des survivances.

La propriété prétorienne permettait au magistrat de protéger des situations de fait qu'il estimait légitimes. Facteur essentiel de développement du droit, ce procédé conduisait normalement à la propriété du droit civil et en étendait le domaine d'application. Après la disparition du pouvoir judiciaire du préteur, la propriété prétorienne perd le plus clair de son intérêt. Elle ne peut plus être étendue à de nouvelles situations, stéréotypée, elle ne se différencie de la *proprietas* que par la terminologie ou les formalités de transfert. La fusion sera consacrée par l'empereur Justinien (C., 7, 25).

C'est de la même époque que date la disparition définitive des autres formes de propriété : propriété pérégrine (avec la consécration de l'extinction de la classe des pérégrins déditices), propriété provinciale enfin (par opposition à la propriété italique). Cette dernière suppression correspond à l'abolition de la distinction entre les *res nec Mancipi*, dont faisaient partie les fonds provinciaux, et les *res Mancipi*, qui comprenaient, notamment, les fonds italiques (C., 7, 31). Qu'elles soient d'ordre économique, politique ou social, les raisons d'être de ces distinctions avaient disparu dès l'époque classique. Comme il arrive fréquemment pour les catégories juridiques, leur survivance s'expliquait non plus par la cause, que l'on avait perdu de vue, mais par des effets qui subsistaient toujours au moins en théorie (inaliénabilité dotale et formes particulières de transfert des fonds italiques).

La transformation de la notion de propriété implique une

évolution analogue pour la possession qui lui sert de fondement. La propriété du droit civil l'emporte sur les autres formes issues de situations de fait ; corrélativement, c'est un concept de possession beaucoup plus proche du droit que du fait qui sera dégagé.

[53] 2) LA POSSESSION : RAPPORT JURIDIQUE. — Normaliser, spiritualiser et moraliser le concept de possession, tel semble avoir été le souci dominant des juristes du Bas-Empire : a) L'analyse de la possession permet de faire triompher l'élément intentionnel sur l'élément matériel, l'*animus* sur le *corpus* ; b) Pour déterminer les effets de la possession, on se montre plus exigeant sur les qualités de celle-ci.

a) *Corpus et animus*. — Il est classique d'opposer à la propriété, simple droit abstrait d'une personne sur une chose, la possession qui nécessite une appréhension matérielle et psychologique (la possession s'acquiert *corpore* et *animo* : par un acte matériel et une volonté). Illustration de la différence entre le droit et le fait. Mais les deux sont liés, ils sont fonction l'un de l'autre. Il est donc normal qu'avec le raffinement de la culture juridique, le fait n'intéresse le juriste que dans la mesure où il offre certaines garanties de correspondance avec le droit.

On prend moins en considération le possesseur que la possession qui devient une notion de plus en plus théorique, de plus en plus éloignée de la situation de fait qu'elle était à l'origine. Pour ce faire, les juristes du Bas-Empire n'ont eu qu'à généraliser les cas d'espèce dégagés à l'époque précédente. Se fondant sur l'exploitation et l'*utilisation normale* des biens, les juristes classiques connaissaient déjà une possession sans appréhension matérielle (*saltus*, brève absence, représentation, v. *supra*, n° 49). Le phénomène de dématérialisation se poursuit. La possession corporelle apparaît comme une conception périmée. De plus en plus souvent, la possession est acquise (constitut possessoire, I., 2, 1, 44), conservée (*possessio animo retinetur*, C., 7, 32, 4), protégée (C., 8, 32, 12 et 8, 4, 11), en se fondant uniquement sur l'*animus* (v. *infra*, n° 113). C'est le droit à la possession que l'on protège de préférence au simple fait de posséder.

Des trois formes de possession dégagées à l'époque précé-

dente : la possession type (*possessio ad interdicta*), qui essayait de concilier la possession-rapport de fait (*possessio corporalis* ou *naturalis*) et la possession-rapport de droit (*possessio civilis*), disparaît. De façon encore plus nette que pour la propriété, les formes prétoriennes de la possession font place aux techniques du droit civil. La possession par excellence devient la *possessio civilis* : possession du propriétaire ou de celui qui croit l'être en vertu d'un juste titre d'acquisition (ROTONDI, *BIDR*, 1921, p. 134 sq.).

[54] b) POSSESSION ET PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ. — Impersonnelle, abstraite, la possession doit, pour produire tous ses effets, répondre à des conditions rigoureuses. La bonne foi, le juste titre, la durée, sont autant de qualités requises. En dépit de ces exigences, on commence à discuter certains avantages conférés par la possession. L'un des plus importants, l'acquisition de la propriété (usucapion, prescription), est peu goûté des juristes byzantins (cf. le « péché de la prescription » pour les canonistes, et en droit moderne français : l'obligation naturelle de restituer au propriétaire contre qui on a prescrit ainsi que la clause de conscience du C. C., art. 2223). L'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi est également remise en cause (v. *infra*, n° 172). La doctrine ne prend pas en considération la situation de fait en tant que telle, mais en tant qu'elle traduit l'existence d'un droit. La possession facilite la preuve ou la protection de ce droit dont elle est l'apparence, elle ne peut, en principe, le créer sans injustice. Par là même se trouve posé le problème de la justification et du fondement de la possession.

Pour développée que soit la théorie de la possession en droit romain, cette question n'est pas abordée. C'est au XIX^e siècle que les deux romanistes allemands, SAVIGNY et IHERING, ont, au cours d'une controverse fameuse, dégagé, en se fondant sur les textes romains, les principes qui expliquent la nature de la possession, justifient la protection dont elle est l'objet.

Pour SAVIGNY, est possesseur celui qui a l'*animus domini*, qui a l'intention de se comporter en propriétaire. D'après IHERING, au contraire, possesseur et détenteur ont la même intention : utiliser le bien ; la condition sociale inférieure du détenteur, le titre de détention, expliquent seuls la différence faite entre

eux. En revanche, le fondement de la protection possessoire est, pour IHERING, la protection intelligemment conçue de la propriété. En protégeant le possesseur, on protège, à quelques exceptions près, le véritable propriétaire, cela rapidement et sans exiger la preuve toujours difficile du droit réel, d'où la formule célèbre de « la possession, bastion avancé de la propriété ». A l'inverse, pour SAVIGNY, la possession n'est défendue que dans l'intérêt de la paix publique, à seule fin de faire échec aux actes de justice privée. Prise en considération de l'*animus domini*, avec toutes les recherches psychologiques que cela implique, mais protection opportuniste du *statu quo* au nom de l'ordre public (SAVIGNY). Appel à la présomption que le fait traduit le droit, que la possession est l'apparence de la propriété, fiction corrigée par le rôle accessoire de l'*animus* et le critère très empirique de l'utilisation du bien (IHERING). Les deux théories, d'une valeur historique discutable, car trop systématiques, ont ceci de commun et d'exact, qu'elles s'efforcent de rendre compte de ce dualisme que recouvre la notion de possession, point de rencontre du fait et du droit.

[55] Dès l'époque classique, ce dualisme se traduit par l'existence de deux tendances en matière de protection possessoire. Celui qui a été chassé de son bien par une troupe d'individus ou une personne armée a droit à restitution sans conditions de temps (pas de délai pour agir), sans qualités exigées de sa possession (interdit *unde vi armata*). En revanche, en l'absence de circonstances aussi aggravantes, aussi préjudiciables à la paix publique, on se montre plus exigeant pour accorder une protection à celui qui se plaint d'une déposssession ou d'un simple trouble possessoire. Sa possession devra notamment ne pas être entachée de vices à l'égard de son adversaire (*exceptio vitiosae possessionis* : violence, clandestinité, précarité, v. *infra*, n° 121).

Répression d'actes dangereux pour la paix publique, protection de situations qui paraissent légitimes. Celle-ci finit par l'emporter sur celle-là dans la législation de Justinien. En protégeant le possesseur, on protège le propriétaire. Avec le peu d'importance du *corpus*, la possession étant conservée *solo animo*, la déposssession perd à son tour son aspect matériel, elle peut avoir lieu sans violences : à son retour, l'absent peut

intenter contre un occupant l'action en restitution de la possession, comme s'il avait été réellement expulsé (C., 8, 4, 11). Tout se passe sur le terrain du droit plus que sur celui du fait. Le dépossesseur est assimilé à un voleur, car : « Il est ridicule de dire que c'est par ignorance que l'on a occupé le bien d'autrui... Tout le monde doit savoir que ce qui ne vous appartient pas, appartient à un autre » (C., *Ibid.*).

La protection de la possession est trop proche de celle de la propriété pour être accordée libéralement. En dépit de l'évolution du statut des exploitants, dont beaucoup ont au moins vocation à la propriété, certains d'entre eux ne sont pas protégés par suite de leur condition sociale inférieure (colons ou esclaves : D., 43, 16, 1, 9 ; 24 et 26, *itp.*).

En revanche, aucune qualité n'est plus désormais exigée de la possession, elle est protégée même entachée de vices à l'égard de l'adversaire (I., 4, 15, 6, qui rejette expressément l'*exceptio vitiosae possessionis*). Disposition paradoxale, au premier abord, mais qui s'explique par le désir d'éviter tout recours à la justice privée (celui qui s'est emparé par la violence d'un bien pourra se prévaloir de sa possession pour empêcher que l'expulsé ne lui rende la pareille). L'intérêt de la paix publique prime la transposition que l'on pourrait faire de la règle *nemo auditur...* ; (seule la légitime défense reste permise : *vim vi repellere licet* : D., 43 ; 16, 27 ; C., 8, 4, 1). Ce retour à un octroi plus large de la protection possessoire, montre qu'il n'est pas sans danger de raffiner sur les qualités de la possession.

A vouloir protéger uniquement les situations légitimes, on néglige l'autre aspect du problème : la répression des dépossessions. Si les juristes du Bas-Empire ont toujours marqué leur préférence pour une possession considérée comme un rapport de droit, le législateur a souvent dû, *utilitatis causa*, s'inspirer de conceptions plus réalistes.

§ 2. RÉALITÉ ET IMPÉRATIFS ÉCONOMIQUES

[56] Les crises endémiques, tant politiques qu'économiques et sociales, que traverse le Bas-Empire, ne font que mieux ressortir les inconvénients d'un droit trop savant. La législation

impériale (contenue dans les *Codes* et les *Novelles*), surtout celle destinée à l'Occident, abonde en mesures de circonstance. Leur nombre et leur pérennité attestent suffisamment leur conformité aux besoins de la pratique.

1) La nécessité d'assurer l'ordre, en réprimant toutes les voies de fait, redonne de l'intérêt au concept primitif de la possession considérée comme un simple rapport de fait ; 2) La réorganisation économique et fiscale, qui s'opère sous le signe du dirigisme, ne limite pas seulement la propriété, elle tend à lui donner une *fonction sociale*.

1) *Répression de la voie de fait*. — Dès le début du Bas-Empire, l'état d'insécurité justifie un renforcement des mesures de répression. Pour lutter contre ceux qui, à tort ou à raison, se font justice, le législateur renforce les mesures pénales qui frappent les dépossesseurs (C. T., 9, 10, 1 à 3, début IV^e siècle). Mais la procédure criminelle, en raison de la gravité des sanctions qu'elle implique, est difficile à manier. L'action possessoire est plus rapide, partant plus efficace. Cette efficacité, l'empereur Constantin l'augmente encore, pour réprimer les agissements de ceux qui profitent de l'absence du possesseur pour s'emparer de ses biens. En pareille occurrence, il est facile de faire pression sur les exploitants que l'absent a laissés sur son domaine. Possesseurs pour autrui de condition sociale inférieure, pour la plupart (colon, esclave), ils hésitent à tenter une action civile ou pénale qui s'avère aléatoire sinon irrecevable. Désormais, toute personne — fût-elle colon ou esclave — qui possède pour le compte d'un absent, peut obtenir restitution du bien dont il a été chassé (*ut eos momentariae perinde possessioni restituant, ac si reversus dominus litigasset* : C. T., 4, 22, 1, de 326). Il lui suffit de fournir la preuve très simple de son expulsion et pour cela d'établir sa situation de fait de détenteur (interdit *momentariae possessionis*). Action personnelle née d'un délit plus que véritable action possessoire : l'orthodoxie de la mesure est contestable, son efficacité certaine (cf. l'évolution de la *réintégrandie* dans la jurisprudence de nos tribunaux inférieurs, sous l'influence de considérations moins répressives que sociales, semble-t-il : accession du fermier à la propriété).

[57] LA POSSESSION, PIERRE DE TOUCHE DE LA PROPRIÉTÉ. — Non content d'accroître le nombre de ceux qui peuvent aider à la répression, le législateur stimule le principal intéressé : le possesseur. S'il n'était pas propriétaire, ce dernier pouvait hésiter à se plaindre de la dépossession, sûr qu'il était de perdre son procès au pétitoire. A la fin du IV^e siècle (C. T., 4, 22, 3, de 389), tout dépossesseur, s'il est propriétaire, perd son droit sur la chose, et s'il ne l'est pas, il s'expose à payer la valeur du bien (*aestimatio rei*) à l'expulsé. Ce dernier est en tout état de cause gagnant.

Avec une telle conception, on est loin d'une protection de la possession, « bastion avancé de la propriété ». Répression des actes de justice privée, fût-ce au détriment du droit du propriétaire, tel est le but poursuivi par le législateur.

Corrélativement, on s'efforce de redonner au fait une partie de son importance. Certaines décisions du même empereur Constantin sont à cet égard significatives : tentatives pour réduire à de plus justes proportions le rôle de l' *animus* et en revenir à un transfert de possessions par remise matérielle du bien (*traditio* , v. *infra* , n^o 155), effets juridiques reconnus à la très longue possession, à la situation de fait sans juste titre ni bonne foi (*Praescriptio longissimi temporis* , v. *infra* , n^o 166). En matière de preuves : méfiance à l'égard de l'écrit (hantise du faux), préférence pour les témoins qui peuvent rendre compte des faits (v. *infra* , n^o 157). La faveur que vont connaître ces dispositions, tant dans l'Empire d'Occident que dans celui d'Orient, témoigne de leur valeur pratique.

En Occident , non seulement l'état d'insécurité s'accorde avec le rôle répressif de l'action possessoire, mais le concept réaliste de la possession correspond à l'idée que le vulgaire s'en fait. Dans les compilations barbares, une place de choix revient aux dispositions pénales, et les mesures prises à l'encontre des dépossesseurs s'y insèrent tout naturellement. Parallèlement, la notion de possession se transforme. Les raffinements de la doctrine suscitent une des plus caractéristiques réactions du droit vulgaire (v. t. I, n^o 46 sq.). La possession *jure et animo* est trop proche du droit de propriété pour ne pas être confondue avec lui. A l'opposé, la possession semble bien englober la

simple détention matérielle (v. de MALAFOSSE, *ouvr. cit.*, p. 128 sq.). L'opposition entre le fait et le droit a pour les esprits de l'époque le mérite de la simplicité.

Il semblerait que dans l'*Empire d'Orient*, on doive assister à l'évolution inverse. L'état de sécurité, la place faite à la *possessio civilis* et à l'*animus*, l'extension des actions possessoires à tous les cas de dépossession même sans violence, tout milite en faveur d'un rejet des dispositions répressives dans les compilations de JUSTINIEN. Rien de tel cependant, les dispositions précédentes sont maintenues, par traditionnalisme autant peut-être que par prudence (C., 8, 5, 1). Les contradictions qui en résultent, ne faciliteront pas la tâche des juristes byzantins des époques ultérieures. Comme en Occident, une réaction se produira dans un sens favorable au caractère répressif des actions possessoires. Réaction d'autant plus caractéristique qu'elle s'opère contre un droit savant dont la vigueur est attestée par l'ampleur des compilations qu'il suscite (*Basiliques*).

[58] 2) LA PROPRIÉTÉ ET LA FONCTION SOCIALE. — L'œuvre de synthèse réalisée par la doctrine, apparaît tout aussi fragile en matière de propriété. La complexité des rapports de droit concernant les biens se laisse difficilement enserrer dans une notion rigide de *proprietas*, unique et absolue. La synthèse qui s'est opérée au détriment des propriétés prétoriennes, provinciales et pérégrines, est exacte mais elle vient trop tard. Le centre d'intérêt de la question s'est déplacé, il réside dans ces droits que les nécessités économiques ont fait concéder aux exploitants, dès l'époque classique (superficie, emphytéose locations à long terme). Surtout, au Bas-Empire, en dépit de sa primauté de principe, la *proprietas* va voir : 1^o Les droits qu'elle confère considérablement réduits au nom de l'utilité publique. A l'inverse, elle va devenir la source ; 2^o De devoirs nombreux et variés au gré de la politique fiscale ou économique de l'Etat.

[59] 1^o LE DROIT DE PROPRIÉTÉ ET L'UTILITÉ PUBLIQUE. — Au Bas-Empire, la réglementation des rapports de voisinage a perdu en partie son caractère étriqué et négatif. D'aucuns ont même opposé à l'individualisme anarchique de l'époque

classique, les conceptions élevées des juristes byzantins qui, dans un esprit chrétien, s'efforcent de rendre « le voisin plus proche » (BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, t. 3, p. 309 sq.). Sans aller jusqu'à parler d'un « esprit nouveau », il semble que les mesures dirigistes, qui s'expliquent surtout par les nécessités économiques, font une large place à la notion d'utilité publique (E. LÉVY, *West roman vulgar law*, p. 100 sq.). Les rapports de voisinage ne sont plus seulement des rapports entre individus, ils s'insèrent dans une ébauche de réglementation générale de la propriété, tout particulièrement dans les villes. Les règlements d'urbanisme, d'abord limités à Byzance, sont étendus à toutes les cités de l'Empire (C., 8, 10). Dans les villes également, on assiste à l'apparition de servitudes analogues à nos modernes servitudes légales.

Au Bas-Empire, les voisins ne sont probablement pas plus proches qu'autrefois, mais ils sont indubitablement plus nombreux et ils font partie d'une société mieux organisée, plus consciente des devoirs que le propriétaire a envers la collectivité. La multiplication des corporations d'utilité publique constitue enfin un élément favorable au développement d'un état d'esprit sinon communautaire, en tout cas moins individualiste qu'à l'époque classique.

Mais c'est surtout avec l'expropriation et les nombreuses réquisitions (v. ELLUL, I, p. 564), que la propriété apparaît comme subordonnée à l'utilité publique. Tant en Occident qu'en Orient, le dirigisme ne manque pas de raisons pour se manifester : besoins du ravitaillement (*annone*), nécessités politiques et militaires (interdiction d'exporter en pays ennemi : Romains et Byzantins ont eu leurs produits d'importance stratégique : C., 4, 41, cf. *Novelle*, 63, de LÉON LE SAGE), ou même construction d'édifices publics (C., 10, 27, 1 et 2). Pour garantir l'exercice de certaines professions (navigateurs, boulangers, bouchers), les biens des membres des corporations sont définitivement affectés à leur métier, et cela quel que soit leur titulaire ultérieur (NUYENS, *RIDA*, 1958, p. 526). C'est toujours dans l'intérêt général que le propriétaire doit laisser exploiter par des tiers les mines qui se trouvent dans le sous-sol de son fonds (C. T., 10, 19, 1 à 3). Le travail de l'exploitant confère à

ce dernier un droit contre paiement d'une redevance. Il ne s'agit là, cependant, que d'applications particulières ; en dépit de leur ampleur, la propriété n'est limitée que dans ses effets, elle n'est nullement mise en cause dans son principe. Les Pères de l'Eglise ont beau souligner les obligations qu'impose la fortune, proclamer que seule la propriété du suffisant est juste et qu'il faut donner le surabondant (v. textes dans GAUDEMET, *L'église dans l'Empire romain, IV^e et V^e siècles*, Paris, 1958, p. 571 sq.), ils n'éveillent guère d'écho chez le législateur (C. T., 16, 2, 6 de 326 : *opulentes saeculi subire necessitatibus oportet*, n'est qu'une proclamation velléitaire).

[60] TOLÉRANCE ET NÉCESSITÉ. — Le droit au superflu n'étant pas discuté, on peut se demander si, à l'inverse, l'état de nécessité n'a pas été admis pour justifier une atteinte à la propriété, comme une sorte de droit général de réquisition. Alors que la majorité de la doctrine française contemporaine continue à grouper les hypothèses d'état de nécessité dans une formule générale relevant du droit de la responsabilité, certains ont élaboré une « théorie de la nécessité dans son application au droit des biens » (CARBONNIER, II, p. 141 sq. ; cf. *BGB*, art. 904).

En droit romain, comme de nos jours, le législateur apprécie librement les cas dans lesquels la nécessité peut être admise. Ce monopole d'appréciation est plus ou moins intéressé, selon qu'il s'agit des différentes manifestations de dirigisme que constituent, notamment, les réquisitions, ou selon qu'il y a atteinte à la propriété pour cause de nécessité non plus publique mais privée : dépôt nécessaire, servitudes légales, par exemple. Tous ces cas sont réglementés, ils posent, dans leur application, des problèmes surtout techniques. Peut-on aller plus loin, et admettre l'existence d'un droit général sur le bien d'autrui en cas de détresse ?

On comprend que dans une société de possédants, les juristes ne tiennent pas à affirmer dans un texte, un droit qui porte atteinte au principe de la propriété privée. Pour le possédant, l'état de nécessité serait bien au contraire une circonstance aggravante, car on peut tout craindre de celui qui est poussé par la faim, il peut notamment forcer à faire une charité qui, pour n'être pas évangélique, n'en paraît que plus amère (*Neces-*

sitas quod petit, nisi das, eripit : PUBLILIUS SYRUS. Cf. pour se prémunir contre un tel risque, le délit de vagabondage de notre droit moderne). En droit romain, on peut supposer que le vol n'existe pas au cas où quelqu'un s'empare d'un aliment nécessaire à sa subsistance. Pour qu'il y ait vol on finira, en effet, par exiger, outre l'élément matériel (*contractatio* : maniement), un double élément intentionnel : but lucratif et fraude, c'est-à-dire l'intention de tirer profit d'une chose contre la volonté de son propriétaire (t. I, n° 360). Le profit n'existe pas en cas de nécessité.

Plus probantes qu'un raisonnement par *a contrario* toujours hypothétique, les coutumes provinciales montrent qu'il existait une tendance favorable à l'idée que prendre un fruit de la terre pour le manger n'était pas voler. Le droit juif permettait d'arracher des épis dans un champ pour s'en nourrir (Matth., 12, 1-2). Surtout, une disposition des *Lois agraires* de l'époque byzantine, reproduite jusqu'à nos jours dans la plupart des droits des pays balkaniques, notamment, distingue soigneusement du vol le fait d'entrer dans une vigne ou dans un verger pour en manger les fruits (art. 61, édit. ZEPOS, *JGR*, t. II ; cf. en sens contraire, la contravention de maraudage de notre droit moderne). Les considérations de fait, le faible dommage en général subi par le propriétaire, militent également en faveur d'une tolérance du maraudage alimentaire. Le recours en indemnité contre l'indigent est, en outre, théorique. Mais on a pu, à bon droit, préconiser à notre époque un recours contre l'État lui-même (idée de risque social : CARBONNIER, II, p. 145).

Effectivement, l'État dirigiste est censé prendre en charge toutes les formes de nécessité. Au Bas-Empire, il dispose, pour équilibrer les droits et devoirs de chacun, du droit d'imposition, et la fiscalité devient particulièrement lourde (ELLUL, p. 613 sq.). C'est, en dernière analyse, sous l'empire de préoccupations fiscales que les empereurs byzantins ont porté l'atteinte la plus grave à la propriété individuelle.

[61] 2° DEVOIRS DU PROPRIÉTAIRE ET FISCALITÉ. — Pour rénover l'agriculture, et par là même assurer une meilleure rentrée de l'impôt, le législateur va prendre deux sortes de mesures : 1) Développant les méthodes de l'époque précédente,

le pouvoir central s'efforce d'attirer sur les terres incultes des volontaires, et de stimuler l'activité privée. Devant l'échec de ce procédé : 2) Des mesures de *contrainte* sont employées, l'agriculture, comme toutes les autres activités, va avoir une fonction sociale.

1) *Stimulant de l'activité privée*. — Non seulement les dispositions de l'époque classique sont maintenues, mais elles sont précisées par de nouveaux textes (C. T., 7, 20, 3-8-11 ; C., 11, 59, 7-8 et 11). En apparence, c'est le même esprit qui préside à leur élaboration. Désir de voir diminuer les surfaces en friche, en sanctionnant le propriétaire négligent, à l'inverse, souci de favoriser l'exploitant diligent qui occupe les terres abandonnées, efforts pour susciter un retour à la terre (les vétérans reçoivent une avance pour premiers frais d'exploitation). Très vite cependant, une déviation s'opère dans les principes comme dans les méthodes : alors que la conjoncture économique exigerait la découverte de nouveaux exploitants qu'il faudrait encourager, par opportunisme fiscal, on leur préfère les contribuables patentés. Dans l'immédiat, il paraît plus commode de tabler sur la fortune acquise. Au iv^e siècle, peu importe que l'occupant de terres abandonnées n'exploite pas, pourvu qu'il paie l'impôt. Au v^e siècle, peu importe qu'un propriétaire exploite ou non, s'il ne paie pas l'impôt il peut être dépossédé au profit d'un autre qui assumera les charges fiscales (C., 11, 59, 13 et 14). Concentration des terres entre les mains des plus riches, tel est le résultat obtenu et diamétralement opposé à celui recherché par tout promoteur de réformes agraires.

2) *Mesures de contrainte*. — C'est le désir de trouver un contribuable solvable qui pousse l'État à donner à la propriété une véritable fonction sociale, aussi bien pour le propriétaire, grâce à : a) L'*épiholé*, que pour l'exploitant agricole, avec b) Le *colonat*.

[62] a) L'« ÉPIHOLÉ » : LA RESPONSABILITÉ COLLECTIVE DEVANT L'IMPOT. — Faire rentrer l'impôt, telle est la préoccupation immédiate du législateur du Bas-Empire. Pour ce faire, tous les moyens sont bons, d'où une alternance éclectique entre les mesures de persuasion et de contrainte. Tour à tour, les empereurs décident d'accorder un droit réel à ceux qui exploi-

tent des terres abandonnées ou, en l'absence de volontaires, d'attribuer d'autorité ces terres à des agriculteurs solvables. Ce dernier procédé apparaît dès le début du IV^e siècle (C., 11, 59, 1). Il est complété par une série de dispositions pour remédier à un double péril : abandon des terres improductives par les riches, achat par ces derniers à un propriétaire en difficulté de ses terres les plus fertiles (C., 11, 59, 2 et 4). Dans les deux cas, il se produit un morcellement de l'exploitation agricole, préjudiciable à l'intérêt général et à celui du fisc en particulier. Qu'elles soient abandonnées ou qu'elles restent en la possession d'un insolvable, les terres stériles sont difficilement imposables.

Pour empêcher de telles manœuvres, le domaine rural est considéré comme une entité économique affectée au paiement d'un certain impôt. Une péréquation s'opère entre les surfaces productives et stériles, les propriétaires des premières payant pour les secondes. Système rationnel, mais d'une application difficile quand l'unité du domaine sera contredite par la réalité de multiples transferts. D'où des expédients plus commodes, partant plus arbitraires.

Dans certains cas, l'impôt qui pèse sur des terres, dont personne ne veut ou ne peut assurer l'exploitation, est mis à la charge du propriétaire, le plus proche et le plus solvable. On aboutit ici encore à une concentration des terres entre les mains des plus riches (v. les textes dans de MALAFOSSE, *RDA*, 1955, p. 40 sq.). Si la fonction sociale du propriétaire solvable est de payer l'impôt, le devoir de l'agriculteur sans ressources est de travailler. En attendant un retour à une meilleure fortune, qui lui rendra sa qualité de contribuable libre, l'agriculteur est attaché au sol, grâce à l'institution du *colonat*.

[63] b) LE COLONAT. — Trouver un contribuable pour payer l'impôt foncier à la place d'un insolvable, ou de celui qui a abandonné sa terre, c'est maintenir artificiellement une appropriation du sol, encore faut-il que soit assuré un minimum d'exploitation effective. Pour cela, un moyen très simple, caractéristique du dirigisme opportuniste du Bas-Empire : maintenir les agriculteurs sur les terres où ils se trouvent, comme on maintient chacun dans son métier, de père en fils (*functio*

annonaria du cultivateur qui doit pourvoir au ravitaillement du pays). De là, pour celui que l'on appelle colon, un état voisin de la servitude (v. ELLUL, p. 573 sq.). C'est le principe, son application varie selon les époques et les régions (Orient, Occident). Il existe notamment des gradations dans la servitude. La façon dont le colon est astreint au paiement de l'impôt, ou soumis à un service militaire, accélère sa déchéance sociale ou lui permet de conserver la qualité d'homme libre (v. PALLASSE, *BFDA*, 1950, p. 11).

En Occident, où le pouvoir central s'affaiblit, le propriétaire d'un fonds, sur lequel se trouvent des colons, peut les déplacer selon sa convenance personnelle (C., 11, 48, 13, de 400). A cet égard, l'attache au sol apparaît comme un minimum de garantie sinon de liberté (la *domina terra* est préférable au *dominus terrae*).

[64] L'ÉVOLUTION BYZANTINE. — En Orient, au contraire, le pouvoir central reste suffisamment fort pour empêcher une déviation trop rapide de l'institution. L'attache au sol reste fonction, non de l'intérêt personnel du propriétaire, mais de l'intérêt public. Certes, très souvent les deux coïncident, l'Etat tient à ce que le propriétaire paie les impôts et pour cela il faut qu'il puisse faire cultiver. Un colon sans fortune n'intéresse le fisc que par son travail, et celui-ci sera contrôlé par le propriétaire. Mais l'attache au sol n'est pas seulement une charge, elle est aussi un droit. Le droit est la contrepartie de la redevance payée par le colon au propriétaire, ce dernier ne pouvant en modifier ni le montant ni la nature (C., 11, 50, 1). Dans une conjoncture économique favorable, le colon, comme tout exploitant à long terme, peut voir la situation se retourner en sa faveur. La terre, facteur d'asservissement, peut être l'occasion d'un enrichissement et donc d'une élévation sociale. Le passage de la condition de colon à celle de petit propriétaire libre est attesté non seulement par les textes mais par la diminution d'importance du colonat (v. de MALAFOSSE, *ouvr. cit.*, p. 50 sq.). Les virtualités de réversibilité que contenait l'institution ont joué. L'agriculteur est libéré par l'appropriation de la terre, de celle-là même souvent sur laquelle il était fixé. Le petit propriétaire retrouve alors sa fonction sociale primitive. Groupé dans des communes très vivantes, il reste soumis

à un régime de solidarité fiscale (*Lois agraires*, art. 18), avec, en contrepartie, un droit de préemption (*protimèsis*) sur les terres vendues par les voisins (LEMERLE, *RH*, t. CCXIX, p. 268 sq.). La fortune mobilière, elle aussi, est un facteur important de stabilité. Pendant une longue période de l'histoire byzantine, bourgeoisie urbaine et petits propriétaires fonciers sont les meilleurs garants de l'équilibre social. Mais cet équilibre ne laisse pas d'être précaire, la législation du Bas-Empire n'a jamais été abolie (attache au sol et responsabilité collective devant l'impôt notamment), or elle est susceptible de faciliter l'emprise des puissants sur les faibles. Pour dirigiste qu'il paraisse, le pouvoir central n'a pas entrepris les transformations nécessaires : amélioration du crédit et des moyens d'exploitation, réformes sociales importantes. Le grand domaine byzantin a pris la relève des *latifundia* romains et la concentration du sol ne provoque de la part de l'Etat que des réactions sporadiques.

Au x^e siècle, à la suite d'une grave crise économique, démographique et sociale, les faibles sont à la merci des puissants. Le petit propriétaire, obligé de vendre, est souvent réduit, d'ordinaire sur sa propre terre, à une condition de dépendance vis-à-vis du nouveau propriétaire (LEMERLE, *RH*, CCXX, p. 94). L'analogie avec l'Occident paraît évidente, il est tentant de conclure à l'apparition en Orient, à retardement en quelque sorte, d'un « processus de féodalisation » (OSTROGORSKY, *Histoire de l'Etat byzantin*, traduction GOUILLARD, Paris, 1956, p. 282). Mais « la force et le contrôle toujours maintenus, sinon accrus, d'un puissant régime étatique » (LEMERLE, *RH*, CCXX, p. 94), interdisent une identification trop sommaire, ils confèrent un caractère original à l'évolution des institutions byzantines. La médiatisation revêt un caractère économique beaucoup plus que politique, c'est précisément l'Etat qui accélère cette médiatisation des faibles par les puissants, il donne l'exemple en asservissant les agriculteurs. Pour des raisons de commodité, pour faciliter la rentrée de l'impôt et la levée des troupes, les empereurs développent des formes de propriété dont les exploitants sont assujettis à son service et plus particulièrement au service du fisc, de l'armée et de la poste. Ainsi s'affirme la continuité de la politique impériale du iv^e siècle

au x^e siècle : non seulement les empereurs n'ont pas aboli les expédients du Bas-Empire, mais ils renouent avec la tradition en l'aggravant. La propriété, grande ou petite, avait autrefois une fonction sociale, désormais la petite propriété est « conditionnée », elle est affectée au service direct de l'Etat, et l'exploitant, suivant le sort de la terre, ne tarde pas à perdre toute liberté. *Perseverare diabolicum est !* Non seulement le législateur n'a pu rompre avec le passé, non seulement il contrôle de moins en moins une évolution qu'il a cependant provoquée et qui profite aux puissants, mais il l'utilise, quand bon lui semble, pratiquant en quelque sorte la politique du pire.

En dépit d'une législation rigoureuse et des nombreux fonctionnaires utilisés, il faudra faire appel toujours davantage aux services des grands propriétaires qui deviennent les intermédiaires indispensables pour la rentrée de l'impôt ou le recrutement de l'armée.

Il y a dès lors de plus en plus de dépendants, de moins en moins de contribuables, la propriété a perdu son rôle stabilisateur avec sa fonction sociale.

ÉTAT DES QUESTIONS

Les transformations qui s'opèrent dans les sources du droit sont importantes, elles illustrent la complexité et les contradictions de l'époque. On peut essayer de les traduire en un double phénomène de concentration et de dilution. Seul l'empereur exerce le pouvoir législatif (ELLUL, p. 555), à l'inverse, coutumes, droit vulgaire et autres forces internes, jouent un rôle d'autant plus considérable que la science du droit en complète décadence ne sert plus de trait d'union entre la théorie et la pratique. Dans cette période de législation et de codification fondamentales, les compilations de JUSTINIEN brillent d'un éclat particulier. Dès lors, pour rendre compte de l'évolution du droit, on s'est le plus souvent borné à opposer droit classique et droit byzantin, celui-ci servant de repoussoir à celui-là. D'où la recherche systématique des interpolations, des transformations que les compilateurs byzantins auraient fait subir aux textes classiques (v. t. I, p. 49). Les outrances mêmes de la « chasse aux interpolations » ne sont pas demeurées vaines, ne serait-ce que par les questions posées. Il est significatif de constater que c'est dans le pays où les exagérations ont été les plus manifestes (BESELER) qu'une orientation nouvelle a été donnée aux études de droit romain avec l'intérêt porté au droit vulgaire (MITTEIS, LÉVY, WIEACKER, notamment).

Il semble que là aussi on doive se garder d'une trop grande simplifi-

cation, il ne faut pas exagérer l'opposition *Vulgarismus - Klassizismus*. Pour contradictoires qu'apparaissent certaines « forces créatrices du droit » au Bas-Empire, elles ne se laissent pas ramener à l'opposition du *sic et non*. Le droit vulgaire, en dépit des précisions apportées par WIEACKER, est loin de constituer un bloc homogène, surtout, son rôle doit être complété par celui d'autres éléments très voisins du *vulgarismus* et parfois interférés à lui : coutumes locales, droit de la pratique, par exemple, cf. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV^e et V^e siècles*, Paris, 1957, p. 127. Si l'importance respective de ces différents facteurs d'évolution reste à déterminer, leur influence est particulièrement sensible dans le régime foncier (E. LÉVY, *West Roman Vulgar Law, the Law of Property*, Philadelphie, 1951).

Sur un des multiples aspects de cette question, v. PARADISI, *Diritto volgare e vulgarismo. Note sulla validità dello « stile » come strumento di ermeneutica storica*, dans *Iura*, t. XVII, 1966, p. 28-38.

V. également BRETONE, *Volgarismo e proprietà postclassica*, dans *Labeo*, 1965, p. 193-206, et sur la faveur dont les solutions de la pratique bénéficient dans le droit du Bas-Empire, v. GAUDEMET, A propos du « droit vulgaire », dans *Studi Biondi*, 1965, p. 269-300.

I. — LA POSSESSION

Originellement, question de fait, la possession doit se ressentir, plus que tout autre concept juridique, de la réaction du concret (*vulgarismus*) à l'encontre des constructions savantes. L'évolution de la terminologie est significative. En Occident, dans la langue populaire, le mot *possessio* se substitue à celui de *dominium*. L'explication de LÉVY, *op. cit.*, p. 22 sq., est plus convaincante que celle de BIONDI, *Istituzioni*, p. 303, qui voit dans cette transformation l'influence des pères de l'Eglise (seul Dieu est propriétaire, nous ne sommes que possesseurs des biens).

Confusion dans la terminologie, y a-t-il eu, parallèlement, confusion dans la technique, rejet de la distinction entre la procédure possessoire et pétitoire ? Par sa subtilité même, la différence entre les deux actions échappe parfois à la pratique, quand elle ne lui paraît pas inutile, les preuves invoquées par les parties étant en fait souvent les mêmes. Surtout, le législateur du IV^e siècle, par opportunisme, pour lutter efficacement contre les voies de fait, frappe le dépossessionneur de peines qui varient selon le *droit* que pouvait avoir l'envahisseur, selon que, propriétaire ou non, il se faisait ou non justice (C. T., 9, 10, 3 de 319 ; 4, 22, 3 de 389). Tout se ramènerait dès lors à une seule procédure (LÉVY, *op. cit.*, p. 250 sq.), grâce à l'élimination progressive de la phase possessoire (KASER, II, p. 185).

On notera que l'évolution de la terminologie suggérerait plutôt une oblitération de la phase pétitoire, en outre le propriétaire qui se fait justice étant puni par la perte de son droit (C. T., 4, 22, 3), la procédure pétitoire perd tout intérêt dans ce cas assez fréquent. V. sur ces questions et sur le caractère conjectural de l'interpolation proposée par E. LÉVY au C. T., 4, 22, 3 : de MALAFOSSE, *thèse*, p. 50 sq. et 150 sq. La différence du possessoire et du pétitoire ne répond pas à un souci d'esthétique, le législateur s'efforce

de concilier les principes avec le désir de ne pas retarder la procédure ; c'est pourquoi dans le C. T., 2, 18, 3 de 325, repris au C., 3, 1, 10, il est prévu que les deux actions, possessoire et pétitoire, seront examinées par le même juge (*in uno eodemque iudicio*), ce qui n'est pas pour autant confusion. Cf. les lettres de Symmaque et de Grégoire le Grand (de MALAFOSSE, *op. cit.*, p. 66 sq., 134 sq.). Pour accélérer la procédure : rejet de l'appel, fort mal respecté, semble-t-il, dans la pratique (*Id.*, p. 64 sq.).

Nécessité, enfin, de maintenir la distinction entre les instances possessoire et pétitoire dans le cas où des détenteurs expulsés agissent à la place du propriétaire absent sans attendre son retour (*ac si reversus dominus litigasset*, C. T., 4, 22, 1). Ce droit des détenteurs s'est-il concrétisé, sporadiquement (IV^e siècle), par la création d'une action possessoire nouvelle : l'interdit *momentariae possessionis* ? En dehors de la question de principe, il y a dans la législation de Constantin des éléments qui complètent ou transforment profondément l'interdit *unde vi* classique : 1) Ayants droit : simple exploitant (colon ou même esclave) ; 2) Délai : sans limitation de temps durant l'absence du propriétaire, celui-ci ayant à son retour un an pour intenter l'action en restitution normale ; 3) Autonomie particulière de la procédure de restitution : a) Quant au fond, simple preuve de la détention permettant de concrétiser l'expulsion ; b) Quant à la forme, par suite de l'absence du propriétaire et de la nécessité de faire échec rapidement à la voie de fait, les procédures possessoires, pétitoires ou pénales, seront mieux séparées.

La législation de Constantin, largement innovatrice, soulève des problèmes. Il faut en tenir compte, ne serait-ce que pour réduire l'action accordée aux simples détenteurs et en faire une anomalie. Cf. KASER, II, p. 186. V. au contraire, F. LA ROSA, c. r., *Jura*, 1952, p. 349, qui étend le domaine d'application de l'interdit *momentariae possessionis* et propose d'y voir une institution parallèle de l'*unde vi*. Dans la pratique, devant les complications croissantes de la procédure réprimant les dépossessions, on aurait pris l'habitude de concéder une possession dénommée provisoire (*momentaria*) car le juge apprécierait librement l'opportunité de son octroi (*Ibid.*). Le rôle de la pratique est certain. Le tout est de savoir si la législation est à l'origine de ces pratiques, ou les développe, ou encore se borne à les consacrer dans l'hypothèse la plus favorable (absence du propriétaire) et enfin, si la généralisation a été aussi rapide que le pense F. LA ROSA. Il est en tout cas indubitable, qu'il y a eu au Bas-Empire une tendance très favorable à l'octroi d'une action possessoire au simple détenteur.

L'extension du domaine d'application de l'action en restitution (C. T., 4, 22, 1) n'est qu'un des moyens utilisés par le législateur au Bas-Empire pour réprimer les voies de fait. On sait l'importance qu'attache le pouvoir central à l'aggravation des sanctions qui frappent les *invasores*. Leur nombre et la variété des textes en sont la preuve. V. tout spécialement : C. T., 9, 10, 3 de 319 et 4, 22, 3 de 389 ; ce dernier texte est considéré par certains auteurs comme une *lex generalis* (RUFFINI, *L'actio spoli* et surtout E. LÉVY, *West Roman Vulgar Law*, p. 254). Mais c'est, précisément, l'absence de loi générale qui caractérise les sources du droit aux IV^e et V^e siècles.

Pour les mêmes raisons — absence de disposition générale — le maintien ou la disparition de l'*exceptio vitiosae possessionis*, dans le C. T., est controversé. On admet communément (*contra* : MONIER, I, p. 395 ; LEPOINTE, *Précis*, p. 66) que la disparition n'est que consacrée par Justinien (I., 4, 15, 6) et qu'elle découle implicitement d'une disposition pénale de 319 (C. T., 9, 10, 3). V. en dernier lieu, E. LÉVY, *ouv. cit.*, p. 246, suivi par KASER, II, p. 185. Argument *a silentio* et hypothèse (attribution du bien au fisc pour expliquer ET, 76) sont pour le moins discutables : v. de MALAFOSSE, *thèse*, p. 147 sq.

L'*exceptio vitiosae possessionis*, déplorable pour l'ordre public, n'en est pas moins conforme à l'esprit d'une époque où l'on apprécie la loi du talion (C. T., 9, 10, 3) où il est de bonne guerre de combattre la fraude par la fraude, équitable de rendre la pareille. Cf. pour l'époque précédente, WESENER, *Offensive Selbsthilfe im Klassischen römischen Recht*, dans *Festschrift Steinwenter*, 1958, p. 100 sq.

II. — LA PROPRIÉTÉ

Fonction sociale et utilité publique. — Avec les droits fonctions, les juristes sociologues ont secoué les colonnes du temple, par la négation qu'ils impliquent des droits subjectifs (v. les réactions, notamment : RPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, p. 232). Si l'idée est récente, les faits sur lesquels ils se fondent sont de tous les temps. Le caractère occasionnel, opportuniste des mesures dirigistes du Bas-Empire a été maintes fois signalé (v. en dernier lieu MAILLET, *op. cit.*, p. 85), d'aucuns ont cependant cru découvrir « une trame intérieure des évolutions » (PIETTRE, *Les trois âges de l'économie*, Paris, 1955, p. 357, n. 11). V. le très riche exposé d'E. LÉVY, *West Roman vulgar law*, p. 100 sq., qui montre par touches successives comment le propriétaire est devenu un fonctionnaire. Sur l'affectation de certains biens à un service déterminé et sur la classification des *munera* en fonction d'un critère patrimonial ou personnel, v. M. NUYENS, *La théorie des munera et l'obligation professionnelle au Bas-Empire*, dans *RIDA*, 1958, p. 519 sq.

Sur les droits que confère l'*occupatio* et la possibilité d'exploiter une mine en versant une redevance au fisc et au propriétaire du sol, v. E. LÉVY, *ouv. cit.*, p. 112 sq., et LUCHAIRE, *Le problème de la propriété des mines et ses solutions dans l'Antiquité*, dans *AUS*, 1954, p. 223 sq.

Sur la politique douanière de l'Etat, v. DELAET, *Portorium, Etude sur l'organisation douanière chez les Romains, surtout à l'époque du Haut-Empire*, Bruges, 1949 et la critique de R. ETIENNE, *Rome eut-elle une politique douanière ?*, dans *Annales*, 1952, p. 373 sq. V. également LEMOSSE, *Histoire du Commerce*, coll. Lacour-Gayet, t. II.

Il ne semble pas que le statut du patrimoine ecclésiastique ait contribué au développement de l'idée d'affectation, de fonction sociale de la propriété. Si l'on retrouve « dans le Décret et ses glossateurs l'écho d'un certain communisme primitif et de ses interprétations patristiques... » (LE BRAS, *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, t. I : *Prolégomènes*,

Paris, 1955, p. 106), il semble bien que seule la première Eglise de Jérusalem ait vécu sous un régime très communautaire, encore que même dans cette communauté, les chrétiens aient eu « le droit de garder la propriété de leurs biens », DAUVILLIER, *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, t. II (à paraître), VI^e Partie : « Les Finances de l'Eglise aux temps apostoliques. » Cf. GAUDEMET, *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, t. III : *L'Eglise dans l'empire romain (IV^e-V^e siècle)*, p. 300, avec la bibliographie récente. Même absence d'influence pratique de l'Eglise en matière de morale économique. Elle observe une expectative prudente à l'égard des trois principes sur lesquels repose la vie économique privée : observation des engagements, légitimité du profit, respect de la propriété privée. « L'Eglise suggère plus souvent qu'elle n'impose ou condamne... les Pères de l'Eglise sont des moralistes, ils enseignent un principe et laissent à la conscience de chacun le soin d'en tirer les conséquences pratiques » (GAUDEMET, *ouv. cit.*, p. 573 ; cf. DU MÊME AUTEUR, *Société religieuse et monde laïc au Bas-Empire*, dans *Iura*, 1959, p. 95 sq.). Ni saint Ambroise, ni saint Augustin ne dépassent le domaine des spéculations moralistes d'un Cicéron ou d'un Sénèque (JANSSE, *La propriété. Le régime des biens dans les civilisations occidentales*, Paris, 1953, p. 68), qui critique (p. 69) « ce positivisme juridique trop étroit ».

La politique économique et sociale au Bas-Empire, en raison de son opportunisme, aboutit à des paradoxes. L'approfondissement du contraste entre riches et pauvres, puissants et faibles apparaît en contradiction : 1) Avec l'idéologie dominante : la défense des humbles ; 2) Avec une politique autoritaire et donc opposée à un renforcement des puissants, en contradiction ; enfin 3) « Avec la disparition, assurée au III^e siècle, de la plus grande partie de l'ancienne élite sociale » (AYMARD, *Rome et son Empire*, Paris, 1956, 2^e éd., p. 530).

Tolérance et nécessité. — Le vol de pain provoqué par une faim irrésistible a valeur de symbole, depuis le jugement rendu à la fin du siècle dernier par le célèbre président MAGNAUD (v. CARBONNIER, p. 145). Au Moyen Age, les canonistes sans pour autant élaborer une théorie générale de l'état de nécessité, l'admettent dans des cas particuliers comme une excuse. Sur « l'extrême prudence » des canonistes en la matière, v. J. ROUSSIER, c. r. de KUTTNER, *Kanonistische Schuldhlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, dans *RHD*, 1947, p. 707 sq. En droit juif, certains textes relatifs au grappillage et au glanage font un devoir au propriétaire de ne pas tout récolter et de laisser la part du pauvre et de l'étranger (*Deutéronome*, 24, 19 sq. ; *Lévitique*, 19, 9-10 ; 23, 22). Cf. l'obligation de laisser les terres en jachère tous les six ans, pour que le produit en soit utilisé par les indigents (*Exode*, 23, 10-11). Le texte de l'évangile de saint Matthieu nous montre enfin les pharisiens scandalisés parce que les disciples cueillaient des épis dans les champs le jour du sabbat, et non par un vol de récolte, ce qu'ils n'auraient pas manqué de souligner.

La civilisation romaine témoigne d'une profonde aversion pour les actes de maraudage. Leur absence était considérée comme l'un des bienfaits les plus appréciés de l'âge d'or (JUVENAL, *Satire*, 6). Une divinité païenne,

Priape, est tout spécialement affectée à la protection des jardins, protection très relative d'ailleurs car, si l'on en croit **MARTIAL** (6, 71), la statue de ce dieu était parfois dérobée par un larron qui évitait ainsi la bredouille.

Les *lois agraires* de l'époque byzantine prévoient des peines particulièrement sévères contre les maraudeurs. L'exception faite, n'en est que plus remarquable, elle s'explique sans doute par un fonds de coutumes très anciennes (v. de **MALAFOSSE**, *Les lois agraires à l'époque byzantine*, *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1949).

Le caractère classique de l'*animus furandi* et de l'*animus lucri faciendi* est discuté ; v. la bibliographie dans t. I, p. 381 sq. et en dernier lieu **LONGO**, *L'elemento soggettivo nel delitto di furto*, *Studi in onore di Pietro de Francisci*, t. 3, p. 251 sq.

Devoirs du propriétaire et fiscalité. — Les préoccupations fiscales sont une constante de la politique gouvernementale au Bas-Empire. Pour certains, c'est le problème financier qui expliquerait la disparition de l'Empire d'Occident et la survivance de celui d'Orient. La bibliographie est abondante : les partisans d'une décadence interne de l'Empire romain (**LOT**) s'opposent à ceux qui croient à sa disparition brutale, à l'assassinat de la civilisation latine par les Barbares (**PIGANIOL**). V. en dernier lieu, l'excellente mise au point de **M. PALLASSE**, *La capitation et le problème du Bas-Empire*, dans *RHD*, 1958, p. 67 sq., et une synthèse très sûre qui montre la complexité des facteurs externes et internes de l'effondrement, dans **AYMARD**, *Rome et son Empire*, Paris, 1956, 2^e éd., p. 596 sq.

L'analyse de la politique monétaire des empereurs du Bas-Empire, tout particulièrement celle de Constantin, vient d'être renouvelée par l'important ouvrage de **MAZZARINO**, *L'impero romano*, Rome, 1956, p. 381 sq.

Selon cet auteur, alors que sous le Haut-Empire les dirigeants défendent la monnaie d'argent contre la monnaie d'or, c'est la politique opposée qui est adoptée avec Constantin. Cette évolution serait fonction de l'intérêt témoigné par l'Etat, d'abord à la petite bourgeoisie, dont la monnaie est le denier, puis à l'aristocratie, en favorisant le pouvoir d'achat de la monnaie d'or. Le conflit entre monnaie d'or d'une part, monnaie d'argent et de bronze de l'autre, est un des traits caractéristiques de l'histoire économique du Bas-Empire. « Mais faut-il penser que la politique monétaire des empereurs ait été si consciente ? La dépréciation aggravée de la monnaie d'argent n'a-t-elle pas été conséquence de l'inflation rendue inévitable par la disproportion entre le stock d'argent et les besoins du commerce et du budget, et surtout par les énormes dépenses de guerre ? » (**PIGANIOL**, c. r. de **MAZZARINO**, *Iura*, 1957, p. 573.) Il semble bien, en effet, que comme pour le dirigisme, l'effet soit confondu avec la cause. Les dévaluations comme l'interventionnisme étatique ne sont que des expédients imposés par les circonstances, elles ne sont nullement le résultat de considérations idéologiques ni même d'une politique à long terme.

Le problème posé par l'immunité des terres sénatoriales est loin d'être résolu, l'état de fait l'emporte peut-être sur le droit. V. en dernier lieu, **RAYBAUD**, *Essai sur le Sénat de Constantinople*, Mémoire, Faculté de Droit de Paris, 1958-47, p. 44 sq. Sur le domaine rural au Bas-Empire, v. **PERCIVAL**,

Seignorial Aspects of Late Roman Estate Management, dans *The English Historical Review*, LXXXIX, 1969, p. 449-473.

Consulter également : F. ALTHEIM-RUTHSTIEHL, *Finanzgeschichte der Spätantike*, Frankfurt-sur-Main, 1957, et J. KARAYANNOPULOS, *Das Finanzwesen des frühbyzantinischen Staates* (Südosteuropäische Arbeiten, 52).

Pour une vue originale des relations fiscales qui existent entre Rome et les cités provinciales (et non pas les provinces), v. F. GRELLE, *Stipendium vel tributum. L'imposizione fondaria nelle dottrine giuridiche del II e III secolo*, Naples, 1963.

Si les études de droit romain n'ont guère été en honneur en U.R.S.S. jusqu'au milieu de ce siècle (on note un seul manuel de droit privé romain en 1948, issu d'un travail collectif), les juristes soviétiques commencent à se rendre compte de l'importance que présente la connaissance du droit romain pour le développement de la nouvelle doctrine socialiste du droit (v. le nouveau manuel de droit romain de NOVITSKI, Moscou, 1956). Pour des raisons géographiques autant qu'historiques c'est le droit byzantin qui retient surtout l'attention de la science juridique soviétique et, pour des raisons politiques, le droit agraire a droit à une place spéciale, v. les c. r. de différentes études par CANARD et GRÉGOIRE dans *Byzantion*, 1951, p. 461 sq.; et plus récemment CAMPINA, *Le problème de l'apparition des États féodaux roumains*, Edition de l'Académie de la République populaire roumaine, 1955, p. 181 sq., une étude sur le colonat dans l'Empire byzantin aux ve-vi^e siècles, de KORSUNSKIY, dans *Vizantijskij Vremennik*, 1956, p. 45 sq. VISKY, *Ager vectigalis és tartományi földtulajdon*, dans *Antik Tanulmányok*, Budapest, 1956, p. 257 sq.; les articles d'UDALCOVA et SJUZJUMOV, dans *Voprosy Istorii*, 1958, p. 79 sq. et 1959, p. 98 sq.; ANGELON, *Agrarnite otnosjenija v severna Makedonija prez XIV vek*, Sofia, 1958.

Importance des communautés rurales et de toutes les formes de propriété collective, multiples manifestations d'une lutte des classes, derrière les slogans et en dépit des critiques adressées à la méthode de recherches des auteurs occidentaux, considérée comme non scientifique, c'est une méthode analogue qui est utilisée en U.R.S.S., ce qui doit permettre à la longue d'aborder les problèmes avec sérénité sinon plus d'impartialité. Cf. les c. r. critiques des romanistes polonais MODRZEJEWSKI et KUNDEREWICZ, dans *Iura*, 1957, p. 477 et 480.

La nature et l'existence même d'une « féodalité » byzantine sont discutées. En droit public, comme en droit privé, la civilisation byzantine se caractérise par sa fidélité aux institutions anciennes. S'il n'est pas exclusif d'évolutions, ce traditionalisme interdit tout rapprochement trop précis avec la féodalité du type occidental. V. les pertinentes critiques de la thèse de G. OSTROGORSKIJ, dans P. LEMERLE, *Esquisse pour une histoire agraire de Byzance*, dans *RH*, 1958, avec la bibliographie (v. également : *Cahiers de civilisation médiévale*, t. II, p. 265 sq.). Très approfondie, en dépit de son titre, cette étude montre bien les limites de notre information en l'état actuel des sources. Celles-ci aussi nombreuses que disparates, ne permettent pas encore, faute d'éditions satisfaisantes, de se faire une idée exacte sur l'application des textes et donc sur l'évolution véritable des institutions.

CHAPITRE IV

L'ÉPOQUE FRANQUE

[65] LES PRÉCÉDENTS ROMAINS. — On peut, pour caractériser l'évolution romaine, reprendre la formule célèbre du vin nouveau et des vieilles outres. Les outres, ce sont les cadres juridiques traditionnels, la conception d'un *dominium* absolu en principe qui fait du propriétaire Quirite le maître de la chose. Les nouveautés viennent de l'évolution du Bas-Empire : à l'ancien système d'exploitation du *fundus* par les esclaves de la *familia rustica* est substitué dès le III^e siècle le colonat ; le colon devient une *pars fundi*, un *membrum terrae* et il est établi à titre héréditaire sur une tenure.

On ne peut parler pour autant d'une limitation des droits du propriétaire car celui-ci possède, spécialement en Gaule, une toute-puissante autorité sur les tenanciers.

Comme il est normal, l'époque suivante va retenir la situation de fait plus que les conceptions juridiques. La chute de l'Empire, tourne au profit du grand propriétaire ; son autorité n'est plus contrebattue par les fonctionnaires impériaux et elle est subie durement par les habitants du domaine — qu'il s'agisse de colons ou d'esclaves « chasés » (*casati*). Autorité de fait plus que de droit : la démission de l'Etat fait du grand propriétaire le maître tout-puissant et de sa propriété une « domination ».

L'école dite du régime domanial — avec Benjamin GUÉRARD, FUSTEL DE COULANGES et Henri SÉE — a beaucoup insisté sur cet aspect de l'évolution qui fait du grand propriétaire un *potens* et le transforme en souverain : il est le maître qui gou-

verne, qui a droit de juridiction et de correction sur les hommes de sa terre, qui est responsable de leurs actes, qui perçoit des redevances ou impose des corvées. Il y a bien place pour des villages et pour de petits propriétaires ; mais si ceux-ci demeurent nombreux — bien plus nombreux même que ne l'imaginait FUSTEL — leur sort est fort précaire : ils subissent le patronage des puissants dont ils deviennent à leur tour les colons. Les auteurs de l'époque, SALVIEN, SIDOINE APOLLINAIRE décrivent avec complaisance les extorsions et les abus commis par l'aristocratie terrienne.

[66] LA PROPRIÉTÉ AGRAIRE CHEZ LES GERMAINS. — Il y a sur la question assez peu de textes et beaucoup de théories. La plus célèbre de ces théories est celle de la marche germanique formulée par MAURER dès 1854 et développée par GIERKE et bien d'autres auteurs allemands.

Les Germains, nomades et pasteurs à l'origine, deviennent agriculteurs avant l'époque de César ; ils prennent possession du sol sans pourtant connaître la propriété individuelle : des territoires sont affectés à des groupes politiques, *gau* ou centaine, et répartis ensuite entre les divers groupes familiaux. Chaque famille (au sens large), est ainsi établie sur un territoire cultivé en « association de marche » (*Markgenossenschaft*). A l'époque de Tacite existe déjà une propriété individuelle de la maison. Les forêts ou maquis restent communs (*allmends, communitas, commarchia*). Quant aux terres labourables, elles sont possédées par la marche et divisées en lots attribués par le sort aux membres de l'association ; ils sont cultivés plusieurs années de suite, puis font retour à la marche, redeviennent des jachères et sont livrés à la dépaissance.

Par la suite, les meilleures terres sont réservées pour la culture ; mais elles ne sont cultivées qu'un an sur trois : chaque « compagnon de marche » reçoit un lot de même valeur comportant des terres labourées, la maison qu'il possède, le droit d'usage sur les *Allmends* (communaux) et constituant une unité économique ou *Hufe*. Les terres incultes n'étaient pas soumises au partage périodique ; celui qui les défrichait et les cultivait en obtenait la jouissance privative perpétuelle sans pouvoir peut-être les aliéner.

Au moment des invasions, les allotissements cessent ; la part de chacun n'est plus variable, mais fixe et ainsi s'établit, sur toutes les terres, la propriété individuelle. Cependant, des pratiques communautaires rappelleront toujours l'ancien état de droit : les forêts et les pâtures resteront soumises à l'usage commun (mais chacun pourra défricher à sa guise) ; les champs sont soumis à des servitudes collectives (la vaine pâture notamment). La rotation des cultures et l'assolement suivent des règles immuables.

Il y a dans cette théorie une grande part d'hypothèses, la croyance romantique à un ancien droit germanique et au « sens d'association » des anciens Germains, aussi l'affirmation que toujours le communisme agraire a précédé la propriété individuelle et l'idée, historiquement fausse, que le droit germanique n'a pas varié du 1^{er} au VI^e siècle : ce qui conduit à tirer argument à la fois de textes, en effet très nets de CÉSAR (*De Bello gallico*, IV, 1 et VI, 22) et de TACITE (*De Germania*, XXVI), des lois barbares et de textes mérovingiens ou même carolingiens.

Ecartant toute vue systématique on peut s'en tenir à trois affirmations :

1^o Les pratiques rurales des Germains sont moins « typiques » qu'on ne l'a cru : elles se retrouvent dans bien d'autres sociétés et traduisent plutôt que l'esprit d'un peuple un état de civilisation. Les ressemblances si elles existent ne peuvent être expliquées ni par une commune origine indo-européenne, ni par une influence du droit germanique (cf. ci-dessous, l'exemple africain).

2^o Au moment des invasions, les Germains pratiquent l'agriculture, mais plus encore l'élevage (l'importance, dans la loi Salique, des vols de bestiaux le montre bien) ; ils vivent dans un état de semi-nomadisme, abandonnant volontiers leurs établissements pour aller à la recherche de pacages et aussi — les terres s'épuisant vite — de champs nouveaux. Comme le dit Marc BLOCH : « Le champ rudimentairement cultivé n'est qu'une forme temporaire de la friche. » Les hommes vivent en groupes, « peuples », clans et tribus qu'unit l'ancêtre mythique ou totémique et, aussi, la soumission à un même

chef : les droits du groupe priment forcément les droits de l'individu.

3^o La maison des Germains n'est pas davantage le siège immuable du culte des ancêtres. Même après les invasions, elle demeure une hutte fragile que l'on abandonne sans regret. Les fouilles de Rhénanie, les découvertes faites en Picardie ou en Limousin sont corroborées par la linguistique : le mur est un treillis de branchages (en allemand *Wand*, de *wenden*, tresser) ; les mots qui désignent les constructions légères sont d'origine germanique (loge, all. *Laube*, tonnelle, feuillée, borde, anglais *board*, cabane de planches).

[67] L'EXEMPLE AFRICAÏN. — Si dangereuse et si partielle que soit toute comparaison entre droits différents, la référence à certaines formes africaines de la propriété s'impose : au moins pour expliquer les incertitudes historiques et pour comprendre l'essence du problème.

Le XIX^e siècle a été pour l'Afrique — spécialement pour le Cameroun, le Gabon, le Moyen-Congo que nous prendrons comme exemple — une époque de migration et de mouvement des peuples, un *Völkerwanderung* qui rappelle en gros la situation du monde germanique à la veille des invasions du V^e siècle. Les migrations se font non comme un exode ordonné, mais par petits groupes familiaux et par bonds successifs — on a parlé de progression à saute-mouton — et toujours dans la direction de la mer. Cette progression ne se fait pas sans lutte et parfois sans retour en arrière : chaque étape marque quelque rupture du groupe ancien (qui garde pourtant son nom et ses traditions) et l'apparition de solidarités plus restreintes qui sont appelées couramment *clans* et qui possèdent ou croient posséder un ancêtre commun.

Cette constitution sociale va conditionner l'installation des nouveaux venus :

1^o La propriété n'existe pas. Un rapport à la S. D. N. de 1922 dit nettement : « La terre est à qui la prend ; elle n'a aucune valeur. On ne la vend pas ; on ne la donne pas en garantie d'une dette ; elle n'entre pas dans l'héritage. » La terre est à qui la prend ; mais cette occupation est provisoire (pour les Fang et les Boulous, par exemple), ce qui se comprend bien pour un

peuple conquérant, toujours en marche vers de nouvelles conquêtes. Ainsi les Francs jusqu'au ^v^e siècle.

2^o Quand cette marche en avant est arrêtée, le problème du partage des terres se pose et la solution qu'il comportera dépendra forcément de l'organisation sociale et politique du groupe : chaque clan s'installe sur un secteur et le défriche ; désormais, il va invoquer le droit assez vague du premier occupant et le droit, plus précis, du défricheur, la prise de possession réelle du sol et sa mise en valeur. Que viennent de nouveaux clans, ils doivent accepter bien ou mal cette situation : demander l'autorisation de cultiver aux anciens et reconnaître ainsi leur propriété éminente, obtenir des dons (ou des prêts) de terres défrichées ou défricher des terres dont l'occupation était simplement théorique. Les nouveaux venus prennent volontiers l'usage qui leur est conféré pour un droit de propriété, ce qui contribue à dénier à l'idée de propriété toute précision : en Guinée, chez les Susu, par exemple, les anciens clans appellent usage et prêt ce que les nouveaux clans appellent propriété et don.

Dans l'organisation clanique, tous les hommes du clan sont propriétaires ensemble, mais le chef, le plus vieux, est le gérant : c'est lui qui désigne aux chefs de familles leurs champs ; mais la répartition faite est rarement modifiée et le chef en vient à n'intervenir qu'à l'occasion des contestations ou de l'établissement de nouveaux ménages. Là où existent des chefferies puissantes, le droit du chef est mieux affirmé. Les Foulbé, dans le Nord-Cameroun possédaient une organisation féodale qui paraît bien avoir fait du chef le propriétaire du sol.

On garde l'idée d'un usage commun des biens naturels et chacun peut couper du bois ou des lianes, dans la forêt, cueillir des fruits ou chasser du gibier qu'il pourra consommer mais qu'il lui est interdit de vendre ; mais déjà apparaît le droit du clan ou du village sur les forêts.

Plusieurs droits se juxtaposent sur une terre : le fondateur du groupe a parfois tracé les limites de son établissement tantôt seul, tantôt en accord avec ses voisins. Même si ces terres ne sont pas l'objet d'une exploitation agricole, le chef y maintient son droit : droit de souveraineté plutôt que droit de propriété ;

il peut autoriser à chasser dans les forêts de sa mouvance, mais une fraction de gibier lui sera due, parfois les morceaux de la bête tuée qui se trouvent en contact avec le sol, le côté sur lequel la bête est tombée ; on peut percevoir ici l'idée d'une force sacrée qui relie le chef à sa terre et, par elle, à tout ce qu'elle nourrit. Le contact avec le sol consacre la propriété du gibier tué.

Au niveau de la famille existe la même superposition de droits : droit individuel de la femme qui travaille sur sa récolte, droit du chef de ménage sur le champ qu'il pourra plus tard affecter à une autre épouse, droit du chef de la famille patriarcale sur l'ensemble des terres.

Quant aux terres cultivées, la propriété est manifestée par des limites : en pays Bamiléké, par exemple, les limites des chefferies sont jalonnées de pierres ou fixées par des tranchées ; chez les Ewondo, les limites des villages marquent les limites des droits collectifs des habitants.

3^o Le cultivateur, en même temps qu'il oppose son individualité au groupe, va affirmer son droit sur la terre qu'il cultive ; c'est le conflit même qui apparaît souvent dans les textes de l'époque franque :

a) L'affirmation du droit sera d'abord a) une défense contre l'étranger. L'étranger est accueilli si personne ne s'oppose à sa venue (ce que dit exactement le fameux titre *de Migrantibus* de la Loi Salique, *infra*, n^o 72) ; il reçoit des terres, mais il n'a sur elles qu'un droit d'usage, le village prétendant toujours à un droit éminent qui lui permettra de reprendre la terre au cas de départ ou d'expulsion de l'étranger. L'existence de l'usucapion susceptible d'opérer une translation des droits est nettement niée par les anciens propriétaires : chez les Susu, par exemple.

b) Vis-à-vis du clan, le droit de propriété de l'individu s'affirme. L'imitation et le contact des notions européennes l'expliquent, mais aussi la diminution d'autorité des chefs traditionnels, la modification des cultures et la pression démographique. Il semble bien que les pays à population dense (pour l'Afrique, 40 habitants au kilomètre carré) évoluent vers un régime de propriété privée. La région des Timbis au Fouta-Djalou (Guinée) en est un bon exemple : les champs sont limités

par des terrasses, les parcelles sont morcelées, les partages successoraux apparaissent.

Bien entendu, les techniques agricoles jouent aussi un grand rôle. Dans les basses terres de Casamance où les Diolas aménagent des rizières, les irriguent et construisent de petites digues, la culture est permanente : la propriété privée est la règle. Ailleurs, l'arbre a fixé l'homme à la terre. Les noix de cola sont depuis des siècles l'objet d'un vaste commerce international. L'appropriation des colatiers a probablement préparé les esprits à l'appropriation des cacaoyères qui depuis le début du siècle se sont développées dans les mêmes régions : Côte-d'Ivoire, Ghana, Nigeria, Cameroun. A son tour, la plantation du cacao marque nettement une étape. Du droit à une récolte annuelle, de l'idée ancienne de propriété des fruits, on en vient à un droit sur l'arbre et, en conséquence, sur le sol. Ce droit demeure bien différent de la propriété romaine ; mais sa fluidité même, l'importance qu'il donne à l'usage répondent bien à la conception franque de la saisine (cf. *infra*, n^o 125).

c) Il reste, pour parfaire l'évolution, à autoriser l'individu à aliéner son bien. Qu'il vende ou qu'il engage les récoltes, l'opinion l'admet encore ; mais que la terre elle-même puisse être vendue, voilà qui heurte toutes les anciennes idées : si la terre appartient aux descendants du premier occupant, le droit de la famille est incontestable. Si la terre a été donnée à un étranger, elle ne peut l'avoir été sans réserve et le don même qui a été fait ne peut être — comme en droit franc — qu'une tenure temporaire. Cependant, presque fatalement, des tenures sont achetées et vendues ; à l'égard de ces aliénations, l'opinion, au moins dans les régions les plus traditionnelles, est encore incertaine. A leur sujet, M. FRECHOU écrit, au terme d'une excellente enquête en pays Susu : « Elles sont considérées par les uns (les étrangers) comme dons ou usucapions, par les autres (les clans anciens) comme un vol. »

[68] FRANCS ET ROMAINS. — En Afrique et en Gaule, le même conflit existe entre l'individu et le groupe, et ce conflit va être comme attisé par le contact d'une civilisation très différente. En Afrique, tous les enquêteurs notent l'attrait qu'exerce la propriété individuelle telle que la comprennent et la pratiquent

les Européens. En Gaule, les Francs allaient trouver un droit dont les tendances individualistes étaient encore très nettes. La propriété provinciale était désormais assimilée à la propriété quiritaire ; elle était individuelle et soigneusement cadastrée : le propriétaire gallo-romain possédait sur ses biens un droit absolu, aliénable et pleinement transmissible par testament à ses héritiers.

[69] LA PROPRIÉTÉ EN GAULE APRÈS LES INVASIONS. — Entre Romains et barbares les terres furent partagées d'après les règles, difficilement intelligibles, de l'hospitalité (ELLUL, p. 29-36). Parfois un chef barbare se substitue purement et simplement au propriétaire romain. Parfois aussi, c'est un clan organisé qui prend possession d'un territoire : on a ainsi opposé à Rouvray et à Clichy romains, Billancourt et Clignancourt peuplés de communautés germaniques.

Les anciennes *villae* se maintiennent et avec elles le type d'exploitation domaniale qu'avait connue l'époque romaine ; mais de nouveaux villages apparaissent : on les appelle dans l'est *marcha* ; les habitants sont appelés *commarchani*, mais plus souvent *vicini* (de *vicus* : voisins et dans le midi *vezi*, habitants ; d'où la *vesiau*, le voisinage ou le village). Entre les membres d'une même communauté existe une solidarité très forte : dans la loi Salique, mais aussi dans le droit pyrénéen des XIII^e et XIV^e siècles, il suffit de l'opposition d'un seul voisin pour empêcher l'établissement d'un étranger. La faute d'un seul engage la responsabilité du groupe entier (t. I, n^o 378).

Que beaucoup de communautés villageoises soient constituées au VI^e siècle par des troupes de barbares, la chose est vraisemblable. Les Francs devinrent volontiers sédentaires et agriculteurs ; ils s'installèrent sur les lots qu'ils reçurent, défrichèrent les terres incultes ou essartèrent les forêts.

Tout au long de l'époque franque, on peut déceler la croissance de la grande propriété. Le nombre des petits propriétaires libres diminue : ils subissent la loi du *potens* ou sollicitent la protection d'un établissement ecclésiastique ; ils perdent souvent leur liberté et leurs terres sont plus ou moins unies à la *villa* voisine.

Le mouvement se précipite à la fin de l'époque carolin-

gienne ; mais il existera encore aux IX^e et X^e siècles bien des petits propriétaires qui ont gardé leurs terres (qualifiées dans les actes d'*alleux*) et de surcroît leur liberté : les innombrables donations d'*alleux* qui sont faites à cette époque à l'Eglise et qui sont relatées dans les cartulaires, ne peuvent s'expliquer autrement ; nous ne connaissons, en fait, ces petites exploitations que quand elles disparaissent.

Pour les grands domaines, les *villae* qui sont à la fois des fermes-modèles et des « entreprises » agricoles aux archives exactement gardées, nous conservons d'innombrables documents : ce qui a trop souvent conduit à exagérer leur importance et à négliger le conflit qui, pendant toute l'époque carolingienne, oppose petite et grande propriété.

[70] LA VILLA CAROLINGIENNE. — La *villa* carolingienne a été souvent étudiée (ELLUL, p. 99) : elle constitue une unité d'exploitation vivant en état d'autarcie et en voie de devenir une seigneurie. Elle est toujours possédée par un *potens*, le roi, un évêque, un abbé. Elle est divisée en deux parties : les tenures concédées aux habitants du domaine, colons ou *servi casati* ; l'*indominicatum* (appelé souvent *terra salica* dans les documents germaniques) qui est la réserve du *dominus*, exploitée grâce aux corvées dues par les tenanciers. Ce qui est caractéristique de cette organisation domaniale, c'est l'union de la grande exploitation, le « domaine », mis en valeur par le seigneur, et de petites exploitations paysannes, dépendantes, que désigne le terme générique de tenures.

La tenure domaniale par excellence est la manse : c'est normalement l'étendue de terres (une quinzaine d'hectares environ) qu'exploite une famille, famille de type patriarcal, composée de plusieurs générations et de plusieurs ménages collatéraux vivant « au même feu ». Chaque manse doit un *servitium* : redevances qui sont le loyer de la tenure, mais aussi prestations et corvées qui ne sont pas fixées par des accords, mais par la coutume.

Tous les manses d'une même catégorie sont, en principe, soumis au même régime ; mais pour un même domaine il existe normalement plusieurs catégories de manses : manses de paysans libres, les plus importants et les plus imposés, grevés

de charrois ou de services pour l'armée, manses serviles ou de manouvriers dont les charges ont un caractère nettement domestique, hostises, tirant leur origine d'un défrichement par les nouveaux venus, les « hôtes ». La qualité des manses tient d'ailleurs non à la qualité de leurs occupants actuels, mais à celle de leurs premiers possesseurs. L'opposition est déjà très nette à l'époque mérovingienne (cf. Loi des Bavarois, I, 13 ; Loi des Alamans, XXI-XXII) ; elle a son équivalent dans les services imposés au II^e siècle aux colons et aux esclaves des *saltus* africains ; elle apparaît, enfin, avec une pleine netteté dans les polyptyques du IX^e siècle, inventaires dressés par les grandes abbayes pour dénombrer leurs *villae* et, dans chaque *villa*, les différents manses et leurs redevances.

[71] L'IDÉE DE PROPRIÉTÉ. — Que peut être à l'époque franque la conception de la propriété ? Quel est le sujet du droit de propriété individu, famille ou village ? Quel est aussi le contenu du droit ou la nature du rapport qu'il établit entre l'individu et la chose ?

La réponse dépend forcément de l'état économique, mais aussi de l'état politique et social : pas plus que les droits africains d'aujourd'hui, le droit franc ne peut être ramené aux catégories romaines : la conception d'un droit toujours uniforme est trop abstraite pour l'époque ; le droit du *potens* sur sa *villa* n'apparaît pas de la même nature que le droit du guerrier sur ses armes ou du paysan libre sur les quelques arpents qu'il possède. La propriété n'est pas libre et absolue ; le *jus abutendi* est difficilement reconnu : la force du droit dépend de la nature de la chose mais aussi de la qualité du propriétaire.

Surtout l'époque confond sans cesse les liens personnels et les liens réels. Les rapports de droit sont des rapports de force ; de la puissance du propriétaire dépend la liberté de la propriété. En d'autres termes, le droit des biens à l'époque franque ne repose pas, comme à Rome, sur le concept abstrait d'un *dominium* mais sur les situations de fait qu'il implique. « Avoir » une chose, ce n'est pas forcément en être propriétaire, mais la posséder ou la détenir matériellement, en avoir l'*usus*.

La propriété existe bien ; mais elle ne se distingue pas de la saisine et ne va pas sans elle : elle est seulement le plus haut

degré de possession, le mieux garanti, le plus certain, le moins soumis au hasard. Cette conception suffit à éclairer les problèmes historiques : celui de la diversité des droits réels comme celui de la saisine (n° 123).

[72] PROPRIÉTAIRES ET PROPRIÉTÉS. — « Propriété, propriétaire : que voilà appliqués au Moyen Age des mots lourds d'équivoques », écrivait Marc BLOCH (*Annales*, 1936, p. 501) ; et ailleurs : « Mieux vaut, abdiquant tout respect du Code civil, chercher simplement à mettre en lumière la superposition sur une même terre des divers droits réels tels que le Moyen Age en conçut l'échelonnement » (*Annales*, 1942, p. 45).

Revenons aux situations de fait décrites ci-dessus et — très schématiquement — distinguons les rapports de droit qu'elles impliquent.

I. — Prenons le cas d'un village (le mot *villa* peut prendre ce sens dans les textes de l'époque) et imaginons que les habitants aient pu réussir à sauvegarder leur liberté. Les droits qu'ils ont sur leurs terres sont bien différents de ceux d'un propriétaire romain :

a) Les anciennes formes d'exploitation communautaire, le pacage, la chasse, le glanage persistent ; ils persisteront jusqu'au XVIII^e siècle. Les landes, les marécages, les forêts peuvent appartenir au *potens* mais ils sont normalement des *communia* abandonnés à l'usage de tous les habitants du domaine ou de la paroisse.

b) Le manse est lui-même la terre d'une famille ; il est le lot non d'un individu, mais d'un groupe ; quand il vient à être fragmenté, les charges dont il continue d'être grevé seront supportées en commun et solidairement.

c) Enfin, l'existence de « communautés de village » est un fait incontestable. On peut discuter la théorie souvent produite de la « marche germanique », mais on ne peut, avec FUSTEL DE COULANGES, tout ramener à la propriété individuelle. Le village tout entier a pu prendre possession du sol et il en est resté une idée de propriété collective. D'autre part, le droit de la communauté s'affirme pour tout ce qui concerne l'exploitation, en imposant, par exemple, à tous les habitants la rotation des cultures et la pratique d'un assolement forcé. On a

beaucoup discuté sur le titre de *Migrantibus* de la loi Salique, mais le sens général du texte, tout au moins, est fort clair : un étranger ne peut venir s'installer sur le territoire d'un village si l'un des membres de la communauté s'y oppose dans l'an et jour ; peu importe même que le nouveau venu ait acquis le lot d'un ancien habitant ; le droit du groupe l'emporte et chacun de ses membres peut le faire valoir. S'agit-il d'une propriété collective dont nul ne pourrait disposer ? D'une copropriété (avec succession mutuelle) ou d'une simple indivision (où s'exerce un *jus prohibendi*) ? La question a été assez vainement débattue. Les diverses notions ont toujours dû être mêlées et confondues ; elles ont pu se succéder et les droits des indivisaires ont dû s'accroître entre le VI^e et le X^e siècle : longtemps encore une forte solidarité unira les habitants d'un même village : ainsi au cas de délit (cf. t. I, n^o 381) ; ainsi encore dans les vallées pyrénéennes où la possession et l'administration des pacages appartiennent aux communautés ; ainsi encore les antiques pratiques de l'« entraide » dont certaines — pour les battages, par exemple — demeurent encore en usage.

On a parlé dans tous ces cas de « communisme agraire », d'« instinct communautaire », de « discipline sociale » (DION). L'histoire peut découvrir ou imaginer bien des différences qui tiennent au temps ou au lieu. Le juriste doit simplement retenir que les droits du groupe limitent les droits des individus ; l'usage collectif tient en échec la jouissance individuelle ; la propriété de tous le droit de disposition d'un seul. On est fort loin d'une propriété individuelle et absolue.

II. — On en est plus loin encore dans le cas du paysan habitant un grand domaine : il « tient » une terre, manse ou fraction de manse, et l'imprécision du vocabulaire indique assez l'ambiguïté de ses droits. Les manses sont distingués d'après l'espèce de redevances ou de services qu'ils doivent, d'après la qualité de l'occupant, d'après leur état de culture ; mais le droit du tenancier n'est pas la propriété et il a été souvent comparé à un usufruit grevé de charges diverses ; ce droit devient héréditaire et il est normalement qualifié d'hérédité (cf. Edit de 864). Les tenures elles-mêmes sont désignées comme des

hereditates et elles peuvent être aliénées, semble-t-il, librement sans que le maître du domaine ait à intervenir. Cependant, la dépendance de l'homme réagit forcément sur la terre : le faible, le *servus*, « tient » son bien moins solidement que l'homme libre ; la propriété ne va pas sans liberté et elle est comprise bien plus comme un fait que comme un droit.

III. — La propriété pleine et entière subsiste ; on peut la retrouver sous les termes de *proprium*, propre, d'*allodium*, alleu (probablement du saxon *-od*, bien et *all-*, tout, propriété complète) autant, tout au moins, que la langue des actes comporte quelque précision.

Tout au long de l'époque franque se poursuit ce que Marc BLOCH a appelé « le grand mouvement de dédition du sol » (*La société féodale*, t. I, p. 264). Le mouvement déjà noté au Bas-Empire s'amplifie. La petite propriété s'absorbe dans la grande ; le petit propriétaire abandonne la propriété de son champ à son voisin plus puissant pour obtenir sa protection : abandon qui ne va pas sans calcul car le champ est rendu, parfois même agrandi ; mais il ne constitue plus qu'une tenure concédée, obtenue par prière, *precaria*, ou par bienfait, *beneficium*, et toujours grevée de charges diverses.

La grande propriété connaît le même sort. La concession peut porter sur un domaine entier : il peut s'agir de récompenser un « fidèle », d'assurer la mise en culture de terres abandonnées, de régulariser une usurpation (accomplie, par exemple, à l'époque de Charles Martel, au détriment d'une église). A l'époque de Charlemagne, de telles concessions se multiplient : elles sont parfois faites en toute propriété *jure proprietario*, *ad proprium* ; mais, le plus souvent, l'empereur précise bien qu'il garde pour lui la propriété et ne concède qu'un bénéfice ; la concession est normalement consentie à un vassal et dans la langue des actes la terre est qualifiée d'alleu du concédant, de bénéfice du vassal. Vers le IX^e siècle, les droits du vassal se consolident ; les bénéfices, de viagers, deviennent héréditaires. D'autre part, la recommandation devient un phénomène universel ; les hommes libres de plus en plus nombreux entrent dans la vassalité : les grands se constituent un vasselage étendu ; leurs vassaux s'attachent eux-mêmes des vassaux (ELLUL,

p. 101). Un texte de l'année 900 oppose le grand nombre des vassaux et les services qu'ils doivent à leurs seigneurs aux quelques propriétaires assez riches en alleux et en terres (*hereditariis patrimoniis predictis*) pour ne pas se recommander (*Miracles de Saint-Bertin, M. G. H. Scriptores, t. XV, 1, p. 513*).

Ainsi, la véritable propriété n'est pas inconnue à l'époque franque ; elle demeure le plus haut degré d'appropriation d'une chose ; mais, à côté d'elle, il y a place pour bien d'autres droits nés de la possession ou de la détention : droits héréditaires ou simples droits viagers, plus ou moins bien garantis, dont les effets varient avec la qualité de celui qui les détient comme avec la situation de fait qu'ils impliquent.

Le fait est ambigu et les usages que peut comporter une chose sont multiples : le concédant et le tenancier, le seigneur et le vassal sont les uns et les autres des propriétaires. La chose se trouve dans un double rapport avec deux ayants droit différents eux-mêmes souvent liés par des rapports personnels créés indépendamment d'elle.

[73] JURISTES ET HISTORIENS. — On a négligé dans ce schéma toutes les diversités régionales et une bonne part de l'évolution historique. L'opposition est ici très nette entre l'historien et le juriste. Celui-ci, par habitude et par méthode, aime la clarté et, pour l'obtenir, recourt à l'abstraction ; il veut distinguer les institutions et fournir des faits ou des actes un classement logique : entreprise réprouvée par l'historien qui oppose toujours quelque fait aux plus belles constructions et dénonce l'arbitraire de tout « système » :

1^o Les mots les plus usuels n'ont pas de sens précis : il suffit de consulter le *Glossaire de DU CANGE* pour constater l'étrange imprécision du vocabulaire (notamment v^o *Alodis*). *Proprium, proprietas, terra propria* désignent bien une propriété libre, mais aussi un bien hérité ; *alodis* a le même sens mais il peut désigner encore une terre quelconque comme le mot « honneur ». *Bénéfice* désigne, à l'origine, le mode de concession (posséder *en bénéfice*), puis la terre concédée elle-même (posséder *un bénéfice*). La *precaria* est tantôt distinguée du bénéfice et tantôt confondue avec lui. A l'origine, le mot de bénéfice

apparaît comme « vide de contenu juridique », désignant le « bienfait » à l'état pur : on l'applique au bénéfice ecclésiastique comme à la tenure accordée à certains agents domaniaux ; mais il en vient à désigner plus spécialement la tenure du vassal en voie de devenir un fief.

2^o On ne peut pas mieux distinguer les situations de fait en faisant l'analyse des divers contrats qui les créent : il est presque impossible d'individualiser ces contrats et de découvrir l'exacte réalité qu'ils recouvrent. Les exemples typiques sont fournis à cet égard par la précaire et par le bénéfice. S'agit-il même de contrats ? Les effets sont déterminés par la coutume du lieu et, comme dans les grands domaines africains (cf. *supra*, n^o 39), la volonté des parties disparaît derrière le *status* du domaine, la *lex fundi*. Même en Italie où les idées romaines sont mieux gardées et où subsistent l'emphytéose et le louage, l'évolution est fort nette : les concessions foncières évoluent entre le concept de propriété et celui de location sans qu'on puisse les rattacher jamais à l'un ou à l'autre. Le « concédant », le « concessionnaire » sont aussi schématiques que les classiques *Primus* et *Secundus* : il existe entre eux non des rapports de droit, mais des rapports de force.

3^o De là vient une nouvelle ambiguïté qui déconcerte le juriste : les rapports personnels et les rapports réels sont enchevêtrés et se déterminent mutuellement.

L'effort tenace de la science allemande au siècle dernier aboutissait à réduire le rôle de la terre et à admettre, en définitive, que les rapports réels ne font que traduire des rapports personnels : la concession d'une terre fonde toujours un rapport de dépendance ; le cens payé est un service et qui le reçoit est « maître ». Au contraire, les juristes restent fidèles aux rapports réels et s'efforcent de les ramener aux catégories romaines. *L'Histoire des locations perpétuelles* de GARSONNET parue en 1879 est remarquable par ses vues systématiques bien souvent reprises depuis.

Chacun de ces systèmes permet de fournir une explication cohérente et l'explication des juristes a le mérite d'être ancienne et d'avoir donné — vers le XII^e siècle — à la féodalité ses lignes précises. Historiquement pourtant la féodalité est multi-

forme : l'exemple méridional suffit à l'établir. Juridiquement, les cadres romains et l'idée de propriété elle-même sont inapplicables ici car ils sont trop étrangers au droit franc pour qu'on puisse expliquer l'origine de la féodalité par un démembrement de la propriété.

[74] TENDANCES COMMUNAUTAIRES ET DROITS DU LIGNAGE. — L'étude du droit privé fait bien apparaître l'erreur souvent commise de tout ramener à la féodalité. Aux ^x^e et ^xⁱ^e siècles, sous l'action des forces qui emportent la société, se forme obscurément le droit coutumier. Dans cette formation, les conceptions féodales jouent bien un rôle décisif ; mais des forces plus anciennes que la féodalité, moins nettes qu'elle et partant moins perceptibles, vont jouer un grand rôle : ce sont les anciennes idées communautaires qui, dans l'effondrement du pouvoir royal et des anciens cadres politiques, vont en quelque sorte remonter à la surface et accroître leur importance. A une époque où la force prévaut partout, l'homme isolé est fatalement une victime : il ne peut soutenir un procès s'il n'a auprès de lui des co-jureurs ou des témoins pour le justifier. Parfois — dans les pays Pyrénéens par exemple — la solidarité des voisins (*vicini* composant la *vésiau*, voisinage ou village) s'est maintenue très forte. Mais, le plus souvent, le meilleur secours demeure celui de la famille et tout acte juridique impose l'intervention des parents qui constituent le lignage (cf. t. III, p. 61). Un délit ouvre le droit de vengeance de famille à famille ; les guerres privées imposent à tous les parents de prendre fait et cause les uns pour les autres. De là procède l'idée — qui n'avait jamais été pleinement abandonnée — d'une copropriété de la famille sur les immeubles. Sans doute, le propriétaire d'un bien peut-il l'aliéner, mais une telle aliénation se heurte forcément à l'hostilité des proches qui sont normalement consultés et interviennent dans l'acte d'aliénation. Le testament ne pourra contenir que des legs pieux et les aliénations *post mortem* sont vues avec une grande défaveur.

Ces tendances sont si profondes qu'elles atteignent toutes les classes de la société : les serfs qui vivent en communauté autant et plus que les nobles. Pour tous, le bien qui vient des ancêtres prend figure de bien de famille et de refuge. Un partage

le compromettrait et mieux vaut mettre en commun ses efforts pour le faire valoir, vivre « au même pain et au même port ». Dans tout le droit privé de telles considérations familiales ont autant de portée que les préoccupations féodales.

ÉTAT DES QUESTIONS

La question des « précédents romains » a été maintes fois traitée depuis FUSTEL DE COULANGES. Le livre le plus riche demeure celui de Ferdinand LOT, *La fin du monde antique*, 1^{re} éd., 1927 ; 2^e éd., 1951 (coll. « L'évolution de l'humanité »), les synthèses les plus récentes, celles de A. PICANIOL, *La crise sociale du Bas-Empire*, *Journal des Savants*, 1955, p. 5-15, et de Robert LATOUCHE, *Les origines de l'économie occidentale (IV^e-XI^e siècle)*, Paris, 1956 (coll. « L'évolution de l'humanité »). Ce dernier livre étudie bien le conflit des petits et des grands domaines et ses thèses sont bien mises en relief dans la discussion de Robert BOUTRUCHE, dans *Rev. historique*, t. 223, 1960, p. 99-102.

Sur ce dernier problème citons encore (car la bibliographie serait immense) parmi les derniers travaux : G. DUBY, Un inventaire des profits de la seigneurie clunisienne à la mort de Pierre le Vénérable dans *Studia Anselmiana*, 1956 ; R. GAUSSIN, De la seigneurie rurale à la baronnie : l'abbaye de Savigny, dans *Le Moyen Age*, 1955, p. 139-176 ; A.-E. VERHULST, *De Sint-Baafsbdiij te bent en haar Grondbezit (La fortune foncière de l'abbaye de Saint-Bavon de Gand du VII^e au XIV^e siècle)*, Bruxelles, 1958, et *Settimane* (Spolète), 1966, p. 135-160. La concentration autour du grand domaine a été bien étudiée pour l'abbaye de Saint-Gall par GARO, *Beiträge z. ämetren deutschen Wirtschafts- und Verfassungsgeschichte*, Leipzig, 1905.

Sur le « patronage des puissants » les articles de Fabien THIBault, Le patrociniun vicorum, dans *Vierteljahrschr. f. Sozial und Wirtschaftsgesch.*, 1904, et *RHD*, 1907, de ZULUETA, dans *Oxford Studies*, t. I, 1909 ; F. MARTROYE, *RHD*, 1928, p. 201, demeurent précieux, mais cf. surtout L. HARMAND, *Le patronat sur les coll. publiques*, 1957. L'évolution a été parfaitement saisie par le prêtre de Marseille SALVIEN (*De gubernatione Dei*, 4, 38-39) qui écrit vers 440 (éd. PAULY, *Corpus scriptorum ecclesiasticorum*, Vienne, 1883). Sur le colonat : Maurice PALLASSE, *Orient et Occident ; à propos du colonat romain au Bas-Empire*, 1950 (*Bull. de la Faculté de Droit d'Alger*, X) ; et La capitation et le problème du Bas-Empire, dans *RHD*, 1958, p. 67-77. F.-L. GANSHOF, Le statut personnel du colon au Bas-Empire, dans *L'Antiquité classique*, t. XIV, 1945, p. 261. Enfin, une excellente mise au point d'Edgar FAURE, *Etude sur la capitation de Dioclétien*, 1961 ; et *Byzantion*, 1961. On aura toujours profit à lire l'admirable *Histoire économique et sociale de l'Empire romain* de ROSTOVITZEFF (2^e éd. italienne, Florence, 1946).

La théorie de la marche germanique est reprise par la plupart des auteurs allemands : ceux-ci ne sont d'accord ni sur les droits reconnus au gau ou à la centaine (on parle de marche supérieure, plusieurs villages

exerçant en commun des droits sur certains territoires ; cf. H. DANNENBAUER, *Hist. Jahrbuch*, 1949, p. 155-219), ni sur les droits du roi (propriété des terres communes et droit « supérieur » sur les terres cultivées), ni même sur les rapports des individus avec l'« association de marche » : sur le sens du mot, K.-A. GANAHL, dans *ZSS, Germ.*, 1940, p. 197, 1941, p. 21.

Ici encore la bibliographie (cf. H. BRUNNER et Cl. von SCHWERIN, I, § 2) est immense depuis WOPFNER, *Beiträge zur Gesch. der älteren Markgenossenschaft*, dans *Mitteil. des Inst. für österreichische Geschichte*, t. 33 et 34, 1912 et 1913, et DOPSCH, *Die Markgenossenschaft der Karoling.*, *Ibid.*, t. 34, 1913 ; *Wirtschaftliche und soziale Grundlagen der europ. Kulturentwicklung*, 1-2, 1923 ; *Die freien Marken in Deutschland*, 1933, jusqu'à V. ERNST, *Die Entstehung des deutschen Grundeigentums*, Stuttgart, 1926 ; R. von KIENLE, *Germ. Gemeinschaftsformen, Deutsche Ahnenerbe*, IV, Stuttgart, 1939 ; F. GENZMER, *Staat und Gesellschaft, dans German. Altertumskunde*, 1951, p. 123-170 (partiellement contredit par F. GENZMER, *Die german. Sippe als Rechtsgebilde*, dans *ZSS, Germ.*, t. 67, 1950, p. 34) ; HAFF, *Der Sippen-gedanke im deutschen Recht*, dans *Z. f. deutsches Recht*, t. 5, 1935, p. 84 ; *Die altnorwegischen Nachbarschaften*, dans *Vierteljahrschrift für S. und Wirtschaftsgesch.*, t. 22, 1929, p. 194 ; J. von LEERS, *Bäuerliche Verfassungen der germ. Zeit und des Mittelalters*, dans *Deutsche Agrarpolitik*, t. V, 1936, p. 182 ; K. KROESCHELL, *ZSS*, 1960, p. 1-25. La question est traitée d'ensemble avec un grand luxe de références aux textes islandais ou scandinaves par Marco SCOVAZZI, *Le origini del Diritto germanico*, Milan, 1957. Sur la *terra salica*, l'étude de Georg FROMMHOLD, *Der altfränk. Erbhof*, 1938. Cf. enfin, sur l'époque mérovingienne et carolingienne, les remarquables études de Eugen EWIG.

On trouvera une synthèse remarquable dans deux articles de Marc BLOCH, *Deux structures économiques*, dans *Annales*, 1945, p. 33-46 ; et *Occupation du sol et peuplement*, 1945, II, p. 13-28 ; résumé dans *Les caractères originaux de l'histoire rurale*, t. II, 1956, p. 1-7 ; et F. L. GANSHOF, *Settimane* (Spolète), 1958, p. 73-101.

Les vues les plus nettes sur la villa carolingienne ont été fournies par les beaux travaux de Ch.-E. PERRIN, *Recherches sur la seigneurie rurale en Lorraine d'après les plus anciens censiers*, 1935, utilement résumés dans *La tenure, Recueils de la Société Jean-Bodin*, t. 3, 1938, p. 137-163. Sur les *Potentes*, K.-F. STROHEKER, *Der senatorische Adel in sp. Gallien*, Tübingen, 1948 ; A. BERGENGRUEN, *Adel und Grundherrschaft*, Wiesbaden, 1958 ; Rolf SPRANDEL, *Der merovingische Adel*, Fribourg-en-Br., 1957.

Parmi les polyptyques, le plus vénérable est celui que fit rédiger Irminon, abbé de Saint-Germain-des-Prés au début du règne de Louis le Pieux, publié par Benjamin GUERARD, 1844, 2 vol., avec des prolégomènes célèbres ; réédité (sans les prolégomènes) par A. LONGNON, 1886. Le polyptyque de Prüm a été étudié par LAMPRECHT et mis en rapport avec la législation de Charlemagne. Quant au capitulaire *De villis* (entre 770 et 800 ?), il règle l'exploitation des *villae* royales. DOPSCH l'attribuait sans doute à tort à Louis, roi d'Aquitaine (cf. Marc BLOCH, *La organización de los dominios reales*, dans *AHDE*, 1926) ; W. ELSNER, *Z. Entstehung des Capitular de*

Villis, Kiel, 1929 ; L. MUSSET, dans *Bull. Soc. Antiquaires Normandie*, 1942, p. 1-97.

Quelle est l'origine du manse ? Romaine : ce qui conduit à l'assimiler au *caput* fiscal du Bas-Empire ; germanique : ce qui l'identifierait à la *Hufe* qui serait le lot donné à chacun des compagnons de la marche ; ou même pré-romaine : ce qui ferait de lui l'unité familiale élémentaire utilisée par les romains pour asseoir la *capitatio* et absorbant ensuite la *Hufe*. Il ne faut pas oublier que le problème n'est pas français mais européen : cf. l'anglais *Hide* qui équivalait à « terre d'une famille » ; et, d'autre part, que selon les régimes agraires — champs ouverts et morcelés ou champs clos — il peut présenter des aspects fort différents : cf. les remarques suggestives de Marc BLOCH, *Les caractères originaux de l'hist. rurale française*, p. 155, et t. II, p. 95 ; et *Cambridge economic hist. of Europe from the decline of the Roman Empire*, 1941, p. 224-277. Citons pour l'utilisation faite des polyptyques, O. TULIPPE, De l'importance des exploitations agricoles au IX^e siècle dans l'Île-de-France, dans *Annales de géographie*, 1931 ; et Le manse à l'époque carolingienne, dans *Ann. de la Société scient. de Bruxelles*, série D, Sc. économiques, 1936 ; et, avec admiration, André DELEAGE, *La vie rurale en Bourgogne jusqu'au début du XI^e siècle*, Mâcon, 2 vol. et 1 fasc., 1941 (malgré les critiques faites, Marc BLOCH, *Annales*, 1942, II, p. 45-55).

M. PERRIN a fort précisément décrit l'évolution du manse entre le VIII^e et le X^e siècle : les charges du manse sont aggravées (apparition des corvées, travaux à la tâche) ; elles deviennent, en gros, identiques, pour les diverses catégories de manses, cependant que des services plus relevés — fonctions administratives, par exemple — sont exigées de certains tenanciers qui deviendront les *ministeriales*. Entre les X^e et XII^e siècles, le manse sera morcelé (à raison même de la montée démographique) ; la réserve disparaît et, conséquemment, les charges et les corvées diminuent ; la *villa* elle-même est fractionnée. L'exercice du ban et les droits de justice, le développement de la vassalité font du *dominus* un seigneur et de la *villa* (dotée déjà d'un privilège d'immunité) une seigneurie rurale.

Nous croyons que dans le Midi cette évolution a été beaucoup moins nette ; la structure domaniale qui a pu concerner certains domaines ne s'est pas imposée partout et spécialement la Gascogne nous paraît avoir conservé un type d'organisation foncière très particulier (tandis que dans le Lauragais tout proche la structure agraire est, aujourd'hui encore, très différente et qu'en Rouergue nous croyons retrouver au XII^e siècle les grands domaines anciens).

Sur les institutions très originales des Pyrénées occidentales — où les collectivités pastorales pratiquent l'élevage et la transhumance et cultivent, en outre, les céréales indispensables — H. CAVAILLES, *La vie pastorale et agricole dans les Pyrénées du Gave, de l'Adour et des Nests* ; et *La transhumance pyrénéenne et la circulation des troupeaux dans les plaines de Gascogne*, 1931. Dans la même région, les communautés de famille ont une force particulière : Pierre LUC, *Vie rurale et pratique juridique en Béarn aux XIV^e et XV^e siècles*, th., Montpellier, 1943 ; Paul OURLIAC, *La famille pyrénéenne*

au Moyen Age, *Mélanges Le Play*, 1955 (La famille Mélouga, du Lavedan, a été prise par Le Play comme type de famille-souche).

Au contraire, en Auvergne, les pâturages sont très anciennement l'objet de propriété individuelle : Ph. ARBOS, *L'Auvergne*, 1932. Pour les Alpes, on peut retenir d'une bibliographie considérable la synthèse de A. ALLIX, *L'évolution rurale des Alpes*, dans *Annales*, 1933, p. 131.

Marc BLOCH a justement insisté (notamment *Annales*, 1943, p. 55-70) sur l'étude des plans cadastraux : si l'on admet — ce qui est, à tout le moins, fort logique — que les champs irréguliers sont le résultat d'une occupation individuelle du sol et, qu'au contraire, la régularité des parcelles implique un travail collectif, on peut distinguer deux catégories de terroirs et peut-être deux étapes différentes du défrichement : ces deux types coexistent dans le Val de Loire (Roger DION, *Le val de Loire*, 1933), comme dans les Pyrénées (Th. LEFEBVRE, *Les modes de vie dans les Pyrénées orientales*, 1933). Il paraît impossible, comme l'avait proposé Marc BLOCH, d'établir un lien entre l'existence de champs allongés et réguliers et l'emploi de la charrue (au lieu de l'araire, cf. *Caractères originaux*, p. 51). Hypothèse pour hypothèse, mieux vaut admettre que la différence tient au fait que dans un cas la communauté est assez puissante pour « faire » le paysage rural et que dans l'autre, si elle existe, elle se borne à « laisser faire ». Pour une explication purement géographique du phénomène : P. FENELON, *Structure des champs périgourdiens*, dans *Bull. Assoc. géographes français*, 1939, p. 154 et aussi tous les travaux du doyen FAUCHER.

L'apparition de la seigneurie n'est pas incompatible — bien au contraire — avec l'existence de communautés de village. Marc BLOCH, dans ses derniers écrits en était venu à l'idée de « chefferies villageoises » et il invoquait l'exemple, fort net en effet, de la Frise où l'autorité des « chefs » s'impose au XIV^e siècle aux libres communautés (*Caractères originaux*, t. II, p. 111 ; *Cambridge éc. hist.*, p. 272-277). La situation nous paraît être la même dans les Pyrénées orientales où la seigneurie (mieux établie que dans les Pyrénées atlantiques) s'accommode de pratiques collectives. La recherche mériterait d'être reprise. Sur les rapports de la communauté et de la seigneurie dans l'île de Ré, R. JAMES, *Chartes seigneuriales et privilèges royaux de l'île de Ré*, 1939.

La question est, en tout cas, essentielle pour la compréhension de la féodalité et de ses origines et aussi de la structure de la propriété. Partout où elles ont été faites sérieusement les recherches ont fait apparaître l'importance des pratiques communautaires : dans le Massif central, des manses d'un seul tenant seraient devenus le siège de communautés villageoises. Le défrichement est conduit par des *freresches* que l'on retrouve un peu partout. Dans le Berry des communautés familiales exploitent jusqu'au XIX^e siècle des terres indivises. L'exemple du Pays de Galles a été souvent cité (par SEEBOHM, T. JONES, PIERCE, A. LEISTER) : les vallées sont divisées en *villatae* habitées par des clans et divisés en groupes dont les membres sont parents entre eux. Dans les Balkans les communautés patriarcales marqueront, du Moyen Age au XIX^e siècle, une remarquable stabilité. Partout, les liens qui unissent les membres d'une même communauté sont

fort solides ; il existe une solidarité villageoise : P. de SAINT-JACOB, Etude sur l'ancienne communauté rurale en Bourgogne, dans *Annales de Bourgogne*, 1941, 1943, 1946 et 1953 ; *Les grands problèmes de l'histoire des communaux en Bourgogne*, 1948. Nous suivrions, quand à nous, l'idée de DUBY, *La société aux XI^e et XII^e siècles dans la région mâconnaise*, 1953, p. 139 et 285, qui admet une rupture : « Au x^e siècle, le hameau n'est pas le centre d'une communauté véritable » ; la solidarité villageoise apparaîtra plus tard et sera « comme le resserrement de la famille ».

Deux livres méritent d'être mis hors de pair : Gabriel FOURNIER, *Le peuplement rural en Basse-Auvergne durant le haut Moyen Age*, s.d. [1962] ; et Robert FOSSIER, *La terre et les hommes en Picardie jusqu'à la fin du XIII^e siècle*, 1968.

Le point de vue du géographe est exposé par E. JUILLARD, A. MEYNIER, X. de PLANCHOL, G. SAUTTER, *Structures agraires et paysages ruraux ; un quart de siècle de recherches françaises*, Nancy, 1957.

Sur la *Precaria*, depuis les travaux anciens et toujours utiles de WIART, 1894, STOUFF, 1884, ESMEIN (*Mélanges*, 1886, p. 393), BRUNNER (*ZSS Germ.*, V, 1884), SCHUPFER (*Riv. int. sc. giur.*, t. XL, 1905), VOLTELINI (*Jahrschr. f. Soz.- und Wirtschaftsgesch.*, t. 16, 1922, p. 279), on peut citer la mise au point de ASTUTI, *I contratti obbligatori*, 1952, p. 301-344 et surtout Ernst LÉVY, dans *ZSS Rom.*, t. 66, 1948 qui fait dériver la précaire germanique du droit romain vulgaire. Sur le *Massaricium* jus italien, Bruno PARADISI, Bologne, 1937 et *Mélanges Calisse*, 1939.

Sur le droit africain (au sujet duquel nous ne pouvons fournir que quelques directions de recherche sans prétendre lui donner la part qu'il mérite) on peut se reporter à G. BALANDIER, *Sociologie actuelle de l'Afrique noire, dynamique des changements sociaux en Afrique centrale*, Paris, 1955 (La première partie consacrée aux Fang du Gabon) ; *Afrique ambiguë*, Paris, 1957 ; et Aspects de l'évolution sociale chez les Fang du Gabon, dans *Cah. intern. sociologie*, t. IX, 1930. Egalement sur les concepts des Fang : L. M'BA, Essai de droit coutumier pahouin, dans *Bull. soc. rech. congolaises*, 1938. G. SAUTTER, Le régime des terres et les modifications récentes aux environs de Brazzaville et au Woleu-Ntem, dans *Bull. inst. études centrafricaines*, 1954. J. BINET, Droit foncier coutumier au Cameroun, dans *Le monde non chrétien*, 1951. M. BERTAUT, *Le droit coutumier des Boulou*, Paris, 1935. LABOURET, *Paysans d'Afrique occidentale*, Paris, 1941. On trouvera aussi des indications précieuses dans l'excellente collection de l'Institut international africain sur *Les Bambara* (Viv. PAQUES), *Les Coniagui-Bassari* (Mon. de LESTRANGE), *Les Dogon* (MONTERRAT PALAU MARTI), *Les Sénoufo* (B. HOLAS), *Les Songhay* (J. ROUCH), et spécialement *Le groupe dit Pahouin (Fang, Boulou, Beti)* par P. ALEXANDRE et J. BINET. Sur les Susu du Moyen Konkure le rapport (ronéot.) de 1958 de H. FRECHOU. Sur la zone du cacao, J. BINET, *Budgets familiaux des planteurs de cacao au Cameroun*, Paris, 1956. Enfin, excellente synthèse de Guy-Adjété KOUASSIGAN, *L'homme et la terre ; droit foncier coutumier et droit de propriété en Afrique occidentale*, 1966.

CHAPITRE V

L'ÉPOQUE FÉODALE

La féodalité est, avant tout, une organisation politique originale, et elle a déjà été étudiée sous cet aspect (ELLUL, p. 137-269) ; mais elle implique aussi une conception de la propriété — caractérisée par l'existence de fiefs et de tenures — qu'il faut spécialement étudier ici.

[75] SEIGNEURIE ET PROPRIÉTÉ. — La ruine du pouvoir central aboutit à une organisation toute locale de l'autorité politique qui est la seigneurie :

1^o Le *potens* carolingien, grand propriétaire ou titulaire d'une fonction publique, est déjà seigneur : il commande sans intervention de l'Etat aux hommes de son domaine fondus dans une classe unique de *servi*, soumis à une sujétion plus ou moins étroite suivant les lieux ; par le droit de *ban* ou *bannum* il peut ordonner, contraindre ou punir et cela lui confère le pouvoir d'agir contre les *servi* récalcitrants comme de régler au mieux de ses intérêts la vie économique de son domaine : imposant aux habitants d'user du moulin, du four, du pressoir qu'il a construits et taxant les redevances qui lui sont dues.

2^o La *villa* devient seigneurie : par les concessions d'immunités, les souverains carolingiens ont interdit à leurs agents de pénétrer sur le territoire du domaine et de se saisir de ses habitants ; entre eux et l'Etat, le *potens* est seul intermédiaire. Il exerce maintenant pour son compte les droits qui appartenaient jadis au roi. Transformation qui entraîne la ruine de l'ancien régime domanial : en se féodalisant, la *villa* comme

le manse se morcellent, les redevances perdent leur fixité, les corvées et les charges diminuent dans des proportions importantes, la réserve est réduite et souvent abolie entre les tenanciers.

La seigneurie est dispersion ; elle marque le triomphe des forces centrifuges et équivaut à une sorte de « chefferie rurale » qui possède une autonomie presque entière : chaque seigneur est maître chez lui et ne prête ou ne reçoit aucun hommage. Il peut prendre figure, comme dans le droit africain d'aujourd'hui, de propriétaire souverain du sol, de « maître de la terre ».

Une telle organisation sociale a existé au Moyen Age : en Sardaigne où les populations fuyant le littoral vivent dans un grand isolement et où des dynasties de chefs de village découpent l'île en « judicatures » qui sont autant de seigneuries indépendantes ; en France où la même indépendance appartient, dans le Midi surtout, aux propriétaires d'*alleux*, terres « libres comme l'air » de toute sujétion féodale, ne relevant que « de Dieu et de l'épée ».

Même si la seigneurie n'est qu'un schéma commode — sur lequel s'est surimposée une organisation féodale — elle explique bien des traits de la propriété foncière :

1^o D'abord la confusion de la souveraineté et de la propriété ; la souveraineté devient propriété ; les divers attributs de la puissance publique sont devenus objets de propriété privée, les agents royaux de l'époque carolingienne, les *potentes*, ayant retenu ou usurpé (et leurs descendants après eux) ce qu'ils avaient pu de l'autorité : justices, redevances, droit de battre monnaie, droits seigneuriaux qui sont signes de pouvoir mais qui, en même temps, sont possédés, hérités ou vendus. La propriété a même pu devenir souveraineté ; c'est du moins ce que soutient l'école du régime domanial, en affirmant que le grand propriétaire a acquis comme tel la justice (dite domaniale) sur les habitants de son domaine, qu'il a imposé des redevances, établi des banalités et des corvées, établi sa maîtrise sur les églises (devenues « églises privées ») et usurpé les redevances ecclésiastiques.

2^o Ensuite le droit revendiqué par le seigneur sur les *communia*, landes, terres incultes, ermes ou gastes, forêts,

cours d'eaux, étangs, marais, livrés normalement à l'usage commun des habitants, mais toujours soumis à la police du seigneur et que celui-ci peut *mettre en défens*, rendre *défensables*, fermer ainsi aux usagers pour se les réserver (cf. *Olim*, t. III, p. 74, 1301).

3^o Enfin si le seigneur concède des terres à exploiter, s'il découpe dans son domaine des tenures en faveur des habitants, les rapports ainsi créés n'ont même pas l'apparence ou la forme d'un contrat. Le propriétaire du domaine exerce une « seigneurie rurale » qui implique la domination pleine et entière sur les hommes, mais aussi des droits très stricts sur les biens qu'il leur a concédés sans cesser de les considérer comme siens : droit de reprendre la tenure, d'imposer des amendes ou des redevances, droits absolus dans leur principe mais que vient limiter efficacement « la coutume de la terre ».

SECTION I. — Le fief

[76] FIEF ET FÉODALITÉ. — En France, seigneurie et féodalité sont perpétuellement enchevêtrées ; il en est d'elles comme des couleurs du prisme ; l'analyse les sépare et les oppose mais, du x^e au XIII^e siècles, elles sont partout mêlées et confondues, en proportion assez variable pourtant pour donner à l'histoire de chaque pays ou de chaque région une couleur propre.

La féodalité elle-même ne peut être réduite à l'unité ; elle procède à la fois de la vassalité et du bénéfice carolingien et les liens qu'elle crée apparaissent tantôt comme essentiellement personnels, tantôt comme réels et fonciers ; opposition qui tient aux temps et aux lieux mais que les historiens modernes en sont venus à ériger en système :

1^o Pour certains — Jacques FLACH, dans les *Origines de l'ancienne France*, Marc BLOCH, dans *La société féodale* — le groupe féodal est une sorte de famille élargie, et les liens d'homme à homme, créés par la cérémonie de l'hommage, sont essentiels : le vassal promet de servir son seigneur féalement, loyalement et cette promesse, dans sa généralité même, suffit à tout ; s'attacher les cœurs est la chose essentielle à une

époque de violence ; ce qui implique un certain nombre de conséquences que l'on s'efforce d'établir à l'aide de textes : 1^o Beaucoup de vassaux n'auraient pas reçu de fiefs de leur seigneur ; 2^o Beaucoup de vassaux reçoivent simplement des dons en nature, armes et chevaux, ou en argent ; 3^o Aussi la concession d'une terre n'est ni l'élément principal, ni l'élément essentiel de la féodalité et le terme même de fief se serait appliqué, à l'origine, à toute sorte de biens concédés : le fief aurait eu « les plus humbles commencements » et il aurait désigné toute tenure ou toute concession d'office à charge d'un quelconque « service ».

2^o D'autres gardent l'image d'une féodalité plus traditionnelle et en quelque sorte plus juridique. Le fief est la cellule de tout le système féodal : c'est le plus normalement une terre ou un droit immobilier concédé à charge de certains services par un homme qui est le seigneur de fief à un autre homme, le vassal. La concession de cette terre peut être effective, on donne des terres à ceux dont on veut recevoir les services ; souvent aussi, cette concession est fictive : des propriétaires libres désirent s'engager dans la vaste organisation de solidarité et d'assistance que constitue la féodalité ; pour cela, ils vont apporter les terres qu'ils possédaient franches de tout droit à un seigneur et celui-ci les leur rétrocédera à titre de fief ; c'est ce que les feudistes appelleront plus tard un *fief de reprise*. Dans cette opération la propriété devient simple fief, mais le propriétaire — qui garde la maîtrise de son bien et qui peut même recevoir de son nouveau seigneur des donations qui l'accroissent — s'intègre dans un groupe féodal dont il obtiendra désormais le secours.

En France, liens personnels et liens réels existent ensemble et s'enchevêtrent. Les historiens insistent, avec raison, sur la complexité de cet organisation, sur le phénomène politique du « pouvoir » — le seigneur est un chef en même temps qu'un maître —, sur l'aspect social de la féodalité — l'existence de classes et la généralisation de la servitude —, sur les conditions économiques d'une époque d'autarcie agricole et de stagnation. On étudie la féodalité comme phénomène historique et dans ses assises matérielles. MARX et les auteurs marxistes exagèrent

la tendance jusqu'à réduire à des « superstructures » le fief et la vassalité elle-même.

Les juristes, au contraire, délaissant volontiers le problème des origines et fidèles à l'esprit des anciens feudistes, proposent des institutions féodales une analyse cohérente : analyse qui peut estomper bien des anomalies ou des différences locales, qui, comme toute norme juridique, peut apparaître abstraite ou schématique, mais qui se justifie logiquement — en permettant une exposition ordonnée du phénomène féodal — et aussi historiquement puisqu'on reprend ainsi les vues des juristes anciens qui étaient mieux à même de comprendre le sens de l'institution et qui, de surcroît, en ont infléchi l'évolution.

[77] LE CONTRAT DE FIEF. — Un contrat lie le seigneur et le vassal. Contrat solennel qui se noue par l'hommage et se confirme par un serment de fidélité (ELLUL, p. 101), contrat viager qui n'engage que les deux parties, contrat synallagmatique qui crée entre elles des obligations réciproques ; le vassal doit être féal et cette fidélité est à la fois une garantie de ne rien faire contre le seigneur et une promesse de lui fournir l'*auxilium* (service militaire et parfois aide pécuniaire) et le *consilium*, le conseil. Le seigneur doit aussi « foi et loyauté » à son vassal ; il doit lui faire, s'il est nécessaire, bonne justice et l'« aider » parfois en l'entretenant dans sa maison mais normalement en lui fournissant un fief.

Jusqu'ici on peut parler — avec FLACH par exemple — de compagnonnage ou de clientèle, et dans quelques pays on en resta là : en Scandinavie jusqu'au XIV^e siècle comme au Japon traditionnel, et la féodalité apparaît alors comme un réseau de liens personnels « prenant dans son engrenage des hommes sans terre, engagés uniquement par leurs serments » et aussi comme une société aristocratique serrée autour de chefs « locaux » pratiquant « l'entraide guerrière et menant une existence collective » (BOUTRUCHE).

La concession d'un fief va modifier l'assise du système. Le vassal qui, dans la logique du système, n'aurait dû avoir qu'un seul seigneur, va promettre des fidélités successives, et forcément contradictoires, à tous ceux dont il recevra des

fiefs (et M. GANSHOF a pu parler de la « fringale de fiefs de plus en plus dévorante chez les vassaux »). Toujours, le jeu des obligations personnelles va être compliqué par l'existence de rapports réels nés à l'occasion du fief et obliger de définir les droits du concédant et du concessionnaire sur la chose concédée ; tout comme aujourd'hui l'existence de la chose louée réagit sur les obligations nées du bail et impose, au cas de maintien dans les lieux par exemple, de rompre avec l'analyse trop strictement contractuelle que donnait le Code civil.

Nanti d'un fief, le vassal va apparaître moins dépendant du seigneur ; la terre qu'il tient lui apparaîtra moins comme un bienfait — *beneficium* — que comme un chasement, une tenure et bientôt une juste rémunération de ses services. Mais par là tout l'équilibre ancien du système se trouve déplacé. Les liens réels nés à l'occasion du fief viennent compliquer les rapports personnels et, bientôt, ils l'emporteront sur eux. Le régime des fiefs appartient désormais au droit privé plus qu'au droit public et, si marqué par ses origines qu'il soit resté, il devient une organisation particulière de la propriété qui persistera jusqu'en 1789 et donnera son originalité à l'ancien droit des biens.

[78] DE LA FÉODALITÉ PERSONNELLE A LA FÉODALITÉ FONCIÈRE. — La consistance du fief peut être très variable, un lopin de terre, un château ou une province, Languedoc ou Flandre, par exemple. Il s'agit normalement d'une terre ou d'une seigneurie, mais il peut s'agir aussi de revenus, de droits, de rentes, voire d'une église. Corrélativement, la condition du seigneur ou du vassal, la nature et l'importance des services qu'on attend de celui-ci sont susceptibles de beaucoup de diversité ; mais toujours la nature du contrat apparaît la même : le fief est une tenure concédée par un seigneur à son vassal à charge de services « nobles », spécialement à charge de foi et d'hommage.

1^o La concession du fief apparaît maintenant comme la cause juridique de l'engagement du vassal : l'hommage est suivi de la remise du fief, qualifiée d'investiture ou d'ensaisinement, car elle « vêt » le vassal du fief et lui en confère la « saisine ».

L'investiture comporte un rite de remise ; le seigneur remet au vassal un objet symbolique : un bâton, un anneau (*traditio per anulum et baculum*, qui, employée par les évêchés, provoquera à l'époque grégorienne la fameuse querelle des investitures), rameau, motte de terre, étendard. La prise de possession matérielle vient ensuite. Parfois le seigneur effectue une « montrée d'héritage » pour bien établir la consistance du fief. Le vassal peut désormais jouir du fief, percevoir les fruits et les produits du fief — tout comme un locataire qui a reçu les clefs peut jouir de l'appartement loué.

Dès le xiv^e siècle, un écrit est dressé pour relater l'accomplissement des formes ou pour en tenir lieu. Le seigneur délivre des *lettres de fief* relatant la prestation d'hommage et garantissant la jouissance du fief ; le vassal souscrit un *aveu* et un dénombrement qui, conservés par le seigneur, lui serviront de titres.

2^o Le contrat ainsi conclu est, en principe, doublement personnel ; il prend fin à la mort du seigneur ou à la mort du vassal. Mais dès l'époque carolingienne, la fidélité jurée au seigneur est normalement renouvelée à ses enfants et il paraît normal que le fils du vassal devienne vassal à son tour. Le désir de conserver le fief ne peut que renforcer cette tendance à l'hérédité, invincible en France dès le xi^e siècle. Et l'hérédité une fois admise va réagir à son tour sur les droits des parties :

1) Elle limite grandement le droit du seigneur qui ne peut qu'exiger :

a) Le renouvellement de l'hommage à chaque mutation et dans un délai de quarante jours ;

b) Le payement dans le ressort des coutumes les plus strictes — en Normandie par exemple — d'un droit de mutation qualifié de *relief*, car le seigneur relève le fief tombé, ou de *rachat*, car l'héritier rachète la concession ; la quotité du droit ainsi payé, d'abord discutée par les parties, est ensuite déterminée par la coutume et souvent fixée à une année de revenus ;

c) Aussi le choix des héritiers les plus capables de « servir » le fief ; d'où les règles particulières aux successions féodales (cf. t. III, p. 392) qui font préférer le fils à la fille (privilège de masculinité) et, pour éviter la division du fief, l'aîné aux

puînés (droit d'aînesse); d'où aussi la théorie de la garde au cas où le fief échoit à un mineur et l'exclusion des ascendants (« fiefs ne remontent »).

d) Enfin la reprise du fief au cas de défaillance du vassal, soit que celui-ci meure sans héritier, soit qu'il commette des manquements sanctionnés par la commise, c'est-à-dire la reprise du fief par le seigneur. Encore cette sanction paraîtra-t-elle bientôt trop grave, hors le cas où le vassal désavoue formellement son seigneur; et les coutumes lui préfèrent la confiscation temporaire qui deviendra la *saisie féodale*.

2) Corrélativement, l'hérédité consolide les droits du vassal. De l'hérédité en ligne directe on en vient à la succession collatérale et au droit d'aliéner le fief; vers le XI^e siècle, l'acheteur devait être « présenté » au seigneur qui l'acceptait pour vassal, mais ne manquait pas de faire payer son consentement — comme un locataire « présente » aujourd'hui un successeur à son propriétaire et paye un « pas de porte ». Dès le début du XIII^e siècle, ces pratiques sont régularisées par la coutume qui ouvre une option au seigneur :

a) Ou il refuse d'autoriser la vente faite et il doit alors « retenir le fief pour le prix » qu'il doit payer à l'acquéreur qu'il évince; même au cas de retrait le seigneur perçoit le quint denier dont la charge incombe normalement au vendeur : on parlera plus tard de *retrait féodal*;

b) Ou le seigneur consent à recevoir l'hommage de l'acquéreur et il perçoit un droit de mutation que la coutume la plus générale fixe au cinquième du prix, d'où le nom de droit de *quint* qui le désignera couramment.

3) Quant au poids des services imposés au vassal, il va diminuer en même temps que décline la féodalité politique et militaire et que disparaissent les guerres privées. Dès le XIV^e siècle, le service militaire apparaît presque comme un archaïsme. Le devoir de fidélité dû au seigneur s'estompe par cela même que la fidélité au roi apparaît primordiale. Le seigneur est dépouillé de toute souveraineté politique. Au XVI^e siècle le fief n'est plus qu'une forme particulière de propriété à charge de foi et d'hommage et encore ceux-ci sont-ils de pure forme et vidés de toute substance personnelle; le personnage important

est devenu le notaire qui dresse « deux expéditions de l'acte d'hommage, écrites sur parchemin, signées du vassal, du notaire et des témoins » (*Arrêtés du président de Lamoignon*, éd. 1768, p. 91).

L'évolution a été à cet égard précipitée, sinon même provoquée, par une circonstance bien connue : au moins à partir du XIII^e siècle les fiefs vendus sont couramment achetés par des bourgeois auxquels on ne songe pas à demander les services anciens mais simplement le payement d'une redevance spéciale de franc fief.

[79] LE DROIT SAVANT. — Telle apparaît — en ne tenant pas compte des particularités régionales et en sacrifiant bien des nuances — la « féodalité classique ». Telle la voyaient les juristes coutumiers du XIII^e siècle, BEAUMANOIR par exemple et les Romanistes qui vont tenter avec beaucoup d'habileté et au prix de quelques retouches d'en faire la théorie.

On s'efforce d'abord de « qualifier » le contrat de fief : il ne peut s'agir d'un contrat innomé puisqu'il ne se forme pas *re*, par la remise de la chose mais exige une solennité. Les *Libri feudorum* — compilation italienne assez hétérogène des XII^e-XIII^e siècles — proposent d'y voir une donation avec charges (II, 23).

On aurait pu penser à faire ici application de l'idée de cause ; l'opinion des vassaux, nettement affirmée dans les actes dès le XI^e siècle, était que leur fidélité avait pour origine la concession de fief ; au XII^e siècle, on prête l'hommage « dû à raison de tel fief », ce qui traduit bien l'importance désormais acquise par l'élément réel, contreprestation qui ne constitue pas une cause puisque, pour les Glossateurs celle-ci ne peut exister dans les contrats synallagmatiques (t. I^{er}, n^o 134). Martin de FANO (qui professait en Italie de 1229 à 1262) et Guillaume DURAND (né à Béziers vers 1237 et auteur du fameux *Speculum judiciaire*) se bornent à marquer fortement le lien existant entre l'obligation du seigneur et celle du vassal.

La même difficulté se retrouve à propos de la commise qui n'est autre chose qu'une résolution du contrat. HUGUCCIO faisant la théorie des conditions sous-entendues (t. I, n^o 146), invoque la règle *Frangenti fidem non est fides servanda* ; et

les dialecticiens français, comme BELLEPERCHE, reprendront cette analyse. Analyse imparfaite cependant, si le contrat est résilié par la faute du seigneur ; dans ce cas, en effet, le fief est conservé par le vassal qui doit porter son hommage au seigneur de son seigneur, un maillon de la chaîne féodale est supprimé (ce que l'on appelle une « immédiation » du fief). On insiste de ce fait sur le caractère pénal de la résolution.

Au XVI^e siècle DUMOULIN — tout en soulignant le caractère réel de la concession de fief (cf. *infra*, n^o 81) — marque encore son caractère contractuel ; le contrat est renouvelé à l'occasion de chaque hommage et il doit être interprété de bonne foi. On ajoute, il est vrai, que, le contrat initial ayant normalement disparu, c'est à la coutume du lieu qu'il faut se référer pour déterminer les clauses de ce contrat.

Toute cette analyse, on le voit, est assez courte et elle fait bien apparaître que les rapports juridiques nés du fief ne pouvaient être ramenés à un contrat. Il s'agissait bien plutôt, pour les Romanistes du Moyen Age, de trouver aux institutions féodales des équivalents romains.

[80] LA THÉORIE DU DOUBLE DOMAINE. — Pour comprendre le sens de l'évolution du fief, il faut — à condition de ne voir là qu'une simple analogie et un procédé commode d'exposition — la rapprocher de l'évolution contemporaine du bail ; né d'un accord de volontés, conçu en 1804 comme un simple contrat, le bail est en voie de devenir une tenure ; le locataire « tient » la chose et essaye de la garder au-delà du temps fixé au contrat ; d'où la propriété commerciale, le maintien dans les lieux, le droit de renouvellement reconnu au fermier.

L'élément réel — la considération de la chose louée — en vient à modifier les droits des parties ; la propriété est, sinon démembrée, du moins diminuée en droit comme en fait ; la résiliation, comme la commise, apparaît dans la plupart des cas comme une sanction trop lourde. Surtout, la transmission héréditaire du bail, son aliénation par voie de cession et les marchandages qu'elle peut provoquer rappellent, trait pour trait, les premiers temps féodaux. Les Civilistes enseignent que le locataire est titulaire du simple droit personnel né de son contrat ; mais ils sont bien forcés de reconnaître que, parfois,

le droit personnel est « mélangé de réalité » (CARBONNIER, t. II, p. 37).

Les premiers Glossateurs avaient pareillement eu à apprécier les droits du vassal et ils lui accordaient, sans grande discussion, une action réelle, c'est-à-dire un droit réel sur le fief qu'il « tenait » ; le vassal peut agir comme un *dominus*, il possède un *dominium* ce qui traduit bien la force de son droit. La situation du vassal se trouvait ainsi assimilée à celle des locataires à long terme du droit romain, emphytéote ou locataire de l'*ager vectigalis*, elle était meilleure que celle de l'usufruitier qui n'a qu'un droit sur la chose d'autrui (*jus in re aliena*). Le droit du vassal est sanctionné par une action utile, celle que le droit romain accordait par exemple au propriétaire d'un fonds provincial, d'où le nom de domaine utile couramment employé depuis la glose.

Quant au seigneur, il se trouve assimilé à un bailleur ou à un nu-propriétaire ; il conserve le *dominium* par excellence, sanctionné par l'action réelle que le droit romain accorde au propriétaire, l'action directe, d'où le nom de domaine direct, *dominium directum*, ou de domaine « éminent », donné à son droit.

Domaine utile et domaine éminent portent sur la même chose ; ils sont parallèles et distincts et les Glossateurs vont les analyser et, par là, mettre l'accent sur leur antinomie technique. Le domaine utile en vient à conférer au vassal des droits similaires à ceux du propriétaire : action *in rem utilis* et publicienne utile dans le cas, par exemple, où le vassal a acquis *a non domino* (PETRUS JACOBI, *Practica aurea*, II), droit de concéder une servitude, éventuellement possession distincte de celle du seigneur que vient sanctionner la concession d'un interdit.

Les romanistes français, et notamment REVIGNY, vont perfectionner cette analyse ; on sait que l'organisation féodale suppose une hiérarchie presque indéfinie de seigneurs et de vassaux ; dans le cas d'une sous-concession où trois personnes sont en présence, un seigneur suzerain *Primus*, un vassal *Secundus* et le vassal de celui-ci *Tertius*, le domaine direct appartient bien à *Primus*, le domaine utile à *Tertius*, mais il ne reste rien à *Secundus*. On admet donc le caractère relatif de

chacun des domaines, ce qui conduit à considérer les droits de chacun à la fois par rapport à son seigneur et par rapport à son vassal. *Secundus* possédera le domaine utile par rapport à son seigneur *Primus* et le domaine direct par rapport à son vassal *Tertius*. Il y aura, dira-t-on un peu plus tard, « autant de domaines utiles qu'on voudra *diversis respectibus* », le même homme étant vassal de son seigneur et seigneur de ses vassaux il possède à la fois un domaine utile et un domaine direct.

[81] RÉCEPTION DES THÉORIES SAVANTES PAR LA PRATIQUE. — Toutes ces idées vont être développées par les Bartolistes ; le *dominium*, quel qu'il soit, n'absorbe plus comme à Rome la chose entière, il est bien plutôt un droit à en user d'une certaine manière, un démembrement du droit de propriété (ce qui rejoint, peut-être, l'ancienne conception franque qui admettait la coexistence sur une même chose de jouissances diverses). Pour la pratique qui admet ces théories à la fin du XIII^e siècle, avant même qu'elles ne soient reçues de tous les docteurs, chaque *dominium* peut être défini par les attributs qu'il comporte ; au domaine direct (on dira bientôt la *directe*) sont rattachées toutes les prérogatives qui appartiennent au seigneur : retrait féodal, commise, droit de percevoir le relief ou les droits de mutation ; à la directe est reconnue une *vis attractiva*, une force d'attraction sur le domaine utile qui donne au seigneur au moins un droit éventuel à rentrer en jouissance du fonds ; la directe est, en outre, perpétuelle, irrachetable et imprescriptible. Au domaine utile ressortissent les droits du vassal : user de la chose, en percevoir les fruits, l'aliéner.

La construction juridique convenait parfaitement à la pratique et elle fournissait à toute l'organisation foncière féodale une solidité qui allait lui permettre de survivre. A partir du XIV^e siècle, le fief n'est plus politique mais foncier ; il est devenu une forme originale de propriété, compris et étudié comme telle. Mais si l'on continue jusqu'en 1789 à opposer le domaine éminent au domaine utile, le premier se trouve progressivement comme vidé de son contenu au profit du second. Les juristes coutumiers, défenseurs attitrés du pouvoir royal, s'emploient à dépouiller les seigneurs de leurs prérogatives et ils accentuent ainsi la tendance fatale qui

consolide les droits de celui qui possède ou détient une chose à l'encontre de celui qui la lui a concédée.

Cette évolution est bien traduite par quelques solutions pratiques :

1^o Anciennement, si l'héritier ne prête pas l'hommage, dans le délai normal ou si le fief est vendu, le seigneur « met le fief en sa main », rentre en possession du fief et enlève les fruits ; ce n'est qu'en prêtant hommage que le nouveau vassal recouvre la saisine du fief. Dans tous les cas où la commise est exercée, le seigneur reprend de même le fief sans avoir à obtenir un jugement, à raison de son droit de supériorité dont c'est même la manifestation essentielle.

A partir du xv^e siècle, plus tôt même dans le Midi, le domaine direct ne confère plus de tels droits ; le seigneur n'a plus la saisine au cas de décès du vassal ou d'aliénation du fief. Pour exercer la commise il doit recourir à la justice publique (comme aujourd'hui le juge intervient fréquemment même dans le cas où le contrat comporte une clause de résolution de plein droit). Le fief ne fait retour au concédant que grevé des droits réels créés par le vassal ce qui marque bien qu'il n'y a pas simple résolution d'un contrat, mais véritable transfert de propriété. Même la saisie féodale que DUMOULIN accorde encore au seigneur va apparaître comme une voie de fait ; l'idée ancienne d'une justice liée au fief est si bien perdue qu'on y voit un moyen de se faire justice à soi-même et qu'on impose, comme pour toute saisie, l'arbitrage d'un juge public. Par la saisie, le seigneur gagne les fruits mais il est placé plutôt dans la situation d'un séquestre que d'un propriétaire ; il jouit du fief en bon père de famille ; il n'acquiert les fiefs qu'après la saisie (« tant que le seigneur dort, le vassal veille ») ; on admet, comme pour une saisie quelconque, une péremption de trois ans qui oblige le seigneur à renouveler son acte après le délai ; au cas de saisie pour défaut d'aveu, on nomme un commissaire qui perçoit les fruits et les restitue au vassal.

2^o La pratique est hostile aux droits de mutation qui apparaissent à DUMOULIN comme des *sordidae servitutes*, comme de simples exigences fiscales dont le caractère « odieux » impose une application restrictive.

3° Le retrait féodal n'est plus une simple rétention de la possession ; il suppose une procédure dirigée contre l'acquéreur et aboutissant à un jugement adjugeant le fief au seigneur. Au cas de retrait, le seigneur ne peut plus percevoir le *quint* (qui à Paris est mis à la charge de l'acquéreur par la Coutume de 1580). Enfin, comme au cas de commise, le seigneur retrayant doit respecter les charges réelles créées par le vendeur (mais non par l'acquéreur évincé), solution que DUMOULIN justifie par la patrimonialité du fief.

4° Anciennement, l'investiture était nécessaire pour mettre en saisine l'acquéreur du fief. Le seigneur recueillait les droits de l'aliénateur — qui se « dévêtait », se dépouillait — et « revêtait » l'acquéreur, le mettait en saisine en lui retransférant ces droits ; ce qui pour un fief se confondait en pratique avec l'hommage.

Dans cette conception le seigneur reprenait au moins un instant de raison le fief ; mais la pratique, sans doute sous des influences romaines, va minimiser cette intervention ; dès le XIV^e siècle la clause de dessaisine-saisine est couramment insérée dans les actes et elle permet la dissociation de l'hommage (qui appartient au droit féodal) et de l'investiture (qui concerne le droit privé) ; au XVI^e siècle, l'acquéreur peut entrer en possession et percevoir les fruits, et s'il ne prête pas l'hommage, il faut que le seigneur prenne l'initiative de saisir le fief pour l'en priver. L'intervention du seigneur apparaît comme une formalité morte — propre tout au plus à assurer le paiement des droits de mutation — et on va organiser en dehors d'elle un système de publicité pour le transfert des droits réels (*infra*, n° 194).

5° On peut enfin faire mention de la théorie dite du « jeu de fief » développée à partir du XIV^e siècle pour restreindre les droits du seigneur en cas d'aliénation entre vifs. Il s'agit à l'origine d'établir que tant que le seigneur n'a pas investi l'acquéreur du fief, la vente peut être résiliée (et, spécialement, que le quint denier ne peut être exigé). De là on en vient au cas où le fief est démembré. Le pur droit féodal, préoccupé du bon accomplissement des services féodaux, prohibait tout démembrement du fief ; le partage du fief en propriété est, de même, normalement prohibé ; mais les Coutumes hésitent devant des

combinaisons plus subtiles : la concession en censive ou le bail à rente d'une partie du fief, l'hypothèque et surtout les rentes constituées sur le fief. Celles-ci, qui sont les plus pratiquées, équivalent, en fait, à un démembrement du fief puisque le crédi-rentier obtient un droit réel sur le fief. Au XIV^e siècle, le seigneur doit donner son consentement et recevoir en foi le crédi-rentier dont la rente est dite inféodée, ce qui se traduit par le paiement du quint denier pour le capital de la rente. Mais on élude cette exigence en constituant des rentes en pur jeu de fief ; l'opération n'est pas dénoncée au seigneur et de ce fait elle ne lui est pas opposable.

Dans le cas, par exemple, où le seigneur exerce la saisie ou le retrait il jouit du fief entier et n'a pas à payer la rente. La solution était choquante puisque au cas de vente, par exemple, le prix avait certainement été fixé en considération de la rente (que l'acquéreur devait continuer de servir). Aussi DUMOULIN impose-t-il la solution inverse ; les charges sont opposables au seigneur retrayant ou confisquant. Au cas de saisie, on en vient à permettre aux créanciers de demander contre le seigneur la désignation d'un curateur au fief saisi et celui-ci procède à la liquidation des charges et peut même demander à être reçu en foi.

Rien ne marque mieux combien les rapports féodaux étaient vidés de tout contenu personnel. La pratique du XVIII^e siècle en est venue à méconnaître presque totalement les droits du seigneur et à n'y voir qu'une source de profits purement fiscaux et, aussi, une entrave au « commerce des héritages ». On distingue couramment les droits honorables comme l'hommage et les droits utiles, comme le quint, pour accentuer le caractère pécuniaire de ceux-ci.

SECTION II. — Tenures roturières et serviles

[82] ORIGINE DES TENURES. — L'existence de « tenures » coïncide normalement avec une économie agricole fermée et des possibilités réduites de peuplement : des tenures existent dans l'ancienne Egypte, à Rome, en Russie presque jusqu'au XIX^e siècle, en Chine, au Japon, au Maroc ; elles sont la

forme normale de la propriété paysanne dans toute l'Europe médiévale.

En France, les tenures domaniales de l'époque carolingienne disparaissent ou évoluent ; une plus grande liberté peut être conférée aux tenanciers, comme une plus grande mobilité est reconnue aux tenures qui peuvent être données, vendues ou engagées. Aux charges et aux corvées anciennes, la tendance est de substituer le paiement d'un *cens* unique. Tandis que le propriétaire carolingien réalisait une exploitation *domaniale* et avait en vue la mise en valeur de sa réserve, le concédant apparaît désormais comme un seigneur qui commande à des « hommes » et leur impose sa justice.

L'essentiel de ces tenures réside, aux yeux des contemporains, dans le paiement d'un *cens*, dû par le tenancier.

1^o L'origine de ce cens peut être fort diverse : parfois il peut représenter l'ancien impôt romain détourné de son affectation ancienne et perçu par le seigneur sur sa terre pour son compte personnel ; parfois, la filiation entre la censive et la précaire carolingienne est très nette ; souvent aussi, les redevances étaient dues par les descendants des colons de l'époque franque et elles se rattachaient aux anciennes concessions domaniales.

2^o Le paiement du cens va apparaître comme caractéristique des tenures roturières et serviles. Pour une époque qui ne conçoit la société que comme une hiérarchie, il apparaît normal que la condition des terres se modèle sur la condition des personnes. Le seigneur qui concède un fief veut s'assurer le service d'un soldat, l'appui d'un client ; il cherche à accroître son importance sociale et poursuit un but politique. S'il concède, au contraire, une tenure roturière, il poursuit, avant tout, un but économique ; aussi, une redevance d'une valeur appréciable en argent est-elle de la nature même de la concession, alors que le fief, de son essence, est gratuit. Les tenures serviles supportent des redevances plus lourdes et surtout arbitraires. « Les tenures foncières se modélaient ainsi sur la hiérarchie sociale qui, par elles, s'inscrivait, pour ainsi dire, sur le sol » (P. PETOT, Observation sur la théorie des tenures, dans *La tenure*, Soc. Jean Bodin, 1933, p. 132).

[83] DIVERSITÉ DE CES TENURES. — S'il existe partout des tenures, elles ont, dans chaque province, des formes et des dénominations différentes par suite de la variété des usages, des modes de culture ou des productions du sol. Les auteurs anciens parlent couramment de « baux » et les modernes de « locations perpétuelles » ; mais le vocabulaire est fort imprécis : le champart s'appelle « agrier » dans la Marche, « terrage » en Berry et à Montargis, « carpot » en Bourbonnais, « tasque » en Provence. Le fief roturier de Toulouse est voisin d'une censive. Le bail à complant de Bretagne est différent de celui de La Rochelle.

Chaque province avait ses tenures préférées : ainsi, en Normandie, le *bourgage* qui est, à l'origine, une tenure urbaine et qui impose au tenancier le simple paiement d'une redevance fixe ; en Alsace, le *bail héréditaire* (*Erbpacht*) qui confère au preneur un droit transmissible à ses descendants mâles, et la *colonge* qui peut rappeler une ancienne concession faite à des colons ; en Savoie, Dauphiné, Provence, Languedoc, l'*albergement* assez variable, d'ailleurs, suivant les régions ; en Gascogne, le *casement* qui est consenti *intuitu personae* ; dans le Limousin et la Marche, la *métairie perpétuelle* qui confère au preneur un simple droit de jouissance, mais transmissible aux héritiers ; en Bourbonnais et Nivernais, le *bordelage*, aliénable mais comportant le paiement d'un droit de mutation de moitié du prix au seigneur ; en Artois, Hainaut et Flandre, l'*échevinage* ou *mainferme* qui fut assimilé à un cens seigneurial.

D'autres tenures sont d'usage plus général. La tenure à *champart* est la plus répandue ; elle n'est autre chose qu'un métayage qui impose au champartier de donner au seigneur une quotité des récoltes : du tiers au vingtième. Dans les pays coutumiers, on ne la lève généralement que sur les grains. Le *bail à covenant* ou à *domaine congéable* est plus original ; il est particulièrement usité dans la Bretagne bretonnante où il forme le droit commun ; le bailleur ou seigneur foncier conserve la propriété du fonds ; le preneur, appelé colon, domanier, convenancier, superficiaire, acquiert la jouissance du fonds et la propriété des édifices ou superficies (plantations ou bâtiments) ; le bailleur peut congédier le preneur en lui remboursant la

valeur des superficies ou des améliorations qu'il avait faites ; le preneur peut déguerpir en usant du droit d'exponce. Le *bail à complant* comporte normalement l'obligation, pour le preneur, de complanter en arbres ou en vignes la terre concédée, et de donner, chaque année, au bailleur une partie des récoltes. Le plus souvent, le contrat prend fin avec la perte des arbres ou de la vigne ; les droits des preneurs variaient, d'ailleurs, suivant les coutumes : suivant la coutume de Saint-Jeand'Angély, la propriété du fonds était conservée par le bailleur ; elle était, au contraire, transférée au preneur dans le ressort de la coutume de La Rochelle (VALIN, sur art. 62 ; *Cout. Poitou*, art. 75 et 82).

Dans le Midi, l'*emphytéose* est d'usage courant, mais, comme le dira DUMOULIN, *Verbum emphyteusis est æquivocum* et le contrat peut recouvrir des pratiques très différentes : un fief aussi bien qu'un bail à rente. Le plus souvent on en vient à assimiler emphytéose et bail à cens (BOUTARIC, *Des droits seigneuriaux*, chap. XIII) : on reconnaît à l'emphytéote le domaine utile, mais on dit couramment que la directe n'est pas seigneuriale mais de pur droit privé. Le droit de prélation ou de retrait n'a lieu au profit du bailleur qu'en Languedoc et en Guyenne ; quant aux lods et ventes, ils étaient, en bien des endroits, tombés en désuétude ; ce qui réduisait presque à rien la directe emphytéotique.

[84] LA CENSIVE. — En analysant ces diverses tenures, les anciens feudistes distinguaient trois catégories de baux :

1^o Ceux qui ne conféraient au preneur qu'une jouissance perpétuelle : locatairie perpétuelle ou convenant, par exemple. Les contrats ne supposaient, par conséquent, aucun démembrement de la propriété et ils ont pu survivre à l'abolition de la féodalité.

2^o Les baux qui entraînaient la concession de la propriété à l'exploitant et ne laissaient au bailleur qu'un droit réel sur le fonds (le bail à rente foncière ou le complant de La Rochelle).

3^o Enfin, les baux perpétuels, dans lesquels le bailleur est censé conserver le domaine direct tandis que l'exploitant possède le domaine utile. Le type de ces tenures est la censive qui se retrouve dans toute la France, sous des dénominations

diverses, et qui devint le type normal des tenures roturières (l'albergement, le bordelage, le champart, l'emphytéose n'étant que des variétés).

L'existence d'une « directe » atteste bien le caractère féodal de ces tenures et rapproche leur condition de celle des fiefs : la théorie du double domaine leur est applicable et elle permet de donner un exposé cohérent des droits et obligations de chacune des parties.

Entre fiefs et censives, il existe, cependant, une différence essentielle : le fief suppose la concession d'une terre, mais aussi, la prestation d'hommage qui crée entre seigneur et vassal des liens personnels. La censive comporte bien la concession d'une terre, champ à cultiver ou terrain à bâtir, mais cette concession n'a pour condition que le paiement par le censitaire du cens fixé par le contrat ou par la coutume ; il n'existe, en principe, entre seigneur et tenancier, aucun rapport personnel ; le cens n'est pas dû par le tenancier, mais par le fonds et il constitue un parfait exemple d'une dette réelle, assignée sur le fonds et supporté par lui ; le possesseur de la censive n'est tenu que *propter rem* (cf. n° 23).

[85] LE DOMAINE DIRECT. — 1^o La première prérogative du seigneur était le « droit de prendre annuelle pension sur le fonds de terre » (*Grand Coutumier*, cité OLIVIER-MARTIN, t. I, p. 378) ; le paiement annuel du *cens* était considéré comme réognitif de la directe : le cens est de l'essence du contrat d'accensement comme la foi est de l'essence du fief. D'où l'importance, pour le seigneur, d'exiger un *aveu* du censitaire et l'habitude de conserver ces aveux dans des livres terriers qui sont de véritables cadastres. Il se peut, qu'à l'origine, le cens ait correspondu à la valeur de la terre ; mais la dépréciation de la monnaie le rendit fort léger ; d'où la tendance générale à ajouter au cens des redevances accessoires, *surcens*, redevances en nature, corvées ; mais seul, le cens primitif avait le caractère seigneurial ; ce qui le rendait imprescriptible. Tout possesseur de l'immeuble accensé était tenu de le payer.

2^o Le droit de prélever le cens conférait au seigneur ce que l'on a appelé la justice foncière ou domaniale qui apparaît comme le signe même de la directe. Au cas de non-paiement

du cens, le seigneur peut prononcer la commise (remplacée bientôt par une amende de cens non payé) ; il peut aussi saisir la censive et la retenir jusqu'au paiement ; cette saisie qui ne vise que la tenure et non le tenancier, manifeste bien qu'il s'agit d'une dette réelle (cf. *supra*, n° 23).

3° Le droit éminent du seigneur apparaît encore au cas de vente de la censive. L'hérédité et l'aliénabilité ont été admises ici plus facilement et plus tôt que pour le fief, à raison même de l'absence, entre les parties, de tout lien personnel ; des concessions perpétuelles permettaient des défrichements qu'auraient entravés de simples concessions viagères ; en ville, les censitaires avaient reçu de véritables lotissements sur lesquels ils n'avaient construit des maisons qu'à raison de la perpétuité reconnue à leur droit.

Mais, si le censitaire a toute liberté d'aliéner, il doit recourir au seigneur : il lui déclare la vente, paye un droit proportionnel et obtient ainsi l'ensaisinement de l'acquéreur. Il y avait un double avantage pour celui-ci à se faire ainsi mettre en saisine : il faisait courir le délai du retrait lignager (*infra*, n° 259) et il ne pouvait exercer les actions possessoires qu'après sa mise en saisine (*infra*, n° 133). Les droits de mutations — lods et ventes, honneurs, *capsos* — demeuraient toujours le profit le plus considérable de la directe ; leur quotité allait, suivant les coutumes, du sixième au douzième du prix de vente ; *Jostice et Plet* exclut expressément le louage, la donation, le prêt, l'engagement ; on ne perçut jamais le droit de mutation dans le cas d'une transaction qui n'opère pas de transfert de propriété, ni, généralement, pour un partage ou une constitution de dot. On hésita davantage pour l'échange.

Il n'existe pas, de droit commun, un retrait censuel analogue au retrait féodal. Mais les Parlements de Bordeaux et de Toulouse et quelques coutumes (Berry, Artois, Bourgogne, Nivernais, Auvergne), accordaient au seigneur le droit de retenir l'héritage vendu en remboursant à l'acquéreur le prix et les loyaux coûts. Le retrait qui primait même le retrait lignager, devait être fort critiqué au XVIII^e siècle, car il gênait la libre circulation des biens ruraux.

[86] LE DOMAINE UTILE. — Le preneur n'avait qu'un domaine utile et il ne pouvait prétendre à aucun droit honorifique sur le

fonds, par exemple au droit de chasse. Il ne pouvait pas non plus donner le fonds à cens à raison même de la règle « cens sur cens ne vaut » qui interdit toute sous-concession en censive qui aboutirait à créer un nouveau domaine. Enfin, le cens et les droits de mutation doivent être acquittés à peine de commise, de saisie ou d'amende. Mais, pour le reste, le censitaire jouit du bien comme un véritable propriétaire ; il peut l'exploiter, le vendre, transformer la terre à son gré.

L'exploitation roturière, si elle n'attribue pas au preneur une part de souveraineté comme le fief, le crée véritablement maître du fonds accensé. Dès le XIV^e siècle, le censitaire est normalement qualifié de propriétaire. La rédaction des coutumes ne fit que consolider son droit. Même les feudistes durent admettre la disparition de l'ancienne justice foncière : la saisie censuelle ou l'amende pour cens non payé étant désormais prononcées par la justice publique. Le seigneur ne peut même plus user de la saisie censuelle pour recouvrer ses droits de mutation, mais il doit exercer, à leur sujet, une action spéciale.

Ainsi, disparaissait la « supériorité » reconnue anciennement au domaine éminent. Même l'ancien caractère réel de la dette de cens est perdu de vue et on accorde au seigneur une action personnelle contre le censitaire. Celui-ci conserve, néanmoins, le droit de déguerpissement ; mais ce droit, considéré comme un abandon de propriété, ne peut s'opérer qu'en justice et doit être signifié au seigneur (LOYSEAU, *Du déguerpissement*, V et I, 5-6).

La censive est devenue, au XVIII^e siècle, la forme normale de la propriété ; l'évolution a été ici bien plus rapide et facile que pour le fief, à raison même de l'absence de toute considération aristocratique. La seule charge véritable qui grève le censitaire est le paiement de droits de mutation, fort analogues à nos modernes droits d'enregistrement.

SECTION III. — L'abolition de la féodalité

[87] ÉVOLUTION JURIDIQUE ET IDÉES PHILOSOPHIQUES. — Les solutions de détail fournies par les juristes, tant pour le fief que pour la censive, traduisent bien l'évolution accomplie : pour

le fief, plus nettement que pour la censive on admet encore au XVI^e siècle que le seigneur a retenu la propriété ; au XVII^e siècle la qualité de propriétaire est attribuée au seigneur comme au vassal et celui-ci jouit *jure suo*. Au XVIII^e siècle la directe apparaît comme une servitude sur la propriété du vassal. Pour POTHIER notamment, le domaine direct n'est plus qu'un « domaine de supériorité » et non « le domaine de propriété » ; celui qui le possède ne peut être appelé propriétaire mais « simplement seigneur » (POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, I, 1). De la directe, il ne reste plus que des fantômes et des formes vides.

Les juristes en parlant de fief faisaient œuvre technique. Au XVIII^e siècle un nouveau terme apparaît, celui de féodalité qui va prendre aussitôt un sens plus large. La féodalité apparaît comme un « moment de l'histoire » (Marc BLOCH) comme une « phase de l'évolution humaine » (R. BOUTRUCHE). BOULAINVILLIERS faisant, en 1727, l'apologie de la noblesse, demeure féodal d'esprit tout en imaginant un féodalisme patriarcal et évolutif. MONTESQUIEU traite des « lois féodales », sans d'ailleurs les condamner (*Esprit des lois*, livr. XXVI, XXVIII, XXX, XXXI). VOLTAIRE renchérit mais pour assimiler féodalité et oppression (notamment *Essai sur les mœurs*, chap. XXXIII). On confond fief et seigneurie. Appliquant la maxime « fief et justice sont tout un », MONTESQUIEU s'attache à démontrer que les justices seigneuriales sont un droit inhérent au fief (dont l'origine doit être cherchée dans le fond des usages des Germains !).

Féodaux aussi tous les droits seigneuriaux, corvées diverses, taille, banalités, chasse, pêche ; féodaux encore les privilèges personnels des nobles et aussi les dîmes perçues par l'Eglise ou inféodées à des laïques. DUMOULIN comprend tous ces droits divers dans le même *complexum feudale* et au XVIII^e siècle les juristes avaient l'habitude d'en traiter en même temps que les droits féodaux ; au XVIII^e siècle la liste de ces droits est interminable. Beaucoup avaient été usurpés et ils en venaient, dans certaines régions, à être de pures vexations (le droit de quintaine par exemple ou le droit de grenouillage).

A partir de 1750, la question de la féodalité va être portée

devant l'opinion. Les Parlementaires qui, pour la plupart, avaient acquis des seigneuries observent sur le sujet la même prudence que MONTESQUIEU. L'attaque vient de monarchistes éclairés comme le marquis d'ARGENSON qui condamne le « monstrueux régime féodal », réclame la justice sociale et le rachat forcé de « tous les droits de suzeraineté, des devoirs rentés et du droit de chasse ».

Les Physiocrates exaltent la propriété foncière, l'individualité et l'hérédité qui en sont les caractères ; « otez la propriété il ne reste plus de droits » (LEMERCIER DE LA RIVIÈRE en 1775) ; « il est de l'essence de la propriété d'appartenir à un seul » (MIRABEAU). Mais ils prônent également la liberté « annexe inséparable de la propriété ». De là l'ambiguïté de leur enseignement : les droits féodaux sont respectables en tant qu'ils constituent des propriétés, condamnés s'ils portent atteinte à la liberté naturelle. « Il serait souhaitable que les terres fussent libres comme les hommes et comme les productions, qu'on ne connût plus ces distinctions bizarres et factices de fief et de censive » (LE TROSNE). On s'en prend surtout, dans la lutte pour l' « individualisme agraire », aux droits qui peuvent entraver la liberté du propriétaire : droit de chasse, vaine pâture, parcours, glanage, assolements forcés. La question des landes et des marais est spécialement débattue.

De là une double idée qui inspirera les lois de la Révolution :

1^o Une solution modérée, le rachat des droits féodaux ; « la féodalité forme un patrimoine, à ce titre elle est respectable » ; mais « ce n'est point la violer que de la supprimer en la payant dans toute sa valeur lorsqu'elle se trouve nuire au service public » (LE TROSNE) ;

2^o Une solution radicale, la suppression des « usurpations ». BONCERF, peut-être inspiré par TURGOT, ouvre la voie avec une brochure sur les *Inconvénients des droits féodaux* qui fait scandale et est interdite par le Parlement de Paris (1776). Après lui un autre Physiocrate, CLICQUOT-BLERVACHE, insiste sur la misère des classes rurales et l'attribue à la féodalité. Avec MORELLE et son *Code de la nature* (1755), c'est la suppression de l' « impitoyable propriété » qui est proposée. L'humanité doit revenir à la nature et comprendre qu'il n'y a qu'une seule loi, la socia-

bilité. MABLY, en 1776, conseille « l'heureuse communauté de biens ». Pour ROUSSEAU « les fruits sont à tous et la terre n'est à personne », ce que d'ailleurs MONTESQUIEU avait déjà dit sous une forme plus prudente (*Esprit des lois*, XXVI, 15).

[88] L'ABOLITION DE LA FÉODALITÉ. — La Révolution est-elle une *translation de propriété* ? TAINE l'affirme et voit dans cette translation de la propriété l'essence de la Révolution, « son moteur intime et son sens historique ». Plus simplement TOCQUEVILLE constate que c'est « en achevant d'abattre la féodalité que la Révolution s'est fait apercevoir ».

Profondément vraies dans leur ensemble — sans même parler des innombrables mutations de propriété provoquées par la vente des biens nationaux — ces affirmations ont pourtant été atténuées par les juristes ; au XVIII^e siècle, pour POTHIER par exemple, le domaine éminent n'était plus qu'une forme vide. Il demeurait cependant en droit et en fait. En droit, car les théories juridiques étaient fort mal appliquées par les Parlements et ceux-ci avaient même encouragé à la veille de la Révolution une réaction féodale certaine. En fait, car pour le vassal et plus encore pour le censitaire le poids des charges féodales demeurait fort lourd. On peut considérer, en gros, que si un fonds « libre » valait 100 livres, le même fonds, du fait surtout des droits de mutation, n'en valait que 60 ou 70 s'il constituait une censive. Comme le diront le 4 août 1789, les députés de la noblesse, les tenants fiefs n'étaient souvent ni responsables des exactions ni même bénéficiaires des redevances ; mais leurs « gens d'affaires », fermiers et percepteurs de droits, étaient « sans pitié » et par eux « le malheureux cultivateur gémit de la contrainte dont il est la victime ». Pour le vassal ou le censitaire, devenir propriétaire signifiait la suppression des charges et des vexations et un accroissement notable de la valeur du fonds ; c'est cette libération qui va être votée par les assemblées révolutionnaires.

[89] LA NUIT DU 4 AOÛT. — Les cahiers des Etats généraux contiennent tout au long les doléances paysannes ; mais l'influence des Physiocrates apparaît en ce que les réformes proposées sont en définitive fort modérées ; si on demande l'abolition de la féodalité, on préconise surtout le rachat.

En 1789, la disette provoque, on le sait, des révoltes qui s'aggravent, après la prise de la Bastille, d'incidents locaux. On en vient à la panique générale et à la Grande Peur. A la Constituante qui songeait avant tout à donner au pays une nouvelle architecture constitutionnelle, des nobles libéraux vinrent demander qu'on « porte l'offrande des droits féodaux sur l'autel de la paix ». Ce fut un enthousiasme bien souvent décrit qui aboutit sur le champ à une déclaration de principe : « L'Assemblée nationale détruit entièrement la féodalité » et à la nomination d'un Comité de rédaction qui devait donner à la mesure une forme juridique ; ainsi fut rédigé le décret du 11 août auquel le roi ne devait donner sa sanction que le 3 novembre 1789, après les journées d'octobre. Dès le 12 août la Constituante avait nommé un Comité de féodalité où siégeaient MERLIN DE DOUAI et TRONCHET ; il fallut huit mois pour aboutir enfin au décret des 15-28 mars 1790, que vinrent compléter quelques textes postérieurs (D. 3-9 mai 1790 sur les modalités du rachat ; D. 23 décembre 1790-5 janvier 1791 sur les rentes seigneuriales ; D. 13-20 avril 1791 sur plusieurs droits féodaux ; Instruction des 15-19 juin 1791).

L'histoire de ces textes et de leur portée générale a été déjà faite (ELLUL, p. 582) ; il faut ici se borner à une étude juridique qui éclaire leurs conséquences sociales.

[90] FÉODALITÉ DOMINANTE ET FÉODALITÉ CONTRACTANTE. — Pour débrouiller le *complexum feudale*, MERLIN propose de distinguer les droits qui dérivent du contrat d'inféodation ou du contrat d'accensement et, d'autre part, les exactions seigneuriales « qui ne sont dues que par les personnes, indépendamment de toute possession de fonds et n'ont pour base qu'une occupation enhardie par la féodalité, soutenue par la puissance seigneuriale et légitimée par la loi du plus fort ».

On a voulu ramener cette opposition à celle du fief et de la justice (CHAMPIONNIÈRE), de la féodalité contractante et de la féodalité dominante (LAFERRIÈRE, *Hist. du droit*, t. II, p. 125). Souvent commodes, ces distinctions ne sont pas parfaitement exactes car on supprime comme « oppressifs » des services personnels liés au fief et aussi les titres nobiliaires (D. 19 juin 1790), les droits honorifiques, les honneurs de

l'Église (D. 15-18 mars 1790 et 13-20 avril 1791), le droit exclusif aux girouettes et ponts-levis. Le décret du 11 août distinguait, parmi les effets de la féodalité, deux catégories : certains droits étaient abolis sans indemnité ; les autres étaient déclarés simplement rachetables ; les droits seigneuriaux abolis comme tels étaient maintenus en tant qu'ils constituaient des propriétés et qu'ils provenaient de contrat, vrais ou présumés.

1^o Étaient supprimés sans indemnité les justices seigneuriales et les droits innombrables « de commandement » qui en provenaient, les servitudes personnelles, tailles, corvées, mainmortes que subissaient les serfs qui existaient encore en quelques régions, la foi et l'hommage, le guet et la garde, les péages, le monnéage normand, le fouage breton, des droits désuets encore perçus, par exemple le chiensage qui imposait aux vassaux de loger les chiens du seigneur. On ajoutait à l'énumération les droits perçus pour l'exercice des professions, les banalités (quand elles n'avaient pas fait l'objet d'une convention avec les habitants), les dîmes (à l'exception des dîmes inféodées), les saisies féodales ou censuelles, la commise, les retraits, les droits d'aînesse, de masculinité, la garde royale ou seigneuriale, le douaire, le droit exclusif de colombier, ou de chasse. Le décret privait les curés de leurs droits casuels, les évêques des dépôts, dépouilles, deniers de saint Pierre et visait même le cumul des bénéfices ecclésiastiques et la suppression des annates.

2^o Tous les autres droits « qui sont le prix et la condition d'une concession primitive du fonds » étaient déclarés rachetables. Le décret des 15-28 mars 1790 « présumait tels, sauf la preuve contraire, toutes les redevances seigneuriales annuelles en argent, grain, volailles servies sous la dénomination de cens, censives, surcens, capcasal, rentes féodales seigneuriales et emphytéotiques » ; tous les droits casuels, quintes, lods et ventes, rachats, reliefs qui sont dus « à cause des mutations survenues dans la propriété ou la possession d'un fonds, par le vendeur, l'acheteur, les donataires, les héritiers et tous autres ayants cause du précédent propriétaire ou possesseur » (tit. III, art. 2).

3^o Pour les droits perpétuels simplement fonciers (tels que

les rentes), qui ne comportaient pas l'attribution d'une directe ou d'une seigneurie, ils étaient également rachetables ; ce fut l'objet d'une législation spéciale à chacun de ces droits.

Excellentes dans leur intention, ces mesures n'allaient pas sans de nombreuses difficultés.

a) Une difficulté politique d'abord : le peuple des campagnes avait pris à la lettre les déclarations de l'Assemblée et celle-ci avait bien proclamé un principe mais, sous l'action des feudistes, émue peut-être par la résistance des nobles et du roi, victime de la croyance universelle à l'inviolabilité des propriétés, elle avait mis à sa concession des réserves — ce que nous appellerions des mesures transitoires — qui devaient décevoir les redevables. Si un effet rétroactif était reconnu aux textes abrogatifs, les droits qui ne faisaient pas l'objet d'une suppression pure et simple devaient être perçus jusqu'au rachat ; il en était de même des dîmes (art. 1 et 5, D., 11 août 1789). Le rachat des redevances annuelles devait être précédé du paiement des arrérages en retard (art. 22, D., 3-9 mai 1790). Défense était faite aux habitants affranchis des banalités d'attenter à la propriété des moulins, pressoirs, fours (art. 26). Dans une instruction solennelle des 15-19 juin 1791 l'Assemblée devait s'élever contre les « injustes refus de paiement » : « Il faut que celui qui fera un semblable refus s'attende à passer dans tous les esprits pour rebelle à la loi, pour usurpateur de la propriété d'autrui, pour mauvais citoyen, pour l'ennemi de tous. »

b) Des difficultés juridiques ensuite : toute préoccupée de respecter la propriété légitime et les contrats anciennement conclus, l'Assemblée va, dans bien des cas, ménager la preuve contraire ;

1^o Étaient ainsi maintenues les corvées et les tailles dont il était établi qu'elles étaient foncières (« dues pour prix de la concession d'un fonds », art. 27, D. 28 mars 1790), et non personnelles (« imposées à un fonds et pour un fonds » dira l'art. 686 du Code civil) ; de même les péages et les banalités résultant d'une convention entre une communauté et un particulier, son seigneur, ou justifiés par une concession faite par le seigneur d'un droit d'usage dans ses bois ou ses prés (art. 24) ;

2^o En revanche, il pouvait être prouvé par les habitants à l'encontre de la présomption posée par le décret des 15-28 mars 1790 que les droits et les devoirs féodaux ou casuels n'étaient pas le prix d'une concession mais le résultat d'une usurpation (preuve à vrai dire assez théorique) ; ou, au contraire par le seigneur que les droits n'avaient aucun caractère féodal, que, par exemple, une rente avait été concédée pour prix d'une concession de terre.

c) Des difficultés pratiques enfin accumulées par la loi elle-même. Le rachat devait être facultatif et individuel et non obligatoire et général ; il ne pouvait intéresser que les plus riches puisque aucun crédit n'était prévu en faveur des redevables. Ces droits casuels perçus à l'occasion d'une mutation et par conséquent éventuels devaient être rachetés en même temps que les droits annuels. Enfin, la procédure même du rachat était compliquée et favorisait la chicane ; l'offre réelle au seigneur libérait le fonds des droits féodaux mais faute d'accord il fallait recourir à une expertise toujours coûteuse. Quant au taux de rachat, il est fixé par le décret des 3-9 mai 1790 ; pour les redevances annuelles en argent au denier vingt, pour les redevances en nature au denier vingt-cinq (vingt ou vingt-cinq fois le montant de la redevance annuelle) ; pour les redevances casuelles suivant un barème fort complexe (5/13, par exemple, du droit pour le quint). Pour beaucoup il paraissait inutile de racheter des droits que l'on pouvait presque impunément cesser de payer. D'ailleurs, à qui avait de l'argent, l'achat de biens nationaux paraissait bien préférable. Néanmoins, pendant les deux années où les mesures de la Constituante furent en vigueur — de juin 1790 à juin 1792 — d'assez nombreux rachats furent effectués. Les enquêtes locales paraissent établir que les rachats ont été effectués plus par les bourgeois que par les paysans et qu'ils ont été surtout fréquents dans les régions (en Gironde, par exemple) où les droits de mutation étant peu élevés, la charge du rachat était assez modique. Ailleurs, comme dans le Nord, les paysans préférèrent « gagner du temps et l'événement leur donna raison » (LEFEBVRE, p. 387).

[91] LES DÉCRETS DE LA LÉGISLATIVE. — La Constituante avait prétendu faire œuvre équitable et sauvegarder, autant qu'il était possible, le droit de propriété. Cette « révolution par la loi » était aussi une révolution de bourgeois et de juristes ; elle ne pouvait plus convenir en 1792 ; la lutte contre la féodalité apparaît désormais comme un épisode de la « lutte contre les aristocrates » et le mécontentement des paysans apparaît si grave que la Législative vote, après de longs débats, le décret des 18 juin-6 juillet 1792.

La distinction des droits rachetables et des droits supprimés était en principe maintenue, mais sa portée était totalement modifiée par un renversement de la charge de la preuve ; tous les droits casuels, soit censuels, soit féodaux, sont supprimés sans indemnité à moins que le seigneur n'apporte la preuve par le titre primitif d'inféodation ou d'accensement que ces droits étaient « le prix et la condition d'une concession du fonds pour lequel ils étaient perçus, auquel cas les droits continueront d'être perçus et d'être rachetables ». Après le 10 août, le décret des 25-28 août 1792 étendit la mesure aux droits annuels c'est-à-dire « aux droits féodaux ou censuels utiles, aux redevances seigneuriales annuelles en argent, grains, volailles, cire, fruits de la terre ». Tous les droits seigneuriaux, les péages, les banalités qui avaient été conservés, sauf rachat, par les lois antérieures étaient également supprimés.

Imposer aux seigneurs de rapporter la preuve par un titre primitif que leurs droits ne provenaient pas d'une usurpation équivalait presque à une abrogation pure et simple. Pour les concessions anciennes, ou le titre n'avait jamais existé, ou il avait péri. Seules quelques concessions récentes — il en avait été fait encore au XVIII^e siècle — étaient justifiées par un titre. Beaucoup de redevables usèrent de la faculté que leur donnait la loi : faire des offres réelles de rachat et obtenir ainsi l'affranchissement du fonds, si dans un délai de trois mois le titre n'était exhibé. Fait surprenant, un certain nombre de rachats furent exercés même sous l'empire de ces lois (FERRA-
DOU, p. 426 ; AULARD, p. 185).

Pourtant l'Assemblée, après le 10 avril, multipliait les mesures de détail : destruction des « monuments, restes de la

féodalité, existant dans les temples et même à l'extérieur des maisons particulières » (D. 14 août 1792), suspension « de toutes les poursuites pour causes de droits ci-devant féodaux » et abolition de tous les procès (D. 16 août et 9 septembre 1792), abrogation de toutes les servitudes réelles (D. 7 décembre 1792), amnistie « des délits commis à la suite d'insurrections ayant pour cause les ci-devant droits féodaux » (D. 11-12 février 1793), abolition de la dîme, des droits féodaux ou seigneuriaux « chez tous les peuples où la France a porté et portera les armes » (D. 17 décembre 1792).

[92] LA LOI DE LA CONVENTION. — La Convention, par la loi du 17 juillet 1793, pose enfin un principe absolu : « Toutes redevances ci-devant seigneuriales, droits féodaux, censuels, fixes et casuels même conservés par le décret du 25 avril dernier sont supprimés sans indemnité. » Le rachat ne subsistait que pour les « rentes purement foncières et non féodales ». En outre, pour éteindre tout souvenir des droits féodaux les « ci-devant seigneurs, les feudistes, notaires » devaient déposer dans les municipalités tous les titres constitutifs et récognitifs des droits supprimés et ceux-ci devaient être brûlés le 10 août. Ceux qui auraient soustrait, caché ou recelé des actes ou simplement leurs copies devaient être punis de cinq années de fer.

Des lois postérieures vinrent renforcer le sens de ces mesures : confiscation des maisons portant des armoiries (D. 1^{er} août 1793), enlèvement dans les églises des armoiries et des signes de royauté et de féodalité (D. 14 septembre 1793), suppression des cartes à jouer, des signes de royauté et de féodalité qui s'y trouvaient (D. 1^{er} brumaire an II), abolition des droits exclusifs de pêche et de chasse (D. 30 juillet 1793), interdiction pour les Français de percevoir des droits féodaux en pays étranger (D. 8 septembre 1793), défense d'exiger des colons et métayers des redevances en fruit ou volaille ayant un caractère féodal (D. 1^{er} brumaire an II), interdiction aux notaires d'user d'expressions rappelant le régime aboli (D. 8 pluviôse an II).

[93] L'APPLICATION DES LOIS DE LA RÉVOLUTION. — L'application de ces lois va susciter bien des difficultés et donner lieu tout au long du XIX^e siècle à une jurisprudence fournie. Une affaire opposant le duc de Gramont à des communes bigourdanes,

est toute récente (trib. Bagnères-de-Bigorre, 1^{er} avril 1949, D., 1950, J., 551 ; Cour Pau, 18 décembre 1950, JCP, 1951, II, 6310, note P. OURLIAC ; Cass., 5 juin 1956, Bull. civil, 56, I, n° 222, p. 179). Bien souvent les juges ont tenté de maintenir d'anciens droits tandis que la fermeté persévérante de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat imposait le respect des lois révolutionnaires.

Le décret de 1793 maintenait les rentes et prestations purement foncières ; la jurisprudence va entreprendre de les distinguer des charges féodales désormais abolies.

1^o Tenant les concessions pour des contrats, on entreprit de rechercher la volonté des parties. La difficulté pouvait provenir des termes employés, le concédant s'étant à tort qualifié de seigneur ou ayant qualifié de censuelles des prestations (de volaille, par exemple) qui n'étaient que des rentes. Aux tribunaux enclins à qualifier le contrat d'après ses clauses et non d'après les termes employés, le Conseil d'Etat, dans un avis du 13 messidor an XIII, imposa plus de rigueur. Celle-ci va, après 1815, se relâcher quelque peu. On en vient, par application de l'ancienne maxime « Nul seigneur sans titre », à qualifier de foncières bien des redevances qui n'impliquaient pas forcément la constitution d'un domaine en faveur du créancier.

2^o Il s'ensuivait que bien des contrats anciens devaient être maintenus. Ainsi, dans les pays de droit écrit, le champart qui n'est qu'une forme de métayage, l'emphytéose si elle ne comporte aucune prérogative féodale, les baux à complant de Nantes (avis Cons. Etat, 4 thermidor an VIII). Ainsi certaines rentes constituées au profit de fondations pieuses. L'existence dans un contrat de quelque « emblème de la féodalité » — obligation de porter au seigneur les trophées, pièces honorables de la chasse, de payer les droits de mutation — avait jusque-là paru suffisante pour justifier l'abolition ; mais après 1810, on se référa plutôt aux analyses des anciens feudistes ce qui, dans les pays de franc alleu et par application de la maxime « nul seigneur sans titre », aboutit fréquemment à maintenir des contrats anciens.

3^o On a souvent prétendu, après MERLIN, trouver dans

la perpétuité d'un droit la preuve du transfert du domaine ; mais on ne peut donner à cet égard une règle absolue : la locatairie perpétuelle usitée en Limousin a été maintenue ; le bail à domaine congéable pratiqué en Basse-Bretagne a été, au contraire, aboli par la loi du 27 août 1792, mais cette loi fut abrogée en 1797 car le « seigneur », pouvant faire cesser la location à volonté en congédiant le colon, est réputé avoir gardé la propriété du fonds. La métairie perpétuelle usitée en Limousin a été pareillement conservée sous le prétexte que le bailleur pouvait toujours mettre fin à la jouissance du métayer.

ÉTAT DES QUESTIONS

L'erreur de beaucoup d'historiens de droit a été de parler au Moyen Age de « propriété » alors que le mot — et la notion qu'il exprime — ont pratiquement disparu : cf. J. BALON, *Les fondements du régime foncier du Moyen Age*, 1954. Le mot *dominium* a lui aussi un sens fort équivoque : H. COING, *Zur Eigentumslehre des Bartolus*, ZSS, 1953, p. 345.

Plus s'accumulent les travaux locaux sur la féodalité et plus il est difficile de conserver les cadres et les schémas dessinés jadis par les feudistes.

En Italie, le processus de féodalisation est lié à la délégation des fonctions publiques ; il correspond parfois aux offices de cour ou aux services domestiques, mais il n'est que rarement le *feodum militis*, fief de chevalier ou fief de haubert, concédé en contrepartie de services militaires : Carlo-Guido MOR, *L'Eta feudale*, 2 vol., *Storia politica dalle origini ai giorni nostri*, Milan, 1952. Les diversités provinciales sont très nettes : dans le sud, par exemple, les trois sociétés, « lombarde », byzantine et musulmane sont assez féodalisées jusqu'à la conquête des Normands ; ceux-ci apportent les conceptions plus strictes de leur pays et surtout l'idée de services militaires dus par ceux qui tiennent un fief. Cf. A. SOLMI, *Studi storici sulla proprietà fondiaria nel medioevo*, Rome, 1937 ; P.-S. LEICHT, *Storia del diritto pubblico*, 1938, p. 152, et *Lo stato Normanno*, Messine, 1932 ; une vue générale un peu vieillie de P. del GIUDICE, dans *Nuovi studi di storia e diritto*, Milan, 1913. Sur le rôle des glossateurs : P. BRANCOLI BUSDRAGHI, *La formazione storica del feudo lombardo como diritto reale*, Milan, 1955. Cf. également le remarquable exposé de Claude CAHEN, *Le régime féodal de l'Italie normande*, Paris, 1940, qui insiste sur l'aspect politique de la féodalité.

L'étude de la féodalité dans le royaume de Jérusalem a été mise au point par J. PRAYER, dans ses divers travaux et notamment *TR*, t. 22, 1954, p. 401-424.

Pour l'histoire de la féodalité française, les ouvrages essentiels ont déjà été cités. Redisons l'intérêt des livres de Marc BLOCH et de DUBY (dont des comptes rendus substantiels ont été donnés par CHEVRIER, *Ann. Bourgogne*, 1954, p. 256-267 et LEMARIGNIER, dans *Moyen Age*, 1956, p. 167-184).

Cf. aussi rapport BOUTRUCHE au IX^e Congrès de Sciences hist., Paris, 1950, *Rapports*, p. 417-464, et, DU MÊME, *Seigneurie et féodalité*, 2^e éd., 1968 ; L. GÉNICOT, *L'économie rurale namuroise du bas Moyen Age*, 2 vol., 1943-1960 ; L. FOURQUIN, *Les campagnes de la région parisienne à la fin du Moyen Age*, 1964. Sur les origines : R. SANFAÇON, *Défrichement, peuplement et institutions seigneuriales en Haut-Poitou du X^e au XIII^e siècle*, Québec, 1967 ; J.-C. RUSSELL, *Annales E.S.C.*, 1965, p. 1118-1127 ; et *Cambridge Economic History of Europe*, t. I, 1966 ; t. II, 1952 ; t. III, 1963.

Les ouvrages anciens sont toujours de consultation utile : les professeurs de droits « français » les plus célèbres (leur liste est dans Alfred de CURZON, *L'enseignement du droit français dans les universités de France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, 1920) ont traité la matière : SALVAING DE BOISSIEU († 1683), *De l'usage des fiefs et autres droits seigneuriaux* ; POCQUET DE LIVRONNIÈRE, *Traité des fiefs* ; BRUSSEL, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs en France pendant les XI^e-XIV^e siècles*, Paris, 1725 ; HERVÉ, *Théorie des matières féodales et censuelles*, 8 vol., 1775-1788 ; GUYOT, *Traité des matières féodales*, 7 vol.

Aucun de ces auteurs n'égale DU MOULIN et d'ARGENTRÉ dont l'opposition marque bien les hésitations de la pratique au XVI^e siècle. Pour le Breton d'ARGENTRÉ, il s'agit de raffermir la féodalité attaquée ; pour DU MOULIN, les redevances féodales sont des *jura exorbitantia, graves et odiosae, ne dicam sordidae servitutes, experientia docente, provocant et inducant homines ad multas fraudes, tricas, mendacia*. Cf. FILHOL sur une consultation de DU MOULIN, dans *RHD*, 1949, p. 122-132.

On est bien souvent réduit à se reporter à d'anciens travaux qui n'ont pas cette valeur — hors le livre de CHAMPIONNIÈRE et, à un moindre titre, celui de GARSONNET.

Parmi les travaux modernes, il faut mettre hors de pair l'étude de Noël DIDIER, *Le droit des fiefs dans la coutume de Hainaut au Moyen Age*, 1945. P. PORTEJOIE, *Le régime des fiefs d'après la coutume de Poitou*, th., Poitiers, 1942. Les fiefs bourguignons ont été l'objet d'une précieuse étude de CHEVRIER, *Annales de Bourgogne*, t. 23, 1951, p. 36-50 ; de même RICHARDOT, *Le problème des fiefs bourguignons sans service*, dans *Mémoires soc... pays bourguignons*, 1946-47, p. 171 ; Francs-fiefs, dans *RHD*, 1949, p. 28-63 et 229-273 ; et Les roturiers possesseurs de fiefs nobles, *Ann. Fac. droit Aix*, 1950, p. 269-281. Ch. PERRAT, étudié *RHD*, 1931, p. 413, les terriers ; cf. également A. SOBOUL, dans *Annales E.S.C.*, 1964, p. 1049.

L'influence des *Libri feudorum* a été, croyons-nous, plus grande qu'on ne le dit : ces *Libri*, ou *Usus feudorum* ou *Consuetudines feudorum* sont un recueil privé de droit féodal où se retrouvent des sentences de cours féodales, des coutumes, des fragments de droit savant et des constitutions impériales. L'origine est certainement italienne et on distingue trois rédactions : 1^o La plus ancienne du milieu du XII^e siècle due à Oberto dall'Orto, juge à Milan ; 2^o La seconde d'un siècle postérieur, due au Bolognais Jacques de Ardizzone ; 3^o Enfin, à l'occasion d'une nouvelle rédaction apparut une division analogue à celle du *Digeste* en 2 livres de 28 et 58 titres.

L'œuvre a été à l'origine une réaction du droit pratique contre le droit

romain : *legum autem romanorum non est vilis autoritas, sed non vim suam extendunt ut usum vincant aut mores* (*Lib. feud.*, II, 1). Mais, les glossateurs adjoignirent les *Libri* aux compilations de JUSTINIEN et cela même leur valut, avec un prestige nouveau, d'être glosés comme les autres parties du *Corpus*, étudiés dans les Universités et reproduits, avec le *Corpus* dans les éditions imprimées. Les vieux livres de LEHMANN, *Die Entstehung der L.F.*, Rostock, 1896 ; *Das Langobardische Lehnrecht*, Göttingen, 1896 ; *Consuetudines Feudorum*, Göttingen, 1896, n'ont pas été remplacés. La glose ordinaire, œuvre de Jacques COLOMBI utilise une somme de *Pillius da Medicina*, étudiée par Ant. ROTA, *L'apparato di Pillio alle Cons. Feud.* dans *Studi e Mem. per la storia dell'Università di Bologna*, t. 14, 1938. Le meilleur exposé de l'œuvre des glossateurs en la matière demeure celui de MEIJERS, *Les glossateurs et le droit féodal*, dans *TR*, 1934, p. 129-149 et *Etudes d'hist. du droit*, t. III, p. 261.

Les romanistes du XIII^e siècle, notamment le Français Jean de BLANOT, André d'ISERNIA († 1353) étudient la matière (ce dernier est le *monarcha feudorum*).

L'autorité de ces livres, était, au moins en France, discutée : on pouvait néanmoins y voir une sorte de droit commun applicable chaque fois qu'il n'était pas contredit par la coutume : c'est par exemple l'opinion de CUGAS (*De feudis*, liv. I). Dans les provinces jadis soumises à l'Empire, Bourgogne et Dauphiné, on allait plus loin, reconnaissant aux *Libri* force de loi *sicut jus scriptum* (Guy PAPE, *Questiones*, n^o 297 ; BOUHIER, *Observat. sur Bourgogne*, I, p. 814). Au contraire Pierre JACOBI et DU MOULIN leur refusent toute autorité (*In cons. Paris.*, Préambule, n^o 26, n^o 112, t. I, p. 6 et 23). Le droit des fiefs est régi par la coutume et, à défaut de stipulation précise de celle-ci, par le droit commun coutumier. Dans les coutumes rédigées, la matière des fiefs demeure essentielle et DU MOULIN tout le premier y consacre de longs développements.

Le meilleur guide pour l'étude du double domaine demeure Ed. MEYNIAL, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes ; Etude de dogmatique juridique*, dans *Mélanges Fitting*, Montpellier, 1908, p. 409-461.

Sur la notion de *Dominium*, LUNTZ, *Entwicklungsgesch. des dominium*, Göttingen, 1916 ; C. SPICQ, *La notion analogique de « dominium » et le droit de propriété*, dans *Rev. sciences philos. et théol.*, t. 20, 1931, p. 52-76 ; *Notes de lexicographie philosophique médiévale*, *Ibid.*, t. 23, 1934, p. 82-93 ; *Dominium, possessio, proprietas*, *Ibid.*, t. 18, 1929, p. 269-281. Egalement Ch. MUNIER, « *Dominium* » et « *proprietas* » chez les canonistes et moralistes du XVI^e au XIX^e siècle (Travaux et Rech. de l'Inst. Dr. comparé, Paris, 1962, p. 125-132). Le livre de LANDSBERG a été cité *supra*, p. 58 ; il faut le compléter par le bel article de H. COING, *Zur Eigentumslehre des Bartolus*, dans *ZSS, Rom.*, t. 70, 1953, p. 348-371.

On a souvent voulu rattacher la théorie des *dominia* multiples à la théorie germanique de la propriété : celle-ci n'est en effet, nous l'avons dit, ni absolue ni unique. Le vassal aurait, en somme, bénéficié de l'opinion populaire favorable à celui qui a la maîtrise de la chose (l'usage, la saisine) ;

le seigneur aurait joui du préjugé romain favorable au propriétaire. Il est d'autre part presque traditionnel de dire qu'au XVI^e siècle encore le seigneur était considéré comme propriétaire et que, pour DU MOULIN comme pour CUJAS, le domaine utile n'est encore considéré que comme une servitude (on ajoute que HEVIN aurait le premier formulé la théorie nouvelle). Pourtant DU MOULIN dans un passage très net de son commentaire sur le titre des fiefs (*Cout. paris*, art. 55, gl. 2, 2), dit formellement du vassal *dicitur habere verum dominium et proprietatem ipsius rei : et hunc solum proprietarium vocamus*.

Sur le concept de propriété : F. GARRISSON, *Travaux et Rech. de l'Inst. de Dr. comparé*, 1962, p. 73-89, et 1963, p. 27-39 ; R. FILHOL, mêmes *Travaux*, 1960, p. 5-14 ; 1963, p. 40-51 ; R. VILLERS, 1962, p. 91-99. Egalement Ph. GODDING, *Le droit foncier à Bruxelles*, Bruxelles, 1960 ; P. GROSSI, *Le situazioni reali nell' esperienza giuridica medievale*, Padoue, 1968.

Sur les tenures, le meilleur guide d'ensemble : La tenure, *Rec. de la Soc. Jean-Bodin*, t. 3, 1938 où l'on notera tout spécialement les articles de MM. PETOT, PERRIN et (pour l'Angleterre) JOUON DES LONGRAIS. Sur le bourgange normand, GENESTAL, 1900 et LEGRAS, 1911 ; sur l'albergement dauphinois, RICHARD, 1906 ; surtout P. DUPARC, *Bibl. Ec. Chartes*, 1964, p. 5-88 ; sur la métairie perpétuelle du Limousin, A. PETIT, dans *RHD*, 1919, p. 365 ; sur l'échevinage, DUBOIS, dans *RHD*, 1925, p. 105 ; sur l'Alsace, H. DUBLED, *TR*, 1962, p. 289-335 ; *Rev. hist. économ.*, 1963, p. 5-33 ; *Le Moyen Age*, 1960, p. 217-258 ; sur la quevaise, L. DUBREUIL, *Annales de Bretagne*, 1960, p. 403-435 ; sur le covenant ou domaine congéable une bibliographie ancienne considérable et en dernier lieu P. LESAGE, 1932, et H. LE LAY, 1941. Sur le complant, notre t. I, p. 301 ; sur l'emphytéose, René FACE, *La propriété rurale en Bas-Limousin*, 1917 ; CHABRAND, *Etude sur Guy Pape*, 1912 ; Robert LATOUCHE, *La vie en Bas-Quercy*, 1923, spéc. p. 31-119 ; PINATEL, *L'emph. dans l'anc. droit provençal*, 1938 ; Paul OURLIAC, *Etienne Bertrand* (sur le Comtat Venaissin), 1937 ; VANCOSTENOBEL, *Les emph. des hospices civils de Lille*, 1929 ; sur le droit canadien français, R. BESNIER, dans *RHD*, 1935, p. 734-747. Sur le fief roturier à Toulouse, H. RICHARDOT, dans *RHD*, 1935, p. 307-359 et 495-569 ; en Bretagne, St. STROWSKI, 1922. Sur les droits seigneuriaux en Lauragais, bonne étude de RAMIÈRE DE FORTANIER, th., Toulouse, 1932. Sur le « tensemment » et la « commende personnelle », les beaux articles de P. DUPARC, *Bibl. Ec. Chartes*, 1961, p. 50-112 ; *RHD*, 1962, p. 43-63. Enfin, sur le droit des biens en Charollais, G. CHEVRIER, *Mél... droit bourguignon*, 1962, p. 308-315 ; et sur la condition des terres à Reims, R. DEBUSSION, th., 1930.

Sur l'emphytéose italienne, en dernier lieu S. ORLANDO CASCIO, *Studi sull'enfiteusi*, Palerme, s. d. (extr. t. 22, *Annali del. sem. giurid. di Palermo*), qui consacre une longue introduction (p. 5-120) à l'histoire. Sur la *pastinatio*, usitée en Italie, qui se rapproche du complant, Urs. LEWALD, *Arbeitschaft-eigentum ; die pastinatio in partem*, dans *Jahrschrift f. Sozial- und Wirtschaftsgesch.*, t. 39, 1952, p. 316-346. Sur la péninsule ibérique, R. NOGUERA DE GUZMAN, *El precario y la precaria ; nota para la historia de la enfiteusis*, dans *Est. hist.*, Documentos, t. 2, 1950, p. 151-274. G. BRAGA DA CRUZ,

Apresiasi critica duma diss. de doutoramento, dans *Boletim da Faculdade de Direito*, t. 33, 1958. M.-J. de ALMEIDA COSTA, *Origem da enfiteuse no dir. português*, Coïmbre, 1957.

On ne pourra désormais traiter de droit comparé sans se reporter au très beau livre de JOUON DES LONGRAIS, *L'Est et l'Ouest ; institutions du Japon et de l'Occident comparées*, Tokyo-Paris, 1958.

Sur les *censives*, outre les auteurs anciens, OLIVIER-MARTIN, *Coutume Paris*, t. I, p. 364-419. Sur les libres tenures urbaines, nombreux travaux de DES MAREZ pour les Flandres, GENGLER, RIETSCHER, ROSENTHAL pour l'Allemagne, BEYERLE pour Constance ; MASSIET DU BIEST, Les tenues à Evreux, dans *Le Moyen Age*, 1955, p. 433-457 ; Y. BEZARD, *La vie rurale dans le Sud de la région parisienne de 1450 à 1550*, 1929, p. 80-105. Sur la perception du cens en argent (en Haut-Dauphiné), Vital CHOMEL, dans *Mélanges Clovis-Brunel*, 1955, p. 255-271. Et toujours l'excellente étude de R. BOUTRUCHE, *La crise d'une société ; seigneurs et paysans du Bordelais pendant la guerre de Cent ans*, 1946. Pour la Normandie, le régime agraire a été étudié avec une rare lucidité par R. CARABIE, *La propriété foncière dans le très ancien droit normand (XI^e-XIII^e siècle)* ; t. I : *La propriété domaniale*, th., Caen, 1943. Et la « dogmatique » a fait l'objet du livre de J. BALON, *Les fondements du régime foncier au Moyen Age depuis la chute de l'Empire romain en Occident*, Louvain, 1954. Pour le XVII^e siècle : P. GOUBERT, *Beauvais et le Beauvaisis*, 1960 ; pour la fin de l'ancien régime : A. POITRINEAU, *Vie rurale en Basse-Auvergne*, 1965 ; G. LEFEBVRE, *Études orléanaises*, 1962 ; P. de SAINT-JACOB, *Les paysans de la Bourgogne du Nord*, 1960 et La propriété au XVIII^e siècle : le contrôle des actes, *Annales E.S.C.*, 1946, p. 162 ; surtout LE ROY-LADURIE, *Les paysans du Languedoc*, 2 vol., 1966 ; et Georges FRÊCHE, *La région toulousaine vers 1670-1789*, th., Paris, 1968 (ronéot.). Enfin, l'excellente étude des modes de tenure (fief, albergement, baux perpétuels et temporaires) de G. CHIANÉA, *La condition juridique des terres en Dauphiné au XVIII^e siècle*, Grenoble, 1969.

Bien entendu, la meilleure sauvegarde des droits féodaux venait des justices seigneuriales qui les imposaient exactement : A. GIFFARD, *Les just. seigneuriales en Bretagne*, 1910 ; LEMERCIER, *Les j. s. dans la région parisienne de 1580 à 1789*, 1933. Sur ces droits, il existe d'innombrables monographies locales parmi lesquelles il faut retenir G. HUBRECHT, *Les droits seigneuriaux dans la région sedanaise à la fin de l'A. R.*, 1936. Beaucoup à prendre aussi dans P. de SAINT-JACOB, *Le droit de lods en Bourgogne à la fin de l'A. R.*, dans *Mém. soc. pays bourguignons*, 1952, p. 159-172. Sur la dime, H. MARION, *La dime ecl. en France en XVIII^e siècle*, th. droit, 1912. Sur les banalités : M. BROCCHEREAU, *Bull. Soc. Antiquaires Ouest*, 1959-1960 ; FRÉZIGNAC, th., Bordeaux, 1951.

Sur les physiocrates, on doit consulter les livres de Georges WEULERSSE (1910, 1950, 1959) : il y a chez les physiocrates une incontestable tendance à seconder l'effort des « féodaux » qui rêvaient de rendre à leur classe le pouvoir local et prenaient l'habitude de vivre dans leurs fiefs : leurs soucis agronomiques viennent, en somme, excuser leurs prétentions féodales. L'agriculture est à la mode (cf. *La nouvelle Héloïse*, l'Emile, Paul et Virginie).

Sur le rachat des droits féodaux, outre le livre cité (p. 11) de GARAUD, SAGNAC et CARON, *Les Comités des droits féodaux et de législation et l'abolition du régime seigneurial*, Paris, 1907, ouvrage qui contient de nombreux documents. AULARD, *La Révolution française et le régime féodal*, 1919. André FERRADOU, *Le rachat des droits féodaux dans la Gironde (1790-1793)*, Paris, 1928. On peut utiliser les recueils de textes, notamment *Les droits féodaux, Rec. de textes législatifs*, 1924 (Comm... des documents relatifs à la vie économique de la Révolution) et la publication faite à l'époque des (450) circulaires d'application : *Circulaires de la Régie de l'enregistrement*, s. d. Les survivances des droits féodaux du XIX^e siècle sont étudiées notamment par P. MASSÉ, *Ann. hist. Rév. franç.*, 1965, p. 270-298.

Les charges que représentaient pour les paysans le régime féodal ont été estimées par LABROUSSE, *Esquisse du mouvement des prix et des revenus en France au XVIII^e siècle*, 2 vol., Paris, 1933 de 15 à 26 % de la valeur des produits. Sur les communautés rurales en Bourgogne, P. de SAINT-JACOB, *Annales de Bourgogne*, 1941-1943 ; 1946 ; 1953 ; *Documents...*, 1962 ; et *Les paysans...*, cité *supra*.

Les incidences de l'abolition ont été étudiées par MILLOT, pour le département du Doubs, 1941 ; par GARAUD, pour la Haute-Vienne, 1939 ; et les meilleures études d'ensemble ont été données par G. LEFEBVRE, notamm. *La Révolution et les paysans, Cahiers de la Révolution*, 1934.

Hors de France, les Français proclamant, en exécution du décret du 17 décembre 1792, la suppression de la féodalité. En Savoie et dans le comté de Nice, il n'y eut pas de difficulté : déjà la féodalité avait été abolie en Sardaigne. En Belgique, la mesure ne fut effective qu'en 1795. En Rhénanie, les droits féodaux furent souvent perçus par les français eux-mêmes et il fallut attendre 1798 pour leur suppression, d'ailleurs plus radicale même qu'en France. En Suisse, le problème fut longuement débattu : on admit en 1798 un simple rachat des droits qui n'étaient pas « injustes ». En Italie, c'était la dîme qui faisait le plus de difficulté : l'abolition de principe fut souvent atténuée en pratique. Sur ces questions : J. GODECHOT, *La grande Nation*, 1956, t. II, 584-588 (et C.-R. OURLIAC, *RHD*, 1953, p. 105). Pour le comté de Nice et la Savoie, le livre de J. COMBET, 1925 ; M. BRUCHET, 1908 ; F. VERMALE, 1911 ; Pour Liège, P. HARSIN, 1954 ; Pour la Belgique P. VERHAGEN, *Hist. de la B. sous l'occupation française*, 1934 ; Pour l'Allemagne, J. DROZ, *L'Allemagne et la Rév. fr.*, 1949 ; Ph. SAGNAC, *Le Rhin français*, 1918 ; Pour la Lombardie, C. MAGNI, *Il tramonto del feudo Lomb.*, Milan, 1937.

Quelques tenures foncières ont subsisté jusqu'à aujourd'hui d'une vie assez précaire : le bail à complant a fait l'objet d'un décret-loi du 13 avril 1938 « tendant à son abrogation ». La loi de 1791 concernant le domaine congéable a été modifiée par une loi du 8 février 1897. Une loi du 16 septembre 1947 est venue donner une nouvelle forme à ce bail en le soumettant au statut du fermage : fait remarquable, l'ancien bail s'est modelé sans peine sur le moderne statut ; rien ne montre mieux les tendances de la législation nouvelle qui ferme, en quelque sorte, la parenthèse individualiste ouverte en 1789.

On peut encore trouver une résonance antiféodale dans diverses règles du statut du fermage de 1946 : l'attribution au preneur du droit de chasser sur le fonds, la suppression du fermage général, considéré comme une sorte d'exploitation du métayer par un sous-traitant, l'interdiction des « redevances, prestations et services ».

Surtout pour la fin de l'Ancien Régime, mentionnons enfin les ouvrages généraux et essentiels : F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle et capitalisme (XV^e-XVIII^e siècle)*, t. I, 1967 ; *Histoire économique et sociale de la France (1660-1789)*, t. II, 1970 ; *Histoire générale des civilisations*, t. IV, 1965 (par R. MOUSNIER), t. V, 1967 (par R. MOUSNIER et E. LABROUSSE) ; R. MANDROU, *La France aux XVII^e et XVIII^e siècles* (« Nouvelle Cléo »), 1967 ; A.-J. BOURDE, *Agronomie et agronomes en France au XVIII^e siècle*, 3 vol., 1967.

CHAPITRE VI

LA PROPRIÉTÉ DU CODE CIVIL

[94] « JOUIR ET DISPOSER DE LA MANIÈRE LA PLUS ABSOLUE ». — L'abolition de la féodalité restituait au droit de propriété la plénitude que lui reconnaissaient les Romanistes. La déclaration de 1789 en fait un droit « inviolable et sacré » œuvre de la liberté naturelle de l'homme. La Déclaration des Droits du 24 juin 1793 le définit « comme le droit qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie ». Le Code civil et ses premiers commentateurs vont renchérir encore. La propriété, écrit DEMOLOMBE, confère au maître « sur sa chose un pouvoir souverain, un despotisme complet » (*Cours*, t. IX, § 542, p. 462).

1^o Monarque, le propriétaire l'est-il *par l'autorité de la loi et en vertu de conventions sociales* ? MONTESQUIEU l'admet (*Esprit des lois*, XXVI, 15) comme BENTHAM (*Principes de législation civile*, chap. VIII). La thèse sera souvent reprise devant les assemblées révolutionnaires, par Mirabeau comme par Robespierre et elle peut conduire à des conclusions extrêmes : l'autorité de la loi peut couvrir toutes les mesures d'expropriation ou de réquisition, toutes les injonctions aux propriétaires, tels les décrets pris par le Comité de Salut public pour ordonner la mise en culture des terres abandonnées ou des jardins de luxe et la culture des céréales (MATHIEZ, *La vie chère et le mouvement social sous la Terreur*, 1927, p. 437-484).

C'était, comme le dira Troplong, reprendre les maximes de Louis XIV et accorder à l'Etat un pouvoir despotique sur les propriétés.

2° La monarchie du propriétaire est de droit naturel. La propriété figure, avec la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, dans les Déclarations de 1789 (art. 2) et de l'an III (art. 5), parmi les droits de l'homme. Elle est considérée comme « la pierre angulaire de l'édifice social ». L'influence des Physiocrates est ici très nette ; pour l'école, la liberté dérive du droit de propriété : « La liberté et la sûreté sont les annexes inséparables de la propriété » (marquis de MIRABEAU). La propriété implique la liberté des échanges ; elle vient du droit naturel (ce qui impose la suppression du droit d'aubaine) ; elle ne peut être qu'absolue. Tout démembrement, tout partage, toute restriction compromettent l'équilibre social ; non seulement les droits féodaux, l'indivision, les servitudes tiennent en échec la « liberté de jouir », mais l'Etat lui-même ne doit pas intervenir : la « sûreté de la propriété assure la vraie force nationale » et LE MERCIER DE LA RIVIÈRE prononce : « Otez la loi de propriété, il ne restera plus de lois ; tout tombe nécessairement dans l'arbitraire ; abîme, chaos affreux où les prétentions s'entrechoquent sans cesse. »

Le Code civil impose au propriétaire de ne pas faire de son droit un « usage prohibé par les lois et règlements » et il n'autorise l'expropriation que pour cause d'utilité publique (la Charte de 1814 dit d'*intérêt public* et les Constitutions de 1791 et 1793 de *nécessité publique*).

3° PORTALIS combattant à la fois Rousseau et les Physiocrates justifie la propriété par « la constitution même de notre être » ; certains commentateurs (cf. *Répertoire Dalloz*, t. XXXVIII, v° Propriété, n° 3 ; DEMOLOMBE, p. 450) invoqueront même la volonté divine. LAURENT condamne à la fois le communisme venu « des bas-fonds de la démocratie française » et l'idéal évangélique « infecté du même vice que les spéculations des philosophes grecs » (*Principes*, t. VI, 2^e éd., 1876, p. 121-123).

Le propriétaire participe au droit divin de l'ordre établi. On exalte son pouvoir ; l'histoire de la propriété et de ses progrès apparaît comme l'histoire même de la civilisation. Rejoignant le camp des juristes, THIERS dira : « C'est par la propriété que Dieu a civilisé le monde et mené l'homme du désert à la cité,

de la cruauté à la douceur, de l'ignorance au savoir, de la barbarie à la civilisation » (*De la propriété*, p. 31).

La propriété ne peut être qu'un droit absolu et exclusif ; la loi et le règlement y apportent des restrictions mais dans des cas strictement limités ; l'indivision même est un état transitoire ; la libre disposition est une règle d'ordre et d'intérêt publics, ce qui prohibe toute stipulation d'inaliénabilité. La propriété temporaire demeure une anomalie. Commentant l'art. 544 du Code civil, TOULLIER (*Droit civil*, t. III, n° 86) reconnaît au propriétaire d'un fonds le *droit d'exclusion* qui lui permet d'interdire aux autres l'usage de sa chose. L'autonomie de l'individu conduit à l'autonomie de la propriété ; droit, philosophie et économie sont d'accord pour faire du fonds de terre le royaume, un et indivisible, du propriétaire. La libération du fonds ne viendra pas seulement de la suppression des droits seigneuriaux, parallèlement tous les droits collectifs de jouissance vont être mis en question ; les retraits sont abolis car ils limitent le droit du propriétaire (cf. *infra*, n° 264), le régime des eaux, celui des mines, le droit de chasse illustrent bien le conflit ouvert entre l'individu et le groupe. Le droit du XIX^e siècle est, en cela, l'aboutissement d'une évolution qu'il faut spécialement étudier.

SECTION I. — Vers l'individualisme agraire

[95] PROPRIÉTÉ ET SERVITUDES COLLECTIVES. — Toujours, la vie rurale s'est accommodée d'usages communautaires. Pâturages et forêts sont, depuis l'époque franque, le domaine commun. Même quand le seigneur a prétendu sur eux à un droit éminent, le droit des habitants s'est affirmé à l'encontre du sien. Ce sont dans les forêts les innombrables usages forestiers : droit au bois de chauffage ou affouage, droit aux arbres nécessaires pour la réparation des bâtiments ou marronnage, pâturage, glandée, fainée ou pacage. Le droit de vaine pâture établit une « compascuité » (n° 240) ; le parcours engendre une réciprocité de droits entre deux ou plusieurs paroisses : les troupeaux ont accès aux champs cultivés après la récolte et dans les prairies après la coupe des premières herbes. D'autres

usages ont pour but de secourir les indigents : tel le glanage consacré par le Lévitique (*supra*, p. 124), repris par saint Louis et réglementé par une ordonnance de 1554 et par un arrêt du Conseil du 7 juin 1779 ; tel encore le grapillage qui est l'enlèvement des raisins laissés par les vendangeurs ou le râtelage qui concerne les herbes fanées.

Ce n'est là qu'une partie des pratiques communautaires. Beaucoup de terres échappent encore à la culture. Les pâturages sont rares et les paysans envoient leur bétail sur les landes communes, utilisent les ajoncs ou les genêts pour la litière des animaux. Le système de la jachère demeure général et les terres froides de Bretagne, par exemple, ne sont parfois labourées que tous les sept ans.

L'assolement forcé vient d'anciennes pratiques agraires ; dans les pays de champs « longs » et ouverts, chaque propriétaire doit soumettre ses terres au cycle d'assolement traditionnel, semer l'année dite du blé d'hiver ou de printemps, ou laisser tel champ en jachères. Et la communauté reprend pour les soumettre à la pâture collective, l'usage des terres vaines, les guérets après la moisson et les prés après la première fauche.

Ces servitudes collectives sont plus nettes dans le Nord que dans le Midi ; la différence tient à l'opposition si nette de deux régimes agraires, celui des champs ouverts et irréguliers et celui des enclos, et peut aussi être mise en rapport avec l'opposition du droit coutumier et du droit romain : dans les pays de marche, en Bresse par exemple, les limites des dialectes, des droits et des usages agraires coïncident presque. Cependant, même dans le Midi, l'individualisme doit souvent céder à la force des pratiques communautaires ; la vaine pâture est très générale en Languedoc, en Gascogne, en Béarn où quelques villages conservent aujourd'hui encore l'antique usage. Dans les montagnes — les Pyrénées occidentales par exemple — l'organisation communautaire des vallées demeure très forte. En Provence, les « terres gastes » sont une survivance des anciennes forêts : ce sont des biens communs dont on admet, dès le XIV^e siècle, que le sol appartient au roi ou au seigneur haut-justicier et dont l'usage, limité à leurs besoins, appartient aux habitants.

[96] LA QUESTION DES COMMUNAUX AVANT LE XVIII^e SIÈCLE. — Toujours, les seigneurs avaient disputé aux habitants la propriété des communaux. A partir de la fin du XVI^e siècle, cette lutte se fait plus précise et elle prend l'allure d'une guerre juridique.

1^o La question de la propriété des communaux — qui anciennement n'était pas posée — va être débattue par les Romanistes. La plupart des post-Bartolistes affirment encore que les terres communes appartiennent *quoad usum et utilitatem* aux communautés. Le seigneur ne peut prétendre à la propriété que s'il fait la preuve de celle-ci et encore doit-il sauvegarder l'usage des habitants — usage qui est assimilé soit à une servitude prédiale (ce qui confère à la communauté l'exercice des actions possessoires), soit plutôt à un *jus personale* qui peut être prescrit, même sans titre, par le délai de trente, de quarante ou de cent ans de la *longissima prescriptio* ou de la prescription immémoriale.

2^o Cependant, au début du XVI^e siècle, l'esprit féodal est partout en progrès et les seigneurs revendiquent la propriété des terrains vagues, des forêts et des communaux, des marais. Ces prétentions aboutissent souvent à des spoliations : conversions des pâturages en terres labourables, règlements tyranniques, mise en vente des biens pour payer des dettes, parfois supposées, des communautés. Surtout les thèses des juristes vont servir les intérêts des seigneurs. DUMOULIN, d'ARGENTRÉ développent le principe que la patrimonialité des fiefs renferme, au profit du seigneur du fonds la propriété entière et exclusive de toutes les terres vacantes ou en friche qui se trouvent dans les limites du fief. C'est le principe de l'enclave qui aboutit, en somme, à convertir le droit du seigneur justicier en droit de propriété et à lui conférer la directe universelle. Pour justifier cette théorie on fait appel à l'histoire ; le seigneur, dit-on, est la source de toute propriété. On retrouve ici la présomption : *Nulle terre sans seigneur*. Même dans certains pays méridionaux où prévaut la maxime : *Nul seigneur sans titre*, on fait venir la propriété du seigneur de son droit de police et de la mise en défense qui lui permet d'interdire l'accès des pâturages (cf. par exemple MORGUES, *Les statuts et coutumes de Provence*, éd. 1642, p. 302).

3^o La question est liée à celle de la directe universelle du roi et à la querelle du franc alleu (*infra*, n^o 185). Autant qu'on puisse mettre un peu d'ordre dans l'évolution, il paraît que le pouvoir royal s'emploie, entre 1550 et 1650, à protéger les droits des communautés contre les entreprises des seigneurs ; il intervient en leur faveur en Bretagne en 1567 (ISAMBERT, t. XIV, p. 220), par l'ordonnance de Blois de 1579 (art. 284) et par le Code Michau, enfin, fort nettement, par un édit d'avril 1667, ce qui conduit les feudistes à admettre l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des communaux, à indiquer tour à tour que « ces biens n'appartiennent à personne » (GUYOT, *Répertoire*, v^o *Communauté*) et que la communauté devait être tenue pour un mineur perpétuel (LA POIX DE FRÉMINVILLE, *Traité de jurisprudence sur l'origine et le gouvernement des communs ou communaux des habitants des paroisses ou seigneuries*, Paris, 1763, p. 312-331).

Au contraire, la jurisprudence des Parlements demeure dans son ensemble favorable aux seigneurs ; beaucoup de seigneuries appartiennent déjà aux parlementaires qui prétendent à la propriété des terres communes.

Ici apparaît d'ailleurs une opposition très nette entre Feudistes et Romanistes. Les Parlements des pays coutumiers admettent assez facilement ces prétentions. Les Parlements du Midi sont plus réticents et ils essayent de soumettre les communaux aux catégories romaines : ils assimilent le droit des habitants à une servitude et en tirent la conséquence que le seigneur du fonds ne peut le libérer en expropriant les usagers.

[97] USURPATION ET PARTAGE DES COMMUNAUX. — Soumettre les communaux aux catégories juridiques, c'était poser à leur sujet la question de propriété ; c'était faire une véritable révolution agraire. Anciennement, les communaux n'appartenaient à personne, c'est-à-dire que les plus pauvres, ceux qui n'avaient pas de terres, en profitaient les premiers : les « brassiers », les journaliers y menaient paître les quelques animaux qu'ils possédaient ; ils y trouvaient leur provision de bois de chauffage ou de construction. Le communal était la chose du village et il était protégé par une justice expéditive : tel le droit des habitants de s'emparer des bêtes étrangères qui s'y trouvaient et

de les abattre ; tel encore, dans les Pyrénées, le droit de saisir, par repréaille, les animaux des vallées avec lesquelles existaient des litiges.

Usurper les terres vacantes, défricher les forêts, assécher les marais avait toujours été la tentation du seigneur comme des habitants et de nombreux actes médiévaux gardent le souvenir de telles entreprises ; mais à partir du XVI^e siècle les usurpations vont apparaître plus inexorables car elles seront souvent l'application de théories juridiques.

1^o L'existence des *communia* a toujours impliqué la nécessité de coutumes pour en réglementer l'usage. Dans d'innombrables chartes villageoises la question tient la première place. Ces usages, le seigneur les rappelle ou les sanctionne par son droit de ban et il en vient à les compléter ou à les modifier, d'autant qu'à ses sergents forestiers ou ministériaux incombait la police des terres collectives. Police qui pouvait couvrir bien des formes d'usurpation : mise en défens des parties dont le seigneur conserve seul la jouissance, admission de nouveaux usagers qui payent un cens, surtout réserve des communaux aux propriétaires de fonds produisant des pailles ou des foin — ce qui excluait du pacage les simples habitants qui, n'ayant aucune terre, étaient les premiers bénéficiaires des communaux. La même mesure devait priver en Angleterre aux XVII^e et XVIII^e siècles les *cottagers* ou les *squatters* de leurs anciens droits de vivre sur le *common* en marge de toute propriété et tourner au bénéfice des gros propriétaires. Le droit au pâturage apparaît désormais en bien des provinces comme un accessoire du droit de propriété, et on en vient à établir une proportion entre le nombre de bêtes admises et l'étendue de la propriété, généralement une bête par arpent (DENISART, v^o *Pâturage* ; GUYOT, v^o *Usage* ; *Coutume de Soule*, XIII, art. 5).

2^o De là procède normalement l'idée de *cantonement* ; à l'origine il s'agit d'affecter certaines parties ou *cantons*, du pâturage commun à une catégorie particulière de bêtes ; plus tard il s'agit d'un partage entre la communauté et le seigneur considérés comme copropriétaires indivis : le seigneur revendique dans ce cas, au moins dès le XVI^e siècle, le *triage*, c'est-à-dire la pleine propriété du tiers.

3^o Le pouvoir royal intervient par les ordonnances de 1667 et 1669 : les paysans peuvent racheter les communaux qu'ils ont aliénés depuis 1620 et il leur est désormais défendu de les vendre. Quant aux seigneurs, ils ne peuvent revendiquer le triage que s'ils prouvent qu'à l'origine le communal avait été concédé gratuitement.

4^o Les Physiocrates vont imposer d'autres conceptions. Ils veulent répandre les « lumières » parmi les paysans, les méthodes rationnelles de culture, l'imitation de l'Angleterre et leur thèse — qui n'est qu'un capitalisme agricole — est ouvertement favorable aux gros propriétaires. Ils sont hostiles à toutes les servitudes collectives et ne voient de progrès que dans le développement de la libre propriété. Les Sociétés d'agriculture préparent l'opinion et l'arrivée de Bertin au Contrôle général (1759) ouvre l'ère des réformes. Un édit du 16 août 1761 pousse au défrichement en promettant des exonérations fiscales. Des compagnies financières se forment pour profiter de l'édit (120 000 arpents sont ainsi défrichés dans les Landes ; le duc de Penthièvre donne en fief 50 000 hectares de landes). Un Physiocrate, d'ESSUILE, organise une grande enquête qu'il résume, en 1770, dans un *Traité politique et économique des terres communes*. C'est un réquisitoire en règle dont la conclusion est simple : le partage des communaux s'impose, un tiers — l'ancien triage — doit être attribué au seigneur, les deux autres tiers doivent être partagés entre les habitants.

Des édits royaux vont reprendre ces solutions pour les Trois Evêchés (1769), la Gascogne (1771), la Bourgogne (1774), la Flandre (1777), l'Artois (1779), le Cambrésis (1781). La masse des paysans est hostile, spécialement au triage. Les communautés d'habitants craignent un partage au prorata des impôts payés ou des bêtes possédées qui favoriserait les plus riches et elles sont, dans leur ensemble, fort réticentes. En Gascogne et en Lorraine, la situation est, au contraire, renversée : ce sont les petits propriétaires, qui ne possèdent pas de bêtes, qui sont favorables au partage. En général, la mesure fut très mal accueillie et elle contribua à accroître, à la veille de la Révolution, le malaise paysan. Dans les *Cahiers* de 1789 le partage

fut demandé par la noblesse et par quelques grandes villes tandis que les paysans réclamaient non seulement le maintien des usages anciens, mais l'annulation des partages déjà effectués. [98] LES COMMUNAUX DEPUIS 1789. — Ici encore la Révolution reprend les idées des Physiocrates et y ajoute la préoccupation d'augmenter le nombre des propriétaires attachés aux idées nouvelles. La loi du 14 août 1792 décrète le partage obligatoire des communaux. Une loi du 28 août 1792 attribue aux communes les terres vacantes ou de propriété incertaine et révoque tous les triages exécutés depuis 1669. Après la prise de pouvoir des Montagnards, la Convention, par la loi du 10 juin 1793, ordonne le partage des communaux *par tête*. Le partage doit être réclamé par le tiers des habitants. Toutes les propriétés des communes pouvaient d'ailleurs être ainsi partagées à l'exception des forêts, des chemins et des immeubles. On devait faire des lots d'égale valeur et les tirer au sort : femmes, enfants, journaliers, domestiques étaient admis au partage.

En cela, la loi a bien souvent été célébrée comme une conquête du prolétariat agricole. Conquête qui devait pourtant décevoir ses bénéficiaires ; les parcelles acquises ne pouvaient être aliénées pendant dix ans ; elles étaient d'étendue minime, souvent difficiles à travailler et de maigre rapport, moins utiles, bien souvent, à ceux qui avaient quelques bêtes, que les anciens droits d'usage. Souvent la loi fut mal appliquée et la répartition faite par famille ou au prorata des impôts payés. L'opinion restait hostile et elle prétendit qu'on enlevait les pacages à ceux qui avaient du bétail pour le donner à ceux qui n'en avaient pas. Les « coqs de village » rachetaient à vil prix les lots de parcelles sans utilité pour leurs nouveaux propriétaires.

En 1796 et 1797 des lois vinrent suspendre les partages. Sous l'Empire les préfets conseillèrent l'affermage des communaux qui devait procurer aux communes les ressources suffisantes pour payer le curé ou entretenir les chemins vicinaux. On peut admettre, en définitive, qu'à peine un quart des communaux avait été aliéné. Là où ils subsistaient on en revint sous l'Empire et, plus encore, sous la Restauration, aux pratiques antérieures, notamment à la jouissance par ménage ou au prorata des impôts payés, ce qui favorisait les propriétaires. La

loi municipale de 1837 donne aux Conseils municipaux le droit de régler « le mode de jouissance et la répartition des pâturages et fruits communs ». Un avis du Conseil d'Etat de 1838, confirme l'interdiction du partage en décidant que les communaux « constituent la propriété indivisible du corps de commune ». Désormais, les communes peuvent bien vendre les biens communaux mais, juridiquement, l'opération ne peut être analysée comme un partage.

[99] LES MARAIS. — La condition des marais avait toujours été assimilée à celle des pâturages et l'ordonnance de 1669 accordait au seigneur pour les uns comme pour les autres le droit de triage.

Dès le XI^e siècle, l'assèchement des polders de Flandre est entrepris (H. PIRENNE, *Histoire de Belgique*, t. I, p. 154, 308). Les marais du Roussillon, du Languedoc et la Camargue font, à la même époque, l'objet de grands travaux. A partir du XVI^e siècle, la monarchie, pour des raisons évidentes de salubrité, fit entreprendre le dessèchement ; les propriétaires devaient les abandonner moyennant indemnité et les entrepreneurs pouvaient en jouir en fief et en toute justice (édits d'avril 1559 et janvier 1607). En 1790, la Constituante reprit la question (notamment pour la Sologne) en admettant l'attribution de la propriété à l'entrepreneur. Au contraire, la loi de 1807 réserve les droits des propriétaires (qui payeront la plus-value à l'entrepreneur) mais maintient le droit de l'Etat d'ordonner l'assèchement. Il sera fait de nombreuses applications de cette loi sous l'Empire (autour de Bordeaux, dans la Somme et l'Aisne) et sous la Restauration.

Au XVIII^e siècle, les édits sur le partage des communaux concernent également les marais. En Artois et en Flandre, par exemple, tous ceux qui « tiennent ménage » ont droit à une part des marais : ce sont les *portions ménagères*. Il s'agissait d'un droit d'usage fort original, inaliénable, indivisible, héréditaire au profit de l'aîné des enfants vivant en Artois, transmissible seulement en ligne directe dans les Trois Evêchés. En Flandre le droit est viager et à la mort de l'usager la portion est attribuée à un ménage non alloti (en « espérance » ; cf. en dernier lieu trib. par. arr. Lille, 24 février 1949, *JCP*, 49, IV, éd. *JP*, 1164).

[100] LES FORÊTS. — Les forêts se prêtent mal aux droits individuels (les lois franques considèrent comme *communs* toutes les forêts au moins quant à leurs produits inférieurs) et elles conservent, plus encore que les communaux, les vestiges de propriété collective. Le roi et les seigneurs haut-justiciers ont la maîtrise des forêts mais les habitants, si loin que l'on remonte, jouissent d'un *dominium privatum*, de droits que les feudistes et les historiens modernes analysent soit comme une copropriété primitive, soit comme une servitude, soit comme le résultat d'une concession.

Pour protéger les arbres, le roi ou le seigneur doivent fixer les coutumes ou encore mettre en réserve ou en défens une partie de la forêt. Dès le XII^e siècle (dans la charte de Beaumont-en-Argonne de 1182, donnée à de nombreuses communautés) existent aussi des cantonnements qui attribuent couramment le tiers de la forêt en toute propriété au seigneur et laissent le reste aux habitants. En Provence la législation est bien fixée dès le XIV^e siècle. Le XIV^e et le XV^e siècles sont des époques de ruine des biens et des hommes. Pour assurer le repeuplement, les seigneurs concèdent aux habitants de nombreux droits sur leurs forêts, droits qui prennent souvent, dans le Midi, la forme d'une concession à emphytéose.

Toujours, le domaine royal avait compris de nombreuses forêts. Au XVI^e siècle, l'intervention du roi se fait plus précise et il n'en est pas de meilleur exemple que l'action en Normandie du célèbre Jean Bodin et les protestations qu'elle provoque de la part des Etats de Normandie. Les ordonnances royales qui prescrivent la vérification ou la révision des titres d'usages servent souvent de prétextes aux abus des seigneurs ; aux XVII^e et XVIII^e siècles, une bonne partie des biens nobles est constituée par des forêts et, dans leur désir d'augmenter leurs revenus, beaucoup de propriétaires vont s'efforcer de restreindre l'usage des habitants. Cet usage tournait si souvent à l'abus que l'intervention du roi ou des seigneurs pouvait se couvrir de prétextes fort honorables : éviter la ruine des forêts et lutter contre le déboisement qui préoccupe fort les économistes.

L'ordonnance d'août 1669, qui fut inspirée par Colbert

(auquel on prête le mot : « La France périra faute de bois »), et qui demeure le fond de notre droit forestier, entreprit de porter un « remède presque impossible » à un « désordre si universel et si invétéré » (*Préambule*). L'ordonnance qui blessait les droits des seigneurs et qui fut critiquée par le Parlement de Paris comme attentatoire au droit de propriété, s'appliquait aux bois de l'Etat et de l'Eglise comme à ceux des communautés. Le droit de chauffage était supprimé dans les forêts royales et le pâturage ou le fouage réglementés. Pour les bois des communautés, le quart devait être réservé en futaie (quart en réserve), sur le reste un tiers (le triage) pouvait être réservé au seigneur s'il n'avait pas accensé la forêt aux habitants et les deux tiers demeuraient « pour l'usage de la paroisse ». Si, au contraire, les habitants payaient un cens au seigneur, ils devaient « jouir en commun de la forêt comme auparavant ».

Les anciens usages subsistaient ; notamment l'*affouage* était maintenu « suivant la coutume » au profit soit de la communauté, soit de chacun des habitants. Dans ce dernier cas, il s'agit proprement d'usages forestiers que la doctrine et la jurisprudence des XVII^e et XVIII^e siècles analysent comme des servitudes réelles ; ce qui conduit à admettre que le seigneur peut concéder de nouveaux usages, défricher la forêt ou en changer le mode d'exploitation.

L'influence des Physiocrates fut ici moins nette que dans le cas des pâturages. Le marquis de MIRABEAU attaque les « communaux en bois » et le désert qu'ils créent (*Les devoirs*, 1780, p. 143). RÉAUMUR en 1721, BUFFON en 1739 attirent l'attention sur les dégradations commises dans les bois. Des arrêts du Conseil de 1729 et 1735 interdisent les défrichements pour sauvegarder les forêts (on consomme pour l'industrie naissante une grande quantité de bois et dans les *Cahiers* de 1789 le manque de bois provoquera une plainte générale).

Vers 1760 — à l'époque où l'influence des Physiocrates devient prépondérante — l'individualisme prévaut ; on demande la liberté pure et simple, affirmant même que celle-ci est compromise par l'inspection des forestiers royaux. On préconise le cantonnement qui limite les droits des usagers aux parties

suffisant au service de la servitude ou qui opère un partage entre seigneur et usagers ; les usagers devenant propriétaires pleins et entiers d'un canton de la forêt dont le surplus se trouve libéré de tout usage.

Ici encore, les lois de l'époque révolutionnaire suivent la voie ainsi tracée. La juridiction spéciale des eaux et forêts est supprimée (loi du 7 septembre 1790), les défrichements sont autorisés (jusqu'à la loi du 9 floréal an XI) et l'action en cantonnement est donnée non seulement au propriétaire mais aux usagers (loi du 28 août 1792).

Le principe d'inaliénabilité du domaine forestier fut consacré par le décret du 9 juillet 1790. En 1795 on songe à vendre ou à engager les forêts de l'Etat, Compiègne et Fontainebleau notamment. En définitive, seule la vente de forêts de moins de 300 arpents est décidée (loi 2 nivôse an IV) mais sans être suivie d'effet.

Les paysans, invoquant la liberté, dévastent les forêts que Louis XVI, par une proclamation du 3 novembre 1789, avait cru sauvegarder en les plaçant sous la protection des municipalités. La défense de ramasser les glands et les faînes est levée (D. 12 fructidor an II) ce qui compromet la reproduction.

Les communes peuvent se faire réintégrer dans les droits d'usage dont les seigneurs les auraient dépouillées ; les procès sont soumis à des arbitres dont les jugements favorisent les communes au préjudice des forêts domaniales (loi 28 août 1792, D. 10 juin et 2 octobre 1793). Comme le dit MICHELET : « A la révolution toute barrière tomba ; la population pauvre commença d'ensemble cette œuvre de destruction. Ils escaldèrent, le feu et la bêche en main jusqu'au nid des aigles, cultivèrent l'abîme pendus à une corde. Les arbres furent sacrifiés aux moindres usages ; on abattait deux pins pour faire une paire de sabots. En même temps le petit bétail se multipliant sans nombre, s'établit dans la forêt, blessant les arbres, les arbrisseaux, les jeunes pousses, dévorant l'espérance. » Ce déboisement systématique devait avoir, dans les Alpes surtout, des conséquences durables.

Le Directoire tenta de réagir, mais son projet de Code

forestier ne put aboutir. En l'an IX, l'administration forestière est réorganisée. La conservation des forêts apparaît désormais essentielle et les usagers doivent produire leurs titres. Les dernières années de l'Empire furent désastreuses pour les forêts. La Restauration, au contraire, reprit le problème. Martignac établit un projet de Code forestier qui aboutit à la loi du 31 juillet 1827.

Ces vicissitudes expliquent assez la complexité du droit forestier et aussi son archaïsme. Les droits anciens subsistent, mais le droit intermédiaire et le Code civil les réduisent aux catégories romaines et les analysent comme des propriétés ou comme des servitudes ; ce qui permet, en gros, de distinguer deux hypothèses :

1^o Tantôt la commune est réputée propriétaire des bois et chaque habitant peut jouir d'un droit personnel de recevoir des bois de chauffage et de construction : c'est la *portion affouagère* dont l'attribution est réglée soit par les anciens usages, soit par le décret du 16 nivôse an II (par tête), soit par l'avis du Conseil d'Etat du 26 avril 1808 (par feu, c'est-à-dire par maison, par chef de famille). Anciennement, les habitants, considérés comme usagers, ne pouvaient vendre leurs portions affouagères ; depuis 1789 cette vente est permise et l'affouage apparaît comme un profit lié à la propriété qui n'a plus pour mesure et pour limite les besoins présumés de l'usager.

2^o Tantôt le droit de la commune ou des habitants consiste en un simple droit d'usage : usages dans les forêts de l'Etat qui doivent être légitimés par des titres imposés par l'autorité administrative (lois 28 ventôse an XI et 14 ventôse an XII) ; usages dans les forêts des particuliers qui se règlent par le titre qui les constitue et qui, comme dans l'ancien droit, seront assimilés à des servitudes.

[101] L'ABROGATION DE LA VAINÉ PATURE. — Le problème de la vaine pâture avait été posé dès les xv^e et xvi^e siècles. Dans le Nord, la rédaction des coutumes aboutit à préciser les usages. Beaucoup de provinces — l'Île-de-France, la Lorraine — demeuraient fidèles à l'ancien droit ; d'autres — la Normandie surtout — cédaient aux tendances modernes en limitant le droit de pâture aux terres en plein repos et exi-

geaient un titre ou la possession. Dans le Midi — en Provence notamment — l'influence romaine allait dans le même sens, l'existence de landes et de maquis communaux suppléant d'ailleurs à la dépaissance collective sur les champs dépouillés de leurs récoltes. Les gros propriétaires demeuraient, en règle générale, hostiles à la vaine pâture et leurs prétentions furent bien souvent admises par les Parlements.

Ici encore l'imitation de l'Angleterre et les idées physiocratiques vont être décisives. En 1767, une vaste enquête sur la vaine pâture était ordonnée. L'intendant de Metz répond que la suppression portera préjudice aux pauvres gens et obligera les manouvriers à tuer leurs chèvres ou leurs brebis ; mais l'opinion — qui allait trop ouvertement contre celle du ministre — devait être isolée ; « l'émulation nationale brilla de toutes parts » (FRÉMINVILLE, *Tr. de jur.*, p. 3) ; les secondes herbes devaient être rendues à la consommation générale ; même le glanage apparut contraire à l'intérêt public. MONTYON, intendant d'Auvergne, traduisait l'opinion générale en écrivant : « Plus le propriétaire sera conservé dans ses droits, plus il cherchera à tirer parti de son sol ; plus il donnera de produit au propriétaire ; plus il y aura de valeurs dans l'Etat. » Le ministre devait noter en marge que « cela était bien raisonné et dans les bons principes ».

De 1767 à 1771, des édits royaux prononcèrent la suppression de la vaine pâture et du parcours en Lorraine, dans les Trois Evêchés, en Champagne, Bretagne, Hainaut et Flandre et dans le Midi, en Béarn et en Roussillon. Les gros propriétaires et les Etats de Béarn applaudirent. Au contraire, les manouvriers se prétendirent dépouillés de leurs droits. Il en résulte, en Hainaut par exemple, une sourde hostilité qui apparaît bien dans les *Cahiers* de 1789 et qui explique le caractère de luttes violentes entre pauvres et riches que la Révolution prendra parfois dans les campagnes.

[102] LE DROIT DE CLORE SON HÉRITAGE. — Les édits qui supprimaient la vaine pâture permettaient à tout propriétaire de clore son héritage. La Constituante va généraliser ce principe mais sans prendre ouvertement parti sur la vaine pâture ; le droit de clore et de déclore ses héritages résulte « essentiel-

lement de celui de propriété » (loi du 28 septembre 1791) et la clôture a évidemment pour effet de soustraire le fonds à tout droit de compascuité. Une loi du 5 juin 1791 abolit l'assolement forcé et permet à chaque propriétaire de varier à son gré la culture et l'exploitation des terres. La Convention confirme ces règles par la déclaration des droits de 1793. Seules les prairies artificielles sont affranchies de tout usage.

La justification toujours donnée de ces mesures est la liberté naturelle des fonds et la loi de 1791 consacre toutes les conséquences de ce principe : tout propriétaire est libre de posséder « telle quantité et telle espèce de troupeaux qu'il croit utile à la culture » ; le glanage est interdit dans tout enclos ; là où il subsiste il ne peut avoir lieu qu'après l'enlèvement entier des fruits ; le comblement des fossés, la destruction des clôtures, le déplacement des bornes sont punis de peines d'amendes (qu'il fallut d'ailleurs aggraver en l'an IV). L'art. 647 C. civ., donne à tout propriétaire le droit de clore son héritage ; l'art. 648 précise que « le propriétaire qui veut se clore perd son droit au parcours et à la vaine pâture à proportion du terrain qu'il y soustrait ».

Ainsi la Révolution aboutit, en définitive, au triomphe de l'individualisme. Le partage des communaux, la vente des biens nationaux ont peu d'action sur l'accroissement de la propriété paysanne. L'idée d'une loi agraire, émise par quelques théoriciens, ne prévaut pas. Les paysans pauvres, les journaliers aspirent à devenir propriétaires, mais ils conservent, au fond d'eux-mêmes, le respect du droit de propriété. Le droit de clore son héritage, comme le dit M. CARBONNIER, porte en lui une « signification politique » (*Droit civil*, t. II, p. 156) ; il est un principe plus qu'une réalité :

1^o L'extrême morcellement des fonds persiste, personne n'a l'idée d'un remembrement autoritaire et la France, à l'inverse de l'Angleterre, ignore les enclosures et demeure un pays où les petites propriétés sont fréquentes.

2^o Beaucoup de petits paysans regrettent les droits collectifs ; la conquête des guérets par la culture, l'asservissement et le partage des communaux ne se sont pas faits sans peine. Marc BLOCH a insisté avec force sur ces survivances que la

législation hostile ne parvient que difficilement à réduire.

3^o Dans les campagnes « ouvertes », sauf dans les pays d'herbage, les clôtures demeurent rares ; le paysage rural du Nord conserve sa physionomie traditionnelle.

SECTION II. — La propriété du sous-sol : les mines

[103] Pendant tout le Moyen Age, les mines ne posent guère de problème ; il n'est question que des filons métalliques découverts en Allemagne et dont les empereurs concèdent l'exploitation. La constitution *de regalibus* de Frédéric BARBEROUSSE de 1158, qui sera insérée dans les *Libri feudorum* (II, 56), range les mines parmi les *regalia* et reconnaît au roi le droit d'exploiter ou de concéder les mines (et les salines). Si les seigneurs ont pu posséder les mines (et LOYSEL admet encore que « Nul ne peut... fouiller en terre pour y tirer minières, métaux, pierre ou plâtre sans le congé de son seigneur si ce n'est pour son usage », éd. REULOS, n^o 226), le roi revendique les mines de bonne heure et dès le XIV^e siècle leur applique la théorie des *regalia* qui en font des attributs de la souveraineté.

Le roi ne les exploite pas personnellement et se borne à les concéder, telles les mines de cuivre et d'argent du Beaujolais que Jacques Cœur se fait attribuer pour le prix d'une rente de 200 livres. Le roi essaye de favoriser l'exploitation ; Louis XI en 1471 (*Ordonnances*, t. XVII, p. 466), Henri II qui nomme un capitaine général des mines et concède au sieur de Roberval un privilège exclusif. Une ordonnance de 1680 reconnaît au propriétaire le droit d'exploiter les mines mais, sur son refus, l'exploitation peut être confiée à un concessionnaire, le roi se réservant toujours un dixième du produit.

Au XVIII^e siècle, l'exploitation des mines de charbon est entreprise plus activement et les seigneurs émettent, semble-t-il, des prétentions fort nettes ; c'est tout au moins le motif donné pour justifier l'édit de février 1722 qui nomme le duc de Bourbon grand maître des mines et autorise une compagnie à exploiter pour 30 ans toutes les mines du royaume (à l'exception des mines de fer). Ce monopole s'avéra déplorable ; on revint, en 1744, au système de l'autorisation. Toutes les questions

concernant les mines étaient traitées au Conseil du roi, ce qui ne devait pas permettre la formation d'une théorie cohérente.

Le propriétaire du sol n'a guère de droit. L'édit de 1744 lui promet bien une indemnité qui doit être fixée par l'intendant, mais un édit de 1786 ne statue que sur l'indemnité du propriétaire du terrain où se font les ouvertures de la mine. TURGOT admet le droit du premier occupant. En 1791, la question est portée devant l'Assemblée nationale et MIRABEAU — qui défend les intérêts de la Compagnie d'Anzin — fait déclarer que les mines sont à la disposition de la nation ; pour lui, la « société n'a fait une propriété du sol qu'à charge de la culture » et « l'intérêt commun et l'équité — qui sont les deux fondements de la propriété — n'exigent pas que les mines soient des accessoires de la surface ». L'idée d'être maître du sous-sol « paraît aussi singulière que celle d'empêcher le passage d'un ballon dans l'air ». Cela implique pour MIRABEAU non que les mines soient domaniales mais qu'elles « ne pourront être exploitées que du consentement de la nation et sous sa surveillance ».

A cela on opposait l'absolutisme du droit de propriété et le principe romain *qui dominus est soli, dominus est coeli et inferorum* ; le propriétaire du sol est propriétaire du fonds et du tréfonds *usque ad infera*.

Le décret du 12 juillet 1791 prit un moyen terme :

1^o Les mines et minières, tant métalliques que non métalliques, ne peuvent être exploitées que « sous la surveillance de la nation » et en vertu d'une concession donnée pour cinquante ans au maximum ;

2^o Le propriétaire de la surface a toujours la préférence et la liberté d'exploiter les mines qui se trouvent dans son fonds ; s'il ne le fait, il a droit à une indemnité ; il peut enfin jouir des mines (autres que les mines de fer) qui pourront être exploitées à tranchée ouverte jusqu'à cent pieds de profondeur.

Cette loi — qui abolissait d'autre part la protection des ouvriers mineurs instituée en 1744 — ne pouvait qu'entraver l'exploitation des mines ; beaucoup d'exploitations durent être interrompues et des difficultés sans nombre naquirent entre propriétaires de la surface et concessionnaires. L'émigration des

plus gros actionnaires — d'Anzin par exemple — compromit le fonctionnement des anciennes sociétés. Les propriétaires, en pratiquant sans ordre et sans moyens suffisants des fouilles, avaient criblé le sol de trous bientôt inondés et compromis l'avenir. Les imperfections de la loi apparurent plus nettement après la réunion des départements de l'Escaut et du Rhin.

L'Empire reprit le problème et à la suite de débats au Conseil d'Etat, auxquels Napoléon prit une part active, adopta la loi du 21 avril 1810 qui, comme l'indique le rapporteur REGNAULT DE SAINT-JEAN-D'ANGÉLY, eut pour but de concilier « les principes de la propriété avec les garanties nécessaires aux exploitants ». Les mines « ne sont pas une propriété ordinaire », mais elles ne doivent pas être non plus « des propriétés précaires, incertaines, non définies, changeant de main au gré d'une législation équivoque », mais des propriétés perpétuelles, créées par une concession publique, le propriétaire étant simplement soumis à une surveillance destinée « à prévenir les dangers, pourvoir à la conservation des édifices » et à porter « partout les lumières et les conseils sans imposer de lois ». La propriété de la mine est libre, car les droits du propriétaire de la surface sont « purgés » par l'acte de concession qui lui attribue soit une somme fixe, soit une somme annuelle, la redevance tréfoncière qui « demeure réunie à la propriété de la surface ».

SECTION III. — La chasse et la pêche

[104] L'ANCIEN RÉGIME. — A l'époque franque le gibier est considéré comme une *res nullius* et la règle universelle est la liberté de la chasse. Il en est de même à l'époque féodale ; les habitants jouissent généralement, sinon du droit de grande vénerie et de la chasse au faucon, forcément réservées aux grands, du moins du droit de chasser le petit gibier.

La mise en culture du sol, la généralité de la chasse devaient inciter les seigneurs à protéger leur gibier favori ; d'où la création de réserves que l'on appelle *forêts* quand il s'agit de gros gibier et *garennes* pour les lièvres, les lapins et les perdrix. Seule la chasse aux animaux nuisibles, renards, loutres, loups, ours, rapaces, demeurait permise à tous. Mais ces réserves

mêmes devenaient l'occasion de plaintes des cultivateurs dont les champs étaient ravagés notamment par les lapins des garennes.

A partir du XIV^e siècle apparaissent des idées nouvelles dont il est difficile de connaître le cheminement dans les diverses provinces mais que l'on peut tout au moins schématiser :

1^o L'idée, tout d'abord, que la chasse est un privilège de classe qui appartient aux seuls nobles ; des ordonnances de Charles V interdisent la chasse aux non-nobles ; Louis XI reprend et systématise cette interdiction que peuvent justifier des prétextes divers : la nécessité de réglementer le port d'armes, le désir d'éviter le pillage des forêts, aussi le préjugé de caste, nettement exprimé par POTHIER : « La chasse est un exercice propre à détourner les paysans et les artisans de leur travail et il est utile, et pour leur propre intérêt et pour l'intérêt public, de la leur défendre » (*Œuvres*, éd. 1781, t. IV, p. 356). La défense, on le pense bien, n'est pas allée sans provoquer bien des protestations : celle des Etats de Languedoc, en 1439, qui invoquent à la fois la raison écrite et la coutume (*Hist. Languedoc*, t. X, col. 2149-2168) ; celle des bourgeois « vivant de leurs possessions et rentes » qui sont assimilés aux nobles par les ordonnances du XVI^e siècle.

2^o Les nobles tenant fiefs possèdent le privilège, non plus personnel mais réel, de chasser soit dans l'étendue de leurs fiefs, soit — dans les régions où fief et justice n'ont rien de commun — dans le ressort de leur justice ; la chasse est ainsi liée à la seigneurie. Le droit de garenne devient droit seigneurial et il peut s'agir soit de garennes fermées (qui sont des réserves), soit de garennes ouvertes permettant au seigneur de chasser sur les terres des manants de la seigneurie. C'est le *ravage* oppressif aux paysans et justement odieux. MICHELET dit que, dans la seigneurie, « tout est au seigneur, forêt chenue, oiseau dans l'air, poisson dans l'eau, bête au buisson... C'est un usage antique et respecté que le gibier seigneurial mangeât le paysan... le laboureur semait, la semence levée, le lièvre, le lapin de garenne venaient lever dîme et censive. (Ensuite) s'y promenait le cerf féodal... Pour chasser le cerf, à grand renfort de cors et de cris, fondait sur la contrée une tempête de chas-

seurs, de chevaux et de chiens » (*Hist. de France*, t. VI, p. 77).

Le *xvii^e* siècle, encore tout féodal d'esprit, reconnaît très généralement ce droit au seigneur. LOYSEL dira simplement : « Qui a fief a droict de chasse » (*Institutes*, n^o 264, n^o 48).

3^o L'idée de la directe royale universelle exploitée par les juristes va servir les progrès du droit royal. Toujours, les ordonnances royales avaient tenté de protéger l'agriculture et de restreindre l'abus des garennes (qui ne peuvent être établies, à partir du *xvi^e* siècle, qu'avec la permission du roi). Henri IV interdit la chasse à l'arquebuse et prend des mesures de protection des forêts royales (ordonnant spécialement la mutilation des chiens des paysans riverains de ces forêts).

L'ordonnance des eaux et forêts de 1669 établit, en la matière, une législation précise qui, pour partie, devait rester en vigueur jusqu'en 1844. Le droit de chasse, attribut de la souveraineté, appartient au roi seul. Les nobles ne l'exercent qu'en vertu de sa permission « dans leurs forêts, buissons, garennes et plaines ». « Les marchands, artisans, bourgeois, paysans et roturiers non possédant fiefs, seigneuries et hautes justices » ne peuvent chasser en quelque lieu que ce soit. C'était, en somme, le triomphe de la conception féodale qui faisait du gibier non plus une *res nullius*, mais l'accessoire du fief. En bien des endroits, d'ailleurs, les simples roturiers jouissent de quelques privilèges, par concession du seigneur ou pour lutter contre les nuisibles (à l'occasion des huées ou chasses au loup par exemple).

[105] LA RÉVOLUTION. — Les physiocrates, LE TROSNE notamment, demandent la restriction du privilège de chasse à une étendue de terrain qui serait gardée « mais sans droit d'empêcher les clôtures ». Dans leurs *Cahiers*, les paysans revendiquent le droit de chasse. Les décrets d'août 1789 abolissent « le droit exclusif de la chasse et des garennes ouvertes », les réserves de chasse.

Les paysans interprètent cette mesure comme leur donnant les droits jadis exercés par les seigneurs, et ils chassent et braconnent sans mesure. Dès avril 1790, « la chasse étant devenue une source de désordres qui, s'ils se prolongent davantage, pourraient devenir funestes aux récoltes », l'Assemblée doit intervenir ; Robespierre propose de reconnaître à tous la liberté

illimitée de chasser et s'oppose à Mirabeau qui, comme les Physiocrates, veut réserver la chasse aux propriétaires, et fait voter en ce sens le décret du 30 avril 1790 ; nul ne peut chasser sur le terrain d'autrui ; on ne peut chasser sur ses propres terres, si elles ne sont pas closes, qu'après la dépouille entière des fruits ; sur les jachères, qu'après la date d'ouverture de la chasse fixée par le directoire du département. On enjoint aux municipalités de poursuivre ceux qui chassent dans les forêts du roi. En 1790 et à nouveau en 1810, on réglera, pour des raisons évidentes de sécurité et de police, « la distribution des permis de port d'armes de chasse ». On aboutissait, en somme, à une transaction entre des principes contradictoires :

1^o Le droit de l'État qui délivre le permis de chasse mais qui peut le refuser à certaines catégories de personnes qu'il suspecte : les condamnés, les vagabonds et, au début du XIX^e siècle, ceux qui ne sont pas inscrits au rôle des contributions ;

2^o Le droit du propriétaire qui, comme l'ancien seigneur, peut chasser sur ses terres, mais qui n'est généralement considéré comme propriétaire du gibier que si le fonds est clos ; le droit de chasse apparaît comme un démembrement de la propriété mais il ne peut être néanmoins aliéné à perpétuité (avis du Conseil d'Etat du 11 octobre 1812) ;

3^o Le droit du chasseur dont on affirme qu'il a sa source dans la loi naturelle mais dont l'exercice, comme celui de toute liberté, est réglé par la loi.

Le souvenir des peines rigoureuses qui frappaient, avant 1789, les délits de chasse eut pour contrepartie l'indulgence excessive de la législation de l'époque suivante. Au début du XIX^e siècle, le braconnage devint une industrie où l'opinion voulut voir « l'école du crime ». En 1844 la Chambre des Pairs vota un projet qui devint la loi du 4 mai 1844, qui devait restreindre l'exercice du droit et aggraver les peines prononcées pour les délits de chasse.

[106] LA PÊCHE. — Pêche et chasse posent des problèmes à peu près identiques, mais les cours d'eau étant devenus, vers le X^e siècle, l'objet de propriété privée, celle-ci comporte normalement le monopole de la pêche ; le mot *foresta* désigne aussi

bien la réserve de chasse que la réserve de pêche. Ici encore, les hauts justiciers jouissent du droit d'interdire la pêche dans le ressort de leur justice et, dès le XIII^e siècle, la royauté intervient pour protéger le poisson et réglementer la pêche. Moins « noble » que la chasse, la pêche est moins âprement défendue par les seigneurs ; le poisson a, d'ailleurs, une trop grande place dans la nourriture ancienne pour que la pêche ne soit pas souvent autorisée par des usages ou des concessions et, en définitive, universellement pratiquée. L'ordonnance de 1669 réserve la pêche dans les rivières navigables aux « maîtres-pêcheurs » surveillés par les maîtres des eaux et forêts dont le métier est érigé, dans les villes, en « corporation ». Pour les petites rivières, elles sont soumises, en principe, à la propriété des riverains.

La suppression des droits féodaux, si elle atteignait tous les droits de pêche qui avaient ce caractère, ne devait, en principe, viser ni les droits de pêche sur le domaine de la commune fondés en titre avant que soit prononcée, par l'ordonnance de Moulins, l'inaliénabilité du domaine, ni les droits attachés à la simple propriété des riverains. Cependant, la Convention, en 1793, supprima tout droit exclusif de pêche (même s'ils constituaient des propriétés non féodales) jugeant que ce droit est, de sa nature, un droit féodal et proclama le principe de liberté absolue de la pêche.

On reviendra sur cette liberté illimitée à partir de 1798 :

1^o En admettant le droit de pêche des riverains comme une conséquence de leur propriété et une contrepartie des charges — curage et entretien — qu'elle impose (avis Cons. d'Etat, 19 février 1805).

2^o En admettant que la pêche dans les rivières navigables (et flottables, ajoute-t-on) « s'exerce au profit de l'Etat » ; cette règle apparaît comme une conséquence de la domanialité de ces rivières (art. 538 C. civ.). Le principe de l'inaliénabilité du domaine emporte cependant des réserves, au bénéfice des titulaires des concessions de pêche antérieures à l'édit de Moulins, pour les fermiers de l'Etat ou les titulaires d'une licence (lois du 4 mai 1802 et du 24 avril 1829). En même temps, on reprend les règles concernant la conservation et la police de la pêche que fixait l'ordonnance de 1669.

Pour la pêche dans les étangs, il est toujours admis qu'elle est un droit attaché à la propriété. Quant à la pêche « de la mer », elle est « libre et commune à tous les Français » d'après l'ordonnance sur la Marine de 1681 ; il fallut attendre un décret de 1852 pour que cette pêche côtière soit réglementée.

ÉTAT DES QUESTIONS

La question de l'individualisme agraire a été étudiée dans un article célèbre par Marc BLOCH, La lutte pour l'individualisme agraire dans la France du XVIII^e siècle, dans *Annales hist. économique*, 1930, p. 329-381 et 510-556 et *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, t. I, 2^e éd., 1952 ; t. II, 1956 (supplément résumant les travaux postérieurs de l'auteur). Sur le « paysage rural » français, le livre de Roger DION, *Essai sur la formation du paysage rural français*, Tours, 1934, demeure le plus suggestif, même si certaines conclusions ont été discutées (Marc BLOCH, *Annales*, 1936, p. 256-269). Sur les pratiques agraires, on peut citer, parmi bien d'autres travaux, P. de SAINT-JACOB, L'assolement en Bourgogne au XVIII^e siècle, dans *Etudes rhodaniennes*, t. II, 1935, p. 211 ; E. APPOLIS, La question de la vaine pâture en Languedoc au XVIII^e siècle, dans *Ann. hist. Révolution franç.*, 1938 et l'enquête sur le pays bressan de G. JEANTON, *Annales de Bourgogne*, 1937.

La question de l'individualisme agraire ne peut être étudiée utilement qu'en se référant à l'Angleterre où la révolution agricole du XVIII^e siècle est décisive : en 1688 les francs-tenanciers ou *yeomen* forment une classe nombreuse ; vers 1750, cette classe a presque disparu. Les petites propriétés sont absorbées dans les grands domaines voisins à la suite des lois innombrables (*enclosure Acts*) qui, au XVIII^e siècle, imposent l'« allotissement et la clôture des champs, prairies et pacages ouverts et communs et des terres vagues et communes ». Au système de l'*open-field*, qui permet l'exercice des droits collectifs, aux *common lands* qui sont des communaux — fort analogues les uns et les autres aux exemples français — l'*enclosure*, favorisée par l'autorité publique permet une redistribution du sol, favorable aux gros propriétaires, désastreuse pour les journaliers. Les agronomes, tel Arthur Young, sont favorables, car les grandes exploitations permettent le progrès de l'agriculture. Les enclosures réduisent la main-d'œuvre, accroissent la production et souvent aussi transforment les labours en pâturages. Le livre de Paul MANTOUX, *La révolution industrielle au XVIII^e siècle*, Paris, 1959, remonte à plus de cinquante ans ; le livre de Lord ERNLE et A. HALL, *Histoire rurale de l'Angleterre*, 4^e éd., 1952, est également assez vieilli. On doit les compléter par M.-W. BERESFORD, Commissionners of enclosure, dans *Econ. hist. rev.*, t. 16, 1946 ; G.-E. FUSSELL, *The english rural labourer from Tudor to Victorian days*, 1949 et *The farmers tools*, 1952 ; et aussi les travaux de W.-E. TATE.

Sur les communaux à l'époque féodale, on peut lire Léo VERRIEST,

Le régime seigneurial dans le comté de Hainaut du XI^e siècle à la Révolution, 1916-1917, p. 89 ; *Institutions médiévales, Introduction*, 1946, p. 46. Quelques indications dans P. LACOMBE, *L'appropriation du sol*, Paris, 1912. Sur le XVIII^e siècle, l'excellent article de Georges BOURGIN, Les communaux et la Révolution française, dans *RHD*, 1908, p. 690-751 ; *Le partage des communaux ; documents sur la préparation de la loi du 10 juin 1793*, Paris, 1908 ; Eugène PETROW, Les communaux et les servitudes rurales au XVIII^e siècle, dans *Ann. hist. de la Révolution*, 1938, p. 459-462 ; Robert SCHNERB, A propos de l'abolition des droits de parcours et de vaine pâture, *Ibid.*, 1935, p. 173 ; Fernand KIENTZI, *Le régime des biens communaux en Alsace et en Lorraine*, th., 1947 ; J. PINATEL, Droits d'usage et vaine pâture dans l'ancienne Provence, dans *Ann. Fac. droit Aix*, t. 36, 1943, p. 75-112 ; Marcel HENRIOT, Le partage des biens communaux en Côte-d'Or sous la Révolution ; l'exemple du district d'Arnay-sur-Arroux, dans *Ann. Bourgogne*, 1947, p. 262 ; J. COUDERT, La vaine pâture dans les pays de la Meurthe au XIX^e siècle, *Mélanges Voirin*, 1967, p. 129-161 ; enfin, un maître-livre qui fait toute l'histoire de la Provence montagnaise en faisant l'histoire de ses pâturages et de ses bois : Thérèse SCLAFERT, *Cultures en Haute-Provence ; déboisements et pâturages*, 1959 (coll. « Les hommes et la terre »).

Sur le triage, le mieux est de se reporter à MERLIN, *Répertoire*, v^o triage et Rapport à l'Assemblée constituante du 8 février 1790 ; *Répertoire Dalloz*, v^o Commune, n^{os} 1944-2162 avec de nombreuses références à la jurisprudence du début du XIX^e siècle.

Sur les portions ménagères, les livres de LE GENTIL, 1854, PASSEZ, 1888, H. CLEMENT, 1890, DALLONGEVILLE, 1896, DAIX, 1901, contiennent l'essentiel de la réglementation les concernant.

Sur les forêts, copieuse bibliographie dont on peut retenir Suzanne DECK, *La forêt d'Eu*, 1929 ; Robert de COURCEL, *La forêt de Sénart*, 1930 ; Louis MAZOYER, Exploitation forestière et conflits sociaux en Franche-Comté, dans *Ann. hist. écon.*, 1932, p. 339-358 ; P. GEORGE, Anciennes et nouvelles forêts en région méditerranéenne, dans *Etudes rhodaniennes*, t. 9, 1933, p. 85-130 ; le livre collectif *La forêt*, 1939, sous la direction de R. BLAIS et, DU MÊME, *Une grande querelle forestière ; la conversion*, 1936 ; G. VIGOUROUX, *La coutume forestière française*, Aurillac, 1942 ; Ant. PERRIER, Questions d'histoire agraire, survivances de pratiques communautaires dans l'agriculture limousine, dans *Annales*, 1947, p. 102 ; M. BUR, Le défrichement et le partage de la forêt de Meaux, *Bull. phil. et hist.*, 1963, p. 93. La question a été renouvelée par les études de M. F. DEVÉZE, *La vie de la forêt française au XVI^e siècle*, 2 vol., 1961 ; *Histoire des forêts*, 1966 (« Que sais-je ? ») ; Les forêts à la veille de la Révolution, *Rev. hist. moderne*, 1966, p. 242-272 ; Forêts françaises et forêts allemandes, *Rev. hist.*, t. 235, 1966, p. 347, et t. 236, 1966, p. 47 ; et *Congrès Soc. savantes*, 1963, p. 595-616 et p. 655-666. Egalement *Actes du Colloque sur la forêt*, Besançon, 1966 ; G. ANTONETTI, *RHD*, 1963, p. 592-634. L'ordonnance de 1669 admettait le maintien des « droits de chauffage » s'il y avait titre ou possession antérieurs à 1560 : d'où la nomination de commissaires réformateurs chargés d'enquêter sur les usages. Cf. aussi TRAPENARD, *Le pâturage comm. en Haute-Auvergne*,

1904 ; M. N. MESNIL, *L'administration forestière* (à Fontainebleau), th. Ec. chartes, 1962).

Sur le franc-alleu, la discussion est éclairée pour le Languedoc, par exemple, par les deux traités antagonistes : GALLAND, *Contre le franc-alleu sans titre prétendu par quelques provinces au préjudice du roy*, Paris, 1629, et P. de CASENEUVE, *Le franc-alleu dans la province de Languedoc*, Toulouse, 1645.

Sur les alleux, on peut toujours consulter le livre systématique de CHENON, *Etude sur l'histoire des alleux*, Paris, 1888 et de nombreux travaux locaux : sur l'Auvergne, GIPOULOU, 1903 ; le Nivernais, A. TRICOT, 1904 ; la Champagne, PERSON, 1907 ; Boisbelle-Henrichemont, H. BOYER, 1904 ; Bidache, J. LABRIT, 1939. Cf. surtout Robert BOUTRUCHE, *Une société provinciale en lutte contre le régime féodal ; l'alleu en Bordelais et en Bazadais du XI^e au XVIII^e siècle*, 1947 ; de bons développements dans A. VIALA, *Le Parlement de Toulouse*, t. II, 1953, p. 187-198.

Sur la chasse et la pêche, on trouvera de substantiels développements dans Roger GRAND et Raymond DELATOCHE, *L'agriculture au Moyen Age*, 1950, p. 547-618 ; il faut aussi consulter les anciens feudistes : HERVÉ, *Théorie des matières féodales et censuelles*, t. VII, p. 150 (1788) ; FRÉMINVILLE et aussi POTHIER et CHAMPIONNIÈRE. Sur les questions de détail : J. RICHARD, Les loups et les communautés villageoises, dans *Ann. Bourgogne*, 1949, p. 289 ; Y. CAZENAVE DE LA ROCHE, *La vénerie royale et le régime des capitaineries au XVIII^e siècle*, th. Lettres, Paris, 1926 ; P. LUBAT, *Le droit de chasse en Dauphiné*, th. Droit, Grenoble, 1941 ; Et. DRAVASA, *Mél. Laborde-Lacoste*, 1963, p. 141-178 (coutumes basques). L'ordonnance de 1669 inspira-t-elle à LA FONTAINE la fable Le jardinier et son seigneur ? Cf. *Rev. hist. littéraire de la France*, 1925.

R. AUBENAS, L'origine et les débuts du droit de pêche de l'abbaye de Lérins, dans *Ann. Fac. droit Aix*, t. 44, 1951, p. 70 ; AUBENAS et E. HILDESHEIMER, *Le droit de pêche de l'abbaye de Lérins ; Les pêcheries de la Napoule et de Mandelieu*, Cannes, 1953 ; S. PERRIN, *Etude juridique sur les anciennes pêcheries provençales appelées « bourdigues » et « madragues »*, th. Droit, Aix, 1925 ; VAN DERVEEGHDE, Enquêtes relatives au droit de pêche au pays de Liège (1278), dans *Bull. comm. anc. lois et ordonn. de Belgique*, t. 19, 1957, p. 238-283 ; Alice GARRIGOUX, Chasse et pêche en Haute-Auvergne, dans *RHD*, 1939, p. 259-265 ; P. JEULIN, *RHD*, 1964, p. 728. Les ouvrages de DARDEL (th. Lettres, Paris, 1941) concernent la pêche aux harengs et la pêche maritime sur les côtes occidentales.

Sur les mines, P. HESSE, thèse Paris, 1968 (étude générale de la question) ; M. YANS, *Histoire économique du duché de Limbourg sous la Maison de Bourgogne ; les forêts et les mines*, 1938 (extr. *Mémoires Acad. royale Belgique*, Lettres, t. 38) ; Th. SCLAFERT, *Les mines de fer d'Alleverd au M. A.*, th. Lettres, 1925, et le vieil article de Siméon LUCE dans *Rev. questions hist.*, t. 21, 1877. A la veille de la Révolution, les mines de houille (Anzin, Carmaux, Alès) constituent déjà une grande industrie capitaliste : Marcel ROUFF, *Les mines de charbon en France au XVIII^e siècle* ; A. BARDON, *L'exploitation du bassin houiller d'Alais sous l'A. R.*, Nîmes, 1898 ; L. G. GRAS,

Histoire... des mines de la Loire, Saint-Etienne, 1922. Anzin pâtit de la Révolution et de l'émigration de ses principaux actionnaires, le comte de La Marck, le duc de Croÿ : Ch. SCHMIDT, *Un projet de nationalisation des mines d'Anzin en 1792*, dans *Bull. comm. docum. économiques*, 1910, p. 225, et surtout A. de SAINT-LÉGER, *Les mines d'Anzin et d'Aniche pendant la Rév.*, Paris, 2 vol., 1935-36.

Sur le glanage, outre la vieille thèse de DEGRULLY, Montpellier, 1912, la note de A. DU BUC dans *Bull. Etudes locales Seine-Infér.*, 1938 et *RHD*, 1948, p. 167.

Sur les cadastres, une thèse (dact.) de René BAEHREL, *Affouagement et cadastres en Provence sous l'A. R.*, 1959.

Sur la propriété à l'époque révolutionnaire, Ph. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution*, Paris, 1898 ; BEUDANT, *La transformation de la propriété en droit intermédiaire*, 1892 ; les travaux de G. LEFEBVRE, spéc. *Questions agraires au temps de la Terreur*, Strasbourg, 1932 ; *Les paysans du Nord pendant la Révolution*, 1^{re} éd., Paris et Lille, 1924 ; 2^e éd., Bari, 1959 ; et la bibliographie donnée par J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la Rév. et l'Empire*, Paris, 1951, p. 157. Ph. SAGNAC traite de La division du sol pendant la Révolution, dans *Rev. hist. moderne*, 1903-1904, p. 457-470. O. FESTY consacre des travaux excellents aux conditions de la production des céréales (1947), aux jachères (1950), aux délits ruraux et à leur répression (1956). Sur la propriété au XIX^e siècle en France et en Belgique, R. DERINE, Léopoldville, 1959. Excellente synthèse de R. FILHOL, *Ann. Un. Poitiers*, 1960, p. 5-14. Enfin, les études de A. SOBOUL, notamment *Rev. hist.*, t. 240, 1968, p. 33-56 ; *Ann. hist. Rev. franç.*, 1968, et *Annales E.S.C.*, 1968, constituent une mise au point de l'œuvre révolutionnaire. Sur le Code civil, A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du C. civil*, 1969, p. 180-195.

DEUXIÈME PARTIE

POSSESSION ET PROPRIÉTÉ

CHAPITRE PREMIER

LA POSSESSION : LA TECHNIQUE ROMAINE

[107] La possession est « l'exercice d'un droit manifesté par des actes matériels, par des signes extérieurs » (GIRARD, *Manuel*, p. 283). C'est un *rappor de fait* entre une chose et une personne, cette dernière étant ou non propriétaire.

Pur fait (RIPERT et BOULANGER, I, n° 2760) ou *fait juridique* (COLIN et LAMORANDIÈRE, I, n° 1853) ? L'étymologie est en faveur de cette dernière conception : *potis* (même racine que *potestas*) évoque une idée de droit, tandis que *sedere* (être assis) fait allusion à un rapport de fait. Mais dans l'ancien droit romain, le mot *possessio* était remplacé par d'autres termes tels que : *habere*, *usus*, qui montrent qu'à cette époque la possession était un simple fait. Dès lors, « il est tentant d'opposer la possession chaude, vivante, animée de la personnalité du possesseur à la propriété froide, impersonnelle, abstraite... » (CARBONNIER, II, n° 44). Mais à l'époque classique, et au Bas-Empire surtout, le fait est mis au service du droit et la réalité ne tarde pas à devenir fiction (v. n° 53). Certes, caractérisée par le *corpus* et l'*animus*, la possession paraît élevée à la dignité humaine et de ce fait, mieux imprégnée de la personnalité de son maître. Ce n'est là qu'une illusion. La simplicité de l'*usus* disparue, ramenée à l'échelle humaine, la possession va subir le sort de son modèle ; les raffinements de l'interprétation de la volonté, avec l'habituel cortège de fictions, *tacitas* et autres présomptions, vont en faire une technique impersonnelle et abstraite tout comme la propriété. Il faudra dès lors lutter dans la pratique contre une tendance à la confusion entre les deux

concepts, qui se manifeste particulièrement dans le domaine des preuves et de la procédure. Ainsi s'expliquent certaines réactions de la doctrine qui, sans cela, pourrait paraître excessive (*nihil commune habet proprietas cum possessione* : D., 41, 2, 12, 1) : 1) *Relation de fait*, c'est ce dont témoignent les éléments constitutifs de la possession. Notion juridique, la possession produit ; 2) *Des effets* qui, pour se réaliser, exigent que la situation de fait soit licite, soit pourvue de certaines qualités.

SECTION I. — La relation de fait

Le rapport individu-chose est l'apparence d'un droit. Outre la nécessité d'une certaine vraisemblance (capacité juridique du possesseur, biens dans le commerce), ce rapport doit être effectif et personnel. Il ne l'est qu'à une triple condition tenant à : 1) *L'objet*, et aux deux éléments constitutifs de la possession : 2) *Le corpus* ou élément matériel, 3) *L'animus* ou élément psychologique.

§ 1. *L'objet* de la possession ne peut être, en principe, qu'un bien corporel. La relation de fait doit se traduire par une appréhension matérielle : § 2. Un *corpus*. L'imprégnation personnelle de la chose revêtira enfin un caractère effectif avec § 3. *L'animus* (volonté). La possession s'acquiert *corpore et animo*, elle se perd par la disparition d'un seul de ces deux éléments (D., 41, 2, 44, 2).

§ 1. L'OBJET

[108] Normalement, la possession a pour objet des biens corporels (D., 41, 2, 3, pr.), susceptibles d'appropriation. Réciproquement, l'impossibilité d'une appropriation enlève à la possession ses principaux avantages. L'inaliénabilité a pour complément l'imprescriptibilité (fonds dotal italique ; *Oratio Severi* : immeuble de l'incapable).

Dès l'époque classique, certains droits réels — usufruit et servitude — peuvent être objets de possession. Les juristes raisonnent par analogie (quasi-possession), ils se fondent

sur les faits extérieurs, sur l'apparence. Celui qui exerce une servitude, la possède (*quasi possessio interdicta veluti possessoria*: GAIUS, 4, 130 ; D., 8, 1, 20). Par extension, on se fondera sur le comportement d'un individu pour dire qu'il possède la qualité d'héritier (D., 5, 3, 11), ou qu'il a la *possessio d'état* d'homme libre (C., 7, 22, 2), de citoyen, etc. Ces situations ne confèrent que certains des avantages accordés au possesseur (preuve, prescription), mais elles montrent l'importance de l'apparence (cf. pour le droit français : CARBONNIER, II, p. 131, C. C., art. 1240, 321, et pour le droit italien : BIONDI, p. 322, n. 26, C. C. ital., art. 236, 269, 270).

§ 2. LE CORPUS

[109] LE « CORPUS » : L'APPARENCE. — Posséder *corpore*, c'est détenir matériellement la chose. C'est la condition indispensable à une utilisation matérielle (*usus*), critère essentiel de la possession dans l'ancien droit romain. En conséquence, l'acquisition des meubles se fait par leur déplacement (*loco movere*), celle des immeubles par l'introduction du possesseur sur le fonds (*inducere in fundum*). Pour des raisons pratiques, les Romains ont dû assouplir la conception primitive grâce à un très large emploi du *symbole* et de la *fiction*. L'évolution est à la base de la transformation subie par la plupart des actes formalistes. Qu'il s'agisse de la procédure (nécessité de présenter l'objet du litige au magistrat), ou des actes de transfert de propriété (v. *infra*, n° 153), l'appréhension matérielle, le contact physique s'avèrent souvent impossibles, toujours gênants.

La transformation est moins profonde pour : I. l'acquisition du *corpus* que pour : II. sa conservation et sa perte.

[110] I. — ACQUISITION DU « CORPUS » : SYMBOLE ET FICTION. — Le *corpus*, élément matériel, tend à devenir un concept, une vue de l'esprit. On est censé appréhender matériellement des meubles en prenant les clefs du local où ils sont entreposés (D., 18, 1, 74 ; 41, 2, 21), en installant un gardien des lieux (D., 41, 2, 51), en apposant une marque sur l'objet (D., 18, 6, 1, 2) ou en se faisant remettre les titres de propriété (C., 8, 53, 1).

Remise de titres, également, pour acquérir la possession *corpore* d'un immeuble, ou encore indication des limites de la propriété (prise de possession *oculis et affectu* et non plus *corpore et tactu* : D., 41, 2, 1, 21 ; transfert de la possession *longa manu* : D., 46, 3, 79). Le symbole est roi. L'acquisition n'en exige pas moins un acte de celui qui entre en possession, le *corpus* se traduit encore par une vague imprégnation personnelle de la chose. Il n'en va plus de même avec le jeu de la représentation qui consacre le triomphe de l'abstraction.

[111] L'ABSTRACTION. — De très bonne heure, *utilitatis causa*, le droit romain a admis le jeu de la représentation parfaite à l'intérieur de la famille (v. t. I, n° 120). Les esclaves et *alieni juris* acquièrent propriété et possession pour le compte du *pater*. Juridiquement, n'ayant pas de personnalité propre, l'*alieni juris* n'est que le prolongement de la personnalité du *pater*. Techniquement, tout se passe comme si le chef de famille acquiert lui-même la possession. Pratiquement, il faut pour cela, faire abstraction d'un individu dont le *pouvoir physique* sur la chose est indéniable, l'*alieni juris* (cela se traduit parfois par des effets juridiques : *naturalis possessio* du pécule).

En dehors du cercle familial, la représentation parfaite a été admise plus lentement (v. t. I, n° 121). L'évolution montre qu'avec le raffinement de la culture juridique on s'embarrasse de moins en moins des apparences. L'élément matériel est de plus en plus considéré comme l'accessoire de l'élément psychologique. A la fin de l'époque classique, on peut d'une façon générale acquérir la possession grâce au *corpus* d'autrui (*corpore alieno*). Une seule chose compte : la volonté (*animus*) du représenté (D., 41, 1, 53).

Tour à tour, symbolique, fictif, abstrait, le *corpus* n'imprègne plus la chose de la personnalité du possesseur. La pratique commerciale le fait dans certains cas complètement disparaître. Dans le prêt de consommation (*mutuum*), un transfert de capitaux peut se réaliser chez un banquier par un simple jeu d'écritures (v. t. I, n° 225).

[112] II. — CONSERVATION ET PERTE DU « CORPUS ». — Si pour acquérir la possession, la réunion du *corpus* et de l'*animus* est nécessaire, la disparition d'un des deux éléments consti-

tutifs de la possession suffit à la faire perdre. Par suite du rôle de plus en plus réduit du *corpus*, l'égalité avec l'*animus* sera de plus en plus théorique. A une apparition fictive du *corpus* correspond fatalement un maintien encore plus factice. Un minimum de vraisemblance paraît, en effet, nécessaire pour la création d'une apparence de droit. Une fois celle-ci obtenue, elle sera souvent supposée subsister jusqu'à preuve, c'est-à-dire apparence, contraire. Les juristes ont largement exploité la notion de *virtualité*.

En théorie, on ne garde la possession d'un meuble que s'il est à notre disposition matérielle. Mais bien souvent, en dépit de la perte du *corpus*, la possession subsiste tant qu'il n'y a pas eu appréhension matérielle par un tiers. L'esclave fugitif reste en la possession de son maître (D., 41, 2, 15), à moins qu'il ne se croie libre ou qu'une autre personne ne se soit emparé de lui. On ne perd la possession d'un animal domestique qu'à partir du moment où il a perdu l'esprit de retour (le pigeon qui sort de son colombier ou l'abeille qui sort de sa ruche, reste en ma possession : D., 41, 2, 3, 16). Au contraire, je perds la possession de l'animal sauvage que je détenais, sitôt qu'il s'est échappé sans que je puisse le reprendre. Il n'est plus sous ma puissance, même virtuelle.

Pour les immeubles, l'apparence est aussi largement interprétée. Pour savoir si l'on possède un bien, on considère l'utilisation économique, l'exploitation conforme aux usages. Dès lors, la brève absence (D., 43, 16, 1, 24) ou l'abandon des pâturages d'été pendant la mauvaise saison (D., 41, 2, 3, 11) ne fait pas perdre la possession (cf. la qualité de *continuité* exigée en droit moderne). Les juristes byzantins généraliseront ces cas d'espèce (I., 4, 15, 5) : la possession se conserve *solo animo*, c'est-à-dire par la seule intention.

La représentation avait fait perdre au *corpus* tout caractère personnel (possession *corpore alieno*), les nécessités économiques en font un élément subsidiaire. Désormais, tout se passe comme si, une fois créé, le *corpus* était supposé subsister tant que son existence ne serait pas contredite par un obstacle matériel sérieux : l'appréhension d'un tiers notamment. Si ce dernier a lui aussi l'*animus*, il serait logique d'admettre que la posses-

sion précédente, conservée *solo animo*, cesse. Cette solution sera finalement rejetée par les juristes (D., 41, 2, 25, 2) : celui qui occupe un bien, possédé par un autre *solo animo*, ne peut devenir à son tour possesseur que si l'adversaire est averti de la situation. Dans ce cas, l'absent pourra : soit renoncer à la possession (perte de l'*animus*), soit intenter une action possessoire contre celui qui lui interdit l'entrée de son fonds.

Le fait qu'il dispose d'un pareil moyen pour récupérer sa chose, montre que le bien est resté en sa possession (D., 50, 17, 15). L'abstraction est donc complète, les juristes ne pourront guère aller plus loin en précisant l'autre élément constitutif de la possession, l'*animus*, avec lequel, cependant, ils se sentent particulièrement à l'aise.

§ 3. L'ANIMUS : L'ÉLÉMENT CONTRACTUEL

[113] L'intention de se comporter comme propriétaire de la chose ne peut exister que chez les personnes qui ne sont pas frappées d'incapacité (cf. pour les contrats, t. I, n° 104). Par ailleurs, nul ne peut en principe acquérir la possession à son insu, même si matériellement il détient la chose (homme endormi à qui on mettrait quelque chose dans la main, D., 41, 2, 1, 3). Une exception est admise en faveur du chef de famille qui acquiert la possession, même à son insu, par l'intermédiaire des personnes soumises à sa puissance (idée de prolongation de personnalité, v. t. I, n° 121).

C'est surtout avec la représentation, déjà largement admise pour le *corpus*, que l'appréciation de l'*animus* va poser de sérieux problèmes. La représentation, particulièrement en droit romain où elle a été d'abord imparfaite (v. t. I, n° 120), implique des rapports contractuels entre représentant et représenté ; cette technique va provoquer une irruption du contrat dans les règles de la possession et réduire encore le rôle de la situation de fait.

[114] IRRUPTION DU CONTRAT DANS LA POSSESSION. — En faisant abstraction du *corpus* personnel du possesseur, c'est-à-dire de son pouvoir physique sur la chose, en admettant la représentation (*possessio corpore alieno*), on se privait du critère

le plus naturel pour apprécier l'existence de la possession : l'apparence. Avec la représentation, l'élément matériel (*corpus*) est équivoque, seule compte l'intention des parties (intention de posséder du représenté, intention de détenir pour le compte d'autrui chez le représentant).

Dès lors, il devient difficile d'apprécier les effets du seul changement d'*animus*. Si mon représentant, lors de l'appréhension du bien pour mon compte, change d'avis et entend posséder pour lui-même, logiquement, son *animus* devrait être préféré au mien, car il s'ajoute à son propre *corpus* (cf. D., 41, 1, 37, 6). La réalité doit l'emporter. Les inconvénients pratiques de cette solution, qui favorise les abus de confiance des mandataires, justifieront un renversement d'opinion au III^e siècle après J.-C. (D., 39, 5, 13). L'*animus* du représentant n'est plus pris en considération ; il ne peut plus contredire la volonté du représenté. La fiction, une fois admise, est plus forte que la réalité.

Interversion des titres. — Même solution si le représentant, après avoir dé tenu pour le compte du représenté pendant un certain temps, s'avise de vouloir posséder pour son propre compte. Sa volonté (*animus*), s'ajoutant à son pouvoir physique sur la chose (*corpus*), est inefficace, car « nul ne peut changer de sa propre autorité le fondement juridique de sa possession » (D., 41, 2, 3, 19). Il faut, pour faire cesser la possession du représenté : 1) Que la volonté de son ayant cause se manifeste par des signes extérieurs non équivoques (actes de disposition, par exemple). C'est la revanche de l'apparence, la fiction s'efface devant la réalité, mais à condition que cette dernière soit extériorisée ; 2) Ou, à l'opposé, il faut que le représenté accepte l'interversion du titre de son représentant : c'est la solution contractuelle. Tel est le cas du propriétaire qui vend sa maison au locataire qui l'occupe. En droit romain, à la différence de notre droit civil, la propriété n'est pas transférée par le simple accord de volontés entre vendeur et acheteur. Le contrat de vente, générateur d'obligations seulement, doit être complété par un acte de transfert, créateur de droit réel. Il consiste habituellement en la *remise de la possession* de l'objet vendu à l'acheteur (*tradition*, v. *infra*, n^o 153). Mais ce dernier, qui est ici le locataire, n'a nul besoin de se faire transférer maté-

riellement la possession par son vendeur, puisqu'il se trouve déjà dans les lieux. Théoriquement, pour réaliser un transfert de possession, il faudrait que le locataire, qui possède pour le compte de son propriétaire, quitte l'immeuble afin que ce dernier en prenne possession pour le lui rendre aussitôt. L'acheteur (ex-locataire) rentrerait alors à nouveau dans les lieux, mais cette fois : ès qualités de propriétaire. Pour éviter cette double tradition inutile, le locataire demeurera dans les lieux (D., 41, 1, 9, 5). Sa possession matérielle, son *corpus*, reste donc inchangé, mais avec le contrat de vente, le titre juridique de la possession (*causa possessionis*) change. Le locataire-acheteur possède désormais pour son propre compte (tradition *brevis manu* des commentateurs, par symétrie avec la tradition *longa manu* du D., 46, 3, 79, v. *supra*, n° 110, que la chose se trouve placée, plus ou moins, à portée de la main de l'acheteur, cela permet de concevoir une appréhension matérielle symbolique qui sauve le principe de la tradition).

Avec l'interversion du titre, l'apparence, dans la mesure où elle extériorise la réalité, conserve encore une certaine place ; lorsqu'elle est en contradiction flagrante avec la fiction (signes extérieurs non équivoques), elle suffit, en effet, à changer le titre de la possession. Mais il est une forme de changement du titre de la possession qui est l'hypothèse inverse de la précédente. Elle ne donne lieu à aucun conflit entre possesseurs, et se situe dès lors sur le terrain purement contractuel : c'est le constitut possessoire.

[115] CONSTITUT POSSESSOIRE. — Loin de profiter de l'apparence pour accroître ses droits sur la chose, le possesseur va au contraire les diminuer au profit d'une autre personne. C'est le cas de celui qui possédait autrefois pour son propre compte, et qui entend désormais, *tout en gardant matériellement son bien*, le détenir pour le compte d'autrui, par exemple : le propriétaire d'une maison qu'il occupe, la vend en s'en réservant la jouissance. De possesseur pour son propre compte qu'il était, l'expropriétaire devenu locataire se *constitue possesseur* pour le compte d'autrui, c'est-à-dire de l'acheteur (constitut possessoire : D., 41, 2, 18, pr. ; à l'origine du C. C., art. 1138 : « Encore que la tradition n'en ait point été faite »). L'acheteur devient

possesseur sans qu'il y ait transfert de la chose, même de façon symbolique. Comme dans le cas précédent, le *corpus* demeure inchangé, seul l'*animus* qui l'accompagne se trouve modifié. L'accord des volontés (vente accompagnée d'une location au profit du vendeur) remplace une tradition réciproque du vendeur à l'acheteur et de celui-ci devenu propriétaire à celui-là devenu locataire.

Dans tous ces exemples, la fiction et l'abstraction, impliquées par la représentation, ont fait perdre au *corpus* son utilité. Un changement dans la volonté (*animus*) du possesseur n'a plus besoin d'avoir des répercussions dans les apparences (*corpus*) pour produire effet. Dans la plupart des cas, la solution ne doit plus être recherchée dans la technique de la possession, mais dans celle des contrats. La volonté unilatérale du mandataire ne peut mettre fin au contrat s'il y a fraude ou dol de sa part (v. t. I, n° 282), pas plus que la seule volonté du locataire ne peut modifier le contrat de louage. Dans tous ces exemples, l'accord des volontés est nécessaire pour modifier les obligations des parties, comme il suffit à modifier la possession, à la transférer sans changement du *corpus*. Dématérialisée, spiritualisée, la possession glisse tout naturellement dans le domaine contractuel.

Mais le constitut possessoire, technique complexe qui traduit les interférences entre le droit des biens et celui des obligations, n'est pas l'aboutissement d'une évolution raisonnée. Ce n'est pas, comme on l'a prétendu, un « essai manqué de théorie » (IHERING, *Rôle de la volonté*, p. 182 sq.). Si les idées et les techniques dégagées *utilitatis causa* rendent toujours plus facile un transfert consensuel de la propriété, les juristes romains ne croient pas aux vertus du consensualisme en tant que principe (v. t. I, n° 8 sq.). Ils en apprécient les avantages, utilisent sa souplesse et sa commodité dans de nombreux cas, mais le réalisme reste à la base de leur système contractuel, et on le retrouve jusque dans la synthèse surtout formelle des compilations byzantines.

[116] CUMUL DE POSSESSIONS. — Ce réalisme explique qu'en dépit de la place faite à l'*animus*, le concept traditionnel d'une possession considérée comme un rapport de fait ne soit pas

pour autant abandonné. Une controverse de l'époque classique montre que certains juristes en étaient arrivés à opérer une distinction entre la possession *juste* et *injuste*. Se fondant sur la cause de la possession (contrat de précaire, par exemple), ils estimaient que celui qui avait concédé un bien à titre de précaire (v. t. I, n° 288 et *infra*, n° 117 sq.) conservait la possession juste, le concessionnaire acquérant de son côté la possession injuste (D., 41, 2, 3, 5). Ainsi deux personnes posséderaient simultanément un même bien (cf. *BGB*, art. 868 qui admet la coexistence d'une possession immédiate et médiate, voire une triple ou quadruple possession, art. 871). Solution « contre nature » (D., *ibid.*), que ce cumul de possession, estime une partie de la doctrine. La relativité de la possession est une question de preuves, on peut avoir une possession meilleure que celle de son adversaire et on l'emportera au procès possessoire (D., 43, 17, 2 et 3 pr.). Mais la possession reste, en dépit de sa dématérialisation, fondée sur un fait ; « il n'est pas plus possible que la possession soit à deux personnes que de voir deux personnes debout ou assises à la place l'une de l'autre » (D., 41, 2, 3, 5). Il faut voir là une réaction salutaire en faveur du concret rarement perdu de vue par la doctrine classique.

Ce souci du pratique, peu conciliable avec les théories générales, nous le retrouvons dans les effets de la possession.

SECTION II. — Les effets de la possession

Ils sont au nombre de trois : effet probatoire (présomption de propriété, v. *supra*, n° 54), effet créateur (acquisition de la propriété par usucapion, v. *infra*, n° 159), effet protecteur enfin, la possession est protégée pour elle-même, contre les prétentions et les entreprises des tiers, grâce aux II) *interdits possessoires* (l'interdit est un ordre donné par le magistrat lors d'un conflit entre deux particuliers, ELLUL, I, p. 409). Mais ces effets exigent pour se réaliser que la situation de fait soit licite, qu'il n'y ait pas de I) *vices de la possession*.

[117] I. — LES VICES DE LA POSSESSION. — Ils permettent de départager deux personnes qui prétendent toutes deux posséder la même chose et complètent le critère tiré du *corpus*

et de l'*animus*. Ils sont au nombre de trois : 1) *Violence* ; 2) *Clandestinité* ; 3) *Précarité* (v. les effets de la mauvaise foi, n° 121).

1) *La violence* est l'emploi de la force ou de la menace ; 2) *La clandestinité* met en valeur le rôle de l'apparence, elle consiste dans l'emploi de manœuvres pour laisser le possesseur précédent dans l'ignorance de l'acquisition et de l'exercice de la possession. Elle joue surtout pour les meubles. 3) *La précarité* tire son nom des concessions en précaire consenties par les aristocrates romains à leurs clients ou affranchis. Le concessionnaire recevait la jouissance d'un bien, en général une terre, jouissance gratuite qui conférait un droit opposable aux tiers, mais révocable *ad nutum* par le concédant, sans justification ni indemnité (v. *supra*, n° 42). Vis-à-vis du concédant, le concessionnaire n'a aucun droit de protection, il n'a qu'un pouvoir physique sur la chose, une simple détention matérielle. Vis-à-vis des tiers, au contraire, le détenteur est protégé par les actions possessoires, ce qui s'explique par l'importance et la stabilité des concessions de terres publiques faites par leurs possesseurs, à titre précaire (cf. BONFANTE, *Corso*, III, p. 154). C'est également pour des raisons empiriques qu'une solution analogue est adoptée pour certaines personnes qui possèdent pour autrui en vertu d'un contrat de gage (t. I, n° 323), ou de dépôt séquestre (t. I, n° 234). Moins encore que le précariste, dont la situation de fait a pu justifier à la longue une protection particulière, le créancier gagiste et le dépositaire séquestre ne prétendent se comporter comme propriétaires. En cas de trouble possessoire, le constituant du gage ou le déposant, alerté par leur ayant cause, repoussera les entreprises des tiers. Mais on peut craindre que le concédant ne se désintéresse de la chose qu'il n'est pas sûr de pouvoir reprendre, il apparaît donc utile d'accorder les interdicts possessoires au possesseur pour autrui afin de le protéger contre les tiers. Au contraire, la protection possessoire est refusée aux autres possesseurs pour autrui qui détiennent en vertu d'un contrat de louage, de prêt à usage (*mutuum*), de dépôt ou en vertu d'un transfert de droit réel (usufruit). On comprend qu'en raison de son empirisme, la discrimination entre possesseurs pour autrui, protégés ou non contre les tiers, soit sujette à évolution (v. *supra*, C. T., 4, 22, 1).

Elle est fonction des facteurs économiques et sociaux, fonction aussi de l'évolution des droits respectifs des parties au contrat (un problème analogue se pose de nos jours à l'occasion notamment des transformations subies par le contrat de fermage, v. CARBONNIER, II, p. 222 sq.).

[118] II. — LES INTERDITS : LA PROCÉDURE POSSESSOIRE ET PÉTITOIRE. — Bien que l'on puisse directement faire valoir en justice son droit de propriété, normalement, en cas de contestation sur l'appartenance d'un bien, le débat au possessoire sert de prélude au pétitoire. Double intérêt, en effet, pour celui qui triomphe au possessoire : 1) Il a le rôle de défendeur, avec dispense, de principe, du fardeau de la preuve dans le procès pétitoire qui peut s'ensuivre ; 2) Il a la possession intérimaire pendant ce même procès pétitoire.

« Sorte de préalable au pétitoire » (CARBONNIER, II, p. 218), la procédure du possessoire a les caractères impliqués par son but. Elle aboutit à une solution provisoire par suite de l'éventualité d'une action pétitoire. On peut, dès lors, sacrifier la certitude des preuves à la rapidité de la procédure, et selon les époques, l'appel sera interdit ou dénué d'effet suspensif (cf. les inconvénients de l'appel en droit moderne : CARBONNIER, II, p. 222).

En dépit de la distinction entre la phase possessoire et pétitoire, en pratique, des confusions s'opèrent. Réflexe normal des parties au procès : qui peut le plus peut le moins. La grande majorité des possesseurs étant propriétaires, il leur paraît naturel d'invoquer, sans attendre le procès au pétitoire, leurs preuves les plus fortes, sans se préoccuper de savoir si elles sont ou non exigées en droit. La distinction entre les preuves de la possession et celles de la propriété est souvent subtile. Le juge a d'autant moins de scrupule à accepter au procès possessoire des preuves de la propriété que dans un but de simplification et d'accélération de la procédure, il a été décidé que le même magistrat dirigerait successivement les deux instances (C. T., 2, 18, 3 de 325 ; C., 3, 1, 10). Pas de confusion, certes, entre les deux procédures, mais un lien plus étroit encore que de nos jours.

[119] LA PROTECTION POSSESSOIRE. — Si on laisse de côté les interdits qui servent à créer une possession nouvelle (*interdits*

adipiscendae possessionis causa : en vue d'acquérir la possession ; ils obéissent à des règles particulières, le demandeur devant faire la preuve du fond du droit, et sont utilisés par le magistrat pour modifier le droit civil, v. par exemple les Successions prétorienne, t. III), il existe deux catégories d'interdits pour protéger une possession existante ou antérieure. 1) Les interdits *retinendae possessionis causa* (en vue de *conserver* la possession) qui permettent au possesseur actuel de garder sa possession en la défendant contre les tiers ; 2) Les interdits *recuperandae possessionis causa* (en vue de *recouvrer* la possession), destinés à permettre à la personne dépossédée de rentrer en possession de son bien.

[120] 1) LES INTERDITS CONSERVATOIRES ont, comme la plainte de notre droit moderne, une double fonction (PLANIOL et BOULANGER, I, n° 2804). En dépit des principes, ils servent à la fois à *conserver* la possession en faisant cesser un trouble, ce qui est leur rôle normal, et à recouvrer la possession perdue, ce qui est une conséquence de la très grande souplesse de la procédure romaine. A la différence de notre droit, ces moyens sont délivrés : a) En matière *immobilière* ; comme b) En matière *mobilière*.

a) La possession *immobilière* est protégée par l'interdit *uti possidetis* (littéralement : « comme vous possédez », formule contenue dans l'interdit édicté par le préteur). Grâce à son contenu très général, il peut être employé pour les litiges les plus divers, ce qui est assez rare à Rome où les actions sont nommées et leur domaine d'application bien délimité (v. t. I, nos 13, 27). On l'emploie : 1° Pour se défendre contre un trouble actuel, qu'il émane d'une personne qui prétende ou non avoir un droit sur le bien ; 2° Pour se protéger contre un trouble futur et imminent ; 3° Comme procédure préjudicielle, pour déterminer qui sera le défendeur à l'action en revendication (D., 43, 17, 1, 3). Celui-là triomphe, dont la possession n'est pas vicieuse à l'égard de son adversaire (possession sans les vices de violence, de clandestinité et de précarité : *nec vi nec clam nec precario* : D., 43, 17, 15). Cette clause relative aux vices de la possession permet d'utiliser l'interdit *uti possidetis* pour récupérer une possession perdue par la violence, par la clandes-

tinité ou concédée à titre précaire (D., 43, 17, 1, 9). L'interdit est, en effet, un interdit double, dans lequel chacune des parties (demandeur et défendeur) affirme être actuellement en possession et être menacée par l'autre. Celui qui, par exemple, se plaint d'un trouble de jouissance (demandeur), alors qu'il a antérieurement dépossédé son adversaire (défendeur) par la violence, perdra à l'instance possessoire ; la possession lui sera enlevée et attribuée à l'expulsé qui *recupérera* son bien. Si, en dépit de sa fonction récupératoire, l'interdit *uti possidetis* n'a pas remplacé les interdits récupérateurs traditionnels, cela s'explique par certaines imperfections : obligation d'intenter l'action dans l'année de la dépossession, intransmissibilité passive, impossibilité de réclamer la restitution des fruits et produits de l'objet du litige, obligation d'agir contre le possesseur de l'immeuble litigieux et non contre l'auteur de la dépossession ou contre celui qui a cessé de posséder par dol.

Ces inconvénients existent, à un moindre degré, en matière mobilière avec l'interdit *utrubi* qui lui aussi a une double fonction : conservatoire et récupératoire.

b) La possession *mobilière* est protégée par l'interdit *utrubi* (littéralement : lequel des deux). Comme son nom l'indique, il s'agit encore d'un interdit double. Le magistrat prescrit de laisser en possession celui des deux plaideurs qui a possédé le plus longtemps pendant l'année qui a précédé la délivrance de l'interdit, pourvu que sa possession ne soit pas vicieuse à l'égard de son adversaire. Dans les compilations de Justinien, l'*utrubi* est assimilé à l'*uti possidetis*, c'est le possesseur actuel, dont la possession n'est pas vicieuse à l'égard de son adversaire, qui l'emporte (I, 4, 15, 4 a).

[121] 2) LES INTERDITS RÉCUPÉRATEURS ont pour but de faire rendre son bien à celui qui en a été dépossédé ; a) Par la violence ; ou b) A la suite d'une occupation clandestine ; ou c) D'une concession en précaire. Le rétablissement du *statu quo* correspond à un élémentaire souci de faire respecter l'ordre public, et c'est ce qui explique que cette procédure puisse être considérée comme la plus ancienne forme de la protection possessoire.

a) La dépossession par la violence est sanctionnée par

l'interdit *unde vi* en matière immobilière. La dépossession mobilière est réprimée par des actions délictuelles (action de vol ou interdit *quod vi aut clam*, v. *infra*, n° 178). La violence, pour être prise en considération, doit avoir été grave (*atrox* : D., 43, 161, 3 et 29), émaner du défendeur à l'interdit ou de l'un de ses représentants (*familia, procurator* dont l'activité a été suscitée ou approuvée). Le demandeur, qui cherche à récupérer le bien dont il a été dépossédé, ne doit pas avoir acquis sa possession antérieure aux dépens du défendeur par la violence, clandestinement ou à titre précaire (*exceptio vitiosae possessionis*). Celui qui s'est mis en possession par la force, par exemple, ne peut se plaindre, s'il est expulsé à son tour par sa victime. Le jeu de cette exception laisse la porte ouverte aux actes de justice privée, pour justifiés qu'ils puissent paraître (talion), ils n'en sont pas moins inconciliables avec l'ordre public.

Il est bien rare, en effet, que celui qui n'a pu résister à la dépossession, réussisse à expulser à son tour le spoliateur par les mêmes moyens. Il est, en revanche, normal de penser qu'il ira chercher du renfort, Satan lui-même ne le fait-il pas ! Chassé d'un homme « il prend avec lui sept autres esprits plus méchants que lui ; puis ils entrent et s'y établissent : et le dernier état de cet homme devient pire que le premier » (LUC, 11, 26). L'*exceptio vitiosae possessionis* invite à une surenchère dans la violence. C'est pourquoi à la fin de la République, la répression se perfectionne grâce au dédoublement de l'interdit *unde vi*.

[122] DÉDOUBLEMENT DE LA PROCÉDURE. — A côté de la procédure traditionnelle, qui prend le nom d'interdit *unde vi cottidiana* (violence ordinaire), on crée, pour lutter contre les troubles qui vont grandissant depuis la dictature de Sylla et la conjuration de Catilina, l'interdit *unde vi armata* (violence armée). 1) Il s'applique au cas où la violence est accompagnée de circonstances aggravantes (dépossession à main armée ou par une troupe d'individus). Le caractère répressif de l'interdit *unde vi armata* se traduit par de très grandes facilités accordées au demandeur pour agir en justice. Il peut agir en tout état de cause : pas de délai de forclusion, ni de qualités exigées pour la possession protégée (elle peut être vicieuse à l'égard du dépossessionneur : le demandeur peut avoir acquis sa possession aux

dépens du défendeur par la violence, clandestinement ou à titre précaire : rejet de l'*exceptio vitiosae possessionis*) ; 2) Avec l'interdit *unde vi cottidiana*, la notion de violence ordinaire est conçue largement, la simple menace, provoquant la fuite du possesseur, suffit (D., 43, 17, 1, 29). Il est inutile que « les possesseurs mettent leur peau en péril et versent leur sang pour se procurer l'interdit » (IHERING, *Du fondement de la protection possessoire*, trad. de MEULENAERE, p. 114). A la même époque, l'interdit *unde vi cottidiana* apparaît de plus en plus comme une action pénale ; d'action *réelle* elle tend à devenir une simple action *personnelle*. Cela se traduit par son intransmissibilité passive, on ne peut l'intenter contre les héritiers de l'auteur de la dépossession, il n'existe contre eux qu'une action à concurrence de leur enrichissement (D., 43, 16, 1, 48). Cela se traduit encore par le délai de forclusion d'un an à compter de la dépossession (D., 43, 16, 1, 39). Enfin, le dépossesseur se trouve en demeure de plein droit, comme le voleur, ce qui est une singularité en matière d'interdits (D., 43, 16, 1, 40 et 41 : restitution des fruits ou produits ; indemnité égale à tous les dommages subis par la chose même par cas fortuit, à compter de la dépossession et non de la signification).

Action réelle ou action personnelle, procédure protégeant la propriété ou réprimant la voie du fait, l'équilibre était difficile à réaliser entre les deux tendances. Au Bas-Empire, l'évolution de la protection possessoire montre que le législateur s'engage tour à tour, sinon simultanément, dans deux voies différentes (procédure pénale et *momentaria possessio*, v. *supra*, n° 56).

b) La dépossession par occupation clandestine est sanctionnée par l'interdit de *clandestina possessio* (relatif à la possession clandestine : D., 10, 3, 7, 5). Cet interdit devient inutile dès lors que l'on admet que la possession ne sera plus perdue involontairement, sauf négligence prolongée du possesseur ou tentative infructueuse pour reprendre le bien (cas d'ouverture des interdits récupératoires ou même conservatoires, l'occupation du tiers pouvant être considérée comme un simple trouble).

c) L'interdit de *precario* (relatif au précaire), permet à celui

qui a concédé un bien en précaire, de le reprendre au concessionnaire (D., 43, 26, 3, pr.). A la différence des procédures sanctionnant les dépossessions violentes, l'interdit n'a aucun caractère pénal et il semble avoir été accordé contre tout détenteur (locataire, commodataire, fermier). Il est perpétuel (D., 43, 26, 8, 7), transmissible passivement (D., 43, 26, 8, 8) et limité à la restitution de la chose et à une indemnité pour le dommage causé depuis le début de la procédure (D., 43, 26, 8, 4).

ÉTAT DES QUESTIONS

DROIT ROMAIN

Terminologie. — Sur l'étymologie très suggestive du concept de possession, v. KASER, *Eigentum und Besitz*, p. 239 ; cf. MASCHI, *Il diritto romano nella prospettiva storica della giurisprudenza classica*, Milan, 1957, p. 152 sq. L'importance de l'*usus* découle de son emploi dans les techniques les plus diverses de l'ancien droit romain : *usucapio*, *usureceptio*, *ususfructus*, *usurpatio* (*usu* et *rapere* ou *rumpere*), acquisition par l'*usus* de la *manus*, des *res nullius* (*occupatio*), etc. Détenteur, en droit français moderne, signifie possesseur pour autrui ou personne précaire. Le sens donné à la détention est le résultat d'une confusion qui s'est produite dans notre ancien droit entre possession pour autrui et précaire romain, v. PLANIOL-PICARD, t. III : *Les biens*, p. 175 sq.

V. en dernier lieu : MAC CORMACK, *Naturalis possessio*, ZSS, 1967, p. 47-69.

Aucune trace d'opposition entre possession et détention, en droit romain, si ce n'est dans l'interprétation qu'en donne SAVIGNY. D'aucuns ont même récemment nié l'existence d'un concept unitaire de la possession à l'époque républicaine, où « les rapports possessoires ignoraient la technicité des dénominations spécifiques » : LAURIA, *Possessiones ; Età Republicanana*, Naples, 1957, p. 38 et 226. Sur les excès de cette prise de position, v. LUZZATO, *LABEO*, 1959, p. 123 sq.

L'objet. — Situation de fait, la possession, plus encore que le droit de propriété, tend à s'identifier avec son objet. Ceci est surtout vrai au début de l'époque classique, où le *corpus* l'emporte encore sur l'*animus*. Le mot *possessio* est souvent employé dans le sens de « fonds ». Les interférences terminologiques sont fréquentes, v. par exemple, D., 50, 17, 78 et 115. La possession déborde le domaine d'application de la propriété, non seulement avec les biens incorporels, mais avec la possession d'un homme libre qui, *utilitatis causa*, produit certains effets juridiques (acquisition par l'intermédiaire de l'homme libre comme s'il s'agissait d'un esclave). Il suffit pour l'apparence, d'un minimum de vraisemblance (l'homme libre doit se croire esclave), v. REGGI, *Liber homo bona fide serviens*, Milan, 1958.

V. également NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i « potestati subiecti »*, Milan, 1960. Cf. BONETTI, In tema di « servus fugitivus », dans *Synthese Arangio-Ruiz*, 1964, p. 1095-1103, et DI LELLA, Sull'acquisto del possesso « domino ignoranti », dans *Mnemeion Solazzi*, 1964, p. 432-462.

Sur les origines de la *possessio iuris*, v. CARCATERRA, *Il possesso dei diritti nel diritto romano*, Milan, 1942. Une fois de plus l'opposition systématique entre droit classique et byzantin s'avère une hypothèse de recherches décevante. V. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Naples, 1949, et la critique de la position interpolationniste de l'auteur par KADEN, dans *Iura*, 1950, p. 398 sq. Il n'y a pas différence fondamentale entre deux systèmes, pas plus qu'il n'y a d'évolution bien rythmée. Certaines solutions ont été dégagées, *utilitatis causa*, dès l'époque de GAÛS.

Le corpus : l'apparence. — L'appréhension matérielle paraît tellement naturelle, qu'elle s'est perpétuée dans les actes de la pratique. Cf. les papyrus latins de mancipation de Ravenne au VI^e siècle après J.-C. Bien mieux, les juristes du Bas-Empire devront même réagir contre la conception vulgaire d'une possession consistant essentiellement en une appréhension matérielle et pour cela, ils mettront en relief la double nature de la possession : *possessio non tantum corporis sed et juris est* (D., 41, 2, 49, 1 : *itp.* ; cf. E. LÉVY, *West Roman vulgar Law*, p. 27, n. 49 ; C., 7, 32, 10).

Sur toutes ces questions, consulter également OLIVECRONA, *The Acquisition of Possession*, dans *Three Essays in Roman Law*, Copenhague, 1949, p. 52 sq.

Symbole et fiction sont l'objet de subtiles distinctions de la part de PRINGSHEIM, *Symbol und Fiktion in antiken Rechten*, dans *Studi de Francisci*, IV, p. 211 sq., qui pense qu'en droit romain, contrairement aux autres droits, le symbole tient plus de place que la fiction, ce qui s'explique par le caractère « terrien » des Romains. Les interférences n'en paraissent pas moins fréquentes entre les deux concepts, surtout dans la pratique. V. également DEKKERS, *La fiction juridique. Étude de droit romain et de droit comparé*, 1935, et, en dernier lieu Garcia GARRIDO, *Sobre los verdaderos limites de la ficción en el derecho romano*, dans *AHDE*, 1957-1958, p. 305 sq.

Sur un cas assez spécial, v. MADDALENA, *Possesso del tutto e possesso della parte nei corpi composti*, dans *Synthese Arangio-Ruiz*, Naples, 1964, p. 366-368.

Le très large emploi de la fiction, s'il se justifiait par le but à atteindre, a posé aux juristes de nombreux problèmes. L'esclave en fuite par exemple, reste en ma possession pour me permettre de l'usucaper, mais il en sort pour m'éviter d'être responsable de ses délits (D., 47, 2, 17, 3). Les solutions sont, on le conçoit, variées et sujettes à discussion. Que les compilateurs byzantins se soient efforcés d'y mettre fin, c'est évident, mais les interpolations ne constituent que l'ultime étape, la moins importante peut-être, de l'évolution. Très profitable paraît donc l'actuelle tendance de la doctrine à rechercher les controverses qui ont pu opposer les jurisconsultes classiques. V. MASCHI, *Il diritto romano nella prospettiva storica della giurisprudenza classica*, Milan, 1957, p. 145 sq., qui s'efforce de reconstituer les théories professées par PAUL.

Selon R. MÖLLER, La possession des fonds de terre, lorsque le possesseur intermédiaire l'a abandonnée, ZSS, 1960, p. 52-124, la pratique du colonat au Bas-Empire explique que la possession continue pour celui qui l'exerçait déjà. Cf. LONGO, Il possesso sul « servus fugitivus », dans *Ann. Univ. Macerata*, t. XXV, 1962.

L'anîmus : le contractuel. — Le lien étroit qui existe entre le droit des biens et celui des obligations est particulièrement net en droit romain. Dans ce système juridique, en effet, la propriété est transférée par un contrat accompagné d'un acte de transfert, le plus souvent la remise de la possession (tradition). Il est normal que l'assouplissement de la formalité de transfert renforce le rôle du contrat, et plus spécialement de l'échange de volontés. A cet égard, l'effacement du *corpus*, dans la possession, a favorisé, à l'époque classique, le consensualisme. (Dans le droit de JUSTINIEN, complexité de l'évolution en raison de la place faite à l'acte de transfert *abstrait*, v. *infra*, n° 157.) Un exemple typique est fourni par le contrat réel de *mutuum* (prêt de consommation : prêt d'argent, par exemple). Ce contrat se forme *re*, c'est-à-dire par la remise matérielle des deniers à l'emprunteur, accompagnée d'une convention qui fixe les modalités de l'opération. Dès l'époque classique, il a pu se former par l'intermédiaire d'un représentant ou par *traditio brevi manu*. Mais le contrat de prêt n'a pas seulement profité de l'évolution du concept de possession, les pratiques commerciales, les pratiques bancaires notamment, ont à leur tour élargi les exceptions issues de la théorie de la possession. La remise matérielle, même fictive, a fait place dans certains cas à un simple transfert de valeur par accord de volontés (v. t. I, p. 233 sq.). V. la bibliographie dans KASER, *Das römische Privatrecht*, II, p. 181, et en dernier lieu : PUGLIATTI, v. *Animus*, dans *Enciclopedia del diritto*, Milan, 1958, II, p. 437 sq., et P. BURDESE, In tema di « *animus possidendi* », nel pensiero della giurisprudenza classica (a proposito di taluni recenti studi), dans *Studi in onore Biondo Biondi*, t. I, 1965, p. 517-547 ; RUSSOMANO, *La posesión en el derecho romano*, Buenos Aires, 1964.

Interversion des titres. — *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* (D., 41, 5, 2, 1). Sur cette règle et les rapports de la *causa possessionis* et du titre putatif en matière d'usucapion, v. KASER, I, p. 327 et 355 avec la bibliographie, et *infra*, n° 162. Cf. le principe de l'immutabilité de la situation du détenteur et ses exceptions en droit moderne, dans C. C., art. 2231, 2238, et C. C., *ital.*, art. 1164. Toutes sortes de conventions passées entre propriétaire et possesseur peuvent justifier une intervention des titres de ce dernier. V. par exemple, pour le contrat de précaire : D., 43, 26, 22. V. en dernier lieu : HAUSMANNINGER, *Nomo sibi ipse causam possessionis mutare potest — eine Regel der veteres in der Diskussion der Klassiker*, dans *Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt*, Berlin, 1966.

Constitut possessoire. — V. LUZZATO, *Constitutum possessorium*, dans *Studi Albertario*, t. II, p. 43 sq., et GORDON, *Constitutum possessorium*, dans *Studi in onore Biondo Biondi*, t. I, p. 303 sq.

Outre l'application normale, prévue au D., 41, 2, 18, v. GAIUS, II, 60 : mancipation ou *in jure cessio* accompagnée d'un pacte de fiducie qui prévoit la restitution du bien sous certaines conditions. Le vendeur est, par exemple,

un débiteur qui désire donner son bien en gage au créancier, à charge pour ce dernier de le rétrocéder au débiteur lorsqu'il paiera. Le mancipant débiteur peut éviter le transfert du bien en en conservant la possession à titre de locataire ou de précariste. Il possédera alors pour le compte de son créancier.

Effets de la possession. — Sur l'effet probatoire, v. en dernier lieu LONGO, Nuovi contributi in tema di « onus probandi », *Iura*, 1957, p. 43 sq., avec la bibliographie. Pour la protection possessoire, v. *supra*, n° 50, et sur les problèmes techniques posés par le délai de forclusion, v. en dernier lieu : BERETTA et ANGUISSOLA, Ancora sull'annualità delle azioni pretorie, dans *SS*, 1958, p. 47 sq.

Sur l'authenticité de la formule de l'interdit *utrubi* donnée par GAIUS (I, 4, 160), v. MAGLIOCCA, Per la formula dell'interdictum utrubi, *SDHI*, 1967, p. 221-278.

Un essai de synthèse sur la possession au Bas-Empire est donné par CANNATA, *Possessio, Possessor, Possidere nelle fonti giuridiche del basso impero romano. Contributi allo studio dei rapporti reali nell'epoca postclassica*, Milan, 1961. A propos de cet ouvrage, v. FAURE, Possession et propriété dans le droit romain postclassique, *R. B. Phil. Hist.*, 1964, p. 103-113, et BOZZA, *La nozione della possessio. I : Epoca preclassica ; II : Epoca classica* (litho.), Sienne, 1964.

CHAPITRE II

SAISINE ET POSSESSION

SECTION I. — L'idée de saisine : son originalité

[123] **POUVOIR ET DROIT.** — La maîtrise de l'homme sur les choses peut être conçue à la fois comme pouvoir et comme droit. Il y a des pouvoirs légitimes ou qui le deviennent, des pouvoirs partagés ou mixtes, des pouvoirs usurpés ou condamnés. Chaque milieu, chaque époque ont leurs conceptions : réprimant tour à tour le désordre et l'injustice, attachant plus ou moins d'importance au *corpus* et à l'*animus*, aux situations de fait ou à la psychologie, condamnant les pouvoirs sans droit ou déduisant, au contraire, la preuve du droit de situations de fait.

Les Romains n'avaient établi ni théorie unitaire, ni système logique, mais ils avaient distingué les situations diverses, doublé la théorie de la propriété d'une théorie de la possession, analysé les divers éléments de celle-ci et déterminé ses effets ; si les Prudents n'avaient fourni que des solutions d'espèce — que SAVIGNY ou IHERING tenteront de systématiser — du moins avaient-ils fourni les cadres et les catégories techniques, distingué nettement la propriété de la possession et de la détention, analysé le *corpus* et l'*animus*, défini le rôle des interdits et les vices de la possession.

Cette technique était forcément étrangère au droit franc. L'ingéniosité des interprètes modernes y a suppléé et la matière est devenue, au XIX^e siècle, la terre d'élection de systèmes et de théories si nombreux, si divers et toujours si abstrus qu'on est contraint maintenant de les négliger tous pour en revenir à quelques notions simples :

1^o Les Francs s'attachent au fait plus qu'au droit et ils

considèrent surtout la jouissance utile et durable d'un bien : des trois prérogatives romaines, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, ils négligent la dernière pour s'attacher aux deux autres qui sont visibles et sensibles. Le secret et la clandestinité n'apparaissent pas compatibles avec l'existence d'un droit ; il n'y a de droit certain que celui que l'apparence extériorise, que l'on acquiert par des signes sensibles, que l'on maintient par des symboles et par des formes ; il n'y a de bien véritable que celui qui est susceptible de jouissance durable : celle-ci implique à l'évidence à la fois le *corpus* — la détention de la chose — et l'*animus* — qui n'est ici que l'intention de la garder ; mais cette jouissance durable implique aussi une distinction entre les biens dont « l'utilité économique est prolongée », les héritages, *feoda*, *alodia*, et les cateux, argent, fruits, transitoires et périssables qui se détruisent par l'usage et dont il est impossible de jouir (cf. *supra*, n° 12 ; et aujourd'hui encore l'usufruit des choses fongibles).

L'exercice normal, régulier, paisible d'un droit constitue un titre que des manifestations visibles viennent corroborer : on appréhende un bien ou on l'abandonne en accomplissant des gestes consacrés ; on manifeste son pouvoir par des rites où interviennent la lance, la motte de gazon, le fétu de paille, mais où la main garde le principal rôle. La main intervient dans les promesses, dans les procès comme, ici, dans l'affirmation de la puissance sur une chose : pendant longtemps on parlera de « tenir en sa main », de « vider ses mains », ou aura « la main vêtue », « assise » ou « garnie », on aura aussi la « mainmorte » et la communauté sera dite « en main commune » (*zu gesammter Hand*).

L'analogie avec l'*usus* et avec la *manus* du droit romain primitif s'impose. Le fonds, l'esclave, la femme, l'hérédité peuvent être objets d'*usus* et celui-ci apparaît aussi comme un pouvoir objectif, le trait essentiel de l'ancien droit étant, comme le remarquait IHERING, l'« extériorité » (*Esprit du droit romain*, p. 58).

2° Ce pouvoir sur la chose, on peut l'exprimer de façon simple : ce bien est « à moi », est « pour moi » (c'est le datif latin) ; mais on peut aussi, faisant déjà un effort d'abstraction

qui est la première démarche de l'esprit juridique, caractériser le rapport qui existe entre la personne et la chose : j'ai *tel droit* sur cette chose. Les lois barbares emploient le verbe *sacire* que l'on rapporte à l'allemand *setzen*, poser, mettre en possession (BLOCH et v. WARTBURG, *Dictionnaire étymologique*, v^o *saisir*), et que l'on retrouve dans « saisine ». Plus simplement on dit qu'on « tient » le bien, d'où l'idée de *tenure*, qu'on en est « vêtu », d'où l'idée d'*investiture*, qu'on en a soin (allemand : *wahren*), qu'on le garde (all. : *warten*, ou plutôt haut-all. : *wëren* ; cf. en français *garenne*, *garant*, *warrant*, *garde*), d'où le terme germanique de *gewere*.

Tous ces mots désignent, à la fois le fait de la détention et les pouvoirs qui naissent de la saisine, de la tenure, de l'investiture, de la *gewere* (ces mots étant équivalents dans les actes de l'époque). Ces pouvoirs sont fort analogues à des droits réels dont ils ont la forme et l'apparence ; peuvent-ils être distingués par l'usage qu'on fait du bien ou par l'utilité qu'il procure (ce qui reviendrait à distinguer divers cas de *corpus*) ? Ces pouvoirs sont-ils soutenus par un *animus* qui serait à la fois l'affirmation d'un droit et l'interdiction aux autres de l'exercer ? La chose demeure possible mais, malgré le talent qu'on a mis à l'établir, hypothétique au moins pour le droit le plus ancien.

[124] LES IDÉES JURIDIQUES DE L'ÉPOQUE. — Les idées juridiques sont trop rudimentaires pour que le droit franc soit entré dans les subtilités qu'on lui prête : *animus* et *corpus* ne sont pas distingués et ne peuvent l'être. Dans le cercle étroit d'un village, à une époque où les relations juridiques sont limitées aux voisins et contrôlées par la famille ou par le groupe social, la jouissance ne peut être que publique, simplement parce qu'elle est justifiée par l'opinion des voisins ; mais l'*usus*, le droit d'user et de jouir d'une chose, demeure forcément toujours semblable à lui-même. Cependant, si la saisine donne à qui la possède l'apparence de la propriété, elle n'est pas forcément une propriété perpétuelle ; elle peut être de plus ou moins longue durée. L'usager, le créancier gagiste ont la saisine pour un temps limité ; de même, le douaire ne confère à la femme qu'un droit viager ; plus nettement encore le droit du donataire

est susceptible de modalités infinies et la donation ne fait pas disparaître le droit du donateur qui garde une saisine et une propriété virtuelles.

On en vient par là à poser le problème des saisines multiples qui a été obscurci à plaisir : la saisine *actuelle* est, croyons-nous, toujours exclusive ; la saisine du donateur ou de la douairière exclut forcément toute saisine concurrente du donateur ou de la famille du mari ; mais ceux-ci gardent un droit éventuel qui pourra, par exemple, au cas de mort de la douairière, s'« actualiser » et revivre sous forme de saisine. On a dit que l'idée de perpétuité de la propriété échappait aux Francs ; tous les droits sur les choses leur apparaissaient comme assortis de termes et de conditions qui affectaient pareillement les saisines.

En somme, on peut considérer la saisine franque à la fois comme un droit de propriété plus ou moins limité et comme le fait de la possession. La propriété est conçue, transmise, défendue sous la forme d'une saisine :

a) La saisine et le bien lui-même sont acquis publiquement devant le roi ou le tribunal du *mallum* (cf. *Loi ripuaire* cf. 59 et 60 ; *infra*, n° 195). L'ensaisinement requiert la présence de témoins et l'usage de symboles (dont la remise des clefs ou des actes de propriété demeure la dernière trace) ; le déguerpissement impose un symbolisme contraire ; le transfert du droit n'est lui-même qu'un transfert de saisine.

b) La propriété est protégée comme saisine : c'est attenter à l'ordre public que de la troubler sans motif ; il n'y a pas à l'époque franque, de distinction du possessoire et du pétitoire car tout droit est défendu ou revendiqué sous la forme d'une saisine. Dans un procès qui oppose ainsi deux compétiteurs, apparaît forcément l'idée d'une « juste saisine », celle qui est à la fois publique et fondée sur un titre, non sur un titre de possession (qu'on n'imagine pas), mais sur un titre de propriété perpétuelle ou *ad tempus*. C'est même à l'occasion de tels procès qu'on en vient à rechercher l'*animus* qui fonde la saisine et qui n'est autre que l'affirmation d'un titre (on a parlé d'*animus* objectif). Le terme qui met fin à la propriété anéantit pareillement la saisine. On conçoit d'ailleurs qu'une analyse quelque

peu poussée conduite à distinguer, par le biais de cette recherche du titre, les divers droits réels que peut supporter une chose.

c) On a souvent indiqué que la saisine, si elle avait duré un an et un jour, donnait un droit supérieur à la « simple saisine ». Il paraît bien, cependant, que le délai d'an et jour, très fréquent en droit franc, ne joue pas le rôle d'une possession acquisitive conférant à qui peut l'invoquer un droit « meilleur et préférable », mais soit un délai de déchéance ou de forclusion, une prescription extinctive : après un an, personne ne peut plus venir contester le droit. La loi salique prévoit, par exemple, dans le titre *de migrantibus* (tit. 45) qu'un immigrant ne peut s'établir dans une ville si un seul des habitants s'y oppose, l'opposition prenant la forme de trois sommations solennelles ; après un an, l'intrus ne peut être expulsé non parce qu'il a acquis un droit, mais parce que l'action des habitants est désormais éteinte.

[125] IMPORTANCE DE LA SAISINE DANS LE DROIT FRANC. — Entre la possession (romaine ou moderne) et la saisine franque existe une disparité essentielle. La possession est, en somme, assez limitée dans sa conception et dans ses effets, on en revient toujours, à son propos, au procès possessoire, aux interdits ou à l'usucapion. La saisine, au contraire, est pour le droit franc une idée centrale profondément originale, fort pratique qui intervient dans les domaines les plus divers et qui explique les solutions d'espèce en apparence irrationnelles.

En France, à partir du XII^e siècle, l'ancienne conception de la saisine perdra son originalité et subira un gauchissement dû à la renaissance romaine ; en Angleterre, au contraire, la conception originelle de la saisine sera mieux préservée des influences romaines et elle donnera au droit des biens de la *common law* une originalité et une cohérence qui ont été magistralement étudiées par M. JOÛN DES LONGRAIS.

1^o La saisine donne à la distinction des biens en héritage et en cateux sa signification véritable (*infra*, n^o 206). Les textes opposent couramment les cateux aux saisines. Il n'y a pas, normalement, de saisine des cateux ou des meubles, car ceux-ci ne sont ni permanents, ni productifs ; pour eux, l'*usus* et le *fructus* qui fondent une jouissance durable, sont moins

importants que l'*abusus* qui demeure hors du champ de la saisine. Celle-ci, au contraire, concerne normalement tous les biens frugifères, les héritages, mais aussi les droits profitables : la justice, les dîmes, les sépultures, les offices ecclésiastiques. Un arrêt des *Olim* de 1269 (t. I, p. 317) reste dans la ligne de la tradition en concédant au maréchal de Lérès « la saisine de juger et de brûler les hérétiques de Carcassonne », ce qui comporte normalement le profit de leur dépouille.

2^o Les mêmes conceptions se retrouvent quand il s'agit de droits réels ; on s'en tient, à Rome, à une conception simple qui nous est familière : le *dominium* absorbe le bien et toutes les virtualités qu'il comporte, la propriété est individuelle, perpétuelle, exclusive et elle n'est restreinte, exceptionnellement, que par des servitudes, conçues comme de *jura in re aliena* et comme « déduites » de la propriété (cf. n^o 213). La conception franque est plus proche des faits et, considérant avant tout l'*usus*, elle recherche surtout l'*utilité* d'une chose ; or, l'utilité que peut comporter une chose est diverse et le même bien peut comporter des usages multiples : on peut percevoir les fruits d'un fonds et, tour à tour, le cultiver ou y faire paître le bétail, on peut y passer, y percevoir la dîme ou le cens, ou y rendre la justice. Le même fonds supporte des droits divers dont on ne conçoit pas qu'ils soient de nature différente ; la propriété n'est plus exclusive mais démembrée ; chaque droit est conçu comme une propriété, un *dominium* et, pour une même chose, il y a autant de domaines que d'usages différents, chacun devant s'accommoder du droit du voisin, à l'époque franque du droit du clan ou de la famille (qui survivra, plus ou moins, au cas de retrait), à l'époque féodale du droit des seigneurs fonciers ou justiciers.

3^o Par là, la saisine conduit à la conception féodale de la propriété ; la multiplicité des *dominia* qui répugnent aux idées romaines est dans la ligne du droit franc ; il y a des tenures viagères et d'autres perpétuelles, des tenures franches, nobles ou serviles ; chacune de ces tenures devient le support d'une saisine, limitée dans son objet et souvent protégée par une juridiction distincte ; un propriétaire concède-t-il son bien à un vassal et celui-ci le concède-t-il à son tour à un censitaire,

chacun d'eux trouve dans le même bien une utilité distincte et bénéficie d'une saisine propre : pour le seigneur la saisine du bien, pour le vassal la saisine du cens et des profits censuels, pour le censitaire la saisine des fruits. Que le vassal meure sans héritiers, la saisine du seigneur lui permet de reprendre le bien. De même, au cas de mort d'un usufruitier, la saisine du nu-propriétaire revit immédiatement. Deux saisines ne peuvent pas exister simultanément sur un même droit ou un même profit ; mais comme des droits, des *dominia* très divers peuvent exister sur un même bien, il peut y avoir sur celui-ci des saisines fort diverses ; on parle, en ce sens, couramment de la multiplicité des saisines.

4^o Encore aujourd'hui, l'idée d'une saisine de l'héritier est courante et il en sera traité d'ensemble à propos des successions (cf. t. III, p. 521). Qu'il suffise de prendre ici l'exemple de l'exécuteur testamentaire franc ; celui-ci n'a pas un simple mandat, mais une saisine qui est fondée sur la tradition du patrimoine successoral et qui lui en assure la maîtrise (on parlera, dans le Midi, de fidéicommiss). Cette saisine est même, à l'origine, une saisine exclusive de celle de l'héritier qui ne jouit que d'un droit éventuel. De là, vient le droit de l'exécuteur de jouir des fruits et l'idée qu'il est un propriétaire *ad tempus* dont le droit est exactement modelé par les instructions qu'il a reçues du défunt ; il ne pourra aliéner les biens reçus que dans le but qui lui a été indiqué, et avec le prix il devra exécuter les charges prescrites. Quand on limita — vers le XIII^e siècle, sous l'influence romaine — les droits de l'exécuteur, on continua bien à parler de *saisine*, mais en déformant et en réduisant le sens de ce mot : il ne s'agit plus que d'un simple droit de détention des objets de la succession, d'une institution autonome et originale dans la mesure même où elle est coupée de son origine et où elle est devenue étrangère à l'idée ancienne de la saisine.

[126] COMPARAISON DE LA SAISINE FRANQUE ET DE LA POSSESSION ROMAINE. — La saisine est donc, dans son principe, bien différente de la possession. La différence de fondement va comporter des différences pratiques qui apparaissent plus nettes si l'on rapporte à l'époque franque des solutions qui ne seront reçues ou attestées qu'aux XII^e et XIII^e siècles ; les différences

concernent tout à la fois la portée des deux institutions, la bonne ou la mauvaise foi, la protection possessoire, la prescription et la preuve du droit.

1^o La possession romaine est conçue comme la « propriété en action », comme l'apparence du droit de propriété ; elle est soumise aux mêmes limites que celle-ci et ne peut porter que sur un bien corporel ; même la possession des servitudes n'est admise que difficilement. La saisine, au contraire, est multiforme et elle concerne, on l'a vu, tous les droits incorporels, mais, à l'inverse, il n'existe pas de saisine des meubles.

2^o A Rome, le propriétaire est aussi normalement possesseur ; mais le droit et le fait peuvent ne pas coïncider et même, la possession de mauvaise foi peut produire des effets juridiques (n^o 161). La saisine ne comporte pas de telles distinctions car elle suppose, pour exister, un principe de légitimité. On dira, au XIII^e siècle, que la saisine ne peut s'alléguer sans juste titre ni bonne foi et, à l'époque franque, le bien ne peut changer de titulaire que par le transfert de la saisine qui opère en même temps la publicité.

3^o De là vient la conséquence que la propriété est défendue ou revendiquée comme saisine et qu'il n'y a pas, à l'époque franque, place ni pour une distinction du possessoire et du pétitoire, ni pour une protection spéciale de la possession. Dans le procès réel qui oppose deux compétiteurs, apparaît forcément l'idée que l'un d'eux a une « juste saisine », celle qui est à la fois publique et fondée sur un titre, non un titre de possession qu'on n'imagine pas, mais un titre de propriété perpétuelle ou *ad tempus* ; c'est à l'occasion de tels procès qu'on en vient à rechercher l'*animus* qui fonde la saisine et qui n'est autre ici que l'affirmation d'un titre (d'où l'idée d'*animus* objectif ; cf. n^o 124) ; on conçoit, d'ailleurs, que l'analyse, si elle est quelque peu poussée, conduise à distinguer les divers droits réels que peut supporter une chose.

4^o Autre conséquence des mêmes principes : l'idée de prescription acquisitive est étrangère au droit franc. Le délai d'an et jour, d'application générale à l'époque franque, est bien plutôt un délai de forclusion qui implique une déchéance de l'action de celui qui, après un an, viendrait contester le

droit affirmé publiquement par la saisine : le droit anglais gardera cette idée et ignorera la prescription acquisitive pour ne connaître que des prescriptions extinctives.

5^o Il n'est pas jusqu'à la preuve de la propriété qui, en droit franc, ne doive rien à l'idée de possession. L'adage *Melior est possidentis* est si peu admis dans un procès en revendication que le défendeur doit, comme le demandeur, prouver son droit par serment, par des cojureurs ou des témoins ou par l'exhibition de sa charte ; la preuve, en droit franc, est d'ailleurs considérée comme un avantage et elle est normalement offerte par celui qui a bonne conscience. Tout au plus peut-on croire que la saisine lui facilitait cette preuve (des témoins jurent l'avoir vu en saisine), mais elle ne l'en dispensait certes pas ; et le procès porte, en définitive, sur la saisine elle-même et, partant, sur la valeur ou la portée du titre. Le demandeur ne pourra triompher que s'il établit que la saisine de son adversaire est mauvaise : dans de très nombreux actes, le revendiquant emploie la formule *malo ordine detines*, qui indique bien que l'action est une contestation du droit et non, comme à Rome, une affirmation de la propriété (*infra*, n^o 199).

SECTION II. — Retour à l'idée de possession

[127] DROIT ANGLAIS ET DROIT LOMBARDE. — Même en Allemagne, quelques idées romaines purent pénétrer de bonne heure ; tout au moins, l'ancienne théorie de la saisine a connu des atténuations ou des précisions ; en ce qui concerne, par exemple, le rôle de l'an et jour et la conception de la revendication ; d'où les hésitations et l'obscurité des travaux allemands qui traitent de la *gewere*.

En Angleterre et en Lombardie, le conflit des idées de saisine et de possession fut très net et il aboutit à des solutions tout à fait divergentes :

1^o En Angleterre, les conceptions anciennes furent corrigées à la fois sous l'action du droit romain et des juristes de l'entourage d'Henri II : en 1166, le roi promet un bref de nouvelle dessaisine à celui qui a été dessaisi injustement de son libre tènement ; il oppose ainsi la compétence de la Cour du roi

(sur la saisine) à la compétence des cours seigneuriales (sur le *jus*). Au XIII^e siècle, on ne plaide plus sur le *jus* (le procès apparaissant trop long et conduisant au duel judiciaire qui répugne aux Anglais), mais seulement sur la saisine et celle-ci devient la forme normale du droit sur le franc tènement et elle acquiert une portée presque universelle. Aux XIV^e et XV^e siècles, cette saisine est doublée d'une possession qui concerne les biens « personnels », la *personal property*. Jusqu'à la réforme de 1832, et même jusqu'à la *Law of property act* de 1922, la distinction demeurera ; sur une terre il n'y a pas de propriété indépendante, mais un domaine relatif ; au contraire, sur les biens personnels ou mobiliers, les *goods and chattels*, s'exerce un droit dit de propriété qui ne sera ni une saisine (car il s'agit d'un droit absolu et non relatif), ni même un droit réel (car il ne comporte pas de droit de suite) ; on est saisi d'une terre, tandis qu'on possède un *chattel*, et le droit à un bail à temps étant considéré comme un *chattel*, le fermier est considéré comme possesseur.

A vrai dire, ces oppositions ne sont très nettes qu'au XV^e siècle ; c'est même, paraît-il, à l'occasion du tenancier à temps (*termor*) qu'est précisée la notion romaine de possession : pour protéger une classe désormais nombreuse de petits fermiers, on accorde au *termor* contre celui qui a pénétré sur le fonds ou brisé les clôtures et ainsi enfreint la paix du roi, un bref de *trespass*. Le bref sera le moyen parfait de protéger la possession des *chattels*. Quant aux juristes, ils emploient le vocabulaire romain, mais sans toujours en comprendre l'exakte portée : la saisine est qualifiée de possession et le *dominium* de propriété et, depuis Bracton, la doctrine tente de faire, en face de situations pratiques, un difficile dosage de propriété et de possession. En réalité, l'évolution anglaise est profondément originale et elle tient : 1^o A l'empirisme propre au droit anglais qui exprime le droit par des actions et qui, à propos de situations données, développera la protection possessoire ; 2^o A l'emprise du pouvoir royal qui interviendra contre les cours seigneuriales et protégera, par exemple, les libres tenanciers et les fermiers.

2^o L'exemple lombard est tout différent. Si le mot de saisine n'est pas employé, si celui de *gewere* n'apparaît que dans l'édit de Rotari, le mot de *vestitura* est d'emploi général et celle-ci

a été décrite comme le « vêtement ou la forme générale qu'affectent tous les droits réels » (Guido ASTUTI, *I contratti obbligatori*, 1952, p. 333). On connaît, en ce qui concerne la possession, les nouveautés du Bas-Empire (*supra*, n° 57), et on sait aussi que le droit romain persistera en Italie mieux qu'ailleurs (t. I, p. 104). Pourtant, les subtilités de la théorie romaine ne convenaient guère à l'époque ; seuls, quelques textes canoniques gardent le souvenir de l'interdit *unde vi* ou des effets de la possession de bonne foi, et la pratique paraît maintenir la distinction du possessoire et du pétitoire.

Le droit s'attache à réprimer toute violence et l'investiture, comme la saisine franque, est considérée comme une situation de droit plus que de fait ; de là l'importance reconnue au titre qui la fonde (ou à l'*animus*) et l'idée que l'on peut rester « vêtu » même si l'on a perdu le *corpus*. Mais, au moins à partir du XI^e siècle, les idées romaines l'emportent, les correspondances de vocabulaire couvrant et justifiant leurs substitutions aux idées lombardes.

1^o La possession est par elle-même une présomption de légitimité, idée qui sera reprise et développée par les Glossateurs et notamment par PLACENTIN (gl. *In vacuam*, *Code*, IV, 19, 12). Le possesseur, admet-on, a le *commodum possessionis*, l'avantage d'être déchargé de la preuve, ce qui aboutit à revenir à la conception romaine de la preuve de la propriété ;

2^o L'investiture est conçue comme une *traditio* et la publicité ou l'usage de symboles n'apparaît plus indispensable ;

3^o Vers la fin du XI^e siècle, l'expression *malo ordine possidere* qui était générale à l'époque franque, en vient à désigner la possession de mauvaise foi ;

4^o Enfin, on continue d'opposer la détention et la possession, mais la protection possessoire accordée à l'emphytéote (*supra*, n° 122), conduit tout naturellement à reconnaître une même possession au vassal ou au précariste ; le vocabulaire traduit bien d'ailleurs ici l'incertitude des notions : le *tenimentum* de l'emphytéote, déjà qualifié de *feudorum dominus* par THÉODOSE (C. J., XI, 61, liv. 12), qui « détient » une chose implique la possession à cause du pouvoir immédiat qu'il confère sur cette chose ; la variété des concessions interdit toute classification rigoureuse.

Tout ce travail doctrinal est effectué par les juristes de l'École de Pavie qui, en ce qui concerne notamment la détention, annoncent l'École de Bologne. Les Glossateurs vont, en effet, en face de leur théorie du domaine divisé (*supra*, n° 80), construire une théorie parallèle de la possession. Le droit romain classique avait toujours admis qu'il ne pouvait y avoir pour une chose qu'un seul possesseur, le fermier était considéré comme le représentant du propriétaire et la détention corporelle qu'il avait de la chose était qualifiée de « possession naturelle » (*supra*, n° 53). La nouveauté consistera simplement à considérer cette *possessio naturalis* comme une véritable possession. PLACENTIN admet encore que posséder pour autrui ce n'est pas posséder ; avant lui, l'un des quatre docteurs, ROGERIUS, avait mis en doute cette opinion ; mais, AZON va faire assez curieusement application de sa théorie des vêtements (cf. t. I, n° 70), qui, ici encore, dénote une interférence de la théorie de la possession et de la théorie du contrat : le tenancier, l'emphytéote, le vassal ont une possession de droit naturel « à raison du droit qu'ils ont sur la chose » (*ratione juris quam habent in re* ; gl. *Quia naturaliter*, D., 41, 2, 1). Le droit qui vient de la détention du *corpus* peut être « vêtu » plus ou moins richement et ce vêtement lui confère *quiddam civilitatis*. Cette « civilité », la loi romaine ne dit pas ce qu'elle est et ce silence embarrasse les Glossateurs ; mais, néanmoins, ils admettent qu'elle comporte un *animus* ; elle n'est donc plus une simple détention du *corpus*, mais une possession civile qui concerne le domaine utile et qui confère au vassal le bénéfice des interdits. Les *Libri feudorum* (II, 8, 43), dans leur partie la plus ancienne, reconnaissent de même au vassal la capacité d'agir en justice pour revendiquer son fief et pour le défendre *tanquam dominus*.

[128] LE DROIT FRANÇAIS. — Entre le droit lombard, qui s'est vite moulé sur les idées romaines, et le droit anglais, construit autour de l'idée de saisine, les conceptions du droit français apparaissent infiniment plus complexes. Tandis que la théorie romaine de la propriété pénètre rapidement et profondément notre droit, la théorie romaine de la possession va rester imprégnée de la conception franque de la saisine. Mais celle-ci ne sera plus une institution d'ensemble ; elle demeurera sous-

jacente à telle ou telle solution du droit coutumier (à la règle « le mort saisit le vif », par exemple), mais ces survivances apparaîtront un peu comme des roches-témoins que la marée romaine n'est pas parvenue à submerger et que seule l'étude du droit franc permet de rapporter historiquement à une même origine. Ainsi en sera-t-il de la prescription (*infra*, n° 195) ou du procès pétitoire (n° 199) ; le siège de la matière sera désormais la protection possessoire et c'est à propos de celle-ci qu'il faut maintenant traiter de la saisine médiévale.

On connaît les opinions célèbres sur le fondement de la protection possessoire : fondement qui est, pour Savigny, la lutte contre la violence privée et le maintien de la paix publique, pour Ihering, la protection de la propriété elle-même dans l'apparence qui normalement la manifeste. Ces deux idées, toujours actuelles, sont très nettes dans le droit coutumier.

1° Protéger la paix publique, telle est la préoccupation essentielle de l'Eglise, surtout quand elle est la seule autorité sociale efficace ; tel sera le désir du roi dès qu'il pourra affirmer sa mission de défendre l'ordre public. Violence et spoliation seront réprimées sommairement, sans aucun débat sur la propriété, par une action pénale dont la réintégrande garde encore la tradition.

2° Protéger l'apparence de la propriété, c'est, comme dans le procès franc sur la saisine, protéger la forme du droit ; une forme qui ne peut avoir d'existence que si elle est manifestée par une possession créatrice d'apparence ; le débat est ouvert ici entre celui qui jouit d'un fonds, le cultive et en a perçu les fruits et celui qui, par une *novitas*, une nouveauté, vient troubler sa jouissance ; ce débat sera poursuivi par une action, la *complainte de saisine et de nouveauté* qui, forcément, aura bien des traits de l'ancien interdit *uti possidetis*.

§ 1. LE BUT PREMIER : RÉPRIMER LA VIOLENCE

Déjà, au Bas-Empire, la protection de la possession apparaît comme le moyen de lutter contre la violence et les voies de fait (*supra*, n° 56), et cette tendance est, de même, très nette dans les lois romaines des barbares ; à une époque où la violence est

endémique, où les dépossessions sont fréquentes, le roi et sa justice doivent intervenir, avant tout, pour réprimer la violence, toutes les violences, et maintenir la paix.

[129] LE DROIT CANONIQUE : LE « REMEDIUM SPOLII ». — Dans cette lutte, l'Eglise a forcément la part principale. Tous les Pères de l'Eglise insistent sur la « tranquillité » nécessaire aux peuples et sur le devoir des rois de la promouvoir.

Cette « tranquillité », les clercs, plus encore que les laïques, doivent en jouir. Le Concile de Paris de 614 se préoccupe déjà des évêques dépouillés de leur siège et ordonne de les rétablir. Charlemagne s'intitule *imperator pacificus* et des amendes seront prévues pour réprimer toutes les violations de la paix, aussi bien par les Capitulaires que par les Conciles. Dans les *Faux Capitulaires* et dans les *Fausse Décrétales* (vers 850), la paix apparaît comme liée à l'ordre chrétien : quiconque commet un acte illicite se sépare du corps de l'Eglise ; mais l'utilité sociale de la paix est aussi nettement indiquée et il est prescrit aux évêques d'y veiller. On connaît, d'ailleurs, les tendances de ces faux célèbres, nettement favorables aux évêques (FOURNIER et LE BRAS, *Collections canoniques*, t. I, 1931, p. 233). Ceux-ci sont, bien souvent, victimes d'accusations injustes ; ils entrent en lutte contre le roi ou les comtes, qui n'hésitent pas à mettre en cause la validité de leurs titres et, sans attendre un procès, à les déposer : la lutte contre les violences et les infractions de paix doit être dirigée d'abord contre ceux qui s'attaquent aux évêques. D'où l'insertion dans le recueil d'une prétendue décrétale *Redintegranda* qui est empruntée, au moins pour partie, à l'interprétation du *Bréviaire* d'ALARIC et qui sera reprise dans le décret de Gratien (c. III, qu. I, c. 1 à 4). On ordonne de « réintégrer » dans leurs droits tous les évêques qui auraient fait l'objet d'une *spoliatio* ou d'une *ejectio* ; même un procès criminel ne pourrait être poursuivi contre l'un d'eux qu'après sa réintégration.

Il s'agissait, on le voit, d'une hypothèse très spéciale qui ne concernait littéralement que le cas d'un évêque, légitimement institué, expulsé de son siège et, en outre, poursuivi criminellement ; mais, de là, on pouvait tirer une règle générale qu'exprime parfaitement l'adage *Spoliatus ante omnia restituendus*.

L'évêque est protégé, non comme évêque (car il se peut que l'action poursuivie contre lui soit fondée et que son élection soit viciée dès l'origine), mais comme « spolié ». La même protection devait être accordée aux clercs et aux moines et, ensuite, aux laïques. Les progrès paraissent assez lents puisque Gratien paraît encore hostile à l'extension de la décrétale ; mais, dès le milieu du XIII^e siècle, celle-ci est réalisée et elle ouvre deux voies au spolié :

a) Une exception *spolii* qui lui permet, avant le procès au fond, d'exiger sa réintégration ;

b) Une action que l'on appellera couramment la *condictio ex canone redintegranda* qui permet à la victime de prendre l'initiative et de demander au tribunal la restitution de sa possession. Tandis que l'interdit *unde vi* supposait une dépossession violente, que l'action de dol ne pouvait être exercée que contre l'auteur du dol, l'action *spolii* est donnée même à celui qui possédait injustement et elle est très largement admise par la pratique ; elle est accordée au spolié aussi bien pour des meubles que pour des immeubles, pour des droits incorporels comme pour des biens corporels, même si le propriétaire lui-même a réalisé la spoliation, même si le spolié n'est qu'un simple détenteur. A vrai dire, la doctrine hésite devant cette extension et plusieurs décrétales tentent de la restreindre, de refuser l'action au voleur ou de mettre à l'abri de la restitution le tiers de bonne foi (Décrétale *Saepe contingit* de 1215, X^a, II, 13, 18). Les Glossateurs tentent de revenir aux solutions romaines. Manifestement, le fondement de l'action n'est plus compris et le droit savant répugne à protéger même une possession injuste.

[130] LES SOLUTIONS COUTUMIÈRES DU XIII^e SIÈCLE. — Les premiers coutumiers français, les *Etablissements de saint Louis* et *Jostice et Plet* sont probablement l'œuvre de professeurs d'Orléans et ils ne s'écartent guère des sentiers romains. Avec BEAUMANOIR, au contraire, la question de la protection possessoire est nettement posée en termes nouveaux ; BEAUMANOIR fait grand état d'une ordonnance royale qui aurait créé une « nouvelle voie de justice » (n^{os} 954 et 986). Il est probable qu'il s'agit d'une ordonnance de 1278 qui donne compétence aux

baillis « en cas de nouvelle dessaisine ou trouble ou empêchement » pour « resaisir le bien et prendre la chose ès mains du roi et faire droit aux parties ».

L'œuvre de BEAUMANOIR illustre bien les tendances du droit coutumier au XIII^e siècle : protéger le possesseur (ou même le simple détenteur) équivaut à réprimer les violences et à maintenir la paix publique. Cette œuvre de paix, jusque-là assumée par l'Église, va revenir désormais au roi ; l'action de saint Louis est manifeste et les progrès accomplis, ici comme dans bien d'autres domaines (le droit de faire un nouvel établissement, l'interdiction des guerres privées ou du port d'armes), très nets dans Beaumanoir, apparaissent mieux encore dans les ordonnances royales et les arrêts du Parlement rapportés aux *Olim*.

A l'action *spolii* et aussi à l'ancien interdit *unde vi* répond, dans la terminologie de BEAUMANOIR, l'action de force (n^o 984) et de celle-ci il donne un exemple très net : si mon cheval m'est enlevé par force, il serait mauvais que je ne puisse le garder ou le reprendre « sans être justicié de la justice » ; je n'ai pas à aller le rechercher en justice (ce qui entraînerait, comme dans le *jus* anglais, un long débat et un duel judiciaire où le voleur aimerait mieux « combattre qu'être pendu sans bataille ») ; je peux le faire « arrêter par justice » et ainsi récupérer la possession. Et il en est de même si Pierre est expulsé par Jean, au moment de la moisson, du champ qu'il avait labouré et ensemencé (n^o 979) ; Pierre doit être « ressaisi et rétabli » même s'il n'avait pas été en saisine depuis l'an et jour, même si Jean prétendait être propriétaire du fonds ; même un « larron » doit triompher s'il est privé de la chose par voie de fait. Un autre passage de BEAUMANOIR (n^o 986), donne une indication précieuse : au cas de spoliation violente, un gentilhomme allait reprendre sa chose, mais il prenait aussi tout ce qu'il pouvait trouver qui appartienne à son spoliateur, c'était le « contre-gagement », sorte de prise de gage (de « contreprise »), une voie de justice privée que l'action de force avait justement pour objet d'empêcher ; la loi impose que l'on reprenne la chose non « par force mais par justice » (n^o 984, *Olim*, II, 178, n^{os} 23 et 24).

En somme, BEAUMANOIR : 1^o Admet que l'action soit exercée pour un meuble (un cheval) ; 2^o Distingue nettement le possessoire et le pétitoire (car, explique-t-il plus loin, Jean triomphera en définitive de Pierre) ; 3^o N'exige pas du demandeur à l'action de force la saisine d'an et jour (Pierre avait pris le fonds (qui portait de l'avoine) en mai, il est expulsé à la moisson) ; 4^o Reconnaît à l'action un caractère pénal : celui qui a commis la force doit payer l'amende « royale » de soixante sous pour un roturier et de soixante livres pour un noble (d'où, sans doute, le proverbe populaire : « Où force vient, justice prend », MORAWSKI, n^o 1567.)

[131] LA RÉINTÉGRANDE EN DROIT COUTUMIER. — Après BEAUMANOIR il paraît bien que le sens de l'action est quelque peu perdu ; on ne comprend plus qu'une action puisse être donnée à celui qui n'avait pas la possession et, d'autre part, il apparaît dangereux, dans un procès, d'affirmer qu'on a perdu la chose (*Grand Coutumier* de Jacques d'ABLEIGES, p. 250), ce qu'exprime pareillement Loysel (n^o 738). Dans la plupart des cas on la confond avec l'action de saisine et de nouvelleté qui l'a absorbée et qui, le plus souvent, suffit à protéger (*infra*, n^o 132).

Néanmoins, assez obscurément, l'action persiste ; depuis le XIV^e siècle, on l'appelle du nom de la décrétale *Redintegranda*, la réintégrande ; et c'est à elle qu'il faut rapporter des solutions que la théorie des actions possessoires ne peut expliquer :

a) L'action est donnée à tous et contre tous, notamment, non sans difficultés, à ceux qui possèdent *alieno nomine*, au fermier contre son bailleur, par exemple ; c'est dire que ni la possession exempte de vice, ni même la possession annale n'est exigée de celui qui l'exerce ;

b) Elle concerne les meubles, comme les immeubles, ce qui étonnait beaucoup CUVAS ;

c) Elle est conçue comme une action pénale et, partant, personnelle, ce que POTHIER constate expressément (*Introd.* au tit. XXI, *Coutume d'Orléans*) ; elle ne procure même pas la jouissance intérimaire des fruits.

Toutes ces solutions sont d'ailleurs discutées par la doctrine qui n'en comprend plus le fondement ; mais la pratique qui ressent le besoin de cette action pour protéger certains déten-

teurs y revient sans cesse et sous des aspects, sous des noms et des formes divers et, non sans équivoque, la réintégrande se maintient. Le droit canonique sert, plus ou moins nettement, de modèle ; il connaît la voie du *summariissimum*, de la procédure très sommaire, qui permet, par simple ordre du juge, de remettre provisoirement et *de plano* les choses en l'état.

§ 2. LES ACTIONS DE NOUVELLETÉ

[132] SAISINE ET NOUVELLETÉ. — BEAUMANOIR parle encore de deux actions possessoires qu'il dénomme l'action de nouvelle saisine qui sanctionne la dépossession et l'action de nouvelleté qui concerne le simple trouble de jouissance.

1^o Les deux actions ont un caractère commun qui marque bien le rapprochement accompli entre la saisine et la possession ; l'action est donnée à celui dont la possession s'est prolongée pendant une année et est exempte de vices et qui, d'autre part, n'a pas été dépouillé depuis plus d'un an. De plus, la technique est voisine de celle de l'interdit *uti possidetis*, chacun des adversaires essayant de faire la preuve de sa prétention.

2^o Mais l'idée de saisine persiste dans quelques solutions d'espèce : le fermier (n^o 968), a l'action, même contre son bailleur, pendant que son bail est en cours (mais le vassal ne l'a pas, du moins devant un juge royal, contre son seigneur, car « entre seigneur et tenant n'a point de nouvelle dessaisine »). Le possesseur de meubles — un cheval, des deniers (n^o 970) — a l'action de nouvelle dessaisine. Parfois même BEAUMANOIR paraît admettre la confusion de la force et de la dessaisine ; celle-ci viendrait d'une ordonnance royale qui sanctionnait le bris de paix et condamnait le perdant à une amende ; toujours, d'ailleurs, l'action est de la compétence des juges royaux et elle ne peut comporter de duel judiciaire.

A partir du XIV^e siècle, l'influence romaine prévaut. On parle désormais de *complainte de saisine et de nouvelleté* et on reprend, à son sujet, les solutions de l'*uti possidetis* : le demandeur se plaint d'une nouvelleté, d'une dépossession ou de troubles dans sa possession survenus dans l'année qui précède la demande. L'exercice de la complainte est l'occasion de for-

muler une théorie de la saisine dont il est possible de tracer les grandes lignes :

1^o La possession n'est prise en considération que si elle a duré au moins un an ; elle devient alors la saisine ; la possession conduit à la saisine par une prescription d'un an, à la propriété par une prescription plus longue ;

2^o La saisine annale est spécialement protégée : le possesseur d'un fonds (et il s'agit normalement d'un fonds rural) obtient la protection de la justice s'il l'a labouré, ensemencé et moissonné, ce qui suppose un cycle annuel ; et ce délai apparaît si normal qu'on le trouve en tous pays et dans la plupart des chartes des XII^e et XIII^e siècles ;

3^o La protection oscille entre une action pénale (ce qu'est pleinement la réintégrande), qui est une arme fort efficace pour les agents du roi, défenseurs de l'ordre public, et, d'autre part, l'interdit romain dont beaucoup de solutions procédurales seront reprises ;

4^o Malgré tout, l'idée ancienne persiste : la saisine est considérée comme une espèce de propriété inférieure, une propriété-jouissance qui convient bien à une époque où la propriété agricole est essentielle et où, d'autre part, la disparition de la propriété familiale et la multiplication des aliénations rendent souvent difficile la preuve de la propriété ; de là, l'importance des « maintenues » de possession et le caractère réel reconnu à la plainte.

[133] POSSESSION ET SAISINE AU XIV^e SIÈCLE. — Les auteurs et les styles du XIV^e siècle vont comparer possession et saisine :

1^o *La saisine est une possession qui dure.* — Le *Grand Coutumier* (éd. LABOULAYE), pose le principe que « saisine comprend et dénote possession et naist saisine de possession et *non e contrario* ». La saisine implique normalement la durée d'an et jour grâce à laquelle elle est réputée « juste de soy » ; la possession, au contraire, peut ne dater que d'un instant : elle est « nouvelleté » ou « saisine happée » et ne peut conférer les mêmes droits. La saisine persiste, même s'il y a dépossession, et les praticiens recommandent au demandeur de bien indiquer qu'il est en saisine, même s'il est dépossédé (ce qui équivaut à l'idée romaine que la possession se conserve *animo*) ; LOYSEL dira : « En

cas de nouvelleté il faut bien garder de dire qu'on ait esté spolié mais simplement troublé ou déjetté de sa possession par force » (n^o 738). Possession juste, la saisine ne doit être ni violente, ni dolosive ; et le meilleur droit du possesseur résultera encore du titre qu'il pourra produire : l'ensaisinement viendra pour l'acquéreur de l'investiture ou de la tradition, pour l'héritier de la mort du *de cujus*.

2^o *La saisine est protégée comme telle.* — Le demandeur s'adresse au roi dont il obtient une lettre de justice (assez voisine de l'interdit délivré par le préteur et aussi du *wright* anglais) qui a fait considérer l'action comme un cas royal ou, tout au moins, un cas de prévention. La lettre, adressée à un bailli, lui enjoint d' « ôter les troubles et empêchements de nouvelletés » et, ayant procédé à une enquête, de tenir et garder les complaignants « en leurs dites possessions et saisines » (formules données par le *Grand Coutumier*, p. 495-499). La procédure est expéditive : la lettre royale ordonne au bailli d'agir sommairement (et non plus « très sommairement » comme dans la réintégrande), le défendeur ne peut demander de délais et doit *plaider à toutes fins*, c'est-à-dire proposer toutes ses exceptions à la fois ; un sergent est commis pour aller sur les lieux pour la *vue* du bien litigieux.

Normalement, l'attribution de la chose pendant le procès donne lieu à un incident qui se greffe sur le procès possessoire et dont la solution doit être immédiate. Le juge peut mettre la chose sous séquestre, dans la main du roi ; il peut aussi faire recréance, la confier (*recredere*), moyennant caution, au demandeur qui en avait été privé ou, au contraire, prononcer la *maintenue* de celui qui possède le bien. Recréance et maintenue sont adjugées à celui dont le droit paraît préférable, ce qui les rapproche beaucoup de la réintégrande (*supra*, n^o 130), et aboutit, au moins en principe, à un dédoublement du procès. En fait, bien souvent, la solution provisoire met fin au procès possessoire par le préjugé qu'elle implique, s'il s'agit surtout de maintenue. POTHIER distinguera très nettement le cas où la possession est douteuse, qui aboutit, normalement, au séquestre du bien et le cas de maintenue qui ne laisse au demandeur d'autre ressource que l'action pétitoire (*Traité de la possession*, chap. VI).

3^o *Bien des règles romaines sont appliquées à la plainte.* — Celle-ci est assimilée, pour l'essentiel, à l'*uti possidetis*. A celui qui possède *alieno nomine*, par exemple au fermier, on refuse la plainte et, de ce fait, la saisine ; de même « pour simples meubles on ne peut intenter plainte » (LOYSEL, n^o 742) ; on exerce pour eux une procédure dite « d'aveu » où le pétitoire se mêle au possessoire. Enfin, la plainte, comme l'*uti possidetis*, est une action double où chacun des plaideurs se dit troublé et se trouve à la fois demandeur et défendeur « contredisant à l'autre en toute chose » (*Grand Coutumier*, n^o 247).

Cette introduction de droit romain est faite vers 1340, sous l'influence du Parlement de Paris. Une première preuve en est fournie par les *Styles du Parlement* de cette date qui donnent de longs conseils pour agir de *novitate*. D'autre part, le *Grand Coutumier* rappelle l'action d'un président du Parlement, Simon de Bucy.

4^o La plainte gardera pourtant des traits qui rappellent l'ancienne saisine ; celle-ci est conçue comme une propriété au petit pied et on ne distingue pas parfaitement, malgré les efforts des praticiens savants, tel Simon de Bucy, le possessoire et le pétitoire ; c'est en ce sens que LOYSEL dira que dans la possession il y a « du droit de propriété entremêlé » (n^o 728). Le juge, invité à comparer deux possessions, adjugera la saisine à celui « qui a le plus juste et le meilleur titre » (*Grand Coutumier*, p. 232 ; *Stilus Curie*, XVIII, 8) ; c'est-à-dire qu'il tranche déjà le fond du problème et examine les titres produits.

L'interdit *uti possidetis* est personnel (la formule dit : *uti alter ab altero possidetis*) et il n'est délivré que contre celui qui possède. La plainte, au contraire, est donnée non contre le spoliateur, mais contre tout détenteur : on dira, en ce sens, qu'à l'opposé de la réintégrande (*supra*, n^o 131) elle est réelle. Enfin, la plainte demeure possible pour les droits incorporels, droits de justice ou de patronage, dîmes et pour les universalités mobilières. On hésite, au contraire, à l'accorder pour un office royal ou pour une servitude. Pour les bénéfices ecclésiastiques, le Parlement admettra, à partir du xiv^e siècle, une protection possessoire qui établira son droit de contrôle sur la collation de ces bénéfices.

SECTION III. — De la rédaction des coutumes au Code civil

[134] LES IDÉES NOUVELLES. — A partir du XVI^e siècle, les changements sociaux et politiques vont modifier grandement le champ et la conception de l'action possessoire :

1^o *Changement social d'abord.* — La propriété individuelle est désormais bien dégagée de la propriété familiale et les idées féodales sont en décadence ; on s'achemine vers la propriété individuelle et la saisine n'est plus considérée que par référence à la propriété (et, le plus souvent, à l'occasion d'un procès pétitoire). La règle romaine de l'*uti possidetis* convient bien aux tendances nouvelles, identiques, en somme, à celles qui avaient présidé à sa création au moment où à la théorie de l'*usus* avait été substituée celle de la *possessio*. On peut ajouter que la rédaction de contrats écrits rend normalement plus facile la preuve de la propriété et que les parties, redoutant moins la *probatio diabolica* du procès pétitoire, se désintéressent de l'action possessoire.

2^o *Changement politique certain.* — L'attitude de la royauté n'est plus la même. Au XIII^e siècle, elle avait vu dans les actions possessoires un moyen d'imposer sa paix et, aussi, d'étendre la compétence de sa justice. La théorie du cas royal ou de la prévention servait ces desseins établis, au surplus, par le fait que plus de la moitié des procès jugés aux *Olim* sont des procès de saisine. Désormais, le pouvoir du roi est incontesté et il se désintéresse de l'action possessoire ; au contraire, les praticiens y sont attachés, à raison des avantages de procédure (et aussi de chicane) qu'elle suppose. Les coutumes rédigées ne traitent que brièvement de la question qui est abandonnée aux praticiens et qui sera reprise et unifiée par l'ordonnance sur la procédure de 1667.

[135] DÉSUÉTUDE DE LA RÉINTÉGRANDE. — L'action répond si bien aux besoins de la pratique, qu'elle persiste aujourd'hui encore avec ses caractères propres.

1^o Les Romanistes, et spécialement CUJAS, rappellent l'interdit *momentariæ possessionis*, la possession d'un moment, et l'assimilent expressément à la réintégrande (*Observ.*, XIV, 16, 1, 20) ; ils en font une action non plus possessoire, mais détentatoire et lui reconnaissent désormais un caractère réel.

2^o Le droit coutumier tente, un moment, d'assimiler la réintégrande et la recreance (qui est un incident de la complainte, destiné à attribuer la possession de la chose pendant le procès) ; mais le demandeur en recreance allègue non la spoliation, mais la probabilité de sa possession. L'ordonnance de 1667 comporte un titre sur « les complaints et réintégrandes » (tit. 18) et elle admet une « réintégrande par action civile et ordinaire » et une réintégrande « extraordinaire par action criminelle » au bénéfice de celui qui aurait été dessaisi par violence et voie de fait. Si les progrès de la justice royale restreignent le domaine de la réintégrande, POTHIER la connaît encore et la définit « une action que, celui qui a été dépossédé par violence de quelque héritage, a contre celui qui l'en a dépossédé pour être rétabli en sa possession ».

3^o Le Code civil ne mentionnait qu'une fois la réintégrande, dans l'art. 2060 abrogé en 1867, qui autorisait la contrainte par corps « en cas de réintégrande pour le délaissement, ordonné par justice, d'un fonds dont le propriétaire a été dépouillé par voie de fait ».

Le Code de Procédure ne comportait aucune distinction des diverses actions possessoires ; ainsi se trouvaient maintenues l'équivoque et les hésitations de l'ancien droit. Beaucoup d'auteurs n'admettaient pas l'existence de la réintégrande comme action autonome, l'art. 2060 ne concernant, d'après eux, que les effets de l'action qui, quant à ses conditions et ses règles d'exercice, demeurait identique à la complainte (TROPLONG, *Traité de la prescription*, n^o 296) ; mais la jurisprudence, toujours dans le but de réprimer les violences, a admis que la réintégrande pouvait être exercée, si une violence lui avait été faite, par un simple détenteur ou par celui qui n'avait qu'une possession de pur fait ou une possession vicieuse. Un avis, du Conseil d'Etat du 8 février 1812, devait consacrer la disparition de la réintégrande demandée par la voie criminelle.

[136] LA COMPLAINTE, ACTION POSSESSOIRE. — L'essentiel de l'ancienne action persiste ; mais la confusion avec l'action romaine est accomplie. L'action est donnée à celui qui possède *animo domini* (mais aussi à l'emphytéote, à l'usufruitier et au locataire de plus de neuf ans pour la défense de leur propre

droit). Elle est donnée aussi bien au cas de trouble de droit (l'acte judiciaire ou extra-judiciaire contestant la possession) que de trouble de fait (anticiper sur le terrain d'autrui, s'en approprier la récolte). Quelques nouveautés cependant apparaissent :

1^o Anciennement, la plainte était portée devant les juges qui prononçaient aussi sur le pétitoire, ce qui occasionnait de dispendieuses lenteurs. Charles VII pose le principe de la séparation des compétences. L'ordonnance de 1667 (tit. 18, art. 5), impose le non-cumul du pétitoire et du possessoire. La loi du 24 août 1790 attribue compétence aux juges de paix, règle reprise par l'art. 3 du Code de Procédure.

2^o La saisine d'an et jour impliquait la *bonne foi* (LOYSEL, n^o 737). Désormais, on insiste sur la qualité de la possession plus que sur la durée : la coutume de Paris et l'ordonnance de 1667 mentionnent bien la nécessité d'agir dans le délai d'an et jour après le trouble, mais non l'exigence d'une possession d'un an avant le trouble que reprendra seulement l'art. 23 du Code de Procédure. Cependant, la possession de moins d'un an est réputée annale, dans tous les cas de jonction de possession : l'acquéreur pouvant joindre à la sienne la possession de son auteur.

3^o C'était inviter le juge à examiner le *titre* invoqué devant lui (ce qui était contraire à la pure doctrine romaine). La difficulté est toujours actuelle et la séparation du possessoire et du pétitoire impose au juge de n'examiner les titres que pour éclairer le possessoire : ce qui équivaut, a-t-on dit, à rendre une demi-justice.

[137] Il est certain qu'aux XVII^e et XVIII^e siècles, et plus nettement aujourd'hui — après le sursaut que leur a valu l'attribution de compétence aux juges de paix — les actions possessoires sont en nette décadence. Une première raison vient de l'apparition de nouvelles procédures sommaires. Au XIII^e siècle, l'action de saisine jouait, bien souvent, le rôle que joue aujourd'hui le référé.

L'expulsion d'un locataire, dont le bail est expiré, ou d'un squatter n'est plus un procès possessoire. L'histoire des procédures sommaires est, à cet égard, fort instructive. Le procès sommaire étant devenu lui-même trop long, encombré de trop de délais et d'exceptions, la pratique recourut, au moins à

partir du xv^e siècle, à la voie plus rapide des ordonnances de provision : le Châtelet de Paris confie, par exemple, couramment, par cette voie, le bien revendiqué à l'une des parties ou lui permet de le cultiver (OLIVIER-MARTIN, *Sentences civiles du Châtelet*, *RHD*, 1914-1915, nos 95, 96, 120, 122, 125...).

D'autre part, l'histoire des actions possessoires illustre parfaitement ce qu'écrivait M. CARBONNIER (*Droit civil*, t. II, p. 138) : les civilisations administratives s'accommodent aussi mal de la possession que de la coutume, car elles sont des faits et des apparences qui apparaîtront toujours anarchiques.

Pourtant, la revanche du fait sur le droit — la révolte des faits contre le Code — conduit à préférer le pouvoir au droit et le possesseur au propriétaire et, en somme, le « social » au « juridique ». La saisine franque prend, à cet égard, valeur d'exemple : elle était si différente, dans son fondement, de la possession romaine, qu'elle ne passera que bien difficilement sous la toise du *Digeste* ; mais elle est si réaliste et plastique qu'elle annonce les situations du droit moderne : l'occupant de bonne foi, le locataire maintenu dans les lieux, mieux encore le fermier rural qui, s'il n'est pas un possesseur, en vient à avoir un droit quasi réel que bien des traits rapprochent d'une saisine. On ne peut, pour de telles situations, employer le vocabulaire romain ou celui du Code civil et s'essayer à un dosage des notions de propriété et de possession : les situations actuelles, comme la saisine franque, impliquent une conception générale du droit où la propriété a moins d'importance que la maîtrise et la jouissance de la chose.

ÉTAT DES QUESTIONS

C'est au XIX^e siècle que la question de la saisine a été particulièrement étudiée et à peu près tous les systèmes possibles ont été proposés : celui d'une possession de fait qui vient plutôt des romanistes, LABAND, 1869 ; SOHM, 1879 ; TOBBE, 1835 ; et surtout, HEUSLER, *Die Gewere*, Weimar, 1872 ; *Institutionen*, 2 vol., 1885-1886 ; cf. BRISSAUD, *Droit privé*, p. 1225 et VIOLLET, éd., 1905, p. 1905 ; celui d'une propriété plus ou moins relative avec ALBRECHT, 1828 ; BRUNS, 1848 ; SCHULTE ; celui d'une saisine, forme du droit réel, avec HUBER, *Die Bedeutung der Gewere*, 1894 ; GIERKE, BRUNNER. Toutes ces théories ont été exposées par A. ESMEIN, *Théories de la possession en Allemagne*, dans *RHD*, 1877, p. 489 et, avec une incomparable subtilité, par Ernest CHAMPEAUX, *Essai sur la vestitura ou saisine*, 1899.

Pour le droit anglais, l'exposé de F. JOÛON DES LONGRAIS, *La conception anglaise de la saisine du XII^e au XIV^e siècle*, demeure un modèle.

Le droit du Bas-Empire fait l'objet du travail de J. de MALAFOSSE, *L'interdit momentariæ possessionis*, th., Toulouse, 1947. Sur la *lex romana canonice compta*, éd. Guido MOR, p. 195, n^o 288, qui reprend le texte du Code Just., III, 16, 1 et son utilisation en Italie, Paul FOURNIER, *Mélanges Girard*, t. I, p. 496. G. CORNIL, *La protection possessoire dans les leges romanae barbarorum*, dans *Mél. Fitting*, 1907, p. 257-285.

Pour le droit français, on doit faire état des exposés synthétiques de BRISSAUD, p. 1224-1258, d'OLIVIER-MARTIN, *Coutume de Paris*, t. II, p. 45-72, de GLASSON, *De la possession et des actions possessoires*, dans *RHD*, 1890, p. 588 et 633 repris *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. VII, p. 272 et surtout faire appel aux sources : spécialement au *Grand coutumier de France* et aux styles du Parlement de Paris (publ. GUILHIERMOZ, *Enquêtes et procès*, 1892, p. 232 ; et Paul OURLIAC, dans *Mélanges d'archéologie et d'hist.*, t. 54, 1937, p. 339). Sur la distinction, au XII^e siècle, en Flandre, de l'action possessoire et de l'action pétitoire : F.-L. GANSHOF, *Le Moyen Age*, 1963, p. 259-270.

L'exposé donné au texte a été dépouillé de toute discussion érudite dans une matière où tout, à peu près, est discussion. On perçoit, ici ou là, l'existence d'autres voies possessoires qui tiennent aux traditions coutumières et, plus encore, aux conditions politiques :

1^o En Anjou et Touraine, il existe une *procédure d'applègement* qui est une offre de caution du demandeur qui veut obtenir que la chose dont il a été spolié soit mise sous la main de justice : cout. Anjou, art. 167 ; Maine, art. 188 ; POITOU, *Le vieux coutumier de Poictou*, éd. FILHOL, 1956, p. 69-79. L'action serait connue du *Grand coutumier*, p. 253 et c'est pour simplifier cette procédure que Simon de Bucy aurait imaginé la complainte.

2^o Dans le droit parisien existe une *action de simple saisine* étudiée par OLIVIER-MARTIN, t. II, p. 61, qui disparaît au XVI^e siècle : elle était ouverte à celui qui n'avait pas agi dans l'année du trouble et ne pouvait dès lors intenter la complainte. S'il justifiait d'une possession de dix ans et d'un titre, il était recevable. Loysel mentionne cette action (n^{os} 750-753) qui aboutissait à intercaler entre la possession annale et la propriété une saisine de dix ans qui fait l'objet d'une protection spéciale.

3^o Celui qui craint d'être troublé peut *demandeur sauvegarde* au roi, au duc ou au comte : c'est-à-dire défense à toute personne de le troubler dans sa possession. Cette voie permet l'intervention supérieure et elle paraît fort générale. Le droit normand fait preuve ici d'une très grande originalité : toujours le duc de Normandie s'était efforcé de maintenir la paix dans ses états et cette préoccupation le conduit à réprimer en même temps que les guerres privées (cf. YVER, *L'interdiction des guerres privées dans le très ancien droit normand*, Caen, 1928), toute atteinte à la possession paisible. Le *Très ancien coutumier de Normandie* (chap. XXII) admettait encore le duel judiciaire entre le spolié et le spoliateur et, par là, le triomphe du spoliateur si, comme on peut l'imaginer, il était le plus puissant. Le duc intervient pour donner le droit à l'une des parties d'en appeler à lui par

la voie d'une *recognitio* : ici encore il s'agit d'une requête adressée au duc ou à son bailli par celui qui craint d'être dépossédé et qui se place ainsi *in recognitione*, en sauvegarde. Suit un ordre du bailli et si, malgré cet ordre, le violateur persiste, il est convoqué à la prochaine assise du duc. Une enquête par douze nobles est ordonnée, et si elle tourne à l'avantage du plaignant, le duc peut infliger à son adversaire toute peine qu'il voudra : cf. les belles études de R. BESNIER, *Inquisitiones et recognitiones* ; le nouveau système des preuves à l'époque des coutumiers normands, dans *RHD*, 1950, p. 183-212 ; Le procès pétitoire dans le droit normand du XII^e et du XIII^e siècle, *RHD*, 1952, p. 195-222 ; Le procès possessoire dans le droit normand du XII^e et du XIII^e siècle, *RHD*, 1953, p. 378-408. Egal. note CARABIE, dans *NRH*, 1953, p. 329.

Cette procédure était générale et elle assurait la protection de la propriété autant que de la possession. Forcément la coutume va énumérer les personnes qui peuvent y recourir et la lettre royale prendra la forme, normale dans la procédure anglo-normande, d'un bref : il a été question du bref de nouvelle dessaisine (cf. J.-R. STRAYER, *Le bref de n. dess. et le « Commun » de Normandie*, dans *RHD*, 1937, p. 479), qui vise une spoliation récente et ordonne la remise en possession de celui qui « exploitait », c'est-à-dire qui a fait les récoltes au mois d'août précédent. La *Summa de legibus* exige que ce bref soit donné à une possession de « bonne qualité », c'est-à-dire non acquise par la violence. Le bref de « mort d'anceseur » (d'ancêtre) est donné au plus proche héritier qui réclame la saisine du *de cuius* et il date sans doute d'une assise de 1176.

4^o Le droit normand connaît encore une voie possessoire issue d'une action pénale : la *clameur de haro*. Il s'agit d'un cri d'appel aux voisins, probablement d'origine germanique, qui suppose un flagrant délit. On appelle le secours des voisins pour saisir le coupable et le conduire devant la justice du duc. Au XIII^e siècle, l'appel s'adresse aux sergents du roi et aux hauts justiciers « pour cause criminelle » et, les questions possessoires et pénales étant mal distinguées, il est exercé au cas de dépossession violente. Le *haro* doit arrêter immédiatement le violateur ; s'il persiste, il y a outrage à la justice royale ; s'il obtempère, les deux parties doivent donner caution ou garder la prison tandis que le bien est mis sous séquestre. L'affaire est portée devant la Cour qui prononce une amende arbitraire contre le perdant (GLASSON, dans *RHD*, 1882, p. 396 ; PISSARD, *La clameur de haro dans le dr. normand*, 1911).

5^o Quant au droit méridional, il demeure à peu près inconnu. La *Coutume de Toulouse* (éd. GILLES, 1969, p. 95 et 210) contient un titre *De restitutione spoliatorum* qui concerne le cas de détournement de biens successoraux et qui est longuement commenté en 1296. Les *Fors de Béarn* connaissent une action pénale pour « assaut de maison » (éd. MAZURE et HATOULET, p. 117), et pour assaut d'une *domenyadura* de chevalier (p. 25) ; ils contiennent aussi des règles du procès possessoire qui mériteraient plus ample examen (p. 165). Le *Livre des Mandements* de Gaston PHÉBUS [contient] une lettre de sauvegarde qui n'est pas sans analogie avec le bref normand (éd. BRISSAUD et ROGÉ, p. 68). Le recours au roi dans les pays du Sud-Ouest a été étudié

par H. MOREL, L'appel a gravamine et la simple querelle et leurs origines romano-canoniques, dans *Ann. Fac. droit Toulouse*, 1955, p. 3-101.

6° Dans les pays coutumiers (cf. OLIVIER-MARTIN, t. II, p. 64), mais surtout dans les pays de droit écrit existe la *dénonciation de nouvel œuvre* dont l'origine romaine est probable (D., 39, 1 : *De operis novi nuntiatione*) mais qui a été parfaitement assimilée par les droits locaux : il s'agit — ce qui n'est pas sans analogie avec le haro — d'une voie extra-judiciaire. Un exemple très net est fourni à Avignon en 1307 : Philippe le Bel faisant construire la tour de Villeneuve, le comte de Provence mande trois bourgeois d'Avignon pour se transporter à l'extrémité du pont Saint-Bénézet, interdire au maître de l'œuvre de poursuivre la construction et jeter sur elle par trois fois une petite pierre en prononçant ces mots : *Nuncio opus novum* (M. FALQUE, *Le procès du Rhône et les contestations sur la propriété d'Avignon*, 1908, p. 21 et 113). Il semble bien que la double formalité du *jactus lapilli* et des paroles vient de la glose (l. 5 de *pupillo*, v° *Meminisse*), tandis que BARTOLE n'admet pas la nécessité des paroles. Les auteurs coutumiers (BOUTILLER) et le Parlement de Paris imposent l'intervention du juge. L'ordonnance de 1667 ne contient aucune disposition sur cette procédure. La doctrine observe le même silence. La loi de 1838 sur les justices de paix la mentionnera, mais sans qu'elle soit désormais nettement distinguée de la plainte.

La question du cas royal de nouvelleté est étudiée par E. PERROT, *Les cas royaux*, 1910, p. 188-203. RUFFINI, *L'actio spoli*, Turin, 1889, demeure fort utile. Sur les premiers glossateurs et spécialement la position « hérétique » de Martinus qui admet au nom de l'équité le cumul du possesseur et du pétitoire : Mgr LEFEBVRE, De quelques institutions d'origine germanique et de leur influence sur le droit commun, dans *Mélanges Raymond Monier*, 1958, p. 179-185. Comme il est fréquent, les canonistes reprennent sur ce point les idées de Martinus.

Sur le délai d'an et jour : le vieil article de FOCKEMA-ANDREAE, Die Frist von Jahr und Tag, dans ZSS, t. 14, 1893, p. 75 ; MAITLAND, Possession for year and day, dans *Law Quart. review*, t. 5, 1883, p. 253 ; L. CABRAL DE MONCADA, A posse de ano e dia, 1928 (et MAYER, ZSS, t. 50, p. 583) ; G. BRAGA DA CRUZ, A posse de ano e dia no direito hispanico medieval, dans *Boletim da Faculdade de Direito*, t. 25, 1949, p. 1-28 ; Paulo MEREIA, Sobre a posse de ano e dia, dans *Boletim Universidad Santiago de Compost.*, nos 49-50 ; Ramos LOSCERTALES, La tenencia de ano y dia en el derecho aragonès (1063-1247), *Acta Salmanticensia*, t. 5, 1952. Sur les longues et courtes prescriptions aux XII^e et XIII^e siècles : Ph. GODDING, *Hommage à P. Bonenfant*, 1965, p. 169-176.

Sur la Procédure sommaire et ses rapports avec la nouvelleté : REBUFFE, *Tractatus de sententiis executoriis* et, antérieurement, le *Speculum judiciale*, de Guill. DURAND, lib. I, 1, 9 et lib. IV, 1 ; aussi WAHRMUND, *Quellen zur Gesch. des römische kanon. Prozesses im mitt.*, t. IV, 1928. Sur l'origine du référé, E.-M. MEIJERS, Le développement des ordonnances de référé en France, dans *RHD*, 1948, p. 259-281 et *Etudes d'histoire du droit*, t. I, 1956, p. 185-205.

CHAPITRE III

LA PROPRIÉTÉ : TECHNIQUE ROMAINE

[138] La propriété est, en principe, un droit *exclusif* et *perpétuel*, mais ces caractères vont se trouver amendés pour des raisons pratiques et en fonction de l'évolution même du concept de propriété. Droit exclusif, la propriété ne se partage pas, une chose ne peut être pour le tout (*in solidum*) à la fois à moi et à un autre (D., 13, 6, 5, 15), les juristes romains n'en admettent pas moins l'existence de : 1) La *copropriété*. Plus encore que cet aménagement technique, la variété des 2) *Modes d'acquisition* de la propriété et de 3) Ses *sanctions* permet de voir comment a pu se dégager la notion d'une propriété relative conformément à l'évolution observée.

Enfin le droit romain admet : 4) L'*extinction du droit de propriété* pour des raisons matérielles ou juridiques.

SECTION I. — La copropriété

[139] Comme à l'accoutumée, les juristes romains n'ont pas élaboré de théorie générale, ils ont fait œuvre essentiellement pratique, se bornant à trancher des cas d'espèce. On peut néanmoins dégager une évolution à travers les différentes solutions adoptées.

Il semble que parti d'un régime *individualiste* « où chaque copropriétaire avait, d'une manière indépendante, le droit d'agir et d'empêcher les autres copropriétaires d'excéder les limites de leur droit » (MONIER, I, p. 372) le droit romain ait abouti à un système assez proche de la *propriété collective* : grâce à la

restriction des droits individuels (solidarité entre copropriétaires et recherche de l'intérêt collectif) et au contrôle judiciaire.

En principe, cependant, la copropriété ou indivision (*communio* à Rome : D., 17, 2, 31) doit être bien différenciée de la propriété collective. Dans celle-ci, le droit sur la chose appartient à la collectivité considérée comme une personne morale, il n'entre pas dans le patrimoine individuel des membres de la communauté. Dans l'indivision, chaque copropriétaire a dans son patrimoine un droit sur l'ensemble de la chose. Cette situation peut résulter d'un acte de volonté (achat en commun d'un objet) ou être indépendante de la volonté des intéressés (cohéritiers, v. t. III, p. 314 ss.).

[140] LA PROPRIÉTÉ PARTIELLE. — A l'origine, chaque copropriétaire a sur le bien une propriété intégrale (v. GAUDEMET, thèse, p. 19). Dans l'indivision naturelle qui existe entre les héritiers à la mort du chef de famille (*antiquum consortium* : GAIUS, 3, 154 a, v. t. III, p. 358), chacun a le droit d'aliéner pour le tout un bien de la succession. Mais, à la fin de la république, chaque indivisaire n'a plus qu'une *propriété partielle* (D., 50, 16, 25, 1). Le bien reste indivis, mais la propriété est partagée. En principe, le droit de chaque copropriétaire est indépendant de celui des autres, mais ce droit est limité dans son exercice par la nécessité de respecter les droits des autres copropriétaires (D., 22, 1, 25, pr.). L'usage excessif ou anormal de la chose peut se heurter à l'opposition (*jus prohibendi* : D., 8, 2, 27, 1) d'un copropriétaire. Chaque indivisaire a le droit de percevoir fruits et produits proportionnellement à sa part de propriété sur la chose, il peut faire sur le bien toute opération juridique à condition d'en limiter la portée à sa part indivise (aliénation ou hypothèque, par exemple). Si un copropriétaire a engagé des dépenses pour l'entretien ou la remise en état de la chose indivise, sans opposition des autres, il peut leur demander de participer aux frais à proportion de leur part de propriété (le refus de participer entraîne dans les quatre mois perte du droit de copropriété : C., 8, 10, 4 et 5).

Les rapports entre copropriétaires ne découlent pas uniquement du droit d'opposition (*jus prohibendi*), il existe entre eux un droit d'accroissement (*jus adcrendi*) : en cas d'excinc-

tion du droit d'un indivisaire, sa part sur la chose est acquise automatiquement par les autres, indépendamment de la volonté et même à leur insu. Il y a là « un vestige du régime primitif dans lequel chaque copropriétaire était considéré comme propriétaire pour le tout de la chose commune » (MONIER, p. 371). Chaque copropriétaire a, encore à l'époque classique, vocation à la totalité de la chose.

Il est difficile d'adapter un concept de propriété foncièrement individualiste à une situation communautaire. Les litiges fréquents ne peuvent être réglés que par le partage de la chose commune. Nul ne peut être contraint de rester dans l'indivision, est un principe imposé par l'inconvenance de la situation issue de la copropriété (v. t. III, p. 357).

Dans les compilations de JUSTINIEN, on essaie d'organiser l'indivision. L'indivisaire n'a plus de droit de veto (*jus prohibendi*). Les décisions sont prises à la majorité, qui est calculée d'après l'importance des parts sur la chose et non d'après le nombre de voix ; la minorité conserve le droit d'obtenir en justice la nullité de la décision s'il en résulte un dommage injustifié. L'action *communi dividundo* (action en partage d'une chose commune) peut être intentée, non seulement pour mettre fin à l'indivision, mais pour obtenir règlement de comptes et, de façon plus générale, pour trancher tous litiges entre copropriétaires au cours de l'indivision (D., 8, 2, 26 ; 10, 3, 12 et 26 ; 39, 1, 3, 1 et 2).

Si l'indivision n'est plus inorganique elle n'en est pas moins temporaire par essence. Le partage peut toujours être demandé et, à la différence de notre droit moderne, son effet est translatif de propriété et non pas déclaratif.

SECTION II. — Acquisition de la propriété

[141] On a parfois confondu les modes d'acquisition de la propriété avec les principes qui légitiment le droit de propriété. L'occupation a été souvent considérée comme justifiant naturellement la propriété. Mais l'occupation, comme tous les autres modes d'acquisition, n'est qu'une technique qui n'a de valeur qu'une fois admis le principe de propriété.

Les deux problèmes sont cependant étroitement liés, les modes d'acquisition du très ancien droit peuvent, en effet, nous renseigner sur les origines et par là même sur la légitimité de la propriété privée. Une fois de plus, partisans du droit et du fait s'affrontent. L'échange, un tantinet romantique, entre bons sauvages a d'autant plus d'adeptes que l'on peut, grâce à lui, facilement passer à la vente, mode normal d'acquisition en droit moderne (v. t. I, n° 23). Pour d'autres, moins optimistes, la violence serait le mode originel d'acquisition de la propriété (KASER, I, p. 138), comme elle est d'ailleurs à l'origine de sa protection. En quelque sorte, pour les premiers Romains, « la propriété c'est le vol ».

Il est malaisé de déceler dans nos textes, relativement récents, la part de véracité des deux conceptions. On fait peut-être trop de place, sur la foi de textes tardifs, à l'occupation et par là même à l'importance originelle des questions de fait (v. *supra*, n° 43).

Les modes d'acquisition de la propriété peuvent être définis comme étant les faits juridiques ou matériels qui font entrer un droit de propriété dans le patrimoine. Si les compilations romaines, comme le Code civil, n'établissent pas de classifications, elles sont cependant fort utiles, compte tenu de la variété des techniques. Si on laisse de côté les concessions accordées par l'Etat, qui sont une source importante de la propriété privée (v. *supra*, n° 35), on peut adopter la distinction que fait la doctrine moderne entre : 1) Les modes originaires et les modes dérivés, subdivisés eux-mêmes en 2) Modes dérivés volontaires ; et 3) Modes dérivés non volontaires.

§ 1. MODES ORIGINAIRES D'ACQUISITION

Ils sont fondés sur la *naturalis ratio*, faisant partie du *jus gentium*, ils peuvent être utilisés par les citoyens et les pérégrins (KASER, I, p. 358). Ce sont : a) L'occupation ; b) L'accession ; c) La spécification ; et d) L'acquisition des fruits.

[142] a) L'OCCUPATION. — C'est le mode d'acquisition des *res nullius*. Non seulement le nombre de celles-ci ne cesse de décroître avec les progrès de la civilisation, mais l'occupant

voit souvent sa part réduite par l'intervention de l'Etat (cf. le projet de Code civil mettant tous les biens sans maître à la disposition de la nation : FENET, t. II, p. 124 et C. C., art. 713 et 539). L'histoire de ce procédé est celle de sa décadence.

A l'époque ancienne, les biens sans maître sont nombreux : gibier, poisson..., leur liste ne se limite pas aux meubles. En font partie : les îles se formant dans la mer, les biens abandonnés volontairement par leur maître ou laissés par quelqu'un mort sans héritier. Sous l'Empire, l'impécuniosité de l'Etat l'amène à s'attribuer les successions vacantes. En cas de déshérence, le fisc peut, s'il le désire, se charger de la succession (v. t. III, p. 354). La personne et les biens de l'ennemi ou de l'étranger, dont la patrie n'a pas conclu de traité avec Rome, appartiennent à celui qui s'en empare. Là encore l'Etat s'attribue la plus grosse part, c'est-à-dire le butin fait par l'armée en campagne, quitte au général victorieux d'en abandonner une partie à ses troupes, ce qui est fréquent.

Dans tous ces exemples d'occupation, la propriété est acquise par la prise de possession (*occupare* dérive de *capere* : prendre). L'évolution nous montre parfois que la *naturalis ratio* finit par céder devant des considérations techniques, devant la *ratio* du juriste. Dans le cas du gibier, l'appropriation se réalise dès lors que l'animal blessé est en mesure d'être pris par le chasseur : saine conception, du point de vue cynégétique (cf. notre jurisprudence actuelle : PLANIOL-PICARD, t. III, n° 597). Mais au cours de l'époque classique, la majorité des jurisconsultes exige l'appréhension matérielle, ce qui est juridiquement plus satisfaisant et évite bien des difficultés (D., 41, 1, 5, 1). Le droit romain ne reconnaît aucun droit spécial du propriétaire d'un fonds sur le gibier qui s'y trouve, il s'agit véritablement d'une *res nullius* (dans notre droit moderne, seul le principe est sauf). Le propriétaire peut interdire l'entrée de son fonds, et par là même se réserver le droit de chasse (D., 41, 1, 3, 1 ; I, 2, 1, 12).

Pour les choses abandonnées, l'acquisition par occupation a remplacé, à une époque difficile à préciser, l'acquisition par usucapion. Parfois, l'acquisition de la propriété par occupation n'implique pas une prise de possession, mais l'*invention*, la

trouvaille. C'est le cas des pierres précieuses ou des perles que l'on trouve le long du rivage de la mer (*margaritae in littoribus inventae* : D., 41, 2, 1, 1).

[143] LE TRÉSOR. — C'est surtout le cas du *trésor* : dépôt d'argent tellement ancien qu'il n'en reste plus de mémoire et qu'au moment où on le découvre, il n'a plus de propriétaire (D., 41, 1, 31, 1). *Stricto sensu* il ne s'agit pas d'une *res nullius*, car le propriétaire ou ses héritiers existent peut-être, mais ils sont inconnus (C., 10, 15, 1). L'incertitude est telle qu'elle annule pratiquement le droit (BIONDI, p. 229). Si le trésor est un « bienfait de Dieu » (C., 10, 15, 1), il y a beaucoup d'appelés et à peine moins d'élus. Tout cependant, à l'origine, paraissait d'une simplicité évangélique. « Le Royaume des Cieux est semblable à un trésor caché dans un champ. L'homme qui l'a trouvé le cache (à nouveau), puis, dans sa joie, il s'en va vendre tout ce qu'il a et achète le champ » (MATTH., 13, 44). « C'est un homme habile mais à la différence de l'économiste infidèle, il se comporte avec correction, sinon avec une grande délicatesse » (DAUVILLIER, *RIDA*, 1957, p. 108). En droit classique romain, comme dans le droit juif auquel se réfère le texte de l'Évangile, il n'existait pas, en effet, de notion juridique du trésor, le droit de propriété s'étendant à l'accessoire (v. *infra*, p. 274), le trésor appartenait au propriétaire du fonds où il était enfoui (D., 41, 2, 3, 2). Au début de l'Empire, en application de la théorie des biens en déshérence, c'est l'État qui s'empare du trésor. Mais il est relativement facile de frustrer le fisc en cachant sa découverte, c'est pourquoi l'État suscite au propriétaire du terrain un concurrent éventuel en la personne de l'inventeur, et stimule par là même le zèle des chercheurs (cf. sous la Révolution française, la prime à la dénonciation des pseudo-trésors cachés par les familles aristocratiques). Selon les époques, le fisc maintient ou abandonne ses droits et l'on s'arrêtera à un *judicium rusticorum* : moitié à l'inventeur, moitié au propriétaire du terrain (I., 2, 1, 39), solution admise sous Hadrien, puis abandonnée avant d'être définitivement adoptée en 474 (cf. les aléas signalés par la *Novelle* 51, de LÉON LE SAGE).

[144] b) L'ACCESSION. — Ce mode d'acquisition est la conséquence du principe selon lequel le propriétaire d'une chose,

considérée comme principale, est propriétaire des accessoires de cette chose (v. *supra*, n° 11). Le procédé est parfois présenté comme n'étant que le résultat de l'*attraction* naturelle exercée par la chose principale (*mea res per praevalentiam alienam rem trahit* : D., 6, 1, 23, 4). Le droit romain n'a pas plus élaboré de théorie générale de l'accession qu'il n'a utilisé ce terme dans un sens technique. Ce sont les commentateurs qui ont fait œuvre de synthèse à partir des cas d'espèce dégagés dès l'époque classique.

Non seulement le domaine d'application de l'accession est hétérogène, mais l'acquisition de la propriété qui en découle n'est pas toujours définitive. « Dans certains cas où notre droit moderne admet une acquisition définitive de la propriété par le propriétaire de la chose principale, les Romains déclarent que le droit du propriétaire de la chose accessoire est simplement suspendu pendant l'union » (MONIER, I, p. 399). La séparation du principal et de l'accessoire n'est pas, en effet, toujours impossible mais elle est en général onéreuse.

L'accession, rare 1) Entre deux immeubles, est plus fréquente 2) Entre un meuble et un immeuble ou 3) Entre deux meubles.

1) *Accession d'immeuble à immeuble*, elle s'opère naturellement et en général sous l'influence de l'eau (cf. C. C., art. 556 sq.) : a) *Alluvion* (accumulation de sédiments sur les berges) ; ou, cas plus rare, b) *Avulsion*, c'est-à-dire, bloc de terrain transporté sur le fonds voisin par inondation ou éboulement (D., 39, 2, 9, 2 ; possibilité, pour le propriétaire du bloc transporté, de le revendiquer, s'il a conservé son individualité et si les arbres qui s'y trouvaient n'ont pas encore pris racine sur leur nouvel emplacement) ; c) *Abandon* du lit d'un fleuve ; ou d) Naissance d'une île dans un fleuve : appropriation par le riverain propriétaire des deux rives, sinon l'île ou le lit est partagé entre les deux riverains suivant la ligne médiane (D., 41, 1, 7, 3, sq.). Tous ces cas d'accession sont naturels mais ils sont relativement rares, même dans un pays méditerranéen où le régime des eaux est des plus capricieux. Beaucoup plus fréquentes sont les formes d'accession artificielle, qui ont à leur origine une activité humaine et pour objet un meuble incorporé soit à un immeuble, soit à un autre meuble.

2) *Accession d'un meuble à un immeuble* par suite de construction ou de plantation (cf. C. C., art. 553 sq.). Le propriétaire d'un fonds sur lequel un tiers exécute des constructions ou des plantations devient propriétaire de l'ensemble dès que les matériaux ou plants ont été incorporés au sol et ne peuvent être enlevés sans dégâts (*superficies solo cedit* : GAIUS, 2, 73). La solution est rationnelle pour les plantations qui ont pris racine et les semailles qui ont germé (D., 41, 1, 26), la nature a complété l'œuvre de l'homme. Rien de tel pour les constructions. Logiquement, le propriétaire des matériaux doit pouvoir en provoquer la séparation. Mais dans un but d'utilité générale, et cela dès la *loi des XII Tables* (6, 7), cette possibilité lui est refusée (en droit français, au contraire, « cette faculté doit lui être refusée, parce que l'accession est une manière d'acquérir, qui dépouille le propriétaire de sa chose » : PLANIOL-PICARD, t. III, n° 266). Le droit réel du propriétaire des matériaux n'est que suspendu, il reprend sa vigueur si les matériaux recouvrent leur individualité, à la suite d'une destruction de l'édifice par exemple (sauf pour celui qui a construit *sciemment* sur le sol d'autrui : le propriétaire du fonds acquiert dans ce cas la propriété des matériaux par accession : D., 41, 1, 2, 7, 12). Il n'en va pas de même pour le propriétaire des plants ou semences, car ces derniers en prenant racine ont changé de nature (D., 41, 1, 26, 1). Que la revendication soit éteinte par l'attache au sol ou neutralisée dans l'intérêt général, le propriétaire des choses mobilières n'en conserve pas moins, sauf mauvaise foi de sa part, une action en indemnité pouvant, dans certains cas, atteindre le double de la valeur (action *de tigno juncto*).

3) Nécessités pratiques et intérêt général justifient les solutions adoptées en matière d'accession d'immeuble à immeuble ou de meuble à immeuble, et permettent de distinguer le principal de l'accessoire. Au cas d'*incorporation d'un meuble dans un autre*, la distinction est plus malaisée à établir. L'accession d'une chose mobilière à une autre chose mobilière, tant par la variété des cas d'application que par la multiplicité des points de vue auxquels on peut se placer, interdit de dégager des règles bien précises. Fidèles à leur tactique, les juristes romains cherchent le plus possible à éluder le problème en reconnaissant les droits

respectifs des propriétaires, avec la correction procurée par le critère de la mauvaise foi. Au cas où l'union n'est pas indissoluble, le droit de revendication de celui qui est propriétaire de l'accessoire n'est que suspendu, sauf s'il a incorporé sciemment sa chose à celle d'autrui. Le propriétaire de l'accessoire peut même, pour pouvoir revendiquer, provoquer la séparation grâce à l'action *ad exhibendum* (D., 6, 1, 23, 5). En dépit de leur répugnance à admettre l'acquisition définitive de la propriété par le propriétaire de la chose principale, les juristes ne peuvent éviter ce moyen extrême lorsque l'union entre les deux choses mobilières est indissoluble. Certes, le partage ou la copropriété permet encore d'éviter l'option entre les deux propriétaires, mais ce sont là des solutions qui ne sont pas toujours possibles ou équitables (*confusio* et *commixtio*, v. D., 6, 1, 5, pr. ; 41, 1, 12 et 46, 3, 78). Obligés d'attribuer la propriété de l'ensemble au propriétaire d'une des choses mobilières, les juristes de l'époque classique n'ont pu se mettre d'accord sur le critère à utiliser pour distinguer le principal de l'accessoire.

Critère matériel pour les uns (*Sabiniens*), critère économique et social pour les autres (*Proculiens*), prise en considération de la quantité pour les premiers, de la qualité pour les seconds, cette dernière solution devait l'emporter dans les compilations byzantines (I., 2, 77 et 78). Le scribe qui a écrit sur le parchemin d'autrui, le peintre qui a utilisé un tableau qui ne lui appartenait pas, sont les thèmes favoris de discussion entre juristes. Qualitativement il n'existe pas de comparaison entre le travail surtout matériel du scribe (sans rapport avec la propriété littéraire) et l'œuvre du peintre, aussi finira-t-on par admettre, à l'encontre des *Sabiniens* (D., 6, 1, 23, 3), le droit de propriété du peintre et du propriétaire du parchemin, scribe et propriétaire du tableau ayant seulement droit à une indemnité. Qualité du travail accompli, c'est là un critère nouveau qui sera largement utilisé en matière de spécification.

[145] c) LA SPÉCIFICATION est la création d'une chose nouvelle (*nova species*), la transformation par le travail humain d'une matière première, soit en changeant sa composition chimique, soit en modifiant complètement sa structure physique : vin fait avec le raisin d'autrui, étoffe tissée avec la laine n'apparte-

nant pas au tisserand, statue taillée dans le marbre d'autrui.

Fidèles au critère matériel (v. *supra*, n° 144), les *Sabiniens* considèrent que la chose nouvelle appartient au propriétaire de la matière première. En sens inverse, les *Proculiens* estiment que la chose ancienne a disparu, et avec elle le droit dont elle est l'objet, le spécificateur acquiert la propriété par son travail (GAIUS, 2, 79). Entre ces deux solutions extrêmes, c'est une formule de compromis qui finira par l'emporter. La chose appartient au propriétaire de la matière première si celle-ci peut revenir à sa forme primitive (métal transformé en vase à la différence du vin fait avec le raisin d'autrui). Dans le cas contraire, la chose appartient au spécificateur (I, 2, 1, 25).

La plupart des Codes modernes se partagent entre les deux solutions, mais le critère est devenu la valeur respective de la matière première et de la main-d'œuvre. La *nova species* appartient : a) Au spécificateur, sauf si la valeur de la main-d'œuvre est très inférieure à celle de la matière première (BGB, art. 950, C. C. italien, art. 940) ; b) Au propriétaire de la matière première, sauf si la valeur de la main-d'œuvre dépasse de beaucoup celle de la matière (C. C., art. 570 et 571). Les tentatives faites pour élever le débat paraissent bien vaines : protection du travail (spécificateur) contre le capital (propriétaire de la matière) ! Ceci n'est concevable qu'à la condition que le spécificateur soit un artisan et non pas un ouvrier d'usine, comme c'est de nos jours le cas le plus fréquent.

[146] d) L'ACQUISITION DES FRUITS. — Tant que les fruits ne sont pas détachés de la chose qui leur donne naissance, ils se confondent avec elle juridiquement (v. *supra*, n° 11). Quand ils sont détachés, ils appartiennent de plein droit au propriétaire de la chose qui les a produits, même s'il ne les a pas matériellement saisis (accession).

Il n'y a de difficultés qu'en cas de démembrement du droit de propriété. Ceux qui ont un droit très proche de celui du propriétaire : possesseur de l'*ager vectigalis*, emphytéote, possesseur de bonne foi (v. *infra*, n° 171), acquièrent les fruits par la séparation (D., 22, 1, 25, 1). Au contraire, l'usufruitier, bien qu'ayant un droit réel sur la chose, n'acquiert les fruits que par la percep-

tion, car son droit consiste dans la faculté de percevoir les fruits (MONIER, I, p. 403). Quant au titulaire de droit personnel, le fermier, son droit consiste également en la jouissance de la chose et il doit percevoir les fruits pour se les approprier.

ÉTAT DES QUESTIONS

SECTION I. — *La copropriété*

Si l'indivision est finalement rapprochée de la propriété collective des personnes morales, il ne faut pas oublier que c'est de l'indivision naturelle, qui existait entre membres de la communauté familiale à la mort du *pater* (*antiquum consortium* : GAIUS, 3, 154 a), que dérive en partie le contrat de société. Selon WIEACKER, *Societas Hausgemeinschaft und Erwerbgesellenschaft*, Weimar, t. I, 1936, p. 126 sq. ; cf. *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung*, Leipzig, 1940, il existe entre la propriété indivise et la propriété collective des personnes morales, une forme de copropriété sans indivision comme sans personnification : une communauté familiale, sorte de propriété en main commune (*Gesammte-Hand*) qui serait à l'origine de la société. V. BISCARDI, La origine della nozione di comproprietà, dans *LABEO*, 1955, p. 154 sq.

L'ouvrage fondamental reste toujours GAUDEMET, *Etude sur le régime juridique de l'indivision*, thèse de droit Strasbourg, 1934, c. r. de WIEACKER, *ZSS*, 1936, p. 294 sq. V. également BESELER, *Miteigentum*, *SDHI*, 1941, p. 421 sq. ; AMBROSINO, *SDHI*, 1950, p. 188 sq. V., à l'occasion d'un cas particulier, un essai de reconstitution des différentes tendances qui ont coexisté à l'époque classique, dans BRETONNE, *Servus communis. Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica*, Naples, 1958.

Sur l'influence du droit grec, v. BISCARDI, La genesi della nozione di comproprietà, dans *LABEO*, 1955, p. 154 sq. Cf., DU MÊME AUTEUR, L'indivision en droit grec, dans *RHD*, 1958, p. 321 sq., qui montre le dualisme que recouvre le concept de l'indivision en droit grec : 1) Indivision intégrale ou solidaire d'origine familiale ; 2) Nouvelle copropriété ou indivision par quotes-parts qui permet la création de communautés dynamiques à fin commerciale.

§ 1. *Modes d'acquisition*

D'autres classifications sont également possibles (v. BIONDI, p. 225 sq.) : Modes du droit public (vente du butin, *ager publicus* notamment) et du droit privé ; modes du *jus civile* (réservés aux seules personnes jouissant du *commercium* : *mancipatio*, *in jure cessio*) et du *jus gentium* (par exemple, la *traditio*, possible même entre pérégrins) ; modes d'acquisition conférant la propriété quiritaire et prétorienne ; modes à titre universel et à titre particulier (GAIUS, 2, 97), classification utile surtout pour les successions, encore qu'il existe de nombreux exemples de transmission universelle

entre vifs en droit romain (v. *supra*, n° 28 : Le patrimoine). Sur les interférences entre les techniques du transfert entre vifs et *mortis causa*, v. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Turin, 1955, p. 129.

De l'inexistence en droit romain de la distinction entre modes originaires et dérivés on ne saurait conclure à l'origine byzantine du concept de transfert de droit. V. sur ce point GALLO, *op. cit.*, p. 36.

§ 2. Modes originaires

a) *L'occupation*. — L'abandon d'une chose (*derelictio*) implique une volonté non équivoque (*animus derelinquendi*), v. la bibliographie citée par KASER, I, p. 359, n. 9, et II, p. 207, n. 3 et 4. En dernier lieu, v. l'article de HECK, *Occupatio*, dans ZSS, 1967, p. 355-357.

L'appropriation des *res derelictae* soulève quelques difficultés. Différence ou non entre les *res Mancipi* et les *res nec Mancipi*. Divergence possible entre Sabinien et Proculien. V. KASER, p. 359, et la bibliographie citée.

Evolution sujette à réversibilité en matière d'appropriation du gibier. Certains textes byzantins de basse époque reviennent à la solution classique : v. *Lois agraires, Hexabiblos d'Harmenopoulos*, édition HEIMBACH, préambule, art. 2. V. également SARGENTI, *Il regime dell'alveo derelitto nelle fonti romane*, dans BIDR, 1965, p. 195-273.

Au cours de l'époque classique, l'appropriation des immeubles par occupation a pratiquement cessé d'exister. Les terres incultes sont attribuées en vertu de la loi, les biens en déshérence qui n'intéressent pas le fisc sont exceptionnels, d'où la conclusion tirée par JUSTINIEN (C., 8, 4, 11) « il est ridicule de dire que c'est par ignorance que l'on a occupé la terre d'un autre comme la sienne propre, tout le monde doit savoir que ce qui n'est pas à soi, est aux autres de toute manière ». L'absence de *res nullius* immobilières est pour le législateur byzantin une vérité de La Palice.

V. FRANCIOSI, « *Res nullius* » et « *occupatio* », dans *Atti Acc. Sc. morali e politiche della Soc. naz. di Sc. Lett. ed Ant. in Napoli*, 1964, p. 2-18, et RICCOBONO, *Res nullius*, NDI, XV, 1968, p. 569.

Le trésor est par hypothèse un bien qui n'a plus de maître. Mais la revendication mobilière, à la différence de notre ancien droit et de notre droit moderne, conserve à Rome tous ses effets. Si le propriétaire de la chose découverte se révèle, il peut réclamer en justice la restitution du prétendu trésor. Encore doit-on observer que l'inventeur peut être accusé de vol si l'argent avait été enterré « pour en tirer profit, par crainte ou pour le conserver » (D., 41, 1, 5, 1 : cf. la subtile distinction des commentateurs du droit romain, entre celui qui thésaurise par avarice et celui qui thésaurise par force majeure : fortune cachée pendant une révolution par exemple).

On discute pour savoir à quel titre propriétaire et inventeur obtiennent leur part du trésor : accession ou bénéfice de la loi pour le premier, le fisc ayant abandonné ses droits en sa faveur ; invention ou bénéfice de la loi pour le second. V. LAURIA, *Dal possessore del tesoro all'inventor* (D., 41, 2, 3, 3), dans LABEO, 1955, p. 21 sq. et BRONDI, p. 230 sq., qui insiste sur le caractère autonome de l'*inventio*.

Sur la déformation du droit romain par les juristes de l'école du droit naturel, v. ARNAUD, *Réflexions sur l'occupation*, *RHD*, 1968, p. 183-210.

b) *L'accession*. — Pour certains (BIONDI, *Istituzioni*, p. 231), qui mettent en relief le caractère naturel de l'accession, il s'agirait non pas d'un mode d'acquisition *stricto sensu*, mais du simple accroissement d'une propriété préexistante, *contra* MONIER, I, p. 398.

L'accession par avulsion ne profite qu'aux propriétaires d'*agri arcifinales* (D., 41, 1, 16 et 43, 12, 1, 7) c'est-à-dire aux propriétaires de terrains qui n'ont pas de confins délimités. Au contraire, les possesseurs d'*agri limitati* ne s'approprient le bloc transporté que par occupation. Les compilateurs de Justinien étendent aux *agri limitati* la solution admise pour les *agri arcifinales* (BIONDI, *Istituzioni*, p. 233).

Sur les difficultés que peut soulever la règle de l'accession immobilière, v. D., 41, 1, 7, 3 à 5.

En matière d'accession d'une chose mobilière à une chose immobilière, le principe *superficies solo cedit* ou les considérations d'intérêt général ramènent le problème à une question d'indemnité. Peuvent également jouer selon la bonne ou la mauvaise foi du propriétaire des choses mobilières : le droit de rétention, l'action *ad exhibendum*, l'action de vol. V. MONIER, *Le tignum junctum*, thèse, Paris, 1922 ; RODDI, *Imutamenti della casa e le loro conseguenze giuridiche in diritto romano*, 1936 ; MASCHI, *Proprietà divisa per piani, superficie e l'estensione ai provinciali del principio « superficies solo cedit »*, *Studi Arangio-Ruiz*, t. IV, p. 135 sq.

Sur la *confusio* et la *commixtio*, v. BIONDI, p. 239, avec la bibliographie. Les interprètes discutent pour savoir si le propriétaire de la chose accessoire a un droit suspendu ou éteint avec possibilité de résurrection. Selon leur habitude, les juristes romains ne cherchent pas à dégager des principes généraux, ils raisonnent en fonction de cas concrets qu'il conviendrait d'examiner sans esprit de système et abstraction faite de nos classifications modernes. Cf. notamment la différence très discutée entre la *feruminatio* et l'*adplumbatio*.

c) *La spécification*. — Problème d'évolution : de quand date la *media sententia* adoptée dans les compilations de Justinien ? Il semble que, dès l'époque classique, on puisse déceler une tendance favorable à un compromis entre les thèses proculiennes et sabiniennes, v. OSUCHOWSKI, Des études sur les modes d'acquisition de la propriété en droit romain. Recherche sur l'auteur de la théorie éclectique en matière de spécification, dans *Studi Arangio-Ruiz*, t. III, p. 37 sq., et la bibliographie, p. 38, n. 3 ; v. également ALBANESE, *Esegesi minima in tema di specificazione*, dans *LABEO*, 1955, p. 166, qui étudie plus spécialement les textes de Paul. Problème technique habituel : indemnité à laquelle a droit le spécificateur ou le propriétaire de la matière première, v. GIRARD, *Manuel*, p. 343 sq. V. également une utile étude de droit comparé dans COHEN, *Concerning Jewish and Roman Law « specificatio » in Jewish and Roman Law*, dans *RIDA*, 1958, p. 225 sq.

Sur un cas d'espèce type, v. KASER, *Tabula picta*, dans *TR*, 1968, p. 31-56.

d) *L'acquisition des fruits.* — On soutient parfois que l'usufruitier acquiert, à l'époque classique, les fruits par la séparation v. PAMPALONI, Il concetto classico dell'usufrutto, *BIDR*, 1910, p. 135 sq. ; KASER, I, p. 360 ; v. la réfutation dans MONIER, I, p. 402, n. 4, et déjà GIRARD, *Manuel*, p. 345, n. 4.

Sur les problèmes d'évolution et de technique que pose l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, v. FABI, *Osservazioni, circa il momento dell' acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede*, 1945. V. également ARU, Sull'acquisto dei frutti naturali da parte del possessore di buona fede, dans *BIDR*, 1938, p. 191 sq. ; de MARTINO, L'acquisto dei frutti naturali nel possesso di buona fede, dans *Studi in memoria di B. Scorza*, Rome, 1940, p. 292 sq. ; RATTI, Note esegetiche sui cosiddetti fructus percipiendi, dans *AUCT*, 1930, p. 37 sq.

§ 2. MODES DÉRIVÉS D'ACQUISITION VOLONTAIRE

[147] En droit français moderne, la propriété est transférée par la convention, par la volonté de l'aliénateur jointe à celle de l'acquéreur, sans formalité ou remise de la chose (C. C., art. 1138). Aboutissement logique du consensualisme, évolution conforme à l'équité et à la commodité des rapports entre les parties au contrat. Mais comme tout droit réel est opposable aux tiers (droit de suite et de préférence), ces derniers doivent être avertis, le formalisme reprend alors ses droits avec la *publicité* foncière. L'inopposabilité aux tiers du transfert purement consensuel de la propriété vide le système « d'une bonne part de sa signification : Qu'est-ce, a-t-on pu dire, qu'un droit réel qui n'existe pas à l'égard de tous » ? (CARBONNIER, II, p. 123). Diamétralement opposé est le concept romain, en vertu duquel il y a dissociation du contrat générateur d'obligations et du procédé de transfert de la propriété (de nombreux codes modernes s'inspirent de cette idée : *BGB*, Code suisse, des Pays-Bas, d'Espagne). Le simple accord de volontés ne peut à lui seul transférer, même à l'égard des parties au contrat, la propriété ou tout autre droit. Le transfert n'est réalisé que par une opération juridique distincte : formalités (*mancipatio*, *in jure cessio*) ou acte matériel : remise de la possession (*traditio*).

De l'ancien droit romain à la fin de notre ancien droit privé le principe subsiste, mais il est peu à peu vidé de ses effets

pratiques. A l'origine, ce que nos anciens auteurs appelaient le *modus adquirendi*, le procédé technique de transfert, est une formalité qui produit plein effet par elle-même, indépendamment du contrat qui lui sert de support (*titulus* ou *causa adquirendi*). *Mancipatio*, *in jure cessio* sont des actes solennels et abstraits. Avec la place de plus en plus grande faite à la volonté de l'individu (*animus* dans la possession, v. n° 113, consensualisme dans les contrats, v. t. I, n°s 23, 28), avec l'emploi de la fiction et de l'abstraction, le rôle de l'acte de transfert va aller en se réduisant. Alors que : 1) Les actes de transfert solennels et abstraits (*mancipatio*, *in jure cessio*) suffisent par eux-mêmes à faire acquérir la propriété, quel que soit le but concret (*causa*) poursuivi par les parties ; ce but est, au contraire, un élément essentiel de 2) *La tradition* qui se réalise par simple remise de possession.

1. Les actes de transfert solennels et abstraits

[148] Ils sont au nombre de deux : la *mancipation* et l'*in jure cessio* (abandon devant le magistrat). On ne peut, comme pour les contrats, parler de typicité de ces actes de transfert, car ils constituent un bon exemple du principe d'*économie des formes* cher à IHERING. La *mancipation*, à l'époque archaïque, a été d'un emploi très général : elle assure le transfert de tout *mancipium* (droit portant sur les enfants, la femme, les esclaves, etc., v. ELLUL, I, p. 248), elle est à l'origine du testament *per aes et libram* (*mancipatio familiae*, v. t. III, p. 302 ss.). Quant à l'*in jure cessio*, elle n'est qu'une application particulière d'une procédure d'un usage beaucoup plus vaste. C'est seulement au cours de l'époque classique que ces techniques prendront leur caractère spécifique d'actes de transfert de propriété.

[149] 1) *La « mancipatio »*. — Acte solennel typiquement romain (utilisable par les seuls citoyens romains et pour les seules choses susceptibles de propriété quiritaire : *res Mancipi*), il nécessite pour sa validité l'emploi : a) D'un rituel qui opère ; b) Un transfert de droit réel avec garanties ; c) Il devient un mode abstrait de transfert de propriété et des droits les plus variés.

a) *Le rituel*. — Il nous est décrit par GAIUS (1, 119), c'est celui de l'acte *per aes et libram* avec toute sa majesté (cf. *Nexum*, t. I, nos 15 et 23). Emploi d'une balance (*libra*) nécessaire à la pesée d'un lingot d'airain (*aes*). Présence de la chose, objet du transfert, s'il s'agit d'un meuble. Et le personnel n'est pas moins important que le matériel : l'aliénateur, l'acquéreur, le *libripens* (celui qui pèse dans la balance) et cinq témoins mâles et pubères. Gestes et paroles complètent le cérémonial. Le premier rôle revient sans contexte à l'acquéreur, originellement la « chose qui vient d'être transférée est considérée comme acquise et non pas comme transmise » (H. LÉVY-BRUHL, *Aspects sociologiques*, p. 21). 1^o Prononciation de paroles solennelles (si l'objet de la vente est un esclave : « Je dis que cet homme est ma propriété en vertu du droit des Quirites, et qu'il me soit acquis par cet airain et cette balance d'airain ») ; 2^o Appréhension de la chose ; 3^o Paiement du prix, soit effectif, en pesant le lingot de bronze apporté, soit symbolique, à partir de l'introduction de la monnaie, en frappant avec un lingot de bronze le plateau de la balance tenue par le *libripens*.

De son côté, l'aliénateur : 1^o Fait le plus souvent une déclaration solennelle (*nuncupatio*), dans laquelle il précise la situation juridique de la chose mancipée (*leges mancipii*), sa contenance, ses vices juridiques (servitudes : CICÉRON, *De off.*, 3, 16, 66), et ses déclarations engagent sa responsabilité en cas de découverte de servitudes (D., 41, 1, 20, 1) ou de contenance inexacte (action *de modo agri*, v. t. I, n^o 254) ; 2^o L'aliénateur reçoit, à l'époque archaïque, le prix en lingot de bronze (*radusculum*) ; 3^o Il accorde enfin son *auctoritas*.

b) *Transfert et garantie*. — Le transfert de la propriété quiritaire et la mise en jeu de l'*auctoritas* du vendeur (obligation de garantie) sont les deux effets de la mancipation. Selon une disposition de la *loi des XII Tables* (I., 2, 1, 41), la propriété de la chose vendue n'est transférée à l'acheteur que lorsque le prix a été payé (désuétude de cette règle à l'époque classique et résurgence au Bas-Empire, sous l'influence vraisemblablement de la pratique, v. t. I, n^o 247). Du paiement du prix dépend également l'obligation de garantie de l'aliénateur.

L'acquéreur, menacé par la revendication d'un tiers, doit avertir son vendeur. Ce dernier, qu'il soit propriétaire ou non, qu'il prouve son bon droit ou désintéresse l'adversaire, doit faire en sorte que l'acheteur ne soit pas évincé, sinon sa responsabilité se trouve engagée. Seul le résultat compte. Si l'acheteur devient propriétaire par usucapion, le vendeur non propriétaire n'encourt aucune responsabilité. S'il n'a pu ou voulu protéger son ayant cause, le vendeur sera justiciable de l'*actio auctoritatis* (action en garantie) et condamné à payer le double du prix, ce qui implique que ce dernier ait été versé. L'obligation de garantie est l'effet essentiel de la *mancipatio*, il illustre son rôle historique de trait d'union entre les concepts archaïques de puissance (*mancipium*) et la notion classique de propriété (*dominium*), c'est-à-dire entre le droit des personnes et celui des biens. Celui-ci se détachant de celui-là, « devant le développement économique et sous la poussée de l'individualisme, si caractéristique du II^e siècle avant notre ère » (de VISSCHER, *ARB*, Lettres, 1958, p. 166). Trait d'union également entre les techniques du droit des biens et celles des obligations, pas ou mal différenciées dans l'ancien droit. La mancipation, *acte de transfert*, est à l'origine des garanties du vendeur qui, sous le Haut-Empire, seront incorporées dans le *contrat* de vente (v. t. I, n^o 251). Le contrat consensuel de vente n'engendre que des obligations à la charge des deux parties (l'acheteur doit verser le prix, le vendeur doit livrer la chose et garantir contre l'éviction et les vices cachés), il n'opère pas transfert de droit réel, il faut pour ce faire un acte distinct (*mancipatio, in jure cessio, traditio*). La *mancipatio* présente cette particularité d'opérer à la fois transfert et création d'obligations, mais à la charge du seul vendeur. Encore, la garantie contre l'éviction que procure l'*actio auctoritatis* n'est-elle effective qu'à la condition que les parties n'aient pas mentionné, dans le formulaire de la *mancipatio*, une somme symbolique (un sesterce, par ex. : *sestertio nummo uno*). Nouvel intérêt de la distinction entre contrat et acte de transfert, le prix doit être réel dans le contrat de vente, mais nullement dans la *mancipatio*. Cet acte solennel de transfert de la propriété peut en effet accompagner toutes sortes de contrats, à titre gratuit ou onéreux.

c) *L'acte abstrait*. — La mancipation est devenue, à l'époque classique, un mode abstrait de transfert de propriété des *res Mancipi* et de création des droits les plus divers. Acte juridique abstrait, « la mancipation est valable, quel que soit le but concret (*causa*) poursuivi, pourvu que les parties soient capables et que les formalités requises soient accomplies » (MONIER, I, n° 296). Transfert de propriété, succession (*mancipatio familiae*), transfert ou création de puissance sur les personnes (*manus, Mancipium*), constitution de servitudes prédiales rustiques, et cela en exécution des opérations juridiques les plus variées : donation, constitution de dot, abandon noxal (v. t. I), constitution de sûreté réelle. Dans la plupart de ces applications, on indique, dans le formulaire de la mancipation, le prix fictif d'acquisition d'un sesterce.

[150] PREUVE ET PUBLICITÉ. — La *mancipatio* exige pour sa validité le respect de formalités compliquées. Le rôle des témoins est discuté : contrôle, ratification des parents (*gens*), pour certains (LEIFER), mais ils ne font pas forcément partie de la famille (GAIUS, I, 119). Il semble préférable d'admettre que les témoins garantissent « le sérieux et le caractère non équivoque des déclarations des parties » (GALLO, *SDHI*, 1957, p. 185). Les formalités de la mancipation procurent aux justiciables une preuve préconstituée. On peut également supposer qu'elles assurent, au moins de façon indirecte, la publicité de l'acte (KASER, I, p. 37 sq., et 317 sq.). Sécurité des transactions, dans l'intérêt des parties comme dans celui des tiers, les avantages de la mancipation expliquent son emploi dans des cas où elle n'est pas obligatoire, comme dans la vente des *res nec Mancipi* d'une certaine valeur (terres provinciales, bijoux). Elle ne produit alors aucun effet juridique propre (pas de transfert de la propriété romaine quiritaire) mais l'appréhension matérielle ayant eu lieu, elle vaut comme *traditio* (v. n° 155), preuve et publicité étant mieux assurées. Le formalisme archaïque, lourd et onéreux, est cependant incompatible avec les nécessités économiques. Au Bas-Empire, le législateur, dans l'intérêt des tiers, s'efforcera de créer une publicité véritable, à base d'enregistrement (formalité obligatoire pour les donations : insinuation, facultative pour les actes à titre onéreux et

les hypothèques). Simples tentatives pour élaborer un néo-formalisme à partir de l'acte écrit.

Au II^e siècle avant J.-C., sous la poussée de l'individualisme, les parties se préoccupaient avant tout d'assurer la *preuve* des actes juridiques. En matière de mancipation, il est probable que l'on se contentait de rédiger un écrit attestant que les formalités avaient eu lieu, alors qu'en réalité elles n'avaient jamais été exécutées. Acte juridique abstrait constaté par un écrit, l'analogie avec la stipulation est évidente (v. t. I, n^o 38). Mais cette dernière est un contrat générateur seulement d'obligations, la mancipation reste essentiellement un acte créateur de droits réels, elle n'est qu'occasionnellement une source d'obligations. Stipulation : véritable « moule à contrats » (v. t. I, n^o 17), mancipation : survivance archaïque, leur caractère abstrait assurait cependant à l'une comme à l'autre un large domaine d'application. Leur différence de fortune atteste la primauté du *contrat* sur l'*acte de transfert*. Avec les progrès du consensualisme, la confusion tend à s'opérer entre les deux aux bénéfices du premier, comme nous le verrons avec l'évolution de la *traditio* à l'époque classique. Si avec son effet obligatoire, la mancipation participe, surtout à son origine, au droit des obligations, rien de semblable pour l'autre acte de transfert solennel : l'*in jure cessio*.

[151] 2) L' « IN JURE CESSIO ». — « L'abandon devant le magistrat est un mode de transfert des droits réels, calqué sur un procès. Comme la *mancipatio*, il s'agit d'une technique du pur droit civil. Elle est réservée aux seuls citoyens romains et ne peut avoir pour objet que des choses romaines, mais elle englobe les *res Mancipi* comme les *res nec Mancipi*. En revanche, s'agissant d'un procès, les conditions de capacité exigée des parties sont plus rigoureuses (capacité d'ester en justice, et donc exclusion des *alieni juris* : GAIUS, 2, 96).

Acheteur et vendeur se présentent devant le magistrat, comme pour entamer une procédure en revendication (présence de la chose ou symbole). L'acquéreur affirme son droit, l'aliénateur acquiesce ou se tait, le magistrat adjuge la chose à l'acheteur (ce sont les formes du *sacramentum in rem*, v. ELLUL, t. I, p. 260 et 329).

Comédie judiciaire, procès fictif (*lis imaginaria* : BIONDI) ou abandon de la chose (*derelictio*), ratifié par l'autorité publique (LÉVY-BRUHL) ? On tend à admettre que l'on se trouve en présence d'un acte de juridiction gracieuse.

Quelle que soit l'interprétation admise, la présence du magistrat fait de l'*in jure cessio* un procédé beaucoup plus incommode que la *mancipatio* (GAIUS, 2, 25). Procédé moins complet aussi, puisqu'il n'a qu'un effet réel et pas d'effet obligatoire (aucune garantie contre l'éviction notamment. Certes, comme la *mancipatio*, l'*in jure cessio* a un caractère abstrait (le transfert s'opère indépendamment de la validité de la cause : vente, donation, etc., conclue par les parties), un large domaine d'application (transfert de propriété, constitution de servitudes, cession d'hérédité et nombreuses utilisations dans le droit des personnes) et la publicité de l'acte pour être tout aussi indirecte est certainement plus efficace. Cela ne suffit pas à retarder une décadence plus rapide que celle de la *mancipatio*. Dans les compilations byzantines, les juristes, qui colligent les textes classiques, abrègent l'expression *in jure cessio* et ne retiennent que le dernier terme. Mais la *cessio*, l'acte d'aliénation par excellence, c'est depuis longtemps déjà la *traditio*.

2. La Traditio

[152] C'est la remise de la chose aliénée, remise effective de la possession. Geste naturel, s'il en fut, l'aliénateur remet la chose, de la main à la main, à l'acquéreur (*accipiens*). Rien du procédé typiquement romain, le geste est instinctif, la tradition appartient, non pas au *jus civile*, mais au *jus gentium*, elle a probablement été utilisée par tous les peuples (MITTEIS). A Rome, elle sert à transférer la propriété des *res nec mancipi*. Elle permet aussi à ceux qui n'ont pas le *commercium* (ceux qui n'ont pas le droit de vendre et d'acheter selon les règles du droit civil : pérégrins notamment, v. ELLUL, t. I, p. 228 sq.), de vendre ou d'acheter des *res mancipi* (commerce international des esclaves, ventes *trans Tiberim*). Mais la remise matérielle, non accompagnée d'un rituel précis, est équivoque. La *mancipatio*, l'*in jure cessio*, actes solennels abstraits, impliquaient chez les parties

l'intention respective d'aliéner et d'acquérir. Dans la tradition, l'intention résulte de la *convention* qui accompagne nécessairement l'*acte matériel*. Ce dernier, selon qu'il est complété : par un contrat de dépôt, de gage ou de vente, par exemple, permet d'acquérir la détention, la possession ou la propriété. Deux éléments substantiels donc : 1) L'un matériel ; 2) L'autre psychologique.

[153] 1) LA REMISE MATÉRIELLE. — Conformément à l'évolution que l'on observe à propos de l'acquisition de la possession (diminution d'importance du *corpus* au profit de l'*animus*, v. *supra*, n° 113), le rôle de la remise matérielle va en se réduisant de l'époque classique (cf. TITE-LIVE, 26, 11, qui signale la vente d'un champ sur lequel campe Hannibal assiégeant Rome) au Bas-Empire. *Fiction, symbole, abstraction*, font de la remise effective de la possession une opération de plus en plus intellectuelle (*traditio longa* ou *brevi manu*, remise de clefs ou d'écrit, constitut possessoire, v. *supra*, n° 115). Dès la fin de l'époque républicaine, dans le contrat de gage (v. t. I, n° 326), le *pacte commissoire* montre qu'un transfert de propriété peut s'opérer par simple convention (CATON, *De agricultura*, 146 sq.). Le créancier reçoit tradition du bien donné en garantie, mais la remise matérielle de la chose le rend seulement possesseur gagiste. S'il n'est pas payé à l'échéance, sans nouveau transfert, en vertu du pacte commissoire, il *gardera* le bien mais à titre de propriétaire. On fera *comme si* avait eu lieu une nouvelle tradition transférant la propriété (cf. D., 6, 2, 9, 1 : achat d'un bien que l'on détenait déjà à titre de dépositaire, emprunteur ou gagiste). Dans certains cas, enfin, la tradition peut être tacite (apport en société : D., 17, 2, 2). Simplicité, commodité, la disparition de l'élément matériel semble dans la logique de l'évolution.

[154] VERS UN TRANSFERT CONSENSUEL. — La *traditio* repose sur un geste naturel : il est normal d'abandonner la possession d'une chose louée, prêtée ou vendue. Mais la remise matérielle est surtout naturelle dans la perspective de l'acte à titre onéreux. Se séparer de son bien, quand on pense retirer de la cession un *avantage*, est conforme à une saine conception de ses intérêts. Avec l'acte à titre gratuit, l'optique change. La donation,

acte anti-économique par excellence, ne suscite pas seulement la méfiance du juriste (c'est pour lui la terre d'élection de la cause immorale), elle trouve le donateur particulièrement réceptif aux techniques à base de symboles et de fictions, car elles retardent l'exécution ou l'évitent même, tout au moins de son vivant. Intention et exécution ne se complètent plus, comme dans l'acte à titre onéreux, elles ont leur valeur propre et constituent autant d'étapes dans la voie du détachement des biens de ce monde. Aussi, nombreux sont les bienfaiteurs qui aspirent à s'arrêter quelque peu au premier stade, ce qui leur permet de goûter la satisfaction morale que procure tout élan généreux, sans pour autant supporter les inconvénients matériels qui résultent de la séparation d'une partie de ses biens. L'attitude est si naturelle qu'elle est à l'origine de la célèbre règle *donner et retenir ne vaut* qui, dans notre ancien droit privé, a limité les libéralités en spéculant hardiment sur l'égoïsme humain (v. t. III).

A Rome, le droit entérinera les pratiques qui permettent la réalisation d'actes désintéressés au meilleur compte possible pour les bienfaiteurs. La réserve d'usufruit au profit d'un donateur ou d'un constituant de dot vaut tradition effective (C. T., 8, 12, 9, de 417 ; cf. *Loi romaine des Burgondes*, chap. 22). Techniquement, le donateur aurait dû livrer le bien au donataire qui l'aurait restitué immédiatement pour que le donateur puisse exercer son usufruit. La pratique répugne d'autant plus à sacrifier aux principes, qu'ils reposent sur un geste naturel qui ne saurait se transformer en formalité, et l'usage s'était répandu de faire *comme si* la remise suivie de restitution avait eu lieu (C. T., 8, 12, 8 de 415, condamne le subterfuge que l'on sera bien obligé d'admettre deux ans plus tard).

La fiction engendre la fiction, une clause de rétention d'usufruit de quelques jours permet aux parties d'opérer le transfert de droit réel par simple convention et la réserve d'usufruit devient une clause de style. Même résultat, si l'on insère dans un contrat de vente ou de donation une clause de location au profit du vendeur ou du donateur (constituit possessoire : v. *supra*, n° 115). Comme le constatait déjà GAIUS, au II^e siècle après J.-C. : parfois la simple volonté du propriétaire suffit

pour transférer la chose sans tradition (D., 41, 1, 9, 5). Une fois de plus (v. *mancipatio*, n° 150), l'écrit apparaît comme le meilleur agent du consensualisme ; s'inspirant d'usages helléniques (*apostasion*), les praticiens réalisent le transfert par un acte écrit, avec, pour respecter les règles romaines, insertion d'une clause qui affirme l'accomplissement d'une tradition.

Tradition tacite ou fictive, le principe est encore sauf, en apparence du moins. Il n'en va plus de même dans quelques cas particulièrement favorables où le transfert par *nuda voluntas* sera admis sans subterfuges (donation à un fils : C. T., 8, 12, 4 ; donation aux Eglises, établissements charitables ou cités : C., 1, 2, 23, pr.).

[155] AVANTAGES DE LA PUBLICITÉ. — La dégradation de l'élément matériel de la tradition fait ressortir les dangers du système consensuel. Grâce au large emploi de l'écrit, on pallie les inconvénients qui pouvaient résulter pour les parties d'une difficulté de prouver l'accord de volontés. Mais la crainte des faux grandit au Bas-Empire, et au regard des tiers, l'absence de formalités est la source de fraudes et de procès. Au IV^e siècle, Constantin, pour réagir contre les abus, exige une remise effective du bien à l'acheteur en présence des voisins (*Fr. Vatic.*, 35 ; cf. pour les donations de meubles : *Fr. Vatic.*, 249, 7, *traditio corporalis*). Véritable gageure, apparemment, que de chercher à ressusciter les pratiques anciennes, en y ajoutant une formalité anachronique. Décision qui témoigne cependant du désir du législateur d'assurer une certaine publicité, encore que toute préoccupation fiscale ne soit pas étrangère à sa politique (v. E. LÉVY, *West Roman Vulgar Law*, p. 129).

Après l'échec de l'*in jure cessio* et de la *mancipatio*, qui ne peuvent pas, à l'époque classique, assurer même indirectement une publicité quelconque, la *traditio* avait l'avantage d'établir une certaine relation entre l'apparence et la réalité, et par là d'assurer un minimum de publicité. Mais par ses origines mêmes (*jus gentium*), la tradition est un procédé naturel de transfert, commode pour les parties. On ne peut faire de la remise une formalité à but publicitaire sans dénaturer l'acte. Certes, la remise matérielle de la chose réapparaîtra en Occident (*Edit de Théodoric*, 51 ; *Pap. de Ravenne*, 83 et 115), tout comme

la vente au comptant, la raison doit en être cherchée dans la décadence de la culture juridique, l'état d'insécurité, le manque de confiance dans le caractère obligatoire de l'accord de volontés.

Pour répondre aux exigences de la publicité, sans pour autant sacrifier l'intérêt des parties, un néo-formalisme s'avérait nécessaire. Le législateur byzantin s'efforce de le dégager pour une catégorie de contrats particulièrement suspecte aux juristes, celle des donations (formalité de l'*insinuation*, c'est-à-dire inscription aux registres publics, C. T., 8, 12, 3 ; *Fr. Vatic.*, 249 ; C., 8, 53, 31 ; *Nov. Just.*, 167, v. t. III, p. 462 ss.).

Mais les actes à titre onéreux ne font l'objet d'aucune publicité sérieuse. L'inscription sur un registre public n'est que facultative, les frais et la crainte de la perception d'une taxe ne sont sans doute pas étrangers à son peu de succès. Le second élément de la *traditio*, l'élément psychologique, apparaît donc prépondérant.

[156] 2) L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE : APPARENCE ET CONVENTION. — Logiquement, on aurait dû admettre que la validité de l'acte, comme les modalités du transfert, était fonction de l'accord de volontés des parties. Mais à défaut d'une publicité organisée, permettant de renseigner les tiers sur le moment où a lieu le transfert, on se montre soucieux à Rome de ne pas contredire l'apparence qui résulte habituellement de l'exécution d'un contrat. L'aliénation d'une chose s'accompagne naturellement d'une modification de sa situation de fait. Si la remise matérielle est de moins en moins pratiquée, lors de la conclusion du contrat, elle ne s'en produira pas moins à un moment donné, sous une forme ou sous une autre. Ignorant les clauses du contrat, les tiers ne peuvent que se fier aux apparences.

[157] APPARENCE ET JUSTE TITRE. — A l'époque classique, on s'efforce de concilier le respect des apparences avec le souci de tenir compte de la réalité des accords passés entre les parties. C'est à cause de cela, que l'on se contente, pour la validité de la tradition, d'un acte juridique nul. Si les parties ont cru en la validité du contrat et l'ont exécuté, sa nullité n'empêche pas le transfert de propriété d'avoir eu lieu en vertu d'une *justa causa*. En cas de paiement d'un indu, celui qui a livré une chose

qu'il ne devait pas, en perd la propriété. Il ne peut intenter contre l'acquéreur une action réelle en revendication, mais dispose d'une simple action personnelle en remboursement (*condictio indebiti*, v. t. I, n° 294 : D., 12, 6, 2, 1 ; 12, 6, 23 et 37).

Pour des raisons d'ordre public, cependant, la tradition est nulle et ne transfère pas la propriété, en dépit des apparences, quand elle est l'exécution d'une opération prohibée. Par suite de l'interdiction des donations entre époux, la femme ne devient pas propriétaire de l'objet qui lui a été remis par son mari (D., 24, 1, 10 et 11). Pareillement, le prêt à un fils de famille étant interdit (s. c. Macédonien, v. t. I, n° 228), si le fils rembourse la somme illicitement prêtée, la remise de fonds ne confère pas la propriété au prêteur (D., 12, 6, 26, 9). Importance de l'apparence : le sénatus-consulte ne s'applique pas, si on a cru prêter à un chef de famille, à condition que ce soit une *error communis* (D., 14, 6, 3, pr.). Il s'agit moins de protéger le prêteur, en lui fournissant un moyen de tourner la prohibition, que de respecter les apparences dans l'intérêt des tiers. Les juristes de l'époque classique n'ont cependant pas osé faire prédominer l'apparence sur la réalité contractuelle en cas de malentendu sur l'acte juridique. Si l'aliénateur a cru faire exécuter une donation, tandis que l'acquéreur pensait recevoir un prêt de consommation, faute d'accord sur le but poursuivi, la tradition n'opère pas transfert de propriété (D., 12, 1, 18, pr.). Les parties peuvent se tromper sur la régularité de leur accord, encore faut-il que cet accord existe, qu'il y ait contrat, titre réel. Cette exigence va disparaître dans les compilations byzantines.

Dans le droit de Justinien, on réduit encore la place de la *justa causa* au profit de l'apparence. Leur corrélation semble être une condition nécessaire et suffisante de l'aliénation. On ne tient plus compte du but concret poursuivi par les parties (transfert de propriété *pour* exécuter un contrat de vente, de donation, etc.), mais du but abstrait (transfert de propriété). Dans l'hypothèse précédente, l'aliénateur croyant faire une donation, l'acquéreur pensant recevoir un prêt de consommation, mais tous deux étant d'accord sur le transfert de propriété, la tradition produira donc son effet (D., 41, 1, 36, *itp.*). Comme à l'époque classique, le caractère illicite du but

poursuivi (donation entre époux, par exemple) s'oppose au transfert, mais le juste titre n'est plus que « l'intention licite d'aliéner et d'acquérir la propriété » (MONIER, I, p. 417).

Acte *abstrait*, mais *non solennel*, tel se présente le mode de transfert de propriété dans le droit byzantin. En dépit de tous les aménagements réalisés par la pratique et entérinés par le législateur, le principe demeure : la propriété ne se transfère pas par de simples conventions (*pacta nuda*), mais par la tradition et l'usucapion (C., 2, 3, 20).

Les juristes byzantins ont finalement accentué la distinction entre le contrat et l'acte de transfert. Si le consensualisme apparaît de plus en plus déterminant pour engendrer des obligations entre les parties, à l'inverse, l'acte de transfert se détache du contrat qui lui servait normalement de support. La tradition transfère la propriété (entre les parties comme à l'égard des tiers) pourvu que les parties aient l'intention respective d'aliéner et d'acquérir, et bien que la divergence des motifs (donation pour l'un, prêt de consommation pour l'autre, par exemple) s'oppose à la validité du contrat. La complexité de l'évolution est un bon exemple des difficultés qu'il y a à opter entre les deux systèmes qui se partagent les faveurs de nos droits modernes (cf. l'attraction du consensualisme sur l'acte de transfert solennel et abstrait du droit allemand, ARMINJON-WOLF, II, n° 540, et à l'inverse, l'attraction exercée dans notre droit par la publicité foncière : notamment sur la notion de juste titre, CARBONNIER, II, p. 215).

ÉTAT DES QUESTIONS

MODES DÉRIVÉS D'ACQUISITION VOLONTAIRE

La genèse du transfert de propriété est une des questions les plus débattues par la science romanistique moderne. Se reporter pour une bibliographie exhaustive à GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Turin, 1955, et à son exposé critique des théories les plus récentes ou les plus importantes : BETTI, p. 17 sq., de FRANCISCI, p. 26 sq. et la synthèse des théories actuelles, p. 48 sq.

V. également de KASER deux brèves mais très utiles mises au point : Der romische Eigentumsbegriff, *Deutsche Landesreferate zum VI Intern. Kongress f. Rechtsvergleichung*, Berlin, 1962, p. 19-38, et *Compraventa y*

transmisión de la propiedad en el derecho romano y en la historia de la dogmática moderna, Madrid, 1962 (Inst. édit. REUS). NEGRO, *Das Eigentum. Geschichte und Zukunft*, Munich, 1963 ; SANCHEZ DEL RIO, Observaciones sociológico-jurídicas sobre la propiedad inmobiliaria en el Derecho romano arcaico, *Temis*, XII, 1962, p. 79-107. V. en dernier lieu : BRASIELLO, *Proprietà*, NDI, 1967, p. 111-120.

Ici surtout, les interpolations ont fait des ravages. L'idée de transfert de droit serait byzantine (FRANCISCI). Notons que la confusion entre la chose objet du droit de propriété et le droit lui-même, dont on a fait grand cas, est un critère d'itp. des plus gratuits (v. GALLO, p. 39 sq.) ; on en trouverait maints exemples dans nos codes modernes.

Pour une tentative de concilier les thèses interpolationnistes avec l'opinion traditionnelle, en dernier lieu THORMANN, *Auctoritas*, p. 56 sq., qui admet, dès l'époque classique, l'existence d'un droit de propriété et son transfert. V. aussi GALLO, *op. cit.*, p. 125 sq. : l'auteur a le mérite d'essayer de marquer les différentes étapes qui ont permis d'en arriver à une notion moderne de transfert de droit réel et de dater ces étapes en fonction non pas d'une chronologie toujours hypothétique, mais par rapport à l'apparition d'autres concepts, d'autres techniques (p. 178). Selon CHICCA, *Orientamenti per la storia del diritto romano della origini*, Naples, 1956, p. 119 sq., l'acte *per aes et libram* remonterait à la monarchie étrusque. Notons que la vente avec pesée du métal, présence de témoins et garantie d'éviction, assurée par le vendeur, est pratiquée couramment depuis le III^e millénaire en Orient pour les mêmes biens qui constituent à Rome les *res mancipi* (immeubles, esclaves, gros bétail), auxquels s'ajoutent les offices sacerdotaux. Ce sont là des pratiques communes aux peuples méditerranéens, ou plus simplement des usages impliqués par les nécessités élémentaires du commerce.

Sur un concept particulier et « étroitement technique », v. l'étude de STURM, *Abalienatio, Essai d'explication de la définition des Topiques* (*Cic. Top.*, 5, 28), Milan, 1957, et le c. r. de VOLTERRA, *Iura*, 1958, p. 274 sq. L'auteur retrouve dans le droit de la République romaine l'origine du principe de droit moderne allemand de l'aliénation abstraite.

§ 1. La *mancipatio*

Nombreux sont les auteurs qui insistent sur le caractère unilatéral de la *mancipatio*. En dernier lieu, KASER (*Eigentum...*, p. 136 sq.), y voit un souvenir du mode originel d'acquisition des choses : la violence. Que le rôle de l'acquéreur soit prépondérant, cela ne doit pas surprendre, étant donné les multiples applications de la *mancipatio*, à l'époque archaïque, dans le droit des personnes (création d'une puissance). Il paraît dès lors hasardeux d'en tirer des conclusions trop précises sur la nature de l'acte de transfert. Notons cependant que « l'idée de création, ou au moins de novation, est au premier plan, l'action s'exerce dans l'immédiat, elle ne renvoie pas au temps » (GERNET, *Le temps dans les formes archaïques du droit*, *JPNP*, 1956, p. 383). La prise en considération du passé ou du futur nécessite un effort d'abstraction difficile à faire dans une civilisation primitive où l'on est surtout sensible au concret et au présent.

V. FUENTESECA, « Mancipium — mancipatio — dominium », dans *Mnemeion Siro Solazzi*, Naples, 1964, p. 73-88.

L'économie des formes, le traditionalisme juridique ont empêché dans une large mesure la spécification du rituel, son adaptation à l'acte de transfert. Il paraît difficile à travers les formes ou la terminologie de retracer l'évolution des caractères de l'acte de transfert, v. cependant une tentative méritoire dans GALLO, *ouvr. cit.*, p. 170 et MEYLAN, *Essai d'explication sémantique du mot mancipare*, *Studi de Francisci*, t. I, p. 63 sq.

a) LE RITUEL. — Il n'est pas resté immuable. V. en ce qui concerne la possibilité de mancipier un fonds de terre, sans pour autant se transporter sur les lieux, l'évolution que suggère H. LÉVY-BRUHL, *Praedia absentis* solent mancipari, dans *Studi U. E. Paoli*, Florence, 1956, p. 477 sq. La nécessité d'appréhender matériellement la chose obligeait anciennement à n'aliéner qu'un bien à la fois. Par la suite, feront l'objet d'un seul acte de transfert toutes les choses que l'on pourra saisir simultanément (ULPIEN, *Reg.*, 19, 6).

b) TRANSFERT ET GARANTIE. — Une question toujours discutée est celle du paiement du prix et de ses effets. La vente à crédit peut remonter au v^e siècle avant J.-C., avec l'emploi de la monnaie pesée (*Loi des XII Tables*, traité avec Carthage). Elle a dû se généraliser avec l'apparition, au iv^e siècle, de la monnaie frappée par les soins de l'Etat qui garantissait le poids et l'alliage des pièces. Il suffisait désormais de compter celles-ci au lieu de les peser. Mais il est fort probable qu'une telle garantie n'a été généralisée qu'avec l'introduction de la monnaie d'argent au iii^e siècle avant J.-C. D'après KASER (p. 159 sq.), le développement de la vente à crédit serait surtout dû aux progrès de la technique juridique (emploi de la stipulation). Selon le même auteur (p. 111), la disposition de la *Loi des XII Tables* ferait dépendre du paiement du prix l'obligation de garantie, à l'exclusion du transfert de droit réel, réalisé par le seul accomplissement des formalités. Le transfert est immédiat, il ne supporte ni terme ni condition (*actus legitimus*). On ne doit pas cependant surestimer la portée de l'argument, car la *mancipatio familiae, actus legitimus*, peut comporter un terme ou une condition.

Auctoritas. — *Crux juris* par excellence, mais dont l'étude ne cesse de renouveler nos connaissances du droit romain. Cela tient essentiellement à la richesse d'une notion qui se trouve à l'intersection du droit des personnes, des biens ou des obligations, tout comme elle illustre les interférences entre droit privé et droit public. Sur ce dernier point, v. IGLESIAS, *Sobre el derecho romano y la « auctoritas »*, dans *Studi de Francisci*, Milan, 1956, t. I, p. 120. et en dernier lieu, DIAZ BIALET, *De la auctoritas a la iusta causa y al justo titulo*, dans *RSADR*, 1963-1965, p. 37-46.

Depuis les travaux de F. de VISSCHER (Le rôle de l'auctoritas dans la mancipation, *RHD*, 1933, p. 603 sq. et plus récemment, *Nouvelles études*, p. 181 sq.), on admet généralement que l'auctoritas n'est une garantie que dans le seul cas où l'accipiens évincé va pouvoir obtenir une condamnation au double contre celui qui s'est présenté dans la mancipatio comme auctor., c'est-à-dire maître légitime (ROUSSIER, *Jus auctoritatis*, *RHD*, 1951,

p. 238). Partout ailleurs, il existe une notion unitaire d'*auctoritas* considérée comme un « titre de propriété » (MAGDELAIN) ou « une autorité légitime, un pouvoir de droit sur la chose » (LÉVY-BRUHL).

Sur le caractère délictuel de l'obligation de garantie et une analogie possible avec le droit grec v. THORMANN, *Auctoritas, Iura*, 1954, p. 80 sq., avec un exposé des principales théories et une très copieuse bibliographie. Pour un cas très spécial d'application de l'*actio auctoritatis* (*mancipatio* d'un homme libre), v. REGGI, *Liber homo bona fide serviens*, Milan, 1958, p. 213 sq.

c) L'ACTE ABSTRAIT. — Il n'est pas sûr que la *mancipatio* n'ait été appliquée originellement qu'aux *res Mancipi* à l'exclusion des *res nec Mancipi*. L'appréhension matérielle (*manu capere* : *mancipatio*) convient particulièrement à l'acquisition de meubles (KASER, *Eigentum...*, p. 225 et 372, on peut faire une observation analogue pour la *traditio*). La *mancipatio* illustrerait l'importance pratique de la classification des meubles et immeubles, la distinction *res Mancipi* et *nec Mancipi* prenant rang de *summa divisio* à partir de la *Loi des XII Tables*, grâce surtout à la doctrine. V. VISKY, *Mancipatio rei nec Mancipi*, dans *Antik Tanerlmangoy*, Budapest, 1957, p. 39 sq., et, en dernier lieu, du même auteur, sur une question toujours posée : Quelques remarques sur la question des *mancipations* dans les triptyques de Transylvanie, dans *RIDA*, 1964, p. 267-279.

Preuve et publicité. — C'est le problème des rapports qui existent entre la forme, d'une part, et la preuve ou la publicité, de l'autre. Sur le rapport : forme-preuve, v. t. I, p. 35 sq. L'autre rapport, celui qui peut exister entre la forme et la publicité, paraît moins évident.

Après avoir admis que les formalités de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio* avaient pour but d'assurer la publicité du transfert (IHERING) la doctrine moderne tend à nuancer cette opinion (LÉVY-BRUHL, *Le témoignage instrumentaire en droit romain*, Paris, 1910, p. 36 sq. ; KASER, *Eigentum und Besitz*, p. 122). D'aucuns estiment que les formes de transfert du droit romain n'ont aucun effet de publicité même indirectement : GALLO, *La pretesa publicità dei trasferimenti nel diritto romano arcaico e classico*, *SDHI*, 1957, p. 190 ; *Id.*, *La publicità nell'esperienza giuridica romana e contemporanea* (c. r. de PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, 1. *La publicità in generale*), dans *LABEO*, 1958, p. 89 sq. Il semble qu'en fait les formalités de transfert aient assuré de façon indirecte une certaine publicité dans l'ancien droit. La dégradation des formes, l'extension de la cité, rendent cette publicité caduque. L'*in jure cessio* sans conteste, était de nature à assurer une publicité plus efficace que la *mancipatio*. La préférence que la pratique témoigne pour ce dernier procédé est dès lors considérée comme contredisant l'existence d'une publicité (GALLO, *SDHI*, p. 206). Mais les parties au contrat, si elles se soucient d'une preuve préconstituée, sont rarement sensibles aux vertus de la publicité qui intéresse au premier chef les tiers. On ne saurait oublier, enfin, qu'il n'y a pas entre la forme et la publicité « une nette opposition mais plutôt une progression » (GALLO, *SDHI*, p. 229). Si la différence peut être marquée dans un droit évolué, dans un système juridique archaïque, l'économie des formes rend une

spécification poussée difficile. En dépit de l'abondante littérature citée par GALLO, *SDHI*, p. 174, n. 2 sq. (v. pour la critique des principales thèses, p. 202 sq.), les études de droit comparé seraient dans ce domaine particulièrement souhaitables.

V. une tentative fort précieuse pour rendre compte de l'évolution de la publicité à travers les âges et l'espace : COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milan, 1954. Malheureusement, l'art de la synthèse est difficile et, en ce qui concerne la *mancipatio*, on ne peut que souscrire aux pertinentes critiques adressées à l'auteur (IMBERT, c. r., *Iura*, 1956, p. 274 sq.).

Sur les survivances, dans l'Empire d'Occident, de la *mancipatio*, encore mentionnée dans les constitutions du IV^e siècle (C. T., 8, 12, 5, 7), v. E. LÉVY, *West roman vulgar law*, Philadelphie, 1951, p. 135.

§ 2. *L'in jure cessio*

Origine, conditions, effets, tout est encore discuté dans ce procédé de transfert, car il a disparu très tôt (dernière mention dans : *Collatio*, 6, 10, de 293). V. la bibliographie dans KASER, p. 199 sq. et 372.

Il est probable qu'à l'origine l'*in jure cessio* ne jouait que pour les *res Mancipi*. V. STURM, *Abalienatio, Essai d'explication de la définition des Topiques (Cic. Top., 5, 28)*, Milan, 1957.

Les analogies avec la *mancipatio* sont certaines, mais il est difficile d'en fixer les limites. On tend à exagérer le caractère unilatéral de la *mancipatio* primitive pour avoir une technique qui s'inspire du procès archaïque, modèle de l'*in jure cessio* (KASER, p. 139). Un effet obligatoire de l'*in jure cessio*, analogue à celui de la *mancipatio*, paraît soutenable, V. LÉVY-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, Paris, 1934, p. 131.

Que le transfert ait lieu par *mancipatio* ou par *in jure cessio*, il peut être accompagné d'un pacte de restitution et tout particulièrement d'un pacte de *fiducie* (sur ce procédé, qui a permis de conclure des contrats non encore individualisés, v. t. I, p. 21).

Sur la place qu'occupent la *mancipatio* et l'*in jure cessio* dans le plan des ouvrages des juriconsultes classiques, v. SCHERILLO, *Il sistema civilistico*, dans *Studi Arangio-Ruiz*, p. 451 sq.

§ 3. *La Traditio*

La technique est étroitement liée à l'évolution des procédés d'acquisition de la possession d'une part, au progrès du consensualisme dans le droit des obligations de l'autre. On retrouve ici le problème du transfert du droit de propriété (v. *supra*, p. 232).

1) *La remise matérielle et le problème de la preuve.* — Symboles, fictions, abstractions, pratique et doctrine ont rivalisé d'ingéniosité, illustrant en tout bien tout honneur la célèbre boutade : « La preuve que je respecte la loi, c'est que je la tourne. » Remise matérielle et rédaction d'un écrit loin de s'exclure se complètent, parfois, avec la pratique de la remise de l'écrit à l'acquéreur, ce qui le rend propriétaire de la chose (*traditio cartae*).

La remise de l'écrit a d'autant plus d'importance qu'elle permet de prouver que le bien n'a pas été acquis à la suite d'un vol. Pour une jonction de ces usages avec ceux de notre droit occidental. Voir, outre les études de BRANDILEONE : CHECCHINI, *La traditio e il trasferimento della proprietà immobiliare nei documenti medievali*, Padoue, 1914 ; RASI, *Il documento e la traditio cartae nel periodo langobardo*, Pavie, 1946, p. 50 sq. ; GORDON, *Acquisition of Ownership by traditio and Acquisition of Possessio*, dans *RIDA*, 1965, p. 279-300.

A priori, l'écrit semble doué de toutes les vertus, il n'est qu'une preuve (v. cependant le contrat *litteris*, t. I), mais en fait, il supplée la forme (v. t. I, n° 38). C'est ce qui se produit pour la stipulation comme pour la mancipation ou la tradition. Il faut cependant se garder d'exagérer son rôle. De l'époque classique au Bas-Empire, on souligne traditionnellement l'importance croissante de la preuve écrite par rapport à la preuve testimoniale, mais l'évolution est plus complexe. Dans bien des cas, la législation impériale semble avoir fait plus de place qu'on ne pourrait le croire au témoin à côté de l'écrit. V. sur cette question les travaux de G. G. ARCHI, *Civilliter vel criminaliter agere in tema di falso documentale*, dans *Scritti in onore di C. Ferrini della Università del S. Cuore di Milano*, t. I, p. 1 sq. ; *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, dans *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini della Università di Pavia*, p. 674 sq., et en dernier lieu : Les preuves dans le droit du Bas-Empire, *Recueils de la Société Jean-Bodin*, t. XVII, Bruxelles, 1965. A partir de Constantin, on relève dans la législation un certain scepticisme à l'encontre du chirographe. Par crainte des faux, on recommande de faire rédiger l'écrit en présence de témoins. Sur le rôle probatoire du témoignage instrumentaire, v. J.-Ph. LÉVY, *Réflexions sur l'importance et l'intérêt des questions de preuves*, dans *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes*, XVIII, 1954, p. 14 sq. On oppose ce rôle probatoire à l'attitude des témoins de l'ancien droit romain et, encore en partie, du droit classique qui consentaient à l'acte et exerçaient sur lui un contrôle au nom de la collectivité (LÉVY-BRUHL, *Le témoignage instrumentaire en droit romain*, thèse Droit, Paris, 1910). Ce « concours » des témoins reparaitra au Moyen Age avec la technique du retrait lignager. Or, il existe au Bas-Empire un droit de préemption en faveur des voisins (v. *infra*, p. 436), et l'intervention de ces derniers dans les contrats de vente (*Fr. Vatic.*, 35, de 337 environ) n'est peut-être pas une simple coïncidence, surtout si, comme le pense BELLOMO, *Il diritto di prelazione nel Basso Impero*, *ASD*, 1958, p. 187 sq., le droit de préemption a une origine coutumière. Cette hypothèse expliquerait la rareté des textes législatifs qui mentionnent le retrait. C. T., 3, I, 6, signale comme titulaires de ce droit les *proximi* et les *consortes*, qui seraient respectivement : les *parents*, à l'exclusion des fils, et les *voisins* liés par une responsabilité solidaire devant l'impôt.

2) *L'élément psychologique*. — *La justa causa* a donné lieu à une abondante bibliographie amplement justifiée par la complexité et les incertitudes de l'évolution. V. FUCHS, *Iusta causa traditionis in der römischen Wissenschaft*, Bâle, 1952. Une théorie du juste titre (tradition, usucapion) est d'autant

plus difficile à faire que controverses et contradictions ne manquent pas dans les textes. V. notamment D., 41, 1, 36 et D., 12, 1, 18, pr. : *VOCI, Modi di acquisto della proprietà*, Milan, 1952, p. 144 sq. et *VAN OVEN, Die Antinomie*, D., 41, 1, 36 ; D., 12, 1, 18, pr. *TR*, 1952, p. 441 sq. Pour une tentative de synthèse, v. *VOCI, Iusta causa traditionis e iusta causa usucapionis*, *SDHI*, 1949, p. 151 sq. V. également *JAHR, ZSS*, 1963, p. 141-174 ; *MARTINEZ*, La propiedad : teoria de errores, dans *Riv. de der. privado*, 1963, p. 126-139, et *SANFILIPPO*, L'efficacia traslativa della volontà nel diritto romano, dans *Studi Zingali*, 1965, p. 603-614.

Sur le rôle de la *scientia* (connaissance de l'acte) en l'absence de *jussus* donné par l'*accipiens* à l'*extraneus*, v. *WATSON*, Acquisition of ownership by « traditio » to an « extraneus », dans *SDIII*, 1967, p. 189-209.

La décadence de la remise matérielle au profit de l'élément psychologique ne doit pas faire croire que les juristes romains aient cédé à une mystique consensualiste. L'opportunisme de la pratique est tempéré par la fidélité des compilateurs de Justinien aux principes traditionnels. Si par la suite, dans la doctrine byzantine, une tendance favorable au transfert consensuel semble se manifester (v. *MICHAELIDES-NOUAROS, RHD*, 1937, p. 370 sq.), on relèverait maintes preuves de l'évolution inverse dans les textes du *Jus Graeco-Romanum*. Si la doctrine a, peut-être, été touchée par la grâce du consensualisme, les praticiens sont plus sensibles aux questions de preuve et de sécurité des transactions.

§ 3. MODES DÉRIVÉS D'ACQUISITION NON VOLONTAIRE

[158] Mode *non volontaire*, car le droit réel est acquis *sans l'accord* du propriétaire, mode *dérivé* cependant : les limitations et charges qui existent à l'égard du propriétaire subsistent en principe, elles sont *transmises* à l'acquéreur.

Ces modes de transfert ont à leur source : a) *L'imperium* du magistrat ; ou b) *L'autorité* de la loi.

a) *Imperium et contrat judiciaire*. — Dans certaines actions en partage et en bornage, le juge a le pouvoir d'opérer des transferts de propriété entre les parties au procès. L'idée de contrat judiciaire fait que les pouvoirs reconnus au juge sont considérés comme résultant de la convention des parties. On peut en rapprocher le cas du défendeur à une action réelle qui, ayant perdu le procès, toute condamnation étant pécuniaire à l'époque classique, préfère payer et garder l'objet du litige.

b) *L'autorité de la loi* confère, sous le Haut-Empire, la propriété de la moitié du trésor à celui qui le découvre sur le terrain d'autrui (v. *supra*, n° 143), au Bas-Empire, devient

propriétaire celui qui cultive un champ laissé en friche (C., 11, 59, 8), ainsi que celui qui possède un bien que le propriétaire a essayé de reprendre par la violence au lieu d'intenter une action en justice (C. T., 4, 22, 3 ; C., 8, 4, 7, v. *supra*, n° 57). Le mode d'acquisition en vertu de la loi de beaucoup le plus important est l'acquisition par la possession prolongée.

La possession prolongée. — Une possession d'une certaine durée peut faire acquérir un droit réel, propriété immobilière et mobilière notamment. Le procédé permet de résoudre le problème posé par la dissociation du droit et du fait, en ramenant celui-ci à celui-là, en créant un droit à partir d'une situation de fait.

Technique révolutionnaire à première vue : triomphe du possesseur exploitant sur le propriétaire absentéiste. En fait, si l'institution a eu, en droit romain, une extraordinaire vigueur créatrice, elle la doit davantage aux facteurs sociaux et économiques qu'aux préoccupations politiques. Echec au formalisme et aux difficultés de preuve (*probatio diabolica* des Glossateurs : nécessité de prouver que l'on a acquis la chose du véritable propriétaire, ce qui oblige à prouver la propriété de celui-ci, et donc la propriété de son auteur, etc., cf. GAIUS, 2, 44). Sécurité des transactions, tels sont les impératifs auxquels obéissent législateurs et praticiens. Le respect qu'inspire la situation acquise fondée sur une certaine durée puise aux sources mêmes de la règle de droit (coutume). Mais l'importance du délai de possession est elle-même fonction de multiples considérations.

En droit romain, comme dans notre ancien droit coutumier, les délais, d'abord très courts, ont été ensuite allongés. L'évolution est surtout fonction du caractère plus ou moins périssable des preuves : « avec le développement de la civilisation du papier on peut allonger les délais » (CARBONNIER, II, p. 212), fonction aussi des données géographiques, l'extension de l'Empire romain, celle du royaume capétien, comme les grandes étendues d'outre-mer, actuellement, modifient les idées relatives à l'absentéisme du propriétaire. L'allongement des délais répond aussi à des préoccupations morales, à la crainte de couvrir une spoliation.

Défaut de négligence, du propriétaire, risque d'usurpation de la part du possesseur, dans l'acquisition de la propriété par la possession prolongée, il faut tenir compte non seulement de l'intérêt des tiers qui se fient à l'apparence (*error communis facit jus*), mais aussi des intérêts souvent opposés du possesseur qui prescrit et de celui contre qui il prescrit. On retrouve ici les deux perspectives offertes par les actions possessoires : protection et sanction.

1) Protection du possesseur parce que sa situation de fait paraît conforme au droit par suite des garanties qu'elle présente : c'est ce que réalise l'*usucapion* ; 2) Sanction de la négligence du propriétaire. Son inactivité prolongée justifiant à son encontre le jeu de la *prescription*, qui n'assure qu'indirectement et imparfaitement la protection du possesseur ; 3) Entre ces deux conceptions, le *synchrétisme* ne sera réalisé que dans les compilations byzantines et pour des raisons surtout formelles ; 4) Les délais n'ont pas seulement intéressé les juristes parce qu'ils consolidaient un état de fait. Le *temps* a été pris en considération pour lui-même, certains législateurs en faisant un *mojen de présomption*.

I. — L'USUCAPION

[159] C'est la technique originelle. Son existence nous est attestée dès l'ancien droit romain (*Loi des XII Tables*), et le délai exigé pour l'acquisition de la propriété est très bref : deux ans pour la propriété immobilière, un an pour les autres choses : meubles, mais aussi servitudes rustiques, puissance sur la femme mariée, titre d'héritier (*usucapio pro herede*, v. t. III). Comme la plupart des institutions archaïques, elle appartient au *jus civile* : elle joue en faveur des citoyens romains, et a pour objet des choses romaines. Si l'*usucapion* subsiste jusqu'aux compilations de Justinien, elle n'en a pas moins évolué très profondément.

Il y a contraste total entre : 1) L'*usucapion légale* des origines, qui s'appuie sur une idée d'interdépendance des situations juridiques « conforme à la solidarité des membres de la cité ; et 2° Son extension *jurisprudentielle* du début de l'époque clas-

sique, réalisée sous le signe de l'individualisme » (F. DE VISSCHER, *RIDA*, 1958, p. 476).

[160] 1^o USUCAPION LÉGALE : « USUS » ET « AUCTORITAS ». — Si, en matière de propriété foncière, la négligence du propriétaire, contre qui on usucape, peut être présumée (le délai d'usucapion de deux ans correspond à la pratique de l'assolement biennal), le procédé semble bien avoir été créé par le législateur pour protéger un rapport juridique, pour pallier les irrégularités d'un transfert.

L'acquisition d'une *res Mancipi* par simple tradition ne confère pas la propriété. Mais en l'absence des formalités nécessaires (*mancipatio, in jure cessio*), l'aliénateur est tenu de prêter à son ayant cause son appui, son autorité légitime (*auctoritas*). Au bout du délai d'un ou deux ans, selon qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles, la propriété romaine sera transférée.

La technique n'a rien de révolutionnaire, c'est un palliatif au formalisme excessif de l'ancien droit. Vis-à-vis des tiers, la publicité est assurée par la durée de la situation de fait. Vis-à-vis du propriétaire, la technique consacre le rapport qui le lie à son ayant cause. L'usucapion apparaît comme le complément d'un mode d'acquisition volontaire : possesseur et propriétaire sont dans un état d'interdépendance juridique, la possession (*usus*) de l'acquéreur est corroborée par le pouvoir de droit (*auctoritas*) de l'aliénateur (cf. F. de VISSCHER, *RIDA*, 1958, p. 489). Mais le rapport *usus-auctoritas* est réversible. Le possesseur se trouve sous la dépendance du propriétaire. L'*auctoritas* de celui-ci peut contredire et non plus compléter l'*usus* de celui-là. *Adversus hostem aeterna auctoritas* (*Loi des XII Tables*, 3, 7), contre l'ennemi : pouvoir éternel. L'anathème illustre la subordination de l'*usus* à l'*auctoritas*. Aucun délai ne permet de faire jouer l'usucapion en faveur d'un étranger. Contre ce dernier, le citoyen romain conserve éternellement son pouvoir.

L'usucapion n'est pas encore une technique autonome. Elle ne le deviendra qu'au II^e siècle avant notre ère, grâce à une réforme jurisprudentielle opérée sous le signe de l'individualisme.

[161] 2^o USUCAPION JURISPRUDENTIELLE : LA PROTECTION INDIVIDUELLE. — Au début de l'époque classique, la jurisprudence modifie profondément l'ancien concept. Nul souci de

protéger un rapport juridique, de consacrer la solidarité qui lie le vendeur à l'acheteur. L'usucapion devient un procédé de protection strictement individuelle. Son domaine d'application, comme ses conditions, vont s'en trouver profondément transformés.

Extension de l'usucapion aux *res nec Mancipi*, elles s'ajoutent aux *res Mancipi*, que l'on pouvait seules usucaper à l'époque ancienne. En revanche, défense d'usucaper, outre les biens inaliénables, les immeubles acquis par la violence et les meubles volés. Mais la nouveauté réside surtout dans le fait que l'efficacité de l'usucapion repose sur deux dispositions qui attestent son autonomie vis-à-vis de toute *auctoritas*, c'est-à-dire de tout appui extérieur. a) Le *juste titre* ménage encore une transition avec l'usucapion légale ; mais avec b) La *bonne foi*, pivot de l'institution, le changement est total ; c) Les règles relatives à la nécessité d'une *continuité de possession* donneront, enfin, à l'usucapion l'esprit qu'elle a gardé jusque dans nos droits modernes.

a) *Le juste titre*. — C'est l'acte ou le fait juridique en vertu duquel l'*usucapiens* a pris possession de la chose, et qui l'en aurait rendu propriétaire sans l'existence d'une irrégularité, d'un vice quelconque. Le juste titre, c'est la cause de la possession (*justa causa*). Élément constitutif important, c'est en fonction de lui que l'on distingue les différentes sortes d'usucapion : *usucapio pro emptore*, si l'acte est une vente, *pro donato*, pour une donation, *pro legato*, pour un legs, *pro derelicto* pour une chose abandonnée, etc. Dans les deux derniers cas, l'usucapion ne procède plus d'un rapport juridique entre deux personnes, elle n'est plus à base d'interdépendance « L'exigence de l'*auctoritas* étant écartée, il n'y a plus aucune raison de limiter l'usucapion à l'hypothèse d'une tradition ou transmission entre vifs » (F. de VISSCHER). Renchérisant sur l'autonomie de l'usucapion, certains juristes de la fin de l'époque classique essaieront de faire admettre la validité de l'usucapion *pro suo* (D., 41, 3, 27), c'est-à-dire, fondée sur un juste titre indéterminé (titre putatif). Mais les cas d'applications anciens persistent, ce sont les plus courants, et ils permettent de normaliser facilement la situation de fait en la ramenant

au droit. Nul souci dans ces applications de sanctionner une négligence du propriétaire, mais le désir de corriger une erreur, de protéger le possesseur qui *a cru* qu'il était devenu propriétaire en vertu du titre invoqué. La croyance en son bon droit est la seconde exigence introduite par le droit classique, elle va prendre une importance croissante.

b) *La bonne foi*. — Normalement, celui qui invoque l'usucapion aura acheté à quelqu'un qui n'était pas le véritable propriétaire, il sera acquéreur d'un non-propriétaire (*a non domino*). Il suffit que la bonne foi, qui est présumée (cf. C. C., art. 2268), ait existé lors de l'entrée en possession, d'où l'adage des commentateurs du droit romain : *mala fides superveniens non nocet* (la mauvaise foi venant après coup, ne nuit pas : cf. D., 41, 10, 4, pr. ; C. C., art. 2269).

La bonne foi implique une recherche psychologique, mais elle s'opère sous le signe de l'opportunisme. Parallèlement, si l'*erreur de fait* est seule retenue, une exception très importante est admise en faveur de celui qui a acquis une *res Mancipi* sans les formalités requises, et par simple tradition (GAIUS, 2, 41). C'était, on l'a vu, le cas d'application originel de l'usucapion légale.

La bonne foi, au début de l'époque classique, apparaît comme un simple moyen de contrôle du juste titre, elle le complète. Les préoccupations des juristes sont d'ordre technique et social beaucoup plus que moral. Le magistrat se soucie avant tout, au nom de l'équité, de faire échec au formalisme des actes juridiques en tenant compte des usages (désuétude des solennités de la *Mancipatio*). Il s'efforce d'assurer la stabilité des transactions. Pour ce faire, la bonne foi est entendue dans un sens large : on y fait entrer les cas où l'acquéreur, tout en sachant qu'il n'est pas devenu propriétaire, au regard du droit civil, peut prouver que son acquisition est justifiée en équité (*Usureceptio fiduciae*, dans le cas de fiducie *cum creditore*, ne permet d'usucaper que si la créance garantie est éteinte, v. t. I, n° 23). Le bénéfice de la bonne foi est en principe refusé aux personnes qui commettent une erreur de droit (v. t. I, n° 117), mais il s'agit du droit tel qu'il est appliqué par le magistrat et non tel qu'il découle des principes traditionnels (cf. en droit moderne,

les controverses soulevées par le pouvoir de créer le droit d'un corps judiciaire dont l'autorité est incomparablement plus réduite que celle du prêteur : CARBONNIER, t. I, p. 114) ; le pouvoir normatif de nos tribunaux administratifs est, au contraire, indiscutable : v. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, thèse, Droit, Poitiers, 1954).

La bonne foi a d'abord eu un caractère subsidiaire, on la suppose ou on la supprime, selon les besoins de la technique, elle ne va pas tarder à prendre une place prépondérante. Elle va empiéter sur le juste titre, jusqu'à l'absorber parfois en le reléguant au rang de fiction, comme c'est le cas avec le titre putatif.

[162] TITRE PUTATIF. — Sous le Haut-Empire, il existe une tendance favorable à l'admission d'un rôle exclusif de la bonne foi. C'est là une conséquence de l'importance grandissante du critère psychologique, le phénomène est constant, il est illustré, surtout dans la possession, par la primauté de l'*animus* sur le *corpus* (v. n° 113). C'est aussi le reflet « d'un progrès décisif de l'*individualisme* » (de VISSCHER, *SDHI*, 1957, p. 33), qui établit une corrélation avec la régression de la *solidarité*. L'usucapion n'est plus à base d'interdépendance, le juste titre ne suppose pas forcément l'intervention d'un auteur : vendeur ou donateur, puisqu'il existe une usucapion pour un legs ou pour une chose abandonnée). En matière d'usucapion, certains jurisconsultes estiment qu'en l'absence de juste titre, la croyance en son existence est suffisante (D., 41, 3, 27 : usucapion *pro suo*). Cette opinion n'a pu prévaloir si ce n'est, *utilitatis causa*, dans quelques cas particuliers (v. les textes dans BONFANTE, *La propriété*, t. II, p. 267 sq.).

C'est là une solution plus rigoureuse que pour la tradition (v. *supra*, n° 157). On notera que l'usucapion jurisprudentielle ne repose plus sur une interdépendance juridique, mais sur une disposition strictement individuelle de l'acquéreur. Alors que la tradition procède toujours d'un acte juridique — qui peut être nul certes — mais sur lequel les deux parties sont d'accord, le caractère spécifiquement unilatéral de l'usucapion explique les réserves soulevées par le titre putatif. Il risque d'ouvrir la porte

à l'arbitraire, même limité par la règle *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* (D., 41, 3, 33, 1 ; v. *supra*, n° 122).

Si le principe de la continuité de la possession semble déjà dégagé dans l'ancien droit (*usurpatio trinocitii*), l'application en sera précisée à l'époque classique, le délai restant toujours fixé à un an pour l'acquisition de la propriété mobilière et deux ans pour l'immobilière.

[163] c) CONTINUITÉ DE LA POSSESSION. — Pendant le délai d'un ou deux ans la possession doit être continue. En cas d'interruption, l'usucapion doit être recommencée. Les causes d'interruption sont, à l'époque classique, uniquement naturelles : dépossession matérielle (D., 41, 3, 5), acte symbolique de disposition fait par un tiers sur la chose (CICÉRON, *De oratione*, 3, 28, 110), par exemple. L'interruption civile n'est pas retenue (action en revendication contre le possesseur).

Comme on se préoccupe peu de sanctionner la négligence du propriétaire contre qui on usucape, à l'inverse, sa bonne foi n'est pas prise en considération, les délais ne sont pas suspendus au profit des propriétaires absents ou frappés d'incapacité. Le prêteur leur viendra cependant en aide en leur accordant une *restitutio in integrum*.

Si la continuité de la possession est exigée, il n'est pas nécessaire que ce soit la même personne qui soit restée en possession du bien pendant le délai imparti pour usucaper. À l'époque classique, la mort du possesseur n'interrompt plus l'usucapion (D., 41, 3, 40), l'héritier est considéré continuer immédiatement la personne du défunt (v. t. III, p. 338 ss.). En raison de cette continuité artificielle, peu importe la bonne ou la mauvaise foi de l'héritier, on tient compte uniquement des qualités de la possession du *de cuius* (D., 41, 4, 2, 19).

Au contraire, l'ayant cause à *titre particulier* : acheteur, donataire, ne peut continuer la possession de son auteur. A la différence des successeurs à titre universel, il devra commencer une nouvelle usucapion, ce qui peut être pour lui un avantage si son auteur était de mauvaise foi, alors qu'il est lui-même de bonne foi. A la fin du Haut-Empire, une constitution impériale autorise la jonction de possession entre vendeur et acheteur (I., 2, 6, 13).

L'usucapion ne pouvait être que d'un emploi très limité, et cela tant par ses conditions très strictes d'application que par son but. En raison de la félicité suprême qu'elle procurait (acquisition de la propriété quiritaire), cette technique typiquement romaine comportait un certain nombre d'exclusives (pérégrins ou fonds provinciaux, meubles volés ou immeubles enlevés par la violence) aussi peu compatibles avec la stabilité des transactions qu'avec l'extension de l'empire. C'est pourquoi dans les provinces orientales, on palliait l'absence de l'usucapion par des pratiques d'une contexture et d'un esprit très différents.

II. — LA PRESCRIPTION

[164] Elle ne se situe pas dans la perspective solennelle des actes de *jus civile*, mais dans celle plus nuancée des pratiques provinciales et du droit prétorien. Elle n'a pas pour but l'acquisition de la propriété ni romaine ni même provinciale, c'est un moyen de défense contre le propriétaire dont on veut sanctionner la négligence. Inertie coupable du propriétaire, intérêt des tiers, stabilité des transactions, tels sont les facteurs d'évolution de la prescription, technique originale appartenant au *jus gentium*.

En réaction contre la rigueur de l'usucapion, la prescription peut être non seulement utilisée par les non-citoyens, mais elle a pour objet tous les droits réels : propriété provinciale ou pérégrine et *jura in re aliena* (usufruit, servitudes).

Sanction de la négligence du propriétaire. — L'accroissement du délai, qui est porté à dix ans, est commandé par l'extension de l'empire et par le souci d'éviter les spoliations. La preuve en est la variation du délai selon que le propriétaire, contre qui on prescrit, est domicilié ou non dans le territoire de la cité où se trouve situé le bien (délai de prescription de 20 ans contre le non-domicilié ; cf. C. C., art. 2265). Toujours dans le désir d'éviter de sanctionner un propriétaire qui ne peut être taxé de négligence, des suspensions de délai sont prévues au profit des incapables ou de ceux qui sont absents pour un service public. La prescription ne joue pas contre eux (C., 7, 35, 1 et 3). Par suite de l'optique adoptée — prise en considération d'un

délai pendant lequel le propriétaire ne réagit pas devant la prise de possession de son bien par un autre — peu importe que le bien ait été possédé par une ou plusieurs personnes. La jonction des possessions est donc possible pour tout successeur à titre particulier (D., 18, 1, 76, 1). Toujours en fonction de la même perspective, l'interruption civile de la possession est admise. Il suffit que le propriétaire, contre qui on prescrit, manifeste sa volonté de faire valoir son droit pour que soit renversée la présomption qui est à la base de la prescription : inexistence ou abandon même de ses droits par celui contre qui on prescrit. La possession est dès lors interrompue par une action en justice ou une sommation extra-judiciaire (C., 7, 33, 1 et 2).

Toutes les conditions énumérées sont surtout fixées en fonction de celui contre qui on prescrit. Aussi bien, les premières constitutions impériales qui réglementent la technique se bornent-elles à exiger, de la part du possesseur qui prescrit, une prise de possession exempte de vices (*justum initium possessionis* : PAUL, *Sent.*, 5, 2, 4), ce qui est un minimum.

[165] EFFETS NÉGATIFS. — Ce laxisme du législateur s'explique quand on constate que la prescription ne fait pas acquérir la propriété au possesseur. A la différence de celui qui usucape, celui qui prescrit n'a qu'un moyen de défense. Attaqué par le propriétaire, il fera insérer dans la formule que lui délivrera le magistrat, une exception (*praescriptio pro reo*, littéralement : prescription en faveur du défendeur). A l'action en revendication du propriétaire négligent, il opposera sa longue possession. Si, pour une raison quelconque, il perd le bien, qui est pris par un tiers, et qu'il ne puisse le récupérer par les actions possessoires, il ne dispose d'aucune action pétitoire, car la possession ne lui a pas fait acquérir de droit réel. Au contraire, le propriétaire pour négligent qu'il soit, peut invoquer son droit réel contre le tiers et reprendre le bien. Son droit réel subsiste, il est seulement inopposable à celui qui a prescrit ou à son ayant cause. On préfère la négligence caractérisée à une spoliation éventuelle.

Le caractère négatif des effets de la prescription se marque encore par l'extinction des charges qui grèvent le bien du fait du propriétaire contre qui on a prescrit. A la différence de l'usucapion, qui consiste originellement en la normalisation

d'un rapport juridique, dans la prescription, lorsque propriétaire et possesseur n'apparaissent pas comme des ennemis, ils s'ignorent. Mais usucapion et prescription ne pouvaient coexister sans que des interférences se produisent.

[166] INTERFÉRENCES DE TECHNIQUES. — Dès le Haut-Empire, un rapprochement entre les deux techniques se réalise. La bonne foi est requise pour le possesseur qui prescrit (C., 5, 73, 1). Sous l'excès de préoccupations morales que l'on retrouve dans notre ancien droit, on « exigera, sous le Principat tout au moins, une bonne foi continue, pendant toute la durée de la possession » (BOYER, *Cours*, t. I, p. 74). Enfin, au début du Bas-Empire, la prescription se voit reconnaître un effet acquisitif : celui qui a prescrit, peut revendiquer le bien entre les mains d'un tiers.

Praescriptio longi et longissimi temporis. — Au Bas-Empire, la prescription de dix à vingt ans (*praescriptio longi temporis*) voit ses conditions et ses effets se rapprocher de ceux de l'usucapion. La prescription originelle répondait cependant à des besoins multiples. Il fallait non seulement élargir le domaine d'application de l'usucapion, mais écarter l'incertitude, dangereuse pour le commerce, qui pesait sur les meubles volés comme sur les immeubles acquis par la violence. Avec les troubles et les désordres du Bas-Empire, il est souvent difficile d'apporter la preuve de son juste titre, c'est pourquoi l'empereur Constantin crée une prescription sans juste titre ni bonne foi, qui n'a qu'un effet négatif : rejet de l'action en revendication du propriétaire. Une seule condition : la très longue possession (*praescriptio longissimi temporis*). Le délai, d'abord fixé à quarante ans, sera porté à trente ans (C., 7, 39, 3). Ainsi sous l'empire des nécessités pratiques, le simple fait retrouve la faveur des juristes comme il l'avait retrouvé à la même époque dans le domaine des actions possessoires (v. *supra*, n° 56). Protection d'une situation de fait parce que très proche du droit, sanction pour des motifs d'ordre public du pur fait en raison de sa seule ancienneté. Le double rôle de la possession prolongée répond à un double besoin de la pratique. C'était là une raison insuffisante pour les compilateurs byzantins épris de synthèses et de classifications.

III. — LE SYNCRÉTISME BYZANTIN

[167] Les juristes byzantins, sous l'empire de préoccupations morales, sont peu favorables aux transformations du fait en droit (cf. la réprobation de la prescription par la morale religieuse, qu'elle soit chrétienne ou islamique, v. J. ROUSSIER-THEAUX, La possession, *RATM*, 1935, I, p. 147 sq.). S'ils n'ont jamais proclamé expressément l'iniquité de la prescription (*iniquum praesidium* : l'anathème leur est attribué par BARTOLE, commentant le C., 7, 40, 1, 2), ils ont aggravé les conditions qui permettent au possesseur de l'invoquer (allongement des délais, rejet définitif de la tendance favorable au titre putatif). Mais selon leur habitude, ils ont fait avant tout œuvre de synthèse et de classification, ce qui leur a été facilité par l'uniformisation des types de propriété. On peut désormais acquérir la propriété par la possession prolongée grâce à trois sortes de techniques, qui se distinguent surtout par la variation des délais.

1) La courte prescription acquisitive de trois ans confère la propriété des meubles et se voit réserver le nom d'usucapion. Elle obéit aux mêmes règles que la *praescriptio longi temporis*, sauf rejet de l'interruption civile (C., 7, 31, 1 ; I., 4, 17, 3).

2) La prescription de droit commun de dix à vingt ans (selon que les parties sont présentes ou absentes : domicile situé ou non dans la province où se trouve l'immeuble : C., 7, 33, 12). Elle a un effet acquisitif et requiert juste titre et bonne foi.

3) La *praescriptio longissimi temporis* de trente ans est conservée, mais avec effet acquisitif et l'exigence de bonne foi sans juste titre. Toutefois, même à l'époque byzantine où triomphent les préoccupations morales, on ne peut faire totalement abstraction des nécessités pratiques. La possession de trente ans même sans bonne foi ni juste titre reste un moyen de défense contre le propriétaire, sauf si le bien a été enlevé par la violence (C., 7, 38, 8). Le caractère spécifiquement négatif de la prescription n'est plus dans les compilations de Justinien qu'une survivance. La prescription ayant, depuis l'époque classique, un domaine d'application beaucoup plus

vaste que celui de l'usucapion, la force de la tradition a imposé le terme aux Byzantins bien qu'il soit en contradiction avec l'effet acquisitif produit par la possession prolongée. De nos jours, si le rejet par les rédacteurs du Code civil du terme usucapion, qui signifie quelque chose, est regrettable, l'adoption du mot prescription présente l'avantage, sur l'époque ancienne, de ne signifier plus rien et de contribuer à donner à notre langue juridique un caractère hermétique de bon aloi.

IV. — LE TEMPS PROCÉDÉ DE PRÉSUMPTION

[168] L'usucapion et la prescription sont des remèdes, la dissociation de la propriété et de la possession est « une situation pathologique, et il y a intérêt social à ne pas la prolonger » (CARBONNIER, n° 62). Le temps va transformer le fait en droit, grâce à son effet consolidateur. La prescription, que d'aucuns rêvaient d'utiliser dans un sens révolutionnaire pour évincer les propriétaires négligents, a finalement des vertus conservatrices. Mais la technique a contribué largement au progrès de la science du droit en accoutumant le juriste au maniement de la notion de temps. Si, assorti d'autres conditions (juste titre, bonne foi), le délai a un effet créateur ou consolidateur, il va être fréquemment employé seul pour justifier l'extinction d'un droit ou pour donner un sens plus complexe au silence ou à l'inertie de l'individu. En dehors de l'usucapion, le but le plus courant du délai est de presser l'intéressé à agir, pour accélérer ainsi la vie juridique (forclusion). Mais par suite de l'absence de décision prise dans un certain laps de temps, le délai peut revêtir pour le juriste une signification propre et le renseigner sur les intentions du justiciable. Familiarisés avec l'interprétation de la volonté, les jurisconsultes estiment que l'oubli, la versatilité sont inhérents à l'esprit humain. Le temps passé sans agir est considéré comme traduisant soit la volonté de renoncer à un droit, soit celle de l'accepter. C'est ainsi qu'à la différence d'un quelconque délai de forclusion, le *spatium deliberandi*, en matière successorale, a un sens : le silence valant, selon les époques, refus ou acceptation de la succession (C., 6, 30, 22, 13 a, v. t. III, p. 352). Le temps traduira encore,

soit la volonté d'infirmar une décision antérieure, soit l'intention de la confirmer. En cas de non-renouvellement, dans les deux ans, de l'autorisation donnée par la femme à l'aliénation d'un immeuble dotal, le silence vaut désaveu (*Nov.* 61, de 537 ; v. t. III). En sens inverse, le bénéfice d'abstention invoqué par un *heres suus et necessarius* devient définitif s'il n'est pas révoqué pendant le délai de trois ans (C., 6, 31, 6 ; v. t. III, p. 357). Il en va de même, par *a contrario*, avec le *jus poenitendi*, le silence observé par les parties, dans l'année de la conclusion du contrat de louage, vaut confirmation du bail (v. t. I, n° 267). Le temps peut enfin annuler un acte juridique valable qui est considéré comme oublié par son auteur et ne correspondant plus à sa volonté présente (péremption des testaments par le délai de dix ans : C. T., 4, 4, 6, de 418, abrogé par JUSTINIEN). *Qui ne dit mot consent*, mais aussi refuse ou encore a oublié ! L'éventail des solutions témoigne du large emploi que les juristes ont fait du temps, elle en montre aussi les dangers d'arbitraire. Mais il ne faudrait pas croire à une quelconque désinvolture de la part des législateurs, s'ils raffinent parfois dans leur interprétation de la volonté, c'est pour tenir compte de tendances complexes, pour traduire notamment l'évolution du droit, tout en respectant le génie des institutions.

Pour mieux comprendre les progrès que les juristes ont fait dans le maniement de la durée, il n'est pas inutile de rappeler que dans l'ancien droit romain, le temps apparaissait étroitement lié aux rites, ceux-ci consistaient en répétition à court intervalle de formalités concrètes. Les exemples abondent : *usurpatio trinocitii*, pour échapper à la puissance du mari, la femme doit découcher trois nuits consécutives (v. ELLUL, t. I, p. 352) ; *obvagulatio*, injures rituelles à la porte des témoins défaillants, renouvelées trois jours ; présentation du débiteur, que le créancier veut exécuter, à trois marchés successifs ; triple mancipations consécutives libérant le fils de la puissance paternelle (v. ELLUL, t. I, p. 349). Toutes ces dispositions appartiennent à la *Loi des XII Tables*. Efficacité, certes, conférée à l'action humaine par le nombre trois. « Mais il y a quelque chose de plus : les *trois fois* doivent être consécutives : or l'idée apparaît ici d'une concentration du temps à des fins

d'opération juridique » (GERNET, Le temps dans les formes archaïques du droit, *JPNP*, 1956, p. 402).

Avec les progrès de la science du droit, le temps est dissocié du rite, il a une valeur propre, il devient le fondement de spéculations juridiques.

ÉTAT DES QUESTIONS.

MODES DÉRIVÉS D'ACQUISITION NON VOLONTAIRE

a) Imperium et contrat judiciaire

Ce mode d'acquisition rend compte de la différence entre propriété quiritaire (*judicium legitimum*) et prétorienne (*judicium imperio continens*) v. de FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, 1924, p. 133.

b) Autorité de la loi

V. d'autres exemples d'acquisition dans BIONDI, p. 241.

LA POSSESSION PROLONGÉE : 1) L'USUCAPION. — F. de VISSCHER a renouvelé le sujet, v. sa dernière étude : De la défense d'usucaper les choses volées, *RIDA*, 1958, p. 469 sq. Usucapion, prescription, synthèse byzantine, marquent les grandes étapes de l'évolution de l'acquisition de la propriété par la possession prolongée. Mais l'usucapion, procédé originel, n'est pas une technique élaborée de façon homogène. Certaines règles ont une source légale, d'autres découlent de l'*interpretatio* de la jurisprudence, elles ont été élaborées en marge de la loi ou de l'édit. Répudiant l'explication simpliste, et trop souvent arbitraire des interpolations, le savant auteur s'efforce d'établir les différents remaniements subis par l'institution primitive (sur cette méthode, cf. GAUDEMET, *Revue philosophique*, 1955, p. 156 sq.). GAIUS ne nous apparaît plus comme un historien inspiré par une admiration révérentielle du passé, mais comme un juriste orienté par les préoccupations et les institutions de son époque. Une telle recherche n'est possible qu'en comparant les différentes institutions. La confrontation de l'action publicienne et de l'usucapion est, à cet égard, extrêmement fructueuse.

Sur une tentative de conciliation entre les théories selon lesquelles la *probatio diabolica* serait une invention des glossateurs ou, au contraire, un danger réel ayant justifié la création de l'action publicienne, v. KIEFNER, *Klassizität der « probatio diabolica » ?*, dans *ZSS*, 1964, p. 212-232.

a) *Usucapion légale*. — Comme le note F. de VISSCHER (*ouv. cit.*, p. 474), il existe quelques très anciennes défenses d'usucaper qui toutes se réfèrent à des *res Mancipi* : défense d'usucaper les *res Mancipi* aliénés par la femme sans l'*auctoritas* de son tuteur (GAIUS, 2, 47), défense d'usucaper les confins (*finis* : CICÉRON, *De leg.*, 1, 21, 55), les tombeaux, les voies d'accès (FESTUS, p. 84, 32 ; SERVIUS, *Ad Aen.*, 2, 201). Les défenses ultérieures viseront-elles

aussi des *res Mancipi*, ce qui est un indice probant « que l'institution légale de l'usucapion était étrangère aux *res nec Mancipi* ».

Sur la difficile question de l'*aeterna auctoritas*, v. MAGDELAIN, *Auctoritas rerum*, RIDA, 1950, Mélanges F. de VISSCHER, t. 4, p. 144.

b) *Usucapion jurisprudentielle*. — Sur la défense d'usucaper les choses volées, v. de VISSCHER, *ouv. cit.*, qui donne une explication convaincante du problème, par l'apparente répétition de la défense d'usucaper les choses volées faite dans la *Loi des XII Tables*, selon JULIEN et GAIUS, et dans la *Lex Atinia* d'après AULU-GELLE (*N. A.*, 17, 7). Comme à l'égard de l'ennemi : *aeterna auctoritas* du propriétaire sur la chose qui lui a été volée. La très large acception de la notion de vol accroît l'importance de l'exception. Le vice de furtivité est objectif, il frappe les choses volées même détenues par un autre que le voleur. Le vice peut être purgé de deux façons : par retour de la chose entre les mains du propriétaire ou lorsque ce dernier a eu la possibilité de reprendre son bien.

Impossibilité d'usucaper également les droits incorporels (servitudes prédiales rustiques depuis la loi Scribonia du 1^{er} siècle avant J.-C.). Ce texte concernait une usucapion étrangère aux notions de juste titre et de bonne foi : cf. l'*usureceptio* et l'*usucapio pro herede*. V. en dernier lieu YARON, *Reflections on usucapio*, dans TR, 1967, p. 191-227. Avec l'*interpretatio* de la jurisprudence, l'institution se spécifie et la réglementation se précise ; pour qui peut se remémorer les conditions de l'usucapion, rappelons le vers mnémotechnique de nos anciens commentateurs : *res habilis titulus, fides possessio tempus*. *Res habilis* : Usucapion par un citoyen (ou jouissant du *commercium*) d'une chose romaine, *res Mancipi* ou *nec Mancipi*, à l'époque classique, à l'exception des *res furtivae, vi possessae* et *res extra commercium*, auxquelles s'ajoutent toutes les choses dont la loi prohibe l'aliénation (fonds dotal, etc., lien entre inaliénabilité et imprescriptibilité).

Sur l'*usucapio pro derelicto*, v. l'article de WUBBE, dans *Mélanges Ph. Meylan*, I, Lausanne, 1963, p. 435-439.

Juste titre et bonne foi. — Outre les abondantes études de BONFANTE toujours utiles, v. COLLINET, *Iusta causa et bona fides* dans l'usucapion, dans *Mélanges Fournier*, Paris, 1929, p. 71 sq., et la bibliographie citée par VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milan, 1952, p. 159 sq., ainsi que HAUSMANINGER, *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im Klassischen römischen Recht*, Vienne, 1964. Le débat reste ouvert. La *iusta causa usucapionis* est « la grande illusion de la doctrine » (LAURIA, *Usus*, dans *Studi Arangio-Ruiz*, Naples, 1953, t. 4, p. 504). Sur les rapports de l'usucapion *pro suo* et de la règle *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, v. KASER, c. r. de VOCI, dans *Iura*, 1953, p. 337 sq. Il ne fait pas de doute que le problème du titre putatif ait soulevé de très vives controverses dès l'époque classique. Les interpolateurs éventuels n'ont aucun intérêt à inventer des dissentiments qui ne peuvent qu'affaiblir les solutions auxquelles ils se rallient dans les compilations de JUSTINIEN. L'importance du domaine d'application du titre putatif n'en reste pas moins difficile à apprécier, v. KASER, I, p. 355.

Selon MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem bei der Usucapio*, Gratz,

Cologne, 1962, nombreux auraient été, à l'époque classique, les partisans du titre putatif. Sur l'ancien droit romain, v. également une série d'études du même auteur dans ZSS, 1960, p. 16-51, 1962, p. 86-107, et TR, 1960, p. 221-276.

En droit romain, l'erreur de droit est recevable quand elle émane de personnes dont l'ignorance est excusable : mineurs, femmes, militaires, paysans (v. t. I, p. 128). En droit moderne, « la catégorie des *juridiquement faibles* n'existe plus » (DECCOTTIGNIES, L'erreur de droit, RT, 1951, p. 309), mais nous n'avons pas pour autant abandonné toute discrimination entre les justiciables, elle se fait non plus en bas mais en haut de l'échelle. Palliatif à l'absurdité du principe : *nul n'est censé ignorer la loi*, notre droit connaît la catégorie des *forts en thème*, ce sont les juristes : notaires, juges...

Continuité de la possession. Sur cette question essentiellement technique, v. la bibliographie fort ancienne dans BIONDI, *Istituzioni*, p. 256, n. 72. L'ancienneté du principe ne paraît pas douteuse, si l'*usurpatio trinoctii* (ELLUL, I, p. 352), qui interrompt à l'encontre du mari l'acquisition de la puissance sur la femme, est une institution du droit des personnes, elle a sans doute sa réplique dans le droit des biens. Cf. CICÉRON, *De oratore*, 3, 28, 110, qui permet de penser que l'ancienne usucapion, en matière immobilière, pouvait être interrompue en brisant une branche d'arbre sur le fonds. GORDON, Interruption of Usucapio, dans RIDA, 1962, p. 325-356.

2) LA PRESCRIPTION. — Pour toutes les questions techniques, l'ouvrage fondamental reste celui de PARTSCH, *Die longi temporis praescriptio im Klassischen römischen Rechte*, 1906. V. en dernier lieu NOERR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio. Studien zum Einfluss der Zeit im Recht und zum Rechtspolitik in der Kaiserzeit*, Cologne, 1969.

Comme la plupart des institutions du *ius gentium* sanctionnées par le préteur, la *praescriptio* est largement fondée sur la procédure. V. ELLUL, t. I, p. 408. Le calcul du délai se fait de jour à jour, c'est-à-dire que le premier jour de la prise de possession ne compte pas (d'où le brocard des commentateurs encore valable actuellement : *dies a quo non computatur in termino*), et que le dernier est considéré fini dès qu'il est commencé (*contra*, C. C., art. 2261).

3) LE SYNCRÉTISME BYZANTIN. — V. E. LÉVY, *West roman vulgar law*, Philadelphie, 1951, p. 176 sq.

L'Église bénéficie d'un régime de faveur en ce qui concerne le délai de la prescription qui joue à son encontre.

Le temps, procédé de présomption. — V. d'autres exemples du silence valant consentement lorsqu'il a une certaine durée, dans C., 2, 55, 5, 1 de 530 : acceptation d'une sentence arbitrale par un silence de dix jours et C., 4, 66, 3, 3, de 530 : le propriétaire qui ne répond pas à l'emphytéote est censé, au bout d'un délai de deux mois, accepter le transfert à un autre exploitant.

Comme le constate BONFANTE, en étudiant il *silenzio nella conclusione dei contratti* (*Scritti giuridici varii*, t. III, p. 182 sq.), la valeur de consentement attribué au silence du *pater* traduit une évolution historique et ne pose nullement le principe : *qui ne dit mot consent*. Les textes qui se contentent, pour la validité des fiançailles du fils, du silence du père, traduisent la

décadence des pouvoirs du *pater familias*. C'est en cela également que réside l'intérêt de la prise en considération du temps par les juristes. Qu'il s'agisse de protéger la femme contre les aliénations dotales, de réagir contre le concept suranné de l'héritier nécessaire tout en tenant compte de la continuation de la personne du *de cuius*, qu'il s'agisse de pallier l'insécurité économique (*jus poenitendi*) ou de consacrer les droits de l'emphytéote, la prise en considération du temps, avec l'interprétation de la volonté dont elle est l'occasion, traduit l'évolution des institutions. S'il ne semble pas qu'il y ait eu de principe directeur, du moins peut-on constater que les juristes byzantins sont allés très loin dans le domaine des présomptions. Pour la Grèce antique, v. GERNET, *Le temps dans les formes archaïques du droit*, dans *Journal de Psychologie*, LIII, 1956, p. 379-406 (réimpression dans *Anthropologie de la Grèce antique*, Paris, 1968, p. 261-287). Cf. GRIMAL, *Place et rôle du temps dans la philosophie de Sénèque*, *REA*, LXX, 1968, p. 92-109.

Les effets du temps n'ont été envisagés par la doctrine qu'indirectement, en fonction du « silence créateur d'obligation ». Depuis SAVIGNY, de nombreux romanistes allemands et italiens se sont occupés de cette question. V. en dernier lieu, avec la bibliographie, DONATUTI, *Il silenzio come manifestazione di volontà*, dans *Studi in onore di Pietro Bonfante*, IV, p. 461 sq. Outre les incidences économiques du temps, celui-ci est également envisagé par la doctrine moderne à l'occasion du silence et de son rôle dans les contrats, V. la bibliographie aussi réduite qu'ancienne dans CARBONNIER, t. II, p. 345. Cf. pour le droit suisse : SCHLÄPFER, *Die Bedeutung des Schweigens beim Vertragsabschluss nach Schweizerischen Recht*, Zurich, 1937, et sur la façon d'interpréter les silences de l'administration : MONTANÉ DE LA ROQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, thèse Droit, Toulouse, 1950.

V. en revanche, sur les délais de forclusion, une synthèse fort utile parce que historique de AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milan, 1958.

SECTION III. — Sanctions du droit de propriété

[169] Le droit de propriété peut se trouver infirmé par le fait de la possession. Propriétaire et possesseur étant deux personnes différentes, pour rétablir l'harmonie entre les deux concepts, on peut faire disparaître le droit au profit de la situation de fait en raison de son ancienneté et des qualités qu'elle présente (v. *supra*, n° 158). A l'inverse, le fait peut s'effacer devant le droit, c'est le but des actions réelles, des actions pétitoires. La dissociation du fait et du droit n'a pas cependant revêtu la même importance à tous les stades de l'évolution du droit romain.

A l'époque archaïque, la protection normale du droit est

la force, la voie de fait, autorisée ou tolérée. L'analogie entre les procédures qui permettent de protéger la propriété et celles qui servent à la répression du vol, a été maintes fois signalée (KASICH, *Eigentum und Besitz*, p. 35). Or, à l'époque de la *Loi des XII Tables*, en matière de vol, la vengeance privée joue encore un très grand rôle (v. t. I, n° 358). Ce n'est qu'avec l'intervention grandissante du législateur que la distinction entre le fait et le droit s'affirmera, en même temps que seront dégagés les moyens juridiques permettant de rétablir l'unité au profit du droit, c'est-à-dire de rendre la possession au propriétaire qui l'avait perdue.

L'affaiblissement de la puissance publique, au Bas-Empire, provoque un regain de faveur de la voie de fait que le législateur s'efforce de réprimer : le propriétaire qui se fait justice est déchu de son droit. La légitime défense demeure la seule exception à l'interdiction de l'emploi de la force.

Les moyens juridiques mis à la disposition du propriétaire sont variés. Outre les actions possessoires (v. *supra*, n° 119), il peut utiliser éventuellement, les actions pénales (vol, dommage) ou même les actions contractuelles (le déposant, au lieu de l'action pétitoire, intentera l'action du dépôt). Corrélativement à l'existence des deux types de propriété, quiritaire et prétorienne, il existe deux moyens de recouvrer son bien en dehors de ceux mentionnés : 1) L'action en revendication ; et 2) L'action publicienne ; 3) Certaines procédures permettent, enfin, de réprimer les atteintes portées à son immeuble ou de le prémunir contre certains dangers.

§ 1. L'ACTION EN REVENDICATION

[170] Sanction de la propriété pleinement romaine (quiritaire), c'est une technique du *jus civile*, elle protège le citoyen romain propriétaire d'une chose romaine. 1) Jusqu'à l'époque classique, la *situation de fait* est une donnée spécifique du déroulement de la procédure de la revendication. C'est en fonction du fait que l'on agira en justice, sa modification est le but recherché ; 2) Au cours de l'époque classique, la dissociation du fait et du droit s'opère de plus en plus au détriment

du premier. La revendication apparaît comme le *règlement d'une situation juridique*.

[171] 1) LA SITUATION DE FAIT. — Pour intenter l'action en revendication, le demandeur ne doit pas avoir la chose en sa possession. Corrélativement, celui contre qui il agit doit être en possession. Le propriétaire demande que la situation de fait soit modifiée en conformité avec son droit. C'est là une chose normale, ce qui l'est moins c'est la possibilité, à l'époque classique, d'intenter l'action contre un simple détenteur (D., 6, 1, 9, solution discutée sous le Haut-Empire). Celui qui possède pour le compte d'autrui (locataire, fermier), doit, en principe, lorsqu'il est actionné en justice, mettre en cause celui pour le compte duquel il possède (bailleur). Ce dernier, principal intéressé, disposera des moyens nécessaires pour combattre la prétention du demandeur. Mais à l'époque classique, le détenteur n'est nullement obligé de faire intervenir son auteur. Dans ce cas, certes, le jugement ne sera rendu que contre le fermier, il sera inopposable au bailleur, mais ce dernier, si le détenteur condamné a livré la chose, devra engager un procès et en tant que demandeur supporter la charge de la preuve. Le bailleur se trouvait ainsi à la merci d'une collusion ou d'une négligence du fermier.

L'importance de la situation de fait est encore marquée par l'évolution de la procédure. Alors que dans le système archaïque des actions de la loi, la charge de la preuve incombe aux deux parties (*sacramentum in rem*, v. ELLUL, t. I, p. 328), avec la procédure *per sponsionem*, celui qui est en possession jouit d'une situation privilégiée. Non seulement il est dispensé de la charge de la preuve (en fait, comme en droit moderne, le défendeur aura toujours intérêt à faire état de ses arguments), mais il se voit attribuer la possession intérimaire pendant la durée du procès (il devra alors fournir des garanties de restitution au cas où il perdrait le procès : stipulation *pro praede litis et vindiciarum*).

La restitution, c'est-à-dire la modification de la situation de fait, est le but de l'action en revendication. Selon un principe de la procédure romaine, nul n'est tenu de défendre à une action réelle. Si le possesseur estime inutile de réfuter les preuves

de l'adversaire, il ne risque pas de voir ses biens saisis comme ce serait le cas s'ils s'agissait d'une action personnelle (*indefensus*). Le magistrat décidera simplement d'adjuger la chose à celui qui la revendique (D., 6, 1, 80). Cette possibilité de déguerpissement met en lumière le caractère spécifiquement impersonnel de l'action réelle archaïque.

Mais le renversement de la situation de fait n'est pas toujours aussi simple. A l'époque classique (procédure formulaire), le défendeur qui a perdu le procès ne peut être contraint de restituer. Le juge ne dispose pas de la force publique, il ne peut qu'inciter le condamné à s'exécuter en le menaçant de lui faire payer la valeur de la chose fixée, sous la foi du serment, par le demandeur (*clausula arbitraria*, ELLUL, t. I, p. 408).

Normalement, dans les actions réelles, le défendeur est mis en demeure par le magistrat de fournir la *cautio judicatum solvi*, c'est-à-dire la promesse de restituer éventuellement le bien et de s'abstenir de tout dol pendant le procès (*clausula doli*, qui englobe tous les cas de dégradation ou de destruction frauduleuse de la chose, ainsi que les manœuvres pour retarder l'issue du procès : perte dolosive de la chose ou le fait de se laisser poursuivre en justice alors que l'on ne possède pas l'objet du litige (v. *infra*, n° 172). Cette promesse du défendeur explique que, pendant toute l'époque classique, le détenteur ait eu le droit de défendre à la revendication, elle met en relief l'importance de la situation de fait. La promesse est assortie de garanties relatives à la restitution du bien et des fruits. Le règlement du procès peut, en effet, revêtir une certaine complexité. Non seulement le propriétaire a perdu les fruits, mais l'objet du litige peut avoir subi des détériorations ou avoir disparu.

A ce stade, les considérations d'équité interviennent pour concilier les intérêts en présence, le critère de responsabilité du défendeur étant sa mauvaise foi. A partir de la liaison du procès (*litis contestatio*), la responsabilité est d'autant plus lourde, que le risque de fraude est accru. Le possesseur de bonne foi n'est redevable des fruits qu'après la *litis contestatio*, tandis que le possesseur de mauvaise foi en est comptable dès le début de sa possession, qu'il les ait réellement perçus ou consommés ou non (D., 6, 1, 20 et 23). Après la liaison du procès,

le défendeur, s'il est de mauvaise foi, est responsable des détériorations ou de la perte survenue même par cas fortuit, tandis que s'il est de bonne foi, il n'est tenu qu'en cas de dol ou de faute de sa part (MONIER, I, n° 270). Le possesseur de bonne foi seul est autorisé à se faire indemniser de ses impenses et bénéficie pour cela du droit de rétention (*exceptio doli*, KASER, I, p. 367).

La modification de la situation de fait s'accompagne donc d'une série d'opérations complexes, elles donnent en général naissance à différentes actions personnelles, en raison des obligations qui se révèlent à la charge de l'une ou l'autre des parties. La ventilation de ces créances et de ces dettes va se trouver intégrée dans la procédure de l'action en revendication jusqu'à en faire une action en règlement d'une situation juridique.

[172] 2) RÈGLEMENT D'UNE SITUATION JURIDIQUE. — Sous l'Empire, l'exécution forcée de la condamnation est devenue possible (D., 6, 1, 68, *itp.*). Il semblerait, dès lors, que l'on doive assister à un regain d'importance du caractère réel de la revendication. Avec la procédure extraordinaire, qui se généralise au Bas-Empire, la situation de fait peut être effectivement modifiée au profit du demandeur. En pratique, cependant, l'exécution *manu militari* reste exceptionnelle. Il paraît plus commode de continuer à faire pression sur le possesseur en le condamnant à payer l'estimation du bien.

La restitution en nature préoccupe d'autant moins les juristes que les rapports entre les parties au procès deviennent de plus en plus complexes et obligent à un règlement d'ensemble qui ne peut être que pécuniaire. Qu'il s'agisse de la restitution des fruits, du remboursement des détériorations, du paiement des impenses, toutes ces obligations s'exécutaient, à l'époque classique séparément, elles étaient exigibles grâce à des actions distinctes.

Avec la procédure extraordinaire, le juge pourra *compenser* les créances réciproques. L'action réelle en revendication permet de sanctionner à la fois le droit de propriété et les différents droits de créance qui ont pu naître au profit des parties ; mélange d'actions réelle et personnelle, elle a un caractère mixte. Mais les transformations ne sont pas seulement techniques. Sous Justinien, une meilleure application de la théorie de

l'enrichissement injuste permet de réviser l'équilibre des intérêts réalisé à l'époque classique. La mauvaise foi du possesseur ne doit pas profiter à son adversaire : d'où le droit, pour ce possesseur, d'exiger le remboursement des impenses nécessaires, de certaines impenses utiles (D., 5, 3, 38, *itp.* ; C., 3, 32, 5, *itp.*), et pour les autres impenses utiles et les impenses somptuaires, le droit de les enlever sans dégrader le bien (*jus tollendi* : D., 6, 1, 37, *itp.* : cf. C. C., art. 599, al. 3). Mais l'exercice de ce droit d'enlèvement ne doit pas être prétexte à tirer vengeance du propriétaire (abus du droit : D., 6, 1, 38, *itp.*).

Toujours animé du souci d'éviter une injustice, Justinien adopte une discrimination moins heureuse entre les fruits existants et consommés. Alors que le possesseur de bonne foi, à l'époque classique, n'était redevable des fruits qu'après la liaison du procès, il doit désormais restituer tous les fruits qu'il a conservés en nature au jour du procès (I, 2, 1, 35 ; 4, 17, 2 et C., 3, 32, 22, *itp.*). Comme on l'a fait remarquer, « c'est faire dépendre l'acquisition des fruits de la circonstance accidentelle de la consommation : comptant utiliser ultérieurement les autres fruits, le possesseur a peut-être fait des dépenses plus considérables que s'il avait su devoir les restituer » (MONIER, t. I, n° 291 ; cf. LEPOINTE, *Dalloz*, 1958, p. 85, qui relève la possibilité d'une influence des règles successorales : s.-c. JUVENTIEN). Les Byzantins rejoignent ici les scrupules des canonistes qui admettront qu'un bien ne peut être acquis par simple possession sans une bonne foi *continue*, indépendamment de tout délai d'usucapion.

Action de bonne foi, telle se présente la revendication dans les compilations de Justinien ; or, seules rentrent dans la catégorie des actions de bonne foi les actions personnelles qui sanctionnent des droits de créance. Ainsi se trouve mise en évidence la nature mixte de la revendication.

L'atténuation du caractère réel résulte encore des conditions d'ouverture de l'action qui témoignent de la régression de la situation de fait : a) Il n'est pas nécessaire que le défendeur soit dans la situation de fait anciennement exigée ; b) Pas plus qu'il n'est suffisant qu'il soit l'actuel détenteur du bien.

a) Contrairement à notre droit moderne, revendications

de la propriété mobilière et immobilière sont confondues. Dans le cas de revendication de meubles, le demandeur peut avoir intérêt à identifier la chose qui se trouve entre les mains de l'adversaire et qu'il croit sienne. Grâce à une action personnelle (*actio ad exhibendum* : D., 10, 4, 1), il pourra se faire montrer le bien pour l'examiner.

A la suite d'une évolution difficile à dater, on en arrive à cette occasion à sanctionner certaines fraudes du défendeur à l'action en revendication. Que ce dernier ait cessé par dol de posséder (D., 50, 17, 131) ou que ne possédant pas l'objet revendiqué, il se soit laissé poursuivre pour égarer les recherches ou permettre au délai d'usucapion de s'achever en faveur du possesseur (D., 6, 1, 27), le défendeur, bien que ne possédant pas, sera condamné à indemniser son adversaire (condamnation au *quanti interest* : D., 5, 3, 45). Celui qui a cessé de posséder par dol, est traité comme s'il possédait encore (*dolus pro possessione est*). En matière possessoire, on n'en est plus à une fiction près.

b) A l'inverse, il ne suffit plus d'être détenteur pour pouvoir défendre à l'action en revendication. Dès le début du Bas-Empire, le législateur se rend compte des dangers qu'il peut y avoir à laisser le détenteur se défendre seul. Celui-ci devra désormais appeler en justice son auteur, le locataire, par exemple, devra mettre en cause son bailleur (C., 3, 19, 2, de 331 ; cf. C. C., art. 1727).

[173] Règlement de comptes sous le signe de l'équité et de la bonne foi, si la revendication, avec ses effets secondaires, apparaît plus souple et avec un domaine d'application plus large, elle reste une procédure du *jus civile*, typiquement romaine, protectrice de la seule propriété quiritaire. Surtout à l'époque classique, le succès à la revendication confère, en principe, un droit réel absolu, c'est-à-dire opposable *erga omnes*. Certes, le droit absolu n'existe souvent qu'en théorie. Sauf en cas d'acquisition originaire de la propriété, on n'est jamais sûr que le droit invoqué soit opposable à tous ; le titre en vertu duquel on possède n'est une preuve décisive qu'à la condition que celui qui nous a transmis le bien soit lui-même propriétaire pour avoir acquis d'un propriétaire, etc. (*probatio diabolica*).

Les modes dérivés d'acquisition laissent toujours subsister un doute. Celui-ci ne disparaîtra qu'avec l'écoulement du délai d'usucapion. Si le droit réel, que se voit reconnaître celui qui triomphe à l'action en revendication, n'a le plus souvent qu'un effet relatif, cela tient à la fragilité des preuves avancées. Mais le droit a en lui-même vocation à l'absolu, à l'opposabilité *erga omnes*. Il en va tout autrement avec une autre sanction de la propriété : l'action publicienne.

§ 2. L'ACTION PUBLICIENNE : LA PROPRIÉTÉ RELATIVE

[174] C'est la sanction de la propriété prétorienne, par opposition à la revendication qui sanctionne la propriété quiritaire. Créée à la fin de la République par un certain préteur PUBLICIUS (I., 4, 6, 4), elle a été conçue pour protéger celui qui avait acquis par simple tradition une *res Mancipi* (LENEL, *Das edictum perpetuum*, 1927, p. 169 sq.).

Échec au formalisme (mancipation) : c'est une des raisons habituelles de l'intervention du préteur. Dans le cas précis pour lequel elle a été créée, les règles de la publicienne sont analogues à celles de la revendication. Si le vendeur de la *res Mancipi* est le vrai propriétaire, l'acheteur se voit reconnaître un droit absolu, opposable à tous.

Mais le domaine d'application de la nouvelle technique va s'étendre au cours de l'époque classique et son caractère va se transformer. L'action publicienne va permettre de protéger tout possesseur de bonne foi qui est en condition d'usucaper, notamment celui qui a acquis un bien d'un non-proprétaire (*a non domino*), ce qui lui confère un juste titre (v. *supra*, n^{os} 46, 161). Avec la fusion, dans les compilations de Justinien, des formes de propriété quiritaire et prétorienne ce nouveau mode d'emploi deviendra la norme. Pour ce faire, le magistrat utilisera ce procédé éprouvé qu'est la fiction. Grâce à l'usucapion, le possesseur est en voie de devenir propriétaire, c'est une question de temps, toutes les autres conditions sont réunies. Or le délai a toujours un caractère arbitraire, cela ressort d'autant mieux en droit romain avec la coexistence des délais courts, longs ou très longs. Pour protéger le possesseur en train d'usucaper, on

fera comme si le délai exigé était écoulé (GAIUS, 4, 36). Ce faisant, certaines difficultés surgissent, pour arbitraire que soit le délai, l'écoulement d'un certain laps de temps n'en permet pas moins de trancher mathématiquement, et donc facilement, les conflits relatifs à la propriété. Il est plus difficile de départager plusieurs personnes qui se trouvent dans la situation protégée par le prêteur et invoquent des droits analogues. Pour opérer une discrimination entre elles, l'on devra trouver un critère de valeur.

L'hypothèse normale est le conflit qui oppose des acheteurs de bonne foi ayant acquis *a non domino* la même chose.

a) S'ils ont acheté tous deux au même vendeur, qui a disposé deux fois d'une chose qui ne lui appartenait pas, entre l'antériorité de la date de la vente et celle de l'entrée en possession, c'est ce dernier critère qui l'emporte : on préfère celui qui, ayant acheté en second, s'est fait livrer la chose le premier, car il a agi normalement et avec diligence (d'où l'adage des commentateurs : *prior tempore potior jure*, tiré du D., 6, 2, 9, 4).

b) S'ils ont acheté la même chose à deux personnes différentes, toutes deux non-proprétaires, celui qui est en possession lors de l'instance est préféré à l'autre (D., 6, 2, 9, 4 ; *in pari causa potior est possessor*, à condition égale, le possesseur l'emporte, cf. commentateurs byzantins, *Hexabiblos d'Harménopule*, 2, 1, 65), mais il existe une tendance favorable à la solution précédente qui, indépendamment de la possession actuelle, prend en considération l'antériorité de la tradition (D., 19, 1, 31, 2). La relativité est, dans ce cas, non pas seulement une question de *preuves* mais de fond du droit. Entre deux personnes en condition d'usucaper, et protégées en tant que telles, l'une est considérée comme davantage propriétaire que l'autre, ce qui implique une notion de propriété essentiellement relative.

§ 3. PROTECTION ACCESSOIRE DE LA PROPRIÉTÉ

[175] Les différentes sources du droit romain, les variétés de la propriété, autant de raisons à la multiplicité des moyens de protection qui peuvent être utilisés. Propriété provinciale et pérégrine sont protégées par la revendication grâce à des

subterfuges de procédure qui font une large place à la fiction (*action utile*, v. ELLUL, I, p. 409).

Mais le droit de propriété n'est pas toujours mis en cause au fond. Le propriétaire peut être troublé dans l'exercice de ses droits, sans être dépouillé de la possession de la chose. Pour lutter contre les tiers qui prétendent avoir un droit de servitude, il existe une action *négatoire* et pour faire cesser l'exercice de la prétendue servitude, le propriétaire pourra intenter une action *prohibitoire*. C'est surtout à l'égard des voisins que le propriétaire doit se défendre. Si le voisinage a pu paraître un facteur de fraternité (SALOMON, *Proverbes*, 27, 10 « mon voisin près de moi vaut mieux que mon frère au loin »), le droit romain ne laisse guère subsister d'illusion à ce sujet, et, comme de nos jours, la « fraternité négative » peut être considérée comme un idéal. Quatre actions permettent au propriétaire de se prémunir contre le danger qui résulte des travaux accomplis par son voisin.

[176] 1) LA « CAUTIO DAMNI INFECTI » (promesse relative au dommage menaçant) protège le propriétaire contre le danger éventuel qui résulte : soit de la maison voisine qui menace de s'écrouler sur son fonds, soit de travaux effectués par le voisin (creusement qui risque d'ébranler les fondations voisines). Aménageant et complétant une ancienne procédure du droit civil (GAIUS, 4, 31), le magistrat oblige l'auteur des travaux ou le propriétaire de la maison en ruine à promettre de réparer le dommage au cas où il se produirait. En cas de refus de la promesse, le voisin est envoyé en possession de la maison (D., 39, 2, 15, 11). Si le propriétaire persiste dans son refus, au bout d'un délai laissé à l'appréciation du prêteur, ce dernier confère au plaignant la propriété (D., 39, 2, 15, 16 ; si le défendeur refuse de laisser prendre possession, il y a fiction de *cautio damni infecti* : origine de l'art. 1386 de notre C. C.). Dans le cas de travaux susceptibles de nuire au voisin, si leur auteur refuse de promettre réparation du dommage éventuel, il devra les arrêter. On rejoint dans ce cas la procédure de la dénonciation de nouvel œuvre.

[177] 2) L' « OPERIS NOVI NUNCIATIO » est une procédure très ancienne qui permet d'arrêter les travaux qui menacent de troubler la possession du voisin et de modifier l'état des lieux

(*opus novum* : D., 39, 1, 1, 11). C'est la voie de fait qui primitivement était employée symboliquement, ensuite, avec le lancement d'un caillou sur les travailleurs, la procédure devait être réorganisée par le magistrat, mais elle conservera de son origine un caractère empirique très marqué : l'interdiction de continuer des travaux doit être faite sur le chantier même pour permettre l'arrêt immédiat du travail et l'appréciation du préjudice par le plaignant. Le but de la *nunciatio* est en effet double : arrêt des travaux ou en cas de refus, sans promesse de remettre les choses en l'état antérieur, cette remise en état est faite aux frais de l'adversaire (D., 39, 1, 20). Rapide et efficace, la procédure d'interruption peut être très dangereuse pour le constructeur attaqué par esprit de chicane. Pour éviter une interruption brutale des travaux qui peut causer de graves dommages en se prolongeant, le plaignant a, sous Justinien, un délai de trois mois pour prouver le bien-fondé de sa demande (C., 8, 10, 14), et il peut être contraint de prêter le serment de *calumnia* (v. t. I, p. 383). Enfin, la dénonciation reste sans effet si les travaux sont entrepris dans l'intérêt public (construction d'égout, par exemple).

L'arrêt des travaux prend fin par mainlevée de l'opposition consentie par le plaignant ou par le rejet de l'opposition à la suite d'une sentence judiciaire rendue au pétitoire ou simplement au possessoire. La dénonciation de nouvel œuvre a, en effet, un caractère possessoire, elle permet de lutter contre un trouble éventuel de la possession, elle est faite *in rem*, c'est-à-dire qu'elle est opposable à tout titulaire de droit réel sur le fonds où sont effectués les travaux, même si le droit réel a été acquis après la dénonciation. Cette dernière, à l'inverse, ne profite qu'au plaignant ou à ses héritiers.

Admise par notre jurisprudence moderne, la dénonciation de nouvel œuvre est considérée par la doctrine comme devant être confondue avec la plainte (RIPERT et BOULANGER, I, n° 2804 ; le C. C. italien, au contraire, prévoit la dénonciation du *damnum infectum* comme de l'*opus novum* : art. 1172 et 1171). [178] 3) L'INTERDIT « QUOD VI AUT CLAM » (parce que par la violence ou clandestinement). — Procédure témoignant de la surabondance des mesures de protection contre les travaux qui

causent une lésion. Si ces travaux ont été exécutés malgré la défense du plaignant (*vi*) ou clandestinement (*clam*), leur auteur est tenu de remettre les choses en état et de réparer le dommage. Cet interdit, qui doit être intenté dans l'année de l'accomplissement des travaux, a un caractère pénal. Il fait parfois double emploi avec la dénonciation de nouvel œuvre.

[179] 4) L' « ACTIO AQUAE PLUVIAE ARCENDAE » (en vue de détourner l'eau de pluie). — Les travaux du voisin peuvent accroître la masse des eaux qui descend de sa terre sur le fonds du propriétaire situé en contre-bas. Ce dernier peut contraindre le propriétaire du fonds supérieur à rétablir le cours normal de l'eau (D., 39, 3, 2, pr.) et exiger réparation des dommages causés. Le domaine d'application de l'interdit s'étendra par la suite. Il permet d'obtenir la remise dans l'état primitif, à la suite de dégâts commis par un afflux d'eau provoqué non seulement par des travaux mais par un accident naturel (D., 39, 3, 2, 6, *itp.*), il permet également d'éviter le gaspillage de l'eau commis par le propriétaire du fonds supérieur, dans l'intention de nuire (D., 39, 3, 2, 9, *itp.* ? : abus du droit, v. *supra*).

ÉTAT DES QUESTIONS

SECTION III. — SANCTIONS DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

Le rôle de la voie de fait est considérable à l'époque ancienne, elle est plus ou moins entérinée par le magistrat ou contrôlée par l'opinion publique. Sur les rapports du droit et de la voie de fait, v. BRONDI, p. 54 sq.

Si l'on peut parfois opter entre l'action pétitoire et celle du contrat, il existe d'autres interférences entre le droit des obligations et celui des biens, v. par exemple la possibilité pour le dépositaire de restituer, sous le signe de la bonne foi, l'objet du dépôt au vrai propriétaire bien qu'il ne soit pas le déposant (t. I, n° 233).

§ 1. L'action en revendication

Si l'évolution subie par l'action en revendication est certaine, il est encore impossible d'en préciser les étapes. Il faut pour cela opérer une discrimination entre les interpolations et les controverses de l'époque classique. Il est certes plus simple de déclarer interpolés tous les textes gênants, il serait plus exact de comparer les différentes institutions entre elles pour déceler les tendances divergentes. L'excès de spécialisation, qui

sévit dans les études sociologiques comme partout ailleurs, n'est peut-être pas le moindre obstacle à une telle entreprise. La situation du détenteur, la sanction des fraudes émanant du défendeur, l'effet du triomphe du demandeur sont les questions les plus controversées entre juristes classiques.

En ce qui concerne le détenteur, la constitution de Constantin (C., 3, 19, 2 de 331) est à rapprocher du texte promulgué par le même empereur pour la protection possessoire (C. T., 4, 22, 1, de 326). La très grande latitude laissée au détenteur à l'instance possessoire, pour des raisons d'ordre public (v. *supra*, n° 56), est en corrélation avec les restrictions subies par le même détenteur au pétitoire.

Sur le caractère relatif du droit de propriété, à l'époque des actions de la loi, v. KASER, *Eigentum und Besitz*, p. 7 sq. Chaque partie doit essayer de prouver son bon droit (la charge de la preuve n'incombe pas seulement au demandeur), celui-là l'emporte dont les preuves sont jugées les meilleures. THORMAN, *Auctoritas* (Ein Beitrag zum römischen Kaufsrechte), *Iura*, 1954, p. 59 sq., se fondant sur l'anomalie d'un concept relatif de la propriété dans l'ancien droit, montre que la relativité, dont fait état KASER, s'explique par la différence entre les deux phases de la procédure *in jure* et *apud judicem*. Il semble, en effet, que KASER confonde la relativité du droit avec celle des preuves de ce droit. Comme le note très justement J. GAUDEMET (*RHD*, 1946, p. 323), l'analogie avec les droits germaniques « ne fut-elle pas une hypothèse de recherche qui ici a pesé dangereusement sur l'analogie du droit romain ? ».

Les questions de preuve sont essentielles, elles intéressent le demandeur comme le défendeur : bien qu'en principe ce dernier ne soit pas tenu de produire ses preuves, en fait il se gardera bien de rester passif, car les preuves ont un caractère essentiellement relatif, le juge compare les situations et les titres respectifs. V. sur le problème des preuves les études de J. Ph. LÉVY, qui constituent un vaste tableau d'ensemble dans le temps et dans l'espace, en dernier lieu : *Réflexions sur l'importance et l'intérêt des questions de preuves*, dans *TJEUR*, 1954, p. 1 sq.

Il n'existerait pas de délai de forclusion en matière de revendication, pas plus qu'en matière d'*auctoritas*, mais perte du droit à l'action par suite de la perte du droit que l'action sanctionnait. On doit donc parler d'une prescription acquisitive du droit matériel, non d'une prescription extinctive dans le droit procédural. V. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milan, 1958. En dépit de la place prééminente occupée par la procédure en droit romain, il n'y a peut-être là qu'un sophisme. V. à ce sujet les remarques de J. GAUDEMET, c. r., *Iura*, 1959, p. 203.

L'*actio ad exhibendum* ne sert pas seulement de prélude à l'action en revendication mobilière, elle est également le préliminaire indispensable des actions possessoires mobilières, des actions noxales à raison des délits commis par un esclave du défendeur. Enfin, dans le cas de la revendication, elle sert à obtenir la séparation de deux meubles unis matériellement, car on ne peut revendiquer que des choses physiquement indépendantes.

Techniquement, la question se rattache à la nécessité de la présence en justice de l'objet du litige. V. KASER, t. I, avec la bibliographie, p. 364, n. 12, et en dernier lieu, MARRONE, *Actio ad exhibendum*, dans *AUPA*, 1958, p. 177 sq.

Pour un parallèle avec le droit moderne, v. WUBBE, *Le possesseur de bonne foi vu par les juristes romains et modernes*, dans *ZSS*, 1963, p. 175-205.

§ 2. L'action publicienne

Pour les origines, v. en dernier lieu SERRAO, *La « iurisdictio » del pretore peregrino*, Milan, 1954, p. 110 sq.

Sur la technique utilisée par le prêteur pour concilier propriété quiritaire et propriété prétorienne, sur le jeu des exceptions et répliques, v. MONIER, p. 381. V. également : KASER, *In bonis esse*, *TR*, 1961, p. 173-220, qui rend compte favorablement des thèses soutenues par WUBBE dans un ouvrage publié en néerlandais.

Caractère relatif du droit de propriété : comme le fait remarquer GAIVS (1, 54), le *dominium est duplex*, il y a deux propriétaires pour une même chose : 1) Le *tradens*, propriétaire quiritaire de la *res Mancipi* jusqu'à l'écoulement du délai d'usucapion ; 2) L'*accipiens*, propriétaire prétorien qui n'est que possesseur et qui a la chose *in bonis*. Entre eux, la solution est aisée, le vendeur ne peut invoquer sa propre inobservation de la loi à l'encontre de son ayant cause (D., 21, 3, 3), mais vis-à-vis des tiers l'un et l'autre pourront l'emporter. V. sur cette question GONVERS, *L'exceptio rei venditae et traditae*, Lausanne, 1939, et c. r. de WENGER, *ZSS*, 1943, p. 484 sq. ; SOLAZZI, *In tema di duplex dominium*, *SDHI*, 1949, p. 193 sq. ; KOSCHAKER, *Iura*, 1953, p. 3 sq. Sur l'importance des fictions et des symboles dans les droits antiques, v. en dernier lieu PRINGSHEIM, *Symbol und Fiktion in antiken Rechten*, dans *Studi de Francisci*, t. IV, 1956, p. 211 sq. ; par suite de l'importance de la procédure en droit romain, il est utile de se reporter à l'étude de WESENER, *Actiones ad exemplum*, dans *ZSS*, 1958, p. 234. Cf. la *rei vindicatio utilis* délivrée au propriétaire d'un fonds provincial.

§ 3. Protection accessoire de la propriété

Très discutées sont les conditions d'exercice des actions négatoires et prohibitives, v. BIONDI, *Actio negativa ed actio prohibitoria*, dans *AUME*, 1929, p. 93 sq. ; BOHSCEK, *L'actio negativa nell'ambiente dell' usufrutto*, dans *BIDR*, 1937, p. 19 sq. et *Nuovi studi sulle actiones negativae*, dans *BIDR*, 1939, p. 172 sq.

1) *Cautio damni infecti*. — Sur la substitution du terme *actio* à celui traditionnel de *cautio*, v. BRANCA, *Sulla terminologia actio damni infecti*, dans *Studi Ratti*, p. 159 sq.

Pour la bibliographie, v. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padoue, 1937, et ALBANESE, *Gai. 4, 31 e il lege agere damni infecti*, dans *Ann. del Sem. giur. di Palermo*, XXXI, 1969.

Outre certaines difficultés concernant la procédure, le principal problème est celui des rapports de cette technique avec l'*operis novi nunciatio*.

2) *Operis novi nunciatio*. — V. BRANCA, La prohibitio e la denunzia di nuova opera come forme di autotutela cautelare, dans *SDHI*, 1941, p. 313 sq., et plus récemment, avec la bibliographie : COSENTINI, Appunti sull' operis novi nunciatio, dans *AUCT*, 1950, p. 297 sq. Le droit de faire opposition est refusé à l'usufruitier et contesté au créancier gagiste. Conformément à la perspective des actions possessoires (v. *supra*, *momentaria possessio*, n° 56), un représentant quelconque même sans mandat peut faire la dénonciation à condition qu'il ne s'agisse pas d'un esclave. Si les travaux menacent un bien du domaine public, tout citoyen est qualifié pour agir (D., 39, 1, 3, 4). V. BERGER, L'operis novi nunciatio e il concetto di ius publicum, dans *Iura*, 1950, p. 102 sq. ; LOMBARDI, Novi operis nunciatio iuris publici tuendi gratia, dans *SPA*, 1951, p. 151 sq.

Ici encore, en dépit du souci de différencier les procédures, des interférences se produisent entre l'*operis novi nunciatio* et l'interdit *quod vi aut clam*, v. BONFANTE, *Proprietà*, I, p. 412 sq.

3) L'interdit *quod vi aut clam*. — Son domaine d'application est sujet à controverses. L'interdit viserait à l'époque classique les seuls travaux accomplis sur le propre fonds du plaignant (D., 39, 1, 5, 10), et, par la suite (JUSTINIEN ?), il se serait étendu aux travaux exécutés sur le fonds du défendeur (D., 43, 24, 16), d'où les interférences avec l'*operis novi nunciatio*, v. BRANCA, Carattere penale dell' interdetto quod vi aut clam, dans *Studi Scialoja*, t. I, p. 111 sq. et surtout DAVID, *Etudes sur l'interdit quod vi aut clam*, Paris, 1947, avec la bibliographie.

4) *L'actio aquae pluviae arcendae*. — Pour apprécier la portée et l'évolution de cette procédure, il faut la situer parmi l'abondante réglementation du régime des eaux. V. BRAUN, *L'acquisition de l'eau en droit romain*, thèse Droit, Paris (à paraître). V. également DERINE, A propos du nouveau régime des eaux privées, créé par JUSTINIEN, dans *RIDA*, 1958, p. 449 sq., et SARGENTI, Sulla responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza, dans *Studi in onore di Pietro de Francisci*, t. III, p. 349 sq.

SECTION IV. — Extinction de la propriété

[180] A la différence du droit personnel essentiellement temporaire (extinction normale de la créance par exécution de l'obligation), le droit réel est perpétuel, mais le principe comporte des exceptions. 1) S'exerçant sur une chose, le droit réel disparaît de façon absolue avec celle-ci ; 2) La propriété peut également disparaître sans son objet et de façon relative.

1) Le droit de propriété cesse faute d'objet, par la destruction matérielle qui fait perdre à la chose son individualité antérieure (mort, incendie, spécification) ou par la destruction

juridique (expropriation pour cause d'utilité publique, consécration d'une chose au culte, affranchissement d'un esclave) ; 2) Le droit de propriété s'éteint sans son objet et de façon relative, lorsqu'il y a perte du droit sans que personne l'acquière : a) La perte ; ou b) L'abandon (v. *derelictio*, n° 146) peut faire disparaître la propriété par la seule volonté de son titulaire même si la chose n'est pas reprise par une autre personne. Il y a à cet égard « une certaine symétrie avec les cas d'occupation où quelqu'un acquiert la propriété sans que personne la perde » (GIRARD, *Manuel*, p. 358). L'accession entraîne également pour la chose la perte définitive ou temporaire de son individualité.

La perpétuité reste cependant de l'essence du droit de propriété. Celui-ci ne peut être transféré avec terme extinctif ou sous condition résolutoire. « La propriété ne peut être transférée à temps » (*Fr. Vat.*, 283). Ce principe, déjà discuté semble-t-il dès la fin de l'époque classique, comportera en droit byzantin de nombreuses exceptions. Outre l'effet réel des pactes adjoints au contrat de vente (t. I, n° 257 sq.), c'est en matière de libéralité entre vifs ou à cause de mort que le transfert temporaire de la propriété sera le plus facilement admis (v. t. III). En droit moderne, bien que le principe de la perpétuité de la propriété soit maintenu, les exceptions sont plus largement admises qu'en droit romain (PLANIOL-PICARD, III, n° 231 sq. et les problèmes que soulève l'opposabilité aux tiers).

ÉTAT DES QUESTIONS

Sur le cas spécial des biens pris par l'ennemi et la théorie du *postliminium*, v. IMBERT, *Postliminium*, thèse, Paris, 1944, p. 116 sq., et plus récemment avec la bibliographie, BONA, *Postliminium in pace*, *SDHI*, 1955, p. 248, n. 1.

Sur la perte de propriété des animaux, v. DAUBE, *Doves and bees*, dans Publication de l'Institut de Droit romain de l'Université de Paris, t. XVII, *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, p. 63 sq.

La *derelictio* a fait l'objet de controverses entre les juristes de l'époque classique (pour les Proculiens la chose ne cesse d'appartenir à celui qui l'a abandonnée que quand une autre personne en a pris possession) et la critique interpolationniste s'est exercée sur toutes les opinions non conformistes. V. pour la discussion de ces reconstructions arbitraires : VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milan, 1952, p. 233 sq.

Comme le trésor, la chose perdue apparaît, pour celui qui la trouve, comme un bienfait de Dieu et on cherche souvent à étendre le nombre

des bénéficiaires. Dans l'ancien droit oriental où, en l'absence de la notion romaine de trésor, on ne connaît que le droit des trouvailles, on récompense les inventeurs possibles tout comme l'inventeur effectif. Solution qui ne découle pas seulement d'une saine observation, mais du désir de couper court à toute contestation sur la priorité de la découverte. Selon un commentateur du coutumier syro-romain, la chose perdue, découverte par une bande de gens en promenade le long d'un chemin, peut être partagée entre tous. « Si c'est le dernier de la bande qui l'a découverte, la trouvaille est tout entière à lui. Si l'inventeur est au milieu, il partage avec ceux qui le suivaient, mais non avec ceux qui le précédaient », DAUVILLIER, *La parabole du trésor et les droits orientaux*, *RIDA*, 1957, t. IV, p. 115.

CHAPITRE IV

LA PROPRIÉTÉ DES IMMEUBLES DANS L'ANCIEN DROIT

[181] Définissant la propriété comme un droit individuel et absolu, s'attachant abstraitement au droit et non concrètement à la chose, le Code civil peut présenter un exposé logiquement cohérent du droit des immeubles :

1^o La propriété est *perpétuelle* en principe, sauf à être transmise par une aliénation ou déplacée par l'effet de la prescription ;

2^o La propriété est *exclusive* et l'indivision est conçue comme un état toujours transitoire ;

3^o La propriété est *aliénable* et, sauf le cas d'incapacité ou les hypothèses très rares où le bien est frappé d'inaliénabilité, le propriétaire peut en disposer librement, l'aliéner ou la démembrer ;

4^o La propriété peut *s'acquérir*, par un mode originaire, l'occupation, ou par des modes dérivés que le Code (art. 711) énumère sans ordre : la convention, la possession, le testament, la loi ;

5^o Enfin, la propriété *se prouve* et elle est juridiquement protégée.

Ces principes, repris du droit romain, marquent fortement le droit du XIX^e siècle (*supra*, n^o 94) ; ils existent bien dans l'ancien droit mais ils n'ont de netteté que dans la mesure où l'indivision s'affranchit des contraintes familiales et féodales.

Ainsi en est-il du caractère exclusif et du caractère perpétuel de la propriété. L'opposition la plus nette à la liberté du pro-

priétaire — notamment l'institution du retrait lignager — vient de la famille et la matière ressortit plutôt au « droit familial » (*infra*, n° 251).

Ainsi en est-il, plus nettement encore, de la transmission et de la preuve de la propriété (la preuve étant forcément liée à la transmission). Si la transmission à cause de mort doit être traitée ailleurs, la transmission entre vifs met en œuvre bien des idées romaines ; mais la notion de saisine et la conception féodale de la tenure (dont il a déjà été traité *supra*, n° 126 et n° 86) ont donné à l'ancien droit une très grande originalité qui apparaît tout autant dans ses conceptions générales que dans ses techniques.

On ne peut ramener l'ancien droit aux cadres romains et à une classification systématique. Mieux vaut étudier successivement l'occupation, la tradition, la prescription, enfin le procès pétitoire.

L'*accession* n'occupe aucune place dans l'ancien droit. S'il est admis, sur le fondement d'idées romaines, que le propriétaire d'un fonds l'est « de l'abîme jusqu'au ciel » le principe ne va pas sans des atténuations raisonnables de la jurisprudence que nous rapporterions à la théorie de l'abus du droit. Le principe *superficies solo cedit* n'est même pas nettement formulé : la Glose (sur D., 43, 16, 7) parle du *quasi dominus* qui a la propriété des édifices mais non du sol ; on ne trouve que dans quelques coutumes (Paris, art. 187) l'adage « le pied saisit le chef » qui a le même sens. On conserve longtemps l'idée que le propriétaire des arbres ou des édifices peut ne pas être le propriétaire du fonds. Même la copropriété des immeubles par appartement est réglée par les coutumes (Bretagne, 714 ; Orléans, 257 ; Nivernais, X, 3 ; Auxerre, 116) et largement pratiquée dans certaines villes (Rennes, Grenoble).

Les *fruits* sont attribués à l'exploitant ; le proverbe populaire « qui sème récolte » ne veut pas, à l'origine, dire autre chose ; un évident souci de justice fera décider que la « saisine du fonds emporte saisine des fruits » (*Coutume de Picardie*, chap. IV ; *Jostice et Plet*, XVII, 3, 2) et l'acquisition des fruits sera liée normalement à la possession de bonne foi (*Coutume de Toulouse*, art. 145 ; mais *Coutume de Normandie*, art. 62).

SECTION I. — L'occupation

[182] LE DROIT DU PREMIER OCCUPANT. — Il faut abandonner ici le point de vue du théoricien ou du philosophe : celui de ROUSSEAU (*Discours sur l'origine de l'inégalité*), comme celui de PASCAL (*Pensées*, VII, 50) ou de GROTIUS (*De jure belli*, II, 2 et 3). Historiquement, le droit du premier occupant — qu'il soit fondé sur la possession ou sur le travail — n'aura d'importance que s'il existe des biens vacants sur lesquels il puisse s'exercer ; pour des biens meubles, la question est toujours susceptible de se poser (qu'il s'agisse d'épave, de trésor, de gibier ou de poisson) ; l'occupation des immeubles, et spécialement des fonds de terre, est liée à l'histoire de la propriété (*supra*, n° 66). A l'époque franque, l'occupation viendra du défrichement du sol et elle concernera forcément les terres vacantes. A l'époque féodale, les seigneurs prétendront à la propriété des biens vacants et sans maître. Dès le XVI^e siècle, la royauté s'efforcera d'imposer sur ces biens son droit de directe universelle et l'aboutissement de cet effort sera l'art. 713 du Code civil : « Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat. »

[183] L'ÉPOQUE FRANQUE : LES DÉFRICHEMENTS. — Les lois barbares admettent le droit du défricheur (*Loi des Bavaois*, XVI, 2), à condition qu'il s'agisse d'une terre abandonnée ou inculte ; il est question spécialement de la forêt commune et des modes d'appropriation employés : enlèvement des souches (*exstirpatio*) ; essartement (*Loi des Burgondes*, p. 13 de *exartis*), écobuage. Des conflits naissent entre les barbares qui s'établissent et les anciens occupants gallo-romains, conflits que les lois barbares s'efforcent de résoudre (*Loi des Visigoths*, X, 1, 8 et 9 ; *Loi des Burgondes*, 54, 2).

A l'époque carolingienne, les victoires de Pépin et de Charlemagne provoquent l'abandon des terres possédées par les Musulmans en Roussillon ; les anciens occupants ont fui ou ont cherché refuge dans les vallées pyrénéennes. Les empereurs adoptent une politique de repeuplement précisée dans trois *Capitulaires* de 812, 815 et 816 (Boretins, t. I, p. 169, 261, 263) ; l'empereur intervient pour mettre fin aux contestations entre

les occupants : *potentes* ayant reçu de vastes donations de l'empereur, comtes cherchant à se tailler un domaine, soldats devenus laboureurs, émigrants installés après la conquête. L'empereur leur reconnaît le droit d'*aprisio* ; la confirmation royale est donc nécessaire et on ajoute même qu'à défaut de celle-ci, le droit ne sera acquis que par une prescription de trente ans.

De là on passe naturellement à une concession des terres par le pouvoir central et bientôt par le seigneur. Lors de la croissance démographique du XI^e siècle, d'innombrables concessions sont ainsi faites à ceux qui viennent dans une sauveté, village fondé en lisière d'une forêt ou aux « hôtes » qui prennent les tenures qui leur sont offertes. Le contrat le plus caractéristique de cette tendance est le *bail à complant* (t. I, n^o 301) fort ancien et encore pratiqué : on baille des terres à charge de les complanter, le plus souvent en vignes. On stipule le partage à moitié des fruits et parfois du terrain.

[184] L'ÉPOQUE FÉODALE : LES VACANTS. — À l'époque féodale, il ne reste comme terres sans maître, hors les *regalia*, que les terres incultes ou les forêts soumises pour la plupart à des droits d'usage des habitants (*supra*, n^o 97 et n^o 241). Jamais ces biens n'avaient été l'objet de propriété privée et si les rois francs avaient pu prétendre sur eux aux mêmes droits que le fisc romain, les premiers Capétiens étaient bien incapables de soutenir pareille prétention.

Cependant, la logique féodale va opposer à toute appropriation de ces biens le principe des coutumes anti-allodiales : « Nulle terre sans seigneur. » Il ne peut y avoir de terres vacantes car toute terre vacante appartient au seigneur. Ce droit est le plus souvent lié à la justice et il n'est qu'un exemple du droit général de prise du seigneur justicier : déshérence, aubaine, bâtardise, droit d'épave. La justice étant liée au ban, le seigneur pouvait tout au moins prétendre à un droit de police sur les forêts et les terres communes dont nous avons déjà relevé des applications (*supra*, n^o 176).

Aux droits prétendus par les seigneurs, les communautés d'habitants opposent tenacement leurs usages, une prescription immémoriale équivalant à un titre. En pays de franc alleu, où l'adage *Nulle terre sans seigneur* n'a pas cours et où prévaut

le principe inverse *Nul seigneur sans titre*, les habitants revendiquent la propriété des terres communes.

[185] LA DIRECTE ROYALE. — L'idée d'un droit éminent du roi reprend corps avec les progrès de la monarchie. En 1158, la diète de Roncaglia donne une énumération des *regalia* et mentionne les voies publiques, les fleuves navigables, les biens vacants, les mines métalliques, les revenus des pêches et des salines, la moitié des trésors. Cette définition, à laquelle contribuèrent les quatre docteurs, les plus célèbres disciples d'Irnerius, fut introduite dans les *Libri Feudorum* (II, 56) et ainsi, connue de tout l'Occident : le terme de « régale » désignera désormais les propriétés revendiquées par le roi. Le caractère de souverain fief qui lui était reconnu, devait conduire le roi à donner à ses prétentions un tour féodal : toutes les terres du royaume sont tenues du roi en fief ou en arrière-fief ; ainsi, primant tous les droits prétendus par les seigneurs, existe le droit supérieur du roi. En pays de droit écrit, et spécialement sur les alleux, le roi se présente comme souverain et invoque les textes romains.

Il en résulte, lors de la rédaction des coutumes, une très grande incertitude et des solutions fort disparates :

a) La *confiscation* par le roi, déniée jadis pour les immeubles (*Etabl. saint Louis*, t. I, p. 107), est admise pour les crimes graves et spécialement pour lèse-majesté ; mais certaines provinces, Hainaut, Bretagne, très féodales d'esprit, y demeurent hostiles (FERRIÈRE, v^o *Confiscation*, t. I, p. 394 ; CHOPPIN, *Domaine*, I, 7 et III, 12).

b) Les *biens abandonnés* et les épaves sont laissés au seigneur justicier à titre d'indemnité des frais que lui occasionnait sa justice. Le droit du roi aux épaves maritimes — et aux saumons, baleines, marsouins trouvés sur les grèves — est affirmé par l'ordonnance de 1681, mais ne paraît pas avoir été sérieusement revendiqué (VALIN, *Ordonnance de 1681*, IV, 9, 3 et 42).

c) Le *trésor d'or* appartient traditionnellement au roi : « Nul n'a fortune d'or si il n'est roi » (*Etabl. saint Louis*, t. I, 94). Par fidélité romaine, le Parlement lutta contre ce principe et un arrêt de 1570 admet un partage entre l'inventeur, le propriétaire et le seigneur.

d) Pour les *cours d'eau* et les *chemins*, on garde plus ou

moins nettement la distinction des fleuves navigables et des *viae regiae* qui appartiennent au roi et des « petites rivières et chemins qui sont aux seigneurs des terres et les ruisseaux aux particuliers tenanciers » (LOYSEL, n° 218). Cette distinction décidait de la propriété des îles qui se forment dans les fleuves et les rivières et aussi de l'alluvion et de l'accession. Des lettres de 1572 décident ainsi pour les îles de la Seine (BACQUET, *Droits de justice*, XXX, 9) et les ordonnances de 1583 et 1669 généralisèrent le principe. Pour les autres rivières le conflit est ouvert entre le propriétaire et le seigneur justicier : tout dépend de la coutume et des titres ; la coutume de Normandie attribue les alluvions au riverain (art. 195), et il en est de même en Languedoc où l'ordonnance de 1669 n'abroge pas le droit romain ; mais LOYSEL rapporte la règle la plus générale : « La rivière ôte et donne au seigneur justicier » (n° 222).

La question n'a d'intérêt véritable que pour les communaux et les forêts. C'est à leur sujet qu'est formulée la théorie de la directe royale universelle. Le roi, supposé par les domanistes seigneur féodal de toutes les terres du royaume, jouit, à ce titre, d'une directe universelle sur tout le territoire uni à la Couronne ; il peut notamment percevoir des droits de mutation dont seuls les alleux étaient affranchis. Le Code Michau de 1629 (art. 382) contient à cet égard une disposition précise : la directe est présumée et l'allodialité doit être prouvée contre le roi.

Cette règle — qui marquait bien le progrès accompli par le pouvoir du roi et affirmait sa souveraineté — bouleversait les habitudes des pays allodiaux. Les Parlements de droit écrit refusèrent d'enregistrer l'ordonnance et une longue polémique s'instaura : les provinces revendiquèrent le « franc alleu » que le roi reconnut au Languedoc et au Dauphiné.

[186] LES TERRES ABANDONNÉES. — Au terme de cette évolution, on admet qu'il ne peut y avoir en France d'immeubles sans maître. Pour un fief ou une censive le déguerpissement, l'abandon du tenancier, provoque forcément le retour du bien au seigneur. A défaut du seigneur, spécialement pour les alleux, l'immeuble revient au domaine du roi.

L'abandon d'un bien féodal peut se faire en justice (LOYSEL : « Tout déguerpissement doit se faire en justice », n° 507). Mais

pour les autres biens on retrouve les difficultés romaines sur la *derelictio*. POTHIER (*Propriété*, n° 264) dit que l'on perd la propriété soit volontairement, soit involontairement, mais sans citer aucun exemple : c'est qu'il est bien difficile de réduire l'abandon à un acte de volonté.

Plus réaliste, l'ancien droit admettait l'idée que le maintien de la propriété suppose l'exercice des droits qu'elle confère. Une décrétale de Sixte IV de 1476 autorise la mise en culture du tiers des domaines laissés incultes et cela même contre la volonté du propriétaire ; ce qui est déjà une réquisition des terres abandonnées. On retrouve la tradition de l'*adjectio* ou de l'*epibole*. En Languedoc, si le propriétaire abandonne la culture et cesse de payer la taille pendant trois ans, le bien est adjugé à celui qui offre de le cultiver aux meilleures conditions (GUYOT, v° *Occupation*).

La législation révolutionnaire substitua, par la loi du 13 août 1791, dans tous les cas, les droits du roi à ceux du seigneur justicier. Une loi du 22 nivôse an II décide que la récolte des terres incultes profitera à l'exploitant et non au propriétaire à moins que celui-ci ne se présente pour en réclamer le tiers un mois avant la moisson. Enfin la loi du 3 frimaire an VII prononce la dévolution à la commune des biens que le propriétaire abandonne pour ne pas en payer l'impôt.

SECTION II. — La tradition

[187] LE DROIT FRANÇ. — Nous avons décrit ailleurs la défaveur du contrat en droit franc (t. I, n° 50). L'idée que la propriété peut être transférée par le seul consentement est radicalement étrangère à l'époque ; celui qui veut abandonner sa propriété doit le manifester en public par des paroles, des gestes et des symboles : c'est le déguerpissement (*werpfitio*, *guarpfitio*, *resignatio*). D'après la loi Salique, l'aliénateur doit sauter par-dessus la clôture du fonds un bâton à la main. Symétriquement, l'acquéreur appréhende le bien délaissé en prenant l'attitude avantageuse du maître : il s'installe dans la maison, parcourt le champ, se saisit d'une motte de terre.

Pour voir jouer cette comédie rituelle, on appelle le plus

grand nombre possible de témoins ; on y procède devant le *mallum*, au marché, on convoque de jeunes enfants à qui on donne des soufflets et on tire les oreilles (*Loi des Ripuaires*, 59-60), pour qu'ils gardent plus longtemps le souvenir de l'acte accompli devant eux (*sic eis praesentibus proetium tradat et possessionem accipiat*). C'est ce qu'exprime bien un proverbe médiéval : « Qui veut acheter la terre doit appeler les gens. » Bien entendu, pour garder le souvenir de la chose on rédige une notice (t. I, n° 60) qui décrit la *werpfitio* accomplie et sera gardée dans les archives de l'acquéreur.

Formes apparemment simples que la sagacité des interprètes modernes a prétendu charger de sens :

1° La tradition, à l'époque carolingienne, se serait faite de préférence en justice devant le *mallum*. Peut-on découvrir là un renouveau des anciens usages germaniques (probable, en effet, aux VII^e et VIII^e siècles) ? Ou ne vaut-il pas mieux expliquer le fait par un désir de donner à l'action une grande publicité qui conférerait à l'acquéreur une double sécurité :

a) Tous ceux qui pouvaient prétendre à un droit sur le bien, les parents de l'aliénateur notamment, étaient ainsi informés et pouvaient faire opposition à la vente ;

b) L'intervention du comte ou du vicomte pouvait être tenue pour une confirmation de l'acquisition. Parfois, la publicité est assurée par la publication de bans à la messe ou aux portes de l'église (*Cart. Redon*, éd. COURSON, nos 16, 17, 18).

2° Mais cette nécessité d'aller au *mallum* imposait forcément une division de l'acte qui peut masquer une influence romaine. On peut ainsi isoler, sans être très sûr de l'ordre suivi :

a) Un contrat (que l'on croit retrouver dans les termes de *traditio*, *sala*, *datio* employés par les actes) comportant une tradition symbolique qui n'a pas forcément lieu sur le bien lui-même ; on simplifie les formes pour ne retenir que le symbole dont la variété même atteste la floraison spontanée : remise d'une motte de terre, d'une branche d'arbre, jet de la terre dans le sein de l'acquéreur (*scotatio*), épée fichée en terre, barbe tirée (car la propriété acquise sera aussi solide que la barbe), remise de la corde de la cloche pour une église, de l'huis et du gond pour une maison, d'un vase d'eau pour un étang,

enfin, remise de la charte considérée comme une remise du fonds lui-même.

b) La tradition en justice que l'on identifie avec l'investiture et l'acquisition du *jus in re* (la simple tradition ne donnant qu'une saisine « vide », suivant BOUTILLIER, *Somme rurale*, XXII, p. 110 ; et suivant les Romanistes un *jus ad rem*).

c) Enfin, la prise de possession de fait qui vient consolider le droit de l'acquéreur : le nouveau propriétaire « appréhende réellement la possession », fait du feu dans l'âtre, change le signe des bornes, trace un sillon.

Cette accumulation de formes ne doit pas surprendre : l'aliénation est un acte grave ; cependant les doubles emplois sont évidents et, suivant les régimes ou les époques, telle ou telle forme a été préférée. Dans le Midi, l'investiture réelle a toujours gardé une grande importance ainsi, d'ailleurs, que le paiement du prix. Dans le Nord, au contraire, l'investiture symbolique suffit, les formes mêmes se simplifient, les différents symboles perdant leur signification propre. Au cas d'aliénations successives, la propriété est acquise par la simple tradition, sans que la prise de possession effective soit requise (cf. très nettement *Capitulaires* de 817, I, 282).

3^o Tradition et investiture aboutissent-elles à transférer la propriété ? ou simplement la saisine ? Les deux choses paraissent forcément confondues. On ne peut, croyons-nous, distinguer sans arbitraire une saisine de droit, une vêtue équivalant à la propriété et acquise publiquement et conférant un *jus ad rem* et une saisine de fait venant de la prise de possession ou de la tradition et conférant un *jus in re*. La propriété est forcément transférée sous la forme de saisine et l'investiture demeure la condition nécessaire à l'acquisition de la propriété. Le fait de la jouissance et le droit de propriété ne sont pas séparés et ils sont transmis ensemble (cf. n^o 124).

[188] LA CONCEPTION FÉODALE. — Le droit coutumier ne changea rien à ces idées ; simplement, pour les biens féodaux, l'intervention du seigneur sera requise et elle devra aux principes féodaux, là où ils seront pleinement reçus, une netteté que n'avait jamais eue l'ancienne investiture en justice.

La concession d'un fief comportait normalement la remise

effective du bien concédé et cette remise avait pris normalement la forme d'une investiture symbolique. Quand il fut admis que le vassal pouvait aliéner le fief, l'intervention du seigneur fut nécessaire : ne devait-il pas recevoir l'hommage de l'acquéreur devenu son nouveau vassal ? L'aliénation se dédoublait en somme et comportait :

1^o Un dessaisissement du vassal — le *dévest* — entre les mains du seigneur ; ici encore, on usait de symboles : bâton remis au seigneur par le vendeur ; « mettre la main au bâton » signifie, dans la langue populaire, aliéner.

2^o Une investiture — le *vest* — de l'acquéreur à qui le seigneur remet le bâton ou le rameau ou, s'il s'agit d'un fief important, une bannière ou une épée. Ensuite l'acquéreur prête foi et hommage ; normalement tout s'accomplit en public, à la Cour du seigneur, garnie de pairs du vendeur, et on rédige un acte écrit pour relater la cérémonie. On peut se transporter, enfin, sur les lieux pour la tradition réelle, mais le plus souvent on effectue simplement une tradition symbolique (cf. n^o 81).

Ces formes sauvegardent parfaitement les droits du seigneur qui, à l'occasion de leur accomplissement, pouvait exercer le retrait ou percevoir les droits de mutation, ce qui, à mesure que le domaine utile prenait de l'importance, devenait sa préoccupation essentielle.

Pour les tenures roturières et spécialement pour les censives — qu'ici encore on peut prendre comme exemple — l'intervention du seigneur, à raison même de l'absence d'hommage, apparaît moins nécessaire ; mais elle n'en est pas moins imposée par la coutume. Le vendeur et l'acheteur procèdent à la tradition symbolique devant la justice dont le fonds est mouvant ; les droits de mutation sont payés et l'acquéreur est mis en saisine.

Cette investiture, si elle assure une certaine publicité des mutations, n'impliquera pour le fief, et plus nettement encore pour la censive, aucune garantie du seigneur ; celui-ci, à moins qu'il soit saisi de l'opposition d'un tiers, n'a pas, par exemple, à rechercher si des droits réels grèvent le bien transmis, ni même si le vendeur est le vrai propriétaire. En d'autres termes, l'investiture n'opère pas purge des charges, souvent occultes,

qui grèvent la propriété et elle n'emporte pas une preuve absolue de la propriété. D'où la condition souvent exprimée qu'elle est faite « sauf le droit d'autrui en toutes choses ».

Pendant, l'intervention du seigneur suppose, tout au moins, que l'aliénateur a l'apparence de la propriété, qu'il est en saisine, ce qui implique que par l'investiture cette saisine est acquise à l'acquéreur sans qu'il y ait besoin pour lui d'une prise effective de possession. L'investiture seigneuriale garde, en cela, les traits de la tradition symbolique de l'époque franque. Elle permet à l'acquéreur d'exercer les actions possessoires. Elle lui confère le droit aux fruits : « Saisine du fonds emporte saisine des fruits. » Enfin, elle fait courir le délai d'an et jour pendant lequel ceux qui prétendraient à un droit sur la chose doivent l'exercer (ce qui expliquera que la garantie du vendeur ne dure anciennement qu'un an) ; on a pu dire que l'investiture conférait à l'acquéreur les avantages que procure, en droit moderne, la date certaine (OLIVIER-MARTIN, t. II, p. 21).

[189] TRADITION ET INVESTITURE. — L'aliénation de biens féodaux suppose, en somme, trois consentements : celui des parties et celui du seigneur ; presque fatalement l'intervention du seigneur va diminuer d'importance pour laisser aux parties le premier rôle :

a) Il y a, tout d'abord, toute la catégorie des biens non féodaux — *les alleux* — pour lesquels l'intervention du seigneur ne peut être requise.

Dans le Midi notamment, l'aliénation est constatée par un notaire et les parties déclarent devant lui que la chose a été vendue et livrée (*vendidi et tradidi*, cf. t. I, n° 258) ; ensuite, l'acte est remis à l'acquéreur, ce qui est nommé à Toulouse bail de la cède (*cédula*, de *scheda*) et considéré par les Glossateurs comme une tradition symbolique (*Coutumes de Toulouse*, art. 93).

En pays coutumier, la pratique est hésitante : on procède, en Hainaut, à l'ensaisinement devant quatre propriétaires d'alleux ; ailleurs, le transfert est fait devant le seigneur qui intervient ici non comme seigneur éminent mais comme justicier, pour donner à l'acte une publicité suffisante (cf. *infra*, n° 190).

b) Même pour les biens féodaux, on ne peut mettre sur le

même pied l'accord des parties qui est essentiel et l'accord du seigneur ; si, en effet, l'investiture est un moyen commode d'acquérir la saisine, celle-ci peut être pareillement acquise par une tradition du bien et une prise effective de possession ; c'est même en cette occasion que l'on perçoit le mieux l'ambiguïté de la saisine et l'origine de l'opposition souvent faite entre la saisine de droit (que confère le seigneur) et la saisine de fait (plus restreinte dans ses effets et venant de la simple appréhension matérielle d'an et jour).

On peut parler, au moins dès le xv^e siècle, d'une *crise de l'investiture seigneuriale*. Les seigneurs eux-mêmes se désintéressent quelque peu des formes anciennes, prétendant simplement assurer la perception de leurs droits de mutation. Les Romanistes ramèneront forcément tout à la tradition.

En outre, les formes que nous avons décrites presque schématiquement, et qui concernent surtout le droit parisien, étaient, en bien des régions, mêlées à des pratiques qui pouvaient remonter à l'époque franque : l'usage de bans, par exemple. On peut dès lors concevoir les deux attitudes que vont prendre les coutumes :

a) Dans le Nord et l'Est où les précédents carolingiens sont mieux gardés et les tendances communautaires plus fortes, les coutumes dites de nantissement vont retenir de l'investiture seigneuriale son intérêt réel : la publicité qu'elle confère aux aliénations et qui, normalement, doit assurer la sécurité de l'acquéreur.

b) Au contraire, dans la plupart des coutumes l'investiture perdra toute importance et la tradition suffira au transfert : on en viendra presque au transfert de la propriété par le simple consentement.

[190] LES PAYS DE NANTISSEMENT. — Ce sont les pays qui correspondent au groupe des coutumes du Nord. Ces coutumes gardent l'esprit des anciens usages carolingiens et ici elles apparaissent nettement pré-féodales, le seigneur étant considéré comme tenant-justice plus que tenant-fief. Les hommes francs sont appelés comme témoins ou comme garants d'un acte aussi important que l'aliénation d'un bien foncier :

a) Normalement, le propriétaire doit annoncer publique-

ment son intention de vendre par une « montre » ou « bannie ». Celle-ci permet aux parents d'invoquer, s'ils le veulent, leur droit de retrait et aux tiers qui auraient des droits sur le bien de faire opposition à la vente ;

b) S'il n'y a pas d'opposition, le bien fait l'objet d'une tradition symbolique, par « rain et bâton », comme à l'époque franque, faite devant le seigneur, les juges seigneuriaux ou royaux ou les échevins. On parle de « déshéritement et d'adhéritement », de prise de namps (gages, cf. allemand *nehmen*), de nantissement ou d'œuvres de la loi. A Metz, existe une procédure spéciale, la prise de ban, qui implique quatre proclamations des échevins conférant à l'acheteur la possession et, au bout d'un an, la propriété du bien. En Allemagne, on pratique l'*Auflassung* ou ensaisinement judiciaire ;

c) La Cour seigneuriale (ou la Cour échevinale) intervient pour rendre un jugement relatant l'accord ou tout au moins l'homologant : d'où l'enregistrement de l'acte au greffe du tribunal ;

d) Si les actes à cause de mort, à raison même de la publicité qu'ils comportent, ne sont pas soumis au nantissement, on y astreint la constitution de droits réels et spécialement des hypothèques, ce qui assure une suffisante publicité foncière.

L'effet du nantissement est celui de toute publicité organisée, la validité du transfert *erga omnes* qui est ici rattachée expressément au jugement rendu. Comme un jugement, le nantissement est opposable aux tiers ; on dit qu'il a force de ban, que l'acheteur n'obtient pas l'immeuble « sauf tous droits » (comme au cas d'investiture seigneuriale), mais « par loi ». Tous les droits réels anciens sont purgés et le propriétaire « nanti » ne peut plus être inquiété par personne.

[191] APPROPRIANCE PAR BANNIES. — En Bretagne apparaît un autre système qui, quoi qu'on en ait dit, paraît fort ancien et dont quelques traces pourraient être trouvées en d'autres régions (en Gascogne, en Normandie, à Toulouse où la coutume, art. 94, garde la nécessité de publications, *tubicinationes*, pour la vente d'immeubles). Les projets d'aliénation font l'objet, comme les projets de mariage, de bannies, c'est-à-dire de publications à l'Eglise, normalement répétées trois fois. C'était

assurer à ces actes la publicité la plus efficace à l'époque et provoquer forcément les oppositions. Au XIV^e siècle, le tribunal intervient pour certifier l'accomplissement des bannies et il prononce un véritable jugement d'adjudication au profit de l'acquéreur ; par là, le titre de celui-ci devient incontestable même dans le cas où le vendeur n'aurait pas été propriétaire.

[192] LE DROIT COMMUN COUTUMIER. — Dans la majorité des coutumes, la tendance est à la simplification. Si les coutumes du XIV^e siècle s'en tiennent encore à l'ancien système, la pratique va nettement dans le sens des tendances déjà signalées pour en tirer les conséquences extrêmes.

1^o *L'investiture seigneuriale devient facultative.* — On généralise le principe que « appréhension de fait équipolle à saisine ». L'acquéreur pouvait entrer en possession et percevoir les fruits sans demander l'investiture et, par un renversement de l'ancienne pratique, il appartenait au seigneur de mettre en demeure son vassal et d'exercer une saisie : « Tant que le seigneur dort le vassal veille. » Au XVI^e siècle, on sépare nettement l'acquisition du fief et l'hommage : l'acquéreur doit notifier la vente au seigneur et offrir l'hommage ; mais il s'agit de formalités postérieures à l'aliénation. Seule la perception des droits de mutation est en jeu et l'investiture ne comporte plus aucune publicité : « L'ensaisinement est secret » (BOURJON, *Droit commun de la France*, t. I, p. 1045).

Pour les censives, la désuétude de la formalité est plus rapide encore ; la coutume de Paris de 1510 consacre le principe : « Il ne prend saisine qui ne veut. » Il n'existe pas ici de retrait seigneurial et il suffit que le contrat soit notifié au seigneur et que les droits soient payés.

2^o *La tradition feinte suffit.* — Il paraît suffisant de constater dans les actes que la tradition du bien avait eu lieu : c'est la *clause de dessaisine-saisine* qui, au moins dès le XIV^e siècle, est insérée dans les actes. Les notaires ne manquent pas d'ajouter une clause de précaire ou de constitut possessoire : convention fictive de précaire, rétention d'usufruit, de bail, de dépôt. Il suffit pour qu'il y ait dessaisine-saisine que l'aliénateur déclare se dépouiller de la propriété de la chose et déclare la détenir désormais pour le compte de l'acquéreur (*supra*, n^o 81).

On en vient ainsi au terme de l'évolution : aucune investiture, aucune publicité n'est plus requise ; même l'appréhension matérielle n'est pas exigée ; la propriété est transférée par le simple consentement. Aux XVII^e et XVIII^e siècles, la doctrine admet plus ou moins nettement ces solutions auxquelles GROTIUS et PUFFENDORF donnent un fondement philosophique : la volonté l'emporte sur toutes les formes (GROTIUS, *De jure belli*, 2, 8, 25 ; 2, 12, 15). C'est le principe que consacra l'art. 1583 du Code civil. La promulgation du Code civil a simplement permis aux notaires de simplifier les clauses de leurs actes et de ne plus y insérer les formules anciennes qui dispensaient le vendeur de la tradition réelle. Les rédacteurs du Code civil ne concevaient pas autrement la portée de leur réforme. L'art. 1138 indique que le créancier devient propriétaire « dès l'instant où la chose a dû être livrée » ; et l'art. 938 ajoute que la propriété est transférée au donataire « sans qu'il soit besoin d'autre tradition » ; en somme on se borne à simplifier le procédé de transmission et à dispenser du jeu d'écritures qu'il supposait.

[193] LA PART DU DROIT ROMAIN. — Nous avons négligé, jusqu'ici, l'influence romaine qui est, en la matière, certaine. La *traditio cartae* est utilisée dans le Midi comme, à la même époque, en Lombardie ; elle est tenue pour une tradition corporelle sur le fondement de précédents romains (RICCOBONO, *Traditio ficta*, dans ZSS, *Rom. Abt.*, XXXIV, p. 213), comme d'après la tradition franque. La glose admet cette pratique qui était nettement mentionnée par des textes de JUSTINIEN (*Code*, IV, 2, 27 ; *Glose sur C. J.*, VII, 32, 2), mais elle préfère le constitut possessoire ainsi nommé par AZON (cf. n^o 116).

La portée reconnue au constitut possessoire aboutit, en pratique, au même résultat puisqu'on tient pour équivalent à la tradition la déclaration du vendeur « qu'il se constitue possesseur au nom de l'acheteur » (ce qui suppose au moins que le vendeur était en possession).

Les Romanistes répugnent, en somme, à aller au-delà des solutions romaines et à reconnaître une pleine valeur à la tradition symbolique (cf. à propos de la vente, t. I, n^o 259). Cette tendance demeurera très nette dans les pays de droit

écrit où l'on attache beaucoup d'importance à la transmission de la possession. Déjà le *Petrus* (2, 3, 13) admettait qu'au cas de vente, l'acquéreur ne devenait pleinement propriétaire que par la prise de possession. La coutume de Toulouse paraît l'admettre aussi et, au cas de conflit entre acquéreurs successifs, elle donne la préférence au second acquéreur sur le premier s'il est *potior jure in possessione et proprietate* (art. 93, éd. GILLES, p. 116). Dans tout le Sud-Ouest, au XVIII^e siècle encore, la prise de possession effective ou symbolique est nécessaire à la perfection de l'aliénation.

[194] LA PUBLICITÉ DES TRANSFERTS. — La liberté du vendeur ne s'accommode bien que du secret et la suppression de toute investiture ou de toute prise de possession conduit forcément à la clandestinité de l'aliénation. Celle-ci est un contrat non un transfert ; elle ne comporte ni investiture publique de l'acheteur (comme dans le cas de prise de ban) ni même publicité (comme dans le cas des bannies). On n'est jamais assuré ni que le vendeur est propriétaire, ni que le bien qu'on achète n'est pas grevé de charges réelles : incertitude dangereuse à laquelle répond la conception moderne de la publicité des droits réels.

Cette publicité, l'ancien droit ne l'avait organisée qu'assez mal. Pour les donations, leur insinuation ou enregistrement aux greffes des justices royales est imposée par l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 (art. 132) et par l'ordonnance de Daguesseau de 1731. Pour les aliénations à titre onéreux, la royauté avait peut-être essayé, dès le XV^e siècle, de les soumettre à une publicité (OLIVIER-MARTIN, t. II, p. 35), mais l'ordonnance ne fut jamais appliquée ; il en fut de même d'un édit de 1553. L'édit sur les insinuations laïques de 1703 imposa l'insinuation de tous les actes translatifs de propriété ; mais cet édit, inspiré de préoccupations fiscales, ne fut guère exécuté. La publicité des hypothèques devait connaître les mêmes vicissitudes (t. I, n^o 341). L'idée d'une publicité des droits était si étrangère à l'époque (et si contraire au « secret des familles ») qu'on supprima, par des édits de 1771 et 1772, le nantissement appliqué aux hypothèques.

Les lois révolutionnaires supprimèrent, à raison de leur

caractère féodal, le nantissement et les appropriations par bannies (lois 19-27 septembre 1790, et 9 messidor an III). A l'occasion de la réforme hypothécaire de l'an VII, le Directoire établit la transcription des aliénations. Mais cette réforme fut, on le sait, abrogée par le Code civil : seule était maintenue la transcription des donations d'immeubles.

SECTION III. — La prescription

[195] L'AN ET JOUR EXINCTIF DU DROIT FRANC. — L'institution pose, dans l'ancien droit, les mêmes problèmes qu'en droit romain. Elle est fondée sur une possession ou un usage prolongés et elle permet d'acquérir la propriété ; c'est dire que l'histoire de la prescription ne peut être dissociée ni de l'évolution de la propriété (*supra*, n° 71), ni de la conception de la saisine (*supra*, n° 124).

Les Francs ne connaissaient pas l'usucapion ; ils admettaient, au contraire, très largement une prescription extinctive des droits et des actions. L'exemple le plus net est le titre de *migrantibus* de la loi Salique (tit. 45, 3) : si quelqu'un s'est introduit dans un village et si pendant un an personne n'a protesté contre son installation, il est désormais à l'abri de toute action (*securus*) et peut demeurer dans la communauté (cf. n° 72). L'acquisition du droit de l'occupant n'est ici que la conséquence de la déchéance de toute action qui permette de contester ce droit. Il en est de même aujourd'hui dans les cas de forclusion que notre droit actuel a multipliés. Le jour est mentionné avec l'année pour marquer que celle-ci est complète ; nous disons encore huit jours pour une semaine et quinze jours pour deux (cf. *Glossaire* de DUCANGE v° *Annus et dies* ; en droit allemand on dit de même *Jahr und Tag*).

Ce délai d'an et jour est-il lié à de très anciennes traditions indo-européennes ou celtes (VIOLET, *Etabl. saint Louis*, t. I, p. 110) ? Faut-il le rapprocher des usages du droit romain archaïque ? Les textes francs lui donnent, en tout cas, une très grande portée :

a) La propriété des arbres marqués ne peut être contestée que pendant un an (*Loi Salique*, tit. 27, 19 ; cf. *infra*, n° 206) ;

b) Le délai de contumace est d'une année (*Capitulaire de 803* ajouté à la loi Ripuaire, éd. BORETIUS, p. 118) ;

c) On peut croire, comme le cas du contumax le rend vraisemblable, qu'il faut lier ce délai à la publication de bans au *mallum*, puisqu'il en était normalement tenu trois par an, au début de chacune des trois saisons de l'année (les Germains ne connaissaient pas l'automne, TACITE, *Germania*, XVII) ; l'exigence de trois (ou de quatre) bans, si souvent exprimée (cf. n° 187 pour la propriété ; également pour le mariage), correspondait encore au délai d'an et jour.

Ce délai restera, d'ailleurs, très fréquent dans les coutumes ; on l'appliquera aux hypothèses les plus diverses (pour le retrait lignager, par exemple, n° 259), et les coutumiers du XIII^e siècle le mentionnent à tout instant.

[196] LE DROIT ROMAIN : SURVIVANCE ET RENAISSANCE. — Les solutions reçues en Gaule lors des invasions étaient, nous l'avons vu (n° 57), trop affinées pour subsister dans leur ensemble. On est néanmoins frappé de la place très minime donnée à la question par la loi romaine des Visigoths. Un seul texte vise la prescription de dix à vingt ans et son *interpretatio* mentionne la condition du juste titre. Quant à la loi romaine des Burgondes, elle reproduit la constitution de Théodose II sur la prescription de trente ans (n° 166). Les formules et les actes de l'époque franque — surtout dans le Midi — gardent seulement le souvenir d'une prescription de trente ans, prescription acquisitive (et qui paraît supposer l'existence d'un juste titre parfois identifié avec la bonne foi, *Petrus*, III, 10).

La Renaissance romaine va faire connaître les textes de JUSTINIEN dont la précision technique devait assurer le succès. On trouve dans l'œuvre de BEAUMANOIR le résultat de l'enseignement des Glossateurs d'Orléans. De l'an et jour il n'est plus traité que pour la saisine qu'il fait acquérir (n° 685 ; *supra*, n° 238). Le délai de dix ans, « l'usage de tenir l'héritage par dix ans paisiblement au vu et au su de ceux qui veulent y mettre empêchement », permet d'acquérir la propriété ; mais il faut « avec l'usage cause suffisante dont vint l'héritage », c'est-à-dire une juste cause, un juste titre d'acquisition et aussi une reconnaissance expresse du seigneur dont le fief est mou-

vant, car on ne peut prescrire contre lui (n^o 686). Quant à celui qui a l' « usage » de trente ans, il n'a plus « à alléguer la cause » et s'il a une possession véritable — et non un douaire, un usufruit, un gage ou une ferme — il acquiert la propriété « sans nulle autre raison mettre en avant » (n^o 687). Comme toujours, BEAUMANOIR a mieux compris la leçon que ses contemporains (cf. notamment *Conseil à un ami*, 368 ; *Établ. saint Louis*, t. I, p. 111).

[197] LE DROIT CANONIQUE ET LA BONNE FOI. — BEAUMANOIR, esprit clair, n'avait pas imaginé que la bonne foi puisse être distincte du juste titre (et il considérait même que la succession était un juste titre, cf. n^o 132, sur la saisine) ; mais les Glossateurs exigeaient, pour la prescription abrégée, cinq conditions distinctes : *possessio* (non précaire), *tempus*, *res habilis* (une chose prescriptible), *titulus*, enfin *fides*. La bonne foi est nécessaire pour que la prescription ne devienne pas un *iniquum praesidium* ; l'idée populaire est très nette à cet égard : « Cent ans d'injustice ne font pas une année de droit », et cette idée, le droit canonique va la reprendre et la préciser, outrepassant, dans son souci de justice, les solutions romaines :

1^o Gratien distingue la prescription admise *odio petentis*, en haine d'un demandeur négligent, qui suppose la bonne foi mais non le juste titre et la prescription admise *favore possidentis*, en faveur du possesseur, qui exige chez celui-ci le juste titre et la bonne foi. La bonne foi doit exister lors de la prise de possession (*ad initium possessionis*) mais non pendant la période intermédiaire (*ad tractum medii temporis*) ; c'est exactement la règle romaine sur la *mala fides superveniens*.

2^o Au XIII^e siècle, les exigences morales se font plus strictes et la décrétale *Vigilanti* d'ALEXANDRE III (X^a, 2, 26, 5), reprise par le Concile de Latran de 1215 (c. 41, X^a, 2, 26, 20), impose la bonne foi continue : pour prescrire, il faut n'avoir jamais su qu'on n'était pas propriétaire. La règle, déclarée applicable même en droit civil et admise par BARTOLE (sur D., 41, 3, 5, loi *Naturaliter*), est, en réalité, de nature à multiplier les procès et fort gênante pour la pratique. Aussi celle-ci fait-elle preuve d'éclectisme :

a) Pour la prescription de dix à vingt ans, on admet, en pays

coutumiers, la règle canonique et on exige la bonne foi continue (encore POTHIER, *Prescriptions*, I, 2, 34) ;

b) Pour la prescription de trente ans, on juge, après beaucoup d'hésitation, que si le juste titre n'est pas imposé, la bonne foi ne peut l'être (*contra* DUMOULIN, *Coutume de Paris*, 12, 7, 11) ;

c) Enfin, on réserve le for interne : l'obligation de restituer est un devoir moral ; ce qui a conduit à dire que la prescription ne peut être suppléée d'office par le juge et qu'elle doit être invoquée (cf. art. 2223, C. C.).

[198] LE DROIT COUTUMIER. — Les coutumes allaient reprendre — avec beaucoup de nuances — le système de BEAUMANOIR, amendé par l'apport canonique. L'aboutissement en est l'exposé systématique de BOURJON et de POTHIER, où l'on retrouve toutes les solutions romaines. On doit simplement relever quelques précisions :

a) La prescription concerne les droits incorporels ; notamment, elle éteint les rentes et les redevances et celui qui a possédé un héritage paisiblement le libère de toutes charges réelles et occultes, serait-ce une hypothèque ou une servitude ;

b) Le juste titre, appelé souvent titre coloré, doit être un titre translatif, tel que le possesseur ait pu raisonnablement croire à son efficacité : l'erreur de droit ne peut être invoquée, mais l'erreur de fait laisse supposer la bonne foi ;

c) La jonction des possessions est admise suivant les principes romains ; mais, contrairement à ceux-ci, un héritier de mauvaise foi ne peut se prévaloir de la bonne foi de son auteur : la bonne foi, suivant le principe canonique, doit être continue ;

d) La suspension de la prescription est admise à l'égard des mineurs, plus difficilement pour les femmes mariées (sauf en matière de douaire), enfin, en faveur de ceux qui ont été dans l'impossibilité d'agir du fait de guerre, de troubles ou d'absence légitime. C'est la règle *Contra non valentem agere non currit prescriptio* qui vient soit du décret de Gratien, soit de la Glose et qui provoqua, en doctrine, d'innombrables discussions. On reconnaissait généralement au roi le droit de relever, pour justes causes, des prescriptions encourues.

Le droit coutumier connaît enfin, comme notre droit moderne, d'autres prescriptions, innombrables, qui, pour la plupart, ne s'appliquent pas aux immeubles. En Anjou, Maine et Loudunois existe le tènement de cinq ans qui est une prescription extinctive purgeant les immeubles des rentes ou hypothèques qui le grevaient. On prescrit contre l'Eglise par quarante ans, contre le pape ou le roi par cent ans.

Pour les droits seigneuriaux, les dîmes inféodées, les franchises locales, on invoque couramment la prescription immémoriale ou de cent ans, en grande faveur au XVI^e siècle (DUMOULIN, *Coutume Paris*, 12, 7, 14). LOYSEL dira « La possession immémoriale vaut titre » (n^o 714), mais il reprendra aussi la doctrine des juristes royaux pour lesquels les droits royaux ou seigneuriaux sont imprescriptibles : « Qui a mangé l'oie du roi, cent ans après en rend la plume » (LOYSEL, n^o 713).

SECTION IV. — Le procès pétitoire

[199] LE DROIT FRANC. — Les conceptions du droit franc sont, ici encore, fort proches des conceptions du droit romain archaïque :

1^o Affirmer sa propriété sur un bien, c'est nier le droit de l'actuel propriétaire et, partant, affirmer que ce « droit » est un tort (cf. le proverbe : *Qui est tort n'est mye dreit*, MORAWSKI, n^o 1932, et t. I, n^o 378) ; confondre, en somme, une voie civile et une poursuite pénale.

2^o A cette attaque, la réponse spontanée du propriétaire est : « Je ne suis pas un voleur et je vais le prouver » ; il est injurié et offre immédiatement de prouver son droit. Le choix de la preuve apparaît comme un avantage et non comme une charge.

3^o Cette preuve sera normalement une preuve de la saisine : de possession et de prescription, il ne peut être question ici. L'idée d'une « béatitude » des possesseurs est parfaitement étrangère à l'époque : la saisine n'est pas un simple avantage de procédure, elle concerne le fond du droit et l'aspect qu'elle revêt décide le procès ; elle est, nous le savons, la forme même sous laquelle le droit se défend ou se recouvre. Il faudra l'influence

romaine pour imposer une meilleure analyse du « cas pétitoire ». Tels sont les trois points qu'il faut développer.

[200] CONFUSION DU PROCÈS RÉEL ET DE LA POURSUITE PÉNALE. — Le demandeur ne se prétend pas seulement propriétaire, il se prétend volé ; à une époque où le vol est un mot général qui peut concerner les immeubles comme les meubles, il s'agit pour lui d'identifier le bien, de le réclamer à qui le détient, enfin, d'affirmer et d'établir son droit.

a) Le demandeur peut invoquer une marque ; on a pu donner au mot *filtort*, employé dans la loi Salique (chap. 46), le sens de « bien marqué » ; la loi des Visigoths (*Antiqua*, VII, 2, 1) mentionne les « signes manifestés » et la loi Ripuaire (72, 9) le « signe probable ». Ces marques conviennent bien pour des meubles, spécialement pour les troupeaux (il en sera question à propos de la revendication mobilière), mais elles concernent aussi les immeubles, les pâturages ou les arbres et les champs dont les bornes n'ont pas un autre sens (cf. les actes cités par THÉVENIN, *Textes*, nos 81 et 88).

Au Moyen Age, l'examen des bornes gardera une grande importance (BEAUMANOIR, XXX, 27), et le déplacement des bornes est encore considéré comme une forme de vol, « un membre de larcin » (*Jostice et Plet*, V, 3, 3 ; cf. CÉSAR, VI, 13 et TACITE, 13, 15 et 26).

b) Suit une réclamation qui, anciennement, a pris la forme de l'*intertiatio* ou *anefang* (allemand *anfang*, prise) dont parlent les sources (Loi Ripuaire, 37, 1 ; Loi Salique, 37), et dans laquelle on peut reconnaître la saisie privée, la mainmise solennelle sur la chose, pratiquée dans tous les droits primitifs (cf. la *pignoris capio* romaine). Plus tard, sans doute avec le progrès de la justice publique, on use d'une citation (*bannitio*) et le demandeur, au lieu de se saisir du bien lui-même, affirme que son adversaire le détient sans droit, *malo ordine detines*, qu'il est un spoliateur, un usurpateur. On s'en prend à la personne, non à la chose (ce qui fait penser que l'action a pris, plus nettement, un caractère personnel). Le demandeur interpelle son adversaire : « Réponds-moi ; donne-moi tes raisons », et il fait appuyer son droit par le serment des témoins ou des

cojureurs dont il s'est fait accompagner. Les formes que décrit la loi des Ripuaires (chap. 33), sont fort semblables aux formes du *sacramentum* romain : les deux parties posent la main gauche sur le bien (le demandeur, après l'avoir « reconnu ») et elles jurent ensemble avec la main droite.

c) Anciennement, on en venait aussitôt au duel judiciaire qui était l'issue normale du procès. La loi des Alamans (chap. 12, 8) décrit le litige qui oppose deux familles au sujet des limites de leurs terres : on prend, de la terre, un rameau et chaque famille désigne un champion pour le duel (*pugna*) qui, par jugement de Dieu, tranchera le litige. On conçoit que le défendeur, avant de se battre, veuille expliquer l'origine de son droit et établir qu'il ne détient pas le bien *malo ordine* : c'est porter le débat sur le terrain de la preuve.

[201] LA PREUVE. — La meilleure défense du possesseur est d'établir son titre et c'est bien l'attitude que révèlent les actes de l'époque : on peut invoquer l'occupation ou l'*aprisio*, le fait qu'on a mis en culture le fonds qui auparavant était une friche (THÉVENIN, n° 88) ; on se prévaudra plus souvent d'un héritage ou d'un achat, ce qui conduit à appeler en cause le vendeur comme témoin ou comme garant ; il n'est pas question de possession et le procès porte à la fois sur la saisine et sur la propriété.

Le plus souvent ou invoquera une charte : *non malo ordine, sed per testamentum* (acte écrit) *hoc teneo*, dont la portée est, d'ailleurs, fort contestée ; elle est, nous l'avons dit, à la fois le symbole dont la *traditio* a représenté le transfert du bien (n° 193), le substitut de la marque ancienne puisqu'elle mentionne les limites du bien, aussi une preuve du contrat en ce qu'elle comporte le seing des parties ou la liste des témoins.

Le demandeur peut ne pas se rendre à ces arguments ; il peut, notamment, contester la charte par une procédure spéciale, la *perforatio*, en la transperçant, ce qui mettait en cause le roi lui-même s'il s'agissait d'un diplôme royal et provoquait l'appel des témoins (Loi Ripuaire, LIX, 5 ; LX, 6). Quels que soient les incidents de la procédure ou les affirmations du demandeur, il faut, en définitive, en venir aux seuls modes de preuve décisifs : le serment ou le duel judiciaire. Il est bien certain, en tout cas, que le défendeur n'est pas exonéré du

fardeau de la preuve ; son abstention serait un aveu et parfois même, on lui fait une obligation de s'appuyer sur plus de cojureurs que n'en a le demandeur. La conclusion du procès fait encore apparaître son caractère pénal. La partie perdante est condamnée à une amende ; le garant doit lui-même une amende s'il succombe.

[202] LE CONTACT DES IDÉES ROMAINES. — Aux XIII^e et XIV^e siècles, les règles romaines ont prévalu et elles sont suivies si exactement dans le « cas pétitoire », la *causa proprietatis*, que la matière perd toute originalité.

Les causes générales de cette évolution sont connues : action réelle, la revendication a été déterminée par la notion même de droit réel (*supra*, n^o 21) ; les parties préfèrent agir au possessoire qu'au pétitoire, ne serait-ce que pour esquiver le duel judiciaire qui demeure lié à celui-ci ; enfin, le procès se complique avec la généralisation des actes écrits et aussi la possibilité, donnée désormais au possesseur, d'invoquer la prescription.

Le détail de cette évolution est lié aux étapes de la romanisation du droit :

1^o Le mouvement est parti d'Italie et, spécialement, de l'Ecole de Pavie où le droit lombard, analogue au droit franc, était forcément connu et discuté. Un texte du XI^e siècle, le *Liber papiensis*, est nettement défavorable au serment et au duel judiciaire et il s'efforce de mettre la preuve à la charge du demandeur (*Lib. pap.*, Liutpr., chap. 70, 7) ; c'est toute l'idée du *commodum possessionis* qui est nettement adoptée dans les exemples de formule qui sont proposés aux plaideurs. Le demandeur affirme d'abord que la chose lui appartient (*sua propria est*) ; le défendeur répond qu'il la possède ; d'où la réplique : c'est une possession *malo ordine* (ce qui réintroduit la formule barbare en changeant sa portée). La présentation d'un garant est considérée comme un droit, non comme une obligation. On peut suivre, dans les actes, les progrès de cette romanisation, très nettement en Italie, moins nettement en France. Les traités de procédure, œuvre des premiers Glossateurs et aussi des Canonistes, parachèvent cette évolution.

2^o Au résultat de cette évolution, il ne reste rien du carac-

tère pénal originaire de l'action. La conception de BEAUMANOIR est toute romaine : il faut mettre, dit-il, « la raison avant » et offrir « la raison à prouver si elle est niée ». Le pétitoire — fondé sur une « raison », un *modus* (nous disons encore un *mode* d'acquérir) — s'oppose ainsi au possessoire qui est fondé sur un fait et qui conserve souvent un aspect pénal (n° 131).

Les grandes lignes du procès réel sont dès lors fixées ; il commence par un serment de vérité que prête chaque partie (*Etabl. saint Louis*, t. I, p. 484). Le défendeur peut présenter des exceptions dilatoires : de *conseil* pour consulter un avocat, de *vue* pour constater l'état des lieux, de *garant* pour mettre en cause ses garants. Le jour du procès, chacun présente ses raisons, ce qu'on appelle *barroyer*, et doit les présenter en une fois ; c'est évidemment l'occasion, pour chaque partie, de prouver ses prétentions.

[203] LA PREUVE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ. — On connaît les difficultés que présente, aujourd'hui encore, la preuve de la propriété (CARBONNIER, t. II, p. 224-231). La publicité, tant qu'elle accompagna les transferts de propriété, devait bien souvent suffire à prouver le droit. Les difficultés de preuve apparurent, au contraire, avec la clandestinité des transferts consensuels ; mais l'ancien droit, moins soucieux que nous de principes abstraits, paraît les avoir résolues assez facilement.

1° De la part des Romanistes, il n'y eut pas d'hésitation à admettre la Publicienne ; ils ne la connaissaient, d'ailleurs, que par le *Digeste* (les *Institutes* de GAIUS ont été découvertes en 1816), et elle concernait, d'après les textes qu'ils connaissaient, le conflit d'un acquéreur *a non domino*, ayant bonne foi et juste titre, et d'un simple usurpateur qui s'était mis injustement en possession. Une confusion pouvait venir du fait que l'on accordait l'action utile à tout *dominus utilis* et que la Publicienne, étant elle-même une action « utile », le vassal ou même l'emphytéote pouvaient l'exercer (glose *Supererit*, D., 21, 2, 39, 1) ; mais on se rendit compte que le domaine direct lui-même, s'il avait été acquis *a non domino*, devait être protégé par la Publicienne. On en vint donc à concevoir quatre actions distinctes ; le raisonnement est nettement fait par Pierre JAYME qui distingue la revendication du propriétaire direct,

la Publicienne de celui qui a acquis *a non domino*, et, symétriquement pour le domaine utile, une revendication utile et une quasi-Publicienne (Petrus JACOBI, *Practica aurea*, lib. V).

2° Cet édifice savant ne pouvait guère convenir à la pratique française qui ne comprenait plus la conception romaine du *dominium* et, partant, l'opposition de la revendication et de la Publicienne :

a) Chaque domaine a sa vie propre et il est techniquement autonome ; il doit donc être protégé par une action spéciale ;

b) Cette action procède à la fois de la Publicienne et de la revendication dont la distinction, liée à l'existence de fictions désormais inutiles, n'est plus comprise : tout procès pétitoire est une revendication à propos de laquelle le juge doit examiner le droit de chacun des plaideurs ; et, par là, on en vient à reprendre presque fatalement les solutions de la Publicienne et à rechercher où est le meilleur droit.

3° A nous qui gardons l'idée que la propriété est un droit absolu, l'idée même d'un tel procès paraît une *crux juris*. Pour l'ancien droit, l'idée de propriété était trop relative pour que la question apparaisse aussi difficile :

a) Anciennement, pétitoire et possessoire étaient trop mêlés pour que le procès sur la saisine — où les titres des plaideurs étaient examinés — ne tranche pas le débat sur la revendication. On « fortifie la possession de légitime propriété » : *qui potiora jura probat in petitorio obtinet in possessorio* (Guy PAPE, qu. 71). Tous les auteurs du XIII^e et du XIV^e siècles ont nettement cette conception (*Grand coutumier*, chap. 51) et LOYSEL constate encore : « Possession vault moult en France, encores qu'il y ayt du droict de propriété entremêlé » (n^o 728).

b) Quand l'une des parties avait acquis *a non domino* et qu'elle avait ainsi un titre, on en revenait aux solutions du Digeste qu'expose, très nettement, POTHIER : « Si celui qui possédait de bonne foi, en vertu d'un juste titre, une chose dont il n'était pas propriétaire, en a perdu la possession avant l'accomplissement du temps pour la prescription, il est reçu, quoiqu'il ne soit pas propriétaire de cette chose, à la revendiquer par l'action de revendication contre ceux qui se trouvent la posséder sans titre. Cette action est celle qui était appelée en droit

romain action Publicienne. Elle est fondée sur l'équité qui veut que celui qui était le juste possesseur... soit préféré à un usurpateur » (*Propriété*, n° 292). Avant POTHIER, tous les auteurs énoncent les mêmes règles.

c) Quand le conflit naissait entre deux titres on reprenait la solution romaine : *melior est causa possidentis*. C'est ce qu'indiquent nettement DUMOULIN (t. I, p. 351) et DOMAT (*Legum delectus*, VII, 2).

ÉTAT DES QUESTIONS

Sur le droit franc, on peut retenir, parmi de nombreuses autres études, Rudolf HUEBNER, *Der Immobilienprozess der fränk. Zeit*, 1893 ; GOLDMANN, *Der andelang*, 1912 ; *Gesch. des fränk. Recht.*, 1928 ; W. SCHMID, *Die Auflassung im mitt. nach niederrh. Rechtsquellen*, 1932 ; F. BEYERLE, *Treuhand*, 1932. Sur le droit immobilier de la Suisse, E. MEYER, 1921 ; de Brème, JAEGER, 1928. Sur la « poursuite des traces », Karl RAUCH, *ZSS Germ.*, t. 68, 1951, p. 1-77. Sur l'aprision, A. DUPONT, L'aprision et le régime apripionnaire (fin VIII^e-début X^e siècle), dans *Le Moyen Age*, 1965, p. 179-213, 375-399.

Sur la transmission de la propriété, outre les auteurs coutumiers auxquels il faut toujours se reporter : Aug. PROST, La vêtüre et la prise de ban à Metz, dans *RHD*, 1880, p. 1, 301, 589, 701 ; et E. M. MEIJERS, *Le droit coutumier de... Metz*, t. II, 1965 ; PLANIOL, Appropriances par bannies, dans *RHD*, 1890, p. 451 ; PROST, Aspects formalistes du transfert de propriété immobilière (en Bourgogne), dans *Mém. Société hist. pays bourguignons*, t. 14, 1952, p. 255 ; G. CHEVRIER, Remarques sur la distinction entre l'acte créateur d'obligations et l'acte translatif de propriété dans quelques chartes du nord de la France et de la Belgique, dans *Mélanges Raymond Monier*, 1958, p. 77-79 ; R. BESNIER, Le transfert de propriété dans les pays de nantissement, *Ibid.*, p. 63-68. CABRAL DE MONCADA, *A traditio o a transferencia de prop. imm. no dir. portuges*, 1921 (et *ZSS*, t. 42, p. 634). Sur la pratique vaudoise infléchi par les thèses des glossateurs vers le XIII^e siècle : F. GILLIARD, Les clauses de dessaisine-saisine dans le pays de Vaud du XIII^e au XV^e siècle, dans *Mémoires... pays bourguignons*, t. 18, 1956, p. 71-81.

Sur le procès pétitoire, l'article de R. BESNIER, cité p. 246. Aussi H. LÉVY-BRUHL, Les témoins de la loi salique, *TR*, 1922, p. 402.

Sur la publicité, le livre de V. COLONI, *Per la storia della publ. immobiliare e mobiliare*, Milan, 1954 (qui oppose assez arbitrairement les systèmes germanique, byzantin et romain). Sur le « gage du couteau », BALON, dans *RHD*, 1953, p. 567-575. Sur la « paumée », A. GOURON, *Féd. hist. Languedoc-Roussillon*, 1959, p. 23.

Sur la preuve, le lien existant entre la théorie générale des preuves et la preuve de la propriété est indiqué par J.-Ph. LÉVY, Les preuves dans la très anc. coutume de Bretagne, dans *Ann. Bretagne*, 1952, spéc. p. 42 et 200. La thèse célèbre de F. LÉVY, 1896, fait un grand appel à l'histoire

(utilisée parfois pour les besoins des « positions » adoptées). La question de la Publicienne et de la preuve de la propriété (surtout dans les écrits des romanistes) est traitée par R. FEENSTRA, *Mélanges Ph. Meylan*, t. I, 1963, p. 91-110 ; cf. également H. KIEFNER, *Qui possidet dominus esse praesumitur*, dans *ZSS*, 1962, p. 239 (la formule est donnée par PLACENTIN) ; et dans *TR*, 6, 1963, p. 3. Sur la procédure de « Cerquemanager » de la Belgique wallonne, connue de BOUTELLER et de Jean LE COQ, et les « cerquemaneurs » qui sont des experts jurés pour fixer les limites d'une terre, E.-M. MEIJERS, *Études d'hist. du droit*, t. I, 1956, p. 179-184, et *TR*, t. 16, 1939, p. 245-252. Sur la règle *adversus fiscum usucapio non procedit*, E. M. MEIJERS, *Études d'hist. du droit*, t. IV, 1966, p. 157-174. Indications précieuses sur la distinction du droit privé et du droit public de G. CHEVRIER dans *Archives philos. droit*, 1952, p. 5-77, et *Études... Le Bras*, t. II, 1965, p. 841-859.

Si la question de la preuve de la propriété ne retient guère l'attention des praticiens, elle est pourtant discutée ; il suffit de citer la fable de LA FONTAINE, *Le chat, la belette et le petit lapin* (VII, 16).

L'abandon est, d'après DU CANGE, le *don à ban*, ce qui serait confirmé pour le droit namurois d'après Joseph BALON, *De l'abandon à l'obligation*, dans *Mél. Raymond Monier*, p. 31-37.

Sur les courtes et longues prescriptions, Ph. GODDING, *Hommage à Paul Bonenfant*, 1965, p. 169-176. Sur la bonne foi chez les canonistes, N. VILAIN, *Traditio*, 1958, p. 121.

Les restrictions à la propriété dans les statuts italiens ont été étudiées par Ugo NICOLINI, *Mantoue*, 1937.

Sur le droit romain français et néerlandais : W.-S. VEGTING, *Domaine public et res extra commercium*. s. d.

CHAPITRE V

LA CONDITION DES MEUBLES DANS L'ANCIEN DROIT

[204] L'opposition des meubles et des immeubles convient parfaitement à une économie commerciale. Le meuble est par nature transmissible et il passe facilement de mains en mains ; il peut en une heure, disait DUMOULIN, passer en cent mains diverses ; le droit de suite est une chimère et il est bon, pour la rapidité et la facilité des transactions, qu'il en soit ainsi. C'est ce qu'exprime l'adage : « Meubles n'ont pas de suite » dont la persistance indique bien qu'il tient à la nature même des meubles.

Une autre considération intervient dans l'ancien droit : les immeubles, par leur permanence et leur valeur, apparaissent comme des biens familiaux plus que personnels et de ce fait, ils sont spécialement protégés. Les meubles, au contraire, sont choses presque négligeables, leur transfert, leur saisie ne sont pas entourés de précautions spéciales. Le retrait lignager, la réserve ne les concernent pas en principe. Ils ne deviennent jamais des propres et leur propriétaire peut librement en disposer : « Les meubles suivent la personne », ou encore : *Mobilia ossibus inhaerent*.

Le Code civil conçoit (comme le droit romain) un droit de propriété toujours identique à lui-même et, tout en faisant de la distinction des meubles et des immeubles la *summa divisio rerum*, il n'y attache, en définitive, qu'une portée assez limitée. Au contraire, le droit coutumier et, plus encore, le droit franc

n'avaient aucune idée abstraite du droit de propriété et ils assignaient à chaque catégorie de biens son propre statut ; ainsi notre droit moderne qui multiplie les catégories de meubles soumis à des règles spéciales : navires, automobiles, titres au porteur...

Dans tout le droit familial une situation spéciale est faite aux meubles et il en sera traité ultérieurement. On doit se borner ici à l'étude des deux règles indiquées qui sont d'application générale et permettent de caractériser la propriété mobilière. Quant à la règle : « Meubles ne chéent en retrait », il en sera question à propos du retrait lignager.

§ I. MEUBLES N'ONT PAS DE SUITE

[205] ÉQUIVOQUE DE LA MAXIME. — Aucun article du Code civil n'est plus souvent cité que l'art. 2279 : « En fait de meubles la possession vaut titre » ; aucun n'a mieux pénétré l'opinion populaire et, pourtant, tout en ce qui le concerne est équivoque :

1^o Le sens populaire de la maxime n'est pas son sens juridique. La revendication est permise, non seulement pour les meubles perdus ou volés, mais aussi dans tous les cas où la possession est de mauvaise foi et où un vice l'affecte. Néanmoins, le sens populaire, en croyant que la règle s'applique même à ces hypothèses, ne se trompe pas tout à fait ; il perçoit très nettement ici l'*iniquum præsidium* que comporte toute prescription. La sécurité peut en venir à couvrir l'injustice.

2^o L'habileté des exégètes modernes ne parvient pas à trouver à la règle actuelle une justification acceptable. On a parlé de prescription instantanée, de présomption de propriété, d'une acquisition *lege*, d'une confusion de la propriété et de la possession ; M. CARBONNIER propose un « renversement du problème » qui le pose en termes historiques : ce n'est pas le droit du possesseur qui a besoin d'être expliqué, mais la revendication quand elle a lieu (*Droit civil*, t. II, p. 262).

3^o L'histoire de la maxime fait bien apparaître l'origine de ces difficultés. Pour le droit franc (n^o 206) et l'ancien droit (n^o 207), le propriétaire se plaint d'un vol ou d'une injustice : l'action qu'il exerce a un caractère pénal très net. Il poursuit le voleur

plus qu'il ne « suit » le meuble. Pour le droit romain (n° 208), le revendiquant affirme sa propriété, et celle-ci, comme tout droit réel, implique un droit de suite entre les mains d'un tiers détenteur. C'est, au contraire, la situation de celui-ci que le droit du XVIII^e siècle (n° 209) entend protéger. Les exigences du commerce l'emportent même sur celles de la propriété ; mieux vaut laisser les choses en l'état et couper court à des revendications bien souvent abusives.

[206] LE DROIT FRANÇ. — Un meuble est réclamé par celui qui s'en prétend propriétaire. Dès l'époque franque, deux attitudes sont concevables et elles se présentent encore très nettement aujourd'hui : ou bien le revendiquant s'en est dessaisi volontairement, consentant un prêt ou un gage, ou bien le dessaisissement est involontaire, le meuble ayant été perdu ou volé.

1^o Dans le cas de dessaisissement volontaire, le propriétaire se prévaut du contrat conclu et, plus encore, du manque de foi de son co-contractant. Il y a eu *res prestita*. L'action a très nettement un caractère pénal (cf. t. I, n° 54) ; mais cette action ne peut être exercée que contre le dépositaire ou le gagiste ; elle est, dirions-nous, personnelle et non réelle, et ne permet pas, au cas où le dépositaire a lui-même aliéné le bien, d'aller reprendre celui-ci entre les mains de celui qui le détient : en ce sens : « Meubles n'ont pas de suite. »

2^o Dans le cas, au contraire, où la chose a été volée, la procédure n'est autre que celle de la revendication immobilière (*supra*, n° 200). Et il en est de même au cas de perte de la chose, car le droit franc fait à l'inventeur l'obligation de déclarer sa trouvaille par trois publications solennelles (loi Ripuaire 75 ; loi des Visigots, VIII, 21, 14). Le propriétaire doit partir à la recherche de son bien, appeler les voisins ou les parents à l'aide (cf. encore, le proverbe médiéval : « Le criz pent le larron », MORAWSKI, n° 1068) ; suivre les traces de la chose (*vestigium minare*), l'identifier si elle est retrouvée.

La recherche ne peut durer que trois jours ; elle permet au volé et à la troupe qui le suit de perquisitionner dans les maisons suspectes (quitte à payer une amende si l'objet n'y est pas découvert) et aboutit à la saisie du bien volé, le vol

étant ainsi tenu pour flagrant ; la saisie est, croyons-nous, appelée dans les textes *intertiatio*, en français « entiercement ». Le tiers peut ne pas se défendre et il encourra les peines fort graves du vol ; mais il peut aussi se défendre et le procès suivra dans les mêmes formes que pour un immeuble (n^o 199).

Il y aurait également procès si la découverte était faite après les trois jours, mais le vol ne serait plus considéré comme flagrant. Détail qui marque bien le caractère pénal de l'action : le demandeur sera condamné lui-même aux peines du vol s'il échoue dans son action.

Les textes francs abondent ici en détails qui font bien apparaître les ressemblances qui existent entre la procédure qu'ils décrivent et la *perquisitio lance licioque* de l'ancien droit romain ou le *furtum manifestum* ; le caractère mi-privé mi-public de la procédure est très marqué, comme à Rome celui des actions de la loi. Le caractère réel de la poursuite est aussi fort net. C'est le bien que l'on recherche, que l'on saisit, sur lequel on porte la main pour prêter serment.

L'opposition ainsi faite — entre le gage ou le dépôt et le vol — ne va pas d'ailleurs sans beaucoup de difficultés de détail ; on comprend mal, notamment, au cas de détournement de l'objet déposé ou engagé que le propriétaire ne puisse pas le revendiquer (cf. notamment loi Ripuaires, 72, 1 ; Burgondes, 83, 1), si le dépositaire lui-même a été volé.

Pour les origines, la seule explication logique nous paraît venir de la distinction des biens marqués et non marqués ; la première hypothèse ne concernerait que les biens non marqués, un prêt de céréales par exemple ; la revendication n'est pas possible parce que le bien n'est pas identifiable entre les mains de celui qui le détient. Pour les biens marqués, comme le sont aujourd'hui les automobiles ou les titres, comme l'étaient à l'époque franque les animaux, la poursuite est possible et elle a justement pour but l'identification du bien que permettra la revendication.

On peut croire d'ailleurs que l'habitude de « marquer » les biens mobiliers disparut vite et que le propriétaire d'un bien engagé ou prêté ne peut plus, de ce fait, le poursuivre réellement, ce qu'exprime la règle « Meubles n'ont pas de suite »

qui apparaît dans le très ancien droit coutumier, encore très proche des idées franques.

[207] L'ANCIEN DROIT COUTUMIER. — 1^o *Au cas de dessaisissement volontaire*, les coutumes les plus archaïsantes refusent toute revendication. Ainsi le *Conseil à un ami* (XII, 3) : on ne peut demander une chose comme sienne si l'on n'ajoute qu'elle est « partie de soi contre son gré ». La coutume de Bourges (art. 55) précise que pour demander un meuble on n'a que quatre actions, de prêt, de dépôt, de dépouille et de larcin (vol). Quant aux coutumes du Nord et de l'Est, elles paraissent avoir gardé l'ancienne règle, mais elles l'appliquent spécialement aux cateux.

2^o *Au cas de perte ou de vol*, les documents des XIII^e et XIV^e siècles gardent très nettement le souvenir d'une action pénale. Le propriétaire peut exercer l'action de vol très formaliste et très dure qui peut comporter l'ordalie ou le duel judiciaire (*Jostice et Plet*, 19, 1, 2 ; *For de Morlaas*, 87, 282), la peine du talion contre celui qui s'est plaint à tort et qui expose le voleur à la mort ou à l'amputation d'un pied. Le volé peut aussi, au moins en droit parisien, user d'une action moins brutale mais dont le caractère pénal est encore très net : la demande de la chose emblée (volée) ou de la chose adirée (perdue) ; d'autres textes emploient encore le vieux mot d'*entiercement* (conservé aussi en Lombardie).

Ici encore, l'action est périlleuse puisque les deux parties sont emprisonnées par ordre du juge et que le plaideur téméraire est gravement puni. L'action garde une forme dont l'origine franque n'est pas douteuse : le demandeur doit mettre quatre deniers sur la chose qu'il réclame pour affirmer ainsi sa propriété et qu' « il ne fit oncques chose par quoi il dut perdre la saisine ». Une procédure identique existe en Normandie (*Très ancien coutumier*, C., 82, n^o 16), dans le droit de l'Orient latin et aussi dans quelques coutumes pyrénéennes dont l'archaïsme est bien connu (*Coutume de Bordeaux*, art. 18, éd. BARCKHAUSEN, 1890, p. 32).

Toutefois, il est courant, dans le Midi, que les coutumes urbaines permettent au détenteur qui a acquis la chose volée dans un marché public d'obtenir du propriétaire le rembour-

sement du prix qu'il a payé ; la même pratique est attestée très anciennement en Allemagne et sa raison d'être n'est pas douteuse : il s'agit d'assurer la sécurité des « achats en foire » et partant le succès de celles-ci.

[208] LES IDÉES ROMAINES. — L'absence première de revendication comporte une conséquence de procédure : on admet difficilement l'idée d'un droit réel portant sur un meuble et l'on confond — comme d'ailleurs nous confondons encore — l'action immobilière et l'action réelle. Pourtant le droit romain avait toujours admis la revendication mobilière (cf. n° 171), et cette attitude est bien connue des Glossateurs.

Comme toujours, nous retrouvons ces solutions dans BEAUMANOIR, ce qui le conduit à une division tripartite des actions (cf. n° 24). La technique de l'action en revendication est d'autant plus nette que l'on n'admet plus la possession des meubles (n° 130), il s'agit d'une poursuite civile. Par souvenir de l'ancienne *intertiatio* germanique autant que par nécessité, le défendeur doit exhiber la chose qui peut être saisie, *entiercée* dit-on encore à Orléans, mais dont on peut aussi faire recréance (cf. n° 133), la confier au défendeur moyennant caution.

Les espèces qui nous sont rapportées font croire que l'action en revendication fut admise par haine des brocanteurs et des revendeurs. Ainsi dans une coutume prouvée en 1370 par une turbe de vingt-quatre orfèvres ; on admet un bijoutier qui avait confié à un courtier un diamant, à revendiquer celui-ci entre les mains d'un acquéreur ; le motif donné est que le bijoutier n'avait pas perdu la propriété. La pratique du Châtelet donne d'ailleurs l'impression qu'il s'agit ici d'une jurisprudence commerciale nettement inspirée par les corporations de marchands et répondant à leurs préoccupations habituelles d'honnêteté et de sécurité des transactions. Les pratiques des foires et des marchés étaient sans doute fort différentes.

La situation du vendeur non payé pose un problème difficile. Les Glossateurs sont embarrassés par les nombreux textes du *Digeste* qui excluent la résolution de la vente pour non paiement du prix (t. I, n° 247) ; l'acheteur devient propriétaire par la simple tradition, ce qu'admet en thèse générale la Glose quand il apparaît que le vendeur a fait crédit à l'acquéreur

[256] LE PROBLÈME DES ORIGINES. — On a bien souvent cherché à percer le « mystère » des origines du retrait et il existe, en la matière, une théorie classique qui concerne essentiellement les pays de coutumes. Les trois institutions décrites — *laudatio*, offre, retrait — seraient apparues dans cet ordre, l'offre procédant de la *laudatio* et le retrait de l'offre par une sorte de transmutation ou d'hétérogenèse. La *laudatio* serait l'institution-mère du droit familial (le retrait ne serait que sa « transformation »), comme elle aurait été le « fait générateur » de la réserve héréditaire (J. DE LAPLANCHE, *La réserve coutumière*, th., 1925, p. 66-114). « Le retrait est né spontanément en coutume » ; il traduit « l'irrésistible tendance de celui qui jouit pratiquement d'un bien à en disposer, malgré les droits moins forts conservés ou prétendus par d'autres personnes » (OLIVIER-MARTIN, t. II, p. 320).

Pour qui ne veut pas borner son horizon aux pays de coutumes ou même à la France, les choses paraissent moins simples et les origines du retrait peuvent éclairer d'un jour nouveau l'origine et la formation de notre ancien droit :

1^o Le retrait apparaît, a-t-on dit, dans le Midi au moins au XI^e siècle ; et la *calumpnia* qui, à la même époque, existe dans le Nord, n'est-elle pas bien proche d'un retrait ? L'ancienneté du retrait étant admise, il devient bien difficile de le faire procéder de la *laudatio*. La carrière de la *laudatio* commencée vers 980 est terminée vers 1180 ; au moins dans le Sud-Ouest, elle est donc contemporaine du retrait. La *laudatio* n'est, à vrai dire, qu'une renonciation au retrait ; le parent qui « loue » la vente se prive par là même de son droit de retrait. De même aujourd'hui un fermier ou un métayer qui possède, au cas de vente, le droit de préemption, intervient-il à l'acte pour renoncer à ce droit : il « accepte » la vente ce qui est proprement une *laudatio*. Dirait-on, si l'on n'avait d'autres sources que les actes de vente, que le droit de préemption procède de la pratique des renonciations ?

2^o On a dépensé beaucoup d'érudition pour donner comme origine à notre ancien droit, et spécialement au retrait lignager, les « vieux usages des Germains » ; vue *a priori* que dément, par exemple, le fait que les lois barbares ignorent le retrait. L'exten-

sion géographique du retrait nous paraît imposer une constatation fort curieuse : les provinces qui ignorent le retrait appartiennent toutes à la Narbonnaise, le pays conquis par les Romains avant Jules César. Le retrait est pratiqué en Comminges et ignoré à Toulouse ; dans les Pyrénées, il existe sur le versant atlantique mais non sur le versant méditerranéen. Inconnu dans le vieux pays romain, la *Gallia togata*, le retrait existerait dans la *Gallia comata* : dans les trois Gaules de César, Aquitaine, Celtique et Belgique, les mœurs, les croyances, la langue sont toujours demeurées plus proches des origines gauloises ; des coutumes provinciales — qui constituent un droit romain « vulgaire » — ont mieux persisté et elles ont maintenu une plus grande solidarité familiale. Celle-ci subsiste pendant toute l'époque franque et le droit latent de la famille a trouvé son expression naturelle dans le retrait des parents.

3° On peut même découvrir, dans les actes les plus anciens, l'existence de règles, très différentes de celles qui vont être décrites, qui attesteraient la survie des anciens usages. Fait remarquable, ces règles existent dans les provinces demeurées les plus archaïques : en Bretagne, en Béarn, en Quercy, en Lorraine et leur dispersion même peut les faire considérer comme de véritables roches-témoins rappelant la trace du droit disparu :

a) L'aliénation du bien familial n'aurait été possible qu'au cas de « pauvreté jurée ». *Jostice et Plet* connaît la règle comme le droit béarnais ;

b) L'aliénation décidée doit être publiée par des bans ; on connaît la pratique bretonne des criées (*supra*, n° 191), qui est attestée aussi en Gascogne (MONLEZUN, *Histoire de Gascogne*, t. VI, p. 70). Les parents doivent intervenir dans les quatorze jours à Bourges et à Nevers, dans les huit jours à Cahors, dans le mois de la dernière publication à Auch ;

c) Dans le cas où les parents étaient absents du pays lors des publications, les coutumes hésitent ; elles admettent souvent que l'absent peut agir après son retour dans l'an et jour (*Jostice et Plet*, p. 128 ; *Etablissements de saint Louis*, t. II, p. 303 ; mais aussi coutumes de Cahors et fors de Béarn) ;

d) L'idée toujours mise en avant est simple : les parents ont,

comme le seigneur, une « droiture », on pourrait dire un « domaine », sur le bien vendu ; d'où leur droit d'intervenir et d'acquérir le bien avant tout acheteur. De même, au cas de bien féodal, la « droiture » du seigneur suffit à justifier son droit de retrait. Le droit breton connaît une institution fort originale le *finport* qui garde nettement le souvenir « d'une ancienne et vague communauté de droit existant entre tous les membres d'une même famille » et permet, par exemple, d'appeler en cause, à l'occasion, d'un procès, tous les parents intéressés à celui-ci.

[257] LE RETRAIT DES MEUBLES. — La fréquence des retraits mobiliers paraît également provenir de traditions coutumières fort anciennes. Les uns ne font que traduire les exigences de la police économique, du ravitaillement et d'une juste répartition des denrées et ressortissent spécialement au droit des villes : ainsi le droit fort général de racheter les meubles et, notamment, les denrées essentielles, acquis par des étrangers, ce qui est une marque très nette de méfiance envers ceux-ci ; ainsi encore, la reprise par des agriculteurs de bestiaux vendus pour être abattus, les exigences de l'agriculture apparaissant primordiales ; ainsi, enfin, les innombrables mesures de discrimination économique souvent liées à l'existence de gildes ou de corporations qui permettent d'écarter des acheteurs jugés inopportuns ou dangereux (cf. aujourd'hui le droit de préemption des musées sur les objets d'art). Parfois aussi, le retrait apparaît comme un droit du seigneur qui peut, par exemple, retenir sur le marché le gibier ou le poisson nécessaires à sa maison.

D'autres cas de retrait mobilier se rapprochent du retrait lignager : tel le droit reconnu très généralement aux parents d'obtenir, au cas de vente par le débiteur, les biens saisis ou engagés. Tel encore, le droit du propriétaire d'une chose volée de la reprendre entre les mains de l'acquéreur en lui remboursant le prix payé (*supra*, n° 207).

La tendance ancienne est ainsi très favorable au retrait des meubles ; celui-ci n'apparaîtra comme une anomalie et la règle « meubles ne chéent en retrait » ne sera nettement admise que pour le retrait lignager et à raison du caractère de « rescousse d'héritage » reconnu à celui-ci.

SECTION II. — La technique du retrait lignager

[258] PERFECTION TECHNIQUE ET GÉNÉRALITÉ DU RETRAIT. — Intéressante pour l'historien, l'institution ne l'est pas moins pour le juriste ; la technique du retrait lignager est parvenue, en effet, à un degré de perfection que nos modernes droits de préemption sont bien loin d'atteindre. Perfection que l'on pourrait proposer comme modèle si elle n'avait abouti à une complexité telle que toutes les ventes en étaient entravées et qu'en 1789, le retrait était devenu la plus odieuse de toutes les pratiques de l'ancien droit.

Contre le retrait, la condamnation des Romanistes était, d'ailleurs, inélectable. Elle eut son plein effet dans le Midi où pourtant le retrait subsista sporadiquement jusqu'au XVIII^e siècle. En pays de coutumes, le fondement du retrait change au XV^e siècle ; au lieu de la protection du lignage on lui assigne comme rôle de maintenir l'éclat des familles et d'assurer la conservation de leur patrimoine ; ce qui détermine certaines coutumes du Nord (Artois, Arras, Tournai) à faire peser moins lourdement le retrait sur les censives que sur les fiefs. Il ne s'agit pourtant que d'exceptions car le retrait existe dans la plupart des coutumes et il appartient au droit commun coutumier. C'est en se référant à celui-ci qu'il faut étudier les conditions de forme et de délai du retrait, les conditions de fond (aliénations donnant lieu à retrait, biens qui y sont soumis, lignagers qui peuvent l'exercer), enfin les effets du retrait.

[259] FORMES ET DÉLAIS DU RETRAIT. — Le retrait met en présence le lignager et l'acheteur. Il peut s'agir, au moins en principe, d'une procédure amiable que le *Grand Coutumier* (p. 338) décrit ainsi : le lignager « va devers l'acheteur et lui dit : je te prie, tiens-moi pour hoir de telle chose que tu as achetée d'un tel mon cousin ». Le retrayant doit, en même temps, offrir le prix, à deniers découverts, *per bursam* : offre réelle de « remboursement » du prix déjà payé dont les coutumes exagèrent à l'envi le caractère formaliste ; on doit apporter la bourse, montrer l'argent, le faire tinter, offrir treize pièces « au coin du roi », promettre de parfaire la somme.

Bien souvent, l'offre de retrait aboutit à un procès : d'où

la nécessité d'un ajournement suivi d'offre et de consignation et l'exercice d'une action réelle qui peut comporter les incidents connus (vue, conseil, cf. n° 202) et donner lieu, au moins au XIII^e siècle, au duel judiciaire (*Olim*, t. I, p. 468). Cette procédure est rigoureuse et elle est la terre d'élection de la chicane ; les vices de forme, dira encore POTHIER, touchent au fond : *Qui cadebat a syllaba cadebat a toto*. Par exemple, les deniers doivent être « découverts » et non enfermés dans une bourse.

Le délai d'an et jour est, à partir du XIII^e siècle, d'usage général. En Bretagne où se sont maintenues les bannies, le retrayant doit saisir la justice huit jours après la dernière bannie. Il s'agit, en tout cas, d'un délai fatal qui normalement court même contre un « expatrié » ; pour point de départ, on hésite entre le jour du contrat et celui de l'investiture : cette dernière date est généralement admise et elle contribue à conserver quelque utilité à la mise en saisine de l'acquéreur (*supra*, n° 189).

[260] ALIÉNATIONS SOUMISES AU RETRAIT. — Comme nos modernes droits de préemption, le retrait suppose un prix payé par l'acquéreur et offert par le retrayant :

1^o *La donation* est libre ; la donation *de re et sua* (qui rappelle notre actuel bail à nourriture) est l'occasion de difficultés (qui existent encore aujourd'hui au cas de préemption du fermier). Pour l'échange, il n'y a pas lieu à retrait ; mais, ici encore, une difficulté, toujours actuelle, naît au cas d'échange avec soulte ; on écarte généralement le retrait tant que la soulte n'est pas supérieure à la moitié de l'héritage obtenu en retour.

2^o *La vente* ouvre normalement le droit des lignagers ; mais, le cas des ventes sur saisie fait difficulté à partir du XVI^e siècle à raison même de l'hostilité des Romanistes à tout retrait. Anciennement, les parents pouvaient prendre pour eux tous les contrats perpétuels (mais non les « viages » ou usufruits) ce qu'on leur refuse généralement à partir du XVI^e siècle. Pour *le bail à rente*, il n'y a pas de retrait (car l'acte est assimilé à un échange). Pour *la constitution de rente*, les lignagers peuvent, jusqu'au XVI^e siècle, retirer pour la même raison que le seigneur percevait les lods et ventes ; l'acte est tenu pour une aliénation. L'action de DUMOULIN contribua à modifier la nature

des rentes (*supra*, n° 248) et, en conséquence, à les soustraire au retrait.

3° L'acquéreur peut lui-même revendre le bien dans l'année de l'achat. Le retrait peut alors être exercé contre le sous-acquéreur : ce qui manifeste bien le caractère réel de l'action ; MASUER dira très exactement que le retrayant a un droit de suite qui lui permet de reprendre le bien à qui le possède. Cependant, pour déjouer les fraudes, des coutumes (Comté de Bourgogne, art. 79 ; Lorraine, XIII ; Berry, XIV, 17) permettent d'agir contre le premier acheteur par une action personnelle.

[261] BIENS SOUMIS AU RETRAIT. — Le retrait est une « rescouste d'héritage » et, ainsi, ne peut-il concerner ni les meubles, ni les offices à raison même de leur caractère (mais *contra*, LOYSEAU, II, 7, n° 61), ni les ventes d'hérités qui sont des universalités.

1° Généralement, le retrait ne concerne que les *propres* et non les acquêts : « En conquêt ne gît retrait. » La règle n'est pourtant pas universelle et, notamment dans l'Ouest, les acquêts sont retrayables. Les mêmes coutumes soumettent l'acquêt à la réserve successorale ; et ces solutions sont appliquées avec une rigueur particulière en Normandie et en Bretagne dont le droit demeure le plus archaïque de ces coutumes de l'Ouest où le conservatisme est la règle.

La qualité de propre peut être, d'ailleurs, diversement appréciée en matière de communauté, de succession et de retrait (cf. t. III, p. 407) : par *propres de retrait* on entend les biens venus par succession directe ou collatérale (tandis que les biens venus d'un collatéral ne sont pas propres de communauté), les propres « naissants » (c'est-à-dire les biens acquis par le père et transmis par donation ou succession à un enfant), les biens acquis d'un parent ou obtenus par retrait lignager (qui ne sont pas des propres de succession).

2° Une difficulté spéciale naît pour les biens féodaux du fait de l'existence du retrait seigneurial. Toujours, la concurrence des retraits avait posé un problème difficile. (BEAUMANOIR, n° 1484). Au XVI^e siècle, DUMOULIN, rattachant le retrait féodal au contrat de fief, l'analyse comme un droit de retour

conventionnel ; mais la concession primitive étant faite au vassal et à ses hoirs, « le retrait lignager vainc le retrait féodal ». LOYSEL dira de même : « Retrait lignager est préféré au seigneurial et le conventionnel à tout autre » (n° 410).

La solution traduit bien l'évolution accomplie : le retrait féodal, comme la directe, ressortit désormais plus au droit privé qu'au droit public et il n'est plus qu'un droit pécuniaire du seigneur (qui peut céder son droit à un tiers et même parfois, revendre le bien après retrait). Au contraire, le retrait du lignage maintient les droits familiaux qui apparaissent désormais comme le fondement de l'Etat : il ressortit en ce sens à l'ordre public (cf. MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, V, 8 et 9).

[262] LE CHOIX DU LIGNAGER. — Le principe ancien est certain : qui doit succéder, peut retraire. Le Concile de Latran de 1215 ayant limité l'empêchement de mariage au quatrième degré canonique, on a pensé à limiter pareillement le droit des lignagers (BEAUMANOIR, n° 1370) ; mais les coutumes consacrent, en général, l'ancienne règle et reconnaissent le droit des lignagers plus éloignés, fussent-ils au vingtième degré, ajoute DUMOULIN (*Comm. sur Paris*, 178, n° 2). Les bâtards, les aubains, les morts civils ne peuvent retraire ; au contraire, les exhéredés et les ascendants le peuvent.

Le droit au retrait se modèle normalement sur le droit de succession : le retrait est même analysé comme une succession anticipée. On applique la règle *paterna paternis, materna maternis*, nécessaire pour conserver le bien dans la famille d'origine et les coutumes se divisent en plusieurs groupes comme pour la succession aux propres. Les *coutumes de côté et ligne* représentent le droit commun : le droit appartient à tous les parents du premier acquéreur. Dans les *coutumes souchères*, le bien va « d'où il est venu », c'est-à-dire aux descendants du premier acquéreur. Dans les *coutumes de simple côté*, le bien va aux parents, paternels ou maternels, du vendeur sans qu'on exige leur parenté avec le premier acquéreur. Le système est compliqué à l'extrême d'autant que, parfois, des coutumes sont souchères pour la succession et ne le sont pas pour le retrait (cf., sur ces difficultés, t. III, p. 406).

Le retrait appartient, en principe, à tous les lignagers ;

d'où la grave difficulté de choisir le bénéficiaire du retrait au cas d'offres multiples :

a) On préfère, normalement, à l'origine, le parent le plus proche, ce qui permet le retrait dans le délai d'an et jour de l'*heres proximior* sur un premier retrayant moins proche (BEAUMANOIR, n° 1407). La règle est générale dans les coutumes pyrénéennes, toujours portées à affirmer, en toute matière, le droit de l'héritier présomptif. En Normandie et en Champagne, dans le Nord, en Auvergne, la même règle persistera dans les coutumes rédigées. Ces coutumes gardent « le sens du lignage et des droits inviolables qui y étaient attachés » (J. YVER, *Les caractères originaux de la coutume de Normandie*, 1952, p. 342).

b) A égalité de degré et, de droit commun, même au cas de différence de degré, le plus diligent l'emporte : la solution, acquise au cours du XVI^e siècle, rompt l'ancien parallélisme avec le droit de succession et elle marque bien le fondement désormais assigné au retrait. Tout parent devient un « contradicteur légitime » et le retrait apparaît à POTHIER comme une « action populaire donnée à la famille indéterminément ». La solution impliquait, en tout cas, que si le premier acquéreur était un cousin même éloigné, un parent plus proche ne pouvait retraire : « Lignager sur lignager n'a point de retenue » (LOYSEL, n° 415).

[263] EFFETS DU RETRAIT. — Le retrait n'est pas une nouvelle vente : « Le droit de retrait n'est autre chose que le droit de prendre le marché d'un autre et de se rendre acheteur à sa place » (POTHIER, *Traité du contrat de vente*, n° 598) ; c'est là le trait le plus original de la technique du retrait et celui qui, même dans le droit moderne, donne à l'institution son caractère propre :

1^o Le vendeur est hors de cause ; il ne doit pas la garantie du retrait. Lui-même ne peut pas retraire, mais son héritier le pourrait (sauf garantie expresse du contrat). On s'est demandé longtemps si le terme consenti pour le paiement au retrayé pouvait être invoqué par le retrayant et si celui-ci était tenu envers le vendeur. L'équité l'aurait exigé ; mais la logique du retrait l'a emporté : le retrayant n'est pas subrogé dans les droits du retrayé et celui-ci reste seul tenu du prix envers le vendeur.

2^o Le retrait ne concerne que l'acquéreur et le retrayant : celui-ci doit rembourser le prix de vente et les « loyaux coûts », c'est-à-dire tous les frais accessoires, aussi bien le salaire du courtier que les droits de mutation payés au seigneur. Des dissimulations sont à craindre (une majoration fictive du prix pour empêcher le retrait plus qu'une diminution) ; on impose donc aux parties un serment pour établir le prix véritable. Ce prix doit être remboursé dans la journée, « dedans soleil couchant ». Le principe que le retrait doit être fait « à deniers découverts » aboutit à refuser au retrayant le terme consenti à l'acheteur, ce que DUMOULIN et POTHIER — à raison même de l'idée de reprise du marché — admettent difficilement. L'exercice du retrait impose à l'acquéreur de délaisser le bien et produit l'effet d'une condition résolutoire. Les droits consentis sur le bien ne sont pas opposables au retrayant, on discute seulement pour les actes d'administration indispensables et on reconnaît à l'acheteur le droit aux fruits qu'il a perçus.

3^o Dans le patrimoine du retrayant le bien devrait logiquement être traité comme un acquêt ; mais très généralement les coutumes le considèrent comme un propre afin de mieux assurer sa conservation dans la famille. Beaucoup de coutumes imposent au retrayant de jurer qu'il agit « pour le marché garder ». Au XVI^e siècle, le principe est devenu général : le droit au retrait est incessible de sa nature et au cas de revente précipitée du bien, on accorde, sans aboutir à une solution bien nette, un droit de reprise à l'acquéreur évincé.

SECTION III. — L'abolition du retrait

[264] LA CONDAMNATION DES RETRAITS DU XVIII^e SIÈCLE. — Le retrait apparaissait, à la fin de l'ancien régime, comme le domaine propre de la chicane : les simulations et les faux serments qu'il provoque scandalisent autant que la longueur des procès qu'il suscite. A cela s'ajoutent une considération politique : le retrait est teinté d'esprit féodal, et une considération économique : le retrait empêche la libre circulation des biens.

MONTESQUIEU spécule assez vainement sur le retrait qui doit exister dans un état monarchique pour rendre « aux

familles nobles les terres que la prodigalité d'un parent aura aliénées », mais qui doit disparaître dans un état aristocratique où les nobles doivent être tous égaux. En tout cas « le retrait lignager fait une infinité de procès nécessaires et tous les fonds du royaume vendus sont au moins, en quelque façon, sans maître pendant un an » (*Esprit des lois*, V, 8). Le retrait est d'ailleurs « fondé sur l'ancien droit des parents qui est un mystère de notre ancienne jurisprudence française » (XXXI, 34).

Les *Cahiers des Etats généraux* multiplient les plaintes contre les retraits « restes honteux dans un temps éclairé et qui va devenir libre » ; ce qui vise, d'ailleurs, le retrait féodal plus que le retrait lignager.

[265] LA LOI DES 17-23 JUILLET 1790. — La vente des biens nationaux risquait d'être entravée par l'exercice des retraits : on les qualifia de « restes de l'édifice gothique de la féodalité » et, trois jours après la Fédération, le 17 juillet 1790, l'Assemblée vota leur suppression. Le rapporteur MERLIN invoque Montesquieu et il est suivi par l'unanimité de l'Assemblée. Toutes les demandes antérieures « non adjugées en dernier ressort » étaient éteintes.

Déjà la loi des 13-18 juin 1790 avait supprimé le retrait d'indivision (dit de bienséance ou de communion) qui existait dans quelques coutumes. Le 2 septembre 1793, la Convention prononça en termes généraux : « Il ne peut plus exister aucune espèce de retraits introduits par les anciennes lois, coutumes ou usages locaux. »

Néanmoins, la jurisprudence devait admettre qu'aucune loi intermédiaire n'avait aboli le *retrait successoral* ; celui-ci n'est qu'un incident du partage et il permet aux co-héritiers, dans le cas où l'un d'eux cède à un étranger ses droits successifs, de se substituer au cessionnaire. L'art. 841 du Code civil reprendra cette règle qui sera justifiée devant le Tribunat par « l'intérêt des familles qu'on n'admette point à pénétrer dans leurs secrets des étrangers que la cupidité ou l'envie de nuire ont déterminé à devenir cessionnaires ».

Le *retrait litigieux* était admis par le droit romain (t. I, n° 215), ce qui explique sa survivance : il sera repris par l'art. 1699 du Code civil.

Quant au *retrait d'indivision*, il concerne, suivant l'art. 1408 C. C., le droit reconnu à la femme de retirer après la dissolution de la communauté, l'immeuble dont le mari s'est rendu acquéreur et dans lequel elle avait un droit indivis ; l'origine en est romaine (D., 23, 3, 78), et il était admis dans le ressort des Parlements de Toulouse, de Bordeaux et d'Alsace. La femme pouvait jadis abandonner l'immeuble à la communauté (BOURJON, *Droit commun*, p. 537). Renversant la règle ancienne, notre droit admet maintenant que la femme peut retirer le bien à la communauté.

Le droit du XIX^e siècle ne connaît que ces trois exemples de retrait et il demeure, en principe, hostile à une institution qui lui paraît trop manifestement contraire à la liberté du propriétaire.

Moins attaché à cette liberté, le droit moderne, nous l'avons dit, multiplie les cas de préemption ou de retrait : retrait de l'Etat au cas d'insuffisance de déclaration du prix d'immeubles ou de fonds de commerce vendus (loi 31 décembre 1941) qui rappelle le retrait féodal, retrait de marchandises et objets destinés à la consommation (loi 4 octobre 1946) analogue à l'ancien retrait de denrées, préemption du fermier ou du métayer. Ces retraits déconcertent souvent les praticiens, mais ils suffiraient à prouver l'utilité — et le modernisme — de l'histoire.

ÉTAT DES QUESTIONS

En droit romain et byzantin, l'organisation du droit de retrait répond à des préoccupations économiques ou fiscales qu'il s'agisse d'éviter la spéculation (cession de créances, t. I, n° 215), ou de contrôler l'exactitude du prix de vente donnant lieu à la perception d'un droit de mutation (emphytéose, *supra*, n° 217). Une troisième application du droit de préemption, la *protimèsis*, a encore une origine nettement fiscale : elle procède du principe de responsabilité collective devant l'impôt créé par l'*épibolè* (*supra*, n° 61). Les voisins, les membres d'une communauté rurale sont solidaires pour le paiement de l'impôt foncier. En contrepartie, ils ont un droit de préférence lors de la vente d'un bien fonds. Sur les précédents de cette technique, C. T., 3, 1, 6 ; 11, 24, 6, 1. Le droit de préemption est maintenu dans le droit de JUSTINIEN (C., 4, 38, 14 et 11, 56, 1) et les conditions de son application sont précisées dans deux *Novelles* du X^e siècle de ROMAIN LÉCAPÈNE et LÉON LE SAGE. « Il n'y a pas de raison de penser qu'il ait jusque-là jamais cessé d'être en vigueur », LEMERLE, *Esquisse pour une histoire agraire de Byzance : les sources et les problèmes*, RH, 1958, p. 268.

Dans son dernier état, le droit de retrait a une portée générale. Il joue en cas de vente, et de concession à long terme (emphytéose) ou de simple location. Le retrait peut être exercé, dans l'ordre, par : 1) Les parents, s'il s'agit d'un bien issu d'une indivision successorale ; 2) Les associés ; 3) Les voisins sur le fonds desquels le bien forme enclave ; 4) Les co-contribuables ; et 5) Les simples voisins, c'est-à-dire par toute personne qui se trouve à l'égard du cédant dans un rapport de communauté, de copropriété ou de voisinage (LEMERLE, *Ibid.* ; cf. ZACHARIAE, *Geschichte*, 3^e éd., p. 236 sq.). Si les préoccupations d'ordre fiscal sont évidentes, la politique économique est intéressée par ces mesures : tout comme au IV^e siècle, les empereurs s'efforcent de sauvegarder l'intégrité de l'exploitation agricole, d'empêcher le morcellement du domaine considéré comme une entité économique affectée au paiement d'un certain impôt. Comme le constate P. LEMERLE, *RH*, 1958, p. 268, n. 1 : « L'étude systématique de la *protimèsis* à Byzance reste à faire. » Pour la bibl. et les principaux problèmes que pose l'étude des sources, *Ibid.*, p. 265 sq. ; et pour une étude comparée, BUSSI, *Ricerche intorno alle relazioni fra retratto bizantino e musulmano*, *Vita e Pensiero*, Milan, 1933, p. 31 sq., et le compte rendu J. ROUSSIER, *RHD*, 1934, p. 323, qui combat à la fois l'origine fiscale gréco-romaine de la *protimèsis* et l'identité de celle-ci avec le retrait du droit musulman. Cf. BELLOMO, *Il diritto di prelazione nel Basso Impero*, dans *ASD*, 1958, p. 187 sq., qui pense que le droit de préemption aurait une origine coutumière. Sur la survivance de la *protimèsis* en Moldavie et Valachie, Val. A. GEORGESCU, Bucarest, 1965, et *Nouv. Etudes d'hist.*, 1965 (c. r. OURLIAC, *NRH*, 1966, p. 635).

Le droit de l'époque franque a été étudié et de façon magistrale par J. GAUDEMET, Survivances romaines dans le droit de la monarchie franque du V^e au X^e siècle, dans *TR*, t. 23, 1955, p. 149-206 ; G. CHEVRIER, Déclin et renaissance du testament en droit bourguignon, dans *Mém. soc. anc. pays bourguignons*, t. IX, 1943 et t. X, 1944 ; Remarques sur la liberté de disposer en Bourgogne, mêmes *Mémoires*, t. XIV, 1952 ; J.-Fr. LEMARIGNIER, Les actes de droit privé de Saint-Bertin au haut Moyen Age, dans *Rev. int. droits ant.*, t. V, 1950, p. 35-72.

Pour le droit coutumier, un livre essentiel : Louis FALLETTI, *Le retrait lignager en droit coutumier français*, th. Paris, 1923 ; à compléter par GENESTAL, *Le retrait lignager*, dans *Travaux sem. dr. normand de Jersey*, 1923, p. 191-236. Sur les « familles de coutumes », les beaux travaux de J. YVER, cités p. IV et spéc. *Coutumes de l'Ouest*, p. 42 ; *Coutume de Normandie*, p. 342 ; et R. CARABIE, *RHD*, 1969, p. 611. Sur le traité célèbre de TIRAQUEAU, *De utroque retractu*, Jacques BREJON, *André Tiraqueau*, th., 1937, p. 137-184. Sur le retrait de frareuseté de Lille, Ch.-E. CLAEYS, *Revue du Nord*, 1968 ; sur le retrait féodal dans l'Ouest, L.-B. MER, *Travaux... Un. Rennes*, 1956, p. 127-179.

La *Laudatio parentum* a fait l'objet d'un précieux travail de Gottfried PARTSCH, *Das Mitwirkungsrecht der Familiengemeinschaft im älteren Walliser Recht*, Genève, 1955, qui contient un utile résumé des travaux allemands et une étude dogmatique de la *laudatio*.

Sur les pays de droit écrit, R. CAILLEMER, *Le retrait lignager dans le droit*

provençal, dans *Studi Giuridici Carlo Fadda*, Naples, 1906 ; Paul OURLIAC, Le retrait lignager dans le Sud-Ouest de la France, dans *RHD*, 1952, p. 328 ; A. SOUBIE, Le retrait lignager dans la coutume de Bordeaux, dans *Rev. jurid. et écon. du Sud-Ouest*, 1961, p. 3-44 et 117-151.

Ces études abordent le problème des origines, traité jadis (avec des vues très systématiques) par Julius FICKER, *Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte*, I-VI, Innsbruck, 1891-1904 ; également Jacob BRAUDE, *Die Familiengemeinschaften der Angelsachsen*, Leipzig, 1932 ; MEIJERS, *Le droit ligurien de succession en Europe occidentale*, Haarlem, 1928 ; Roger GRAND, Quelques survivances régionales d'une communauté de famille ou de clan dans la pratique coutumière (XI^e-XIV^e siècle), surtout en France et en Suisse romande, dans *RHD*, 1952, p. 178-193. Sur le Finport breton, OLIVIER-MARTIN, dans *Mém. Société hist. Bretagne*, 1921, p. 37-96. Il est frappant de constater que tous ces auteurs découvrent des précédents fort anciens au retrait : ligures (MEIJERS), celtiques ou germaniques (OLIVIER-MARTIN), celtiques (GRAND), en tout cas pré-romains (OURLIAC).

Sur le délai de sept ans spécial au droit coutumier de Reims, Lucien CALTEAUX, dans *RHD*, 1951, p. 93.

Sur les retraits mobiliers, l'article essentiel de Francis GARRISSON, Meubles en chéent en retrait, dans *RHD*, 1957, p. 89-126, 247-289, qui, par son ampleur, dispense de toute autre référence.

Il est peu d'institutions aussi générales et, en somme, aussi pareilles à elle-même. La solidarité familiale implique, partout où elle existe, l'existence du retrait : par exemple en droit berbère ou kabyle, la *chfa'a*, retrait au cas de vente (et non d'échange ou de donation), ouvert à tout parent mâle de la « sous-fraction » de l'aliénateur pendant un délai de deux ou de trois marchés (*souqs*). Cf. Georges MARCY, *Le droit coutumier Zemmour*, Alger, 1949. Le retrait musulman est assez différent : il repose sur la *Sounna*, retrait accordé aux co-propriétaires dans le rite Malékite, aux voisins dans le rite Hanéfite : cf. A. MARNEUR, *La chefaa*, th. Paris, 1910 ; KOUATLY ADNAM, *La Chouf'a*, Damas, 1948 ; sur le droit égyptien, MAHMOUD FAHMY, th. Paris, 1928 ; sur le droit ottoman, Léon SABBACH, th. Paris, 1926 ; sur le droit tunisien, Roland SCÉMAMA, th. Paris, 1934 ; sur le droit musulman du Maroc : E. BRUNOT, *L'exercice de la Chefaa et de la préemption devant les juridictions françaises du Maroc*, 1955 ; aussi BENATAR, dans *Gaz. trib. Maroc*, 1949, p. 33 ; GUAY, dans *Revue algérienne*, 1929, p. 187.

Au moins pour le retrait berbère ou kabyle les tribunaux qui ont eu très fréquemment à en connaître auraient trouvé dans l'ancien droit français des rapprochements fort utiles pour la compréhension de l'institution.

En droit italien, TAMASSIA (*Archivio giuridico*, t. 34, 1885, p. 3-39, 251-294), sacrifiant à l'habitude de l'époque a voulu rattacher les retraits qui existent à des précédents germaniques. Il paraît bien que la *Novelle* de Romain LACAPÈNE a été appliquée en Italie et reprise sans doute par Frédéric II (cf. MONNIER, dans *RHD*, 1892 ; BRANDILEONE, *Scritti*, t. II, 1931) ; mais ce précédent ne prouve pas une filiation avec les retraits qui existent dans de nombreux statuts italiens, par exemple à Lucques, qui admettent nettement une offre aux parents (*inquisitio*). Les auteurs italiens ont maintenant

tendance à parler ici encore de naissance spontanée : Antonio MARONGIU, *Beni parentali e acquisti nella storia del diritto italiano*, Bologne, 1937, p. 104-152.

Le droit de la péninsule ibérique a fait l'objet d'études fort précieuses, spécialement G. BRAGA DA CRUZ, *O direito de troncalidade e o regime juridico do património familiar*, 2 vol., Braga, 1941-1947. L'apparition du retrait est très heureusement mise en rapport (t. I, p. 139-291) avec les conditions économiques et sociales de la reconquête. Les parents de l'acheteur eux-mêmes peuvent intervenir à l'acquisition et, comme en Bretagne, de nombreux fors espagnols imposent la publication des aliénations (*For de Cuenca*, chap. 802 ; *For de Teruel*, chap. 289).

INDEX DES MATIÈRES

Les chiffres renvoient aux pages

Les astérisques * précisent l'endroit où la matière est principalement traitée

Abandon (de la propriété), 355.

Abeilles, 31.

Absence, 106, 108, 122, 219, 301, 305.

Abstraction, 60, 62, 96 ss., 104, 218*, 277, 292, 379.

Abus du droit, 19, 37, 92, 101 ss., 322.

Abusus, 69, 101, 391, 399.

Accession (droit romain), 266, 268* ss., 326; — (ancien droit), 329, 333.

Accessoire, v. Choses accessoires.

Acquêt, 28.

Acte *ad aemulationem*, 383; — *per aes et libram*, v. *Mancipatio*.

Actions (classification), 32; — *ad exhibendum*, 23, 271, 323; — *aquae pluviae arcendae*, 322, 325; — *auctoritatis*, 279, 291, v. *Auctoritas*; — *communi dividundo*, 48, 265; — *de modo agri*, 278; en délimitation, 48; — en partage, v. *Actio communi dividundo*; — en revendication, 48, 270, 279, 301, 312* ss., 322 ss.; — en revendication mobilière, 41, 48, 271, 274, 317; — *familiae erciscundae*, 48; — *finium regundorum*, 48, 58; — immobilière, 54; *injuriarum*, 19; — *in personam*, 48; — *in rem*, v. Action en revendication; — mixte (droit romain), 48, 57, 316; — mixte (ancien droit), 55, 58; — mobilière, 54; — négatoire,

320, 324, 389; — noxale, 323; — personnelle, 55, 59; — possessoire, 249*; — prohibitoire, 320, 324, 389; — publicienne, 318* ss., 324 ss., 352 ss.; — *sepulcri violati*, 20.

Adage, Cens sur cens n'a lieu, 412; — *Contra non valentem agere*, 347; — En conquêt ne gît retrait, 431; — En matière de meuble possession vaut titre, 364; — *Frangenti fidem...*, 156; — Le mort saisit le vif, 247; — *Melior est possidentis*, 243, 354; — Meubles n'ont pas de suite, 356*; — Meubles sont le siège des dettes, 365; — Meubles suivent la personne, 366; — *Mobilia ossibus inhaerent*, 365, 368; — *Mobilium vilis possessio*, 30, 34; — Nulle servitude sans titre, 405, 406; — Nulle terre sans seigneur, 190, 331; — Nul seigneur sans titre, 178, 190, 332; — Qui veut acheter la terre doit appeler les gens, 335; — *Spoliatus ante omnia restituendus*, 248; — *Superficies solo cedit*, 329; — Tant que le seigneur dort..., 160, 341; — *Usque ad coelum usque ad inferos*, 89, 101.

Adrogation, 62.

Affouage, 197, 199.

Afrique (droit de l'—), 130.

- Age d'or, 73, 124.
- Ager arcifinalis*, 274, 275; — *censorius*, 81; — *compascuus*, 81; — *limitatus*, 76, 81, 274, 275; — *occupatorius* ou *arcifinius*, 76, 81; *publicus*, 77, 81 ss., 93; — *quaestorius*, 81; — *scriptuarius*, 76; — *vectigalis*, 86, 272, 373*.
- Agnat, 20.
- Agrier, 164.
- Aïnesse, 155.
- Albergement, 164.
- Aliénabilité (critère d'—), 21*.
- Aliénation (vente), 430.
- Alleu, 28, 29, 43, 135, 139, 211, 338.
- Alluvion (droit romain), 269; — (ancien droit), 333.
- Amendes sépulcrales, 38.
- An et jour (délai d'—), 262, 344, 430.
- Animus*, v. Possession (*animus*); — *furandi et lucri faciendi*, 125.
- Annone*, 113, 118.
- Antiquum consortium*, 264, 273.
- Anzin, 203.
- Apparence, 95, 97, 108, 216, 217* ss., 221 ss., 231 ss., 387, v. Fiction.
- Applément, 260.
- Aprisio*, 331, 350, 354.
- Assolement forcé, 189.
- Auctoritas*, 22, 40, 278, 290, 297, 308, 323, v. *Actio auctoritatis*.
- Autonomie de la volonté, v. Consensualisme, Liberté contractuelle.
- Aveu (de fief), 154.
- Avulsion, 269, 274.
- Ayant-cause à titre particulier, 301 ss.
- Bail à rente, 415, 430.
- Bail à vie, 408, 417.
- Bail héréditaire, 164.
- Bannies (appropriance par —), 340, 344, 430.
- Bénéfices ecclésiastiques, 66.
- Biens abandonnés, 332.
- Biens nationaux, 175, 201.
- Bona*, 13, 67.
- Bonne foi (droit romain), 107, 272, 276, 298, 299* ss., 301, 304, 305, 315 ss., 322; — (ancien droit), 346*, 364.
- Bonorum possessio*, 93, 95; — *venditio*, 62.
- Bordelage, 164.
- Bornes (droit romain), v. Propriété (délimitation); — (ancien droit), 349, 404.
- Bourgage, 164.
- Butin, 267, 273.
- Cadastre, 146, 212.
- Calumnia*, 321.
- Cantonnement, 192.
- Carpot, 164.
- Casement, 164.
- Cateu, 32*, 43, 54, 236, 239, 410.
- Causa*, 277, 280, 286; — *perpetua*, 355; — *possessoris*, 222, 233.
- Cautio damni infecti*, 320*, 324; — *iudicatum solvi*, 314.
- Cens, 163.
- Censive, 165*, 337.
- Cession de créance, 367.
- Champart, 164, 178.
- Chasse, 204, 211; v. Gibier.
- Chattel (droit anglais), 244.
- Cheptel, 28.
- Choses, v. *Res*; — accessoires, 25*, 268; v. Accession; (ancien droit), 45; — composées, 42; — consommables, 24*, 41 ss.; — frugifères, 25; — indivisibles, 42; — principales, 25*; — simples, 42.
- Cimetières, v. Tombeaux.
- Classification des biens (droit romain), 13* ss., 75, 93, 104, 305; (ancien droit), 27* ss.
- Clausula arbitraria*, 314; — *doli*, 314.
- Clients, 76.
- Clôture, 200, 407.
- Code forestier, 199.
- Colonat, 117* ss.
- Commercium*, 36, 94, 273, 282, 309.
- Commise, 155, 156.

- Commixtio*, 271.
 Commodat, v. Prêt d'usage.
Commodum possessionis, 245.
 Communauté de village, 137, 142, 146 ; — rurale (droit byzantin), 119, 126.
 Communaux, 190, 209, 333.
Communia, 137.
 Compensation, 315.
 Complainte, 252, 257*.
 Complant (bail à —), 165, 178, 184.
Complexum feudale, 169.
Condictio indebiti, 287.
 Confiscation, 53, 59, 332.
Confusio, 271, 275.
Consecratio, 19, 37.
 Consensualisme, 95, 223, 233, 276, 281, 283*, 291, 379, 386, v. Liberté contractuelle.
 Consomptibilité, v. Choses consommables.
 Constitut possessoire, 106, 222*, 284, 337, 342.
 Constitution de rente, 413, 417, 430.
 Continuité, v. Possession, Servitude.
 Contrat de bonne foi, 48 ; — de droit strict, 48 ; — de fief, 152* ; — innomé, 95, 100 ; — judiciaire, 294*, 308 ; — réel, 95, 233.
 Convenant (bail à —), 164.
 Copropriété (droit romain), 262 ss., 385, 395 ; — des immeubles (ancien droit), 312, 386.
 Corps certain, 25*.
Corpus-jus, v. Possession (*corpus*), 16*.
 Corvées, 174.
 Créances, 32, 33.
 Crédit, 413.
- Damnum infectum*, 91, 320.
 Décrétale *Redintegranda*, 248 ; — *Saepe contingit*, 234 ; — *Vigilanti*, 346.
Dedicatio, 19.
 Déguerpissement, 52, 168, 333, 334.
 Dénonciation de nouvel œuvre (ancien droit), 262.
- Dépôt, 100, 225, 322 ; — nécessaire, 114.
Derelictio, 274, 326.
 Déshérence, 267 ss.
 Déshéritement, 340.
 Dessaisine-saisine, 341.
 Destination, 19, 32 ; — du père de famille (droit romain), 387 ; — du père de famille (ancien droit), 406, 417.
 Destination (immeubles par —), 31, 33, 45.
 Détention matérielle (droit romain), 283, 313, 317 ; — (ancien droit), 245.
 Dieux mânes, 19.
 Directe universelle, 190, 191, 206, 333.
 Dirigisme, 110, 113 ss., 374.
 Doctrine (différence avec la pratique), 22, 23.
 Domaine (théorie de double —), 157, 181.
 Domaine congéable (bail), 164, 179, 184.
 Domaine éminent (ou « direct »), 158, 166.
 Domaine utile, 158, 167.
Dominium, 49, 50, 127, 136, 158, 159, 181, 240, 353, 409.
 Donation, 279, 283 ; — entre époux, 286, v. Insinuation ; — (retrait), 430.
 Dot, 23, 61, 280, 307.
 Douaire, 410.
 Droit anglais, 243 ; — babylonien (action personnelle et réelle), 57 ; — berbère, 45, 438 ; — canonique (rapports avec règles païennes, traditions bibliques, droit séculier), 19, 31, 73, 124 ; — de créance, v. Droit personnel ; — de préférence, 41, 276 ; — de succession, 16, 273, 280, 301, 306, 398, v. *Hereditas*, Testament ; — de suite, 49, 276 ; — de superficie, 86, 87, 89, 372 ss. ; — des obligations (rapports avec le droit des biens), 26, 79, 220 ;

— des personnes (rapports avec le droit des biens), 40, 79, 83 ; — d'habitation, 389, 397 ; — d'usage, 389, 390 ; — grec, 100, 273, 285, 291 ; — incorporel, 30 ; — juif, 115 ; — musulman, 437 ; — oriental, 327 ; — personnel, 16, 47 sq. ; — privé (rapports avec le droit canonique), 19, 38 ; — privé (rapports avec le droit public), 37, 75, 79 ; — réel (droit romain), 13, 47 sq., 57 sq., 106 ; — réel (ancien droit), 49 ; — savant, 104, 121 ; — vulgaire, 111, 121, 232.

Droits féodaux, 32 ; — (abolition), 35 ; — (rachat), 170 ; — (suppression), 403.

Droits seigneuriaux, 30.

Duel judiciaire, 358.

Economie agricole, 28 ; — des formes, 289, 292 ; — fermée, 22, 84 ; — pastorale, 20.

Echevinage, 164.

Economique (critère), 15, 17, 22, 23, 291.

Edit du maximum, 86.

Egout (servitude d'—), 404.

Emphytéose (droit romain), 86, 310, 374.

Emphytéose (ancien droit), 29.

Emphytéose (méridionale), 165, 178.

Enclave (seigneurie), 417.

Enrichissement injuste, 316.

Entiercement, 360.

Epibolé, 116 sq., 334, 436.

Équité, 93, 98, 275, 314, 316.

Erreur de droit, 310 ; — de fait, 310.

Error communis, v. Apparence.

Esclaves, 45.

Etangs, 209.

Etat (propriété de l'—), v. *Res publica*.

Etat de fait, 78, 83 sq., 92 sq., 215, 304, 313 ; — de nécessité, v. Nécessité.

Etranger, 132, 138, 239.

Exceptio vitiosae possessionis, 108, 109, 122, 229.

Exécution testamentaire, 241.

Exportations (contrôle des —), 113, 123.

Expropriation, 92, 101, 113.

Expulsion, v. Violence.

Exsecratio, 19.

Facteur d'évolution : démographique, 87 ; — économique, 22, 23, 40, 61, 78, 83 ss., 92, 104, 110, 219, 226, 271, 279, 379 ; — fiscal, v. Impôts ; — géographique, 104, 376 ; — philosophique, 15, 17, 18, 19, 24 ; — politique, 78, 82, 84 ; — procédure, 48 ; — religieux, 19, 20, 37 ss., 74, 78, 124, 306, 316 ; — social, 15, 22, 40, 78, 82, 110, 226, 271, 395 ; v. Doctrine, Équité, Individualisme, Pratique.

Familia, 11 ; — *pecuniaque*, 73, 74, 80.

Féodalité byzantine, 119, 126 ; — (ancien droit), 150, 179 ; — (abolition), 168, 176.

Féodalité dominante, 172 ; — féodalité contractante, 172.

Fermier (protection possessoire), 252, v. Détention (protection de la —).

Fiction, 26, 62, 96 ss., 104, 108, 215, 217 ss., 221, 233, 276, 280, 283, 292, 317, 320, 386, 391, v. Abstraction, Apparence, Quasi-possession, *Tacitas*, Symbole.

Fiducie, 236, 293.

Fief, 29, 42, 150, 337 ; — (investiture), 237.

Fief-rente, 417.

Fief roturier, 164.

Finport, 428.

Fondations (droit romain), 20, 39, 392 ; — (ancien droit), 65, 68.

Fonds de commerce, 41 ; — tributaires et stipendiaires, 100.

Fongibilité, v. Choses fongibles.

Forclusion, 242, 306, 311.

Forêts, 196, 210, 333.
 Formalisme, 92 ss., 276.
 Franc-alleu, 211.
 Fruits (droit romain), 26 ss., 48, 107, 272 (acquisition des —), 329, 335, 411; — civils, 26; — existants, 27, 317; — industriels, 42; — naturels, 27, 42; — pendants, 28.
 Gage, 224, 234, 283.
 Gestion d'affaires, 41.
 Gewere, 237, 243-244.
 Gibier, 88, 204, 267, 274.
 Glanage, 189, 201, 212.
 Grapillage, 189.
 Haro (clameur de —), 261.
 Hereditas, 60 ss.
 Heredium, 74, 76, 77.
 Heres suus et necessarius, 307, 310.
 Hommage, 154.
 Hôpitaux, 68.
 Hospitalité franque, 134.
 Hypothèque, 40.
 Iles, 333.
 Immeubles (droit romain), 21, 23 ss., 41, 218, 227, 269, 274, 301, 378; — (ancien droit), 31.
 Immunité, 125.
 Impenses nécessaires, 315; — somptuaires, 315; — utiles, 4, 9.
 Imperium, 294 ss., 308.
 Imprescriptibilité, v. Inaliénabilité.
 Inaliénabilité, 82, 216, 309, v. Aliénabilité, Imprescriptibilité.
 Incapacité, 24, 282.
 Individuel (intérêt), 24.
 Indivision, v. Copropriété.
 In jure cessio, 24, 92, 93, 234, 273, 292, 297, 385, 392.
 Inscriptions funéraires, 20.
 Insinuation, 23, 280, 285, 344.
 Interdit *adipiscendae possessionis causa*, 227; — *de clandestina possessione*, 250; — *de loco publico fruendo* 373; — *de precario*, 230; — *momen-*

tariae possessionis, 110, 256; — *quod vi aut clam*, 219, 321, 325; — *recuperandae possessionis causa*, 227; — *retinendae possessionis causa*, 227; — *unde vi*, 229, 250, 251; — *unde vi armata*, 108, 229; — *unde vi cottidiana*, 230; — *uti possidetis*, 219, 225, 256; — *utrubi*, 228.

Intérêts, 416.

Interruption civile, 301, 305.

Intertitio, 349, 361.

Invention, v. Trésor.

Investiture (v. fief), 154, 161, 237, 336; — seigneuriale, 338, 341.

Jeu de fief, 161, 264.

Jus adscendi, 264; — *ad rem*, 13, 50, 59, 336; — *gentium*, 266, 273, 282, 285, 302; — *in re*, 49, 50, 58, 336, 409; v. Droit réel; — *inferendi*, 19, 38; — *in re aliena*, 286, 369 ss., v. Usufruit, Servitude; *perpetuum*, 86; — *poenitendi*, 307, 311; — *possidendi ac fruendi*..., 85; — *prohibendi*, 264, 265; — *proprium*, 85; — *sepulcri*, 19, 38; — *tollendi*, 32, 316, 382; — *utendi et abutendi*, 73, 101.

Jus in re aliena, 403.

Jus protiméséôs, 422.

Justa causa, v. Titre (juste), 312.

Juste titre, 364.

Justice privée, 108, 109, 121, 312.

Latifundia, v. Propriété (concentration des terres).

Laudatio parentum, 423, 437.

Leges mancipii, 278.

Légitime défense, 109, 312.

Lésion, 23.

Lex Aquilia, 48, 94; — *Atinia*, 309;

— *Hadriana*, 85, 99; — *Manciana*, 85, 89, 99; — *Scribonia*, 24, 370.

Liberté contractuelle, 25, v. Consensualisme.

Libri feudorum, 180, 246.

Lignage, 142.

- Lis imaginaria*, 282.
Litis contestatio, 314.
 Location à long terme, 89, 371 ss.,
 v. Emphytéose.
Locus religiosus, 19.
Lods et ventes, 167, 415.
 Loi des XII Tables, 23, 75, 102, 270,
 278, 290, 307, 309, 312, 378, 382 ;
 — Salique, *de migrantibus*, 132,
 138, 239, 344.
 Lois agraires romaines, v. Propriété
 (problèmes de répartition des terres):
 — byzantines, 115, 125.
 Lois liciniennes, 81.
 Louage, 100, 215, 234, 284, 307,
 371, 375, 399, v. Location à long
 terme.
 Main (symbolisme de la —), 236.
 Main ferme, 164.
 Maintenues de possession, 254.
Mancipatio, 22, 40, 41, 93, 98, 273,
 277 ss., 297, 385 ; — *familiae*, 62,
 279, 288 ss.
Mancipium, 75, 79, 262, 263.
 Mandat, 207, 209.
 Manse, 135, 137, 145.
 Marais, 195.
 Maraude, 115, 124.
 Marche germanique, 128, 143.
 Marcien, 18.
 Marque (des biens), 28, 344, 359.
 Masculinité, 154.
 Métairie perpétuelle, 164, 179.
 Meubles (droit romain), 21, 23 ss.,
 41, 68, 119, 217, 219, 227, 269 ss.,
 275, 210, 302, v. Action en reven-
 dication mobilière ; — (ancien droit),
 31, 56 ; — n'ont pas de suite, 57 ;
 — (retrait des —), 428.
 Mines, 202, 211.
Missio in possessionem, 95.
 Mitoyenneté, 75, 404.
 Monnaie (politique monétaire), 125 ;
 — de bétail, 40.
Munera, 123.
Mutuum, v. Prêt de consommation.
Namps (prise de —), 340.
 Nantissement, 339, 344.
Naturalis ratio, 251.
 Nécessité (état de —), 19, 111, 114.
 Nouvelle œuvre, 262, 405, v. *Operis
 novi nuntiatio*.
 Nouvelleté, 252, 262.
 Nuit du 4 août, 171, 403.
Nuncupatio, 278.
 Obligation *propter rem*, 52, 59, 414.
Obvagulatio, 292.
 Occupation (droit romain), 76 ss.,
 88, 95, 123, 265, 266 ss., 274, 326 ;
 — (ancien droit), 330, 350.
 Offices, 32, 35, 45 ; — (possession),
 255.
 Offre aux parents, 424*.
Operae, 390, 400*.
Operis novi nunciatio, 320*, 383.
Opus novum, 320 ss.
 Ordonnances de provision, 259.
 Pacte nu, 288 ; — commissoire, 283.
 Pactes adjoints au contrat de vente,
 90, 326.
 Paradis terrestre, 73.
 Parallélisme des formes, 19.
 Parcours (droit de —), 188, 200.
 Partage, v. *Actio communi dividundo*.
Partus ancillae, 42.
 Pas de porte, 373.
 Patrimoine (droit romain), 13, 60 ss.,
 66 ss. ; — d'affectation, 16, 67,
 v. Aliénabilité ; — (ancien droit),
 63*.
Patrocinium vicorum, 143.
 Pâturages, 28.
 PAUL, 17.
 Paulette (édit de la —), 35.
 Pêche, 23, 207, 211.
 Pécule, 61* ss., 66, 67.
 Personnes morales (droit romain),
 273, 392 ; — (ancien droit), 65, 68.
 Pétitoire et possessoire (droit romain),
 111, 181, 276*, 311* ; — (ancien
 droit), 348, 352, 353.
 Pigeons, 31.

- Poissons, 31.
 Polyptyques, 144.
 Portion affouagère, 199 ; — ménagère, 195, 210.
 Possession (DROIT ROMAIN), 76 ss., 94* ss., 106 ss., 215 ss. ; v. *Causa possessionis*, Titre (intervention) ; — *ad interdicta*, v. Possession (protection) ; — *animus*, 106, 111, 215, 220* ss., 283 ; — (bonne foi), 272, v. Possession (qualité, vices) ; — *brevi manu*, 222, 234, 288 ; — *civilis*, 96, 107, 112 ; — (continuité de la —), 219, 297, 301* ss., 310 ; — (*corpus*), 106, 215, 217* ss., 231, 282 ; — (cumul), 223 ; — (dématérialisation de la —), 97, 106, 215, 223, v. Constitut possessoire ; — des *res incorporales*, v. Possession (*quasi*) ; — d'état, 217 ; (effets), 94, 224* ss., 233 ; — *juris*, 231 ; — juste et injuste, 224 ; — *longa manu*, 218, 283 ; — (mode d'acquisition de la propriété), 23, 95 ; — *naturalis* ou *corporalis*, v. Détention ; — (objet), 216* ss., 231 ; — (protection), 23, 77, 83, 92, 95 ss., 107* ss., 122 ss., 225, 226* ss., 322 ; — (protection à titre utile), 389 ; — (qualités de la —), 107, v. Bonne foi, Possession (continuité), Titre (juste) ; — (*quasi*), 17, 36, 216, 386 ; — (rapports avec les contrats), 220 ss., 232 ; — (relativité de la —), 224 ; — (transfert de la —), 22 ; — (vices de la —), 97, 108, 224* ss., 227 ; — (ANCIEN DROIT), 241 ; — (de mauvaise foi), 242 ; — *naturalis*, 246 ; — (jonction de —), 347.
Postliminium, 326.
Praedia urbana, 23 ; — *rustica*, 23.
Praescriptio pro reo, 272.
 Pratique commerciale, 25, 218, 234, 289.
 Précaire, 76, 87, 100, 224, 225, 230, 231, 233.
Precaria, 140, 147.
 Prémption (droit romain), 293, 375, 436, v. *Protimésis*, Retrait lignager ; — (ancien droit), 421, 424, 436.
 Prescription (droit romain), 302* ss. ; — *longi temporis*, 304* ss. ; — *longissimi temporis*, 111, 304* ss. ; — (ancien droit), 344*, 362 ; — (acquisitive), 242, 344 ; — extinctive, 344 ; (courte), 348 ; — (des servitudes), 405 ; — (suspension de la —), 347.
 Présomption, v. Temps.
 Prêt de consommation, 25, 216, 234, 287 ; — à intérêt, 466 ; — à usage, 25, 41, 225.
 Preuve (droit romain), 95, 98, 216, 224, 226, 234, 280*, 285, 291, 292, 319, 323, v. *Probatio diabolica* ; — de la propriété (ancien droit), 329, 350.
 Principal, v. Choses principales.
 Privilège du vendeur, 364.
Probatio diabolica, 256, 295, 317.
 Procédure formulaire, 48, 314, v. Facteur d'évolution ; — pénale, 110 ss., 231, 312 ; — *per sponsionem*, 313.
 Procès fictif, v. *Lis imaginaria* ; — pétitoire, 348*, v. Pétitoire et Possessoire.
 Proculiens, 271, 274, 275.
 Propres de retrait, 431.
Proprietas, 100*.
 Propriété (droit romain), 73* ss., 263* ss. ; — (acquisition de la —), 265* ss. ; — collective, 73*, 129, 263, 273 ; — (concentration des terres), 78, 99, 117 ; — (délimitation de la —), 21, 74, 77 ; — (démembrements-transferts, démembrements-temporaires), 89*, v. Droit éminent ; — en main commune, 273 ; — (extinction de la —), 325 ; — italique, v. Propriété provinciale ; — (limites du droit de —), 37, 69 ss., 90* ss., 101, 112* ss., 123, v. Dirigisme, Rapports de

voisinage, Social; — (objet), 17; — (origines), 73 ss., 78 ss.; — (*pars dominii*), 393, 399; — partielle, 264; — pérégrine, 93, 94*, 102, 105; — prétorienne, 22, 93, 94, 102, 105, 273, 324; — (problèmes de répartition des terres), 82, 99; — (problèmes d'exploitation), 83*; — provinciale, 21, 24, 83, 93, 100, 105; — quiritaire, 88* ss., 105, 273, 323; — (relativité de la —), 94, 318*, 323 ss.; — (sanctions), 311* ss., v. Procès pétitoire; — (souveraineté), 75, 79; — (titre nu), 93; — (transfert), 17, 92, 93, 217, 223, 273; — (transfert consensuel), 232, 234, 276*, 283*, 288; — (transfert *mortis causa*), 273; — (transfert temporaire), 326; — utile, 93; — (ancien droit), africaine, 130; — germanique, 27; — (idée de — à l'époque franque), 136; — (dans le Code civil), 186*, 328; — (histoire), 69*.

Proprium, 139.

Protection possessoire (fondement), 107, 247.

Protimésis, 119, 436, v. Prémption.

Publicienne (action), 352, 355.

Publicité (droit romain), 23, 95, 276, 280* ss., 285, 291; — des mutations (ancien droit), 243*, 352.

Puissance du chef de famille, 22, 74, 75, 79, 220, 279, 307, 311; — du mari, 62, 301, 307.

Quint (droit de —), 155, 162.

Rachat (droit de —), 154.

Rachat des droits féodaux, 170.

Rapports de voisinage, 23, 75, 112, 382 ss.

Ravage, 205.

Recognitio, 261.

Recommandation, 139.

Recréance, 254, 257.

Reditus, v. Revenus.

Référé, 262.

Régales, *regalia*, 332.

Réintégrande, 248*.

Relativité, v. Possession (relativité de la —), Propriété (relativité de la —).

Relief (droit de —), 154.

Remedium spolii, 248.

Remembrement, 201.

REMUS, 74.

Rentes, 32, 34*, 174, 178, 412*; — foncière, 53.

Représentation, 97, 106, 218 ss.

Réquisitions, 113.

Res, 15, 16, 36, v. Choses; — *communes omnium*, 15, 18 ss., 37; — *corporales*, 16, 36; — *derelictae*, v. *Derelictio*; — *divini juris*, 17, 19 ss., 36 ss.; — *extra commercium*, 17, 29, 36; — *extra nostrum patrimonium*, 17, 36, 60; — *humani juris*, 17, 18, 36; — *in commercio*, 17, 24; — *incorporales*, 15, 16, 17, 36; — *in nostro patrimonio*, 17, 36, 47; — *in patrimonio populi*, 18; — *in usu populi*, 18; — *mancipio*, 21*, 60 ss., 105, 244, 277, 282, 289, 298, 398; — *nullius*, 88, 266, 268, 274; — *prestita*, 358; — *publicae*, 18* ss., 37; — *quae ipso usu consumuntur*, 24*; — *quae usu consumuntur vel minuuntur*, 25; — *qui numero, pondere, mensurave constant*, 24*; — *religiosae*, 19 ss., 38 ss.; — *sacrae*, 19, 37 ss.; *sanctae*, 21*, 25 ss.; — (typicité des —), 36, 42; — *universitatis*, 18, 19* ss., 37.

Résolution de la vente, 361, 363.

Responsabilité, 314.

Restitutio in integrum, 301.

Rétention (clause de —), 284; — (droit de —), 53, 275, 314.

Retrait censuel, 167, 337.

Retrait d'indivision, 436; — successoral, 471; — litigieux, 435; — du nu-propriétaire, 411, 422;

- féodal, 155, 161, 431 ; — lignager, 425*, 461.
- Revendication (droit romain), v. Action en revendication ; — (ancien droit), 348* ; — mobilière, 358, 361, 362.
- Revenus, 26.
- Sabiniens, 271 ss., 274, 275.
- Sacramentum in rem*, 281, 313.
- Sacrilège, 74.
- Saisie féodale, 160, 167.
- Saisine, 49, 235* ; — de l'usufruitier, 411 ; — de l'héritier, 211 ; — du fief, 153, 211, 338 ; — et nouvelleté, 252 ; — et possession, 241.
- Saltus*, 97, 106, 219.
- Sauvegarde, 260.
- Seigneurie, 148.
- Sénatus-consulte Juventien, 316 ; — Macédonien, 286.
- Sepulcra*, v. Tombeaux.
- Sequela*, 45, 55, 368.
- Servitude (droit romain), 216, 278, 302, 309, 377, 378* ss., v. *Jus in re aliena* ; — (continuité), 387 ; — de passage, 91, 380 ; — (extinction), 387 ; — légale, 113, 114 ; — personnelle, 390 ; — prédiale, 21, 309, 397 ; — rustique, 380 ss., 397 ; — (sanction), 389 ; — urbaine, 381 ss., 397 ; — (usucapion), 36 ; — (vices), 386 ss., v. Rapports de voisinage ; — (ancien droit), 402*, 403.
- Silence (présomption de volonté), 306 ss., 310.
- Social (critère), 110, 271 ; — (devoir), 18, 37, 70, 90* ss., 112, 123 ; — (intérêt), 22, 383, v. Intérêt général ; — (risque), 115.
- Société, 273.
- Solarium*, 372.
- Spatium deliberandi*, 306.
- Spécification, 271* ss., 275.
- Spoliatio*, 248.
- Statuts (théorie des —), 55, 368.
- Stipulation, 280 ss., 290, 293, 376, 397 ; — *pro praede litis et vindictiarum*, 311.
- Subrogation réelle, 65.
- Successeur à titre universel, 302.
- Succession, v. *Hereditas*, *Heres suus*.
- Summa divisio rerum* (droit romain), 16, 17* ss. ; — (ancien droit), 30, 33, 356.
- Superficie, v. Droit de superficie.
- SYLLA, 83.
- Symbole, 96 ss., 217, 232, 279, 283, 292, 301, v. Fiction.
- Synthèse, 17, 83, 104* ss., 223, 305, 379.
- Systématisation, v. Synthèse.
- Tabou, 75.
- Tacitas*, 283 ; — (reconduction des locations), 87, 215.
- TACITE, 27.
- Temps, 107, 296, 306, 310.
- Tenures, 150, 162*, 337 ; — viagères, 408.
- Terra salica*, 43.
- Terrage, 164.
- Terres abandonnées, 331, 333 ; — incultes ou en friche (droit romain), 76, 85 ss., 116 ; — incultes (ancien droit), 128.
- Terres vacantes, 192.
- Termor* (droit anglais), 244.
- Testament, 20, 307 ; — *per aes et libram*, 277.
- Titre (interversion), 221, 233 ; — (juste), 107, 286* ss., 294, 298* ss., 304, 305, 318 ; — (putatif), 233, 287, 299, 300* ss., 305 ; — de possession (ancien droit), 346 ; — des servitudes, 405.
- Tolérance, 114 ss., 124 ss., 383.
- Tombeaux (droit romain), 19 ss., 38 ss., 308.
- Traditio* (droit romain), 22, 23, 93, 95, 97, 111, 222, 232, 233, 273, 280, 282* ss., 291, 292, 297, v. Possession *brevi et longa manu* ; — (an-

- cien droit), 334 ; — *cartae*, 293, 342, 362.
 Tradition, 334* ; — feinte, 341 ; — symbolique, 338, 340, 342.
 Traditionalisme juridique, 17, 24, 88, 112, 126, 306.
 Transfert de propriété (publicité), 343.
 Trésor (droit romain), 88, 268, 274, 295, 327 ; — (ancien droit), 332.
 Triage, 192, 193, 197, 210.
 Tuteur (autorisation du —), 22 ; — (limitation des droits du —), 23.
 Typicité des contrats, 375 ; — des *res*, 36, 42 ; — des servitudes prédiales, 379.

 ULPÏEN, 17.
 Universalité, 65.
Universitas, 65, 67.
 Urbanisme (règlement d'—), 90, 113, 367.
 Usage (dans les forêts), 407 ; — immémorial, 18 ; — public, 18.
Usucapio, 23, 75, 93, 95, 233, 267, 295 ss. ; — *hereditatis*, 36 ; — *pro suo*, v. Titre putatif ; — *servitutis*, 36.
 Usufruit (droit romain), 25, 89, 216, 225, 272, 276, 284, 302, 371, 389, 390*, v. *Jura in re aliena* ; — des créances, 391 ; — (extinction), 400 ; — (quasi), 391 ; — (ancien droit), 407, 417.
Usureceptio fiduciae, 299.
Usurpatio trinocitii, 270, 307.

Usus, 69, 231, 297, 396 ; — *fructus, abusus*, 69 ss., 371.
 Utilisation, 95.
 Utilité publique, 18, 90 ss., 98, 101, 119, 270.

 Vacants, 331.
Vadimonium, 48.
 Vagabondage, 115.
 Vaine pâture, 188, 199, 406*.
Vectigal, 86, 272, 373.
 Vengeance, v. Justice privée.
 Vente, 100, 266, 276*, 288, 371, 375 ; — au comptant, 285 ; — à crédit, 290.
 Vésiau pyrénéenne, 134, 142.
 VESPASIEN, 84.
 Vest, vêt, 337.
Vestitura, 244.
 Viage, 410.
Vicinis, 134.
Vilis mobiliu possessio, 34.
Villa, 135, 137, 144, 146.
 Violence, 77, 108, 110, 122, 228, 266, 289, 298, 302, 312, 321, 322, v. Possession (protection, vices).
 Virtualité, 219.
 Voie de fait, v. Violence.
 Voisinage, v. Rapports de —.
 Vol (droit romain), 23, 109, 115, 125, 230, 266, 274, 298, 302, 309, 312 ; — (ancien droit), 358.
 Volonté (interprétation), 307, v. Consensualisme, Liberté contractuelle.
 Vue (servitude de —), 404.

Werpitio, 53, 334.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER. — La division des biens.....	15
Section I. — Droit romain	15
Section II. — Ancien droit	27
CHAPITRE II. — Droit réel de Droit personnel	47
Section I. — Droit romain	47
Section II. — Ancien droit	49
CHAPITRE III. — Le Patrimoine	60
Section I. — Droit romain	60
Section II. — Ancien droit	63

PREMIÈRE PARTIE

HISTOIRE DE LA PROPRIÉTÉ

CHAPITRE PREMIER. — Ancien droit romain : la propriété patriarcale....	73
CHAPITRE II. — Epoque classique : la propriété individuelle.....	82
CHAPITRE III. — Le Bas-Empire : la propriété et sa fonction sociale	104
§ 1. La synthèse doctrinale	105
§ 2. Réalité et impératifs économiques	109
CHAPITRE IV. — L'époque franque	127
CHAPITRE V. — L'époque féodale	148
Section I. — Le fief	150
Section II. — Tenures roturières et serviles	162
Section III. — L'abolition de la féodalité	168
CHAPITRE VI. — La propriété du code civil	186
Section I. — Vers l'individualisme agraire	188
Section II. — La propriété du sous-sol : les mines	202
Section III. — La chasse et la pêche	204

DEUXIÈME PARTIE

POSSESSION ET PROPRIÉTÉ

CHAPITRE PREMIER. — La Possession : La technique romaine	215
Section I. — La relation de fait	216
§ 1. L'objet	216
§ 2. Le <i>corpus</i>	217
§ 3. L' <i>animus</i> : l'élément contractuel	220
Section II. — Les effets de la possession	224
CHAPITRE II. — Saisine et possession	235
Section I. — L'idée de saisine : son originalité	235
Section II. — Retour à l'idée de possession	243
§ 1. Le but premier : réprimer la violence	247
§ 2. Les actions de nouvelleté	252
Section III. — De la rédaction des coutumes au Code civil.....	256
CHAPITRE III. — La propriété : technique romaine	263
Section I. — La copropriété.....	263
Section II. — Acquisition de la propriété	265
§ 1. Modes originaires d'acquisition	266
§ 2. Modes dérivés d'acquisition volontaire	276
1° Les actes de transfert solennels et abstraits	277
2° La <i>Traditio</i>	282
§ 3. Modes dérivés d'acquisition non volontaire	294
1° L'usucapion	296
2° La prescription	302
3° Le syncrétisme byzantin	305
4° Le temps procédé de présomption	306
Section III. — Sanctions du droit de propriété	311
§ 1. L'action en revendication	312
§ 2. L'action publicienne : la propriété relative	318
§ 3. Protection accessoire de la propriété	319
Section IV. — Extinction de la propriété	325
CHAPITRE IV. — La propriété des immeubles dans l'ancien droit	328
Section I. — L'occupation	330
Section II. — La tradition	334
Section III. — La prescription	344
Section IV. — Le procès pétitoire	348

CHAPITRE V. — La condition des meubles dans l'ancien droit	356
§ 1. Meubles n'ont pas de suite	357
§ 2. Les meubles suivent la personne	365

TROISIÈME PARTIE

« JURA IN RE ALIENA »

CHAPITRE PREMIER. — Les concessions à long terme à Rome	371
CHAPITRE II. — Les servitudes en droit romain	378
§ 1. Les servitudes prédiales	378
1° La typicité des servitudes prédiales	379
2° La théorie générale	383
§ 2. Les servitudes personnelles	390
1° L'usufruit	390
2° Droit d'usage et d'habitation	396
CHAPITRE III. — Les servitudes dans l'ancien droit	402
Section I. — Les servitudes	403
Section II. — L'usufruit	407
Section III. — Les rentes	412

QUATRIÈME PARTIE

LES DROITS DE LA FAMILLE

CHAPITRE UNIQUE. — Le retrait lignager	421
Section I. — Histoire du retrait lignager	422
Section II. — La technique du retrait lignager	429
Section III. — L'abolition du retrait	434
INDEX DES MATIÈRES	440

THÉMIS

La collection *Thémis* a pour premier but de fournir aux étudiants des moyens de travail modernes. Elle a précédé sur ce point les réformes universitaires déclenchées en 1968, tant par la structure de ses manuels que par leur domaine.

Les manuels *Thémis* comportent deux séries de développements distincts : 1° l'une, en caractères normaux, permet aux étudiants d'avoir une vue d'ensemble de la matière, dont les cours magistraux ne développent que certains aspects ; 2° l'autre, en petits caractères, comprend à la fois des « états des questions » analysant les principaux problèmes controversés et un guide très étendu de bibliographie commentée : ainsi l'étudiant peut approfondir les questions spécialement traitées dans le cours et participer efficacement aux travaux dirigés. A ce dernier point de vue, une série complémentaire de « Textes et Documents » met à sa disposition, sous une forme commode, un ensemble de documents constamment tenus à jour, dont beaucoup sont inédits ou difficilement accessibles.

Par ailleurs, la collection *Thémis* a toujours embrassé tous les aspects des sciences sociales, sans tenir compte des cloisonnements artificiels établis par les institutions universitaires traditionnelles. Dès l'origine, elle a englobé des manuels juridiques, économiques et politiques malgré les divisions existant alors entre les Facultés de Droit, les Facultés des Lettres, les Instituts d'Etudes politiques, etc. L'affaiblissement de ces divisions permet maintenant d'appliquer intégralement le programme initial de la collection, de lui donner un caractère entièrement interdisciplinaire et de supprimer toute distinction par années de licence ou par établissements universitaires.

Le développement de l'autonomie des Universités permet également d'accroître une liberté de présentation limitée jusqu'ici par la rigueur de programmes uniformes et impératifs. Au lieu de correspondre chacun à l'ensemble d'un enseignement — souvent différent désormais d'une Faculté à une autre — les nouveaux manuels *Thémis* seront en général découpés en ouvrages plus restreints, pouvant être regroupés de façon souple pour correspondre à la diversité des cours suivant les Universités.

THÉMIS

SECTION DROIT

- 1 **Droit civil, 1** : Introduction, les Personnes / Jean CARBONNIER
 - 2 **Droit civil, 2** : La Famille, les Incapacités / Jean CARBONNIER
 - 3 **Droit civil, 3** : Les Biens / Jean CARBONNIER
 - 4 **Droit civil, 4** : Les Obligations / Jean CARBONNIER
 - 5 **Institutions politiques et droit constitutionnel** / Maurice DUVERGER
 - 6 **Droit administratif, 1** / Georges VEDEL
 - 7 **Droit administratif, 2** / Georges VEDEL
 - 8 **Procédure civile** / Gérard CORNU et Jean FOYER
 - 9 **Sécurité sociale** / Jacques DOUBLET
Mise à jour 1969
 - 10 **Histoire du droit privé, 1** : Les Obligations / Paul OURLIAC et J. de MALA-FOSSE
 - 11 **Histoire du droit privé, 2** : Les Biens / Paul OURLIAC et J. de MALA-FOSSE
 - 12 **Histoire du droit privé, 3** : Le Droit familial / Paul OURLIAC et J. de MALA-FOSSE
 - 13 **Droit du travail** / Jean RIVERO et Jean SAVATIER
 - 14 **Droit aérien** / Louis CARTOU
 - 15 **Droit international public** / Paul REUTER
 - 16 **Droit d'outre-mer et de la coopération** / François LUCHAIRE
 - 17 **Éléments de droit public** / Maurice DUVERGER
 - 18 **Droit privé civil et commercial, 1** / Robert VOUIN et Pierre ROBINO
 - 19 **Droit privé civil et commercial, 2** / Robert VOUIN et Pierre ROBINO
 - 20 **Procédure civile et voies d'exécution** / Pierre CATALA et François TERRÉ
 - 21 **Droit administratif spécial** / André de LAUBADÈRE
 - 22 **Droit pénal et procédure pénale** / Robert VOUIN et Jacques LÉAUTÉ
 - 23 **Grands services publics et entreprises nationales, 1** / Jean-Marie AUBY et Robert DUCOS-ADER
 - 24 **Grands services publics et entreprises nationales, 2** / Jean-Marie AUBY et Robert DUCOS-ADER
 - 25 **Droit commercial, 1** : Introduction, les Entreprises / Paul DIDIER
 - 26 **Droit économique** / Gérard FARJAT
-

THÉMIS

SECTION SCIENCES ÉCONOMIQUES

- 1 **Economie politique, 1** / Raymond BARRE
 - 2 **Economie politique, 2** / Raymond BARRE
 - 3 **Mathématiques préparatoires à l'économie, 1** / Georges Th. GUILBAUD
 - 4 **Statistique, 1** : Statistique descriptive et initiation à l'analyse / André PIATIER
 - 5 **Comptabilité privée** / Jane AUBERT-KRIER
 - 6 **Histoire des faits économiques contemporains** / Maurice NIVEAU
 - 7 **Histoire de la pensée économique** / Henri DENIS
 - 8 **Economie internationale** / Gérard MARCY
 - 9 **Economie financière** / Hubert BROCHIER et Pierre TABATONI
 - 10 **Histoire économique, des origines à 1789** / Jean IMBERT et Henri LEGOHÉREL
 - 11 **Systèmes et structures économiques** / André MARCHAL
 - 12 **Economie rurale** / Jules MILHAU et Roger MONTAGNE
 - 13 **Economie du travail** / François SELLIER et André TIANO
 - 14 **Eléments d'économie politique** / Jean-Marcel JEANNENEY
 - 15 **Gestion de l'entreprise, 1** : Structure et organisation / Jane AUBERT-KRIER
 - 16 **Gestion de l'entreprise, 2** : Activités et politiques / Jane AUBERT-KRIER, E.-Y. RIO et Ch.-A. VAILHEN
 - 17 **Statistique et observation économique** / André PIATIER
 - 18 **Comptabilité nationale et modèles de politique économique** / J. BÉNARD
 - 19 **Eléments d'économétrie** / René ROY
 - 20 **Economie européenne** / Jacques et Colette NÈME
-

SECTION SCIENCES POLITIQUES

- 1 **Sociologie politique** / Maurice DUVERGER
- 2 **Institutions internationales** / Paul REUTER
- 3 **Histoire des Institutions, 1-2** : L'Antiquité / Jacques ELLUL
- 4 **Histoire des Institutions, 3** : Le Moyen Age / Jacques ELLUL
- 5 **Histoire des Institutions, 4** : XVI^e-XVIII^e siècle / Jacques ELLUL
- 6 **Histoire des Institutions, 5** : Le XIX^e siècle / Jacques ELLUL
- 7 **Finances publiques** / Maurice DUVERGER
- 8 **Démographie** / Philippe MOUCHEZ
- 9 **Méthodes des sciences sociales** / Maurice DUVERGER
- 10 **Histoire des idées politiques, 1** : Des origines au XVIII^e siècle / Jean TOUCHARD, Louis BODIN, Pierre JEANNIN, Georges LAVAU et Jean SIRINELLI

THÉMIS

SECTION SCIENCES POLITIQUES (suite)

- 11 **Histoire des idées politiques, 2** : Du XVIII^e siècle à nos jours / Jean TOU-CHARD, Louis BODIN, Pierre JEANNIN, Georges LAVAU et Jean SIRINELLI
 - 12 **Organisations européennes** / Paul REUTER
 - 13 **Administration publique** / Bernard GOURNAY, Jean-François KESLER et Jeanne SIWEK-POUYDESSEAU
 - 14 **Amérique latine** / Jacques LAMBERT
 - 15 **La vie politique en France depuis 1940** / Jacques CHAPSAL
 - 16 **Les régimes parlementaires européens** / Pierre LALUMIÈRE et André DEMICHEL
 - 17 **Les régimes politiques des pays arabes** / Maurice FLORY et Robert MAN-TRAN
 - 18 **Histoire de l'Administration** / Pierre LEGENDRE
 - 19 **Science fiscale** / Lucien MEHL
 - 20 **Les régimes politiques de l'U.R.S.S. et de l'Europe de l'Est** / Michel LESAGE
-

SECTION TEXTES ET DOCUMENTS

- 1 **Constitutions et documents politiques** / Maurice DUVERGER
- 2 **Documents économiques, 1** / Jean-Marcel JEANNENEY, Raymond BARRE, Maurice FLAMANT et Marguerite PERROT
- 3 **Documents économiques, 2** / Jean-Marcel JEANNENEY, Raymond BARRE, Maurice FLAMANT et Marguerite PERROT
- 4 **Traités et documents diplomatiques** / Paul REUTER et André GROS
- 5 **Histoire des institutions et des faits sociaux, 1** : Antiquité / Jean IMBERT, Gérard SAUTEL et Marguerite BOULET-SAUTEL
- 6 **Histoire des institutions et des faits sociaux, 2** : X^e-XIX^e siècle / Jean IMBERT, Gérard SAUTEL et Marguerite BOULET-SAUTEL
- 7 **La formation de la science économique** / Henri DENIS
- 8 **Economie et mathématiques (Eléments et exercices), 1** : Les nombres. Algèbre. Analyse / André PIATIER, Pierre CAHUZAC et Lucien CHAMBADAL
- 9 **La pensée politique, des origines à nos jours** / Jean IMBERT, Henri MOREL et René-Jean DUPUY
- 10 **L'Administration, du XVIII^e siècle à nos jours** / Pierre LEGENDRE
- 11 **Economie et mathématiques (Eléments et exercices), 2** : Analyse statistique et applications à l'économie / André PIATIER, Pierre CAHUZAC et Lucien CHAMBADAL
- 12 **Géographie des élections françaises, du Front populaire à nos jours** / Claude LELEU

(Glose, l. *Quod venditi*, D., 18, 1, 19). Il n'en serait autrement que dans le cas où le vendeur se serait réservé la propriété jusqu'au complet paiement du prix ; on en revient ainsi exactement aux solutions romaines. Les Bartolistes considèrent qu'en matière commerciale, la présomption de crédit n'existe jamais si un délai de paiement n'est pas accordé.

Les Coutumiers français accordent pareillement une revendication au vendeur de meubles qui n'a pas fait crédit (*Jostice et plet*, 19, 47, 5) ; mais ils lui permettent aussi comme créancier du prix de faire vendre la chose et de se payer par préférence sur le prix, ce qui est bien une exception à la règle : « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque. »

[209] LES COUTUMES RÉDIGÉES. — La règle « Meubles n'ont pas de suite » n'apparaît pas dans les coutumes rédigées ; la revendication des meubles est toujours possible. Le droit romain admettait comme correctif une usucapion de trois ans qui n'est pas généralisée par le droit coutumier ; d'où les incertitudes et même les incohérences de la jurisprudence et de la doctrine :

1^o Les coutumes admirent généralement la règle « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque », mais en donnant à la formule des sens assez différents :

a) Pour les coutumes de Paris et d'Orléans il s'agissait de l'interdiction des hypothèques conventionnelles sur les meubles (cf. art. 2119 Code civil) ;

b) Pour les coutumes d'Anjou et de Normandie l'hypothèque mobilière était possible mais elle ne comportait pas de droit de suite dans le cas où le débiteur avait disposé du meuble sans fraude ;

c) D'autres coutumes distinguaient entre hypothèques générales et hypothèques spéciales.

2^o Sur l'usucapion du meuble par l'acquéreur, les solutions divergent plus nettement encore :

a) Quelques coutumes sont muettes (Bourgogne, Paris, Tours), ce qui conduit à admettre la prescription trentenaire à laquelle se réfère expressément la coutume de Berry ;

b) Les pays de droit écrit admettent la prescription triennale avec bonne foi ; c'était aussi l'attitude de la coutume d'Amiens. Les coutumes de Melun et d'Amiens exigent, en

outre, le juste titre et les coutumes d'Anjou et du Maine ajoutent que le propriétaire ne doit pas avoir été absent de la province ;

c) La Bretagne admettait une prescription de cinq à dix ans, tandis que sporadiquement réapparaît le délai d'an et jour ;

d) Pour les meubles volés on admettait, en général, qu'ils étaient imprescriptibles ; au vol est assimilé le simple abus de confiance.

Même incertitude dans la doctrine. Au cas de silence de la coutume, DOMAT tient pour la prescription de trente ans et POTHIER préfère la prescription de trois ans.

3° Le propriétaire doit-il payer une indemnité au détenteur pour reprendre sa chose ? Le Parlement de Toulouse maintient, jusqu'au XVIII^e siècle, la nécessité de ce paiement. Mais la tradition coutumière était en sens contraire. Les auteurs étaient fort divisés, les exigences toujours alléguées de l'équité étant en cette matière fort ambiguës. Au XVIII^e siècle, les *Arrêtés* du président de LAMOIGNON (XXI, 96) admettent que le prix doit être remboursé si la chose a été vendue en justice ou si elle a été achetée chez un courtier ou au marché.

4° Le vendeur « sans jour ni terme » avait, d'autre part, une revendication spéciale tant qu'il n'avait pas été payé. L'art. 176 de la coutume de Paris de 1580 consacre le droit du vendeur, la revendication étant d'ailleurs liée au privilège. L'art. 177 accorde au vendeur, dans le cas où il avait consenti un délai de paiement, non une revendication qui impliquerait un droit de suite sur les meubles, mais un simple droit de préférence si la chose est vendue sur saisie.

Ces règles furent généralisées par le Parlement de Paris et considérées comme de droit commun coutumier ; de là devait venir le droit de résolution du vendeur non payé (G. BOYER, *Résolution des contrats*, p. 358). Les Parlements du Midi hésitent beaucoup à abandonner les solutions romaines ; ils en viennent pourtant, au début du XVII^e siècle, par souci de protéger les marchands, à admettre le privilège du vendeur de meubles.

[210] LE XVIII^e SIÈCLE. — Tant d'incertitudes ne pouvaient aller sans une réaction de la pratique. Prolonger pendant trente ans le délai de la revendication, c'était méconnaître les besoins évidents du commerce et ces besoins étaient plus nettement

ressentis avec le développement des transactions et des valeurs mobilières et avec la défaveur croissante de l'ancien système corporatif. Le Châtelet de Paris, la Chambre de Commerce de Marseille expriment parfaitement ces sentiments ; on fixe un délai fort bref pour la revendication du vendeur au comptant.

Le privilège du vendeur est également réduit dans tous les cas où l'identification des marchandises vendues n'était pas certaine. Dangereuse pour le commerce, la revendication apparaissait, en outre, injustifiable juridiquement ; on ne peut traiter le détenteur d'un meuble comme un possesseur d'immeuble et lui demander de faire la preuve de son titre d'acquisition ; il n'est pas d'usage de dresser pour des meubles un acte écrit et il est pratiquement impossible de remonter la chaîne des propriétaires successifs.

Timidement, gêné, a-t-on dit, par des scrupules jansénistes (CARBONNIER, t. II, p. 260), POTHIER tenta une réaction trop modeste. Un possesseur qui avait juste titre *et* bonne foi pouvait usucaper par trois ans. La bonne foi serait tirée de la simple possession ; quant au juste titre, la simple affirmation du possesseur devait suffire (*Prescriptions*, II, 3, 204). Dans son *Commentaire de la coutume d'Orléans* (XIV, 4), POTHIER dit que le possesseur sera présumé propriétaire ; mais il ne s'agit que d'une présomption *juris tantum*.

Mieux inspiré, informé de la pratique parisienne et aussi, croyons-nous, des doctrines des Romanistes hollandais, BOURJON, auteur du *Droit commun de la France* (1747), va proposer de considérer la présomption de propriété comme une présomption irréfragable. Il en vient ainsi à la formule qui fera fortune : « Pour la preuve d'un achat (de meuble) il n'est pas nécessaire de rapporter un titre, il suffit de posséder le meuble parce qu'en matière de meuble la possession vaut titre ; il suffit donc de la possession pour la preuve de la transmission de propriété. »

Il s'agit bien d'une possession véritable et non d'une simple détention de fait ; le locataire d'une chambre meublée n'est pas présumé propriétaire des meubles. La condition de bonne foi, si elle n'est pas expressément formulée par BOURJON, est

implicite dans tous ses développements. Cependant quatre exceptions vont apparaître à cette règle :

1^o Si le meuble a été volé (ou perdu), il est imprescriptible (alors que POTHIER admettait la prescription trentenaire). Le Code civil précisera (art. 2280) que la revendication est limitée à trois ans (trente ans, d'après la jurisprudence, contre le voleur), et il reprendra aussi la vieille règle que le prix doit être remboursé à l'acquéreur qui a acheté la chose à la foire, au marché ou chez un marchand public vendant des choses pareilles ;

2^o Si le meuble a été saisi et s'il est néanmoins aliéné par le débiteur, il peut être revendiqué *brevi tempore* ;

3^o Le bailleur conserve son privilège sur les meubles existant dans la maison louée ; d'après le Code civil, il peut même les suivre contre le tiers acquéreur, à condition qu'il s'agisse bien de meubles meublants et qu'il agisse dans un délai très bref (art. 2102, 1^o, C. C.) ;

4^o Si le meuble a été vendu sans terme et que le prix n'en ait pas été payé, le vendeur peut recourir contre un tiers acquéreur de bonne foi ; l'art. 2102, 4^o du Code civil supprime le droit de suite mais conserve les autres conditions ; la revendication n'a lieu que dans les ventes au comptant ; elle suppose que la chose vendue est dans le même état ; enfin, elle doit être exercée dans la huitaine (RIPERT et BOULANGER, t. II, n^o 2467-2476).

§ 2. LES MEUBLES SUIVENT LA PERSONNE

[211] MEUBLES SONT LE SIÈGE DES DETTES. — On trouve, au moins dès le XIV^e siècle, des adages apparemment fort voisins : *Mobilia ossibus inhaerent*, « Meubles sont le siège des dettes », « Le meuble suit le corps » (LOYSEL, n^o 206). Il s'agit toujours d'exprimer la situation spéciale faite aux meubles dans le patrimoine.

Les meubles sont le siège des dettes, ce qui signifie qu'un créancier ne peut normalement avoir recours sur les immeubles de son débiteur ; à Liège, celui qui n'obéit pas à un ordre de justice devient « homme sans loi », « for jugé » ; on lui fait

prompte justice « de son corps », mais ses immeubles sont dévolus à son épouse, à ses enfants ou à sa famille (RAIKEN et POLAIN, *Coutumes du pays de Liège*, p. 367 ; YVER, *Les contrats dans le très ancien droit normand*, 1926, p. 256, 278). Les meubles, au contraire, sont comme un prolongement de la personne ; de ce fait, ils peuvent seuls faire l'objet d'une saisie.

On devine qu'une telle règle ne convenait guère aux créanciers qui exigèrent de leurs débiteurs soit un gage immobilier (qui imposait le consentement des parents), soit des cautions (cf. t. I, n^o 316 et 334) et obtinrent des tribunaux des garanties obliques : contrainte par corps très stricte, droit d'établir chez leurs débiteurs des garnisaires, ou « mangeurs », *comestores*, qui consommaient son bien (BEAUMANOIR, n^o 1602), ordre donné au débiteur de vendre ses biens (*Conseil à un ami*, 21, 9) ou promesse de l'élargir de la prison s'il procède à la vente (*Etabl. de saint Louis*, II, 22). Au XIV^e siècle, l'hypothèque est d'application courante et la saisie immobilière pleinement admise ; mais il reste du droit ancien la nécessité de discuter préalablement les meubles du débiteur (*Grand Coutumier*, p. 473).

Dans le fonctionnement du régime de communauté, le lien établi entre les meubles et les dettes est traditionnel ; anciennement, dans le cas où la femme renonçait à la communauté, elle gardait les acquêts immeubles. Pour les successions, les dettes du défunt, quand on les reconnut transmissibles, ne grevaient, au XIII^e siècle, que les meubles, et cette règle persistait encore au XVIII^e siècle dans quelques coutumes (comme elle persista en droit anglais).

[212] LA COUTUME APPLICABLE AUX MEUBLES. — La règle « Les meubles suivent la personne » tient à la nature même des meubles ; elle vient, croyons-nous, de la nécessité où se sont trouvés les praticiens de déterminer la compétence : les questions mobilières devaient-elles être portées devant les « plaids d'héritage » ou devant les « plaids de dette », toujours nettement distingués (BEAUMANOIR, n^{os} 214 et 228 ; *TAC Normandie*, éd. TARDIF, p. 91). Pour un clerc, le conflit existait entre les justices séculières et les justices d'Eglise ; au cas de confiscation, par exemple, les meubles revenaient à l'évêque et les héritages au seigneur, ce qui fournit à un canoniste très

informé des coutumes françaises, OLDRADE, de formuler tout au début du XIV^e siècle la règle *Mobilia sequuntur personam* (*Consilia*, 17 ; cf. E. M. MEIJERS, *Etudes d'histoire du droit*, t. I, p. 232) ; ce qui équivalait à dire que les meubles sont confisqués par l'évêque (même solution dans BEAUMANOIR, nos 317 et 1321 ; aussi ord. de 1290, art. 2 ; *Olim*, t. II, p. 323). Le *Grand Coutumier* dira de même que les « biens ensuivent le corps quant aux meubles, secus des héritages » (IV, 5).

La règle est reprise par les Coutumiers français et elle peut passer pour le fondement de notre droit international privé (n^o 25). Au cas de conflit de coutumes (un individu meurt à Paris, laissant des meubles dans le détroit de coutumes comportant des règles successorales différentes de celles de la coutume de Paris), on appliquera à la dévolution des meubles la coutume du domicile du défunt, c'est-à-dire sa loi personnelle. Au cas de confiscation, les meubles appartenaient au justicier de la personne : pour les vassaux nobles et les serfs, le seigneur dont ils relevaient ; pour les roturiers, le seigneur justicier de leur domicile, du lieu où ils étaient « levant et couchant ». Bientôt d'ailleurs, à raison de la difficulté de rechercher les meubles, la règle s'altère et on admettra désormais la compétence du juge du lieu où sont trouvés les meubles.

On peut mentionner, enfin, la même idée dans une solution bien connue du droit coutumier : au cas où le fief est dévolu à un mineur, le gardien ou baillistre acquiert la propriété des meubles, mais il doit, en revanche, payer toutes les dettes ; de même les meubles appartiennent à l'usufruitier (n^o 243).

ÉTAT DES QUESTIONS

L'exposé de l'histoire de la règle Meubles n'ont pas de suite, est toujours tributaire de l'étude célèbre de JOBBE-DUVAL, *Etude historique sur la revendication des meubles en droit français*, Paris, 1880, reprise, par exemple, par OLIVIER-MARTIN, t. II, p. 103-119. Il faut maintenant la compléter par L.-J. VAN APeldoorn, *Mobilia non habent sequelam*, dans *TR*, t. II, 1932, p. 162, par le remarquable travail de E. ANNERS, *Hand wahre Hand*, th. Upsal, Lund, 1952, qui étudie les droits occidentaux et scandinaves, et par l'étude de G. PARTSCH, *Zur Entwicklung der Rechtmangelhaftung des Verausserers*, *ZSS, Germ.*, 1960, p. 87-153 (qui établit bien l'absence en droit franc de toute garantie contre l'éviction).

Pour le droit méridional, l'étude exhaustive de F. GARRISSON, Procédure de garantie et revendication mobilière, dans *Recueil... Soc. Hist. pays droit écrit*, 1958-60, p. 17-98.

Nous devons nous borner à une remarque : n'a-t-on pas joué sur le sens du mot *sequela* (pour les brocards, de tels procédés sont fréquents et ils assurent le progrès du droit), qui signifie « accessoire », « fruit », « accroissements ». Guillaume DU BREUIL, à propos d'une action en délivrance d'un legs, XXXI, 3 et la glose sur ce passage (publiée par Félix AUBERT, 1909, p. 217), donnent très nettement ce sens : *Fallit in actione competente pro fructibus quia quamvis mobiles sunt, tamen sequela rei immobilis*. Les meubles sont la *sequela* de l'immeuble et eux-mêmes n'ont pas de *sequela*.

Bonnes indications pour le droit espagnol dans L. de VALDEAVELLANO, La limitation de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en el derecho español medieval, dans *Revista derecho privado*, t. 21, 1947, p. 636 et Bienes muebles et inmuebles en el der. español, dans *Cuad. hist. España*, t. II, 1949, p. 105-123. Pour la revendication mobilière, les beaux travaux de R. FEENSTRA, cités, t. I, p. 290 ; cf. également H. ANKUM, *RHD*, 1966, p. 690.

Dans le cas de dépositaire infidèle et pour expliquer l'absence de revendication, on a fait état de proverbes allemands : « Où tu as laissé ta confiance, il te faut la rechercher » (CHAISEMARTIN, *Proverbes du dr. german.*, p. 195). Il existe de nombreux proverbes français qui paraissent bien avoir le même sens : « De grant fiance, grant faillance » (MORAWSKI, n° 503) ; « De chose perdue, li consauz ne remue » (n° 479) ; et aussi : « De chose mal acquise ne joyra ja tiers hoir » (n° 478).

Sur la règle *mobilia sequuntur personam*, il faut se reporter aux travaux de E.-M. MEIJERS, dans *Études d'histoire du droit*, t. I, 1956, p. 228-245 et *Rec. Cours La Haye*, cités p. 46. Quelques indications utiles à propos de la loi applicable aux successions dans la thèse de Charles FREYRIA, 1944.

Sur la règle *Nomina ossibus inhaerent*, étude précise de E. GENZMER, *Mél. Ph. Meylan*, t. I, 1963, p. 159. Sur les hypothèques mobilières, J. YVER, dans *Études... J. Hamel*, 1961, p. 477-488.

TROISIÈME PARTIE

« *JURA IN RE ALIENA* »

CHAPITRE PREMIER

LES CONCESSIONS A LONG TERME A ROME

[213] La défaveur qui s'attache aux droits réels sur la chose d'autrui (*jura in re aliena*), s'explique en grande partie par l'importance qu'y tiennent une technique sclérosée par la réglementation et des classifications qui ne sont bien souvent que des énumérations. De tout temps, la matière semble avoir joué les utilités et les juristes romains ont employé le plus important des *jura in re aliena*, l'usufruit, comme repoussoir du droit de propriété (v. *supra*, n° 43). Cependant, si on fait abstraction de la pure réglementation, comme de certaines théories qui prétendent mettre le droit en formule algébrique ($usus + fructus + abusus =$ pleine propriété), si on étudie les démembrements du droit de propriété dans le temps et dans le concret, on constate qu'ils sont bien souvent à l'origine de l'évolution de la propriété (v. *supra*, n° 43). Certes, tous les *jura in re aliena* ne présentent pas le même intérêt pour la sociologie juridique. À côté : 1) Des *concessions à long terme* qui permettent de saisir la réalité mouvante du statut de l'exploitant et préparent à une expropriation du concédant, on trouve des droits réels démembrements de moindre importance, tant par leur durée que par les prérogatives qu'ils confèrent ; ce sont 2) Les *servitudes*.

Normalement, le locataire d'un bien, qui en jouit moyennant redevance, n'a qu'un droit personnel (v. t. I, n° 264). Mais le contrat de location de choses est issu de la vente, il s'est formé empiriquement. Ses origines, les besoins de la pratique et plusieurs siècles d'évolution lui confèrent une très grande plasti-

cité. A Rome, les locations peuvent être non seulement de très longue durée mais perpétuelles (*contra C. C.*, art. 1709 ; v. t. I, n° 265).

En raison même de la stabilité de son exploitation, le locataire d'une terre entreprendra des travaux importants qui justifient une protection plus efficace que la reconnaissance d'un simple droit personnel opposable au seul bailleur. Des deux parties au contrat, le locataire représente l'élément productif le plus dynamique, comme tel il intéressera, on l'a vu (v. *supra*, n° 39), un législateur de plus en plus préoccupé par les impératifs économiques. Or, contre les entreprises des tiers, le locataire ne peut se défendre qu'en faisant appel à son propriétaire, et celui-ci sera d'autant moins pressé d'intervenir qu'il est certain de ne pas avoir de longtemps la jouissance de sa terre. Un droit réel sera donc reconnu aux locataires à long terme. Cette reconnaissance répond à des besoins pratiques, elle n'aura pas comme dans notre ancien droit des incidences politiques (fief) mais économiques : 1) Superficie ; 2) Concession d'*ager vectigalis* ; et 3) Emphytéose, sont les principales concessions à long terme qui confèrent au preneur ces avantages.

[214] LE DROIT DE SUPERFICIE. — En contradiction avec le principe : *superficies solo cedit*, selon lequel les constructions élevées sur le fonds d'autrui appartiennent au propriétaire du sol, le magistrat accorde au superficiaire un droit réel protégé par l'interdit *de superficie* (D., 43, 18, 1 sq.). Le superficiaire est le locataire qui a conclu un bail viager ou à long terme, qui lui donne le droit de construire sur le terrain loué (v. *supra*, n° 40). Economiquement, l'opération profite à la fois au concessionnaire qui fait l'économie des importants débours nécessaires à l'achat de terrains, et au concédant qui obtient immédiatement un revenu régulier sans engager les frais de construction. L'interdit *de superficie* protège le concessionnaire contre les tiers ou même contre le concédant. Pour s'en prévaloir, le superficiaire doit prouver qu'il satisfait aux obligations du contrat, notamment au paiement du loyer (*solarium*) et que sa possession n'est pas vicieuse à l'égard de son adversaire. L'interdit est complété par des actions analogues à celles qui protègent le

droit de propriété (action confessoire ou négatoire, action délictuelle qui réprime le dommage causé au bien d'autrui).

Ayant un droit transmissible entre vifs, sauf en cas de concession viagère, le superficiaire peut constituer des servitudes au profit ou à la charge de son immeuble. Elles disparaîtront de plein droit avec le droit de superficie qui s'éteint : à l'expiration de la concession, par destruction ou mise hors du commerce de la chose et par infraction grave aux clauses de la concession (non paiement du *solarium*, par exemple).

[215] LA CONCESSION D'AGER VECTIGALIS. — « Ce sont des concessions à long terme d'immeubles ruraux qui forment le pendant de la superficie pour les immeubles urbains » (G. BOYER, *Cours*, I, p. 83). Là encore, les collectivités publiques donnent l'exemple (v. *supra*, n° 41). Encourager l'exploitation et l'amélioration des fonds, tel est le but de l'institution. Outre le paiement du fermage (*vectigal*), si la terre louée est déjà défrichée, le concessionnaire verse souvent une somme d'argent lors de la conclusion du bail. En cas de location perpétuelle, ce versement a pu faire penser à une vente ; si la thèse contraire a prévalu (GAIUS, 3, 145), la controverse reste suggestive. Issue de la vente (v. t. I, n° 26), la location se rapproche parfois de sa forme originelle, la frontière entre les deux contrats est bien souvent une question d'espèce (cf. les pratiques modernes du *pas de porte* aussi variées qu'illégales).

Le droit réel du concessionnaire de l'*ager vectigalis* est plus étendu que celui du superficiaire, car la concession est en général perpétuelle. Le concédant ne peut reprendre le bien que s'il tombe en déshérence ou en cas d'abandon par le concessionnaire. Le non-paiement du *vectigal* n'est sanctionné que par une action personnelle en paiement. A l'inverse, le droit du concessionnaire, transmissible entre vifs ou à cause de mort, est protégé par un interdit (*de loco publico fruendo*) qui sera remplacé, dès l'époque classique, par une action réelle. Ici encore, la protection est complétée par d'autres actions, analogues à celles utilisées pour protéger la propriété. En fait, le concessionnaire ressemble de plus en plus à un véritable propriétaire, et l'acte de concession de moins en moins à une location (BIONDI, p. 308). La concession d'*ager vectigalis* doit être rap-

prochée des nombreux contrats agraires qu'il est impossible de ramener à un type déterminé et qui nous ont été révélés par les inscriptions trouvées en Afrique du Nord (v. *supra*, n° 39).

Au cours du IV^e siècle après J.-C., la concession d'*ager vectigalis* se confondra avec l'emphytéose.

[216] L'EMPHYTÉOSE. — Les modalités des concessions de terre sont en rapport étroit avec les structures rurales. Leur diversité dans l'Empire est très grande. Rome a pu implanter son cadastre, réaliser une assimilation administrative, elle n'a pas pour autant étouffé les civilisations agraires différentes de la sienne et elle n'a pas cherché à le faire. Bien au contraire, les influences étrangères se sont particulièrement manifestées dans ce domaine, comme dans celui des pratiques commerciales.

Le bail emphytéotique en est une illustration. Il existe en Orient avant la conquête romaine, il porte normalement sur des terres incultes ou abandonnées qu'il faut planter en vigne ou en oliviers. Le preneur (emphytéote) paie une redevance très faible (*canon*, c'est-à-dire règle), par suite des investissements opérés et de l'absence de revenus pendant les premières années. Souvent, l'emphytéote est dispensé du paiement de sa redevance pendant les trois premières années qui sont pour lui largement déficitaires. Bien que moins fréquentes que de nos jours, les dévaluations monétaires accentuent la modicité du *canon*, d'autant plus que la concession est à très long terme quand elle n'est pas perpétuelle. Aussi, en dépit de l'impossibilité de modifier unilatéralement les clauses du contrat, certains propriétaires n'hésitent pas à augmenter la redevance en cours de bail, bien que ces pratiques soient condamnées par le législateur. Mais ce dernier n'intervient pas seulement pour protéger l'exploitant. Après avoir considéré l'emphytéose comme une pratique originale, régie par les coutumes et variant selon les régions, certains empereurs du Bas-Empire s'y intéressent et le réglementent.

[217] DIRIGISME. — Ils s'y intéressent à un double titre : en tant que propriétaires et en tant que chefs d'Etat. Propriétaires, les empereurs utilisent l'emphytéose pour la mise en valeur des grands domaines publics incultes, le tenancier doit défricher et exploiter, mais pour un chef d'Etat que préoccupe

dans l'immédiat la rentrée de l'impôt, le tenancier doit être avant tout solvable, il doit pouvoir payer l'impôt. Il n'est pas impossible que les préoccupations fiscales l'aient emporté sur les autres (v. textes dans J. DE MALAFOSSE, *RDA*, p. 39 sq.).

Une fois un tenancier solvable trouvé, il importe de ne pas le laisser échapper. Plus précisément, on considérera sa fortune comme garantissant le paiement du canon et de l'impôt, l'abandon de la terre ou la mauvaise exploitation étant un motif de résolution du contrat invoqué surtout contre les insolubles (C., 4, 66, 1 et 2, où se marque le lien entre le paiement du *canon* et celui de l'impôt, la clause mettant l'impôt à la charge du concédant étant inopposable au fisc ; possibilité de résiliation sans indemnité, en cas de non-paiement du canon et de l'impôt durant trois ans). Plus conformes au génie de l'institution sont les textes qui reconnaissent à l'exploitant un droit réel sanctionné par des actions analogues à celles qui protègent la propriété. Sauf clause contraire, la destruction partielle du bien n'exonère pas l'emphytéote du paiement des redevances, et les risques, c'est-à-dire l'impossibilité de jouir du bien par suite d'un cas de force majeure, sont à la charge de l'exploitant. Les clauses contraires devinrent de style, la pratique se rapproche ainsi des solutions dégagées empiriquement pour le louage de choses (v. t. I, n° 264), ce qui est d'autant plus remarquable que le législateur avait pris grand soin de distinguer le bail emphytéotique de la location et de la vente, pour en faire une institution *sui generis* (C., 4, 66, 1). Une fois de plus, il apparaît que la typicité d'une institution est surtout fonction de la réglementation et de la procédure, elle ne résiste guère aux nécessités pratiques (cf. t. I, p. 233, 241, 242, 277, 325).

Le droit réel de l'emphytéote est non seulement transmissible à ses héritiers, mais il peut être vendu à condition que le concédant ratifie la vente, et à cette occasion il percevra un droit de mutation égal à 2 % du prix. Le propriétaire est libre de refuser son consentement, qu'il ait des doutes : sur la réalité du prix déclaré (cf. les diverses lois modernes réprimant la fraude fiscale), sur les aptitudes ou la solvabilité du nouvel exploitant. Il doit, dans ce cas, prendre la vente à son compte et verser à son tenancier le prix offert par l'acheteur, ce qui lui permettra de

récupérer l'intégralité de son droit de propriété dont le démembrement disparaît avec l'emphytéose.

On s'est inspiré dans le contrat de fief de notre ancien droit de cette technique, notamment pour élaborer les règles du retrait féodal (cf. une autre origine : retrait exercé par le débiteur en cas de cession de créance, t. I, n° 215 ss.). Mais par-delà la technique, l'évolution de l'emphytéose reste un bon exemple d'un démembrement du droit de propriété susceptible de conduire à un transfert, à une dépossession du propriétaire par l'exploitant. Exemple fréquent dans notre ancien droit, mais qui présente ici l'originalité de se situer dans une conjoncture économique et non pas politique.

ÉTAT DES QUESTIONS

Les concessions à long terme. — L'étude des structures foncières de l'antiquité a fait récemment d'importants progrès. Ils tiennent à la découverte d'inscriptions (Afrique du Nord, et plus récemment du cadastre d'Orange, v. PIGANIOU, *CRAI*, 1950, p. 60 sq., et 1954, p. 302 sq. ; RIDA, 1953, p. 361 sq. ; RHD, 1954, p. 458 ; Iura, 1954, p. 583 ; Gallia, 13, 1, p. 1 sq.), mais aussi à l'emploi de la photographie aérienne. Ce dernier procédé a permis de retrouver l'ancienne répartition des parcelles cultivables en centuries (carrés d'une surface de 200 jugères : le jugère correspondant à 25 ares environ). La constatation est surtout frappante en Afrique du Nord où les transformations économiques ont été peu importantes.

Il ne fait pas de doute que pour l'étude des structures rurales, une large place doit être faite à la géographie. Une connaissance des lieux est aussi utile que l'examen des textes, pour comprendre l'état d'une civilisation agraire. V. par exemple, pour la Tunisie, les études aussi suggestives que peu conformistes de C. SAUMAGNE, *Revue de philologie*, 1927, p. 50 sq. ; AHES, 1934, p. 351 ; *Byzantion*, 1937, p. 487 ; RA, 1936, p. 485 sq., et en dernier lieu le très remarquable ouvrage de G.-Charles PICARD, *La civilisation de l'Afrique romaine*, Paris, 1959.

Le droit de superficie. — Bien que négligée par le C. C. (art. 553), la question tend à prendre naturellement une place de choix dans l'évolution du droit de propriété, notamment de la propriété rurale. Le propriétaire du sol a le plus souvent des bâtiments vétustes ou peu en harmonie avec l'industrialisation de l'agriculture. Les constructions faites par le fermier ne peuvent que renforcer sa supériorité économique. Si l'encouragement de l'initiative privée et la « conservation des valeurs économiques créées » restent conformes au but de l'institution, les dévaluations monétaires, beaucoup plus fréquentes à notre époque que dans l'Antiquité, ont considérablement modifié le problème des indemnités mises à la charge du propriétaire (v. CARBONNIER, p. 238).

Conformément à la tradition romaine, notre doctrine moderne admet que la superficie « constitue, comme le fonds lui-même, une propriété immobilière » (PLANIOL-PICARD, t. III, n° 331), tandis que le droit italien y voit un droit *sui generis* (PUGLIESE, Della superficie, dans *Commentario, Cod. civ.*, 1946, p. 432). Raffinant sur les théories de l'époque classique, la doctrine byzantine qualifie de servitude les rapports qui existent entre le sol (fonds servant) et la superficie (fonds dominant). Le principal problème à résoudre demeure celui de l'importance des remaniements opérés par les compilateurs de Justinien. La nature du droit de superficie est encore discutée par la doctrine. La thèse de BIONDI, selon laquelle il existe « une tendance incontestable de Justinien à considérer comme propriétaire le titulaire de la superficie » (*Istituzioni*, p. 307, n. 6), est reprise notamment par BRANCA, *Considerazioni intorno alla proprietà superficaria nel diritto giustiniano*, dans *RIDA*, 1950, p. 189 sq. ; cf. MASCHI, *Fonti giustinianee e fonti bizantine in tema di proprietà superficaria*, dans *Festschrift Pringsheim*, p. 94 sq. ; *Proprietà divisa per piani, superficie e l'estensione ai provinciali del principio superficies solo cedit*, dans *Studi Arangio-Ruiz*, t. IV, p. 135 sq. (et *Atti VIII Congr. intern. studi bizantini*, 1953, II, p. 350 sq.). *Contra* : KADEN, c. r. de VOGT, *Das Erbbaurecht des Klassischen römischen Rechts*, dans *ZSS*, 1951, p. 607 sq. ; PUGLIESE, c. r. de VOGT, dans *SDHI*, 1951, p. 364 sq. ; LA ROSA, dans *AUCT*, 1951, p. 286 sq. et SOLAZZI, *La superficie nel diritto giustiniano*, dans *AG*, 1954, p. 24, qui considère le droit de superficie comme un *jus in re aliena*.

V., en dernier lieu, les nuances apportées par PASTORI, *Superficie e negozio costitutivo*, dans *Studi Biondi*, t. II, 1965, p. 383-410.

La concession d'ager vectigalis. — Elle se présente habituellement sous la forme d'une location perpétuelle. Très largement employée pour l'exploitation des domaines de l'Etat, elle se concilie avec la pratique des baux de cinq ans, qui s'était perpétuée après que les censeurs en eurent institué l'usage sous la République. Les tenures perpétuelles du Haut-Empire paraissent, en effet, « procéder plutôt de baux à court terme indéfiniment renouvelés et finissant par être sous-entendus et non de concessions perpétuelles expresses » (G. BOYER, *Cours*, I, p. 83).

Les travaux de LANFRANCHI demeurent fondamentaux : *Studi sull'ager vectigalis* : I. *La classicità dell'actio in rem vectigalis*, Faenza, 1938 ; II. *Il problema della usucapibilità degli agri vectigales*, dans *AUCA*, 1939, p. 163 sq. ; III. *La trasmissibilità a titolo particolare del ius in agro vectigali*, dans *Annali Triestini*, 1940, p. 1 sq. V. également de MARTINO, *Ager privatus vectigalisque*, dans *Studi de Francisci*, t. I, p. 555 sq., et surtout l'excellente monographie de BOVE, *Ricerche sugli « Agri vectigales »*, *Pubblicazioni della Facoltà giuridica dell' Università di Napoli*, Naples, 1960, qui met l'accent sur la spécificité des concessions, chaque concessionnaire de *l'ager vectigalis* ayant ses droits propres.

L'emphytéose. — Le régime de la concession a certainement varié non seulement en fonction du temps et de l'espace, mais de son objet : terres publiques, privées ou ecclésiastiques. V. HAJJE, *Etudes sur les locations à long terme et perpétuelles dans le monde romain*, Thèse, Paris, 1926, p. 142 sq.

CHAPITRE II

LES SERVITUDES EN DROIT ROMAIN

Ce sont des droits réels démembrés du droit de propriété, établis sur la chose d'autrui. Servitude évoque l'idée d'asservissement. Le bien qui est soumis à ce droit n'est plus libre, il ne procure plus à son maître la propriété complète. Le fonds « le meilleur de tous » (*optimus maximus*) est celui qui n'est pas grevé de servitude. La servitude est un « état du fonds » qui est, à cet égard, comparable à « l'état des personnes ». On parle d'un fonds servant ou *qui servit*, comme d'une personne qui a perdu son indépendance (BIONDI, p. 280). C'est une qualité inhérente au fonds au même titre que la *bonitas*, la *salubritas* ou l'*amplitudo* (D., 50, 16, 86).

C'est le domaine par excellence de la pratique et de la réglementation, il est peu propice aux théories générales. Celles-ci ont cependant tenté les juristes byzantins et l'on assiste au Bas-Empire à un essai de synthèse plus formelle peut-être que réelle. Il aboutit à une classification de servitudes en deux grandes catégories : 1) Les *servitudes prœdiales* ; et 2) Les *servitudes personnelles*.

Toutes deux sont des droits *réels* établis sur la chose d'autrui, mais les servitudes prœdiales le sont *au profit d'un fonds* (*prædia*) et sont donc perpétuelles, tandis que les servitudes personnelles, droits réels établis au profit d'une personne, sont temporaires et en général viagères.

§ 1. LES SERVITUDES PRÆDIALES

[218] Leur existence est impliquée par la vie en société, par l'apparition de la propriété privée immobilière. Dès les origines de Rome, les servitudes sont connues et la *Loi des XII Tables*

les régleme[n]te. L'ancienneté des servitudes est attestée par la conception réaliste que l'on s'en fait et qui a laissé des traces dans les textes juridiques de l'époque classique. Les servitudes les plus anciennes — passage, aqueduc — sont considérées non comme des droits mais comme des entités matérielles, des objets de propriété (v. les textes dans BIONDI, *Le servitu prediali...*, p. 36 sq.). Cette vision concrète originelle concorde avec : 1) Le principe de *typicité des servitudes* qui domine tout l'ancien droit romain ; à l'époque classique, au contraire, les jurisconsultes dégageront les caractères essentiels des servitudes prédiales qui permettront l'esquisse d'une 2) *Théorie générale*.

1) *La typicité des servitudes prédiales*

[219] LE PRINCIPE. — Dans l'ancien droit romain, la volonté n'a pas d'efficacité pour créer un acte juridique, elle ne permet que de choisir parmi les actes dont le droit limite le nombre et règle le contenu. Cette rigidité primitive des cadres juridiques caractérise le droit des obligations (t. I, p. 14). Elle présente les avantages inhérents au formalisme : facilité des preuves, certitude quant aux effets ; la qualification des rapports juridiques est un facteur de sécurité apprécié des praticiens même de nos jours (t. I, nos 39 et 49). Elle est, en outre, impliquée par une science du droit qui procède de cas particuliers et répugne à l'abstraction. Praticiens, les premiers jurisconsultes n'ont pas goûté les vertus d'une théorie générale des obligations. S'élevant au-dessus du cas particulier, sans rompre pour autant avec la tradition, leurs successeurs ont fait l'effort d'abstraction suffisant pour dégager des types généraux de contrat et pour élaborer à partir de ces types la plupart des règles fondamentales du droit des obligations.

En matière de servitudes, les types créés sont moins généraux, ils restent très proches des situations concrètes. Dès lors, pour répondre aux besoins de la vie économique, de l'agriculture surtout, il deviendra impossible de respecter le principe de typicité, on ne pourra sanctionner les situations particulières nouvelles en se référant à un modèle, on validera des formes de servitudes aussi variées que peut l'être l'utilité procurée à un fonds par un autre. Rapport entre deux fonds, c'est ce qui

explique la primauté du concret. L'impression d'effacement des individus, c'est-à-dire des propriétaires du fonds servant et dominant, est encore accentuée par l'abstraction que l'on peut faire des tiers. Au contraire, les répercussions éventuelles des conventions sur les ayants cause des parties au contrat constituent un important facteur d'évolution de la technique, en incitant le juriste à s'élever au-dessus des cas d'espèce.

Le particularisme apparaît très poussé pour les servitudes constituées entre des immeubles qui se trouvent à la campagne, c'est-à-dire pour : 1) les *servitudes rustiques*. En ville, en revanche, l'établissement 2) des *servitudes urbaines* a un caractère économique moins marqué : il se justifie souvent par l'agrément, réciproquement il faut éviter de gêner les voisins plus proches et plus nombreux. En raison de l'ampleur des répercussions de l'initiative privée sur le groupe, l'État va intervenir de plus en plus avec les règlements d'urbanisme. Le jeu des libres rapports entre voisins est sans cesse réduit par l'extension des notions d'utilité publique et d'abus du droit. [220] **SERVITUDES RUSTIQUES** (D., 8, 3). — Ce sont les plus anciennes et, par suite, les survivances de la confusion primitive entre servitude et droit de propriété y sont plus marquées. Usage de l'eau et passage, les premières servitudes connues sont considérées comme des droits corporels (BIONDI, *La categoria romana delle servitutes*, Milan, 1938, p. 659).

Les servitudes relatives à l'usage de l'eau sont particulièrement importantes pour un peuple méditerranéen, c'est la servitude d'aqueduc, c'est-à-dire le droit de faire couler l'eau à travers le fonds d'autrui pour la conduire sur sa propre terre (I., 2, 3, pr.), qui en est le type originel. Plus récentes sont les servitudes relatives à la prise d'eau et à l'abreuvoir. Utilisation en fonction du débit (D., 8, 3, 2, 2.), mais toujours en faveur du seul fonds dominant (D., 8, 3, 24), empirisme des solutions qui tiennent compte des situations de fait et des usages locaux (D., 39, 3, 17, 1), souci de concilier l'utilité retirée par le fonds dominant avec l'incommodité subie par le fonds servant (D., 43, 21, 3, 2 ; cf. 43, 21, 2 et 1, 11 ; 8, 3, 15), telles sont les caractéristiques de ces servitudes. Elles sont en rapport étroit avec les servitudes de passage, la concession du droit de

puisage faisant supposer celle du chemin pour arriver au point d'eau (D., 8, 3, 3). Mais les servitudes de passage, pour variées qu'elles soient, remontent toutes à une époque ancienne. *Iter, actus, via*, ces termes traduisent un crescendo dans l'autorisation de passage : passage de l'homme à pied ou à cheval, passage d'animaux ou de voitures (D., 8, 3, 7, et 12), passage au sens le plus large du terme, enfin, comprenant le charroi de matériel. Par suite de cette progression d'ampleur dans le droit accordé, l'*actus* sous-entend l'*iter*, et la *via* comprend les deux autres formes de passage (D., 34, 4, 1). La largeur de la *via* est fixée par la *Loi des XII Tables* : huit pieds en ligne droite, douze dans les tournants (D., 8, 3, 8). Là encore, tout est fonction de l'utilisation et de l'utilité, pour le fonctionnement comme pour la délimitation de la servitude (D., 8, 3, 7 et 26).

En droit classique, de nouvelles formes de servitudes rustiques sont créées en grand nombre : droit d'établir un four à chaux sur le terrain d'autrui, de prendre dans ce terrain : du sable, de la terre, des pierres, pour bâtir sur son fonds, droit d'y couper des échaldas pour ses vignes, d'y construire des abris pour ses bergers et son bétail, etc. (D., 8, 3, 5 et 6). Ces droits ne sont des servitudes prédiales que dans la mesure où ils profitent à un fonds, s'ils profitent à une personne (extraction d'argile pour faire des cruches que l'on vendrait, par exemple), il s'agit d'une servitude personnelle, d'un usufruit (D., 8, 3, 6).

Les servitudes rustiques récentes apparaissent plus spécialisées que les servitudes originelles (servitudes relatives au passage et à l'utilisation de l'eau). Le caractère plus typique de ces dernières est attesté par le fait qu'elles débordent de la catégorie des servitudes rustiques, on les retrouve parmi les servitudes urbaines. Bien que présentant alors quelques particularités, l'utilisation des immeubles n'étant pas la même à la ville qu'à la campagne (par exemple, la servitude de passage s'exerce habituellement de jour, en ville : D., 8, 4, 14), elles n'offrent aucune différence fondamentale.

[221] SERVITUDES URBAINES (D., 8, 2). — Selon la tradition, c'est la reconstruction de Rome, après son incendie par les Gaulois, qui serait à l'origine de ces servitudes. Les maisons sont reconstruites en désordre et sans tenir compte de la règle

de l'*ambitus* (espace libre de cinq pieds entre chaque maison, prévu par la *Loi des XII Tables*), l'enchevêtrement des immeubles multiplie les rapports de voisinage et développe les servitudes.

La servitude d'égout (*cloaca*), la plus ancienne (TITE-LIVE, 5, 55), est peut-être antérieure à la reconstruction. Elle permet de faire passer une canalisation souterraine sous l'immeuble d'autrui pour rejoindre le grand collecteur qui conduit les eaux usées au Tibre. Viennent s'y ajouter les servitudes d'écoulement des eaux de pluie, la servitude d'appui qui permet d'adosser une construction à un mur non mitoyen de l'immeuble voisin (ou d'installer sur cet immeuble : une terrasse, une pièce dépendant du fonds dominant), la servitude de vue et de jour, etc. Cette dernière servitude existe sous des formes variées : interdiction d'ouvrir des fenêtres sur le fonds voisin, servitude de vues étendues interdisant toute construction ou plantation sur le fonds servant, si elles doivent gêner la vue du fonds dominant.

Beaucoup plus qu'à la campagne, les rapports de voisinage sont, en ville, la norme, et le droit de propriété s'en trouve d'autant réduit (v. *supra*, n° 59). La « fraternité négative » devient principe, tout ce qui n'est pas permis est interdit : le propriétaire ne peut modifier unilatéralement l'état des lieux. Cette servitude générale du *statu quo* n'est renversée que par la constitution de servitudes particulières permettant de modifier l'état des lieux. C'est ainsi qu'apparaissent : un droit de surélever une maison ou de construire sur un terrain nu (*jus altius tollendi*), un droit de démolir et de ne pas reconstruire (*jus non altius tollendi*). Encore ces droits ne peuvent-ils s'exercer d'une façon absolue et sans d'autre motif que celui de gêner le voisin (D., 6, 1, 38 : abus du droit, v. *supra*, n° 50).

Le conservatisme ne suffit pas à résoudre les problèmes de voisinage, il faudrait pouvoir y ajouter l'immobilisme, l'activité des individus se répercutant, en effet, sur les voisins — odeur, fumée, eau — elle pose par là même le problème de l'immixtion. On a essayé de le résoudre par le « chacun chez soi » (D., 8, 5, 8, 5), mais le principe du vase clos a été assoupli par l'idée de tolérance (D., 8, 5, 8, 6 ; 8, 2, 19, pr. ; 8, 5, 17, pr.). Il existe des

« obligations ordinaires du voisinage » (IHERING, cf. PLANIOL-PICARD, t. III, p. 463). On doit tolérer l'usage normal de la chose d'autrui (fumée de chauffage et non d'usine : D., 8, 5, 8, 5 et 6), et par voie de conséquence, supporter chez soi une immixtion sans gravité (BRONDI, p. 264 : interdiction des actes *ad aemulationem* : cf. C. C. ital., art. 833). Si le propriétaire est, au Bas-Empire, de plus en plus soumis à l'intérêt général, le souci que l'on a de concilier l'utilité des uns et l'incommodité des autres, contribue également à donner à la propriété une fonction sociale. Dans les grandes villes, et spécialement à Rome, les règlements d'urbanisme et de voirie se multiplient sous l'Empire. Le respect de ces règlements est assuré par la contrainte administrative et par l'emploi de la dénonciation de nouvel œuvre (*operis novi munitio*, v. *supra*, n° 177), que tout citoyen peut intenter en pareil cas comme représentant de l'intérêt commun (BOYER, *Cours*, I, p. 85).

2. La théorie générale

[222] Dès l'époque classique, on en arrive, en matière de constitution de servitudes, à la reconnaissance de l'autonomie de la volonté. La liberté laissée aux parties rend d'autant plus nécessaire l'élaboration de règles, et les jurisconsultes, selon leur méthode habituelle, les dégageront à l'occasion de cas particuliers. Les interprètes y trouveront les éléments de nos A) *principes* et de notre B) *technique moderne*.

A) LES PRINCIPES. — La servitude est un 1) Droit réel ; 2) Accessoire ; et par là même : 3) Indivisible ; et 4) Perpétuel.

1) *Réalité*. — Droit réel sur la chose d'autrui, une servitude ne peut exister entre deux fonds appartenant au même propriétaire, d'où l'adage : *nemini res sua servit* (cf. D., 8, 2, 26 ; 8, 3, 33, 1 ; 7, 6, 5, pr. : le principe est énoncé dans le C. C. ital., art. 1027). Certes, le propriétaire des deux fonds peut utiliser l'un au profit de l'autre, mais il exerce ce droit en tant que propriétaire, non comme titulaire d'un droit de servitude. La propriété, droit réel le plus complet que l'on puisse avoir sur une chose, englobe nécessairement les droits réels démembrés du droit de propriété.

a) *Charge réelle* passivement, la servitude ne peut grever qu'un bien, le fonds servant : *Servitus in faciendo consistere nequit* (la règle, formulée par les interprètes, a été tirée du D., 8, 1, 15, 1). N'ayant point, comme les rédacteurs de notre Code civil, la hantise d'une résurgence des corvées féodales, les Romains appliquent le principe en dehors de toute préoccupation politique. Le propriétaire du fonds servant est tenu de laisser jouir, de ne pas faire, son obligation ne comporte pas un *facere*.

Une exception est admise dans le cadre des servitudes d'appui, qui font peser à la charge du propriétaire du fonds servant l'obligation d'entretenir en bon état le mur sur lequel le propriétaire du fonds dominant aura le droit d'adosser sa construction (D., 8, 5, 6, 2). L'obligation n'en reste pas moins « une charge réelle, accessoire de la servitude, une modalité de la servitude qui grève le fonds assujéti à perpétuité, mais dont le propriétaire peut toujours s'affranchir en faisant l'abandon du fonds » (PLANIOL-PICARD, t. III, n° 942 ; cf. D., 8, 5, 6, 2).

b) *Droit réel* activement, la servitude doit être établie en faveur du fonds et non de la personne (C. C., art. 686). Il doit y avoir un *rapport de nature* entre l'objet de la servitude et l'usage du fonds dominant (D., 8, 1, 8, pr. ; 8, 4, 1, 1). La servitude doit profiter à la personne ès qualité de propriétaire. Le droit de se promener, de cueillir des fruits ou des fleurs sur le terrain d'autrui ne constitue pas une servitude, mais un droit d'usage.

La servitude, au contraire, doit augmenter *l'utilité* du fonds dominant (D., 8, 1, 15, pr.), mais l'utilité est entendue au sens large et comprend le simple *agrément* (D., 43, 20, 3, pr.). Droit réel, la servitude apparaît liée au fonds dominant, elle en est l'accessoire.

2) *Caractère accessoire*. — Les servitudes sont des *qualités* du fonds dominant (D., 50, 16, 86). Elles se transmettent nécessairement avec lui (D., 21, 2, 75), elles sont inaliénables séparément (cf. en droit français moderne : PLANIOL-PICARD, t. III, n° 891).

3) *Caractère indivisible*. — Etant une qualité du fonds, la servitude est indivisible, c'est-à-dire qu'elle ne peut disparaître

en partie (D., 35, 2, 1, 9 ; cf. C. C., art. 700, 709 et 710). Si un fonds servant ou dominant devient objet de copropriété, tout copropriétaire du fonds dominant aura un droit entier à l'exercice de la servitude, et tout copropriétaire du fonds servant sera tenu de supporter l'exercice intégral de la servitude. Si l'immeuble indivis est partagé, chaque lot du fonds dominant garde son droit à la servitude entière et chaque lot du fonds servant supportera cet exercice, dans la mesure où l'exercice de la servitude porte sur l'ensemble du fonds servant (D., 8, 3, 23, 3 ; 8, 3, 25).

4) *Caractère perpétuel.* — Il découle du caractère accessoire. Nécessaire à l'usage d'un fonds, la servitude est perpétuelle comme lui. A l'origine, ce caractère découlait des modes de constitution des servitudes (*mancipatio, in jure cessio*) qui ne comportaient ni terme ni condition. Par la suite, avec l'emploi de la stipulation dans laquelle on peut insérer une clause résolutoire, le caractère de perpétuité n'apparaît plus conditionné par la forme, il relève de la nature de la servitude. Traditionnellement, une *causa perpetua* était exigée pour l'établissement d'une servitude (une citerne ne peut faire l'objet d'une servitude de puisage, car il n'y a ni *perpetua causa*, ni *viva aqua* : D., 43, 22, 1, 4 ; cf. 8, 3, 9), et l'exigence est énoncée sous une forme générale (D., 8, 2, 28). Dans les compilations de Justinien, tout en reconnaissant que la servitude a vocation à la perpétuité, on admet la validité des conventions contraires (D., 8, 1, 4, pr. ; cf. en droit français moderne : PLANIOL-PICARD, t. III, n° 892).

[223] B) LA TECHNIQUE. — Qualités du fonds dominant, les servitudes ont toujours été en corrélation étroite avec le droit de propriété, mais l'autonomie de la volonté oblige les juristes à élaborer des règles plus souples et plus détaillées tant pour les 1) *Modes de constitutions des servitudes*, que pour leur 2) *Extinction* et leurs 3) *Sanctions*.

1° *Modes de constitution des servitudes.* — a) Dans l'ancien droit et à l'époque classique, l'évolution du *jus civile* traduit la différenciation que l'on tend à opérer entre la propriété et les servitudes considérées comme des choses incorporelles ; b) Dès l'époque classique, tout en précisant la différence, le magis-

trat va étendre aux servitudes la technique de la *possession*.

a) En droit civil, on a d'abord employé pour constituer les servitudes prédiales rustiques les mêmes techniques que pour l'acquisition de la propriété (*mancipatio, in jure cessio*, usucapion jusqu'à la loi Scribonia, qui l'interdit à la fin de l'époque classique : D., 41, 3, 4, 28). Au cours de l'époque classique, les juriconsultes classent les servitudes parmi les choses incorporelles (GAIUS, 2, 17). Si l'*in jure cessio* peut être employée pour toutes sortes de servitudes, il existe des modes de constitution plus simples : legs, aliénation d'un fonds déduction faite d'une servitude que retient le vendeur, *adjudicatio*. Choses incorporelles, les servitudes, n'étant pas susceptibles de possession, ne peuvent faire l'objet d'une tradition, ni être acquises par la possession prolongée (D., 41, 3, 10, 1 ; GAIUS, 2, 19 et 28).

b) En corrélation avec la décadence de la typicité des servitudes et avec l'autonomie de la volonté qui en résulte, le préteur admet que les servitudes puissent être constituées sur les fonds provinciaux par un pacte accompagné de stipulation (GAIUS, 2, 31). Contrairement à la règle générale (v. t. I, n° 3), la seule convention crée un droit réel et non une simple obligation (cf. pactes adjoints à la vente, pacte d'hypothèque : t. I, nos 262 et 332). Cette dérogation aux principes entérine certaines pratiques existant dans les provinces orientales où l'on admettait, avant la conquête romaine, la constitution de servitudes par simple accord de volontés ou par rédaction d'un écrit.

Les fictions (quasi). — Autre dérogation aux principes : l'extension de la notion de possession à ces choses incorporelles que sont les servitudes. L'intérêt pratique pousse le pouvoir judiciaire à intervenir en ce sens, à partir d'une époque mal précisée. Susceptibles de *quasi-possession*, les servitudes peuvent dès lors faire l'objet d'une quasi-tradition (D., 8, 1, 20). Parallèlement, le préteur a pu prendre en considération le long usage et rétablir l'usucapion (D., 39, 3, 1, 23). L'intérêt pratique de cette mesure est évident, la prescription ne joue pas seulement le rôle de mode d'établissement des servitudes, elle est surtout utilisée comme présomption de l'existence du droit (D., 8, 5, 10 pr.).

Pour être utile, la possession doit être sans vices (D., *Ibid.*),

surtout elle ne doit pas être clandestine. Ce principe est appliqué avec rigueur dans notre Code civil (art. 691), la servitude doit être continue et apparente, sinon il s'agit d'acte de simple tolérance (cf. art. 2232, v. MAZEAUD, t. II, n° 1718). Bien que favorables aux servitudes, à la différence de nos codificateurs hantés par la féodalité, les jurisconsultes ont commencé par admettre l'usucapion dans des hypothèses éminemment propices en raison de l'usage immémorial (D., 39, 3, 2, 8) et de l'apparence. Tel est le cas de la servitude d'aqueduc (D., 39, 3, 26 ; 43, 20, 3, 4). Les juristes de l'époque classique ont été également sensibles au vice de discontinuité (D., 8, 1, 14, pr. : idée qui, reprise par les glossateurs, sera retenue par notre C. C., *contra* : C. C. ital., art. 1061, qui modifie l'art. 617 ancien). Les compilateurs byzantins généraliseront les cas d'espèce de l'époque précédente : pactes et stipulations utilisés pour les fonds non provinciaux (I., 2, 3, 4), règles de la prescription étendues à toutes les servitudes (C., 7, 33, 12, 4). Des trois modes d'établissement des servitudes que connaissent les droits modernes : titre, prescription, *destination du père de famille*, ce dernier seul n'est dégagé que de façon très imparfaite dans les compilations de Justinien.

Destination du père de famille. — Si un testateur laisse à deux légataires deux champs, dont l'un n'est accessible qu'en traversant l'autre, le légataire du fonds enclavé peut exiger que le droit de passage lui soit accordé, par suite de l'intention probable du *de cuius*. Pareillement, le juge de l'action en partage peut constituer les servitudes nécessaires pour l'exploitation des immeubles mis dans un lot, en tenant compte de la disposition des lieux. Ces solutions pratiques sont à l'origine des art. 692 sq. de notre Code civil, mais dans les textes romains, la servitude n'est pas créée par la seule disposition des lieux, il faut, pour ce faire, utiliser un des modes constitutifs ordinaires.

[224] EXTINCTION DES SERVITUDES. — Accessoire de la propriété, la servitude est, comme elle, sinon perpétuelle du moins permanente ; mais démembrement de la propriété, la servitude engendre une situation exorbitante du droit commun qui attribue au propriétaire la plénitude de la jouissance de la chose et le droit d'en disposer. Dès lors, l'extinction des servi-

tudes considérée comme un retour à la norme, sera favorisée à l'encontre de l'extinction du droit de propriété qui, en créant un bien sans maître, est une source d'inconvénients pour la société. Les servitudes s'éteignent : a) Par l'impossibilité matérielle ou juridique de les exercer ; b) Par *renonciation* ; ou c) Par *non-usage*.

a) L'impossibilité matérielle varie selon le contenu de chaque servitude (la disparition de la source entraîne celle de la servitude de puisage, la démolition de l'immeuble produit le même effet à l'égard de la servitude d'appui). Les servitudes rustiques ne s'éteignent vraiment que par un non-usage correspondant au temps légal de prescription (D., 8, 6, 14, pr. ; cf. C. C., art. 704 et C. C. ital., art. 1074). Les servitudes urbaines, éteintes par la destruction de l'immeuble dominant ou servant, peuvent être rétablies en cas de reconstruction (D., 8, 2, 20, 2).

L'impossibilité juridique peut résulter de la réunion sur la même tête de la propriété du fonds servant et dominant (*nemini res sua servit*). Si par la suite, les deux fonds appartiennent à deux propriétaires différents, la servitude ne pourra reparaître que grâce à un nouvel acte de constitution. L'impossibilité juridique peut provenir enfin de la mise hors commerce du fonds servant, la même transformation du fonds dominant laissant subsister la servitude à son profit.

b) La servitude peut s'éteindre par *renonciation* du propriétaire du fonds dominant. Renonciation solennelle à l'origine (*in jure cessio*), par simple pacte ensuite, ou même tacitement (D., 8, 6, 8, pr.).

c) Le *non-usage*, qui ne doit pas être confondu avec l'impossibilité d'exercice, entraîne extinction au bout d'un certain délai : deux ans en droit classique, dix à vingt ans sous Justinien (selon que le délai joue entre présents ou absents : C., 3, 34, 13 ; C. C., art. 706 : trente ans). Ici encore, la différence entre servitudes urbaines et rustiques (D., 8, 2, 6) est d'autant plus utile que l'appréciation du non-usage est essentiellement fonction de la façon dont on exerce la servitude. L'empirisme, qui est à l'origine de la classification, est également à la base de la distinction faite entre les servitudes d'exercice permanent

(servitude de vue, servitude de ne pas bâtir) et celles qui ne sont exercées qu'à de longs intervalles.

Pour les premières, qui groupent essentiellement les servitudes urbaines, le non-usage aura pour point de départ l'exécution de travaux s'opposant à la jouissance de la servitude : surélévation d'une maison, par exemple, contrairement à la servitude non *altius tollendi* (le non-usage est accompagné d'une usucapion de la liberté par le propriétaire du fonds servant ; *non usus* et *usucapio libertatis* sont dans un rapport de cause à effet : v. BIONDI, p. 292). C'est pour les secondes, que le délai général de prescription de deux ans a paru trop bref. Ainsi une servitude de passage pour l'exploitation d'une forêt ne sera utilisée qu'aux époques où il sera fait une coupe.

[225] SANCTION. — La confusion originelle entre la servitude et la propriété a fait d'abord utiliser l'action en revendication pour affirmer ou pour nier l'existence d'une servitude. Parallèlement, l'exercice des servitudes est protégé par un certain nombre d'interdits qui remplissent le rôle des interdits possessoires. Ces moyens de droit sont accordés et organisés en fonction des nécessités pratiques et sont adaptés aux différents types de servitudes. Par suite des exigences d'hygiène publique, la servitude d'égout est protégée par un interdit qui exige seulement du demandeur la preuve de l'existence de la canalisation qu'il veut réparer, même sans juste titre ni bonne foi, et même si sa possession est vicieuse. Il existe, enfin, des procédures générales qui permettent au propriétaire du fonds dominant de faire respecter son droit (action confessoire, qui est une action réelle), et au propriétaire d'un bien d'affirmer qu'il n'est pas soumis à une servitude (action négatoire qui coexistait avant Justinien avec l'*actio prohibitoria*, procédure d'urgence, semble-t-il, voisine de la dénonciation de nouvel œuvre).

Bien que le nu-propriétaire reste juridiquement possesseur, on permet à l'usufruitier, ainsi qu'à tout titulaire de servitudes personnelles (droit d'usage ou d'habitation), d'exercer, à titre utile, les interdits possessoires (MONIER, I, n° 318).

§ 2. LES SERVITUDES PERSONNELLES

[226] Ce sont des droits réels institués au profit d'une personne. 1) A côté de l'*usufruit*, le plus important, on range dans cette catégorie : 2) Des droits rudimentaires, sortes de réduction de l'*usufruit* : l'*usage*, l'*habitation*, les services (*operae*) d'un esclave.

I. — L'*usufruit*

« C'est le droit d'user et de jouir des choses d'autrui en en conservant la substance » (D., 7, 1, 1 ; cf. C. C., art. 578 ; au contraire, le C. C. ital., art. 981, ne mentionne que la jouissance, le *fructus* englobant l'*usus*, cf. *Paul. Sent.*, 3, 6, 24 et D., 7, 8, 14, 1). En dépit du lustre que les commentateurs de droit romain conféreront à l'*abusus*, ce droit qui est le lot du nu-proprétaire est considéré comme peu profitable (*in universum inutilis* : D., 7, 1, 3, 2 ; I., 2, 4, 1).

Il y a là une dissociation illogique et anti-économique, qui s'explique par des circonstances exceptionnelles mais ne peut durer : l'*usufruit* est par essence un droit temporaire (I., 2, 4, 1). Il est en général viager et prend fin à la mort de l'*usufruitier* (cf. C. C., art. 617, al. 2). Temporaire, l'*usufruit* est également divisible (D., 7, 1, 5), caractères qui s'opposent à ceux des servitudes prédiales.

Démembrement du droit de propriété, l'*usufruit* n'a jamais concurrencé celui-ci, il en a seulement prouvé l'élasticité (sur la chimère d'en faire un instrument révolutionnaire pour abolir la propriété sans douleur, les propriétaires devenant *usufruitiers* et l'Etat nu-proprétaire, v. CARBONNIER, II, p. 112). La confrontation *usufruit*-propriété a profité à cette dernière (v. *supra*, n° 43). Sur le plan technique, l'*usufruit* et la nue-propriété sont deux notions qui se complètent, ce sont deux droits parallèles. Si théoriquement, *usufruitier* et nu-proprétaire sont des voisins qui s'ignorent, il n'en va pas de même sur le plan économique. Séparés par une 1) *Mitoyenneté platonique*, en raison de leurs intérêts divergents, ils sont poussés à devenir rivaux s'ils ne peuvent aboutir à un mariage de raison. En fait, l'institution comporte des 2) *Virtualités d'antagonisme ou de coopération*.

[227] 1) LA MITOYENNETÉ PLATONIQUE. — L'usufruit se présente comme un mode d'appropriation des fruits. Certes, l'*usus* est impliqué par le *fructus*, mais le but de la technique est l'acquisition des fruits (*ususfructus ex fruendo consistat* : D., 7, 3, 1). Si l'objet de l'usufruit est improductif, les juristes soulignent le caractère anormal de la situation (D., 7, 1, 12, 3 ; 7, 1, 55), ils n'admettent sa validité que par référence au droit de propriété qui peut avoir pour objet des biens qui ne rapportent pas (D., 7, 1, 12, 3). Le gain est de l'essence de l'usufruit, qui se présente dans la plupart des cas sous la forme d'une libéralité *mortis causa*, d'un legs. Rares sont les textes qui se réfèrent à une constitution d'usufruit entre vifs (modes habituels de constitution des servitudes : *per translationem* et surtout *per deductionem*, usufruits légaux enfin : au père sur les biens adventices de son fils, au conjoint survivant sur la dot ou la *donatio*).

[228] *Quasi-usufruit et abusus*. — La pratique a façonné la technique, elle l'a aménagée pour répondre aux aspirations des testateurs. Le *de cuius* peut léguer l'usufruit d'un bien ou de tout ou partie de la succession. Le problème est de savoir comment appliquer l'usufruit à une universalité dont certains éléments peuvent être constitués par des denrées ou du numéraire. De tels biens, consommables par le premier usage, sont sans intérêt pratique pour l'usufruitier. Celui-ci, pour en retirer quelque utilité économique, doit pouvoir en disposer, c'est-à-dire exercer l'*abusus*, attribut du droit de propriété (CICÉRON, *Top.*, 3, 1, 7). Sous le Haut-Empire (1^{er} siècle av. J.-C., s.-c. Néronien), on autorise l'usufruitier à disposer des biens consommables à charge pour lui de promettre, sous garantie, au nu-propriétaire, la restitution de l'équivalent (D., 7, 5, 1 sq. ; cf. C. C., art. 587). Cette situation, qui interfère les caractères de l'usufruit et de la nue-propriété, est connue sous le nom de *quasi-usufruit*. Si l'usufruit a pour objet des biens qui se détériorent par l'usage (vêtements, vaisselle vinaire, meubles meublants), en dépit de l'*abusus* progressif qui en découle, l'usufruitier a le droit d'utiliser normalement ces biens (D., 7, 1, 15, 4 et 5 ; cf. C. C., art. 589, et C. C. ital., art. 996).

La fiction se développe avec l'*usufruit des créances*. L'usu-

fruitier a qualité pour percevoir les intérêts et demander le paiement à l'échéance (pour la restitution du capital, en fin d'usufruit, on applique les règles du quasi-usufruit). A la fin du 1^{er} siècle av. J.-C., toutes les *res*, les droits patrimoniaux peuvent faire l'objet d'usufruit (D., 7, 1, 3 ; 7, 5, 3). Une telle extension annonce l'usufruit de notre droit moderne dont « le caractère spécifique n'est pas d'être réel mais d'être viager, de porter sur des revenus, par opposition au capital dont l'intangibilité s'impose à l'usufruitier » (SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3^e série, Paris, 1959, n^o 468 bis).

[229] *Le bénéficiaire.* — C'est la personne de l'usufruitier, plus que ses droits, qui sépare usufruit et nue-propriété. Normalement, libéralité *mortis causa*, l'usufruit est concédé à un légataire. La prise en considération du bénéficiaire domine l'institution (*ususfructus sine persona esse non potest* : *Frag. Vatic.*, 55), l'usufruit s'éteint en général à la mort de son titulaire, il est par essence temporaire (sinon le droit de propriété serait indéfiniment vidé de son utilité : D., 7, 1, 3, 2), et plus particulièrement viager. A la différence du droit de propriété, il n'est jamais transmissible aux héritiers. Entre vifs, seul l'exercice du droit d'usufruit est cessible et non le droit lui-même (*contra C. C.*, art. 595 et C. C. ital., art. 980, modifiant l'art. 492 du C. C. de 1865). On peut constituer un usufruit pour une durée déterminée, un maximum étant prévu par référence à la vie humaine. Le problème fut posé par la concession d'usufruit à des personnes morales (cités, fondations charitables, églises). D'abord fixée à trente ans (cf. la plupart de nos droits modernes et C. C., art. 619), intervalle moyen séparant deux générations, la durée maxima fut portée, sous Justinien, par faveur pour les bénéficiaires qui sont des institutions pieuses ou charitables, à cent ans (limite de la vie humaine la plus longue : D., 7, 1, 56, *itp.*).

Conformément à sa nature de servitude, l'usufruit s'éteint : par confusion (réunion sur la même tête de l'usufruit et de la nue-propriété), par non-usage (dix à vingt ans sous JUSTINIEN), par renonciation : solennelle d'abord (*in jure cessio*), puis par simple déclaration. Il s'éteint enfin par destruction de la chose

(l'usufruit ne s'applique pas aux restes de la chose détruite). Contrairement à notre droit moderne, il n'existe pas, en principe, de déchéance pour abus de jouissance.

[230] *Pars dominii*. — Bien qu'il soit rangé dans la catégorie des servitudes (D., 50, 16, 25, *pr.*, *itp.*), l'usufruit a été parfois considéré comme une partie de la propriété (*pars dominii* : D., 7, 1, 4 ; cf. *pars rei* : D., 46, 1, 70, 2). C'est dire que si « l'usufruitier et le nu-propiétaire sont l'un en face de l'autre dans la même situation que deux voisins dont les propriétés se touchent et dont les deux droits de propriété existent indépendamment l'un à côté de l'autre » (GIRARD, p. 394), ils ne peuvent pas s'ignorer, ne serait-ce que parce que l'objet de leur droit est le même. Sur le plan économique, ils ne peuvent être que concurrents ou associés.

[231] 2) LES VIRTUALITÉS D'ANTAGONISME OU DE COOPÉRATION. — Ce ne sont pas, en effet, seulement deux voisins, ce sont parfois « deux individus qui sont rivaux » (CARBONNIER, II, n° 36). « L'esprit usufruitier », tourné vers le présent, est d'exploiter le plus possible ; de son côté, le nu-propiétaire peut ne pas être insensible au *votum mortis*.

A Rome, les parties exercent leur droit unilatéralement. Aucun rapport synallagmatique n'existe entre elles. Les critères utilisés pour distinguer les droits de l'usufruitier de ceux du nu-propiétaire sont purement matériels : le temps et la perception.

La perception. — Alors que le possesseur de bonne foi ou le propriétaire acquiert les fruits par la séparation, l'usufruitier doit, pour ce faire, les percevoir (D., 7, 4, 13 ; cf. C. C., art. 585, interprété dans le sens de la perception : PLANIOL-PICARD, t. III, n° 779 ; *contra* C. C. ital., art. 821, qui opte pour la séparation). La perception est un mode d'appropriation plus naturel que la séparation qui apparaît comme le résultat d'une interprétation doctrinale (GROSSO), la perception concorde également avec le but alimentaire originel de l'usufruit (BONFANTE). Tous les fruits perçus, entre le début et l'extinction de l'usufruit, appartiennent à l'usufruitier (D., 7, 4, 10), indépendamment de l'époque de formation des fruits. La règle est simple, « mais, comme toute règle forfaitaire, elle peut aboutir

à des résultats injustes dans beaucoup de cas » (CARBONNIER, n° 33).

Les fruits non perçus par l'usufruitier reviennent au nu-propiétaire, alors que le moment de leur maturité se situerait avant la fin de l'usufruit. Réciproquement, l'usufruitier profitera d'une récolte sans supporter les frais de culture, si l'usufruit est constitué avant la récolte. Sur le plan technique, on évite tout rapport entre les parties. Ces rapports apparaîtront, au contraire, avec la différence, postérieure au droit romain, entre les fruits naturels (récoltes) acquis par perception, et les fruits civils (loyers) acquis jour par jour (C. C., art. 586 ; C. C. ital., art. 821).

Si l'usufruitier perçoit les fruits avant maturité, s'il procède à des coupes de bois avant l'époque normale, il devient néanmoins propriétaire des fruits perçus par anticipation (D., 7, 1, 48, 1). Le nu-propiétaire n'a droit à indemnité qu'en application des règles du droit commun (sanction des délits, par exemple). L'usufruit n'engendre à l'origine aucun devoir réciproque, les obligations qui incombent aux parties s'inspirent d'un idéal abstentionniste.

[232] *Le splendide isolement de la technique.* — Ne tirant aucun profit immédiat de la chose, le nu-propiétaire doit se borner à ne rien faire qui puisse porter atteinte au droit d'usage et de jouissance de l'usufruitier. Il ne peut ni détruire, ni transformer la chose sans l'autorisation de l'usufruitier. Son droit d'*abusus* lui permet d'aliéner la nue-propiété, il garde l'exercice des actions qui protègent la propriété et il n'est astreint à aucune dépense d'entretien ou de réparation.

De son côté, l'usufruitier est enfermé dans un « splendide isolement » : ne pas détruire, ne pas détériorer, simple application du droit commun, l'usufruitier est responsable dans les limites où le serait un tiers (loi Aquilia), « mais pas plus qu'un tiers, il n'est astreint à faire quoi que ce soit sur la chose pour que le propriétaire la retrouve en bon état à la fin de l'usufruit, à soigner l'esclave malade, à éteindre le feu qui a pris accidentellement dans la maison. Pas plus qu'un tiers, il n'est tenu personnellement de rendre la chose à la fin de l'usufruit : le propriétaire n'a pour la reprendre, que l'action qu'il a contre

un tiers quelconque qui fait obstacle à son droit, revendication ou action négative... » (GIRARD, *Manuel*, p. 394).

[233] *La réalité : confiance et rapports.* — En fait, créé surtout par testament, l'usufruit fonctionne dans un climat de confiance réciproque. Contrairement à la pratique moderne, l'acte *mortis causa* occupe à Rome une place prépondérante (v. t. III). Les dernières dispositions du chef de famille s'inspirent des usages, les rapports de confiance sont nombreux à l'époque ancienne où les pressions morales et sociales priment une sanction judiciaire encore élémentaire (v. t. I, n° 23). Il appartient au *pater* de concéder à bon escient l'usufruit ou d'exiger du bénéficiaire la constitution de garanties au profit du nu-propriétaire. A la fin de la République, une réaction se produit contre les excès de l'individualisme engendrés par la pleine liberté testamentaire. Le magistrat qui intervient pour sanctionner la volonté du *de cuius* n'hésite pas, sous couvert d'interprétation, à la modifier. Le préteur accordera ainsi au nu-propriétaire les garanties que le testateur a oubliées, ou n'a pas cru bon de prévoir.

[234] *Les garanties.* — Pour pouvoir obtenir délivrance de la chose, l'usufruitier doit promettre sous caution : 1) De l'utiliser en bon père de famille (D., 7, 1, 15, 4 ; cf. C. C., art. 601 ; C. C. ital., art. 1001) ; 2) De la restituer à la fin de l'usufruit. Ainsi sont créés des rapports entre les parties. L'usufruitier n'a pas seulement des obligations négatives, il doit conserver la substance de la chose (cf. l'idée de destination économique du C. C., art. 578 et C. C. ital., art. 981) et l'administrer avec soin. Cela se traduit par l'obligation de faire des réparations d'entretien, de payer les impôts, de bien cultiver, de combler les vides du troupeau, etc. (D., 7, 1, 7, 2 et 3 et 9 ; 7, 1, 68, 2). La fourniture de caution devient d'ordre public, le constituant d'usufruit ne peut y déroger.

On peut rapprocher l'évolution de l'usufruit de celle qui s'est produite en matière de copropriété (Grosso, *Usufrutto*, p. 121). L'individualisme classique s'est atténué et on a essayé d'organiser l'usufruit, comme l'indivision, dans le sens d'une communauté (v. *supra*, n° 140).

Si le droit romain a progressivement conféré à l'usufruit

un certain caractère contractuel, il n'a pas créé d'obligation à la charge du nu-propriétaire, un concept synallagmatique de l'institution ne sera dégagé que dans notre ancien droit, par DOMAT.

II. — *Droit d'usage et d'habitation*

[235] Si l'usufruit est, en raison de son but originellement alimentaire, un avantage personnel, ce caractère se retrouve encore plus fortement marqué dans le droit d'usage. Succédané de l'usufruit (identité des modes de création et d'extinction : D., 7, 1, 3, 3 ; cf. C. C., art. 625), ce droit réel ne confère que l'*usus* (*nudus usus, id est sine fructu* : D., 7, 8, 1, 7), il est incessible et ne peut même pas être loué (D., 7, 6, 8). Il est habituellement viager et constitué par testament comme l'usufruit. Interprété, à l'origine, de façon restrictive, l'*usus* ne procure que peu de profit à son titulaire. Mais les dispositions testamentaires, plus encore que le droit contractuel, sont la terre d'élection de l'interprétation de la volonté, celle d'un *de cuius* tourné vers l'au-delà apparaît au juriste plus malléable que celle d'un vivant guidé par le profit. Lorsque l'usage de la chose ne présente que peu ou pas d'intérêt (terrain non bâti, troupeau de moutons), la doctrine classique estime que le testateur avait voulu conférer au bénéficiaire un droit plus étendu. On admet que l'usager peut percevoir les fruits et les consommer mais dans la mesure seulement de ses besoins personnels et de ceux de sa famille, sans pouvoir vendre ni donner l'excédent (D., 7, 8, 12, 1 ; 7, 8, 15, pr.). Cependant, il n'y a jamais eu de règles très précises et elles ont été appliquées dans un sens toujours plus favorable à l'usager qui est en général de situation modeste (D., 7, 8, 4). On finit par admettre que l'usager d'une maison d'habitation pouvait louer la partie des locaux qu'il n'occupait pas (D., 7, 8, 2, 1). Si le principe est l'obligation d'user en bon père de famille (D., 7, 8, 15, 1) et de faire les réparations d'entretien (D., 7, 8, 18) : l'application donne lieu à controverses, tout est fonction des circonstances et des considérations personnelles, de l'utilité procurée par la chose et de la situation économique du bénéficiaire.

[236] LE DROIT D'HABITATION. — Il est encore plus rudimentaire que le précédent dont il est une modalité plus ou moins distincte. Droit réel, il peut porter sur un appartement ou sur une seule pièce et son titulaire bénéficie de faveurs spéciales, car il est ordinairement d'humble condition (pas d'extinction par le non-usage ou par la *capitis deminutio*).

ÉTAT DES QUESTIONS

LES SERVITUDES

La classification en servitudes prédiales et personnelles a vu son origine discutée. C'est une des nombreuses victimes de la chasse aux interpolations. La tendance actuelle est aux nuances. Cf. MONIER, I, p. 432, qui croit « possible que la nouvelle classification ait été proposée au cours du III^e siècle par MARCIEN » (D., 8, 1, 1). Si l'expression de servitude personnelle paraît inconnue de la jurisprudence classique, « celle-ci semble avoir eu déjà une vision nette des rapports qui unissent ces deux catégories de droits réels » (BOYER, *Cours*, I, p. 83).

SERVITUDES PRÉDIALES

V. le dernier ouvrage important paru sur cette question de FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Naples, 1967, ainsi que celui de GROSSO, cité *infra*, et, DU MÊME AUTEUR, sur les problèmes des origines : La Genesi delle servitù nel quadro delle prospettive dei problemi di origine, dans *BIDR*, LXX, 1967, p. 105-117.

Comme en droit contractuel, la typicité est essentiellement un problème de procédure. Or, à l'époque classique, les parties n'ont pas seulement la possibilité d'aménager, avec le *modus servitutis*, les servitudes existantes, le droit prétorien permet une adaptation rapide du droit aux nécessités pratiques. Au Bas-Empire, la stipulation est devenue le mode normal de constitution des servitudes (I., 2, 3, 4 ; 2, 4, 1), le principe de la typicité a « substantiellement disparu » (BIONDI, *Istituzioni*, p. 281, n. 7).

D'aucuns considèrent la typicité comme la faute originelle, dont il faut laver la technique pour lui donner son aspect moderne. Dans la mesure, cependant, où les parties deviennent libres de constituer les servitudes à leur guise, la typicité reste un moyen commode pour préciser le but poursuivi par les justiciables. Dans la pratique, on continue de nos jours à nommer les contrats aussi bien que les servitudes. C'est pourquoi « leur étude concrète — un droit spécial des servitudes — pourrait avoir plus d'utilité que la théorie générale à laquelle on s'en tient ordinairement » (CARBONNIER, II, n° 55).

Sur les problèmes que posent les origines de certaines servitudes rustiques, v. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Milan, 1954, 2^e éd., p. 33 sq.

Iter, via, actus, aquaeductus sont des termes qui désignent, encore à l'époque classique, non pas un droit mais une entité matérielle. La différence entre servitudes *rustiques* et *urbaines* est, tout au moins à l'époque classique, une question de fait : la nature de la servitude dépend de la nature du fonds dominant : bâti (*urbanum*) ou non bâti (*rusticum*). Certes, « alors que les servitudes rustiques sont *res mancipi*, elles sont *res nec mancipi*, si elles sont urbaines ; mais cette règle s'explique par des raisons purement juridico-historiques, les premières de ces servitudes étant plus archaïques »... LEMOSSE, Rome et le problème du droit privé des villes, *Recueil de la Société Jean Bodin*, t. VIII : *La ville*, 1957, p. 63. L'auteur note, par ailleurs, très justement que « les principes juridiques romains ignorent donc ce droit urbain, si caractéristique à d'autres époques » (*Ibid.*, p. 63).

Sur l'*operis novi nuntiatio*, v. MASI, Voce « Denuncia di nuova opera e di danno temuto » (Premessa storica), dans *Enciclopedia del diritto*, XII, Milan, 1964, p. 155-168.

Théorie générale. — Pour toutes les questions techniques, on se reportera aux ouvrages de Biondo BIONDI, *La categoria romana delle servitutes*, Milan, 1938 ; *La servitù prediali nel diritto romano*, 2^e éd., Milan, 1954. V. également, en dépit de son objet en apparence limité, l'importante étude de P. BRAUN, *L'acquisition de l'eau en droit romain*, thèse, Droit, Paris. Sur le même sujet, v. une tentative d'explication rationnelle de la structure de servitudes portant sur les eaux dans CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milan, 1966. Les *jura in re aliena* posent des problèmes de technique et de principe, v. un aperçu de leur variété dans ARANGIO-RUIZ, Note brevi sulla struttura dei diritti reali frazionari, *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milan, 1951, p. 501 sq.

SERVITUDES PERSONNELLES

Pour une vue d'ensemble, v. : SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Servitutes personarum*², Catane, 1960 ; PUGLIESE, On Roman Usufruct, dans *Tulane Law Review*, 40, 1966, p. 523-554 ; BREONE, *La nozione romana di usufrutto*, II : *Da Diocleziano a Giustiniano*, Naples, 1967.

La mitoyenneté platonique. — Sur le problème des origines, v. en dernier lieu GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Turin, 1958, p. 13 sq., qui montre la genèse de la technique et les rapprochements possibles avec un concept *vulgaire* de propriété dans le temps (CICÉRON, *Pro Caecina*, 32, 94 ; le transfert de propriété *ad tempus* est interdit au III^e siècle après J.-C. : *Frag. Vatic.*, 283, mais le principe sera progressivement tourné et au C., 8, 54, 2, *itp.*, on entérine son abrogation). Concept *vulgaire* qui se généralisera en Occident, entraînant la confusion entre propriété et usufruit (E. LÉVY, *West Roman Vulgar Law, The Law of Property*, p. 34 sq. et 87 sq.). Que l'usufruit doive beaucoup à la propriété, rien de plus vraisemblable. Selon KASER (*Festschrift Koschaker*, t. I, p. 474), l'usufruit aurait été, à l'origine, assimilé à une propriété des fruits (*contra* : GROSSO). Dans le domaine des concepts, comme dans celui de la technique, il existe deux paradigmes. Cf. pour les contrats, l'influence de la vente sur le louage des

choses frugifères considéré comme une vente des fruits produits (t. I, n° 26). Usufruitier propriétaire des fruits futurs, fermier ayant acheté les récoltes successives dans les limites de son bail : on doit cependant se garder d'exagérer le rapprochement entre l'usufruit et la propriété. Cf. la critique de PAMPALONI, par GROSSO, *ouvr. cit.*, p. 41 sq., et VAUCHER, *Usufruit et pars dominii*, thèse, Lausanne, 1940.

V. également MARRONE, La posizione possessoria dell nudo proprietario nel diritto romano, dans *Ann. Sem. Giur. Univ.*, Palerme, 1961, ainsi que BRETONE, Proprietà e usufrutto in Vat. 54, dans *Syntelesia Arangio-Ruiz*, Naples, 1964, p. 507-509, et GUARINO, In tema di costituzione dell' « usus fructus », dans *LABEO*, 1964, p. 46-50.

L'asyndète est fréquemment utilisée, dans la langue latine ancienne, pour traduire la complexité d'un concept juridique : *emptio venditio*, *locatio conductio*, *aequum bonum*, *dare facere* (GROSSO, *ouvr. cit.*, p. 85). Sur les démembrements éventuels de l'usufruit : *fructus sine usu*, v. GROSSO, *ouvr. cit.*, p. 87 sq. Il ne semble pas que les juristes romains aient admis une catégorie distincte de l'usufruit, mais, dans la pratique, les formes d'usufruit sont très souples et peuvent *en fait* comporter le *fructus* sans l'*usus*. C'est pourquoi, dès l'époque classique, et à l'occasion de cas d'espèce, certains textes font état de controverses relatives au *fructus sine usu* (D., 46, 4, 13, 3 ; cf. D., 7, 8, 14, 1 à 3). Les juristes byzantins, familiarisés avec les divisions et les sous-divisions, comparaisons et classifications, ont vraisemblablement mis l'accent sur le caractère de *pars dominii* de l'usufruit et l'existence d'un *fructus sine usu* est la réplique de l'*usus sine fructu*.

Susceptible de se réduire à un simple *fructus*, l'usufruit peut, à l'inverse, englober l'*abusus*. Ceci découle non seulement de la nature de son objet, mais de la volonté exprimée ou supposée de celui qui constitue l'usufruit (D., 7, 1, 15, 6 ; I., 2, 4, 2). Le problème se rattache à celui de savoir dans quelle mesure les parties peuvent déterminer le caractère de fongibilité ou de consomptibilité d'une chose (v. *supra*, n° 18). L'équation : pleine propriété = nue-propriété + usufruit n'est pas un postulat intangible pour les jurisconsultes. La *favor libertatis* la met notamment en échec. Un esclave, affranchi par le nu-propriétaire, peut toujours faire l'objet d'un usufruit (*servus sine domino in usu fructu*). V. GROSSO, *ouvr. cit.*, p. 268 sq.

Selon PAPA, *Uso di cosa fruttifera*, dans *Syntelesia Arangio-Ruiz*, 1964, p. 684-689, il y aurait eu une différence, à l'origine, entre l'*usus* portant sur les choses non frugifères et l'usufruit s'appliquant aux seuls biens frugifères.

Sur un aspect de l'évolution historique qu'aurait subie le concept d'usufruit, v. WESENER, *Iulians Lehre vom usufructus*, dans *ZSS*, 1964, p. 83-108.

A la différence du droit moderne, l'usufruit est éteint non seulement par la disparition totale de son objet, mais encore par sa transformation. V. CAVIN, *L'extinction de l'usufruit « rei mutatione »*, thèse, Lausanne, 1933. En dépit des aménagements de la doctrine, l'objet de l'usufruit ne peut voir sa destination économique modifiée.

Les virtualités d'antagonisme ou de coopération. — Les juristes byzantins ont insisté sur les améliorations que l'usufruitier pouvait apporter à la chose

(Grosso, *ouvr. cit.*, p. 115 sq. et p. 159 sq.). Conçue d'abord sous une forme statique, la technique tend à revêtir au Bas-Empire un caractère plus dynamique conforme aux impératifs économiques de l'époque. V. un exemple de la différence entre les réparations permises et interdites dans D., 7, 1, 44. Le critère est empirique (cf. C. C. ital., art. 1005, et la distinction entre réparations ordinaires et extraordinaires. Au contraire de notre C. C., art. 605 sq., où il est fait une différence plus précise entre les réparations d'entretien, à la charge de l'usufruitier, et les grosses réparations incombant au nu-propiétaire). L'empirisme, les usages, un certain esprit de tolérance permettent de préciser également dans quelle mesure l'usufruitier peut jouir de la chose, utiliser les arbres abattus par le vent, etc. (D., 7, 12, pr.).

Sur la différence entre la cession d'exercice de l'usufruit et la solution moderne favorable à une cession du droit lui-même, v. PUGLIESE, *Usufrutto*, Turin, 1955, p. 374 sq. et p. 393 sq. Les fruits civils, contrairement au droit moderne, ne sont pas acquis à l'usufruitier jour par jour, bien plus, les contrats de louage consentis par l'usufruitier sont inopposables au nu-propiétaire à la fin de l'usufruit. Réciproquement, l'usufruitier peut ne pas tenir compte des locations qui existent lors de sa prise de possession. Le droit du locataire est, en effet, personnel ; il est inopposable aux tiers, à l'acheteur, notamment, sauf clause contraire insérée dans le contrat de vente (t. I, n° 273). La même exception doit être admise ici. V. textes dans Grosso, *ouvr. cit.*, p. 148 sq.

Sur le problème de la possession de l'usufruitier, v. NICOSIA, *Propter usum fructum possidere ? Osservazioni su Cic. pro Caec.*, 32, 94, dans *Studi Zingali*, 1965, p. 497-532.

Droits d'usage et d'habitation. — Sur la genèse de ces droits, v. BUND, *Begriff und Einteilung der Servituten im römischen Recht*, dans *ZSS*, 1956, p. 163 sq. et Grosso, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Turin, 1958, p. 431 sq. Leur diversité d'application témoigne de l'utilité que pourrait avoir un droit des biens spéciaux : usage des maisons, des biens fonds, des forêts, troupeaux, esclaves, etc. « Plus proche que l'usufruit des servitudes réelles, et plus éloigné de la propriété, le droit d'usage est indivisible » (D., 7, 8, 19).

Les services (*operae*) des esclaves, éventuellement ceux des animaux, sont également des servitudes personnelles qui font l'objet de legs. Ces services sont considérés comme des *fructus* au sens de fruits civils (D., 7, 7, 3 et 4). Le legs d'*operae* confère un droit analogue à l'usage (D., 7, 7, 5), il peut être loué (D., 33, 2, 2 et 3) et ne s'éteint ni par la *capitis deminutio* ni par le non-usage (*Ibid.*).

La question des *operae*, des « rapports de travail » a été renouvelée par les travaux des romanistes italiens. V. la bibliographie, et les très pertinentes remarques suscitées par le dernier ouvrage, dans J. MACQUERON, *Réflexions sur la « locatio operarum »*, dans *RHD*, 1959, p. 600 sq.

Le droit romain des servitudes semble particulièrement vieilli. Profondément marquées par la pratique et par les traditions, les règles ont été dégagées de façon empirique et sans aucun souci de systématisation. C'est donc un domaine où « les leçons du passé » sont singulièrement sujettes à

caution. Cet aspect du problème est parfaitement posé par le grand spécialiste de ces questions : GROSSO, *La servitù prediali nel diritto romano*, Turin, 1969. Plus encore que par des répétitions improbables ou des analogies rassurantes, l'histoire nous est utile par la prise de conscience qu'elle nous donne des réalités nouvelles exigeant de nouvelles techniques.

Sur l'aspect concret des servitudes prédiales rurales originelles, v. en dernier lieu : CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei « iura praediorum » nell'età reppublicana*, Milan, 1966, ainsi que Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano, *Quaderni di Studi Senesi*, t. 14, Milan, 1966.

CHAPITRE III

LES SERVITUDES DANS L'ANCIEN DROIT

[237] TRADITION ROMAINE ET TRADITION FRANQUE. — Il n'y a pas de matière où les principes du droit romain ou du droit moderne soient plus éloignés des idées franques ou coutumières. Les différences tiennent à l'histoire même de la propriété dont il a déjà été traité (*supra*, nos 72 et 125), et elles peuvent être ramenées à quelques principes certains.

1^o Les auteurs du XVIII^e siècle et les rédacteurs du Code civil posent en principe que le droit commun de la propriété c'est la liberté. Pour BRODEAU († 1653) : « La constitution de la servitude sur les héritages, contraire au droit et à la nature, a été introduite non par le droit des gens mais par l'autorité du Code civil. » BASNAGE († 1695), admet de même que « l'avarice et l'ambition ont détruit la liberté et introduit l'esclavage sur les hommes et la servitude sur les biens ».

A l'époque franque et à l'époque féodale, au contraire, on ne conçoit pas une propriété libre ; la règle est la superposition sur une même chose de droits et de charges et la fragmentation des domaines ; le *jus utendi et fruendi* et même le *jus abutendi* sont partagés entre plusieurs titulaires sans que l'on ait même l'idée que l'un d'eux est propriétaire et que les autres ont un *jus in re aliena*. Pour prendre des exemples encore actuels : dans une même forêt, un propriétaire peut avoir droit aux taillis, l'autre aux futaies (Cass. Ch. réunies, 20 février 1851, D., 51, 1, 54) ; sur une prairie, l'un aux premières herbes, l'autre aux secondes herbes (Cass. Req., 14 novembre 1853, S., 54, 1, 105) ; sur un étang, l'un à l'étang quand il est rempli d'eau et empoissonné (évolage), l'autre à l'étang mis à sec (assec) (Cass. Req., 13 février 1834, S., 34, 1, 205) ; mais on ne penserait

pas à dire qu'il y a copropriété du fonds ou existence d'une servitude : il existe deux propriétés, deux domaines différents.

2^o L'idée d'un *jus in re aliena* suppose encore l'existence d'une propriété absolue et individuelle qui est bien étrangère à l'ancien droit. Anciennement, la propriété, les baux à long terme, les charges foncières, les usages collectifs sont enchevêtrés, sans qu'on cherche à ordonner ces divers droits par rapport à celui du propriétaire. Même l'idée de perpétuité est contrebattue par la fréquence des propriétés temporaires et par les droits de retour et de retrait.

3^o Enfin, nous distinguons la servitude et les services personnels, ceux-ci étant, depuis la Révolution, tenus en nette réprobation par notre droit (cf. art. 686 et 638 C. civil). La servitude est réelle, elle existe entre un fonds dominant et un fonds asservi, elle est un droit accessoire, *praediis inhaeret*, inséparable du fonds, *ambulat cum domino*.

Pour le droit médiéval, au contraire, les servitudes personnelles sont trop fréquentes pour qu'on les distingue parfaitement des services fonciers et des charges féodales. Les droits d'usage dans une forêt peuvent comporter des obligations précises pour les usagers. Le droit féodal est ici exactement à l'antithèse du droit romain par cela même qu'il admet que la servitude puisse consister *in faciendo*.

La suppression, après le 4 août 1789, des servitudes personnelles fit bien apparaître la difficulté. L'opposition est ici si nette que la théorie des servitudes doit fort peu à la tradition coutumière ; celle-ci n'a de véritable importance qu'en ce qui concerne les servitudes dites légales. Au contraire, la théorie des servitudes établies « par le fait de l'homme » est toute romaine ; cette différence d'origine paraissant même la meilleure justification de la distinction ainsi faite par le Code civil. L'usufruit mérite, enfin, d'être traité à part.

SECTION I. — Les servitudes

[238] LES SERVITUDES LÉGALES. — Nous ne retiendrons ici que les servitudes prédiales, au sens romain, et non des services fonciers qui, dans l'ancien droit, sont inséparables d'elles.

Ces servitudes tiennent à l'usage et aussi à la nature des choses et elles sont innombrables : servitude de passage fréquemment mentionnée dans les actes, servitude d'aqueduc fréquente dans le Midi, servitude de passage en cas d'enclave connue de BEAUMANOIR (43, 45 ; aussi *Cout. de Bretagne*, 659). Ainsi encore l'obligation pour l'héritage inférieur de recevoir les eaux du fonds supérieur, mentionnée dans tous les actes, la servitude de tour d'échelle qui permet de placer une échelle sur le fonds de son voisin en cas de réparation à faire à la maison, le droit d'*invétison*, spécial au Midi, analogue à l'*ambitus* romain, imposant de laisser cinq pieds entre la maison que l'on construisait et l'héritage voisin.

Certaines coutumes imposaient de se clore ou de se borner (LOYSEL : « Bornes se mettent par autorité de justice », n° 241). Une coutume, attestée par la loi des Visigots, permettait au passant de s'établir avec son bétail sur le pâturage qui borne la route ; de la même idée procède le droit de cueillir les fruits des haies (LOYSEL : « Tout ce qui vient de la haie est proie », n° 282). La distance à observer pour la plantation des arbres était parfois réglée par les coutumes (Orléans, art. 259) ; mais, le plus souvent, la question était, comme aujourd'hui, réglée par les usages ruraux.

[239] LES SERVITUDES URBAINES. — Le droit romain n'avait pas édicté de prescription spéciale pour les servitudes urbaines. Les coutumes, au contraire, en formulaient un grand nombre, reprenant, en général, les règles de la coutume de Paris et, spécialement, la jurisprudence du Châtelet.

Il s'agit des servitudes d'égout et des servitudes de vues : pour celles-ci la nouvelle coutume distingue les vues droites et les vues obliques (cf. art. 678-679 C. C.), et exige le fer maillé et le verre dormant (cf. art. 676 C. C.). La question des cours, fosses et puisards était le domaine des usages locaux. Au cas de difficulté, on organise une enquête de maçons et charpentiers jurés dont le rapport, malgré quelques discussions, ne lie pas le juge. En cas de péril existe une procédure rapide qui peut aboutir à un ordre du juge de démolir ou de reconstruire.

Les plus grandes difficultés venaient de la mitoyenneté.

A Paris existe la présomption : « En ville, tout mur est mitoyen, s'il n'appert du contraire » (LOYSEL, n° 269 ; *Cout. Paris*, 211 ; Guy COQUILLE, *Cout. Nivernais*, X, 14). D'où l'énumération des signes de non-mitoyenneté. Aucun des propriétaires d'un mur mitoyen ne peut rien faire qui l'endommage et des prescriptions minutieuses visent les « usages accoutumés entre maçons ». La mitoyenneté peut toujours être acquise.

[240] L'APPORT ROMAIN. — Jusqu'au XIV^e siècle, les servitudes ne donnent lieu à aucune élaboration doctrinale. Elles participent de la protection possessoire des immeubles et la procédure de la dénonciation de nouvel œuvre paraît les concerner spécialement. On en revient vite, à quelques détails près, aux règles romaines. Les servitudes peuvent être établies :

1^o *Par titre*, contrat ou testament (*Grand Coutumier*, II, 38 ; N. C. Paris, art. 215) qui doit clairement déterminer une servitude occulte ;

2^o *Par prescription*, ce qui pose, comme aujourd'hui, d'assez nombreuses difficultés. Admise, en principe, dans les pays de droit écrit, la prescription n'avait, partout, ni la même durée, ni la même portée : en Provence, en Dauphiné, en Languedoc et en Bordelais, on exigeait la possession immémoriale pour les servitudes discontinues et la possession de trente ans pour les servitudes continues ; en Soule, le délai était de quarante-et-un ans pour les maisons et les enclos ; de trente ans, en Bourgogne, pour toutes les servitudes ; en Lyonnais, on ne pouvait jamais prescrire contre un bâtiment ; en Béarn et en Alsace, on appliquait strictement les principes romains. Les pays coutumiers qui, au XIV^e siècle, paraissent avoir admis en quelques endroits la prescription, adoptent lors de la rédaction la maxime : « Nulle servitude sans titre » qui devait généralement prévaloir. On rejeta même, à Paris, contre l'opinion de DU MOULIN, la prescription immémoriale (*Cout. Paris*, 12, gl. 7, n° 14) qui réapparaît pourtant dans des arrêts du XVIII^e siècle et qui paraît avoir persisté dans le Nord (Douai, IX, 12 ; Orchies, VIII, 3). Il y avait, d'ailleurs, à la frontière des pays de droit écrit (Auvergne, XVII, 1, 2 ; Berry, XI, 2, 3) comme dans le Nord (Ponthieu, 115 ; Metz, XIII, 1, 2, 19), de nombreuses solutions dissidentes concernant les servitudes continues ou

rurales. On sait que le Code civil a repris ici la solution intermédiaire des pays de droit écrit : s'il n'est plus question de possession centenaire, les servitudes continues et apparentes peuvent être acquises par prescription.

3^o *La destination du père de famille* paraît provenir d'un passage de la Glose (BRUGI, dans *Archivio giuridico*, t. XXVI, 1881, p. 323), repris par BARTOLE ; celui-ci admet qu'il peut y avoir constitution tacite dans le cas où un propriétaire aliène une partie de son fonds en retenant l'autre partie ; si la situation des lieux le fait apparaître raisonnable, on doit admettre la *voluntas patris* de constituer la servitude *eo ipso quod legat seu vendit domum sustinentem onera permanentia* (SIMONCELLI, *Scritti giuridici*, p. 30).

Les pays de droit écrit préfèrent le droit romain à BARTOLE, mais la doctrine de celui-ci convenait bien aux tendances communautaires et elle fut reprise par le droit coutumier. Pour l'ancienne coutume de Paris : « Disposition et destination du père de famille valent titre » (art. 91), solution qui constitue une dérogation au principe *Nulle servitude sans titre* et qui sera reprise par les coutumes voisines ; la nouvelle coutume de Paris exige, au contraire, une preuve écrite et la réserve expresse dans l'acte d'aliénation (art. 215, 216 ; Orléans, 227 ; Metz, XIII, 22).

Les hésitations des commentateurs aux XVII^e et XVIII^e siècles, en face d'une disposition qui enlevait tout intérêt à l'institution, se retrouvent dans la contradiction qui existe encore entre l'art. 692 C. C. (la destination vaut titre pour les servitudes continues et apparentes) et l'art. 694 qui exige seulement un « signe apparent de servitude » (cf. le rapport du tribun Albisson, FENET, XI, p. 328). Pourtant, le Code civil a donné à la destination du père de famille une place qu'elle n'avait plus au XVIII^e siècle.

[241] LA VAINÉ PATURE ET LES USAGES FORESTIERS. — La difficulté de leur appliquer les règles romaines sur les servitudes a déjà été indiquée (n^o 96). Il faut cependant revenir sur le détail des solutions admises en la matière.

La vaine pâture ne concernait que des herbes perdues, à l'opposé de la vive ou grasse pâture qui absorbait la totalité de

l'herbe ; elle pouvait donc apparaître comme une servitude opposée au propriétaire du fonds pâturé. D'autre part, les seigneurs prétendaient souvent se réserver la vaine pâture, mais leur influence, pourtant très grande au XVI^e siècle, provoque les craintes des habitants qui s'expriment dans les coutumes (Orléans, 147 ; Melun, 302 ; Bourbonnais, 525).

Là où la coutume était muette et, normalement, dans les pays de droit écrit, la vaine pâture est regardée comme une simple faculté et elle ne donne pas normalement lieu à prescription. Quelques coutumes, au contraire, spécialement dans le Centre, admettent l'idée de servitude avec toutes ses conséquences. La plupart des coutumes accordent cependant au propriétaire le droit de se clore. L'existence d'un titre dirimait toute difficulté, mais, dans la plupart des cas, la possession immémoriale était invoquée par les habitants ; de là l'importance des discussions à son sujet et la solution de DU MOULIN que « la possession immémoriale n'est pas une prescription mais un titre » (*Consilium*, 26 ; LOYSEL, 714 ; cf. *supra*, n^o 198).

Pour les usages forestiers, dont beaucoup existent encore et sont considérés comme des servitudes réelles, ils avaient déjà fait l'objet, à partir du XIV^e siècle, d'une abondante législation. L'usage paraissait appartenir non à l'habitant, mais à la maison, ce qui les rapprochait des servitudes. Ici encore, à défaut de titre, les usagers ne pouvaient invoquer que la possession centenaire (cf. ord. de 1669 sur les eaux et forêts) quand, tout au moins, elle était admise. A défaut de celle-ci, un titre était exigé, titre qui pouvait résulter du paiement, depuis trente ans, d'une redevance au propriétaire.

SECTION II. — L'usufruit

[242] FRÉQUENCE DES DROITS VIAGERS. — Il existe un évident parallélisme, dans l'ancien droit, entre l'histoire de l'usufruit et celle des servitudes. Jusque vers le XIII^e siècle, il n'est fait aucune théorie de l'usufruit, mais les droits viagers sont innombrables et ils répondent à des situations assez différentes :

1^o A l'époque franque, surtout, le transfert de propriété a souvent lieu *ad tempus* et spécialement pour la durée de la vie

de l'*accipiens* : il est stipulé que le bien donné fera retour à l'ancien propriétaire, ce qui répond bien aux droits reconnus à la famille. De même, le créancier gagiste a un droit temporaire sur la chose engagée. L'existence de saisines multiples traduit bien la variété des droits supportés par la chose.

2^o De là on passe facilement, à l'époque carolingienne, à la conception du bénéfice qui, au moins à l'origine, est conçu comme une remise temporaire de la propriété : l'hérédité des fiefs, quand elle sera acquise, laissera subsister des traces très nettes de ce caractère initial : à la mort du vassal, la saisine du fief fait retour au seigneur qui doit consentir à l'héritier une nouvelle investiture.

3^o Beaucoup de tenures seront viagères et quelques-unes garderont nettement ce caractère. Les baux à vie se multiplient vers le x^e siècle, sans doute à la suite de la décomposition du régime domanial ; aux xi^e et xii^e siècles, les tenures perpétuelles les supplantent, mais, par une réaction normale des seigneurs et de l'Eglise contre celles-ci, les droits viagers réapparaissent au xiii^e siècle. Le viager est tenu de faire les réparations et il peut céder ou louer son droit, ce qui montre bien la solidité de droit (qui lui fait souvent reconnaître un domaine utile). A partir du xvi^e siècle, les propriétaires les plus avertis préfèrent le louage moins gênant pour le bailleur, surtout pour les immeubles urbains.

4^o Dans le cas où les biens sont dévolus à un incapable, spécialement à un mineur, le droit franc connaît la *mundium* (qui est une maîtrise de la personne plus que des biens), et le droit féodal admet la *garde* des fiefs par le seigneur ou par le plus proche parent ; le gardien acquiert non seulement les fruits, mais les meubles à charge, il est vrai, de payer les dettes (« Qui bail prend quitte le rend »).

[243] GLOSSATEURS ET BARTOLISTES. — Ces diverses solutions suffisaient, comme le montre l'exemple du droit anglais : celui-ci, en effet, connaît bien une jouissance viagère à usage (*fructuary*), à gré (*at will*) mais le tenancier à vie n'a pas comme l'usufruitier romain un *jus in re aliena* : il possède la saisine et, avec elle, les actions réelles, un droit d'usage qui peut aller, au moins au début, jusqu'à la « dévastation » ; pour la réprimer,

il fallut au XIII^e siècle, que des statuts royaux intervinsent pour permettre au « tenant en fief » (dont la situation est bien différente de celle d'un propriétaire) de se plaindre au roi des abus commis (JOÛON DES LONGRAIS, *La saisine*, p. 266-293).

L'ancien droit coutumier, comme le droit anglais, assimile usufruit et propriété viagère ; les premiers Romanistes vont demeurer dans cette ligne en faisant de l'usufruit un *dominium* ; mais, à partir du XIII^e siècle, et surtout au XIV^e siècle avec les Bartolistes, réapparaît l'idée de *jus in re aliena* :

1^o L'usufruit est d'abord conçu comme un *dominium*. Les mêmes difficultés apparaissent chez les Romanistes qui ne retiennent guère de l'usufruit que son caractère viager (*Petrus*, I, 35). IRNERIUS indique que l'usufruitier est un *dominus* et l'usufruit une *pars domini* ; il ne parvient pas à le distinguer de la propriété viagère et du *dominium* (*Glose*, éd. Besta, p. 86).

Partant de là, PLACENTIN lui reconnaîtra un *jus in re* sanctionné par une revendication (cf. *supra*, n^o 20). L'usufruitier, dira-t-on ensuite, a un *quasi-dominium* distinct à la fois du domaine éminent et du domaine utile (*Glose Possideat, Inst.*, 4, 6, 2). En somme, on n'oppose pas l'usufruitier au propriétaire ; on admet que la propriété (qualifiée de *dominium plenum*) est démembrée en propriété et en usufruit (*Glose Servitus sit, C.*, 50, 16, 25), ce qui aboutit à dire que le plein propriétaire est celui qui a l'usufruit de sa chose, *causa domini*, qui en possède l'*usus* et le *fructus* (on parle alors d'usufruit causal).

Les termes du droit romain sont renversés : l'usufruit n'est pas un droit sur la chose d'autrui, c'est une « forme » de jouissance qui ne comporte pas l'*abusus*, mais qui met son titulaire *loco domini* en position de propriétaire (*Glose Testator, Inst.*, 2, 14) ; l'usufruit tel que nous le concevons, est appelé usufruit « formel ». La conclusion normale est de donner à toute jouissance le nom d'usufruit ; ce qui pouvait, par exemple, s'appliquer au vassal ou à l'emphytéote (*Libri feudorum*, II, 23 ; BALDE, *Lib. feud.*, II, 40).

2^o On va cependant revenir à l'idée de servitude. Cette exaltation de l'usufruit lésait (suivant la tradition coutumière) les droits du nu-propriétaire. Le fief, remarque-t-on, d'abord est un usufruit perpétuel et cela même fait désormais refuser

à l'usufruitier un domaine utile. On insiste sur l'obligation de l'usufruitier de « conserver la substance » ; on abandonne l'idée de *pars domini* et, par là, on en revient à la conception romaine d'une servitude personnelle. On reprend l'idée de « forme » pour dire que c'est une « forme débile » et, usant à l'habitude de métaphore, un droit qui vit dans le passé, qui n'a pas d'avenir et qui ne peut supporter la greffe d'aucun autre droit (BARTOLE, *Authentiques*, 4, 1, 43 ; BALDE, *Code*, 4, 52, 2).

L'usufruitier, dit-on encore, est le mandataire du propriétaire (on parle même abusivement de *procuratio in rem suam* BARTOLE, sur D., 33, 2, 31) ; il doit faire les réparations, petites ou grosses, mais peut, à la fin de l'usufruit, répéter leur montant contre le propriétaire. Cependant, l'usufruitier possède, comme le vassal ou l'emphytéote, la possession naturelle de la chose. Autre concession faite par le droit savant à ce que BALDE appelle une « coutume diabolique » : les meubles appartiennent à l'usufruitier *quia mobilia sunt libera* (BALDE, *Code*, 3, 34, 13). [244] LA PRATIQUE COUTUMIÈRE. — Le droit savant avait assez frayé avec la pratique pour que celle-ci l'adopte sans peine :

1^o La première difficulté vint de la classification des droits et actions : un droit viager est un droit individuel personnel que, logiquement, les premiers Coutumiers classent parmi les meubles et les cateux. L'Ancien Coutumier de Normandie indique nettement que « rentes à vie » sont choses « mouvables » et non pas « héritages », car elles ne descendent pas comme ceux-ci de « hoir à hoir » (Glose sur chap. 87 ; cf. jugement de l'Echiquier de 1216). La coutume de Lille traite ensemble des « viages et cateux » (*Livre Roisin*, p. 44). Le *Grand Coutumier* et BOUTILLIER reviennent à la notion de *jus ad rem* : l'usufruitier « a droit à la chose qui ne l'a pas en la chose » (*Grand Coutumier*, p. 195 ; cf. n^o 22).

2^o La puissance ancienne de l'usager est limitée ; on impose au gardien une jouissance sans abus ; il ne peut disposer du fief (BEAUMANOIR, n^o 518). En Vermandois, le douaire noble confère la saisine, mais on admet que le douaire coutumier ne saisit pas (*Coutumes*, éd. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, p. 113). Partant, le droit de la douairière évolue vers un simple droit

d'usufruit : « Douaire et usufruit sont semblables » (Anjou et Maine, Berry, Cambrai). Cependant, les idées anciennes persistent :

a) Si la saisine est désormais refusée à l'usufruitier, on lui permet, néanmoins, d'agir au possessoire, même contre le nu-propiétaire (*Grand Coutumier*, p. 239), et le droit moderne admet encore la même solution.

b) L'usufruit demeure, comme pour les Romanistes, la forme du droit qui permet de jouir d'une chose : il n'est pas conçu — même aujourd'hui — comme un droit abstrait et toujours semblable à lui-même (la jouissance légale des parents qui est une « variété de l'usufruit » confère des droits assez différents de celui-ci), mais comme un pouvoir concret sur la chose qui, le plus souvent, vient de la loi et comporte des rapports de famille (usufruit des ascendants, du conjoint).

c) L'idée que l'usufruit est un démembrement de la propriété aboutit à renforcer la séparation des intérêts de l'usufruitier et du nu-propiétaire. L'idée de mandat tacite émise par les Glossateurs, n'est pas reprise ; DOMAT (*Lois civiles*, I, 1 ; XI, 4), étudie bien les « engagements » de l'usufruitier en les rattachant à la promesse faite et VOET (*Ad Pand., de usufr.*, n° 41), lui attribue même la responsabilité de la *levissima culpa in omittendo* ; on en revient à la règle ancienne et à l'obligation de l'usufruitier de conserver la substance de la chose et de jouir en bon père de famille.

[245] RETOUR DÉFINITIF AU DROIT ROMAIN. — DOMAT et surtout POTHIER (dans son *Traité du douaire*), ont bien résumé le droit coutumier des derniers siècles. Toutes les solutions romaines sont reprises et on ne peut noter que quelques menues particularités :

1° L'usufruit était, comme en droit romain, incessible, mais l'usufruitier pouvait en céder l'exercice ; quelques coutumes (Berry, VIII, 18 ; Bourgogne, IV, 16), accordent, en pareil cas, un retrait au nu-propiétaire qui lui permet de se substituer au cessionnaire ;

2° Tandis que le droit romain admettait que les fruits naturels étaient acquis seulement par la perception, le droit coutumier conférait à l'usufruitier la propriété de tous les fruits

détachés, ce qui lui permettait d'agir en restitution contre un voleur ;

3^o En ce qui concerne les fermages, l'ancien droit admettait que, représentant la récolte, ils étaient acquis au moment où la récolte était faite (cf. D., 7, 1, 58). Pour les loyers des maisons, ils étaient acquis au jour le jour. L'article 586 du Code civil devait généraliser cette dernière solution ;

4^o L'usufruit constitué au profit d'une personne morale, était, suivant la solution de GAIUS, réduit à cent ans ; Le Code civil reprend la solution du Digeste et le limite à trente ans (art. 619).

En 1804, le conseiller d'Etat GALLI (qui ignore les coutumes et qui, né en Italie, ne veut connaître que le droit romain), le tribun GARY affirment, dans leurs rapports sur les articles 578 à 636 du Code civil, qu'ils ont voulu donner à ceux-ci la « source la plus pure », les lois romaines « qui demeurent ici un monument immortel de sagesse et d'équité ». En fait, dans aucun autre titre du Code civil, les solutions romaines n'ont été mieux gardées.

SECTION III. — Les rentes

[246] BAUX A RENTE ET RENTES CONSTITUÉES. — Si le bail à rente est, à l'origine, fort proche du bail à cens — les mots rentes et cens étant souvent synonymes — la distinction des deux contrats est nettement faite au XIII^e siècle. Dans le bail à cens, le concédant retient le domaine éminent et la « supériorité » qui s'y attache. Dans le bail à rente, le concédant ne conserve ni propriété, ni domaine, mais simplement le droit de percevoir une rente viagère ou, plus souvent, perpétuelle sur le fonds aliéné ; il y a proprement *vente* du fonds à charge de rente et, s'il s'agit d'une censive, vente du domaine utile. Le but recherché n'est pas douteux : juridiquement, il s'agit d'éviter le jeu de la règle *cens sur cens n'a lieu* qui interdit toute sous-concession en censive ; économiquement, le concédant, bourgeois ou communauté ecclésiastique, veut obtenir non des prérogatives seigneuriales, mais un revenu annuel et perpétuel en échange du transfert du fonds.

La constitution de rente — qui est d'usage courant dès le XIII^e siècle — répond à une hypothèse inverse. Le propriétaire ou le censitaire garde la jouissance du fonds, mais, désirant obtenir un capital, il constitue sur son fonds une rente perpétuelle ou viagère dont il sera le débi-rentier. L'opération est fort proche, en réalité, du prêt à intérêt et elle permet de suppléer à la condamnation de celui-ci par le droit canonique (cf. t. I, n^o 239).

Ces pratiques, et surtout la constitution de rente, connaissent, on le sait, une très grande extension. Tant que la valeur de la rente n'absorbe pas la valeur de l'immeuble, il est possible de constituer sur celui-ci de nouveaux droits. Aux XIII^e et XIV^e siècles, le prix des immeubles monte sans cesse, ce qui permet d'ajouter de nouvelles rentes aux anciennes (un même immeuble pouvant ainsi supporter huit ou dix rentes servies à des crédi-rentiers différents). Au XV^e siècle, au contraire, la chute de valeur des immeubles est vertigineuse et la situation des débi-rentiers devient fort précaire, la charge des rentes qui grève un immeuble dépassant très largement le revenu qu'il peut produire.

[247] CONTRAT FÉODAL OU OPÉRATION DE CRÉDIT. — A l'origine, la théorie des rentes participe de l'organisation féodale : la rente apparaît comme une aliénation du fonds lui-même ou, tout au moins, d'une partie de ses revenus. Le bail à rente est assimilé à une vente ou, mieux, à un échange et on répute que la rente prend dans le patrimoine du crédi-rentier la place du fonds. Quant à la constitution de rente, elle est une aliénation partielle puisqu'elle aboutit, en somme, à faire passer au crédi-rentier au moins une partie des revenus de l'immeuble ; elle oblige donc l'acquéreur à se faire mettre en saisine par le seigneur, à payer les droits de mutation et, s'agissant d'une aliénation, elle ouvre le droit au retrait lignager.

A partir du XVI^e siècle, au contraire, le caractère féodal ou foncier de la rente s'estompe : la rente apparaît comme un élément distinct du patrimoine du crédi-rentier, comme une créance d'une nature particulière. En Hainaut, où l'archaïsme est pourtant la règle, la rente n'est plus « assénée » sur l'immeuble, mais simplement « aboutée » et l'« about » ou « contrepan »

est bien proche d'une hypothèque. Le Parlement de Paris, dans un arrêt célèbre de 1557, en vient à dénier même à la rente le caractère de droit réel et à refuser au seigneur, lors de la constitution, le paiement des lods et ventes. Dans l'Est, dans le Midi on en vient, parfois, à considérer les rentes comme des meubles, ce qui équivaut à en faire de simples créances. L'idée de crédit apparaît désormais essentielle.

Entre les deux attitudes, le contraste est évident ; le changement du droit traduit l'opposition économique des deux époques : au XIII^e siècle, le problème est de demeurer et de maintenir ; la conservation du patrimoine, les droits du seigneur, de la famille inspirent les solutions pratiques. Le dynamisme du XVI^e siècle ignore cette prudence et la nécessité du crédit apparaît essentielle à tous ceux qu'anime l'esprit d'entreprise. La crainte de l'usure est moins vive et, à beaucoup même, elle apparaît déjà désuète.

[248] LA RENTE, DROIT RÉEL IMMOBILIER. — Au Moyen Age, la rente n'est pas une créance ; c'est un droit réel immobilier qui est l'objet de propriété, qui peut se vendre, s'échanger, se donner, se léguer indépendamment de l'héritage qui le porte comme on aliène, aujourd'hui des rentes sur l'Etat. Le propriétaire de l'héritage jouit, de son côté, de toutes les prérogatives de la propriété : il peut le vendre, constituer sur lui de nouvelles rentes, cultiver la terre, louer la maison ; mais il doit, du moment qu'il détient l'immeuble, payer, aux termes assignés, les rentes qui le grèvent. En principe, les rentes sont dues par le fonds (*res principaliter obligata*) et le suivent en quelques mains qu'il passe. Elles sont indivisibles (portant, comme l'hypothèque, sur tout l'immeuble et sur chaque partie). Elles sont irrachetables, grevant à perpétuité l'héritage (sauf réserve expresse dans le contrat de constitution ou privilège spécial autorisant le rachat). Dans le cas où il existe plusieurs rentes sur un même fonds, le premier rentier jouit, comme il est normal pour un droit réel, d'un droit de préférence.

De bonne heure, on superpose à l'obligation réelle une dette personnelle du propriétaire : c'est l'objet de la clause de « fournir et faire valoir » très fréquente dans les contrats ; mais l'obligation personnelle était, en quelque sorte, accessoire de

la charge réelle et, en principe, le déguerpissement est toujours possible ; si le fonds périt, la rente ne peut plus être exigée : c'est le type même de l'*obligatio propter rem* (cf. *supra*, n° 23).

Dans le cas où la rente n'est pas payée, le caractère réel de l'exécution est très apparent : à Paris, le créancier exerce la procédure « en cas de garnir ou de quitter ». Faute de garnison (c'est-à-dire de paiement des arrérages échus), l'héritage est adjugé au créancier poursuivant à charge, pour lui, de satisfaire tous les créanciers antérieurs. Il peut être, au contraire, exproprié par les créanciers postérieurs qui acceptent de désintéresser tous ceux qui les priment.

[249] LES NOUVEAUTÉS DU XVI^e SIÈCLE. — Le bail à rente gardera, jusqu'au bout, ses caractères anciens ; la rente qui est la contrepartie de l'aliénation, conserve un caractère réel évident ; elle n'est pas une simple créance hypothécaire, mais demeure une charge de l'immeuble. POTHIER dira que « l'héritage est le principal débiteur » (*Traité du contrat de constitution de rente*, n° 19). La vieille action en cas de garnir et de quitter disparaît au xv^e siècle et l'on use, au cas de non-paiement, de la procédure de saisie ; mais le crédi-rentier conserve le droit d'agir contre tout détenteur de l'immeuble qui n'est tenu que *propter rem* et qui peut, par conséquent, toujours déguerpir. Économiquement, le contrat apparaît soit comme une opération à fonds perdus, soit comme une acquisition à crédit (tout comme l'actuelle vente à charge de rente viagère). On en use parfois en faveur du cultivateur qui met en culture des terres en friches ; plus fréquemment, dans les règlements familiaux. On parle de rentes foncières et celles-ci sont normalement perpétuelles ; mais une clause de rachat peut être insérée et celle-ci est vue avec une faveur particulière par la jurisprudence méridionale.

Au contraire, les rentes constituées, sous l'influence de l'évolution économique et au contact des idées romaines, perdent leur ancien caractère de charges réelles (t. I, n° 240) ; l'arrêt précité de 1557 exclut le paiement des lods et ventes au cas de constitution ou de rachat de rentes : il provoque un mouvement doctrinal qui aboutit à faire de la rente un engagement personnel, garanti par une hypothèque spéciale ou générale, et, par là, à dénier au débiteur tout droit de déguerpissement.

Aux XVII^e et XVIII^e siècles on opposera nettement les deux variétés de rentes : les rentes foncières provenant d'un bail d'immeubles, les rentes constituées créées à prix d'argent.

[250] LOIS RÉVOLUTIONNAIRES. — En autorisant le prêt à intérêt la Révolution enleva toute importance aux rentes constituées. Quant aux rentes foncières, elles furent déclarées rachetables (D. du 11 août 1789), et il fut interdit d'en stipuler à l'avenir, mais il n'était rien changé « à leur nature immobilière » et elles « continueront d'être soumises aux mêmes principes, lois et usages que ci-devant » (loi du 18 décembre 1790). La loi de brumaire an VII supprima la faculté de les hypothéquer (cf. art. 655, Code proc. civ.), ce qui supposait qu'elles devaient désormais être considérées comme meubles. Après de longues discussions, le Code civil (art. 529) admit la rente foncière, mais comme simple droit personnel de créance toujours rachetable. Le Conseil d'Etat examina encore s'il convenait d'en rétablir l'usage (FENET, t. XI, p. 56-72), mais s'en tint finalement à cette règle. Le rachat, si les conditions n'ont pas été fixées d'avance, demeure réglé par la loi des 17-29 décembre 1790, tout au moins pour les rentes perpétuelles, c'est-à-dire établies pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans ou sur plus de trois têtes.

ÉTAT DES QUESTIONS

Pour connaître le droit coutumier ancien, outre l'exposé d'OLIVIER-MARTIN, *La coutume de Paris*, t. II, p. 120-138, le mieux est de se reporter aux premiers commentateurs du Code civil, encore tout imprégnés de l'ancien droit, PARDESSUS, 2 vol., 1838 ; SOLON, 1837 ; FOURNEL, 4^e éd., 1837 ; 1^{re} éd. an XIII ; GAVINI DE CAMPILE, 3 vol., 1853-1856. De même pour les usages forestiers les traités de MEAUME, 2 vol., 1847 ; AVANNES, 1837 ; PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, 9 vol., 1823 et surtout HENRION DE PANSEY qui fait la transition.

La plupart des charges ou obligations entre propriétaires voisins qui sont classées par le Code civil sous le nom de servitudes légales (et qui ne sont pas à vrai dire des servitudes) étaient considérées, notamment par POTHIER (appendice au *Contrat de société*, n^o 230), comme venant d'un quasi-contrat de voisinage.

Sur le transfert *ad tempus*, la meilleure étude demeure celle de Robert CALLEMER, dans *Festschrift f. H. Brunner*, Weimar, 1910, p. 296. Cf. aussi ce qui est dit au tome III, p. 466. Sur le droit lombard et byzantin : M. CARA-

VALE, *Ricerche sulle servitù prediali nel Medio Evo*, t. I, Milan, 1970 (Studi e testi... dell'Univ. di Roma, XIV). Enfin, une étude générale de P. LIVER, *Die servitut...*, dans *Z. für Schweizerisches Recht*, 1966, p. 297-333.

Sur l'enclave A. SOLMI, *Sul diritto di passo necessario*, dans *Studi B. Brugi*, Palerme, 1910 ; BRUGI, dans *Arch. Giuridico*, t. 27, 1881, p. 323 ; G. BUCH, *Der Notweg*, 1919. Sur la destination du père de famille SIMONCELLI, dans *Scritti giuridici*, Rome, 1938, t. I, p. 1 ; J. BONET CORREA, *AHDE*, 1967, p. 531-551 (qui établit le rôle de Bartole et la « typification » opérée par le droit coutumier).

On ne peut guère indiquer sur l'usufruit — outre les travaux généraux concernant la propriété déjà cités — que Pierre MASSON, *Contribution à l'étude des rapports de la propriété et de l'usufruit chez les romanistes du Moyen Age et dans le droit français*, th. Dijon, 1933. Une note de REULOS sur le droit de servitude dans les coutumes rédigées, *RHD*, 1952, p. 286.

La théorie de l'usufruit causal et formel indiquée par CARBONNIER, t. II, p. 113, qualifiée par le tribun GALLI, de « locution barbare, fruit de la seule subtilité », aboutit à dire que le propriétaire qui constitue un usufruit sur sa chose transforme la *causa* (l'*usus* qu'il avait) en *forma* et donne vie à l'usufruit par la forme indépendante qu'il lui confère. Cette théorie est dans Placentin et dans la glose.

Sur le bail à vie, l'excellente mise au point de Bernard SCHNAPPER, *Les baux à vie (x^e au xvi^e siècle)*, dans *RHD*, 1957, p. 347-375. Sur les rentes viagères au M. A., W. OGRIS, Munich, 1961 (*RHD*, 1963, p. 336). Sur le louage, J. YVER, *Recherches sur les origines du louage de choses en Normandie (xii^e-xiii^e siècle)*, dans *RHD*, 1923, p. 146 ; L. GANSHOF, *The Cambridge Economic History*, 1942, p. 305.

Sur les rentes, outre ce qui est dit n° 17 et t. I, p. 246, le remarquable travail de Bernard SCHNAPPER, *Les rentes au xvi^e siècle*, 1957, qui dispense presque de toute autre référence. L'étude est à la fois juridique, économique et statistique. Egalement, *Les rentes chez les théologiens et les canonistes du xiii^e au xvi^e siècle (Études... Le Bras, t. II, p. 965-995)*. Sur l'attitude des moralistes en face des contrats de cens : F. VERAJA, Rome, 1960. Pour le droit du xv^e siècle — dont l'originalité ne doit pas être oubliée —, Paul OURLIAC, *La théorie canonique des rentes au début du xv^e siècle*, dans *Mélanges Noël Didier*, 1960, qui prétend réagir contre une étude trop exclusive du droit parisien. J. BART, *L'usage du réméré... (xv^e et xvi^e siècle)*, dans *Association Bourguign. Soc. savantes*, 1963, p. 123-130. M.-A. ARNOULD, *Rentes d'Etat en Hainaut aux xvi^e et xvii^e siècles*, dans *Ann. Cercle Soignies*, 1942, p. 164. Sur l'indexation des créances au xiv^e siècle, E. FOURNIAL, *Le Moyen Age*, 1963, p. 583-596. L'exposé d'OLIVIER-MARTIN, t. I, p. 440-498, vaut par sa précision juridique et celui de Ch. LEFEBVRE, *Observations sur les rentes perpétuelles*, 1914, paraît vieilli.

Sur les fiefs-rentes, SZANIECKI, Paris, 1956. Sur les rentes inféodées de Hainaut, l'excellent article de Noël DIDIER, dans *Revue du Nord*, t. 17, 1931.

QUATRIÈME PARTIE

LES DROITS DE LA FAMILLE

CHAPITRE UNIQUE

LE RETRAIT LIGNAGER (1)

[251] L'INSTITUTION : TECHNIQUE ET ESPRIT. — Pour le Code civil comme pour le droit romain, la liberté reconnue au propriétaire comportait la libre faculté de disposer de la chose : l'*abusus* est, comme l'*usus*, un droit absolu. Cet absolutisme ne peut prévaloir dès lors que les droits du « groupe », les droits sociaux, sont en conflit avec les droits de l'individu : dans la mesure même où notre droit contemporain se colore d'étatisme ou de socialisme, la liberté de disposition, reconnue en 1804 au propriétaire, se trouve battue en brèche : l'administration de l'Enregistrement possède un droit de préemption sur les immeubles vendus ; le fermier possède pareillement un droit de préemption au cas de vente de la ferme ; les actes de société stipulent fréquemment un droit de rachat en faveur des associés.

La parenthèse individualiste ouverte au XVIII^e siècle se referme et notre droit contemporain retrouve les pratiques médiévales ; il use cependant d'une technique moins parfaite et il procède d'un autre esprit :

1^o L'ancien droit avait élaboré une technique précise et fort efficace : le *retrait* qui permettait à celui qui avait un droit sur le bien vendu de se substituer à l'acquéreur et de prendre le « marché » pour lui : ainsi, le seigneur, par le retrait féodal ; ainsi surtout, les parents du vendeur, par le retrait lignager.

(1) Le programme comportant l'étude du « retrait lignager », nous devons en traiter ici ; mais l'institution ressortit au droit familial et il eût été plus normal d'en traiter au t. III.

Il existe encore dans le Code civil un retrait d'indivision, un retrait successoral et un retrait litigieux. Le droit contemporain connaît une « renaissance des retraits » ; mais, sans doute par crainte de ressusciter une institution de l'ancien droit, discréditée en 1789, le législateur parle plutôt aujourd'hui de droits de préemption dont la technique et les effets sont fort mal assurés.

2° Quant à l'esprit, les différences sont évidentes : dans l'ancien droit, le retrait répond à la fois à la conception de la propriété et aux droits limités de l'individu ; l'existence d'un groupe social, l'usage habituel d'un bien s'affirment normalement dans un droit de retrait : retrait de voisinage, d'habitation au profit des voisins qui peut se rattacher à une ancienne communauté agraire et dont l'idée se retrouve dans le droit de préemption accordé en 1946 (et supprimé en 1956), aux « professionnels de l'agriculture », retrait de communion ou de bienséance au profit d'un copropriétaire indivis, retrait féodal ou censuel, rescousse au profit du saisi sur les meubles adjudgés à un tiers, retrait de consolidation au profit du nu-propriétaire contre le cessionnaire de l'usufruit, retrait du débi-rentier au cas de vente des rentes, en Alsace, depuis 1747, retrait sur les biens achetés par un juif, retrait d'argenterie léguée au profit de la famille, retrait, dans les Pyrénées, du berger au cas de vente des bêtes qu'il garde... Merlin énumère vingt-cinq retraits différents. Parmi ceux-ci, le retrait lignager, à raison de son développement dans l'ancien droit, mérite d'être étudié dans son histoire et aussi, dans sa technique.

SECTION I. — Histoire du retrait lignager

[252] LES PRÉCÉDENTS : MÉROVINGIENS ET CAROLINGIENS. — Le droit romain classique n'avait pas admis le retrait ; mais il n'en était pas moins pratiqué dans quelques provinces de l'Empire où s'étaient maintenues des coutumes « vulgaires » (*Code Just.*, IV, 38, 14). Dans l'Empire d'Orient, une novelle de 922 reconnaît un droit, dit *jus protiméséôs*, accordé aux parents et aux voisins qui est admis également dans l'Italie

méridionale. Dans l'Italie du Nord, les *Libri feudorum* mentionnent un droit identique. Le *Petrus* rappelle la « coutume ancienne » suivant laquelle le frère doit vendre son immeuble à son frère et le parent à son parent (I, 9 ; cf. *Code Théod.*, III, I, 6). Le *Petrus* ajoute que cette coutume est tenue pour une sottise puisque la loi romaine permet à chacun *vendere res suas cuicumque voluerit*. Fait curieux, les lois barbares (sauf la loi des Saxons, XVIII, 1, mais qui est du VIII^e siècle) ne font pas d'allusion au retrait, soit que les aliénations fussent assorties d'assez de formes pour le rendre inutile, soit que le retrait implique une tradition de propriété que n'avaient pas les Francs.

A l'époque mérovingienne, l'idée romaine de libre disposition persiste assez généralement ; l'Eglise est favorable à une liberté qui permet de la gratifier, et le préambule des chartes rappelle couramment que chacun a la faculté de disposer librement de ses biens. Le VIII^e siècle marque une rupture.

A l'époque carolingienne, les coutumes changent. Le testament disparaît. Une vente suppose l'intervention de parents et d'amis qui consentent à l'acte, en sont les témoins ou les garants. Au nord de la Loire, la vente disparaît ou se confond avec la donation.

Dans l'effondrement des cadres sociaux qui marque la fin de l'époque carolingienne, les pratiques communautaires prennent une plus grande importance et la solidarité du lignage va se manifester dans deux institutions : la *laudatio parentum* et l'offre au proïsme. De là, procédera, au XIII^e siècle, le retrait lignager.

[253] LA « LAUDATIO PARENTUM ». — Un propriétaire qui veut disposer d'un bien de famille se fait assister, dès le IX^e siècle, de ses héritiers ou de ses proches parents ; tous comparaissent à l'acte, soit pour consentir la vente (*simul vendimus*), soit pour consentir (*laudare*) à l'aliénation du disposant, pour faire *laudatio*. Si ce concours familial n'était pas obtenu, l'acquéreur serait en butte aux réclamations (*calumnix*) de la famille.

Il est d'ailleurs bien difficile de trouver à la *laudatio* des règles précises : elle concerne tous les actes de disposition et intéresse, à l'origine, tous les parents, proches ou lointains,

mais plus spécialement, aux XII^e et XIII^e siècles, les héritiers présomptifs et surtout le fils aîné. Beaucoup d'actes précisent que le bien aliéné est un bien familial. Enfin l'intervention des proches est bien souvent rémunérée : ils obtiennent soit un cadeau propitiatoire, soit même une part du prix, ce que l'acte de vente mentionne avec complaisance.

La vente faite, tout n'est pas accompli et les actes gardent le souvenir des négociations ou des procès qui peuvent suivre : des proches viennent *a posteriori* approuver l'acte ; des mineurs le confirment quand ils sont arrivés à l' « âge légitime » ; des parents se portent fort pour leurs enfants. A l'inverse, les actions de *calumnia* sont fréquentes et les acheteurs usent contre elles de moyens divers : prescription d'un an ou possession de dix ans, transaction qui prouvent assez que leur droit est encore mal assuré. En somme, si la pratique de la *laudatio parentum* est fort générale, les arêtes de l'institution demeurent imprécises : ressortit-elle à la courtoisie familiale ? Est-elle une prudence habituelle en voie de devenir coutume ? Ou une obligation impérieuse ?

[254] L'OFFRE AUX PARENTS. — La courtoisie et la prudence peuvent recommander d'offrir le bien qui doit être vendu aux parents (on dit couramment le proïsme, la parenté) qui interviennent à la vente : c'est leur concéder un droit de préférence ou de préemption dont on comprend bien l'esprit. Pour l'époque, la vente est moins choquante que le transfert à un étranger d'un bien familial : qu'un parent acquière le bien, la vente ne sera plus critiquable ; qu'au contraire, les parents refusent d'acquérir, ce refus justifiera la nécessité de la vente et équivalra à une confirmation.

Notre droit moderne connaît des situations identiques : au cas de vente d'un fonds rural, le fermier possède un droit de préemption et le bailleur doit lui offrir, par préférence à tout autre acquéreur, le bien qu'il met en vente. Le locataire d'un appartement ne possède aucun droit de préemption, mais, bien souvent, le vendeur lui consent « la préférence ». L'offre n'est pas ici imposée par la loi, mais elle est déterminée par les convenances, la célérité ou simplement l'intérêt du vendeur.

C'est en somme, cette dernière attitude que paraissent bien

révéler les actes du XI^e siècle. Ainsi, dans un acte de 1072, les vendeurs expliquent que la vie chère (*tempora cariora*) et le dénuement les contraignent à vendre leurs biens ; ne voulant pas faire sortir les biens « de leur agnation » ils offrent à leurs parents de prendre les biens à charge de les nourrir ; sur leur refus, ils se décident à céder leurs biens aux moines de Vendôme (*Cartulaire de la Trinité de Vendôme*, éd. MÉTAIS, n^o 233).

Ici encore, les contours juridiques de l'institution sont assez peu précis : il ne paraît pas qu'il s'agisse, pour le vendeur, d'une obligation, tout au plus d'une simple pratique qui n'est ni générale, ni même bien précise.

[255] LE RETRAIT LIGNAGER. — L'offre aux parents intervenait, forcément, *avant* la conclusion de la vente. Au XIII^e siècle, on admet le droit du propriétaire de vendre son bien, mais on permet aux parents, *après* la vente, de se substituer à l'acquéreur en remboursant à celui-ci la somme qu'il a payée : c'est proprement le retrait, *redemptio*, *retractus*, prochaineté, dans le Midi *torn*. Comme le disent plus tard les juristes, l'offre concerne une *rem vendendam*, une chose mise en vente, le retrait une *rem venditam*, une chose déjà vendue.

La nouvelle procédure est moins gênante pour le vendeur qui peut librement débattre le prix et fixer les conditions de la vente et qui, par celle-ci, est déchargé de toute obligation ; le débat est ouvert entre l'acquéreur et les parents du vendeur, ceux-ci prétendant reprendre le « marché » pour leur compte.

Le retrait apparaît, dans la France du Nord au début du XIII^e siècle, vers 1225 en Normandie, dans la région parisienne, en Champagne, en Poitou, en Bourbonnais, quelque dix ans plus tard en Bretagne. Il est connu vers 1260 de *Jostice et Plet* (IV, 8, p. 128) et vers 1240 dans l'Empire latin de Jérusalem (*Livre des assises*, éd. BEUGNOT, 30, 2, p. 45).

La géographie coutumière du Midi est plus complexe. Le retrait est attesté plus tôt même que dans le Nord : à Auch dès le XI^e siècle, à Bordeaux, en Quercy, en Comminges, en Roussillon, dans le val d'Aran et dans tous les pays pyrénéens. Il n'existe pas en Languedoc et il n'apparaîtra en Provence qu'en 1469. Il existe, au contraire, à Embrun, à Briançon, dans le val d'Aoste.